

ERCİYES ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ



ERCIYES ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

CİLT: VII

SAYI: 3-4

YIL: 2012

**Aralık – 2012
KAYSERİ**

SAHİBİ

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Adına
Prof. Dr. Murat DOĞAN

SORUMLU MÜDÜR

Osman ÖZDEMİR

<u>HABERLEŞME ADRESİ</u>	<u>TLF</u> : +90 352 438 06 61 +90 352 437 49 01 / 38000
ERCİYES ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ	<u>FAKS</u> : +90 352 438 06 62
38039 / MELİKGAZI- KAYSERİ	<u>E-MAIL</u> : hukukdergisi@erciyes.edu.tr

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi yılda iki sayı olarak yayımlanan hakemli bir dergidir.

Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir;
Fakülteyi bağlamaz.

Yayıncı: Seçkin Yayıncılık Sanayi ve Tic. A.Ş. Sağlık Sok No:21 Sıhhiye/Ankara Tel: 0312 435 30 30 –
Fax: 0312 435 24 72 – www.seckin.com.tr – yayin@seckin.com.tr

Baskı: Seçkin Yayıncılık Sanayi ve Tic. A.Ş. **Sertifika No:** 12416

YAYIN İLKELERİ

1. Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (ERÜHFD) ULAKBİM tarafından taranan, Haziran ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki defa yayımlanan hakemli bir dergidir. Yayımlanması istenen çalışmaların Haziran ayında çıkan sayı için 31 Mayıs; Aralık ayında çıkan sayı için 30 Kasım tarihine kadar Fakültemize teslim edilmesi gereklidir.
2. Dergide yayımlanmak üzere gönderilen bilimsel nitelikli çalışmaların kamu hukuku, özel hukuk ve ekonomi-maliye alanlarına ilişkin ve daha önce başka bir yerde yayımlanmamış olması gerekir. Çevirilerin yayımlanmış olduğu dildeki asıl nüshası ile birlikte gönderilmesi şarttır.
3. Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide yabancı dilde yazılara da yer verilmektedir. Yazılar Türkçe veya yabancı dillerden herhangi birinde yazılmış olsalar dahi, her bir yazıda, metnin amacını en iyi ifade edecek şekilde, en az 100, en çok 200 sözcükten oluşan Türkçe ve İngilizce, Almanca, Fransızca yabancı dillerinden herhangi biri olmak üzere özetlerin; her iki dilde yazı başlığı ile beşer anahtar sözcüğün yazının başına eklenerek, gönderilmesi gereklidir.
4. Çalışmalar, editörlüğe bir nüsha çıktı ile beraber cd veya e-posta yollarından biriyle gönderilmelidir. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adreslerini, telefon numaralarını ve e-posta adreslerini bildirmelidir.
5. Yayımlanmak üzere gönderilecek çalışmalar azami 9000 sözcük olmalıdır. Çalışmalar, bir nüsha çıktısı ile birlikte Office 2000 ve üstü bir versiyonda yazılmış ve sayfa marjları A4 boyutu üzerinden üstten 6 cm., alttan 5 cm., sağ ve soldan 4,5 cm. olarak ayarlanmış bir şekilde dergiye gönderilmelidir. Gönderilen makalelerin İngilizce başlığı da yazılmalıdır. Word programındaki otomatik başlıklandırmalar kullanılmamalıdır.
6. Yayın Komisyonunca ilk değerlendirilmesi yapılarak, yayımlanması uygun görülmeyen çalışmalar yazarına iade edilir, yayımlanması uygun görülen çalışmalar ise hakem ya da hakemlere gönderilir. Çalışmalar, isimleri saklı tutulan hakem heyeti içinden, yazarın akademik unvanına göre daha üst unvanlı bir hakemin görüşü alınarak, aynen veya değiştirilmek suretiyle yayımlanır. Hakemden "düzeltmesi kaydıyla yayınlanabilir" şeklinde gelen eserlerin yayımlanabilmesi için eser sahibinin hakem raporunda belirtilen düzeltmeleri yapması ve buna ilişkin bir dilekçeyi yayın komisyonuna vermesi zorunludur. Hakem incelemesi sonucunda yayımlanması uygun görülmeyen çalışmalar ise yazarına iade edilir.

7. Süresi içerisinde hakem incelemesinden geri gelmeyen çalışmalar, yazarı tarafından aksi yönde bir talepte bulunulmadıkça derginin bir sonraki sayısında değerlendirilir.
8. Dergide yayımlanan eserleri değerlendiren hakemlerin isimleri iki sayıda bir yayınlanır.
9. Dergide, hakem denetiminden geçen çalışmaların yanı sıra kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve bilgilendirici notlara da yer verilir. Bu nitelikteki yazıların kabulü veya geri çevrilmesi, Yayın Komisyonu tarafından yapılır.
10. Yazılar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, yazarlar elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dahil olmak üzere tüm telif haklarını devretmiş sayılır, yazarlara ayrıca telif ücreti ödenmez.
11. Çalışmaların sonunda, çalışmalarda kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir. Yaralanan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir.
12. Dergide yayınlanan çalışmalarda ileri sürülen görüşlerden dolayı doğabilecek tüm sorumluluklar yazarlara aittir.

DANIŞMA KURULU

Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Enver BOZKURT

İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Devletler Umumi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Erdal ONAR

Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK

Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Ömer TEOMAN

Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Mehmet ÜNAL

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Feridun YENİSEY

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Turan YILDIRIM

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

YAYIN KOMİSYONU

Yrd. Doç. Dr. Akın ÜNAL
Yrd. Doç. Dr. Fatih BİRTEK
Yrd. Doç. Dr. Atilla ERKAL
Yrd. Doç. Dr. Ramazan AYDIN
Arş. Gör. İsmail ATAMULU
Arş. Gör. Emre KÖROĞLU
Arş. Gör. Şenel SARSIKOĞLU
Arş. Gör. İsmail Özgün KARAAHMETOĞLU
Arş. Gör. Gülsüm KAYA
Arş. Gör. Aydın Alber YÜCE
Arş. Gör. Abdalbaki GİYİK

EDİTÖRLER

Yrd. Doç. Dr. Akın ÜNAL Yrd. Doç. Dr. Fatih BİRTEK
Yrd. Doç. Dr. Atilla ERKAL

DERGİNİN SÜREKLİ YAZARLARI*

Prof. Dr. Murat DOĞAN • Prof. Dr. İsmail KAYAR • Yrd. Doç. Dr. Burak ADIGÜZEL • Yrd. Doç. Dr. Ramazan AYDIN • Yrd. Doç. Dr. Fatih BİRTEK • Yrd. Doç. Dr. Mete ERDEM • Yrd. Doç. Dr. Atila ERKAL • Yrd. Doç. Dr. Şükran EKECİK • Yrd. Doç. Dr. Akın ÜNAL • Yrd. Doç. Dr. Ertuğrul YUVALI • Öğr. Gör. Sinan OKUR • Arş. Gör. Hilal AKIL • Arş. Gör. Aslı NANECİ ARICI • Arş. Gör. Gündüz Alp ASLAN • Arş. Gör. İsmail ATAMULU • Arş. Gör. Alpaslan BALCI • Arş. Gör. Harun BODUR • Arş. Gör. Ranegül CAMIZ • Arş. Gör. Aynur CİDECİGİLLER • Arş. Gör. Eylem ÇAKMAZ • Arş. Gör. Eda DEMİRİSOY • Arş. Gör. Osman DURAN • Arş. Gör. Abdalbaki GİYİK • Arş. Gör. Yusuf GÜLEŞCİ • Arş. Gör. Harun Mirsad GÜNDAY • Arş. Gör. Özlem İLBASMIŞ HIZLISOY • Arş. Gör. Musa İYİLER • Arş. Gör. Derya Başak MEDENİ • Arş. Gör. Emine Gülselcen KAFKASYALI • Arş. Gör. İsmail Özgün KARAAHMETOĞLU • Arş. Gör. Gülsüm KAYA • Arş. Gör. Hasan KAYIRGAN • Arş. Gör. Emre KÖROĞLU • Arş. Gör. Abdullah Sacid ÖRENGÜL • Arş. Gör. Çiçek ÖZGÜR • Arş. Gör. Ebru PEKER • Arş. Gör. Abdulkadir SAKA • Arş. Gör. Şenel SARSIKOĞLU • Arş. Gör. Gökhan ŞAHAN • Arş. Gör. Gülden ŞİŞMAN • Arş. Gör. Mustafa UYANIK • Arş. Gör. Kürşat YEMENİCİ • Arş. Gör. Başak ÖZKÖK YILDIRIM • Arş. Gör. Hakan YILDIRIM • Arş. Gör. Aydın Alber YÜCE

* DERGİDEKİ İSİM SIRALAMALARI UNVAN VE SOYADI ESAS ALINARAK YAPILMAKTADIR.

TEŞEKKÜR

DERGİMİZİN C. VII, S. 1-2, 3-4 BASILARINDA HAKEM OLARAK KATKIDA BULUNAN AŞAĞIDA İSİMLERİ YAZILI SAYIN ÖĞRETİM ÜYELERİNE TEŞEKKÜR EDİYORUZ* ...

C. VII, S. 1-2

Prof. Dr. Halil Kalabalık, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Şaban Kayıhan, Fatih Sultan Mehmet Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. M. Fatih Uşan, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Tekin Akdemir, Erciyes Üniversitesi İİBF
Doç. Dr. Yusuf Büyükay Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Hayrettin Eren, Melikşah Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Habip Yıldız, Sakarya Üniversitesi İİBF
Yrd. Doç. Dr. Veli Karagöz, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yrd. Doç. Dr. Hayrunisa Özdemir, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yrd. Doç. Dr. Murat Aksan, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yrd. Doç. Dr. Mustafa Yılmaz, Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi

C. VII, S. 3-4

Prof. Dr. Veysel Başpınar, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Cem Baygın, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Süleyman Yalman, Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Faruk Acar, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Ahmet Başözen, Melikşah Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Yusuf Büyükay, Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Kasım Karagöz, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yrd. Doç. Dr. Burak Adıgüzel, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yrd. Doç. Dr. Alpaslan Akartepe, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yrd. Doç. Dr. Yalçın Bostancı, Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakültesi

* HAKEM İSİM SIRALAMALARI UNVAN VE SOYADI ESAS ALINARAK YAPILMAKTADIR.

İÇİNDEKİLER

ÖZEL HUKUK

Prof. Dr. Murat DOĞAN

Eczacının Tazminat Sorumluluğu 1

Yrd. Doç. Dr. Mustafa ARIKAN

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem Koşullarının
Yazılmamış Sayılması Kavramı ve Bunun Sözleşmeye Etkisi 19

Yrd. Doç. Dr. S. Hülya İMAMOĞLU

Hukukî Açıdan, Özellikle Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanmasına İlişkin
Hükümler Çerçevesinde Zorla Tedavi..... 29

Yrd. Doç. Dr. Mehmet ŞENGÜL

Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Katılma Alacağına İlişkin Hüküm ve
Sonuçlar..... 61

Yrd. Doç. Dr. Ertuğrul YUVALI

Toplu İş Sözleşmesi Türleri Bakımından Eski 2822 Sayılı TSGLK ve
Yeni 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun Mukayesesi 99

Dr. C. Gökhan ERBAŞ LL.M. (Köln)

Alman Hukukunda Sosyal Temas Kavramı 121

Arş. Gör. Aslı ARAS

Bir Yargıtay Kararı Işığında Tüketici Uyuşmazlıklarının Çözüm Yolları 135

Arş. Gör. Arzu ŞEN KALYON

Kefalet ve Garanti Sözleşmesinin Ayrımında Başvurulacak Yorum Kuralları 155

Arş. Gör. Aydın Alber YÜCE

CMR ve TTK'da Taahhütçünün Sorumluluğu ile Kast ve Kasta Eşdeğer Kusurunun
Sorumluluğa Etkisi 171

KAMU HUKUKU

Yrd. Doç. Dr. A. Tarık GÜMÜŞ

Çoğulcu Demokrasilerde Parti İçi Demokrasi 199

DERLEME

Arş. Gör. İsmail Özgün KARAAHMETOĞLU - Arş. Gör. Emre KÖROĞLU

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (ERÜHFD)
Cilt I – VII (2006-2012) Alfabetik ve Kronolojik İndeks 229

CONTENTS

PRIVATE LAW

Prof. Dr. Murat DOĞAN

Tort Liability of Pharmacist 1

Assist. Prof. Dr. Mustafa ARIKAN

Gesetz Nr. 6098 türkische Obligationenrecht allgemeinen Geschäftsbedingungen
der als ungeschriebene Vertrag die Wirkung des Prozessbedingungen..... 19

Assist. Prof. Dr. S. Hülya İMAMOĞLU

Zwangsbehandlung aus rechtlicher Sicht, insbesondere im Rahmen der
Bestimmungen über die fürsorgliche Freiheitsentziehung..... 29

Assist. Prof. Dr. Mehmet ŞENGÜL

Legal Consequences Related to Discharging of Accession Demand in the
Regime of Participation in Acquired Property 61

Assist. Prof. Dr. Ertuğrul YUVALI

The Collective Labour Agreement in Respect of the Types of the Old 2822 for
TSLGK and New 6356 of Trade Unions and Collective Bargaining Convention
on the Law of the Comparison 99

Dr. C. Gökhan ERBAŞ LL.M. (Köln)

The Social Contact Term in German Law 121

Res. Asst. Aslı ARAS

In the Light of a Supreme Court Decision Ways of Solution of Consumer Disputes .. 135

Res. Asst. Arzu ŞEN KALYON

Interpretation Rules Taken to be Consideration in Making Difference
Between Caution and Guaranty 155

Res. Asst. Aydın Alber YÜCE

The Liability of Carrier and the Effect of Dolus and Wilful Misconduct to Carrier's
Liability in CMR Convention and Turkish Commercial Code..... 171

PUBLIC LAW

Assist. Prof. Dr. A. Tarık GÜMÜŞ

Intra-Party Democracy in Pluralist Democracies 199

COMPILATION

Res. Asst. İsmail Özgün KARAAHMETOĞLU - Arş. Gör. Emre KÖROĞLU

Journal of the School of Law of Erciyes University (ERÜHFD)

Volume I – VII (2006-2012) Alphabetical and Chronological Index..... 229

Özel Hukuk

ECZACININ TAZMİNAT SORUMLULUĞU

*Prof. Dr. Murat DOĞAN**

ÖZET:

Eczacılık, kişilik değerlerinden sağlık ve beden bütünlüğünü ilgilendirmekle beraber ilacın üretiminden hastaya ulaştırılmasına kadar her aşamada faaliyette bulunan bir meslektir. Eczacılık faaliyetleri neticesinde kişiler çeşitli şekillerde zarar görebilmektedir. Söz konusu zararlar taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinin ihlâli dolayısıyla tazmin edilebileceği gibi, aynı zamanda beden bütünlüğünün de ihlâli söz konusu olduğundan haksız fiil sorumluluğuna göre de tazmin edilebilir. Hatta şartlar oluştuğu takdirde zarar gören taraf TBK m.66 ve TBK m.116'da düzenlenen sorumluluk türlerine dayanılarak da zararın giderilmesini isteyebilir. Çalışmamızda, zarar gören ile eczacı arasındaki ilişkinin niteliği dikkate alınmaksızın eczacının hangi hallerde tazminat sorumluluğunun doğacağı incelenecektir.

Anahtar Kelimeler:

Eczacı, Hasta, İlaç, Tedavi, Tazminat Sorumluluğu.

ABSTRACT:

Pharmaceutics is interconnected with humanity values such as well-being and physical integrity and in addition to that, this profession is involved in the whole process; from the manufacturing of the drugs to providing the patients with the drugs. In the meanwhile people could be exposed to harm and disservice in certain ways. The harm in question could be due to a breach of contract and lead to a compensation or, it could as well be caused by and compensated for tort liability. In fact, in some scenarios the aggrieved party could demand compensation referring to the liability issues regulated by Turkish Code of Obligations article 66 and Turkish Code of Obligations article 116. This article studies the conditions which will bring about tort issues for pharmacist regardless of the interaction between pharmacist and aggrieved party.

Keywords:

Pharmacist, Patient, Drug, Treatment, Tort.

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

GİRİŞ

Eczacılık kişilerin en önemli kişisel değerlerinden olan sağlığa yönelik faaliyetin icra edildiği bir meslektir. Tedavide kullanılan ilaç ve benzeri maddelerin hazırlanması veya hazırlanmış olanların satılması yoluyla yapılan bu meslekte, eczacıdan ilaç alan kişilerin çeşitli sebeplerle zarar görmesi muhtemeldir. Her yıl ilaçların yanlış kullanımı sebebiyle binlerce insanın zarar gördüğü bilinen bir gerçektir. Bu yanlış ilaç kullanımı eczacının yükümlülüklerini hiç veya gereği gibi yerine getirmemesinden de kaynaklanabilmektedir. Eczacıdan kaynaklanan zararlarda, söz konusu zararın tazmini söz konusu olur. Bu zarardan sorumluluk ilaç ve benzeri madde satımından kaynaklanan bir sözleşme ilişkisine dayandırılabilir gibi, kişisel değerlerin ihlalden doğduğu için haksız fiil hükümlerine de gidilebilir. Eczacının yanında çalışanlarının fiillerinden dolayı meydana gelmişse, yardımcı şahsın fiilinden sorumluluk veya adam çalıştıranın sorumluluğu esaslarına göre de tazminat sorumluluğu söz konusu olabilir.

Bu çalışmada, eczacının tazminat sorumluluğunu doğuran haller ele alınacak olup, tazminat sorumluluğunun bütün şartları ve sonuçları üzerinde durulmayacaktır. Bu çerçevede, önce eczacılık kavramı ele alınarak, sorumluluğun öznesi belirlenmeye çalışılacak; daha sonra zarar gören ile eczacı arasındaki ilişkinin niteliği dikkate alınmaksızın hangi hallerde eczacının tazminat sorumluluğunun doğacağına değinilecektir.

I. ECZACILIK VE ECZACI OLABİLMENİN ŞARTLARI

A. Eczacılık ve Eczacı Kavramları

Eczacılık, ilaç üretimi ve sunumu ile uğraşan bir meslektir. 6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun'un 1. maddesinde eczacılık, "Eczacılık; eczane, ecza deposu, ecza dolabı, galenik, tıbbi ve ispençiyari mevat ve müstahzarat laboratuvarı veya imalathanesi gibi müesseseler açmak ve işletmek veya tıbbi ve ispençiyari müstahzarat ihzar veya imal etmek veyahut bu kabil resmi veya hususi müesseselerde mesul müdürlük yapmaktır" şeklinde tanımlanmıştır.

Eczacı ise, ilacı yapan (toplayan, sentezleyen ve seri üretim olmayacak şekilde üreten), pazarlayan, ilaç ve ilaç bilgisi sunan kişidir¹.

¹ Bkz., Nazlı Şencan, Eczacı Bakış Açısı ile İlaç Hukuku, Sağlık Hukuku Digestası, Y. 1, S. 1, 2009 (s. 181-185), s. 181; Çağlar Özel/ B. G. Özcan Büyüktanır, Akılcı İlaç Kullanımında Hekimin ve Eczacının Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü, İÜHFMD, C. LXVI, S. 2, 2008, (s. 327-344), s. 336. Benzer bir tanım için bkz., Mehmet Demir, Eczacılık Mesleğinin Hasta Hakları ve Rekabet Hukuku Açılımlarından Değerlendirilmesi, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Mart 2010, C. XXVI, S. 1 (s. 95-118), s. 96 (Rekabet); Mehmet Demir, İlaç Kullanımı So-

1262 Sayılı İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanununun 1. maddesinde, "Kodekste muharrer şekil ve formül haricinde ve fenni kaidelere muvafık muayyen ve sabit bir şekilde yapılacak amilinin ismiyle veya hususi bir nam altında ticarete çıkarılan tababette müstamel her nevi basit ve mürekkep devai tertiplere ispençiyari ve tıbbi müstahzarlar ismi verilir / Tabip reçetesiyle verilmesi meşrut olanlar ancak reçete mukabilinde ve diğerleri reçetesiz olarak münhasıran eczanelerle ecza ticarethanelerinde kanunu mahsusuna tevfikân satılır" denilerek, halka ilaç satışının reçeteli veya reçetesiz olarak ancak eczanelerde yapılabileceği öngörülmüştür.

B. Eczacı Olabilmenin Şartları

6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun'un 2. maddesinde kimlerin eczacılık yapabileceği şöyle ifade edilmiştir: "Türkiye Cumhuriyeti hudutları içinde eczacılık yapabilmek için aşağıdaki vasıfları haiz olmak şarttır:

A) Türk vatandaşı olmak;

B) Türkiye Eczacı Mektep veya fakültelerinden diplomalı olmak veya yabancı memleketlerdeki eczacı mektep veya fakültelerinden diplomalı olup da 3'üncü madde gereğince ilmi hüviyetini ispat etmiş veya imtihanı kazanmış olmak;

C) Diplomalari Sağlık ve Sosyal Yardım Vekaletince tescil edilmiş olmak;

D) Bu kanunun 4'üncü maddesinde yazılı hallerden biri bulunmamak".

6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun'un 4. maddesinde, eczacılık yapmaya engel haller sayılmıştır. Buna göre:

"A) Türk Ceza Kanununun 53'üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı beş yıl veya daha fazla süreyle ya da devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, (...) ⁽¹⁾ zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından hapis cezasına mahkûm olmak.

B) Başka memleketlerde sanatını icradan menedilmiş olup bu muamelenin haklı olduğu İcra Vekilleri Heyetince kabul edilmiş olmak;

C) Sanatını yapmasına mani iyileşmez bir hastalığı bulunmak;

Ç) Sanatını yapmasına mani olacak derecede iki gözü rüyetten mahrum olmak".

nucunda Doğan Zararlardan İlaç Üreticisinin, Eczacının ve Hekimin Sorumluluğu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi (TBB Dergisi), 2010, S. 89 (s. 96-128), s. 120 (Sorumluluk).

Eczacı olmanın olumlu ve olumsuz şartları olarak ifade edebileceğimiz bu şartları taşıyanlar eczacılık yapma imkanına sahip olmakta ve mesleğin icrasından doğan bir zarar da sorumluluğun öznesi olarak kendisinden tazminat talep edilebilmektedir.

II. ECZACININ SORUMLULUĞUNU GEREKTİREN HALLER

A. Reçetede Yazılandan Farklı İlaç Verilmesi

Eczacının en önemli yükümlülüklerinden biri hekim yazdığı reçeteye uygun ilaç vermektir². Reçetede yazılandan farklı bir ilacı vermesi, reçetede yazılana muadil (eşdeğer) olmayan, hastanın hastalığını iyileştirmeye yönelik bir özelliği bulunmayan bir ilacın verilmesini ifade eder. Eczacının sorumluluğu için reçetede yazılandan farklı bir ilaç verilmesi sonucu bir zarar meydana gelmiş olmalıdır. Bu zarar, hastanın hiç iyileşmemesi, iyileşme sürecinin uzaması, verilen ilacın sağlığını bozucu etki göstermesi, yeni bir tedavinin gerekmesi gibi haller olarak ortaya çıkabilir.

İlacın yanlış verilmesi kast veya ihmal sonucu olabilir. Eczacının hastanın bilgisizliğinden yararlanarak reçetede yazan ilaç elinde olmadığı için onun yerine başkasını vermiş olması, reçetede yazan ilaç daha pahalı olduğu için kazanç elde etme amacıyla onun yerine ucuzunu vermesi, hastaya başkasının isteği veya kendi garazı sebebiyle zarar vermek üzere başka ilaç vermişse kasten hareket etmiş olur.

İhmalen yanlış ilaç verilmesi daha çok görülecek bir haldir. Eczacı hekimin reçetesini okumakta zorlanmış, emin olmadığı halde tahminen bir ilaç vermiş ve o da yanlış olmuşsa ihmal söz konusu olur. Çünkü zarar kastı olmadığı halde gerekli özeni göstererek hekimden açıklama istemek yerine tahmine dayanarak ilaç vermesi ihmal teşkil eder. Bununla birlikte, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından 1 Temmuz 2012 tarihinden beri uygulanan ve 1 Ocak 2013'te zorunlu hale geleceği açıklanan³ elektronik reçete (e-reçete) uygulamasıyla artık reçetenin okunamamış olmasından söz edilemeyecektir. buna rağmen yanlış ilaç verilmişse eczacının kastı da söz konusu olabilir.

Eczacı hekimin reçetesini okumasına rağmen ilacı verirken dikkatsizliği sonucu, ilacın ambalajındaki, ismindeki benzerliklerden dolayı karıştırarak başka bir ilaç vermişse yine ihmal vardır.

² Demir, Sorumluluk, s. 120; Halil Akkanat, İlaç Kullanımından Kaynaklanan Zararlardan Sorumluluk Açısından Hasta - Hekim - Üretici İlişkileri, İlaç Hukuku, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 8-9 Mayıs 2009, Kayseri, s. 75-84, s. 78.

³ Haber için bkz., <http://eczaneteknisyenleriderneği.com/e/e-recete/> erişim tarihi: 29.12.2012.

Eczacının içindeki etken maddenin aynı olduğu düşüncesiyle başka bir ilaç vermesinde de ihmal söz konusu olur.

Reçetede yazılandan farklı bir ilaç verilmesi sonucu bir zarar doğması halinde, zarar gören maddi ve/veya manevi tazminat talep edebilir⁴

Eczacının reçete yazılandan farklı ilaç verilmesinden doğan sorumluluğu kural olarak sözleşmeye dayanan bir sorumluluktur. Eczacı yanı sıra yanında çalışanların kasten veya bilgisizlik, tecrübesizlik veya dikkatsizlik sonucu verecekleri yanlış ilaçtan doğacak zararlardan da, yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluk esaslarına göre eczacı sorumlu olur (TBK m.116)⁵.

Verilen ilaç hastanın sağlığına zarar vermiş olacağından, kişilik hakkına yönelik bir haksız fiil teşkil eder ve haksız fiilden doğan sorumluluk hükümlerine göre de eczacıya tazminat davası açılabilir (TBK m.49 vd.).

Yargıtay bir kararında, doktor reçetesine aykırı olarak Parol yerine Alprajin isimli ilacı vermesi şeklinde gerçekleşen eylemin, 6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler hakkında Kanununun 25. maddesine aykırılık teşkil ettiğini ve aynı maddenin yollamasıyla aynı Kanununun 44. maddesine uyan suç oluşturduğunu kabul etmiştir⁶. Başka bir kararda ise, yanlış ilaç verilmesinden hasta zarar görmüşse bunun adam

⁴ Yanlış ilaçtan zarar gören hastanın manevi tazminat isteyebileceği yönünde, Ceza Genel Kurulu 31.10.1988 T., E. 1988/9-339, K. 1988/394, www.kazanci.com.

⁵ Akkanat, s. 78; Demir, Sorumluluk, 124. Benzer bir olayda bu yönde bir karar için bkz., Y. 13. Hukuk Dairesi 1.10.2003 T., E. 2003/6181, K. 2003/10932, "Taraflar arasında düzenlenen 4.2.2000 tarihli sözleşmenin uygulanacak esaslar başlığını taşıyan bölümünün 11. maddesinde eczane işlemlerinin tamamlanmasından sonra sağlık karnesinin ilgili kişiye iade edildiği ve eczane ve bakmakla yükümlü olduğu kimselerin sağlık karneleri hariç hiçbir şekilde eczanede alıkonamayacağı ve bulundurulamayacağı kararlaştırılmıştır. Yine aynı sözleşmenin VII maddesinde eczanede yukarıda açıklanan sağlık karneleri hariç her ne şekilde veya her ne amaçla olursa olsun, 3. kişilere ait sağlık karnesi bulundurulmasını yasaklamıştır ve bunu ilaç vermesinin durdurulması kaydıyla fesih sebebi saymıştır. Davaya konu olan ilaç küpürleri ve 6 adet sağlık karnesi eczanenin önünde bulunan ve eczanede kalfa olarak çalışan Abdullah 'a ait araçta yapılan aramada bulunmuştur. BK'nın 100. maddesi gereğince eczacı kalfası eczacının denetimi altında bulunan yardımcı kişidir. Yardımcı kişinin eylemlerinden de davacı eczane sahibi sorumludur. Kalfaya ait aracın eczanenin önünde aranması ve bu araçta sözleşmenin feshine sebep olan sağlık karneleriyle ilaç küpürlerinin bulunması ve bunun araştırılması tarzı davacıyı sorumluluktan kurtarmaz. Aksi halin kabulü eczacı kalfası ve diğer yardımcıların eczane önündeki özel vasıtalarında benzer sağlık karneleri ile küpürlerinin bulunmasının teşvik edebilir.", www.kazanci.com. Benzer yönde, Y. 13. Hukuk Dairesi 2.6.2011 T., E. 2010/19109, K. 2011/8709, www.kazanci.com.

⁶ Bu yönde bkz., Y. 2. Ceza Dairesi 15.5.2006 T., E. 2005/13392, K. 2006/9869, "Eczacı olan sanığın doktor reçetesine aykırı olarak Parol yerine Alprajin isimli ilacı vermesi şeklinde gerçekleşen eylemin 6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler hakkında Kanununun 25. maddesi yollamasıyla aynı Kanununun 44. maddesine uyan suç oluşturduğu ve bu maddede öngörülen hafif hapis cezasının 5252 sayılı Kanununun 5349 sayılı Kanunla değişik 7. maddesi uyarınca idari para cezasına çevrilmesi gerektiği hükmü nazara alınarak bir karar verilmesi gerekirken...", www.kazanci.com.

yaralama suçunu oluşturacağı ve Türk Ceza Kanununun adam yaralama suçuna ilişkin hükümlerine göre ceza verilmesinin gerekeceği kabul edilmiştir⁷.

B. Aydınlatma Yükümlülüğünün İhlali

Eczacının reçeteli veya reçetesiz verdiği tüm ilaçlar bakımından aydınlatma yükümlülüğü bulunmaktadır⁸. Bu konuda, eczacılara aydınlatma yükümlülüğü getirilen özel bir yazılı hukuk kuralı olmamakla beraber⁹, gerek dürüstlük kuralı gerekse eczacının icra ettiği mesleğin hastalara yönelik olması, onların korunması bakımından bir aydınlatma yükümlülüğünü doğurmaktadır. Öyle ki, Akkanat, haklı olarak, eczacı ile hasta arasında bir satış sözleşmesi bulunmakla beraber, bunun alelade bir satım sözleşmesi olarak nitelenemeyeceği, bu sözleşmede eczacının aydınlatma yükümlülüğünün öne çıktığını ve adeta bir yan yükümlülüğünden oluştuktan çıkıp temel yükümlülük mertebesine yükseldiğini savunmaktadır¹⁰.

Aydınlatma yükümlülüğü, hastanın, verilen ilacın kullanımı, etkileri ve yan etkileri hususunda bilgilendirilmesini ifade eder. Aydınlatma yükümlülüğünün tam ve gereği gibi yerine getirilirse, hasta geleceği ile ilgili kararı verme, teda-

⁷ Bu yönde bkz., Y. Ceza Genel Kurulu 31.10.1988 T., E. 1988/9-339, K. 1988/394, "Mağdur müdahil Perihan'ın olay tarihinde bazı tıbbi kontroller yaptırmak üzere Yüksek İhtisas Hastanesi'ne gittiği, hastahanece kendisinden gizli şeker durumunu kontrol için 50 gram glikoz istendiğinde, kızı Alev ile Damadı Önder'in sanığın eczanesine gidip, eczacı olan sanıktan 50 gram glikoz istedikleri, sanığın önce yok deyip sonra içeriye kontrol ettikten sonra tartıp bir pakete koyduğu kristalize maddeyi verdiği, madde hastaneye getirildiğinde, tanık servis hemşiresinin bu kristalize maddeyi bir bardakta eritip mağdureye verdiği, mağdurenin verilen maddeyi içtiği ve komaya girip fenalaştığı, şuurunun bozulup aniden şoka girdiği, bunun üzerine verilen maddeden şüphelenip, sanıktan 2. kez aynı miktarda glikoz istendiği sanığın glikoz yerine aynı maddeyi verdiği Hıfzıssıhha Enstitüsü Laboratuvarında yaptırılan inceleme ve tahlilde, maddenin glikoz olmayıp saf potasyum klorür olduğunun saptandığı anlaşılmaktadır. Adli Tıp Uzmanı Dr. Talat tarafından düzenlenen raporda "Perihan'ın yapılan muayenesinde, 50 gram Potasyum klorürün eritilip bir defada içilmesi ve bağırsaklardan veya mideden emilmesi halinde şahsın hayatını tehlikeye maruz kılacağı" Ankara Eczacı Odasının Yerel Mahkemeye isimleri bildirilen bilirkişiler Akın, İsmail ve M. Fethi tarafından düzenlenen 17.3.1987 tarihli raporda "Müşteki, potasyum klorürün kusturucu yan etkisiyle hayati bir tehlikeyle karşı karşıya gelmemiştir" denilmek suretiyle çelişkiye düşüldüğünden bu hususta Adli Tıp İhtisas dairesinden rapor alınmalıdır. Ayrıca Adli Tıp Kurumu cevabi yazısı gözönünde tutularak ve mevcut rapor oluşu ve dosyaya uymayıp varsayıma dayandığından, sanığın kusur oranının saptanması için Eczacılık Fakültesinden seçilecek 3 kişilik bilirkişi heyetinden yeniden mütalaa alınması gerekli görülmüştür. Ayrıntıları Ceza Genel Kurulunun 4.3.1985 gün ve 336/116 sayılı kararında açıklandığı gibi, TCK'nın 467. maddesinin yazılış şekli manevi tazminat istemlerinin hüküm altına alınmasını zorunlu kılan nitelikte olup, sanığın mahkumiyetine karar verildiği halde "şahsi hak bakımından müdahilin hukuk mahkemesine müracaatta muhtariyetine" karar verilmesi yasaya aykırı olduğundan, müdahilin temyiz isteminin bu nedenlerle kabulü ile direnme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir.", www.kazanci.com.

⁸ Özel/Özcan Büyüktanır, s. 332, 339 vd.; Akkanat, s. 78.

⁹ Demir, Sorumluluk, s. 123.

¹⁰ Akkanat, s. 78.

viyi uygulama veya devam etme hususlarında serbest iradesiyle karar verme imkanına kavuşur¹¹. İlacın insan sağlığına doğrudan etkisi, içeriğinin herkes tarafından bilinmemesi, mutlaka hekim veya eczacı gibi bir uzmanın tavsiyesi uygun kullanımının gerekmesi, aksi halde kullanan kişinin sağlığını bozma ve hatta ölümüne yol açma riski taşıması, gerek hekim tarafından gerekse eczacı tarafından aydınlatmayı zorunlu kılar.

Hekimin hastayı ilaç hususunda aydınlatmış olması eczacının aydınlatma yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz¹². Eczacı da hastayı veya ilacı hasta adına alanı aydınlatmalıdır. Eczacı, reçete yazılan ilacın uygun dozda ve hekimin tavsiye ettiği şekilde kullanımını hastaya anlatmakla yükümlüdür¹³. Bunu bizzat kendisi değil de, yardımcısı konumundaki kişiler yapmış ve yanlış tariften zarar doğmuşsa bunlardan da eczacı yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümleri gereği sorumludur (TBK m.116)¹⁴.

Eczacının aydınlatma yükümlülüğünden sorumluluğu, ilaç verilmesini konu alan satış sözleşmesinden doğan bir sözleşme sorumluluğudur¹⁵.

Aydınlatmanın kapsamı genel olarak, ilacın nasıl kullanılacağı, özellikle kullanım süresi ve dozajı, ne gibi yan etkiler görülebileceği, hangi durumlarda kullanımın kesilmesi gerektiği ve benzeri hususlardan oluşur.

Hasta ayırt etme gücüne sahipse bizzat aydınlatılmalıdır. Hasta küçükse kanuni temsilcisine de bilgi verilmelidir. Ayırt etme gücü yoksa kanuni temsilcisi aydınlatılmalıdır¹⁶.

Aydınlatmanın kapsamı bazı hususlarda genişleyebilir. İlacın güçlü bir etkiye sahip olması, dozajı ve kullanım süresi aşılsa doğuracağı zararın fazlalığı, normal kullanım da görülebilecek yan etkilerin fazlalığı veya ağırlığı, belirli hallerde, özellikle hamillerde, çocuklarda, bazı etken maddelere alerjisi olan kişilerde yol açacağı ağır tahribat ve benzeri durumlarda hastanın geniş bir şe-

¹¹ Özel/ Özcan Büyüktanır, s. 333.

¹² Özel/Özcan Büyüktanır, s. 340.

¹³ Erkin Göçmen/Ş. Ali Göçmen, İlaç Kullanımından Doğan Zararlardan Hekimin, Eczacının ve İlaç Üreticisinin Sorumluluğu, İstanbul Barosu Dergisi, C. 77, S. 3, Y. 2003 (s. 640-645), s. 642; Özel/ Özcan Büyüktanır, s. 339.

¹⁴ Göçmen/Göçmen, s. 642. Benzer bir olayda bu yönde bir karar için bkz., Y. 13. Hukuk Dairesi 1.10.2003 T., E. 2003/6181, K. 2003/10932, www.kazanci.com; Y. 13. Hukuk Dairesi 2.6.2011 T., E. 2010/19109, K. 2011/8709, www.kazanci.com.

¹⁵ Özel/Özcan Büyüktanır, s. 340.

¹⁶ Murat Doğan, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu, 16-17 Ocak 2009 Mersin (s. 41-60), s. 48; Özel/ Özcan Büyüktanır, s. 336.

kilde aydınlatılması lazımdır. Reçetesiz verilen ilaçlarda eczacının daha aydınlatma yükümlülüğü artar ve aydınlatmanın kapsamı genişler¹⁷.

Aydınlatma yükümlülüğü bazı hallerde daralır ve hatta tamamen kalkabilir. İlacın verildiği kişinin veya hastanın hekim, eczacı, ilaç hakkında bilgisi olan bir sağlık personeli veya ilacı sık sık veya sürekli kullanan bir kimse olması halinde aydınlatma kapsamı daralabilir veya tamamen kalkabilir. Reçeteye dayalı ilaçlarda hekimin aydınlatmış olması da eczacının daha dar kapsamlı bir aydınlatma da bulunmasını yeterli kılabılır.

Aydınlatma, sözlü olarak, hastanın anlayış seviyesine uygun bir dille, mümkün olduğunca mesleki terimler kullanılmaksızın yapılmalıdır. Hastaya ilacın prospektüsünü okumasının tavsiye edilmesi aydınlatmanın yapıldığı anlamı taşımaz. Hastanın ilave sorularına cevap verilmelidir. Aydınlatmanın yapıp yapılmadığını ispat yükü eczacının üzerindedir. Aydınlatma sözlü yapılacağı için şahitle ispatı mümkündür.

Eczacının aydınlatma yükümlülüğünden sorumluluğu, ilaç verilmesini konu alan satış sözleşmesinden doğan bir sözleşme sorumluluğudur¹⁸. Aydınlatmanın eczacının yardımcısı konumundaki kişiler tarafından yapılması halinde, doğacak zarardan eczacı yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümleri gereği sorumludur (TBK m.116)¹⁹.

C. İlaç Tavsiyesinden Doğan Zararlar

Eczacının hekime gitmemiş bir kimsenin talebi üzerine veya böyle bir talep olmaksızın kendiliğinden bir kimseye ilaç tavsiye etmesi tek başına sorumluluk doğurmaz. Ancak tavsiye edilen ilacın, bir teşhise dayanmaması sebebiyle tavsiye edilen kişinin kullanımı sonucu bazı zararlara yol açması mümkündür. Eğer eczacı hastaya hastalığıyla ilgisi olmayan bir ilaç tavsiye ederek kullanmasına ve bunun sonucunda da sağlığının bozulmasına sebep olmuşsa bundan sorumlu olur. Aynı şekilde tavsiye edilen ilaç hastanın bünyevi özelliklerinden dolayı bir zararı doğurmuşsa eczacı, diğerine göre hafif olmakla beraber bundan da sorumlu olmalıdır.

Bu sorumluluğun temelinde güven prensibi yatar. Bir kimse sözleşme kurması da, herhangi bir şekilde temas kurduğu kimselerin malvarlığı ve şahıs var-

¹⁷ Mahmut Koca, İlaç Kullanımından Doğan Zararlardan Cezai Sorumluluk, İlaç Hukuku, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 8-9 Mayıs 2009, Kayseri, s. 321-359, s. 358.

¹⁸ Özel/Özcan Büyüktanır, s. 340.

¹⁹ Göçmen/Göçmen, s. 642. Benzer yönde, Y. 13. Hukuk Dairesi 1.10.2003 T., E. 2003/6181, K. 2003/10932, www.kazanci.com; Y. 13. Hukuk Dairesi 2.6.2011 T., E. 2010/19109, K. 2011/8709, www.kazanci.com.

lığı değerlerinin zarar görmemesi için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür. Eczacılık imtiyazla yürütülen bir meslek olduğu için, toplumda oluşturduğu güven duygusu daha fazladır.

D. Sır Saklama Yükümlülüğünün İhlali

1. Sır Kavramı ve Kapsamı

Sır, açıklanmamasında kişinin menfaati bulunan her şeydir. Hastanın sırrı, kişilik hakkı kapsamında yer alan temel kişisel değerlerdendir²⁰. Bu sebeple, eczacının ilaç hazırlanması veya verilmesi sebebiyle hastanın hastalığına, malvarlığına ve kişisel ilişkilerine ilişkin öğrendiği sırları saklaması, başkalarına onun rızası olmaksızın aktarmaması gerekir. Eczaneden ilaç alan veya hazırlatan hasta, hastalığının varlığı veya ilaçla tedavisinin üçüncü kişilerce bilinmesini isteme hakkına sahiptir²¹.

Hasta Hakları Yönetmeliği, sağlık personelinin sır saklama yükümlülüğünü hasta açısından mahremiyet hakkı olarak düzenlemiştir. Mahremiyet, kelime olarak, gizlilik, kişiye ait olan, kişisel, özel, paylaşılması gerekmeyen anlamlarına gelmektedir. Mahremiyet hakkı ise, özel hayatın gizliliği anlamı taşımaktadır. Sağlık hukuk bakımından ise, kişilerin tedavi sebebiyle hekim ve diğer sağlık personeli tarafından öğrenilen özel hayatlarına ilişkin bilgilerin başkalarına aktarılmaması ve yayılmamasına, kısaca özel hayatlarının gizliliğine saygı gösterilmesine yönelik hakları olarak tanımlanabilir²².

Doktrin ve uygulamada kişinin yaşadığı olayların geçtiği çevre, bunları bilenler ve bilmesi istenenler göz önünde tutularak hayat alanları ki veya üçlü ayırımı tabi tutulmaktadır. Buna göre, herkesin gözü önünde cereyan eden, başkalarının bilmesinde ve öğrenmesinde sakınca görülmeyen olaylar kamuya açık alanı; kişinin ailesi ve yakın çevresi içinde cereyan eden ve onlar dışındakiler bilmesi ve öğrenmesi istenilmeyen olaylar özel hayat alanını; kişinin sadece kendisinin bildiği ve başkalarının öğrenmesini istemediği olaylar ise gizlilik alanını oluşturur²³. Bunlardan özel hayat alanı ve gizlilik alanı mahremiyet hakkı kapsamında korunması istenebilecek hayat alanları olarak ortaya çıkmaktadır.

Mahremiyet hakkını tanıyan ve korunmasına temel teşkil eden yasal dayanaklara gelince, bunların başında Anayasa gelmektedir. Anayasanın 20. maddesi

²⁰ Demir, Rekabet, s. 102.

²¹ Demir, Rekabet, s. 102.

²² Doğan, s. 51 vd.

²³ Mustafa Dural/Tufan Öğüz, Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku, 11. Bası, İstanbul, 2011, s. 127 vd.; Mehmet Ayan/Nurşen Ayan, Kişiler Hukuku, 3. Baskı, Konya, 2011, s. 61 vd.

“Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz” hükmüyle sadece tıbbi müdahaleler bakımından değil, genel olarak özel hayatın gizliliğinin korunmasını isteme hakkını temel haklar arasında saymış ve güvence altına almıştır.

Tıbbi müdahalelere ve hasta haklarına ilişkin hukuki düzenlemelerde ise genellikle mahremiyet hakkından ziyade, bu hakkın hekim bakımından doğduğu yükümlülüğü ifade eden sır saklama yükümlülüğü düzenlenmiştir. Bununla birlikte, Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanunun, “Özel yaşam ve bilgilendirilme hakkı” başlığını taşıyan 10. maddesinin 1. fıkrasında, “Herkes, kendi sağlığıyla ilgili bilgiler bakımından, özel yaşamına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir” denilerek bu hakka yer verilmiştir.

Eczacılar bakımından sır saklama yükümlülüğü öngören özel düzenleme ise 1968 tarihli Türk Eczacıları Deontoloji Tüzüğü'nün 4. maddesinde yer almaktadır. Buna göre, "Eczacı, meslek ve sanatının icrası sırasında öğrendiği sırları, kanuni zorunluluk olmadıkça, ifşa edemez. / Mesleki toplantı veya yayınlarında hastanın kimliği açıklanamaz".

Mahremiyet hakkının korunması hususunda en önemli noktayı bu hakkın kapsamına giren unsurlar oluşturmaktadır. Başka bir ifadeyle, hangi hususlar gizliliğe sahip ve başkalarının öğrenmesine kapalı veya tedavi sebebiyle öğrenilmişse başkalarına aktarılmaması gereken niteliktedir. Mahremiyet hakkının kapsamında korunacak değerlerin başında hastanın menfaati bulunan kişisel veriler, özellikle hastaya ait sırlar gelir.

Mahremiyet hakkının kapsamında yer alan kişisel veriler, genel olarak eczacı tarafından ilaç verilmesi sebebiyle öğrenilen, saklanmasında hastanın menfaati bulunan, hastanın özel hayatına ve gizlilik alanına dâhil bilgileri ifade eder. Eczacı bunları hastanın kendisine anlatması yoluyla öğrenmiş olabileceği gibi, verdiği ilaçlar özelliklerinden hareketle de öğrenilmiş olabilir. Bu bilgilerden, sır sayılarak mahremiyet hakkının kapsamına girenlerin tayininde, benzer durumdaki bir hastanın değil, bizzat hastanın kendi görüşüne göre başkalarının öğrenmesini ve bilmesini istemeyeceği bilgilerin tespit edilerek dikkate alınması gerekir.

Hastanın korunması, saklanması gereken kişisel verilerinin sır niteliği taşıması gerekmemeyle beraber, bu konuda daha çok sır niteliğindeki bilgilerin önem arzedeceği ve hukuki uyumsuzlukların bunların başkalarına aktarılmasından çıkacağı söyleme yanlış olmaz. Bu anlamda, başkalarının öğrenmesi halinde hastanın maddi veya manevi zarara uğrayacağı, ayıplanacağı, dışlanacağı, bunlar olmasa bile hastanın psikolojik olarak kendisini kötü hissetmesine yol

açacak bilgiler sır olarak kabul edilmelidir. Bir diğer ifadeyle, başkaları tarafından öğrenilmemesinde ve bilinmemesinde hastanın yararı olan her türlü bilgi bu kapsamda korunmalıdır.

Öte yandan, herkes tarafından bilenen veya kamuya açık alanda cereyan ettiği için başkaları tarafından zaten öğrenilmiş olan veya hastanın kendisi tarafından başkalarına açıklanmış olan olaylar hakkın koruma alanına girmez.

Başkaları tarafından kınanmasına veya kınanmasa dahi onun utanç duymasına yol açabilecek bilgiler, özellikle hastanın AIDS gibi cinsel yolla bulaşan hastalığının bulunduğu, bulaşıcı bir hastalığının olduğu veya eşiyle cinsel ilişkiyi başaramadığına dair bilgiler gizli tutulmalıdır.

Eczacının sır saklama yükümlülüğü, sözleşmeden doğan yan yükümlülükleri arasında yer alır. Bu sebeple, sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranıştan dolayı sözleşmenin ihlaline dayanılarak tazminat talep edilebilir. Hastaya ilişkin sırların eczacının yardımcısı konumundaki kişiler tarafından başkalarına aktarılması halinde, doğacak zarardan eczacı yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümleri gereği sorumludur (TBK m.116).

Kişinin sırları kişilik hakkı kapsamında yer aldığından, bunların açıklanması aynı zamanda kişilik hakkına yönelik bir haksız fiil teşkil eder ve haksız fiilden doğan sorumluluk hükümlerine göre de eczacıya tazminat davası açılabilir (TBK m.49 vd.).

2. Sır Saklama Yükümlülüğünün İhlalini Hukuka Uygun Kılan Sebepler

a. Bildirim Yükümlülüğü

Bazı hallerde eczacının öğrendiği bilgilerin aktarılmasına veya yayılmasına rağmen davranış hukuka uygun olabilir ve hakkı ihlal etmeyebilir. Bu hallerin başında kanundan bir bildirim yükümlülüğünün bulunması gelir. Örneğin, TCK m.279'de kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenen kamu görevlisine yetkili makamlara bildirimde bulunma; m.280'de ise *sağlık mesleği mensuplarının* görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşması durumunda, durumu yetkili makamlara bildirme yükümlülüğü öngörülmüş ve bunu yerine getirmeyenlerin cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır. Bu son hükümde, sağlık mesleği mensubu deyiminden tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişilerin anlaşılacağı aynı madenini ikinci fıkrasında belirtilmiştir.

Umumi Hıfzısıhha Kanununun 57. maddesinde kolera, veba, lekeli humma, karahumma, çiçek, difteri (kuşpalazı), uyku hastalığı, dizanteri, lohusa humması, kızıl, şarbon, felci tifli, kızamık, cüzam, hummai racia ve malta humması

hastalıklarını öğrenen eczacıya yetkili makamlara bildirme yükümlülüğü getirilmiştir. Kanununun 61. Maddesinde “Hastane baştabipleri, mektep, fabrika, imalathane, hayır müesseseleri, ticarethane ve mağaza, otel, pansiyon, han, hamam, hapishane sahip veya müstecirleri ve müdürleri, apartman kapıcıları buldukları mahallede, köy ihtiyar heyetleri köylerinde zuhur eden ve **eczacılar**, dış tabipleri ve ebeler, hasta bakıcıları, ölü tabutlayan ve yıkayanlar sanatlarını icra sebebiyle muttali oldukları 57’nci maddede zikredilen vakaları derakap alakadar makamlara tebliğ ve ihbara mecburdurlar” hükmü yer almaktadır.

b. Zaruret Hali

İlaç verilmesi sebebiyle, başkalarının hayatı veya sağlığı için tehdit oluşturan bilgiyi öğrenen eczacı, bu bilgi hasta bakımından sır niteliğinde olsa dahi bunu yetkili makamlara ve/veya ilgili kişilere bildirmelidir. Bu bildirim zorunluluk sebebiyle hukuka aykırılık oluşturmaz. Örneğin, hastanın yukarıda sayılanlar dışında kalan ve ciddi nitelikte zarara yol açabilecek, teneffüs veya cinsel yolla geçen bir bulaşıcı hastalığını öğrenen eczacı bunu hastanın eşine ve yakınlarına bildirmelidir.

c. Hastanın Rızası

Hasta kişisel verilerinin açıklanmasına rıza göstermişse, kişilik hakkına aykırılığı olmamak kaydıyla bu bilgilerin açıklanması hukuka aykırı olmaz. Hasta bu izni açık veya örtülü şekilde verebilir. Hasta bilgilerin açıklanacağı kişiler veya açıklanış tarzı konusunda bazı sınırlamalar getirmişse buna riayet edilmelidir. Nitekim bu husus Hasta Hakları Yönetmeliğinin 20. maddesinde şu şekilde belirtilmiştir: “İlgili mevzuat hükümlerine ve hastalığın mahiyetine göre yetkili mercilerce alınacak tedbirlerin gerektirdiği haller dışında; hasta, sağlık durumu hakkında kendisine veya ailesine veya yakınlarına bilgi verilmemesini isteyebilir”.

Hastaya ilişkin bilgilerin bir hekime veya sağlık personeline aktarılmasında ise ya hastanın açık rızası bulunmalı veya hastanın menfaati gerektirdiği için örtülü rızasının olduğunun kabul edilebileceği bir durum söz konusu olmalıdır. Bu son halde, hasta ile bilgilerin hekimlere aktarılmasının hukuka uygun kabul edilebilmesi, bu aktarımın hastanın tedavisi bakımından gerekli olmasına bağlıdır.

d. Haklı Sebepler

Hasta tarafından eczacıya karşı açılan davada eczacının kendini savunmak amacıyla hasta hakkındaki bilgileri açıklaması veya ilaç ücretini tahsil edemeyen eczacının bu amaçla açtığı davada yine hastaya ait bilgileri açıklaması haklı sebep teşkil ettiği için mahremiyet hakkının ihlali sayılmamaktadır. Ancak bu gibi hallerde dikkat edilmesi gereken husus, sadece savunma veya hakkını ispat için gerek olan bilgilerin açıklanmasıdır, bunun dışındaki bilgilerin muhafaza edilmesidir.

E. Bozuk İlaç Verilmesi

1. Eczacının İyi Muhafaza Etmemesi Sonucu Bozulan İlacı Vermesinden Doğan Sorumluluğu

Eczacının en önemli yükümlülüklerinden biri eczanesindeki ilacın sıhhatini iyi korumak, ilaçların ışık, ısı, nem gibi dış etkilerden uzak bir yerde saklanması ve tedavi edici vasfını azaltıcı veya saflığını bozucu etkilerden uzakta tutulması gerekir²⁴. 6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanununun 22. maddesinde, “Ambalajları açılmış tıbbi ecza ve kimyevi maddelerin saf olmamalarından ve iyi muhafaza edilmemelerinden eczane, ecza deposu ve laboratuvar sahipleri ve mesul müdürleri mesuldür” denilerek, ilaçların gerektiği gibi korunmamasından doğacak zararlardan eczacının sorumlu olacağı açıkça hükme bağlanmıştır.

Eczacı, iyi şartlarda muhafaza etmemiş ve ilacın ışık, ısı, nem gibi dış etkiler sonucuna bozulmasına sebep olmuşsa, ilacın son kullanma tarihi geçmemiş olsa, eczacı aydınlatma ve benzeri yükümlülüklerine de uymuş olsa, yine de hastanın bozulmuş ilacı kullanması sonucu uğrayacağı zararlardan sorumlu olur²⁵. Burada eczacının özen yükümlülüğüne uygun davranmamasından doğan, sözleşmeye dayanan bir sorumluluğu bulunmaktadır²⁶. Bozulmuş ilaçtan dolayı eczacının idari para cezasına çarptırılmış veya hapis cezasına mahkûm olmuş olması tazminat sorumluluğunu ortadan kaldırmaz²⁷. Eczacı yanı sıra yanında çalışanların kasten veya bilgisizlik, tecrübesizlik veya dikkatsizlik sonucu verecekleri bozuk ilaçtan doğacak zararlardan da, yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluk esaslarına göre eczacı sorumlu olur (TBK m.116)²⁸. Verilen ilaç hastanın sağlığına zarar vermiş olduğundan, kişilik hakkına yönelik bir haksız fiil teşkil eder ve haksız fiilden doğan sorumluluk hükümlerine göre de eczacıya tazminat davası açılabilir (TBK m.49 vd.).

2. Eczacının Son Kullanma Tarihi Geçmiş (Miadı Dolmuş) İlacı Vermesinden Doğan Sorumluluğu

Her ilacın bir son kullanma tarihi (miadı) bulunmaktadır. Eczacının son kullanma tarihi geçmiş ilacı hastaya vermemesi, raftan kaldırması ve imha etmesi gerekir. Aksi halde idari ve cezai müeyyidelere çarptırılacağı 6197 sayılı Kanu-

²⁴ Koca, s. 356.

²⁵ Bu durumdan dolayı eczacının cezai sorumluluğu hakkında bkz., Koca, 356.

²⁶ Göçmen/Göçmen, s. 642.

²⁷ Bozuk ilaç satışı Türk Ceza Kanununun 186. maddesinde suç olarak düzenlenmiş ve bu suçun eczacılık gibi resmi izne dayalı olarak yürütülen bir meslek ve sanatın icrası kapsamında işlenmesi halinde, verilecek cezanın üçte bir oranında artırılacağı öngörülmüştür. Bu konuda geniş bilgi için bkz., İsa Döner, İlaç Sahtekarlığı Suçları, İlaç Hukuku, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 8-9 Mayıs 2009, Kayseri, s. 369 vd.

²⁸ Y. 13. Hukuk Dairesi 1.10.2003 T., E. 2003/6181, K. 2003/10932, www.kazanci.com.

nun 41. maddesinde öngörülmüştür. Bu maddede, "Bu Kanunun 1'inci maddesinde sayılan yerlerde ambalajsız veya ambalajı açılmış olarak bozuk veya zamanı geçmiş veya mağşuş veya gayrisaf ilaç ile ambalajlı olsa bile zamanı geçmiş ilaç bulunduran kişiye, fiili Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre ceza sorumluluğunu gerektirmediği takdirde, beşyüz Türk Lirası idarî para cezası verilir. Ayrıca, bu ilaç ve sair ecza maddesine elkonularak imha edilmek üzere mülkiyetinin kamuya geçirilmesine karar verilir" hükmü yer almaktadır. Eğer böyle bir ilacın kullanılmasından kişiler zarar görmüşse Bu durumda Türk Ceza Kanununun 186 ve 187. maddelerinin uygulanması gerekir. fiilin suç teşkil etmesi halinde 6197 sayılı Kanunun 41. maddesindeki müeyyide uygulanmaz²⁹.

Sosyal Güvenlik Kurumu ve diğer kurumlar da, eczanelerle yaptıkları sözleşmelerde, eczane tarafından sigortalılara veya çalışanlara miadı dolmuş ilaç verilmesini sözleşmenin feshi sebebi olarak düzenlemektedirler³⁰.

Son kullanma tarihi geçmiş ilacın verilmesinden dolayı eczacının tazminat sorumluluğunun doğması, bu ilacın kullanılmasından bir zararın doğmuş olmasına bağlıdır. Başka bir ifadeyle, miadı dolmuş ilaç verilmiş olması tazminat sorumluluğu için yeterli olmayıp, bunun sonucunda bir de zararın doğmuş olması gerekmektedir.

3. Eczacının İlacın Üretiminden Kaynaklanan Bozukluklar Sonucu Meydana Gelecek Zararlardan Sorumluluğu

İlacın üretiminden kaynaklanan bozukluklar sonucu meydana gelecek zararlardan, üretici ile birlikte eczacı da müteselsilen sorumludur³¹. Piyasaya sürülen

²⁹ Koca, s. 356.

³⁰ Bu Yönde, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 25.4.2005 T., E. 2005/1724, K. 2005/6994, "Davacı eczacı, davalı Kaymakamlıkla yaptığı sözleşmenin haksız olarak feshedildiğini, sözleşmenin iptaline ilişkin kararın geri alınmasını istediği halde, bu isteğinin reddedildiğini öne sürerek, davalı tarafın red kararının iptaline karar verilmesini istemiştir. Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiş; hüküm, davalılar tarafından temyiz edilmiştir. Davacı eczacı ile davalı Kaymakamlık arasındaki sözleşme, sözleşmenin 3/e maddesi gereğince feshedilmiştir. Sözleşmenin 3/e maddesi gereğince zamanı geçmiş ilaç verilmesi halinde, aynı sözleşme döneminde tekerrür şartı aranacaktır. Bu durumda kurum, eczacının uyarılması için TEB'e durum bildirecek, TEB ise eczacıyı yazılı olarak uyaracaktır. Somut olayda davacı eczacının, hastalara zamanı geçmiş ilaç verdiği saptandığından, eczacının uyarılması Afyon defterdarlığı tarafından 16.5.2000 tarihinde istenmiş ve davacı eczacı, 5.6.2000 tarihinde TEB tarafından uyarılmıştır. İkinci kez davacının yine hastalara zamanı geçmiş ilaç verdiği tespit edilmiş ve 3/e maddesi gereğince sözleşme iptal edilmiştir. Afyon eczacı odası 26.10.2000 tarihli kararla, hastalara miadı geçmiş ilaç verdiği için, davacı eczacıya para cezası vermiştir. Davacıya verilen bu ceza da uyarı mahiyetindedir. Böylece sözleşmenin 3/e maddesindeki tekerrür şartı da oluşmuştur. Bu durumda sözleşmenin 3/e maddesi gereğince fesih haklı olduğu halde, mahkemece dosyadaki delilere uygun düşmeyen rapor sonucu esas alınarak, davanın kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir" www.kazanci.com. Benzer yönde, Y. 13. Hukuk Dairesi 2.6.2011 T., E. 2010/19109, K. 2011/8709, www.kazanci.com.

ilacın bir ürün olduğu ve ilacı alanların da birer tüketici olduğu göz önünde tutulduğunda, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun gereği ilacı satan eczacının tüketiciye karşı sorumlu olduğunun kabulü gerekir³². Özellikle ilacın eksik dozda sunulması, üretim aşmasında biyolojik kontaminasyona uğraması, yanlış ambalajlanması gibi sebeplerden kaynaklanan zararların tazmini eczacıdan da istenebilir.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununun 4. maddesinde, "Tüketici, malın teslimi tarihinden itibaren otuz gün içerisinde ayıbı satıcıya bildirmekle yükümlüdür. Tüketici bu durumda, bedel iadesini de içeren sözleşmeden dönme, malın ayıpsız misliyle değiştirilmesi veya ayıp oranında bedel indirimi ya da ücretsiz onarım isteme haklarına sahiptir. Satıcı, tüketicinin tercih ettiği bu talebi yerine getirmekle yükümlüdür. Tüketici bu seçimlik haklarından biri ile birlikte ayıplı malın neden olduğu ölüm ve/veya yaralanmaya yol açan ve/veya kullanımdaki diğer mallarda zarara neden olan hallerde imalatçı-üreticiden tazminat isteme hakkına da sahiptir. /İmalatçı-üretici, satıcı, 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 sorumludur. 10/B maddesinin dokuzuncu fıkrasına göre kredi veren konut finansmanı kuruluşunun sorumluluğu teslim tarihinden itibaren 1 yıl süre ve kullandığı kredi miktarı ile sınırlıdır. Konut finansmanı kuruluşları

³¹ Aynı yönde, Mehmet Akcaal, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İlaç Üreticisinin Hukuki Sorumluluğu, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 2012, Sayı 3, Ankara, s. 286; Aksi yönde, Akkanat, s. 79; Göçmen/Göçmen, s. 643; Demir, Sorumluluk, 118; Şencan, 182. İlaç üreticisinin sorumluluğu hakkında geniş bilgi için bkz., Veysel Başpınar, İlaç Üreticisinin Hukuki Sorumluluğu, İlaç Hukuku, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 8-9 Mayıs 2009, Kayseri, s. 85 vd.; M. Fadıl Yıldırım, Türk Hukukunda İlaç Üreticisinin İlacın Ayıplarından Sorumluluğu, İlaç Hukuku, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 8-9 Mayıs 2009, Kayseri, s. 19 vd.; Ergun Özsunay, İlaçların Neden Oldukları Zararlardan Dolayı İlaç Üreticisinin Sorumluluğu, AB Yönergesi ve Bazı Yabancı Düzenlemeler Işığında Türk Hukukuna İlişkin Düşünceler, İlaç Hukuku, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 8-9 Mayıs 2009, Kayseri, s. 37 vd.; Demir, Sorumluluk, 96 vd.

³² Eczacının satıcı, ilaç alanın tüketici konumunda olduğu ve bu ilişkiye Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun uygulanması gerektiği yönünde, Y. Hukuk Genel Kurulu 4.5.2005 T., E. 2005/13-265, K. 2005/300, "Yerel Mahkemenin ve Özel Dairenin hukuksal nitelendirmelerine göre, somut olayda, davacı tarafından davalıya tıbbi malzeme satımı söz konusudur. Buna göre, davacı eczacı 4822 Sayılı Kanun ile değişik 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 3/f maddesi anlamında "satıcı"; davalı ise, aynı Kanunun 3/e maddesindeki tanım uyarınca "tüketici" durumundadır. Anılan Kanun'un 23. maddesi, "Bu Kanunun uygulanmasıyla ilgili olarak çıkacak her türlü ihtilaflara tüketici mahkemelerinde bakılır" hükmünü taşımaktadır. Bu hüküm, herhangi bir ayırım yapmaksızın, Kanun'un uygulanmasıyla ilgili olarak çıkabilecek tüm uyuşmazlıklara ilişkin davalara tüketici mahkemelerinde bakılmasını öngörmüştür. Başka bir ifadeyle, 4077 sayılı Kanun, bir uyuşmazlığa tüketici mahkemesince bakılmasının tek koşulu olarak, uyuşmazlığın kendisinin uygulanmasıyla ilgili olarak çıkmış olmasını aramış, dava türleri açısından herhangi bir ayırım yapma yoluna gitmemiştir. Bu durumda, somut olayda davaya bakma görevi, tüketici mahkemesine aittir.", www.kazanci.com.

tarafından 10/B maddesinin dokuzuncu fıkrasına göre verilen kredilerin devrolması halinde dahi, kredi veren konut finansmanı kuruluşunun sorumluluğu devam eder. Krediyi devralan kuruluş bu madde kapsamında sorumlu olmaz. Ayıplı malın neden olduğu zarardan dolayı birden fazla kimse sorumlu olduğu takdirde bunlar müteselsilen sorumludurlar. Satılan malın ayıplı olduğunun bilinmemesi bu sorumluluğu ortadan kaldırmaz" denildiğinden, ayıplı ilaçtan meydana gelecek zararlarda, üretici ile birlikte eczacı da müteselsilen sorumludur.

İlacın üretiminden kaynaklanan bozukluklar sebebiyle meydana gelen zararlarda, eczacı kusurlu olması hâlinde sorumlu olur. Ancak, hazır bir ilacı satan eczacının ilacın ayıplı imal edilip edilmediğini tespiti güç olduğundan, kusurundan ve dolayısıyla sorumluluğundan söz edilemez³³. Bununla birlikte, tüketici konumundaki hasta zararın tazminini eczacıdan talep etmişse, eczacı zararı tazmin etmek zorunda kalır, fakat ödediği tazminatı üreticiye rücu edebilir³⁴. Doğrudan zararlardan eczacı kusursuz olarak sorumlu olur. Eczacı ile üretici arasında yapılan sözleşme ile geçerli bir sorumsuzluk kaydı öngörülmesi hâlinde de, sadece eczacı tazminat ödemekle yükümlüdür³⁵. Ayrıca TBK. m.223/I'e göre, eczacının ilâç üreticisine rücu edebilmesi için eczacının gözden geçirme külfetini yerine getirmesi gerekmektedir. Bu külfeti yerine getirmediği takdirde, eczacının, ilâç üreticisinden tazminat talebi de söz konusu olamaz³⁶.

G. Reçeteye Verilmesi Gereken İlacın Reçetesiz Verilmesi

Eczacılar, İspençiyarı ve Tıbbi Müstahzarlar Kanununun 1. maddesinin 2. fıkrası gereği reçeteye satılması zorunlu olan ilaçları reçetesiz veremezler. Hükümde, "Tabip reçetesiyle verilmesi meşrut olanlar ancak reçete mukabilinde ve diğerleri reçetesiz olarak münhasıran eczanelerle ecza ticarethanelerinde kanunu mahsusuna tevfikân satılır" denilerek bu zorunluluk belirtilmiştir. Aynı şekilde 6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanunun 24. maddesinde, "Reçete mukabilinde verilmesi meşrut olan ilaçların reçetesiz verilmesi ve zehirli ve müessir maddelerin eczanelerde toptan satılması yasaktır" denilerek bu husus tekrarlanmıştır.

Bu durumda, ilacın reçetesiz verilmesi hukuka aykırı olduğu için, bu ilacın kullanımından doğacak tüm zararlardan da eczacı sorumlu olacaktır³⁷. Zarar gören hasta sözleşme hükümlerine dayanarak tazminat talep edebileceği gibi haksız fiil hükümlerine de dayanabilir.

³³ Mehmet Akçaal, s. 260.

³⁴ Mehmet Akçaal, s. 260.

³⁵ Mehmet Akçaal, s. 260.

³⁶ Mehmet Akçaal, s. 260.

³⁷ Bu durumdan dolayı eczacının cezai sorumluluğu hakkında bkz., Koca, s. 357.

H. Eczacının İmal Ettiği İlaçtan Doğan Sorumluluğu

Eczacı imal edilmek üzere kendisine bırakılan reçetede ilacı, değiştirmeden ve özenle yapmakla yükümlüdür. 6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanunun 25. maddesinde, “Eczaneye imal edilmek üzere bırakılan reçetelerin tadil veya taşıyır edilmeden yapılması meşrut olup ilaçların ve reçetelerin (Fiyatları üzerinde yazılmak suretiyle) alıcıya verilmesi Sağlık ve Sosyal Yardım Vekaletince tesbit ve ilan olunacak esaslara göre yapılır. Eczanelerde hazırlanan reçetelerin ilaçlarında görülecek hata ve saireden doğrudan doğruya eczanenin mesul müdürü sorumludur. / Eczacılar muhteviyatında yanlışlık olduğundan şüphe ettikleri reçetelerle kodekste yazılı miktarlardan fazla eczayı ihtiva edip altı iki çizgi ile çizilerek ayrıca imza edilmiş olmayan reçeteleri müdavi tabip ile temas etmeden imal edemezler. / Ancak müdavi tabip ile temas imkanı bulunmayan hallerde reçeteyi kodekste yazılı azami miktarlara göre yapmakla beraber keyfiyeti mahallin en yüksek sağlık amirine bildirirler” hükmüyle bu yükümlülükleri belirtilmiştir. Eğer reçetede yazılandan farklı bir ilaç imal etmişse veya reçetede yazılanı kötü imal etmişse ve bunun sonucu zarar doğmuşsa, bu zarardan eczacı sorumlu olur³⁸.

Eczacının ilaç imalinden kaynaklanan zarardan sorumluluğu, eser veya satış sözleşmesine ilişkin özel hükümlere dayandırılabilceği gibi, borcun gereği gibi ifa edilmemesine ilişkin genel hükümlere de dayandırılabilir³⁹. Gereği gibi ifa etmeme (kötü ifa) esasına dayanılarak borca aykırılık iddiası ileri sürülürse, ilacı imal eden eczacı, TBK. m.112 vd. gereğince kusursuzluğunu ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir⁴⁰.

Aynı şekilde, muhteviyatında yanlışlık olduğundan şüphe ettikleri reçetelerle kodekste yazılı miktarlardan fazla eczayı ihtiva edip altı iki çizgi ile çizilerek ayrıca imza edilmiş olmayan reçeteleri tedaviyi yürüten tabip ile temas etmeden imal etmişse, yine sorumlu olacaktır.

I. Sahte İlaçtan Sorumluluk

Sahte ilaç, etiketinde yazılı olandan farklı maddeler veya içeriğindeki maddelerin ölçülerinde farklılık olan ya da içeriğinde aktif bileşenleri bulundurma-

³⁸ Göçmen/Göçmen, s. 642; Demir, Sorumluluk, 123; Rezzan Günday, Tıbbi Müdahale ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara, 2012, s. 73-74; Akkanat, s.79.

³⁹ Mehmet Akçaal, s.258. Eczacının ilaç imal etmesi halinde, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 71. maddesinde düzenlenmiş olan tehlike sorumluluğu esasına göre sorumlu tutulmasının mümkün olduğu yönünde, Mehmet Akçaal, s.265, 268. Buradaki sorumluluğun ilaç üreticisinin sorumluluğu ile benzer sorumluluk olduğu yönünde, Günday, 74.

⁴⁰ Mehmet Akçaal, s.258.

yan veya sahte etiket yapıştırılmış ilaçlardır⁴¹. Eczacı, sahte ilacı üretmesi ve/veya satması sonucu doğacak zararlardan da sorumludur. Burada hem sözleşmeye dayanılarak hem de haksız fiil hükümlerine göre eczacının sorumluluğuna gidilebilir.

Türk Ceza Kanununun 187. maddesinde, "(1) Kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç üreten veya satan kimseye bir yıldan beş yıla kadar hapis ve adli para cezası verilir. / (2) Bu suçun tabip veya eczacı tarafından ya da resmi izne dayalı olarak yürütülen bir meslek ve sanatın icrası kapsamında işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte bir oranında artırılır sahte ilaç üretimi suç olarak düzenlenmiş ve bunun tabip veya eczacı tarafından işlenmiş olması cezanın artırımı sebebi olarak kabul edilmiştir⁴²

SONUÇ

Eczacının tazminat sorumluluğunu düzenleyen, sorumluluğunu gerektiren hallerin neler olduğu öngören, sorumluluğu dayanağını ve şartlarını gösteren özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bu sebeple, genel hükümler çerçevesinde eczacının sorumluluğunu gerektiren hallerin ve sorumluluğun dayanağının belirlenmesi gerekmektedir. bu çerçevede yaptığımız incelemede, eczacının sorumluluğunu gerektiren hallerde, genellikle eczacının sözleşmeden doğan yükümlülüklerinin ihlalinden doğan bir zarar söz konusu olduğunu tespit etmiş bulunmaktayız.. Bu çerçevede, eczacıdan, satış veya eser sözleşmesine ilişkin özel hükümlere dayanılarak tazminat istenebileceği gibi, borcun gereği gibi ifa edilmemesine ilişkin genel hükümlere göre talepte bulunulması da mümkündür. Her iki halde de, zararın yanı sıra eczacının kusurlu olması gerekir. Kusurun kast veya ihmali olması tazminatın belirlenmesinde öneme arzedecek olup, eczacının sorumlu tutulması bakımından önemi bulunmamaktadır. bir başka deyişle eczacı hafif ihmaliinden bile sorumlu tutulabilir.

Eczacının mesleki faaliyeti, kişinin kişilik hakkı kapsamında yer alan hayatı, vücut tamlığı, sağlığı, sırları gibi kişisel değerlerine yönelik olduğundan, zarar veren fiil aynı zamanda kişilik hakkına yönelik bir haksız fiil teşkil eder ve haksız fiilden doğan sorumluluk hükümlerine göre de eczacıya tazminat davası açılmasına imkan sağlar. Bu durumda eczacı adam çalıştırmanın sorumluluğu gibi istisnai durumlar dışında ancak kusuru varsa sorumlu tutulabilir.

⁴¹ Demir, Sorumluluk, s.112.

⁴² Bu konuda geniş bilgi için bkz., Döner, s.380 vd.

6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU'NDA GENEL İŞLEM KOŞULLARININ YAZILMAMIŞ SAYILMASI KAVRAMI VE BUNUN SÖZLEŞMEYE ETKİSİ

*Yrd. Doç. Dr. Mustafa ARIKAN**

ÖZET:

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda md. 20 ile 25 arasında, eski Borçlar Kanununda yer almayan, genel işlem koşulları kenar başlığı altında yeni düzenlemeler getirilmiştir. Türk Hukuk sisteminde sözleşme kurulurken taraflar eşit kabul edilirler ve kural olarak birinin diğerine üstünlüğü söz konusu değildir. Bu nedenle sözleşme yapılırken bireylere sözleşmeye konu teşkil edecek ilişkileri bizzat düzenlemek, ona diledikleri şekli vermek olanağı sağlanmaktadır. Fakat genel işlem koşullarında tarafların bu şekilde eşit davranarak sözleşmenin şartlarını belirledikleri söylenemez. Genel işlem koşulu olmanın yaptırımını TBK. md. 21 hükmü yazılmamış sayılma olarak ifade etmiştir. Bu çalışmada yazılmamış sayılma kavramının ne anlama geldiği ve bunun sözleşmeye etkisi üzerinde durulmuştur.

Anahtar Kelimeler:

Genel İşlem Koşulu, Sözleşme, Yazılmamış Sayılma, Sözleşmenin Geçersizliği, Sözleşme İçeriği.

ZUSAMMENFASSUNG:

Das neue türkische Obligationengesetz Nr. 6098 regelt zwischen 20-25 Artikeln die neuen allgemeinen Geschäftsbedingungen, welche im alten Obligationengesetz nicht geregelt wurden. Im türkischen Rechtssystem sind die Parteien bei der Einrichtung eines Vertrags Gleichgesetzt und haben in der Regel voneinander keinen Vorrang. Bei der Einrichtung eines Vertrags haben die Parteien daher die Möglichkeit, die Beziehungen und Formen selbst zu bestimmen. Allerdings können die Parteien, die Bestimmungen des Vertrags in Bezug auf allgemeine Geschäftsbedingungen nicht durch Gleichbehandlung bestimmen. Die Sanktionen der allgemeinen Geschäftsbedingungen sind im türkischen Obligationengesetz im Artikel 21 geregelt, dennoch gezahlt. Der Folgende Beitrag untersucht was der Ungeschriebenheit bedeutet und welche Auswirkungen auf das Vertrag hat.

Schlüsselwort:

Allgemeine Geschäftsbedingungen, Vertrag, Ungeschriebenheit, Ungültigkeit des Vertrages, Vertragsinhalt.

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD Öğretim Üyesi

I. GİRİŞ

Modern toplumun beraberinde getirdiği yenilikler nedeniyle günümüzde bazı sözleşme tiplerinde sözleşmenin içeriğini oluşturan şartların tamamını veya birçoğunu taraflardan birisi önceden hazırlamakta ve bunlar görüşülmeden, tartışılmadan diğer tarafça da kabul edilmektedir. Başta bankacılık, sigortacılık, taşıma işleri olmak üzere pek çok alanda aynı konulara dair pek çok kimse ile ileride yapılması planlanan sözleşmelerin şartları, önceden tek taraflı olarak banka, sigorta ve taşıma işleri gibi benzer işleri yapan kurumlarca hazırlanmakta ve herhangi bir tartışma olanağı olmaksızın karşı tarafın önüne konularak dayatılmaktadır. Bu şekilde taraflar arasında ortaya çıkan adaletsizliği önlemek amacıyla TBK. md. 20 ile 25 arasında genel işlem koşulları¹ düzenlenmiştir. Eğer genel işlem koşulu olarak nitelendirilen bir sözleşme hükmü, sözleşmenin içeriğine dâhil edilebilmesi için gerekli olan TBK. md. 21/I deki şartları taşııyorsa sözleşmenin kapsamına girmemiş sayılacaktır. TBK. md. 21/I son cümle hükmü bu durumu, sözleşmenin kapsamına girmemeyi, “yazılmamış sayılır” şeklinde ifade etmiştir. Ancak bu yazılmamış sayılmadan ne anlaşılması gerektiği tartışma konusu olmuştur. Buradaki yazılmamış sayılma ifadesinden yokluk mu, kesin hükümsüzlük mü yoksa iptal edilebilirlik mi anlaşılmalıdır doktrinde tartışılmaktadır.

II. YAZILMAMIŞ SAYILMA KAVRAMI

Türk Borçlar Kanunu 21. maddesi, “Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında

¹ Genel işlem koşulu ile ilgili daha geniş bilgi için bkz. **FIKENTSCHER**, Wolfgang/**HEINEMANN**, Andreas, Schuldrecht, 10., völlig neu bearbeitete Auflage, München und Lausanne 2006, s. 97 vd.; **GAUCH**, Peter/**SCHLUEP**, Walter, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Zurich 2008, s. 245 vd.; **MEDICUS**, Dieter/**PETERSEN**, Jens, Bürgerliches Recht, 22. Auflage, Köln 2009; s. 29 vd.; **MEDICUS**, Dieter, Allgemeiner Teil des BGB, 4. neubearbeitete Auflage, Heidelberg 1990, s.145 vd.; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Necip, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, İstanbul 2008, s. 225 vd.; **EREN**, Fikret, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012, s. 215 vd.; **KILIÇOĞLU**, Ahmet, Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 16. Bası, Ankara 2012, 110 vd.; **OĞUZMAN**, Kemal/**ÖZ**, Turgut, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, İstanbul 2012, s. 162 vd.; **ANTALYA**, O. Gökhan, Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul 2012, s. 285 vd.; **AYAN**, Mehmet, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Konya 2012, s. 149, 150; **AKINCI**, Şahin, Borçlar Hukuku Bilgisi, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Hazırlanmış 6. Baskı, Konya 2012, s.110-112; **ATAMER**, Yeşim, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul 2001, s. 61 vd.; **TEKİNAY**, Selahattin Sulhi/**AKMAN**, Servet/**BURCUOĞLU**, Haluk/**ALTOP**, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yedinci Baskı, İstanbul 1993, s. 154 vd.; **KAŞAK**, Esra, Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Olan Genel İşlem Koşulları, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1, Y. 2012, s. 415-429; **ÖZEL**, Çağlar, Genel İşlem Koşulları Meselesi ve Borçlar Kanunu Tasarısının Genel İşlem Koşullarına Yönelik Olarak Getirdikleri, Sosyo Ekonomi, Y. 2, S. 3, 2006-1, s. 153-168.

düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır” şeklinde kaleme alınmıştır. Buna göre bir genel işlem koşulunun sözleşmenin kapsamına dâhil olabilmesi diğer bir ifadeyle yürürlük imkânı kazanıp sonuç doğurabilmesi için öncelikle düzenleyen tarafça karşı tarafa bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verilmeli ve karşı tarafa bu koşulların içeriğini öğrenme imkânı sağlanmalıdır. Son olarak da karşı taraf bu iki şart altında bu koşulları kabul etmiş olmalıdır. Bu kurallara uyulmadığı takdirde genel işlem koşulları yazılmamış sayılır. Ayrıca TBK. md. 21/II'e göre de sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır.

Yazılmamış sayılma ifadesi Türk Borçlar Hukuku terminolojisine yabancı bir kavramdır. Yazılmamış sayılma ifadesinde meseleye kelime anlamı bakımından bakılırsa yazılı şekilde yapılan sözleşmede bir hükmün yazılı şeklin dışında kalması gibi bir mana verilebilir. Esasen kanunda yazılmamış sayılır şeklinde bahsedildiği için acaba yazılı şekilde olması bir zaruret midir tartışması da ortaya çıkmaktadır. Teorik olarak genel işlem koşullarının yazılı şekilde yapılma zorunluluğu da yoktur, sözlü şekilde de kararlaştırılmaları mümkündür². Kanun koyucunun gayesi elbette söz konusu hükümlerin sözleşme içeriğine dâhil olmaması, sözleşmenin bir parçası olmamasıdır. Aksi takdirde yazılı şekle tabii olmayan sözleşmelerin de mevcudiyeti düşünülürse genel işlem koşullarına ilişkin hükümler yazılı şekilde yapılma zorunluluğu getirmiş olur ki bu durumun kabul edilmesi söz konusu olamaz. Dolayısıyla kelime anlamı yaklaşımlarından hareketle yazılı bir metin içinde yazılmamış sayılmanın yok sayılma anlamına geleceği savunulabilir. Ancak bu hükmün geçersizliği, buradaki yazılı şeklin geçerlilik şekli olmasına ve bu dışarıda bırakılan hükmün de sözleşmenin esaslı unsurlarından olmasına bağlıdır³.

III. YAZILMAMIŞ SAYILMANIN SÖZLEŞMEYE ETKİSİ

A. Genel Olarak

TBK. md. 21 ve 22 de düzenlenen yazılmamış sayılır⁴ ifadesi farklı yorumlara sebep olmuştur. Yazılmamış sayılır ifadesinden hareket ederek yazılmamış

² OĞUZMAN/ÖZ, s. 165.

³ OĞUZMAN/ÖZ, s. 165.

⁴ Yazılmamış sayılma ifadesinin lafzi olarak da yanlış anlaşılmalara sebebiyet vereceği noktasında “Bu düzenleme ile yazılmış olanın yazılmamış sayılması gibi bir mantık hatasına düşüldüğü, ayrıca genel işlem koşullarının yazılı olma şartının zaten aranmadığı, ister yazılı olsun ister olmasın, yazılmamış sayılma ile sözleşmenin içeriğine dâhil olmamanın anlaşılması ge-

sayılan bir sözleşme hükmünün yok olarak kabul edilmesi gerektiği düşünülebilir. TBK.'nın ilgili hükümlerinin özellikle de md. 22 son cümleinin yorumlanması neticesinde buradaki geçersizlik türünün kesin hükümsüzlük olması gerektiği de savunulabilir. Doktrinde bazı yazarlar⁵ burada kısmi yokluk olduğundan da bahsetmektedirler. Bir başka görüşe göre⁶ de, buradaki geçersizlik türü esnek geçersizlik⁷ olarak da kabul edilebilir.

B. Kesin Hükümsüzlük Görüşü

Türk Borçlar Kanunu md. 22'e göre, sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini koruyacaktır. Buna göre, sözleşmenin diğer hükümleri geçerli kabul edilirken genel işlem koşulu sayılan hükümleri geçersiz olarak kabul edilecektir. Ancak söz konusu geçersizliğin türü ne olacaktır? TBK. md. 22'e göre, "Bu durumda düzenleyen yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez." Söz konusu hükümden de yola çıkılarak geçersizlik türünün kesin hükümsüzlük olduğu söylenebilir⁸. Zira bu husus aslında kısmi hükümsüzlük⁹ olarak da adlandırılan geçersizlik haline işaret etmektedir. TBK. m.27'e göre, "Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur." Genel işlem koşulları bakımından TBK. md. 22 hükmünün, TBK. md. 27/II deki sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının geçersiz olmasının diğerlerinin geçerliliğini etkilemeyeceğini öngören genel kuralın yazılmamış

rektiği" görüşü için bkz. **ATAMER**, Yeşim, M., "Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi", Hukukî Perspektifler Dergisi, 2005, (Borçlar Kanunu Tasarısı), s. 109-115. Benzer bir şekilde bir başka yazar da "Yazılmamış sayılma ifadesi İsviçre Borçlar Kanunu'nun (OR) kıymetli evraka ilişkin çeşitli maddelerinde yer almakla beraber Türk Hukukunda mevcut olmayan bu yaptırım türü yerine, madde başlığı ve birinci cümledeki ifade ile BGB Pr. 305/c.I'de kullanılan "werden nicht Vertragsbestandteil" ifadesini dikkate alarak, hükmü "aksi takdirde genel işlem koşulları sözleşmenin kapsamına dâhil sayılmazlar" şeklinde düzenlemenin daha uygun olacağı kanısındayım demektedir. Bkz. **ALTOP**, Atilla, Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Yer Alan Bazı Önemli Yenilik ve Değişiklikler, s. 11, <http://www.iku.edu.tr/TR/userfiles/huk/20120424231037805>.

⁵ **EREN**, s. 221; **AKINCI**, s.124.

⁶ **ANTALYA**, s. 106, 310.

⁷ Türk Borçlar Hukukunda "esnek geçersizlik ilkesinin" hâkim olduğu görüşü için bkz. **ANTALYA**, s. 104.

⁸ Kanun koyucunun kesin hükümsüzlüğü amaçladığı yönündeki görüş için bkz. **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 165. **OĞUZMAN/ÖZ**, her ne kadar kanun koyucunun gayesinin kesin hükümsüzlükten yana olduğunu söylemekte ise de burada bir tür yokluk olduğu görüşünü savunmaktadır, bkz. **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 166.

⁹ **ATAMER**, Genel İşlem Şartları, s. 223, 224.

sayılma için tekrarından¹⁰ ibaret olduğu söylenebilir¹¹. Dolayısıyla buradan hareketle aslında kanun koyucunun gayesinin kesin hükümsüzlüğe işaret etmek yönünde olduğu söylenebilir. 6098 sayılı TBK. md. 22 hükmünün mefhumu muhalifinden burada bir kesin hükümsüzlük (butlan) durumunun düzenlendiği anlamı çıkmaktadır¹². Ayrıca geçersizliğin kesin hükümsüzlük olduğu görüşü, gerekçeden¹³ hareketle ve TBK. md. 25 hükmünde yer alan içerik denetiminin yaptırımını ile paralellik kurularak da savunulabilir¹⁴. Zira 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 22'nci maddesinin gerekçesinde, "Böylece sözleşmeyi düzenleyen Tasarımın 27'nci maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi hükmünden kıyas yoluyla yararlanması önlenmiş bulunmaktadır. Sözleşmenin diğer tarafının ise, söz konusu hükümden yararlanabileceğinde duraksama yoktur." Şeklinde bir ifade kullanılmıştır. Özellikle atıf yapılan TBK. m.27'e bakıldığında ke-

¹⁰ **ATAMER**, Genel İşlem Şartları, s. 222; TBK. md. 22, esasen TBK. md. 27/II deki kuralın bir istisnası niteliğindedir. Şayet TBK. md. 22 deki kural olmasaydı, TBK. md. 27/II uygulanacak ve sözleşmenin tamamı geçersiz hale getirilebilecekti. Bunun önlenmesi adına TBK. md. 22 sevk edilmiştir.

¹¹ **ANTALYA**, s. 310.

¹² **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 165; **DİMDİK**, Hakan, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümleriyle Getirilen Değişikliklerin Değerlendirilmesi, İzmir Barosu Dergisi, Y. 77, Sayı 2, 2012, s. 101; **ÖZ**, M. Turgut, Yeni Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, İstanbul 2012, s. 9. **ÖZ**, bu eserinde yazılmamış sayılma ifadesi ile sadece "yazılı şeklin dışında sayılma" değil, "kesin olarak geçersiz (kesin hükümsüz)" sayılma kastedilmektedir demekteyken, **OĞUZMAN/ÖZ**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2012, isimli bir başka eserinde (s. 166) yokluk görüşünü savunmaktadır.

¹³ Madde gerekçesi şu şekildedir: "Maddeye göre, yazılmamış sayılan genel işlem koşullarını içeren bir sözleşmenin, bu genel işlem koşulları dışındaki diğer hükümleri geçerli olmaya devam edecektir. Nitekim aynı konuyu düzenleyen Alman Medeni Kanununun (BGB) 306'ncı maddesinde yazılmamış sayılmanın sözleşmeye etkisi ile ilgili olarak geçerlilik ilkesi benimsenmiş ve oluşabilecek sözleşme boşluklarının kanun hükümleriyle doldurulacağı ifade edilmiştir. Bu sonuç, Hukukumuzda yabancı değildir. Meselâ, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun 1266'ncı maddesinin son fıkrasında sigorta poliçelerinde okunamayan genel işlem koşulları yerine kanun hükümlerinin uygulanacağı belirtilmekle, sözleşmelerin geçerli kalacağı esas benimsenmiş bulunmaktadır. Tasarımın 22'nci maddesinin ikinci cümlesinde ise, düzenleyen tarafından, yazılmamış sayılan genel işlem koşulları olmasaydı asıl sözleşmenin yapılmayacağı ve bu sözleşmeyle bağlı olunmayacağı ileri sürülemeyeceği öngörülmüştür. Bu düzenlemeyle, Alman Medeni Kanununun (BGB) 306'nci maddesinin üçüncü fıkrasından ayrılmıştır. Böylece sözleşmeyi düzenleyen Tasarımın 27. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi hükmünden kıyas yoluyla yararlanması önlenmiş bulunmaktadır. Sözleşmenin diğer tarafının ise, söz konusu hükümden yararlanabileceğinde duraksama yoktur. 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun 1466'nci maddesinde de özdeş bir düzenlemeye yer verilmiştir. Gerçekten bu düzenlemede, kanun ya da yetkili makamlarca belirlenen en yüksek bedeli aşan sözleşmelerin bu bedel üzerinden yapılmış sayılacağı ve bu bedelden fazla olarak yerine getirilmiş edimlerin iadesinin gerekeceği, bu durumlarda 818 sayılı Borçlar Kanununun 20'nci maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesinin uygulanmayacağı öngörülmüştür." Bkz. **DİNÇ**, Mutlu, Türk Borçlar Kanunu, Birinci Baskı, Ankara 2011, 66, 67.

¹⁴ **ANTALYA**, s. 310.

sin hükümsüzlük yaptırımının düzenlendiği görülecektir. Dolayısıyla gerekçe-deki bu ifadeden hareketle “yazılmamış sayılmadan” anlaşılması gereken husus-la ilgili kanun koyucunun gayesinin kesin hükümsüzlüğe yönelik olduğu söyle-nebilir.

Ancak doktrinde bir başka görüşe¹⁵ göre, burada kesin hükümsüzlük yaptırımından daha ileri bir seviyede hükümsüzlük olduğu savunulmaktadır. Bu görüşe göre, Türk Borçlar Kanununu 21’nci madde hükmünde yazılmamış sayılma, karşı tarafın kabul beyanının bu hükümleri kapsamadığı anlamında kullanılmıştır. Ayrıca bu görüşe göre yazılmamış sayılma, tarafların genel işlem koşullarının sözleşmede yer alması hususunda anlaşmadıklarını gösteren bir mada-nada kullanılmıştır. Bu nedenle hükümsüzlük yokluk derecesine çıkmaktadır. Zira taraflar arasında iradeler uyuşmuyorsa yokluktan bahsedilir.

Doktrinde bir diğer görüşe¹⁶ göre de yazılmamış sayılma durumunda mutlak olarak kısmi hükümsüzlük söz konusudur. Ancak bu görüş sahipleri, burada mutlak olarak kısmi hükümsüzlük söz konusu olur dedikten hemen sonra, anlaşılabilir bir şekilde, yazılmamış sayılma yaptırımı yokluk değil, kısmi hükümsüzlük sayılmamalıdır¹⁷ şeklinde bir görüş ortaya koymuşlardır. Bu görüşe göre, burada belki takdiri kesin hükümsüzlükten de söz edilebilir ise de yeni TBK. metninin tümünden çıkan anlam göz önünde tutulursa takdiri hükümsüzlük gibi terimlerin terk edilmesi gerekecektir¹⁸. Kanaatimizce de 6098 sayılı TBK. hükümleri incelendiğinde “takdiri butlan” kavramından artık bahsedilemeyeceğini kabul etmek gerekir. Bu nedenle de yazılmamış sayılma ifadesini takdiri kesin hükümsüzlük olarak değerlendirmeye de imkân yoktur. Zaten bu nedenle olsa gerek söz konusu görüş sahibi yazarlar, hâkime takdir yetkisi tanınmadığını da ifade ederek bunu üstü kapalı da olsa ifade etmişlerdir.

B. Yokluk Görüşü

Doktrinde yazılmamış sayılır ifadesinden yokluk şeklinde bir geçersizliğin anlaşılması gerektiğini ifade eden yazarlar¹⁹ da mevcuttur. Bu görüşe göre, genel işlem

¹⁵ OĞUZMAN/ÖZ, s. 166.

¹⁶ HATEMİ, Hüseyin/GÖKYAYLA, Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 2. Bası, İstanbul 2012, s. 62 de 9 no’lu paragraf.

¹⁷ HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 62 de 13 no’lu paragraf.

¹⁸ HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 62 de 13 no’lu paragraf. “Hâkime bu konuda uygulanacak yaptırım bakımından takdir yetkisi verilmiş değilse, diğer bir deyişle hâkim aykırı şart bulunduğu tespit ettikten sonra dahi kesin hükümsüzlük sonucuna varıp varmamakta yetkili kılınmış değilse takdiri hükümsüzlükten bahsetmemek gerekir. Bu gibi durumlarda sadece MK. m. 4 gereğince durumun gereğinin, somut olay şartlarının takdiri söz konusudur. Yaptırımda takdir yetkisi verilmiş değildir.” Bkz. HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 62, 63.

¹⁹ KILIÇOĞLU, s. 117; AYAN, s. 150; OĞUZMAN/ÖZ, s. 166.

koşulu sayılabilecek sözleşme hükümlerinin kendiliğinden geçersiz sayılmasına benzer yokluk türünde bir yaptırım söz konusudur. Yine aynı görüşe göre, bu hükümlerin diğer taraf için bağlayıcı olmaması bir irade açıklamasını ya da dava açılmasını gerektirmez. Teknik olarak yokluk yaptırımından bahsedilebilmesi için hukuki işlemin kurucu unsurlarından birisinde eksiklik olması gerekir. Hâlbuki genel işlem koşulu olarak kabul edilen sözleşme hükmünün yoklukla malul olduğunu söylemeyi gerektiren herhangi bir kurucu unsur eksikliği söz konusu değildir. Zira irade beyanı veya hukuki sonuç yoktur denilemez. Belki irade beyanının mevcudiyeti tartışma konusu olabilir. Ancak her ne kadar karşı tarafın önceden hazırlayıp sunmasıyla, müzakere edilmeksizin oluşan bir irade beyanı mevcut ise de sonuç olarak ortada bir beyan iradesi mevcuttur. Beyan iradesinin olduğunu kabul ettikten sonra da irade beyanının yokluğu nedeniyle yazılmamış sayılır ifadesinden yokluk yaptırımının anlaşılacağını söylemek mümkün değildir.

C. Kısmi Yokluk Görüşü

Bu görüşe²⁰ göre, genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girebilmesi, dolayısıyla yürürlük imkânı kazanıp sonuç doğurabilmesi için gerekli olan şartları taşımaması halinde yazılmamış sayılmasından maksat yokluktur. Yine aynı görüşe göre, sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri TBK. m.22 uyarınca geçerliliğini koruduğu için burada aslında “kısmi yokluk” yaptırımı söz konusudur. Ancak kanaatimizce buradaki kısmi yokluk, yazılmamış sayılan genel işlem koşullarının kısmi yokluğu şeklinde anlaşılmalıdır. Zira yokluk görüşü kabul ediliyorsa yokluğundan bahsedilmesi gereken husus genel işlem koşullarıdır. Ancak kısmi yokluk ifadesiyle genel işlem koşulu sayılan bir hükmün de kısmi yokluğundan bahsedilebilir gibi bir anlam çıkarılabileceği için yanlış anlaşılmalara sebebiyet verilebilir. Elbette burada, sözleşmenin genel işlem koşulu niteliğindeki hükümlerinin yokluğunun yanı sıra diğer hükümlerin geçerli olmasından hareketle kısmi yokluk ifadesinden bahsedilmiştir. Fakat kısmi yokluk ifadesi, genel işlem koşulu olarak kabul edilen hükmün de kısmi yokluğu şeklinde yanlış anlamalara sebep olabilmektedir. Bu nedenle kısmi yokluk görüşünün aslında yokluk görüşü olarak kabul edilmesi ve değerlendirilmesi daha isabetli olacaktır.

D. Esnek Geçersizlik Görüşü

Türk Borçlar Kanunu madde 27/I hükmü, hukuka, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı sözleşmelerle konusu imkânsız olan sözleşmelerin kesin hükümsüz olduğunu belirterek, geçersizliğin temel kuralını ortaya koy-

²⁰ EREN, s. 221; AKINCI, s. 124.

muştur²¹. Doktrinde bir görüşe göre²², kanunda yer alan hukuka aykırılık yaptırımının mutlaka TBK. m.27/I'de öngörülen kesin hükümsüzlük yaptırımı ile birebir örtüşmesi gerekli değildir. Bu görüşe göre, kanun koyucu işlemin hüküm ve sonuç doğurmamasına ilişkin kendine özgü bir geçersizlik türü de yaratabilir. Bu esnekliğin sağlanabilmesi için TBK. m.27'de kesin hükümsüzlüğün tanımı verilmemiş; nitelik ve özellikleri gösterilmemiştir. Doktrinde bu haller esnek geçersizlik olarak isimlendirilmektedir²³. Kesin hükümsüzlük merkezli, sadece ondan veya onun alt çeşitlerinden oluşan bir geçersizlik söz konusu değildir. Yine aynı görüşe göre, kesin hükümsüzlük geçersizliğin kanun koyucu tarafından düzenlenmiş bir şeklidir, ondan daha ağır veya daha hafif geçersizlik çeşitleri öngörülmüş olabilir. Bu görüş, tek tip ve onun alt çeşitlerinden oluşan bir geçersizlik türünden değil de, geçersizliğin ağır ve hafif türevlerinden oluşan farklı geçersizlik çeşitleri olduğundan hareketle Borçlar Hukuku'nda "esnek geçersizlik ilkesinin" hâkim olduğunu iddia etmektedir²⁴. Esnek geçersizlik görüşü sahiplerince esnek geçersizlik hallerine ilişkin olarak verilen örnekler arasında genel işlem koşullarının yazılmamış sayılması da ifade edilmektedir. Buna göre, yazılmamış sayılma yaptırımı kesin hükümsüzlük yaptırımından farklı, yokluğa en yakın kesin hükümsüzlükten daha ağır yaptırımları olan geçersizlik çeşididir. Kesin hükümsüzlük halleri, onama veya dürüstlük kuralı ile düzeltilebilir olduğu halde, yazılmamış sayılmanın düzeltilme imkânı bulunmadığı gibi tahvil yoluyla başka bir işleme dönüştürülmesi de mümkün değildir.

E. Görüşümüz

Buraya kadar yapılan açıklamalar da göstermektedir ki, yazılmamış sayılma kavramından ne anlaşılması gerektiği oldukça tartışmalı bir husustur. Kanatimizce doktrinde kesin hükümsüzlük görüşü olarak ifade edilen ve yazılmamış

²¹ ANTALYA, s. 103.

²² ANTALYA, s. 103.

²³ ANTALYA, s. 103.

²⁴ "Geçersizliğin hükümleri onu düzenleyen yasak kuralının amaç ve niteliğinde belirtilmiştir; kuralın amacına uygun olarak farklılık göstermesi de normaldir: Esnekliğin sınırsız (mutlak) olarak anlaşılması gerekir. Yaptırımın nitelik ve özelliğini belirlerken, aykırı davranılan hukuk kuralının amaç ve anlamından hareketle geçersizlik yaptırımından farklı ve temel geçersizlik sebebinden ayrı bir anlam yüklenmesine gerek yoktur. Unutmamak gerekir ki hukuka aykırılığı düzenleyen yaptırım özel olarak belirlenmişse, bu yaptırımın niteliği ve özelliği, o hükmün içinde yer aldığı kuralın amaç ve niteliğine göre belirlenir. Ancak özel hüküm hukuka aykırılık halinde buna kesin geçersizlik yaptırımını açık atıfta bağladığı takdirde, bundan ayrılmayı gerektirecek başka bir haklı sebep olmadıkça, geçersizliğin TBK. m. 27/I anlamında bir geçersizliğin nitelik ve özelliklerini taşıdığı kabulü gerekir. Alman Hukukunda kanunen yasak olan işlemin geçersizliğini kesin geçersiz kabul eden BGB §134 hükmü (kesin geçersizlik) lehine karinenin bulunduğu kabul edilmektedir. Türk-İsviçre Hukuku içinde de kesin geçersizlik lehine karinenin varlığından hareket edilmektedir." Bkz. ANTALYA, s. 104, 105.

sayılmanın kesin hükümsüzlük şeklinde yorumlanması gerektiğini kabul eden görüş daha makul görünmektedir. Zira TBK'nın 22. maddesinin ikinci cümlesine ve aynı maddenin gerekçesine bakıldığında, kanun koyucunun gayesinin kesin hükümsüzlüğe işaret ettiğini söylemek mümkündür. Buna karşılık kanun koyucu o halde neden genel işlem koşulu, kesin hükümsüzdür şeklinde ifade kullanmamıştır şeklinde bir soru sorulabilir. Ancak zaten bu noktadaki tartışmaların kaynağı kanun koyucunun ifade tarzıdır. Bu bağlamda hangi görüş kabul edilirse edilsin, örneğin yokluk görüşünün kabul edilmesi durumunda da neden genel işlem koşulu sayılan sözleşme hükmü yok hükmündedir, şeklinde açık bir ifade tarzı kullanılmamıştır şeklinde bir soru akla gelebilir. Alman Medeni Kanununda (BGB) 306'ncı paragrafta "Sözleşme Kapsamına Dâhil Sayılmamanın ve Kesin Hükümsüzlüğün Hukuki Sonuçları/Rechtsfolgen bei Nichteinbeziehung und Unwirksamkeit" kenar başlığıyla genel işlem koşulunun sözleşmenin içeriğine dâhil olmaması durumunda kesin hükümsüz (Unwirksamkeit) olduğu kabul edilmiştir. Aslında BGB Art. 306 hükmüne uygun bir şekilde sözleşmenin içeriğine dâhil edilemeyecek olan genel işlem koşullarının kesin hükümsüz olduğu açık bir şekilde ifade edilebilir ve doktrinadaki tartışmaların önüne geçilmiş olurdu.

IV. SONUÇ

Netice itibariyle Türk Borçlar Kanunu ile getirilen genel işlem koşullarının yazılmamış sayılmasından kesin hükümsüzlük yaptırımının anlaşılması gerektiği ifade edilebilir. TBK. 22'inci maddenin ikinci cümlesindeki "Bu durumda düzenleyen, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez" ifadesi ve aynı maddenin gerekçesinden hareketle kanun koyucunun gayesinin de kesin hükümsüzlüğü işaret ettiğini söyleyebiliriz.

BİBLİYOGRAFYA

- AKINCI**, Şahin, Borçlar Hukuku Bilgisi, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Hazırlanmış 6. Baskı, Konya 2012.
- ALTOP**, Atilla, Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Yer Alan Bazı Önemli Yenilik ve Değişiklikler, s. 11, <http://www.iku.edu.tr/TR/userfiles/huk/2012042-4231037805.pdf>
- ANTALYA**, O. Gökhan, Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul 2012.
- ATAMER**, Yeşim, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul 2001. (Genel İşlem Şartları)
- ATAMER**, Yeşim, M., "Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi", Hukukî Perspektifler Dergisi, 2005, s. 109-115, (Borçlar Kanunu Tasarısı).
- AYAN**, Mehmet, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Konya 2012.
- DİMDİK**, Hakan, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümleriyle Getirilen Değişikliklerin Değerlendirilmesi, İzmir Barosu Dergisi, Y. 77, Sayı 2, 2012, s. 95-119.
- EREN**, Fikret, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012.
- FIKENTSCHER**, Wolfgang/ **HEINEMANN**, Andreas, Schuldrecht, 10., völlig neu bearbeitete Auflage, München und Lausanne 2006.
- GAUCH**, Peter/ **SCHLUEP**, Walter, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Zurich 2008.
- HATEMİ**, Hüseyin/ **GÖKYAYLA**, Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 2. Bası, İstanbul 2012.
- KAŞAK**, Esra, Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Olan Genel İşlem Koşulları, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1, Y. 2012, s. 415-429.
- KILIÇOĞLU**, Ahmet, Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 16. Bası, Ankara 2012.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Necip, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, İstanbul 2008.
- MEDICUS**, Dieter, Allgemeiner Teil des BGB, 4. neubearbeitete Auflage, Heidelberg 1990.
- MEDICUS**, Dieter/ **PETERSEN**, Jens, Bürgerliches Recht, 22. Auflage, Köln 2009.
- OĞUZMAN**, Kemal/ **ÖZ**, M. Turgut, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, İstanbul 2012.
- ÖZ**, M. Turgut, Yeni Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, İstanbul 2012.
- ÖZEL**, Çağlar, Genel İşlem Koşulları Meselesi ve Borçlar Kanunu Tasarısının Genel İşlem Koşullarına Yönelik Olarak Getirdikleri, Sosyo Ekonomi, Y. 2, S. 3, 2006-1, Ankara 2006, s. 153-168.
- TEKİNAY**, Selahattin Sulhi/ **AKMAN**, Servet/ **BURCUOĞLU**, Haluk/ **ALTOP**, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yedinci Baskı, İstanbul 1993.

HUKUKÎ AÇIDAN, ÖZELLİKLE KORUMA AMACIYLA ÖZGÜRLÜĞÜN KISITLANMASINA İLİŞKİN HÜKÜMLER ÇERÇEVESİNDE ZORLA TEDAVİ*

*Yrd. Doç. Dr. S. Hülya İMAMOĞLU***

ÖZET:

Zorla tedavi, kişinin açıkladığı iradesine karşı veya en azından geçerli bir rızası olmaksızın onun bedenine veya ruhuna yönelik tıbbi müdahaleyi ifade eder. Zorla tedavi, hastanın yararına olsa da onun kendisi hakkında bizzat karar verme hakkını ve vücut bütünlüğünü ihlal etmektedir. Burada kişinin anayasa ile teminat altına alınan temel haklarına da yönelik bir müdahale söz konusu olmaktadır. Bu sebeple zorla tedavinin ancak istisnai hallerde ve bir kanun hükmüne dayanarak gerçekleştirilmesi gerekir. Bu yönde zorla tedavide ölçülülük ilkesi de geçerlidir.

TMK 432 I hükmüne göre akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, ağır tehlike arz eden bulaşıcı hastalık veya serserilik sebeplerinden biriyile toplum için tehlike oluşturan her ergin kişi, kişisel korunmasının başka şekilde sağlanamaması halinde, tedavisi, eğitimi veya islahı için elverişli bir kuruma yerleştirilir veya alıkonulabilir. Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin bu hüküm, zorla tedavi için gerekli hukuki temeli oluşturmamaktadır. Zira sözü edilen hüküm, içerik itibarıyla yeterince açık değildir. Burada zorla tedavinin uygulanma şartları düzenlenmiş değildir. Kişinin hukuki durumuna son derece ağır bir müdahale teşkil eden zorla tedavi, ancak uygulanma şartlarının açık bir şekilde belirlendiği bir kanun hükmü temelinde gerçekleştirilebilir.

Anahtar Kelimeler:

Zorla tedavi, kişinin kendisi hakkında bizzat karar verme hakkı, kişisel korunma, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması, ölçülülük ilkesi.

ZUSAMMENFASSUNG:

Zwangsbehandlung ist der ärztliche Eingriff in den Körper oder die Psyche der Person, der gegen den Willen der Person oder wenigstens ohne deren Einwilligung vorgenommen wird. Die Zwangsbehandlung verletzt das Selbstbestimmungsrecht des Patienten und seine körperliche Integrität, selbst wenn sie im Interesse des Patienten liegt. Es geht hier um auch einen Eingriff in die Grundrechte der Person, die in der Verfassung verankert sind. Deswegen muss die Zwangsbehandlung nur in Ausnahmefällen und in Anlehnung an eine gesetzliche Bestimmung vorgenommen werden. In dieser Richtung gilt bei der Zwangsbehandlung auch der Grundsatz der Verhältnismässigkeit.

* 1 Aralık 2012 tarihinde yürürlükte bulunan mevzuat esas alınmıştır.

** Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Nach dem Artikel 432 Abs. 1 des türkischen Zivilgesetzbuches darf jede mündige Person, die wegen Geisteskrankheit, Geistesschwäche, Trunk- oder Rauschgiftsucht, ernsthaft bedrohlicher ansteckender Krankheit oder Landstreicherei eine Gefahrenquelle für die Öffentlichkeit bildet, zwecks Behandlung, Erziehung oder Verbesserung in einer geeigneten Einrichtung untergebracht oder zurückbehalten werden, wenn ihr die nötige persönliche Fürsorge nicht anders erwiesen werden kann. Diese Bestimmung betreffend die fürsorgerische Freiheitsentziehung stellt keine erforderliche rechtliche Grundlage für die Zwangsbehandlung dar. Denn die sogenannte Bestimmung ist inhaltlich nicht hinreichend klar. Hier sind die Voraussetzungen, unter welchen die Zwangsbehandlung angeordnet werden kann, nicht geregelt. Die Zwangsbehandlung, die einen so schweren Eingriff in den rechtlichen Zustand der Person darstellt, darf nur auf einer gesetzlichen Grundlage erfolgen, die die Voraussetzungen einer Zwangsbehandlung klar bestimmt.

Schlüsselwörter:

Zwangsbehandlung, Selbstbestimmungsrecht, persönliche Fürsorge, fürsorgerische Freiheitsentziehung, Grundsatz der Verhältnismässigkeit.

I. GİRİŞ

Zorla tedavi, kişinin açıkladığı iradesine karşı veya en azından geçerli bir rızası olmaksızın, bedenine veya ruhuna yönelik tıbbî müdahaleyi ifade eder¹. Burada kişinin sahip olduğu kişilik değerlerinden vücut bütünlüğünün ihlâli söz konusu olmaktadır². Aslında zorla tedavi suretiyle öncelikle kişinin kendisi hakkında bizzat karar verme (kendi geleceğini belirleme) hakkı ihlâl edilmektedir³. Diğer taraftan zorla tedavi, AY. m.17'de yer alan kişi dokunulmazlığı ilkesine de aykırıdır. Bu sebeple, zorla tedavinin hukukî yönü, özellikle hangi şartlar altında hukuka uygun olabileceği incelenmesi gereken önemli bir mesele olarak ortaya çıkmaktadır.

TMK. m.432/I hükmüne göre akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, ağır tehlike arz eden bulaşıcı hastalık veya serserilik sebeplerinden biriyle toplum için tehlike oluşturan her ergin kişi, kişisel korunmasının başka şekilde sağlanamaması halinde, tedavisi, eğitimi veya ıslahı için elverişli bir kuruma yerleştirilir veya alıkonulabilir. Burada kişinin içinde bulunduğu zayıflık hali dolayısıyla ihtiyaç duyduğu korunmanın sağlanabilmesi için, onun iradesine karşı veya iradesi olmaksızın bir kuruma yerleştirilmesi suretiyle özgürlüğünün kısıtlanması söz konusu olmaktadır⁴. Bu sebeple, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasını öngören bu hüküm çerçevesinde de zorla tedaviye ilişkin olarak şu mesele ortaya çıkmaktadır: Koruma amacıyla özgürlüğün tedavi için kısıtlanması halinde uygun bir kuruma, meselâ bir sağlık kliniğine yerleştirilen kişiye zorla tedavi uygulanabilecek midir? Şu halde burada koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin olarak Medenî Kanunda öngörülen düzenlemenin, bu yönde zorla tedavi için de hukukî bir temel oluşturup oluşturmadığı incelenmelidir.

¹ Krş. Alain Joset, Zwangsmedikation im Rahmen der fürsorglichen Freiheitsentziehung, AJP. 2000, s. 1427; Thomas Geiser, Die medizinisch-therapeutische Behandlung und Zwangsmassnahmen im Lichte der geltenden Rechtslage und besonderer Berücksichtigung von vormundschaftlichen Fragestellungen, ZVW. 2001, s. 227; Thomas Geiser, Medizinische Zwangsmassnahmen bei psychisch Kranken aus rechtlicher Sicht, recht 2006, s. 91; Adolf Laufs/Wilhelm Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, 3. Auflage, München 2002, § 153 N. 1; Hakan Hakeri, Tıp Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2012, s. 353.

² Krş. Thomas Geiser, Die fürsorgliche Freiheitsentziehung als Rechtsgrundlage für eine Zwangsbehandlung? Festgabe für Bernhard Schnyder zum 65. Geburtstag, Freiburg 1995, s. 289, 290.

³ Geiser, 1995, s. 290; krş. Joset, s. 1425.

⁴ Thomas Geiser, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (Hrsg. Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser), Zivilgesetzbuch I, Art. 1- 456 ZGB, 3. Auflage, Basel 2006, Vor Art. 397a-f N. 4 vd., Art. 397a N. 2 vd.; Mustafa Dural/Tufan Ögüz/Mustafa Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2012, N. 2132 vd., N. 2137.

Çalışmada yukarıda ortaya konulan iki mesele, özellikle erişkinlere yönelik zorla tedavi bağlamında ele alınmıştır. Ancak konunun daha iyi anlaşılabilmesi amacıyla, daha önce tıbbî müdahale kavramı ve tıbbî müdahaleye ilişkin esaslar üzerinde durulmalıdır. Aşağıdaki açıklamalar bu amaca yöneliktir.

II. TIBBÎ MÜDAHALE KAVRAMI VE TIBBÎ MÜDAHALEYE İLİŞKİN ESASLAR

Tıbbî müdahale, esas itibarıyla hekimin insan vücudu üzerinde tedavi amacıyla gerçekleştirdiği müdahaleyi ifade eder⁵. Ayrıca bu yönde teşhise yönelik veya önleyici nitelikteki müdahaleler de tıbbî müdahale sayılmaktadır⁶.

Tıbbî müdahale, tıp bilimi ve uygulamasının öngördüğü esaslara uygun olarak özenle gerçekleştirilmelidir⁷. Ancak hemen ifade etmek gerekir ki, hâkim görüşüne göre, tıbbî müdahale, tıp bilimi ve uygulamasının öngördüğü esaslara uygun gerçekleştirilmiş olsa da, kişilik hakkının ihlâli anlamını taşır⁸. Zira burada kişinin vücut bütünlüğüne ve esasen kişinin kendisi hakkında bizzat karar verme hakkına yönelik bir müdahale vuku bulmaktadır⁹. Şu halde bir hukuka uygunluk sebebi bulunmadığı takdirde, tıbbî müdahale hukuka aykırıdır¹⁰. Kişilik hakkına yapılan müdahaleyi hukuka aykırı olmaktan çıkararak haller, diğer bir ifadeyle hukuka uygunluk sebepleri, TMK. m.24/II'de kişilik hakkına müdahale

⁵ Tedavi amacı, geleneksel bir kalp ameliyatında olduğu gibi doğrudan veya -vücuttaki bir deformasyonun sebebiyet verdiği ruhî bozukluğu ve şikâyeti gidermeye yönelik- estetik bir operasyonda olduğu gibi dolaylı olabilir. Bu konuda bkz. Mehmet Ayan, Tıbbî Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 1991, s. 9; Zariye Şenocak, Küçükün Tıbbî Müdahaleye Rızası, AÜHFD., C. 50, S. 4 (2001), s. 66; Laufs/Uhlenbruck, § 51 N. 5. Öte yandan başkasına nakletmek amacıyla organ alınmasında vericinin durumunda olduğu gibi tedavi amacını taşımayan tıbbî müdahaleler de söz konusu olabilmektedir. Geleneksel tıbbî müdahale kavramının tıbbin modern gelişimi karşısında aşıldığı; sözü edilen tedavi amacından giderek uzaklaştığı, tıbbin konusunun çok defa tıp tekniğinin uygulanması olduğu yönünde bkz. Laufs/Uhlenbruck, § 52 N. 2, § 51 N. 7; Şenocak, s. 66. Tıbbî müdahale kavramı hakkında ayrıca bkz. Laufs/Uhlenbruck, § 52 N. 1- 2, § 51 N. 1 vd., N. 7- 9; Margot Michel, Zwischen Autonomie und fürsorglicher Fremdbestimmung: Partizipationsrechte von Kindern und Jugendlichen im Bereich medizinischer Heilbehandlungen, FamPra.ch 2008, s. 244; Şenocak, s. 66- 67; Hakeri, s. 37 vd., 39; Hasan Seçkin Ozanoğlu, Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü, AÜHFD., C. 52, S. 3 (2003), s. 58- 59; Hasan Seçkin Ozanoğlu, Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, Ankara 2010, s.13; Özlem Yenerer Çakmut, Tıbbî Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul 2003, s. 24.

⁶ Laufs/Uhlenbruck, § 52 N. 2, § 51 N. 8- 9; Michel, s. 244.

⁷ Hakeri, s. 255 vd., 401 vd., 409; Ayan, s. 11 vd., 12.

⁸ Geiser, 1995, s. 289; Geiser, 2006, s. 91; Joset, s. 1425; Michel, s. 245- 246; BGE 117 Ib 197, 200 vd.; Şenocak, s. 68; Ozanoğlu, 2003, s. 59.

⁹ Geiser, 2006, s. 91; Joset, s. 1425; Şenocak, s. 68.

¹⁰ Geiser, 2006, s. 91; Joset, s. 1425; BGE 117 Ib 197, 200 vd.; Şenocak, s. 68.

edilenin rızası, daha üstün nitelikteki özel veya kamusal yarar ve kanunun verdiği yetkinin kullanılması olarak sayılmıştır¹¹.

Özel hukuk alanında, özellikle tıbbî müdahale açısından en önemli hukuka uygunluk sebebini, kişilik hakkına müdahale edilenin rızası oluşturur¹². Rızanın, tıbbî müdahalenin hukuka aykırılığını ortadan kaldırabilmesi için hukuken geçerli olması gerekir¹³. Burada öncelikle ifade edilmelidir ki, ancak ayırt etme gücüne sahip bir kişi, tıbbî bir müdahaleye geçerli olarak rıza gösterebilir¹⁴. Yine bu yöndeki rızanın geçerli olabilmesi için kişinin tıbbî müdahale hakkında önceden yeterince aydınlatılmış olması gerekir; yani kişi neye rıza gösterdiğini bilmelidir¹⁵. Esasen kişi, kendisi hakkında bizzat karar verme hakkını da ancak bu suretle kullanabilir¹⁶. Şu halde kişi, hekim tarafından konulan teşhis, yapılması plânlanan tıbbî müdahalenin türü ve kapsamı, bu müdahalenin muhtemel sonuçları, bu yönde müdahaleye bağlı iyileşme şansı ve müdahalenin yol açabileceği tehlikeler hakkında aydınlatılmış olmalıdır¹⁷. Ayrıca tıbbî müdahaleye ilişkin aydınlatma, muhtemel alternatif tedavi yöntemlerini ve hâlihazırda tedavi olunmadığı takdirde karşılaşılabilecek tehlikeleri de kapsmalıdır¹⁸. Kişinin yapılması plânlanan tıbbî müdahale hakkında olabildiğince kapsamlı bir biçimde aydınlatılması, onun tıbbî müdahaleye ilişkin olarak serbestçe karar verebilmesini ve bu yönde tıbbî müdahaleye özgür iradesine uygun bir rıza gösterebilmesini sağlar.

¹¹ Geiser, 2006, s. 92; Heinz Hausheer/Regina E. Aebi- Müller, *Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, 2. Auflage, Bern 2008, Rz. 12.15 vd.; Mustafa Dural/Tufan Ögüz, *Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku*, 12. Bası, İstanbul 2012, N.744 vd.; M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay- Özdemir, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, 12. Bası, İstanbul 2012, s. 191 vd.

¹² Geiser, 2006, s. 92; Joset, s. 1425; Michel, s. 246; BGE 117 Ib 197, 200.

¹³ Dural/Ögüz, N. 745.

¹⁴ Andreas Bucher, *Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz*, 4. Auflage, Basel 2009, N. 506; Michel, s. 246; Joset, s. 1425; Geiser, 2006, s. 92; Ayan, s. 11.

¹⁵ Joset, s. 1425; Michel, s. 246; Hausheer/Aebi- Müller, Rz. 12.52; Dural/Ögüz, N. 540 vd.; ayrıntılı olarak bkz. Ayan, s. 11; Hakeri, s. 268 vd.

¹⁶ Joset, s. 1425; Michel, s. 246; Ozanoğlu, 2003, s. 59; Veysel Başpınar, *Organ Naklinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü*, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi/ Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Derneği/ Akdeniz Üniversitesi Tıp Fakültesi/Institut für Deutsches Europäisches und Internationales Medizinrecht, Gesundheitsrecht und Bioethik der Universitäten Heidelberg und Mannheim: 1. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi, Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, İstanbul 2007, s. 193 vd., 195.

¹⁷ Joset, s. 1425; Michel, s. 246; ayrıntılı olarak bkz. Ozanoğlu, 2003, s. 64 vd.; Ozanoğlu, 2010, s. 36 vd.; Ayan, s. 11, 71 vd.; Hakeri, s. 275 vd.; ayrıca Başpınar, *Aydınlatma Yükümlülüğü*, s. 197 vd.

¹⁸ Bkz. dn. 17.

Rıza, hukuka ve ahlâka aykırı olamaz¹⁹. Bu anlamda olmak üzere bir kimse, kişiliğine zarar verecek bir müdahaleye rıza gösteremez²⁰. Meselâ kişinin hayatı üzerinde tasarruf edilmesine rıza gösterme yetkisi yoktur. Keza kişi, hiçbir sebep olmaksızın vücut bütünlüğünün ihlâl edilmesine (meselâ kolunun kesilmesine) de rıza gösteremez²¹.

Tıbbî müdahaleye rıza, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır²². Bu sebeple kişi, ayırt etme gücüne sahipse, sınırlı ehliyetsiz de olsa, kural olarak tıbbî müdahaleye bizzat rıza gösterme yetkisine sahip olmalıdır²³. Doktrinde bazı yazarlar, tıbbî müdahalenin önemi dolayısıyla sınırlı ehliyetsizin rıza beyanına yasal temsilcinin de katılmasının yararlı olacağına işaret etmektedirler²⁴.

Türk hukukuna, göre hastanın küçük veya kısıtlı olması halinde, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı ayırımı yapılmaksızın, tıbbî müdahaleye yasal temsilcinin rızası aranır (TŞSTİDK. m.70; HHY. m.24)²⁵. Ancak yasal temsilcinin rızasına rağmen, mümkün olduğu ölçüde küçük veya kısıtlı hastanın dinlenmesi suretiyle tıbbî müdahaleye katılımı sağlanır (HHY. m.26). Burada hekim, küçük veya kısıtlının beyanı ile bağlı değildir²⁶.

Tıbbî müdahaleye rıza, kişinin ayırt etme gücüne sahip olmaması halinde yasal temsilci tarafından açıklanır²⁷. Ancak ayırt etme gücü bulunmayan kişiye henüz bir yasal temsilci atanmamış olabilir. Böyle bir halde sözü edilen kişi hakkında kısıtlanmasına yönelik davanın açılması gerekir. Dava açıldığı takdirde, vesayet makamı, TMK. m.420/I uyarınca re'sen gerekli önlemleri alır; bu anlamda tıbbî müdahaleye izin verebilir²⁸. Buna karşılık, ayırt etme gücü bulunmayan kişi hakkında kısıtlanmasına yönelik dava açılmış değilse, bu halde

¹⁹ Dural/Öğüz, N. 745.

²⁰ Dural/Öğüz, N. 526.

²¹ Dural/Öğüz, N. 529.

²² Dural/Öğüz, N. 532; Şenocak, s. 73.

²³ Dural/Öğüz, N. 532; Ayan, s. 11; krş. Bucher, N. 506; ayırt etme gücüne sahip küçüğe yapılacak tıbbî müdahaleye rıza konusunda doktrindeki görüşler için bkz. Şenocak, s. 74 vd.

²⁴ Dural/Öğüz, N. 532; krş. Ayan, s. 11.

²⁵ 11.04.1928 tarihli ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun (RG. 14.04.1928, 863) ve Hasta Hakları Yönetmeliği (RG. 01.08.1998, 23420). Son değişiklikler için bkz. www.mevzuat.gov.tr.

²⁶ Dural/Öğüz, N. 532; Şenocak, s. 74.

²⁷ Dural/Öğüz, N. 532; Bucher, N. 507.

²⁸ Geiser, 2006, s. 92; Peter Breitschmid, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (Hrsg. Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser), Zivilgesetzbuch I, Art. 1- 456 ZGB, 3. Auflage, Basel 2006, Art. 386 N. 10; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 1998.

doktrinde vesayet makamının TMK. m.426 uyarınca bu meseleye ilişkin olarak bir temsil kayyımı ataması gerektiğine işaret edilmektedir²⁹.

Yasal temsilci, tıbbî müdahaleye rıza verirken ilgili kişinin menfaatlerine göre hareket etmelidir³⁰. Burada yasal temsilci, temsil edilen kişinin ayırt etme gücünün olması halinde, iradesini hangi yönde açıklayacağını göz önünde bulundurmalıdır³¹. Diğer taraftan, yasal temsilcinin tıbbî müdahaleyi reddi, bazı hallerde göz ardı edilebilmek zorundadır³². Meselâ ayırt etme gücü olmayan hastanın açıkça yararına olduğu halde, yasal temsilcinin yersiz ve şoke edici surette tıbbî müdahaleye rıza vermekten kaçınmasında durum böyledir³³.

Türk hukukuna göre, yasal temsilci tarafından rıza verilmeyen hallerde, müdahalede bulunmak tıbben gerekli ise, velayet veya vesayet altındaki hastaya tıbbî müdahalede bulunulabilmesi; TMK. m.346 ve m.487 uyarınca mahkeme kararına bağlıdır (HHY. m.24/II)³⁴.

Tıbbî müdahaleye rıza konusunda ayırt etme gücüne sahip olmayan hasta, tıbbî müdahaleyi ret konusunda ayırt etme gücüne sahip olabilir³⁵. Zira ayırt etme gücü, nisbidir. Bu bakımdan hasta somut olaydaki tıbbî müdahalenin önemini kavrayabilecek durumda olmadığından tedaviye geçerli olarak rıza veremiyorsa, bu sonuç, sözü edilen hastanın müdahalenin yapılmaması yönündeki iradesinin de önemsiz olduğu anlamına gelmez³⁶. Çünkü hasta, ancak müdahalenin ve reddinin önemini ana hatlarıyla kavrayamadığı takdirde, ayırt etme gücüne sahip değildir³⁷. Burada müdahaleyi ret konusunda ayırt etme gücüne sahip bir hastanın müdahalenin yapılmaması yönündeki iradesine aykırı olarak yasal temsilcinin geçerli bir

²⁹ Geiser, 2006, s. 92; istisnai olarak bazı hallerde, genellikle acil meselelerde doğrudan vesayet makamının da TMK 459 hükmü dolayısıyla bizzat hareket edebileceği yönünde bkz. Ernst Langenegger, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (Hrsg. Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser), Zivilgesetzbuch I, Art. 1- 456 ZGB, 3. Auflage, Basel 2006, Art. 392 N. 14.

³⁰ Geiser, 2006, s. 92; Bucher, N. 507.

³¹ Geiser, 2006, s. 93.

³² Bucher, N. 509.

³³ Bucher, N. 509.

³⁴ Burada anılan madde metninde yer verilmemiş olmakla birlikte, vesayet altındaki hastalar bakımından TMK. m. 461 hükmünün de uygulanabileceğine işaret etmek gerekir. Konuya ilişkin olarak bkz. Hakeri, s. 346 vd.; Dural/Öğüz, N. 532; Bucher, N. 507.

³⁵ Geiser, 1995, s. 293; Geiser, 2001, 230; Geiser, 2006, s. 93; krş. Daniel Rosch/Andrea Büchler/Dominique Jakob, Das Neue Erwachsenenschutzrecht, Einführung und Kommentar zu Art. 360 ff. ZGB, Basel 2011, Art. 433- 435 N. 2.

³⁶ Geiser, 1995, s. 296; Geiser, 2006, s. 95, 96.

³⁷ Krş. Geiser, 1995, s. 297.

rıza verip veremeyeceği meselesi ortaya çıkmaktadır. Doktrinde velâyet veya vesayet altındaki küçüğün tedaviyi reddettiği hallerde, küçüğe ilişkin bakım ve gözetim ödevinin, onun kararının önüne geçebileceği ifade edilmektedir; bununla birlikte, aynı sonuç ergin kısıtlılar için kabul edilmemektedir³⁸. Böyle bir halde ancak buna imkân tanıyan bir kanunun varlığı halinde tedavi uygulanabilir³⁹. Bu, aslında zorla tedavi alanına giren bir durumu ifade etmektedir.

Ayrırt etme gücüne sahip olmayan hastaya tıbbî müdahale için gerekli rızanın acil bir durum sebebiyle alınamaması halinde, hekim, özellikle hayat kurtarıcı müdahaleleri derhal yapabilir⁴⁰. Böyle bir halde tıbbî özen yükümü de hekimi tıbben gerekli müdahaleyi gerçekleştirmekle yükümlü kılar⁴¹. Acil durumlarda derhal yapılması gereken tıbbî müdahalelerde, müdahalenin hukuka uygunluğu, esas itibarıyla hastanın bu yöndeki farazî (varsayılan) iradesi ile açıklanır⁴².

Türk hukukuna göre, yasal temsilciden rıza alınmasının zaman gerektireceği ve derhal müdahale edilmediği takdirde hasta için hayati riskin doğabileceği acil hallerde rıza şartı aranmamıştır (HHY. m.24/ III)⁴³. Ancak bunun dışında yasal temsilcinin olmadığı veya hazır bulunmadığı ya da hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde de tıbbî müdahaleye rıza şartının aranmayacağı hükme bağlanmıştır (TŞSTİDK. m.70; HHY. m.24/ I). Kanaatimizce, genel bir ifadeyle kaleme alınmış bu düzenlemenin uygulama alanının da tıbbî müdahaleyi zorunlu kılan hayati veya sağlıklı tehdit eden hallerle sınırlı tutulması gerekir⁴⁴.

³⁸ Urs Tschümperlin, Die elterliche Gewalt in Bezug auf die Person des Kindes (Art. 301 bis 303 ZGB), Freiburg 1989, s. 110- 111, 242; Ayan, s. 11, dn. 26; Geiser, 2006, s. 98, 99; krş. Hausheer/Aebi- Müller, Rz. 12.59a.

³⁹ Geiser, 2006, s. 95, 96.

⁴⁰ Joset, s. 1426; Dural/Öğüz, N. 533- 534; Oğuzman/Seliçi/Oktay- Özdemir, s. 161- 162; krş. Bucher, N. 500.

⁴¹ Joset, s. 1426; Veysel Başpınar, Hasta Hakları Açısından Hekimin Özen Borcu, KTÜ Hasta Hakları Uygulama ve Araştırma Merkezi, Augsburg Üniversitesi Hukuk Fakültesi; 4. Türk-Alman Sağlık Hukuku Sempozyumu, Sağlık Hakkı, Trabzon 8- 9 Haziran 2007, İstanbul 2007, s.191 vd., 195 vd.

⁴² Joset, s. 1426; Geiser, 2006, s. 92; Dural/Öğüz, N. 534. Bucher'e göre yasal temsilcisi olmayan hastanın rızasının alınmadığı hallerde (mesela ağır bir kaza halinde) hukuka uygunluk sebebi olarak hastanın üstün özel yararının tercih edilmesi gerekir (N 510). Küçüğün yaşam ve sağlığını tehdit eden bir tehlikenin bulunması, yani tıbbî müdahalenin acil olması durumunda, hekim tarafından yapılacak tıbbî müdahalenin hukuka uygunluk sebebini, küçüğün üstün yararı oluşturur (Şenocak, s. 77 vd.).

⁴³ HHY. m. 24/ III hükmü şöyledir: "Kanuni temsilciden veya mahkemeden izin alınması zaman gerektirecek ve hastaya derhal müdahale edilmediği takdirde hayati veya hayati organlarından birisi tehdit altına girecek ise, izin şartı aranmaz."

⁴⁴ Dural/Öğüz'e göre TŞSTİDK. m. 70 ve HHY. m. 24/I maddelerindeki düzenleme, farazî (mefruz, varsayılan) iradeye, yani hastanın durumu uygun olsa idi rıza vereceği kuralına işaret

Tıbbî müdahale için rıza alınmadığı takdirde, tıbben gerekli bir müdahalenin yapılabilmesi, acil bir durum dışında, esas itibarıyla ancak bir kanun hükmünün bunu öngörmesi halinde mümkündür⁴⁵. Burada esasen aşağıda ele alınacak zorla tedavi alanına giren bir durum söz konusu olmaktadır.

III. ZORLA TEDAVİ VE ZORLA TEDAVİNİN HUKUKİ TEMELLERİ

Zorla tedavi, yukarıda da ifade edildiği üzere, kişinin açıkladığı iradesine karşı veya en azından geçerli bir rızası olmaksızın onun bedenine veya ruhuna yönelik tıbbî müdahaleyi ifade eder⁴⁶.

Aslında zorla tedavi, kişiye yönelik cibrî tedbirlerin bir kısmını oluşturur⁴⁷. Şöyle ki, kişiye yönelik cibrî tedbirler, özgürlüğü sınırlayıcı tedbirler ve zorla tedaviler olarak ikili bir ayrımla ele alınabilir: Özgürlüğü sınırlayıcı tedbirlerde kişinin sadece hareket özgürlüğü sınırlanır⁴⁸. Meselâ kişinin iradesine karşı veya iradesi olmaksızın koruma amacıyla özgürlüğünün kısıtlanarak, bir kuruma yerleştirilmesinde durum böyledir (TMK. m.432 vd.). Şu halde gönüllü olarak gerçekleştirmediği takdirde, kişinin bir hastaneye veya bir bakım ya da yaşlılar yurduna yerleştirilmesi, onun özgürlüğünün sınırlanmasını ifade eder⁴⁹. Özgürlüğü sınırlayıcı tedbirlerin daha ağır biçimleri de söz konusu olabilir⁵⁰. Meselâ hastanın yatağa bağlanmasında, tecrit edilmesinde (izolasyonunda) durum böyledir. Buna kar-

etmektedir. Ayrıca Dural/Öğüz'e göre HHY. m. 24/ III hükmünün sadece küçük ve kısıtlılar yönünden değil, tıbbi müdahaleye rıza gösteremeyecek durumda bulunan herkes (örneğin sürekli ya da geçici olarak ayırt etme gücünden yoksun olanlar) yönünden uygulanması gerekir (N. 533- 534).

⁴⁵ Tıbbi müdahalenin gerekli rızanın yokluğunda TMK. m. 24 de yer alan “*daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar*” sebeplerinden birine dayanılarak haklı kılınması güç görünmektedir (krş. Geiser, 2006, s. 94- 95, 97). Zira mesela üçüncü kişilerin kişilik değerlerinin korunması, doğrudan hastanın vücut bütünlüğüne yönelik bir müdahale yerine, bu kişilerin hastayla temasını önleyici tedbirlerle sağlanabilir. Böyle bir halde mesela hastanın TMK. m. 432 vd. uyarınca koruma amacıyla bir kuruma yerleştirilmesi söz konusu olabilir; fakat burada da öncelikle hastanın korunmasının başka şekilde sağlanamamış olması gereklidir. Bu yönde “*daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar*” sebeplerinden biri, daha ziyade, rıza olmaksızın tıbbi müdahaleyi öngören bir kanun hükmünün uygulanma şartlarının belirlenmesinde tutamak noktası teşkil eder.

⁴⁶ Bkz. “Giriş”.

⁴⁷ Kurt Pärli, Zwangsmassnahmen in der Pflege, AJP. 2011, s. 362; Mirjam Bonetti, Rechtliche und medizinische Aspekte der fürsorglichen Freiheitsentziehung (FFE): Schwerpunkt: Gründe für eine FFE, HILL. 2007 II, Nr.12, Rz. 3.2.2. İsviçre Tıp Bilimleri Akademisinin tıbbi etiğe ilişkin yönergesinde cibrî tedbirler, bir insanın açıkladığı iradesine veya mukavemetine karşı ya da iletişim kurulamaması halinde farazi (varsayılan) iradesine karşı gerçekleştirilen her türlü müdahale olarak tanımlanmıştır (Bonetti, Rz. 3.2.2).

⁴⁸ Bonetti, Rz. 3.2.2; Pärli, s. 362.

⁴⁹ Pärli, s. 362.

⁵⁰ Bonetti, Rz. 3.2.2; Pärli, s. 362.

şılık, zorla tedavilerde ise, vücut bütünlüğüne yönelik olarak zorla gerçekleştirilen tıbbî müdahaleler söz konusudur⁵¹. Meselâ zorla ilaç verilmesinde veya zorla aşı ya da enjeksiyonda durum böyledir. Görüldüğü gibi, zorla tedavilerde aslında kişinin özgürlüğünün de sınırlanması söz konusu olmaktadır⁵². İsviçre Tıp Bilimleri Akademisinin tıbbî etiğe ilişkin yönergesine göre, cebrî tedbirler, hastayı disipline etmek veya cezalandırmak amacıyla uygulanamaz⁵³.

Zorla tedavi, hastanın yararına olsa da, kendisi hakkında bizzat karar verme hakkını ve vücut bütünlüğünü ihlâl etmektedir⁵⁴. Bu yönüyle zorla tedavi suretiyle kişinin anayasa ile teminat altına alınan temel haklarına da yönelik bir müdahale vuku bulmaktadır (AY. m.17 ve m.19)^{55,56}. Bu sebeple, anayasada temel hakların sınırlanması rejimine de uygun olarak zorla tedavinin ancak istisnâ hallerde ve bir kanun hükmüne dayanarak gerçekleştirilmesi gerekir (AY. m.13)⁵⁷. Bu yönde zorla tedavide ölçülülük ilkesinin gereklerine de riayet edil-

⁵¹ Bonetti, Rz. 3.2.2; Pärli, s. 362.

⁵² Krş. Bonetti, Rz. 3.2.2; Pärli, s. 362.

⁵³ Zwangsmassnahmen in der Medizin, Medizinisch- etische Richtlinien der SAMW (24.05.2005), s. 16 (www.samw.ch, erişim tarihi, 01 Aralık 2012). Cebrî tedbirlerde tıbbî etik yönünden iki ilke karşı karşıya gelir. Şöyle ki burada bir tarafta hastaya iyilik yapılması, ona zarar gelmemesi söz konusudur; diğer tarafta ise hastanın özerkliğine saygı gösterilmesi gerekir (Bonetti, Rz. 3.2.2). Konu hakkında bkz. Cristof Bernhart, Handbuch der fürsorgerischen Unterbringung, Basel 2011, N. 688 vd.; Veysel Başpınar, Tıp Etiği ve Bilgi Edinme Hakkı Açısından Meslek Sırrı, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Zürich Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Roche Müstahzarları A.Ş. ve Avrupa Bilim ve Sanat Akademisi tarafından müştereken 17- 19 Nisan 2008 tarihleri arasında İstanbul’da düzenlenen “Sağlık Alanında Etik ve Hukuk” Uluslararası Sempozyumu, İstanbul 2008, s.576 vd.; ayrıca N. Yasemin Oğuz/Başaran Demir, Hukuki ve Etik Yönüyle Zorla Hastaneye Yatırma, Psikiyatri, Psikoloji ve Psikofarmakoloji Dergisi, 1993, 1(4), s. 367 vd.

⁵⁴ Bkz. “Giriş”.

⁵⁵ Hakeri, s. 353. Türk hukuk doktrininde kişinin kendisi hakkında bizzat karar verme hakkı, Anayasanın 17. maddesinde yer alan “herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı”ndan çıkarılmaktadır. Zira “yaşama hakkı”, kişinin “kendisi hakkında karar verme hakkı”nı da içerir. Bkz. Ergun Özsunay, Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Ankara 12- 12 Mart 1982, İstanbul 1983, s. 34- 35; Şenocak, s. 74, dn. 45. Kişinin kendisi hakkında bizzat karar verme hakkı, TMK. m. 24 hükmünün koruması kapsamındadır. Bu yönde bkz. Geiser, 2006, s. 91-92; BGE 117 Ib 197, 200 vd.; ayrıca Şenocak, s. 74, dn. 45.

⁵⁶ Federal Mahkemeye göre kişinin zorla tedavisi, mesela psikiyatrik ilaçların kişiye zorla verilmesi, ilaca bağlı güçlü zihni ve bedeni değişimler sebebiyle onun kişisel özgürlüğüne ağır bir müdahale oluşturur. Aslında bu müdahale, kişisel özgürlüğe yönelik temel hakkın özüne taalluk eder, fakat zorla tedavi iyileştirme amacıyla yapıldığı takdirde, temel hakkın özünü ihlâl etmez (BGE 126 I 112, 115; 127 I 6, 17); krş. Joset, s. 1428; Bonetti, Rz. 3.2.2, Rz. 2.2.

⁵⁷ Hakeri, s. 353, 440; Barış Erman, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara 2003, s. 173 vd.

melidir. Buna göre zorla tedavi, münferit halde somut şartlara göre kişilik hakkına daha az müdahale eden başka elverişli bir tedbir bulunmadığı için başvurulabilecek son çare olmalıdır⁵⁸. Aynı zamanda zorla tıbbî müdahale, konu, yer, zaman ve kişi yönünden zorunlu ve amaca uygun olmalıdır⁵⁹.

Türk hukukunda zorla tedavi, başlıca kamu sağlığının korunmasının gerektirdiği hallerde buna ilişkin yasal düzenlemelerde öngörülmüştür⁶⁰. Buna göre meselâ, bulaşıcı veya salgın hastalıklarda tedavi ve önleyici aşı yaptırma zorunluluğu mevcuttur⁶¹. Burada işaret etmek gerekir ki, kamu sağlığının korunmasına yönelik bu yasal düzenlemeler, esas itibarıyla bulaşıcı veya salgın hastalıklarla ilgilidir⁶². Dolayısıyla sözü edilen hastalıkların dışındaki bedenî ve ruhî (psikolojik/psişik) bozuklukların zorla tedavisi için gerekli yasal temeli oluşturmamaktadır.

Kamu sağlığının korunmasına yönelik yasal düzenlemelerin dışında zorla tedaviye ilişkin olarak ceza hukukunun öngörmüş olduğu düzenlemeler de mevcuttur⁶³. Bu düzenlemelerde zorla tedavi, bazı hallerde bir ceza hukuku yaptırımı (güvenlik önlemi) olarak öngörülmüştür⁶⁴. Meselâ suç işleyen bir akıl hastasının güvenlik önlemi olarak uygun bir sağlık kurumunda koruma ve tedavi altına alınmasında durum böyledir⁶⁵. Ayrıca ceza infaz kurumlarında bir sağlık sorunu olup da, tedaviyi reddeden hükümlü ve tutuklular bakımından da infaz kanununda öngörülen şartların gerçekleşmesi halinde zorla tedavi öngörülmüştür⁶⁶.

⁵⁸ Joset, s. 1432; Geiser, 2006, s. 97.

⁵⁹ Krş. Geiser, 2006, s. 96- 97; BGE 126 I 112, 119 vd.

⁶⁰ Burada özellikle 24.04.1930 tarihli ve 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanununa (RG. 06.05.1930, 1489) ve 04.01.1960 tarihli ve 7402 sayılı Sıtmanın İmhası Hakkında Kanun (RG. 11.01.1960, 10402) işaret etmek gerekir (Anılan Kanunlarda yapılan değişikliklere ilişkin olarak bkz. www.mevzuat.gov.tr). Konu hakkında ayrıca bkz. Hakeri, s. 354 vd.; Erman, s. 174 vd.; Dural/Öğüz, N. 530.

⁶¹ Bkz. Umumi Hıfzıssıhha Kanunu, m.57, 64, 67, 72, 88, 101, 107, 119; Sıtmanın İmhası Hakkında Kanun, m.7.

⁶² Krş. Geiser, 2006, s. 98.

⁶³ Hakeri, s. 370 vd.; Erman, s. 175 vd.

⁶⁴ Hakeri, s. 370; Erman, s. 175.

⁶⁵ Türk Ceza Kanunu, m.57. Konu hakkında bkz. Hakeri, s. 370; Erman, s. 175. Ayrıca şiddet uygulayanlarla ilgili olarak hâkim tarafından verilecek önleyici tedbir kararları bağlamında bkz. 08.03.2012 tarihli ve 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun (RG. 20.03.2012, 28239), m. 5, (h) ve (ı) bentleri.

⁶⁶ Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun, m. 82/ III. Anılan hükme göre bir sağlık sorunu olup da tedaviyi reddeden hükümlü ve tutukluların zorla tedavisi için sağlık veya hayatlarının ciddi tehlike içinde olması veya ceza infaz kurumunda bulunanların sağlık ve hayatları için tehlike oluşturan bir durumun varlığı aranır. Konu hakkında bkz. Hakeri, s. 372 vd., 378- 379.

Yargılama hukukundan kaynaklanan zorla tıbbî müdahaleler de mevcuttur. Meselâ ceza yargılamasında delil elde edilmesine yönelik olarak vücuttan örnek alınmasında durum böyledir⁶⁷. Burada bazı tıbbî müdahalelerin sanık veya mağdur üzerinde rıza aranmaksızın gerçekleştirilebilmesi öngörülmüştür⁶⁸. Aynı şekilde medenî yargılama hukukunda da soybağının tespiti amacıyla gerekli inceleme, hâkim tarafından zorla yaptırılabilir⁶⁹. Ancak yargılama hukukunda zorla gerçekleştirilmesi öngörülmüş bulunan tıbbî müdahaleler, esasen görülmekte olan bir davanın aydınlatılması bakımından gerekli olup, tedaviye ilişkin değildir⁷⁰.

Yukarıda yapılan açıklamaların ve tespitlerin dışında, Türk hukukunda bedenî veya ruhî bozuklukların zorla tedavisine yönelik yasal bir düzenlemenin bulunmadığı ifade edilebilir⁷¹. Bundan sonra incelenmesi gereken, Türk Medenî Kanununda öngörülmüş bulunan koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin hükümlerin, zorla tedavi için yasal bir temel oluşturup oluşturmadığı meselesidir.

IV. KORUMA AMACIYLA ÖZGÜRLÜĞÜN KISITLANMASINA İLİŞKİN HÜKÜMLER ÇERÇEVESİNDE ZORLA TEDAVİ

A. Genel Olarak Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması

Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması, kaynak İsviçre Medenî Kanunundaki düzenlemeden⁷² esinlenilerek, yeni bir kurum olarak Türk Medenî Kanununa alınmıştır (TMK. m.432- 437). Anayasanın kişi özgürlüğünü güvenceye bağlayan 19. maddesine uygun olarak kaleme alınan TMK. m.432/I hükmüne göre akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, ağır

⁶⁷ Ceza Muhakemesi Kanunu, m.75, 76.

⁶⁸ Konu hakkında bkz. Hakeri, s. 371 vd.; Erman, s. 177 vd.

⁶⁹ Hukuk Muhakemeleri Kanunu, m. 292.

⁷⁰ Krş. Geiser, 2006, s. 98.

⁷¹ Nüfus Planlaması Hakkında Kanuna göre bir ameliyatın seyri sırasında tıbbî zaruret nedeniyle bir hastalığın tedavisi için kastrasyonu gerektiren hallerde, kişinin rızasına bakılmaksızın kastrasyon ameliyesi yapılabilir (m. 4). Konu hakkında bkz. Hayrunnisa Özdemir, Hadım Etme ve Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIV, Haziran 2010, S.1, s. 125 vd., 128 vd.

⁷² Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin olarak Türk kanun koyucusunun esinlendiği hükümler, İsviçre Medeni Kanununa 1978 yılında yapılan revizyonla eklenen hükümlerdir (Art. 397 a-f ZGB). Bu konuda bkz. Türk Medeni Kanununun Gerekçesi (TBMM Tutanak Dergisi, Dönem 21, Yasama Yılı 4, Cilt 73 [Ankara 2001], Birleşim 11- 12, S. Sayısı 723), s. 144. Hemen bu noktada ifade etmek gerekir ki 2008 yılında İsviçre Medeni Kanununun vesa-yete ilişkin hükümleri (Art. 360- 455 ZGB/ TMK. m. 396- 494), İsviçre toplumunun bugünkü şartlarına ve telakkilerine uygun olarak esaslı surette değiştirilmiştir; bu bağlamda koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin hükümlerde de değişiklikler yapılmıştır. Yapılan değişikliklerin 1 Ocak 2013 tarihinde yürürlüğe girmesi öngörülmüştür (BBI 2006 7002, 7019; BBI 2009 141).

tehlike arz eden bulaşıcı hastalık veya serserilik sebeplerinden biriyle toplum için tehlike oluşturan her ergin kişi, kişisel korunmasının başka şekilde sağlanamaması halinde, tedavisi, eğitimi veya ıslahı için elverişli bir kuruma yerleştirilir veya alıkonulabilir⁷³. Burada kişinin içinde bulunduğu zayıflık hali dolayısıyla ihtiyaç duyduğu korunmanın sağlanabilmesi için onun iradesine karşı veya iradesi olmaksızın bir kuruma yerleştirilmesi suretiyle özgürlüğü kısıtlanmaktadır⁷⁴.

TMK. m.432/I hükmü uyarınca, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması, ergin kişiler için öngörülmüştür. Bu hükmeye göre ergin kişinin kuruma yerleştirilmesi veya kurumda alıkonulabilmesi için kısıtlı olup olmaması önemli değildir⁷⁵. Aynı hükmeye göre, ergin kişinin koruma amacıyla özgürlüğünün kısıtlanabilmesi için, kişisel korunmasını gerekli kılan bir zayıflık hali içinde bulunmalıdır⁷⁶. TMK. m.432/I'de, zayıflık hali oluşturan sebepler, sınırlı olarak sayılmıştır⁷⁷. Bunlar; akıl hastalığı, akıl zayıflığı⁷⁸, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı⁷⁹, ağır tehlike arz eden bulaşıcı hastalık⁸⁰ veya serserilik⁸¹ halleridir.

⁷³ TMK. m. 432/ I hükmünün AY. m. 19 hükmüyle bağlantısına ilişkin olarak bkz. Ahmet Kılıçoğlu, *Medeni Kanunumuzun Aile- Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler*, 2. Bası, Ankara 2004, s. 161.

⁷⁴ Geiser, Art. 397a N. 2 vd., N. 17 vd.; Eugen Spirig, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, II. Band, Das Familienrecht (3. Auflage), 3. Abteilung, Die Vormundschaft (Art. 360- 456 ZGB)* (Hrsg. Peter Gauch und Jörg Schmid), Teilband II 3a, *Die allgemeine Ordnung der Vormundschaft, Die fürsorgerische Freiheitsentziehung*, Art. 397a- 397f, Zürich 1995, Art. 397a N. 7 vd.; Bernhard Schnyder/Erwin Murer, *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band II, Das Familienrecht, 3. Abteilung, Die Vormundschaft, 1. Teilband, Systematischer Teil und Kommentar zu den Art. 360- 397f ZGB, 1. Lieferung, Systematischer Teil und Kommentar zu den Art. 360- 378 ZGB (3. Auflage)*, Bern 1982, Syst. Teil N. 249 vd.; Peter Tuor/Bernhard Schnyder/Jörg Schmid/Alexandra Rumo- Jungo, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Auflage, Zürich 2009*, s. 579 vd.; Barbara Caviezel- Jost, *Die materiellen Voraussetzungen der fürsorgerischen Freiheitsentziehung (Art. 397a Abs. 1 und 2 ZGB)*, Stans 1988, s. 116 vd.; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 2132 vd., N. 2137.

⁷⁵ Kısıtlı olmamakla birlikte kendisine kayyım veya yasal danışman atanan kişiler de TMK. m. 432/I uyarınca koruma amacıyla kuruma yerleştirilebilir. Velayet altındaki kısıtlıların da bu hükmün kapsamına girdiği kabul edilmektedir. Konuya ilişkin olarak bkz. Geiser, Art. 397a N. 1; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo- Jungo, s. 580; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 2136; Bilge Öztan, *Aile Hukuku*, 5. Bası, Ankara 2004, s. 805- 806.

⁷⁶ Geiser, Art. 397a N. 6 vd.; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo- Jungo, s. 580; Caviezel- Jost, s. 117 vd.; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 2140 vd.

⁷⁷ Dural/Öğüz/Gümüş, N. 2138; Öztan, s. 806; Geiser, Art. 397a N. 6; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo- Jungo, s. 580; Caviezel- Jost, s. 117.

⁷⁸ Doktrinde akıl hastalığı, hukuki anlamda, fazla göze çarpan; konunun uzmanı olmayan yönünden objektif olarak tamamen anlaşılabilir, anormal, çok yadırgatıcı görünen bir ruhî bozukluk olarak ifade edilmektedir (Geiser, Art. 397a N. 7; Spirig, Art. 397a N. 27; Schnyder/Murer, Art. 369 N. 26 vd., N. 45 vd.). Akıl zayıflığı ise akıl hastalığına göre daha az derecede bir ruhî bozukluğu belirtir (Hans Michael Riemer, *Grundriss des Vormundschaftsrechts*, 2. Auflage, Bern 1997, § 4 N. 10). Federal Mahkemeye göre Art. 369 ZGB (TMK. m. 405) anlamında kişiyi korunmaya muhtaç kılan sürekli anormal her zihni du-

Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması için kişinin içinde bulunduğu zayıflık hali, tek başına yeterli değildir. Kişinin bir kuruma yerleştirilebilmesi için, zayıflık hali dolayısıyla özel bir korunmaya ihtiyaç göstermesi ve bu korunmanın başka şekilde sağlanamaması gerekir⁸². Başka bir deyişle kişinin korunması, ancak özgürlüğünün kısıtlanması suretiyle gerçekleştirilebilmelidir. Bununla aslında vesayet hukukunda geçerli “ölçülülük ilkesi” de yasal olarak açık ifadesini bulmaktadır⁸³. Buna göre kişisel özgürlüğe ağır bir müdahale olarak koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması, ilgili kişiye yeterli korunmayı sağlayacak daha hafif bir tedbir bulunmadığında caizdir⁸⁴. Ayrıca koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması suretiyle hedeflenene erişilebilmelidir; yani araç, maksadı gerçekleştirmeye elverişli olmalıdır⁸⁵.

Kişisel korunmanın hangi türde olması gerektiği ve hangi kapsamda sağlanacağı, somut olayın şartlarına ve ihtiyaçlara bağlıdır⁸⁶. Kişisel korunma, bir taraftan

rum, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı olarak telakki edilir (BGE 62 II 264; 85 II 457). Ancak her iki hal için de öngörülen hukukî sonuç esas itibarıyla aynıdır (Riemer, § 4 N. 10). Ayrıca bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, N. 2140.

⁷⁹ Dural/Öğüz/Gümüş’e göre “uyuşturucu bağımlılığı” ifadesi, geniş kapsamlı olarak, özellikle uyuşturucu dışındaki diğer madde bağımlılığı hallerini de içerecek biçimde yorumlanmalıdır (N. 2142). Esasen kaynak hükümde içki bağımlılığının yanında diğer bağımlılık hastalıkları ifadesine yer verilmiştir (Art. 397a Abs. 1 ZGB/ 1978 Revizyonu). Bu yönde meselâ ilaç bağımlılığı, diğer şartların da gerçekleşmesi halinde koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına yol açabilir.

⁸⁰ Ağır tehlike arz eden bulaşıcı hastalık hali, kaynak hükümde yer almamıştır (bkz. Art. 397a Abs. 1 ZGB/ 1978 Revizyonu). Türk Medeni Kanununun 432. maddesine ilişkin gerekçeye göre “ağır tehlike arz eden bulaşıcı hastalıkların neler olduğunun belirlenmesi tıp biliminin işi olmakla beraber, buraya AIDS, kolera, ilerlemiş verem ve veba gibi hastalıkların geleceği söylenebilir” (bkz. dn. 72, s. 145). Aslında bulaşıcı hastalıklarla mücadeleyle ilişkin olarak, yukarıda da işaret edilen Umumi Hıfzıssıhha Kanununun getirdiği tecrit ve tedavi hükümleri karşısında, Türk Medeni Kanununun 432. maddesinde de “ağır tehlike arz eden bulaşıcı hastalık” haline yer verilmesinin isabeti tartışılabilir. Konu hakkında ayrıca bkz. Öztan, s. 806.

⁸¹ Kaynak hükümde serserilik yerine “fena halde bakımsızlık” (schwere Verwahrlosung) ifadesine yer verilmiştir (bkz. Art. 397a Abs. 1 ZGB/ 1978 Revizyonu). Doktrine göre fena halde bakımsızlık, insanlık onuruyla hiçbir şekilde bağdaşması mümkün olmayan bir düşkünlük (perişanlık) halini ifade eder (Geiser, Art. 397a N. 10; Spirig, Art. 397a N. 106). TMK. m. 432 metninde yer alan serserilik hali ise kişisel özgürlüğün kısıtlanması sebebi olarak bu yöndeki Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (m. 5) ve AY. m. 19 hükümleriyle uyumludur. Serseri, belirli bir yerleşim yeri olmayan, geçimi için gerekli araçlara sahip olmayan ve bir mesleği veya sanatı düzenli olarak icra etmeyen kimsedir ve kişisel korunması başka şekilde sağlanamadığı takdirde koruma amacıyla özgürlüğü kısıtlanabilir (Geiser, Art. 397a N. 10; Spirig, Art. 397a N. 92).

⁸² Geiser, Art. 397a N. 3; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo- Jungo, s. 581; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 2138; Öztan, s. 806.

⁸³ Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo- Jungo, s. 581; Spirig, Art. 397a N. 257 vd.; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 2145; Öztan, s. 807.

⁸⁴ Geiser, Art. 397a N. 13; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 2145.

⁸⁵ Geiser, Art. 397a N. 14.

⁸⁶ Geiser, Art. 397a N. 3.

tedaviye yönelik tedbirleri kapsar, diğer taraftan da kişinin insan haysiyetine yaraşır bir şekilde varlığını sürdürmek için ihtiyaç duyduğu her türlü bakımı kapsar⁸⁷. Burada yeme içme, vücut bakımı, giyim gibi temel ihtiyaçların karşılanması söz konusu olur; buna asgarî ölçüde bir kişisel uğraşın sağlanması da dâhildir⁸⁸.

TMK. m.432 hükmünde, kaynak hükümden⁸⁹ farklı olarak korunma ihtiyacı içindeki kişinin kişisel korunmasının başka şekilde sağlanamaması halinde tedavisi, eğitimi veya ıslahı için elverişli bir kuruma yerleştirileceği veya kurumda alıkonulabileceği öngörülmüştür⁹⁰. Kanaatimizce, madde metninde yer verilen tedavi, eğitim veya ıslah için kuruma yerleştirme, esasen koruma amacıyla özgürlüğün nihaî amacını teyit eden bir anlama sahiptir. Şöyle ki, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması, her halükârda kişisel korunmaya hizmet eder. Burada amaçlanan, zayıf haldeki korunmaya muhtaç kişinin yeniden kendi sorumluluğunu taşıyabilecek, bağımsız bir insan olmasını sağlamak, en azından varlığını insan haysiyetine yaraşır bir şekilde sürdürmesini temin etmektir⁹¹. Bu sebeple, kurumda sağlanan kişisel korunma, imkân ölçüsünde kişiyi yeniden kurum dışında yaşamaya muktedir kılmalıdır⁹².

TMK. m.432/I hükmü uyarınca, kişinin kuruma yerleştirilebilmesi için, madde metninde sayılan akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı veya serserilik sebeplerinden biriyle toplum için tehlike oluşturma şartı da aranmıştır⁹³. Kaynak hükümde⁹⁴ yer verilmeyen bu şart, doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir⁹⁵. Zira koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin hükümlerin amacı, zayıf haldeki kişiyi korumaktır. Bu yönde Dural/Öğüz/Gümüş'e göre "*toplum için tehlike*" şartı bertaraf edilerek, TMK. m.432/I hükmünün uygulanabilmesi bakımından salt, kişinin kendisine yönelik tehlikelerden kişisel korunma ihtiyacının doğmuş olması yeterli görülmelidir⁹⁶.

TMK. m.432/II'ye göre, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasında kişinin çevresine getirdiği külfet de göz önünde tutulur⁹⁷. Çevre kavramına, esas

⁸⁷ Geiser, Art.397a N. 4.

⁸⁸ Geiser, Art. 397a N. 4.

⁸⁹ Art. 397a ZGB/ 1978 Revizyonu.

⁹⁰ Dural/Öğüz/Gümüş, N. 2150; konu hakkında ayrıca bkz. Kılıçoğlu, s. 164.

⁹¹ Geiser, Vor Art. 397a- fN. 9, N. 29; BGE 112 II 486, 488.

⁹² BBl 1977 III 29.

⁹³ Bu yönde bkz. Kılıçoğlu, s. 163.

⁹⁴ Art. 397a ZGB/ 1978 Revizyonu.

⁹⁵ Dural/Öğüz/Gümüş, N. 2144; ayrıca bkz. Öztan, s. 806.

⁹⁶ Dural/Öğüz/Gümüş, N. 2144.

⁹⁷ Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo- Jungo, s. 581; Geiser, Art. 397a N. 15; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 2139; Öztan, s. 807.

itibarıyla yakınları ve komşuları dâhildir⁹⁸. Ancak kişinin çevresine getirdiği külfetin, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasında, diğer şartların yanında etkili bir unsur olarak dikkate alınabilmesi için aşırı olması şarttır; yani külfetin çevre için katlanmaları beklenemeyecek bir dereceye ulaşmış olması gerekir⁹⁹. Bununla birlikte, kişi çevresine külfet getirmese de diğer şartların gerçekleşmiş olması halinde koruma amacıyla özgürlüğü kısıtlanabilir¹⁰⁰. Diğer taraftan, kişinin çevresine getirdiği külfet, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanabilmesi için tek başına yeterli değildir¹⁰¹.

Kişinin koruma amacıyla özgürlüğünün kısıtlanabilmesi için ihtiyaç duyduğu kişisel korunmayı sağlayabilecek elverişli bir kurumun bulunması gerekir¹⁰². Aksi takdirde kişi hakkında koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması kararı verilemez¹⁰³. Burada kurum kavramı, geniş bir anlamda ele alınır¹⁰⁴. Buna göre, kurumun kapalı olması gerekli değildir. Kişinin hareket özgürlüğünün kurumdaki bakım ve gözetim sebebiyle hissedilir derecede sınırlanması halinde, TMK. m.432 anlamında bir kurum söz konusu olur¹⁰⁵. Elverişli kurumdan maksat, kurumun, yerleştirilen kişinin esas itibarıyla ihtiyaç duyduğu bakım ve korunmayı sağlayacak organizasyona ve personele sahip olmasıdır¹⁰⁶.

TMK. m.432/III hükmüne göre ilgili kişi, durumu elverir elvermez kurumdan çıkarılır. Buna göre, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması tedbirinin uygulanması, kişinin zayıflık halinin devamına bağlıdır¹⁰⁷. Bu anlamda TMK. m.432/I hükmüne dayanılarak bir kuruma yerleştirilen kişi, durumu uygun hale gelir gelmez, kurumdan çıkarılmalıdır.

B. Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanmasına İlişkin Hükümlerin Zorla Tedavi İçin Yasal Bir Temel Oluşturup Oluşturmadığı Meselesi

1. İsviçre Hukukunda

İsviçre’de 1978 yılında kişi özgürlüğünün kısıtlanmasına ilişkin olarak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin gereklerine uyum sağlamak üzere, yasal bir

⁹⁸ Geiser, Art. 397a N. 27; Spirig, Art. 397a N. 360; Öztan, s. 807; krş. TMK/Gerekçe (dn. 72), s. 145.

⁹⁹ Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo- Jungo, s. 581; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 2139; Öztan, s. 807.

¹⁰⁰ Spirig, Art. 397a N. 337.

¹⁰¹ Spirig, Art. 397a N. 340.

¹⁰² Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo- Jungo, s. 581.

¹⁰³ Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo- Jungo, s. 581; Geiser, Art. 397a N. 25.

¹⁰⁴ Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo- Jungo, s. 581; Geiser, Art. 397a N. 22; Spirig, Art. 397a N. 119; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 2149.

¹⁰⁵ Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo- Jungo, s. 582; Geiser, Art. 397a N. 22; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 2149.

¹⁰⁶ Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo- Jungo, s. 582; Geiser, Art. 397a N. 24; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 2151.

¹⁰⁷ Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo- Jungo, s. 582; Geiser, Art. 397a N. 28; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 2146.

düzenlemeye gidilmiş ve Medenî Kanuna bu yönde “*koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması*” başlığı altında altı yeni madde eklenmiştir (Art. 397a-f)¹⁰⁸. Türk kanun koyucusu, 2001 tarihli Medenî Kanunu hazırlarken, İsviçre Medenî Kanunu’nun sözü edilen hükümlerinden esinlenmiştir (TMK. m.432- 437). Ancak, 2008 yılında İsviçre’de yapılan bir revizyonla vesayet hukuku hükümleri (Art. 360- 455 ZGB/ TMK. m.396- 494), toplumsal gelişmelere paralel olarak esaslı surette değiştirilmiştir¹⁰⁹. Bu bağlamda koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin hükümlerde de değişiklikler yapılmıştır. Bu değişiklikler çerçevesinde ruhî bozukluğu olan bir hastanın tedavi amacıyla bir psikiyatri kliniğine yerleştirilmesi halinde, kanunda öngörülen şartlar dâhilinde rızası olmaksızın gerekli tıbbî tedbirlerin uygulanabileceği de açık yasal hükme kavuşturulmuştur¹¹⁰. Yapılan değişikliklerin 1 Ocak 2013 tarihinde yürürlüğe girmesi öngörülmüştür¹¹¹.

Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması hakkındaki hükümlerin zorla tedavi için yasal temel oluşturup oluşturmadığı meselesi incelenirken; önce Türk kanun koyucusunun esinlendiği hükümlere (Art. 397a- f ZGB/ 1978 Revizyonu) ilişkin olarak İsviçre doktrin ve uygulamasının bakış açısı, sonra da 2008 Revizyonu ile yapılan değişiklikler çerçevesindeki durum ele alınacaktır.

a. 1978 Revizyonu

İsviçre doktrinine göre, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin Art. 397a Abs.1 ZGB (TMK. m.432/I) hükmü, zorla tedavi için yasal bir temel oluşturmamaktadır¹¹². Şöyle ki, anılan hükümde öngörülen şartların gerçekleşmesi halinde, buna bağlanan hukukî sonuç, kişinin elverişli bir kuruma yerleştirilmesi veya kurumda alıkonulmasıdır. Şu halde anılan hüküm, sözü itibarıyla, sadece kişinin hareket özgürlüğünün kısıtlanmasına yöneliktir¹¹³. Burada maddenin sözünde zorla tedaviye yönelik bir hukukî sonuç bulunmamaktadır. Diğer taraftan, Art. 397a Abs.1 ZGB, kişisel korunmanın sağlanması bakımından elverişli olması gereken kuruma, prensipte sadece özgürlüğün kısıtlanmasını ger-

¹⁰⁸ Konu hakkında bkz. Caviezel- Jost, s. 7 vd; Geiser, Vor Art. 397a- f N. 1 vd.; BBI 1977 III 1 vd.; ayrıca dn. 72.

¹⁰⁹ BBI 2006 7002. Konu hakkında ayrıntılı olarak bkz. Rosch/Büchler/Jakob, Einführung N. 1 vd.; Hermann Schmid, Erwachsenenschutz, Kommentar zu Art. 360- 456 ZGB, Zürich 2010, N. 1 vd., N. 28 vd.

¹¹⁰ Art. 433- 434 ZGB/ 2008 Revizyonu.

¹¹¹ Andrea Büchler, ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch und Nebenerlasse, 4. Auflage, Basel 2012, s. 259.

¹¹² Geiser, 1995, s. 301 vd., 305; Geiser, Vor Art. 397a- f N. 7; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumojungo, s. 587.

¹¹³ Geiser, 1995, s. 301.

çeleştirme yetkisini vermektedir¹¹⁴. Buna karşılık madde metni, özgürlüğün kısıtlanmasının nasıl gerçekleştirileceğine ilişkin olarak herhangi bir hüküm içermemektedir¹¹⁵. Bu sebeple elverişli kurum kavramı da her halükârda sözü bakımından zorla tedavi için yeterli bir temel oluşturmamaktadır. Diğer taraftan, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması için öngörülen zayıflık haline yol açan sebeplerden akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya diğer madde bağımlılığı, çoğu kez tıbbî tedaviyi mantıklı kılan bir hastalık halini ortaya koyar; bununla birlikte, burada sadece kuruma yerleştirmek bakımından aranan bir şart vardır¹¹⁶. Bundan başka bir hukukî sonuç – her halükârda sözü itibarıyla- çıkarılamaz. Burada şüphesiz kanunun anlam ve amacı da göz önünde bulundurulmalıdır¹¹⁷. Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması ile takip edilen amaç, yani bir kişiye ihtiyaç duyduğu kişisel korunmanın zorla sağlanması, pekâlâ zorla bir tedaviyle de örtüşebilir. Ancak böyle olması, şart değildir. Şöyle ki, kanun koyucu, kişisel korunmanın sağlanması için sadece bir araç düzenlemekle, yani hareket özgürlüğünün sınırlanması ile yetinip, başka bir araç hakkında karar vermektен, yani zorla tıbbî tedaviden vazgeçmiş olabilir¹¹⁸. Burada kanun koyucunun iradesinin araştırılması gerekir. Ancak, İsviçre hukukunda koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin hükümlerin doğuşu ile ilgili materyalden, kanun koyucunun koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması hakkındaki hükümlerle aynı zamanda zorla tedavi için de bir yasal temel oluşturmak istediğini gösteren bir yön anlaşılamamaktadır¹¹⁹. Bilâkis koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasının nasıl gerçekleştirileceği ve kurumda sağlanacak bakımın türü düzenlenmek istenmemiştir¹²⁰.

İsviçre Federal Mahkemesi koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin hükümlerin zorla tedavi için hukukî bir temel oluşturmadığını kabul etmektedir¹²¹: Buna göre zorla tedavi, kanton hukuku çerçevesinde açıkça ve bir kanunla düzenlenmelidir. Ayrıca burada anayasada yer alan temel bir hak olarak kişi özgürlüğüne yönelik bir müdahale söz konusudur. Bu sebeple zorla tedavi, anayasada yer alan temel hakların sınırlanması rejimine uygun olmalıdır. Bunun için kamusal bir yarar veya üçüncü kişilerin temel haklarının korunmasıyla haklı kılınmalı ve ölçülülük ilkesini gözetmelidir. Diğer taraftan zorla tedavi sure-

¹¹⁴ Geiser, 1995, s. 301.

¹¹⁵ Geiser, 1995, s. 301.

¹¹⁶ Geiser, 1995, s. 301- 302.

¹¹⁷ Geiser, 1995, s. 302.

¹¹⁸ Geiser, 1995, s. 303.

¹¹⁹ Geiser, 1995, s. 305.

¹²⁰ Geiser, 1995, s. 304- 305; BGE 121 III 204, 208; BBI 1977 III 29.

¹²¹ BGE 125 III 169; 126 I 112; 127 I 6; 130 I 16.

tiyle kişi özgürlüğüne yönelik temel hakkın özüne dokunulamaz¹²². Ancak İsviçre doktrininde, geçici nitelikteki zorla tedavinin, istisnaî olarak Art. 397a vd. hükümlerine dayandırılabilmesi ifade edilmektedir¹²³. Şöyle ki, çoğu kez özgürlüğü kısıtlayan tedbirin alınmasından sonra doğrudan ilgilinin durumunu dengelemek için tıbbî bir müdahale zorunluluğu kendisini gösterir. Böyle bir halde müdahale (meselâ zorla ilaç verilmesi), ilgili kişinin durumunun iyileşmesi bakımından bağımsız bir tedavi teşkil etmez; sadece hastanın sakinleşmesine hizmet eder. Burada zorla tedavi, doğrudan koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması tedbirinin gerçekleştirilmesiyle bağlantılıdır¹²⁴.

b. 2008 Revizyonu

İsviçre Medenî Kanununun 2008 yılında esaslı surette değiştirilen vesayet hukukuna ilişkin hükümleri çerçevesinde koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması hakkındaki hükümler, büyük ölçüde korunmakla birlikte, bazı değişiklikler yapılmıştır¹²⁵. Konu, artık “*koruma amacıyla yerleştirme*” başlığı altında düzenlenmiştir (Art.426- 439 ZGB)¹²⁶. Terminolojik değişikliklerle birlikte, önemli bir yenilik olarak koruma amacıyla yerleştirilen kişilerin tıbbî tedavisi de düzenlenmiştir¹²⁷. Aşağıda özellikle bu yöndeki düzenleme ele alınmıştır.

Gerçek kişilerin kişisel korunmasına hizmet eden bir kurum olarak koruma amacıyla yerleştirmenin maddi şartlarını düzenleyen Art. 426 Abs.1 ZGB hükmüne göre, ruhi bir bozukluktan veya zihnî engelden muzdarip ya da fena halde bakımsız bir kişi, gerekli tedavi veya bakımı başka şekilde sağlanamadığı takdirde, uygun bir kuruma yerleştirilebilir¹²⁸.

Koruma amacıyla yerleştirmeye yol açan zayıflık halleri, maddede sınırlı olarak sayılmıştır¹²⁹. Önceki düzenlemede yer alan ve olumsuz etki bırakan akıl

¹²² BGE 127 I 6. Konu hakkında ayrıca bkz. Bernhart, N. 743.

¹²³ Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo- Jungo, s. 587; Rosch/Büchler/Jakob, Art. 433- 435 N. 1; krş. Geiser, Vor Art. 397a- f.N.7; Bernhart, N. 741; aksi yönde Joset, s. 1429.

¹²⁴ Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo- Jungo, s. 587; BGE 121 III 204, 208- 209.

¹²⁵ Koruma amacıyla yerleştirmeye ilişkin hükümlerin uygulama alanı, kısmen genişletilmiştir. Buna göre kapalı bir kuruma veya bir psikiyatri kliniğine yerleştirilen küçükler bakımından da koruma amacıyla yerleştirme hakkındaki hükümler kıyas yoluyla uygulanır (Art. 314b ZGB). Konu hakkında ayrıntılı olarak bkz. Rosch/Büchler/Jakob, Art. 426 N. 1 vd.; Daniel Rosch, Die fürsorgerische Unterbringung im revidierten Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, AJP. 2011, s. 506; Schmid, Vor Art. 426- 439 N. 1 vd.

¹²⁶ Schmid, Vor Art. 426- 439 N. 1.

¹²⁷ Rosch/Büchler/Jakob, Art. 426 N. 1- 2.

¹²⁸ Rosch/Büchler/Jakob, Art. 426 N. 4, N. 5 vd.; Schmid, Art. 426 N. 1 vd. Koruma amacıyla yerleştirmede zayıf haldeki kişinin yakınlarının ve üçüncü kişilerin külfeti ve bu kişilerin korunması da göz önünde tutulur (Art. 426 Abs. 2 ZGB).

¹²⁹ Schmid, Art. 426 N. 6; Rosch/Büchler/Jakob, Art. 426 N. 7.

hastalığı, akıl zayıflığı ve içki bağımlılığı terimlerinden vazgeçilmiştir¹³⁰. Ruhî bozukluk, psikiyatride kabul edilmiş hastalık tablolarını içerir. Bu anlamda olmak üzere, içki bağımlılığı ve diğer bağımlılık hastalıkları da ruhî bozukluk kapsamındadır¹³¹. Zihnî engel ise, doğuştan veya sonradan kazanılmış farklı ağır derecedeki zekâ kusurlarını ifade eder¹³².

Önceki düzenlemede olduğu gibi, kişiye ilişkin bir zayıflık halinin bulunması, koruma amacıyla yerleştirme için tek başına yeterli değildir. Bilâkis koruma amacıyla yerleştirme, gerekli tedavi ve bakımın başka şekilde sağlanamaması halinde, ancak son çare olarak uygulanabilir¹³³. Buna göre, koruma amacıyla yerleştirmede ölçülülük ilkesi gözetilmelidir¹³⁴. Bu itibarla, ilgili kişinin hukukî durumuna daha az müdahale eden tedbirlerin gerekli korumayı sağlayıp sağlamadığı kontrol edilmelidir. Her halükârda koruma amacıyla yerleştirme, takip edilen amaç için elverişli bir tedbir olarak ortaya çıkmalıdır.

Art. 426 Abs.1 ZGB hükmü, zayıf haldeki kişinin kişisel korunması amacıyla yerleştirilmesine ilişkindir¹³⁵. Kişisel korunma, tedavi veya bakım şeklinde olabilir¹³⁶. Kişisel korunmanın şekli, somut olayın şartlarına bağlı olarak farklılık gösterebilir¹³⁷. Kişinin tedavi amacıyla kuruma yerleştirilmesi halinde, tıbbî tedavi, esas itibarıyla hastanın veya ayırt etme gücüne sahip olmaması halinde yasal temsilcinin rızasını gerektirir. Bununla birlikte, 2008 Revizyonuyla Kanun, koruma amacıyla kuruma yerleştirme dâhilinde ruhî bir bozukluğun rıza olmaksızın tedavisine ilişkin bir düzenleme öngörmüştür (Art. 433 vd. ZGB)¹³⁸. Bu düzenlemeye

¹³⁰ Rosch, s. 505; BBl 2006 7043.

¹³¹ Rosch, s. 506; BBl 2006 7043.

¹³² Rosch, s. 506; BBl 2006 7043.

¹³³ Schmid, Art. 426 N. 11.

¹³⁴ Schmid, Art. 426 N. 11.; Rosch/Büchler/Jakob, Art. 426 N. 10.

¹³⁵ Tıbbî rapor amacıyla bir kuruma sevk edilme, ayrı bir maddede (Art. 449 ZGB) düzenlenmiştir. Diğer taraftan, ruhî bir bozukluktan muzdarip bir kişinin gönüllü olarak bir kuruma gelmesi halinde, sözü edilen kişinin kurumda alıkonulması da ayrı bir maddede (Art. 427 ZGB) düzenlenmiştir. Buna göre gönüllü geldiği halde kurumu terk etmek isteyen kişi, kendi bedenini veya hayatını ya da üçüncü kişilerin hayatını veya vücut bütünlüğünü ciddi surette tehlikeye düşürdüğü takdirde (kurumun tıbbî yönetimi tarafından) en fazla üç gün için kurumda alıkonulabilir. Bu sürenin geçmesinden sonra ilgili kişi, icra edilebilir bir yerleştirme kararı bulunmadığı takdirde kurumu terk edebilir. Konu hakkında bkz. Schmid, Art. 427 N. 1 vd.; Rosch/Büchler/Jakob, Art. 427 N. 1 vd. 2008 Revizyonu çerçevesinde bir kişinin koruma amacıyla bir kuruma yerleştirilmesi halinde, bu kişinin kurumda hareket özgürlüğünü sınırlayan tedbirlere ilişkin olarak da ayrı bir düzenleme öngörülmüştür (Art. 438 ZGB; Art. 383 vd. ZGB). Bu konuda bkz. Rosch/Büchler/Jakob, Art. 438 N. 1- 2; Art. 383- 385 N. 1 vd.; Schmid, Art. 438 N. 1- 2; Art. 383 N. 1 vd.

¹³⁶ Schmid, Art. 426 N. 3.

¹³⁷ Schmid, Art. 426 N. 3.

¹³⁸ Schmid, Art. 433 N. 1 vd.; Rosch/Büchler/Jakob, Art. 433- 435 N. 1 vd.; Rosch, s. 508 vd.

göre, kişinin ruhî bir bozukluğunun tedavisi için bir kuruma yerleştirilmesi halinde, öncelikle tedavi eden hekim tarafından yazılı bir tedavi plânı hazırlanır¹³⁹. Bu plânının hazırlanmasına, ilgili kişi ve gerekirse onun koruma amacıyla yerleştirme sürecinde kendisini desteklemek üzere kanunen çağırabileceği, güvendiği bir kişi katılır¹⁴⁰. Bu tedavi plânında hekim, ilgiliyi ve onun güvendiği kişiyi, yapılması düşünülen tıbbî tedbirler bakımından önemli olan her durum hakkında bilgilendirir¹⁴¹. Burada özellikle tıbbî tedbirlerin sebepleri, amacı, çeşidi, uygulanma şekil ve şartları, riskleri ve yan etkileri, tedavinin yapılmamasının sonuçları ve muhtelif alternatif tedavi imkânları hakkında bilgiler verilir¹⁴². Bu suretle kapsamlı bir aydınlatma gerçekleşir¹⁴³. Tedavi plânı, tıbben kabul edilmiş günün tedavi şartlarına uygun, tıbbî açıdan mutlak gerekli tedbirleri içermelidir¹⁴⁴. Hazırlanan tedavi plânı, ilgili kişiye rızası alınmak üzere sunulur¹⁴⁵.

İsviçre kanun koyucusunun yukarıda açıklanan düzenlemeye ilişkin gerekçesine göre, ruhî bir bozukluğun tedavisi için kuruma yerleştirme halinde; tedavinin hukukî temeli, basitçe yerleştirmenin içinde değildir¹⁴⁶. Başka bir deyişle yerleştirme, tek başına tedavi için hukukî ve tıbbî temel oluşturmaz¹⁴⁷. Bilâkis mümkün olduğu takdirde ilgili kişinin yapılması düşünülen tedavi için rızasının alınmaya çalışılması önemlidir¹⁴⁸. Kişinin rızası, tedavinin başarısı bakımından da önemli olup, bu yönde ilgili kişinin tedaviye ilişkin isteklerine olabildiğince saygı gösterilmelidir¹⁴⁹.

İlgili kişinin tedavi plânına rıza göstermesi halinde, bu tedavi plânı uygulanır¹⁵⁰. Buna karşılık, ilgili kişinin rızası yoksa, bu halde tedavi plânında öngörü-

¹³⁹ Schmid, Art. 433 N. 1- 3; Rosch/Büchler/Jakob, Art. 433- 435 N 4 d.; Rosch, s. 510; Bernhart, N. 753 vd.

¹⁴⁰ Schmid, Art. 433 N. 1- 3; Rosch/Büchler/Jakob, Art. 433- 435 N 4 d.; Rosch, s. 510; Bernhart, N. 753 vd.

¹⁴¹ Schmid, Art. 433 N 5; Bernhart, N. 753.

¹⁴² Schmid, Art. 433 N 5; Bernhart, N. 753.

¹⁴³ Bernhart, N. 753; krş. Rosch/Büchler/Jakob, Art. 433- 435 N. 5; Rosch, s. 510.

¹⁴⁴ Bernhart, N. 757.

¹⁴⁵ Schmid, Art. 433 N. 7. Ayırt etme gücü bulunmayan kişinin tedaviye ilişkin olarak önceden açıklamış olduğu istekleri (hasta vasiyeti) bulunduğu takdirde bu da dikkate alınır. Konu hakkında bkz. Schmid, Art. 433 N. 8; Rosch/Büchler/Jakob, Art. 433- 435 N. 6; Rosch, s. 510; Bernhart, N. 753, N. 755.

¹⁴⁶ BBI 2006 7068.

¹⁴⁷ Bernhart, N. 755.

¹⁴⁸ BBI 2006 7068; Bernhart, N. 755.

¹⁴⁹ BBI 2006 7068; ayrıca bkz. dn. 145.

¹⁵⁰ Schmid, Art. 433 N. 7.

len tıbbî tedbirler, ancak kanunen öngörülen şartlar dâhilinde gerçekleştirilebilir¹⁵¹. Buna göre, rıza olmaksızın bir tıbbî tedavi için özel bir tehlike durumu bulunmalıdır; buna ek olarak ilgili kişi tedavi ihtiyacına ilişkin olarak ayırt etme gücüne sahip olmamalıdır ve ölçülülük ilkesi gözetilmelidir (Art. 434 ZGB).

Tehlike durumundan maksat, tedavi olunmadığı takdirde, ilgili kişinin sağlığına ilişkin olarak ciddi bir zarar görme tehdidi altında bulunmasıdır¹⁵². Aynı durum, üçüncü kişilerin hayatı veya vücut bütünlüğünün ciddi olarak tehlikeye düşmüş olmasında da geçerlidir¹⁵³. Burada ağır veya akut tehlike halleri söz konusudur¹⁵⁴. Sözü edilen hallerde tedavi plânında öngörülen tıbbî tedbirlerin uygulanması hususunda yetkili kişi, şef hekimdir¹⁵⁵. İsviçre kanun koyucusuna göre, ruhî bir bozukluğun rıza olmaksızın tedavi edilmesinde şef hekimin yetkisini, bir tehlike haliyle sınırlayan bu hüküm, Avrupa İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin bu yöndeki düzenlemesiyle (m.7) uyumludur¹⁵⁶.

İlgili kişi, kendisinin tedavi ihtiyacına ilişkin olarak ayırt etme gücüne sahip olmamalıdır¹⁵⁷. Burada bir taraftan bunama, ağır zekâ noksanlığı veya bilinç bozuklukları yüzünden idrak yeteneği eksik kişiler söz konusu olabilir¹⁵⁸. Öyle ki, bu kişiler tedaviye rıza veya tedaviyi ret yönünde bir açıklamada bulunamazlar. Diğer taraftan da meselâ şizofreninin algılama yeteneğini etkilemesi suretiy-

¹⁵¹ Schmid, Art. 433 N. 7; Art. 434 N. 3 vd.; Rosch/Büchler/Jakob, Art. 433- 435 N. 9 vd.; Rosch, s. 510 vd.; Bernhart, N. 747, N. 758 vd.

¹⁵² Rosch, s. 511; Rosch/Büchler/Jakob, Art. 433- 435 N. 10; Schmid, Art. 434 N. 7.

¹⁵³ Rosch, s. 511; Rosch/Büchler/Jakob, Art. 433- 435 N. 10; Schmid, Art. 434 N. 7.

¹⁵⁴ Rosch, s. 511; Rosch/Büchler/Jakob, Art. 433- 435 N. 10.

¹⁵⁵ Rosch, s. 511; Rosch/Büchler/Jakob, Art. 433- 435 N. 13; Bernhart, N. 758, N. 761; Schmid, Art. 434 N. 4.

¹⁵⁶ BBl 2006 7069. Ancak, İsviçre kanun koyucusuna göre, sözü edilen hüküm, ruhî bir bozuklukta rıza olmaksızın tedaviyi ancak koruma amacıyla yerleştirme çerçevesinde öngördüğü için Biyotıp Sözleşmesinden daha dar bir uygulama alanına sahiptir. Diğer taraftan, burada Biyotıp Sözleşmesinden farklı olarak, ilgili kişinin ayırt etme gücünün bulunmaması şart kılınmıştır. 4 Nisan 1997 tarihli Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi (İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi) İsviçre tarafından onaylanmıştır ve 2008 Revizyonunda göz önünde bulundurulmuştur (SR 0.810.2; AS 2008 5125; AS 2008 5137; BBl 2006 7025). Bu Sözleşme, Türkiye tarafından da onaylanmıştır (RG. 09.12.2003, 25311; RG. 20.04.2004, 25439). Sözleşmenin yukarıda yer verilen 7. maddesine göre “gözetim, denetim ve başka bir makama başvurma süreçleri dâhil, kanun tarafından öngörülen koruyucu şartlarla bağlı olmak üzere, ciddi nitelikli bir akıl hastalığı olan kişi, yalnızca böyle bir tedavi yapılmadığı takdirde sağlığına ciddi bir zarar gelmesinin muhtemel olduğu durumlarda, muvafakati olmaksızın, akıl hastalığının tedavi edilmesini amaçlayan bir müdahaleye tabi tutulabilir”.

¹⁵⁷ Rosch, s. 511; Rosch/Büchler/Jakob, Art. 433- 435 N. 11; Schmid, Art. 434 N. 8.

¹⁵⁸ Schmid, Art. 434 N. 9; Rosch/Büchler/Jakob, Art. 433- 435 N. 11; Bernhart, N. 763; BBl 2006 7069.

le veya meselâ bağımlılık halinden dolayı durumlarını makûl surette değerlendiremedikleri için rıza gösteremeyip mukavemette bulunan kişiler söz konusu olabilir¹⁵⁹. Ayırt etme gücünün varlığı bakımından, ilgili kişinin tedaviye ihtiyacı olduğunu ana hatlarıyla kavraması yeterlidir¹⁶⁰.

Ölçülülük ilkesi uyarınca, ilgili kişinin hukukî durumuna daha az müdahale eden uygun bir tedbir bulunmamalıdır¹⁶¹. Bu yönde gerçekleştirilen tıbbî tedavi ölçülü olmalıdır ve bilimin son durumuna uymalıdır. Bilimsel yönden şüpheli veya tartışmalı tedbirler ya da cerrahî müdahaleler, hastanın rızası olmadan uygulanmaz¹⁶².

Art. 433 ZGB vd. hükümlerinin uygulama alanı, koruma amacıyla yerleştirme tedbirinin ruhî bir bozukluğun tedavisi için alınması haliyle sınırlıdır¹⁶³. Diğer taraftan, acil bir durumda ilgili kişinin veya üçüncü kişilerin korunması için gerekli tıbbî tedbirlerin derhal alınabileceği de hükme bağlanmıştır (Art. 435 ZGB). Burada da rıza aranmaksızın tıbbî açıdan gerekli müdahaleler yapılabilir¹⁶⁴. İsviçre kanun koyucusuna göre bu hükümle, Avrupa İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin 8. maddesine dayanılarak acil durumlardaki tıbbî yardım için gerekli hukukî temel oluşturulmuştur¹⁶⁵.

2. Türk Hukukunda

Türk Medenî Kanunundaki koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin hükümlerin zorla tedavi için de yasal bir temel oluşturup oluşturmadığı, Kanunun gerekçesinden anlaşılamamaktadır¹⁶⁶. Koruma amacıyla özgürlüğün

¹⁵⁹ Schmid, Art. 434 N. 9; Rosch/Büchler/Jakob, Art. 433- 435 N. 11; Bernhart, N. 763; BBl 2006 7069.

¹⁶⁰ Rosch, s. 511.

¹⁶¹ Schmid, Art. 434 N. 10; Rosch/Büchler/Jakob, Art. 433- 435 N. 12; Rosch, s. 511.

¹⁶² Bernhart, N. 764; Rosch, s. 511; BBl 2006 7070.

¹⁶³ Konu hakkında bkz. Rosch/Büchler/Jakob, Art. 426 N. 14; Art. 433- 435 N. 1, 4; Rosch, s. 509- 510. Burada 2008 Revizyonu ile öngörülen Art. 380 ZGB hükmü de dikkate alınır. Anılan hüküm uyarınca ayırt etme gücüne sahip olmayan kişinin ruhî bir bozukluğunun bir psikiyatri kliniğinde tedavisi, koruma amacıyla yerleştirme hakkındaki hükümlere (Art. 433 vd.) tabidir. Ancak sözü edilen kişilerin bedenî hastalıklarının veya zihnî engellerinin tedavisi, bunun dışındadır. Bunun için kanunen temsil yetkisine sahip kişilerin rızası aranır (Art. 377 vd.). Schmid'e göre ayırt etme gücüne sahip bir kişinin bedenî hastalığının rızası olmaksızın tedavisi, bunun için kuruma yerleştirilmişse doğrudan Art. 426 hükmü çerçevesinde alınan yerleştirme kararına dayanılarak mümkün olmalıdır (Art. 426 N. 4).

¹⁶⁴ Bu konuda bkz. Schmid, Art. 435 N. 1- 3; Rosch/Büchler/Jakob, Art. 433- 435 N. 14 vd.; Rosch, s. 512- 513; Bernhart, N. 748 vd.

¹⁶⁵ BBl 2006 7070. Biyotıp Sözleşmesinin (dn. 156) 8. maddesine göre "acil bir durum nedeniyle muvafakatin alınmaması halinde, ilgili bireyin sağlığı için tıbbî bakımdan gerekli olan herhangi bir müdahale derhal yapılabilir".

¹⁶⁶ TMK/Gerekçe, s. 145 (Gerekçe için bkz. dn. 72).

kısıtlanmasının maddî şartlarının düzenlendiği 432. maddenin gerekçesinde “maddenin kenar başlığıyla birlikte İsviçre Medenî Kanununun yeni 397a maddesinden aynen alınmış” olduğu ifade edilmektedir. Ancak, daha önce de ifade edildiği gibi, 432. maddenin sözü, kaynak hükümden farklıdır¹⁶⁷. Gerçekten de, TMK. m.432’ de zayıf haldeki kişinin, kişisel korunmasının başka şekilde sağlanamaması halinde, tedavisi, eğitimi veya ıslahı için elverişli bir kuruma yerleştirileceği veya alıkonulabileceği belirtilmiştir. Bununla birlikte, 432. maddenin gerekçesinde “kişinin bir kuruma yerleştirilebilmesi için -diğer şartlarla birlikte- bakım ve tedavisinin başka şekilde sağlanamaması şartının aranacağı” dışında tedavinin ne surette gerçekleştirileceğine dair bir açıklık yoktur.

Türk hukukunda Hakeri’ye göre koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin hükümlerle Kanun, özgürlüğü sınırlama ve zorla tedavi imkânı sağlamış bulunmaktadır¹⁶⁸. Buna karşılık Dural/Öğüz/Gümüş’e göre ise, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin hükümler çerçevesinde ilgili kişiye yönelik iradesi dışındaki zorla tedavi, genel kişilik değerlerine müdahalenin hukuka uygunluğu kapsamında, ancak kişisel özgürlüğün esaslı bir ihlâlinde üstün bir kamusal veya özel yarar ya da üçüncü kişinin korunmasında haklı bir menfaat söz konusuysa ve müdahalenin orantılılığı ilkesi kapsamında mümkündür¹⁶⁹.

Kanaatimizce, burada koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin hükümlerin zorla tedavi için yasal bir temel oluşturup oluşturmadığı meselesini ele almadan önce bazı noktaları açıklığa kavuşturmak gerekir. Öncelikle yukarıda İsviçre doktrin ve uygulaması yönünden belirtildiği üzere, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması tedbirinin gerçekleştirilebilmesi için gerekli tıbbî müdahale zorla yapılabilir¹⁷⁰. Bu yönde meselâ kuruma yerleştirilecek kişinin geçici olarak sakinleştirilmesi için ona zorla ilaç verilebilir. Çünkü, böyle bir halde zorla tıbbî müdahale, ilgili kişinin durumunun iyileştirilmesine yönelik bağımsız bir tedavi oluşturmamaktadır¹⁷¹. Diğer taraftan, koruma amacıyla kuruma yerleştirilen kişinin sağlığı yönünden tehlike yaratan akut ve acil hallerde de gerekli tedavi rıza olmaksızın yapılabilir¹⁷². Nitekim Biyotıp Sözleşmesinde acil durumda tıbbî müdahaleye ilişkin bir düzenleme bulunmaktadır (m.8). Türk hukukunda da buna imkân tanıyan bir hüküm mevcuttur (HHY. m.24/III)¹⁷³. Ayrıca, koruma amacıyla

¹⁶⁷ Bkz. yukarıda “Genel Olarak Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması”.

¹⁶⁸ Hakeri, s. 363.

¹⁶⁹ Dural/Öğüz/Gümüş, N. 2147.

¹⁷⁰ Bkz. yukarıda “1978 Revizyonu”.

¹⁷¹ Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo- Jungo, s. 587.

¹⁷² Krş. Geiser, Vor Art. 397a- fN. 7; Bernhart, N. 741.

¹⁷³ Ayrıca bkz. TŞSTİDK. m. 70; HHY. m. 24 I; Tıbbî Deontoloji Nizamnamesi (RG. 19.02.1960, 10436), m.3; Türk Tabipleri Birliğinin Hekimlik Meslek Etiği Kuralları (01.02.1999), m. 26.

özgürlüğünün kısıtlanmasına karar verilen kişinin korunmasını gerektiren zayıflık hali, ağır tehlike arz eden bulaşıcı hastalık sebebinden kaynaklanıyorsa, bu hastalığın 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu¹⁷⁴ kapsamında bir hastalık olması durumunda, ilgili kişi zorla tedavi edilebilir. Zira burada ilgili kişinin zorla tedavisi için yasal temeli, esasen Umumi Hıfzıssıhha Kanunu oluşturmaktadır. Ancak, burada asıl mesele, ilgili kişinin Umumi Hıfzıssıhha Kanunu kapsamında yer almayan bir hastalıktan dolayı veya TMK. m.432 hükmünde sayılan akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı sebeplerinden biriyle, tedavisi için elverişli bir kuruma yerleştirilmesi halinde ortaya çıkmaktadır. Bir hastanın tedavi için bir kuruma, meselâ bir sağlık kliniğine yerleştirilmesi, bu yönde bir tedavinin yapılması gerektiğini ifade eder¹⁷⁵. Aksi takdirde alınan tedbir anlamsız olur. Aslında koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin hükmün amacı, sadece korunmaya muhtaç kişiyi kuruma yerleştirmekten ibaret değildir¹⁷⁶. Bilâkis kişiye ihtiyaç duyduğu kişisel korunmayı sağlamaktır. Bu kişisel korunma, bakım veya tedavi şeklinde olabilir. Buna göre, koruma amacıyla yerleştirme kararı, bir kimsenin tedavisi için alınmışsa, ilgili kişinin doğrudan bu karara dayanılarak tedavi edilebileceği görüşünün ileri sürülmesi mümkündür¹⁷⁷. Ancak tedavi amacıyla da olsa yerleştirmenin tek başına tedavi için hukukî temel oluşturacağını söylemek kolay görünmemektedir¹⁷⁸. Öncelikle tıbbî müdahale, temel kişilik değerleriyle ilgilidir. Burada kişinin vücut bütünlüğüne ve özellikle kendisi hakkında bizzat karar verme hakkına yönelik bir müdahale vuku bulunmaktadır. Bu sebeple, tedavi için olabildiğince kişinin rızası alınmaya çalışmalıdır. Ayrıca daha önce de belirtildiği üzere, kişinin rızası, tedavinin başarısı bakımından da önemlidir¹⁷⁹. Tıbbî eylemler alanında rıza ehliyeti olmasa da ayırt etme gücü bulunmayan kişinin yapılması düşünülen tedaviye ilişkin karar alma sürecine dâhil edilmesi yönünde bir eğilim mevcuttur¹⁸⁰. Nitekim Biyotıp Sözleşmesinde de bu yönde bir düzenleme yer almaktadır¹⁸¹. Aslında bu, kişinin kendisi hakkında bizzat karar verme hakkının öneminden kaynaklanmaktadır. İsviçre kanun koyucusu da vesayet hukukuna ilişkin 2008 Revizyonunda, revizyonun amaçlarından birini, kişinin kendisi hakkında bizzat karar verme hakkını geliştirmek olarak ifade etmiştir¹⁸². Diğer taraftan, ilgili kişinin rızası olmaksızın tedavi edile-

¹⁷⁴ Bkz. dn. 60.

¹⁷⁵ Bernhart, N. 744.

¹⁷⁶ Krş. Schmid, Art. 426 N. 4.

¹⁷⁷ Krş. Schmid, Art. 426 N. 4; ayrıca bkz. Kılıçoğlu, s. 164.

¹⁷⁸ Krş. Bernhart, N. 755; BBl 2006 7068.

¹⁷⁹ Krş. BBl 2006 7068; Bernhart, N. 755.

¹⁸⁰ Krş. Bucher, N. 508.

¹⁸¹ Bkz. Biyotıp Sözleşmesi (dn. 156), m.6, 2. ve 3. paragraflar; HHY. m. 26.

¹⁸² BBl 2006 7002.

bilmesi için bu yöndeki kanun hükmünün içerik itibarıyla yeterince belirli olması gerekir¹⁸³. Burada kanun hükmü, zorla tedavinin hangi şartlar altında gerçekleştirilebileceğini göstermelidir. Bunun yanında, zorla tedavinin çeşidi, süresi ve yapılışı da tespit edilmelidir¹⁸⁴. Ancak TMK. m.432 hükmü, bu yönde bir açıklık taşımamaktadır. Kişinin toplum için tehlike oluşturması, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu kapsamındaki bulaşıcı hastalıklar dışında onun zorla tedavisi için yeterli değildir. Böyle bir halde kişinin özgürlüğünün kısıtlanarak kuruma yerleştirilmesi, ilk aşamada tehlikenin bertaraf edilmesi için yeterlidir. Aslında zorla tedavi, kişinin kendi sağlığına ilişkin ciddi bir zarar görme tehlikesinin bulunması halinde, son çare olarak başvurulması gereken bir yoldur. Bu yönde meselâ Biyotıp Sözleşmesinde ciddi nitelikli bir akıl hastalığı olan kişinin, sadece böyle bir tedavi yapılmadığı takdirde sağlığına ciddi bir zarar gelmesinin muhtemel olduğu durumlarda, muvafakati olmaksızın, akıl hastalığının tedavi edilmesini amaçlayan bir müdahaleye tabi tutulabileceği belirtilmiştir (m. 7)¹⁸⁵.

İsviçre kanun koyucusu, 2008 Revizyonunda üçüncü kişilerin hayatı ve vücut bütünlüğünün ciddi olarak tehlikeye düşmüş bulunması halinde de ruhi bir bozukluğu olan kişinin -diğer şartlarla birlikte- rızası olmaksızın tedavi edilebileceğini öngörmüştür. Zira kanun koyucuya göre tedavi imkânının sadece kişinin kendisine yönelik tehlike haliyle sınırlı tutulması; üçüncü kişiye yönelik ciddi tehlike halinde, bir tedavi için rıza göstermeye hazır olmayan veya buna muktedir olmayan ilgili kişinin uzun süre, belki de sürekli olarak kurumda kalması sonucunu doğururdu¹⁸⁶. Söz konusu hallerde, psikiyatri klinikleri de bu suretle tedavi imkânı olmayan salt gözetim kurumlarına dönüşmüş olurdu¹⁸⁷.

Kanaatimizce, üçüncü kişilerin hayatına veya vücut bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike halinde, bu tehlikeye sebep olan kişinin zorla tedavisi, tehlikeyi bertaraf etmek için yapılması gerekli tıbbî müdahalelerle sınırlı olmalıdır¹⁸⁸. İlgili kişinin sağlık durumunu iyileştirmeye yönelik belirli bir süreyi kapsayan bir tedavi için onun veya yasal temsilcisinin rızasının alınması yönüne gidilmelidir. Bize göre TMK. m.432 hükmü, tek başına koruma amacıyla kuruma yerleştirilen kişinin zorla tedavisi için yeterli yasal dayanak oluşturmamaktadır. Kişinin eğitim veya ıslah amacıyla yerleştirilmesi halinde, tartışmasız olan bu durum, tedavi amacıyla yerleştirilmesi halinde de geçerlidir.

¹⁸³ Krş. Bernhart, N. 745; Joset, s. 1429.

¹⁸⁴ Krş. Bernhart, N. 745.

¹⁸⁵ Bkz. dn. 156.

¹⁸⁶ Krş. BBI 2006 7069.

¹⁸⁷ BBI 2006 7069.

¹⁸⁸ Krş. Bernhart, N. 760.

V. SONUÇ

Zorla tedavi, hastanın yararına olsa da, onun, kendisi hakkında bizzat karar verme hakkını ve vücut bütünlüğünü ihlâl etmektedir. Bu yönüyle zorla tedavi suretiyle kişinin anayasada teminat altına alınan temel haklarına da yönelik bir müdahale vuku bulmaktadır. Bu sebeple, anayasada temel hakların sınırlanmasının şartlarına da uygun olarak zorla tedavinin ancak istisnaî hallerde ve bir kanun hükmüne dayanarak gerçekleştirilmesi gerekir. Bu yönde zorla tedavide ölçülülük ilkesinin gereklerine de riayet edilmelidir.

TMK. m.432/I hükmüne göre akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, ağır tehlike arz eden bulaşıcı hastalık veya serserilik sebeplerinden biriyle toplum için tehlike oluşturan her ergin kişi, kişisel korunmasının başka şekilde sağlanamaması halinde, tedavisi, eğitimi veya ıslahı için elverişli bir kuruma yerleştirilir veya alıkonulabilir. Kanaatimizce, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasını öngören bu hüküm, zorla tedavi için gerekli hukukî temeli oluşturmamaktadır. Zira, sözü edilen hüküm, içerik itibarıyla zorla tedavi için yasal dayanak oluşturacak açıklıkta değildir. Ayrıca burada rıza olmaksızın tedaviye imkân verecek şekilde, zorla tedavinin uygulanma şartları düzenlenmiş değildir. Bu sebeple, anılan hükme dayanılarak, kişinin sağlık durumunu iyileştirmeye yönelik belirli bir süreyi gerektiren bir tedavinin rıza olmaksızın gerçekleştirilmesi yönüne gidilemez. Çünkü, kişinin hukukî durumuna son derece ağır bir müdahale teşkil eden zorla tedavi, ancak uygulanma şartlarının açık bir şekilde belirlendiği bir kanun hükmü temelinde söz konusu olabilir. Böyle bir düzenleme ise ülkemizde henüz mevcut değildir. O halde Türk hukuku açısından bir kimse zorla tedaviye tabi tutulamaz.

KISALTMALAR

Abs.	: Absatz
AJP.	: Aktuelle Juristische Praxis
Art.	: Artikel
AS.	: Amtliche Sammlung
AÜHFD.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AY.	: Anayasa
BBl.	: Bundesblatt
BGE.	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
dn.	: dipnot
FamPra.	: Die Praxis des Familienrechts
HHY.	: Hasta Hakları Yönetmeliği
HILL.	: Health Insurance Liability Law
Hrsg.	: Herausgeber
Krş.	: Karşılaştırmamız
m.	: madde
N.	: Note
Nr.	: Nummer
RG.	: Resmî Gazete
Rz.	: Randziffer
s.	: sayfa
S.	: Sayı
SAMW	: Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften
SR.	: Systematische Sammlung des Bundesrechts
S Sayısı	: Sıra Sayısı
Syst. Teil	: Systematischer Teil
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TŞSTİDK.	: Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun
TMK.	: 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu
vd.	: ve devamı
ZGB.	: Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZVW.	: Zeitschrift für Vormundschafswesen

KAYNAKÇA*

- Ayan, Mehmet: Tıbbî Müdahaleden Doğan Hukukî Sorumluluk, Ankara 1991.
- Başpınar, Veysel: Hasta Hakları Açısından Hekimin Özen Borcu, KTÜ Hasta Hakları Uygulama ve Araştırma Merkezi, Augsburg Üniversitesi Hukuk Fakültesi; 4. Türk-Alman Sağlık Hukuku Sempozyumu, Sağlık Hakkı, Trabzon 8 - 9 Haziran 2007, İstanbul 2007, s. 191- 209.
- Başpınar, Veysel: Organ Naklinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi/ Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Derneği/ Akdeniz Üniversitesi Tıp Fakültesi/ Institut für Deutsches Europäisches und Internationales Medizinrecht, Gesundheitsrecht und Bioethik der Universitäten Heidelberg und Mannheim; 1. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi, Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, İstanbul 2007, s. 191- 215 (Kısaltılmışı: Başpınar, Aydınlatma Yükümlülüğü).
- Başpınar, Veysel: Tıp Etiği ve Bilgi Edinme Hakkı Açısından Meslek Sırrı, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Zürich Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Roche Müstahzarları A.Ş. ve Avrupa Bilim ve Sanatlar Akademisi tarafından müştereken 17- 19 Nisan 2008 tarihleri arasında İstanbul'da düzenlenen "Sağlık Alanında Etik ve Hukuk" Uluslararası Sempozyumu, İstanbul 2008, s. 575- 603.
- Bernhart, Christof: Handbuch der fürsorgerischen Unterbringung, Basel 2011.
- Bonetti, Mirjam: Rechtliche und medizinische Aspekte der fürsorgerischen Freiheitsentziehung (FFE): Schwerpunkt: Gründe für eine FFE, HILL 2007 II, Nr.12.
- Breitschmid, Peter: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (Hrsg. Heinrich Honsell/ Nedim Peter Vogt/ Thomas Geiser), Zivilgesetzbuch I, Art.1- 456 ZGB, 3. Auflage, Basel 2006.
- Bucher, Andreas: Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz, 4. Auflage, Basel 2009.
- Büchler, Andrea: ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch und Nebenerlasse, 4. Auflage, Basel 2012.
- Caviezel- Jost, Barbara: Die materiellen Voraussetzungen der fürsorgerischen Freiheitsentziehung (Art.397a Abs.1 und 2 ZGB), Stans 1988.
- Dural, Mustafa/ Öğüz, Tufan: Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku, 12. Bası, İstanbul 2012.
- Dural, Mustafa/ Öğüz, Tufan/ Gümüş, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2012.
- Erman, Barış: Ceza Hukukunda Tıbbî Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara 2003.

* Dipnotlarda geçen eserler, yazarlarının soyadları ile anılmıştır. Aynı yazarın birden fazla eserine yapılan atıflar, kısaltılmış şekilleriyle parantez içerisinde gösterilmiştir.

- Geiser, Thomas: Die fürsorgerische Freiheitsentziehung als Rechtsgrundlage für eine Zwangsbehandlung? Festgabe für Bernhard Schnyder zum 65. Geburtstag, Freiburg 1995, s. 289- 314 (Kısaltılmışı: Geiser, 1995).
- Geiser, Thomas: Die medizinisch-therapeutische Behandlung und Zwangsmassnahmen im Lichte der geltenden Rechtslage und besonderer Berücksichtigung von vormundschaftlichen Fragestellungen, ZVW 2001, s. 225- 242 (Kısaltılmışı: Geiser, 2001).
- Geiser, Thomas: Medizinische Zwangsmassnahmen bei psychisch Kranken aus rechtlicher Sicht, recht 2006, s.91- 101 (Kısaltılmışı: Geiser, 2006).
- Geiser, Thomas: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (Hrsg. Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser), Zivilgesetzbuch I, Art.1- 456 ZGB, 3. Auflage, Basel 2006 (Kısaltılmışı: Geiser).
- Hakeri, Hakan: Tıp Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2012.
- Hausheer, Heinz/Aebi- Müller, Regina E.: Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 2. Auflage, Bern 2008.
- Joset, Alain: Zwangsmedikation im Rahmen der fürsorgerischen Freiheitsentziehung, AJP 2000, s.1424- 1436.
- Kılıçoğlu, Ahmet: Medenî Kanunumuzun Aile- Miras – Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, 2. Bası, Ankara 2004.
- Langenegger, Ernst: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (Hrsg. Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/ Thomas Geiser), Zivilgesetzbuch I, Art.1- 456 ZGB, 3. Auflage, Basel 2006.
- Lauf, Adolf/ Uhlenbruck, Wilhelm: Handbuch des Arztrechts, 3. Auflage, München 2002.
- Michel, Margot: Zwischen Autonomie und fürsorglicher Fremdbestimmung: Partizipationsrechte von Kindern und Jugendlichen im Bereich medizinischer Heilbehandlungen, FamPra.ch 2008, s.243 vd.
- Oğuzman, M. Kemal/ Seliçi, Özer/ Oktay- Özdemir, Saibe: Kişiler Hukuku, (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 12. Bası, İstanbul 2012.
- Oğuz, N. Yasemin/ Demir, Başaran: Hukukî ve Etik Yönüyle Zorla Hastaneye Yatırma, Psikiyatri, Psikoloji ve Psikofarmakoloji Dergisi, 1993, 1(4), s. 367- 371.
- Ozanoğlu, Hasan Seçkin: Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü, AÜHFD, C. 52, S. 3 (2003), s. 55- 77 (Kısaltılmışı: Ozanoğlu, 2003).
- Ozanoğlu, Hasan Seçkin: Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, Ankara 2010 (Kısaltılmışı: Ozanoğlu, 2010).
- Özdemir, Hayrünnisa: Hadım Etme ve Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, Gazi Üniversitesi HFD. C. XIV (2010) S. 1, s. 125- 164.

- Özsunay, Ergun: Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Türk Hukukunda Hekimin Hukukî ve Cezai Sorumluluğu, Ankara 12- 12 Mart 1982, İstanbul 1983, s. 31-59.
- Öztan, Bilge: Aile Hukuku, 5. Bası, Ankara 2004.
- Pärli, Kurt: Zwangsmassnahmen in der Pflege, AJP 2011, s. 360-370.
- Riemer, Hans Michael: Grundriss des Vormundschaftsrechts, 2. Auflage, Bern 1997.
- Rosch, Daniel/ Böhler, Andrea/ Jakob, Dominique: Das Neue Erwachsenenschutzrecht, Einführung und Kommentar zu Art.360 ff. ZGB, Basel 2011.
- Rosch, Daniel: Die fürsorgerische Unterbringung im revidierten Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, AJP 2011, s. 505-516.
- Schmid, Hermann: Erwachsenenschutz, Kommentar zu Art.360-456 ZGB, Zürich 2010.
- Schnyder, Bernhard/ Murer, Erwin: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band II, Das Familienrecht, 3. Abteilung, Die Vormundschaft, 1. Teilband, Systematischer Teil und Kommentar zu den Art.360-397f ZGB, 1. Lieferung, Systematischer Teil und Kommentar zu den Art.360-378 ZGB (3. Auflage), Bern 1982.
- Spirig, Eugen: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, II. Band, Das Familienrecht (3. Auflage), 3. Abteilung, Die Vormundschaft (Art.360-456 ZGB) (Hrsg. Peter Gauch und Jörg Schmid), Teilband II 3a, Die allgemeine Ordnung der Vormundschaft, Die fürsorgerische Freiheitsentziehung, Art. 397a-397f, Zürich 1995.
- Şenocak, Zarfı: Küçüğün Tıbbî Müdahaleye Rızası, AÜHFD, C. 50, S. 4 (2001), s. 65-80.
- Tschümperlin, Urs: Die elterliche Gewalt in Bezug auf die Person des Kindes (Art. 301 bis 303 ZGB), Freiburg 1989.
- Tuor, Peter/ Schnyder, Bernhard/ Schmid, Jörg/ Rumo- Jungo, Alexandra: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Auflage, Zürich 2009.
- Yenerer Çakmut: Özlem, Tıbbî Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul 2003.

EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİNDE KATILMA ALACAĞININ İFASINA İLİŞKİN HÜKÜM VE SONUÇLAR

*Yrd. Doç. Dr. Mehmet ŞENGÜL**

ÖZET:

Hukukumuzda eşler arasında başka bir mal rejiminin seçilmemesi durumunda yasal mal rejimi, edinilmiş mallara katılma rejimidir. Edinilmiş mallara katılma rejimi, eşlerden birinin ölümü, diğer bir mal rejiminin seçilmesi veya mevcut evliliğin mahkemece verilen boşanma ya da iptal hükmünün kesinleşmesiyle birlikte sona erecektir. Böylece eşler arasında bazı alacaklar yanında TMK m.236/I çerçevesinde artık değer alacağı meydana gelir. Bu çalışmamızda, eşler arasındaki artık değer alacağının karşılıklı olarak takas edilmesiyle eşlerden biri bakımından ortaya çıkan katılma alacağının ödenmesine ilişkin hüküm ve sonuçlar ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler:

Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Katılma Alacağı, Katılma Alacağının Ödenmesi, Katılma Alacağına İlişkin Hukuki İşlemler.

ABSTRACT:

The default legal matrimonial regime in Turkish law is regime of participation in acquired property where spouses do not choose any of the other matrimonial regimes. Regime of participation in acquired property will end in case of a death of one of the spouses, opting in different matrimonial regime or a final court judgement on divorce or annulment. Hence, besides some other debts, there will be surplus value claim between the spouses in accordance with TCC Art.236/1. In this study, payment of participation claim by one of the spouses by mutual set off of surplus value claim and consequences of legal transactions regarding participation claims are examined.

Keywords:

Regime of Participation in Acquired Property, Participation Claim, Payment of Participation Claim, Legal Transactions Regarding Participation Claim.

* Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

GİRİŞ

Evlilik birliği her şeyden önce manevi bir bağ, ya da ahlaki temele dayanan bir kurum olmakla birlikte, özellikle bu birlikteliğin bir takım sebeplerle sona ermesinin ardından ortaya çıkan iktisadi yönlerinin olduğu da bir gerçektir. Bu çerçevede eşlerin evlenmeden önceki ve evlilik sonrası edindikleri malların mülkiyetine, bu malların tasarruf yetkisine ya da yönetilmesine, gelirlerinin kime ait olacağına veya kimin hangi oranda faydalanacağına, malvarlığına ilişkin doğacak borç ve sorumluluklardan kimin sorumlu olacağına ilişkin hususlar yanında, evlilik birliğinin sona ermesinin ardından eşlere ait ya da birlikte sahip oldukları malvarlığı değerlerinin nasıl bir işleme tabi tutulacağına ve tasfiyenin nasıl yapılacağına mal rejimine ilişkin kurallar çerçevesinde çözüm aranacaktır.

Türk Medeni Kanunu, başka bir mal rejiminin seçilmediği hallerde evliliğin meydana geldiği andan itibaren eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanacağını kabul etmektedir (TMK m.202/I). Yasal mal rejimi olarak kabul edilen edinilmiş mallara katılma rejimi ile eşler arasındaki malvarlığı ilişkileri evlilik birliğinin ruhuna ve eşitlik ilkesine uygun olarak ele alınmış, böylece her bir eşin malvarlığı değerinin evliliğin devamı süresince ve nispeten evlilik birliğinin sona ermesinin ardından korunması amaçlanmıştır¹. Bu çerçevede katılma rejimi ile her eşin mal rejimi süresince kendi malvarlığı değerleri üzerinde kural olarak serbestçe tasarruf edebildiği, buna karşılık tasfiye sonunda birbirlerine karşı bazı alacakların meydana gelebileceği bir mal rejimi sistemi öngörülmüştür². İşte, söz konusu alacaklardan biri de, eşler arasındaki mal rejimi

¹ Önceki yasal mal rejimi olan “Mal Ayrılığı” rejiminin hızla değişen toplum karşısında aile birliğinde eşler arasındaki eşitliği ve adaleti sağlayamadığı, bu nedenle evlenmeden sonra edinilen değerlere katılmaya yönelik bir usulün benimsenmesi gereği, bu usulün yarar ve sakıncaları hakkında bkz. ŞİPKA, Ş. Taman, Türk Aile Hukukunda Karı Koca Mal Rejimleri Sisteminde Yapılmak İstenen Düzenlemeler Hakkında Düşünceler, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e Armağan, İstanbul 1995, s. 359, 360; Edinilmiş mallara katılma rejiminin çok karmaşık hükümler ihtiva etmesi, vatandaşların anlayabileceği sadelikten uzak olması, bir çok mal grubunu içermesi ve evliliğin sona ermesiyle tasfiyenin bir şirket tasfiyesi kadar zor ve masraflı olması söz konusu mal rejiminin bir eksikliği olarak görülmüş ve eleştirilmiştir. Edinilmiş mallara katılma rejimine ilişkin getirilen eleştiriler hakkında bkz. ACABEY, M. Beşir, Medeni Kanun Tasarısının Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimine İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2001, c. II, s. 786-789; Türk Medeni Kanunu’nda, yasal mal rejimi olarak kabul edilen “Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi”nin kanunlaşma sürecinde geçirdiği evreler hakkında ayrıca bkz. KILIÇOĞLU, Ahmet, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Ankara 2002, s. 8-14; KILIÇOĞLU, Ahmet, Katkı-Katılma Alacağı, Ankara 2011, s. 60 vd.

² Türk Medeni Kanunu değişikliğinin gündeme geldiği tarihten itibaren edinilmiş mallara katılma rejimi kamuoyunun yoğun ilgisine mazhar olmuş, ancak bazı temel noktalarda yanlış yorumları da beraberinde getirmiştir. Öncelikle, edinilmiş mallara katılma rejiminde edinilen mallar üzerinde her iki eşin de malın edinilmesi anında mülkiyet hakkı doğmayacaktır. Diğer

minin sona ermesiyle doğabilecek katılma alacağıdır. Katılma alacağı, eşlerin malvarlığı değerleri üzerinden yapılacak bir takım hesaplamaların ve tasfiyenin ardından ortaya çıkan bir alacak hakkıdır. Bu çalışmada, katılma alacağıın ifasına ilişkin hüküm ve sonuçlar ele alınacaktır. Belirtelim ki, inceleme konumuz esasen hukuki niteliğine bağlı olarak katılma alacağıın ifası ve katılma alacağı üzerindeki tasarruflara ilişkin olup eşler arasındaki katılma rejiminin başlaması, bu rejime hakim olan prensipler ve nelerin kişisel mal, nelerin edinilmiş mal olarak kabul edileceği gibi hususlar çalışmamızın kapsamı dışındadır.

I. GENEL OLARAK EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİNİN TASFİYESİYLE OLUŞAN KATILMA ALACAĞI

A. Katılma Rejiminin Sona Ermesi

Kanuni mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejiminin hangi hallerde sona ereceği Kanun'da belirtilmiştir. Buna göre eşlerden birinin ölümüyle ya da mahkeme kararıyla (TMK m.206), boşanma ya da evliliğin iptali ile (TMK m.225/II), mal ayrılığı ya da paylaşmalı mal ayrılığı veya mal ortaklığı seçimlik rejimlerinden birinin seçilmesiyle (TMK m.208) katılma rejimi son bulacaktır³.

bir anlatımla, kamuoyunda sanıldığı gibi aksine artık bundan böyle bir eşin edinilen malı üzerinde diğer eşin kendiliğinden %50 oranında bir hakkının doğması söz konusu değildir. Eşlerin mülkiyet hakkına bu anlamda bir müdahale yoktur. Eşler söz konusu yasal mal rejimi çerçevesinde mallarının yine tek başına malikidirler. Diğer eşin hak sahipliği, ancak mal rejiminin sona erdiği tarihte mevcut olan ya da yasa gereğince edinilmiş mal değeri olarak hesaba katılması gereken değerler üzerinden ortaya çıkan artık değerinin yarısı üzerinde bir alacak hakkının varlığından ibarettir. Bkz. **ŞİPKA**, Şükran/**DEMİR**, P. Özlem, İsviçre Federal Mahkemesinin "Edinilmiş Malların Tasfiyesi"ne İlişkin Bir Kararın İncelenmesi, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004, s. 262; **ŞİPKA**, Şükran, Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar, İstanbul 2011, s. 244, 245. Bu konuda ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. **ZEYTİN**, Zafer, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, Ankara 2005, s. 87, 88; **KILIÇOĞLU**, Edinilmiş Mallar, s. 23 vd.; **KILIÇOĞLU**, Katılma Alacağı, s. 60 vd.; **ACAR**, Faruk, Aile Hukukumuzda Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı, Ankara 2008, s. 148.

³ Belirtmek gerekir ki, edinilmiş mallara katılma rejiminde sona erme anı oldukça önemli sonuçları bünyesinde barındırmaktadır. Edinilmiş mallara katılma rejiminin sona ermesi ile söz konusu malların tasfiye sürecinin başlangıcı farklı zaman dilimlerine denk gelebilir. Bu nedenle katılma rejiminin sona erdiği andaki mevcut mallar ile tasfiye anındaki malların sayı, nitelik ve değer bakımından farklılık arz etmesi her zaman mümkündür (Bkz. **ZEYTİN**, Katılma Rejimi, s. 187; **ACAR**, Faruk, Eşin Yasal Miras Payının Belirlenmesi, Ankara 2004, s. 89 vd.). Buna, Ülkemizde özellikle çekişmeli boşanma davalarının uzun süre alması gerçeği eklendiğinde, boşanma davasının açılması ile boşanmaya karar verilmesi arasındaki sürede malların değerlerinde önemli azalmaların olması ya da eşlerin birbirileri zararına edinilmiş mal gruplarından harcama yapmaları her zaman imkan dahilindedir (Bkz. **MOROĞLU**, Nazan, Medeni Kanun'da Mal Rejimleri, İstanbul 2002, s. 22). Bu çerçevede katılma rejiminin sona erme anının belirlenmesi ilk olarak edinilmiş mallara hangi mal ve değerlerin gireceğinin saptanmasında önem taşımaktadır. Zira katılma rejimine dahil olacak mallara, eşler arasında

Edinilmiş mallara katılma rejiminin en sık sona erme hallerinden birisi, eşlerden birinin ölümüdür. Bu çerçevede eşin ölüm anı, katılma rejiminin tasfiye anıdır⁴. Ancak ölümle, sağ kalan eşin her zaman katılma alacağı hakkına sahip

söz konusu rejimin başladığı ve sona erdiği tarihler arasındaki edinilmiş mallar girecektir. Diğer bir anlatımla, eşlerin katılma rejiminden önceki malları ve söz konusu rejimin sona erdiği tarihten itibaren edindiği mallar artık edinilmiş mal değil, o eşin kişisel malı olarak işlem görecektir. Dolayısıyla ancak, evlilik birliğinin devamı süresince edinilen malların tasfiyesiyle oluşacak mevcut durum çerçevesinde diğer eşin katılma alacağına sahip olduğundan söz edilebilecektir. Bunun gibi açılan boşanma davası reddedildiğinde, evlilik devam ettiği için ve katılma rejiminde evliliğin devamı süresince edinilen malların tasfiyesinde katılma alacağı söz konusu olacağından, boşanma davasının açıldığı tarihten reddedildiği tarihe kadarki dönemde edinilen mallar da tasfiyeye tabi olacaktır (Ayrıntılı bilgi için bkz. **KILIÇOĞLU**, Edinilmiş Mallar, s. 34, 35; **KILIÇOĞLU**, Katılma Alacağı, s. 90; **ÖZÜĞÜR**, A. İhsan, Mal Rejimleri, Ankara 2004, s. 39; **ÖZDAMAR**, Demet/**KAYIŞ**, Ferhat, Yasal Mal Rejimi (Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi) ve Tasfiyesi, Ankara 2012, s. 48, 49). Katılma rejiminin sona erme anının önemli olduğu bir diğer nokta ise, tasfiye sırasında katılma alacağının tespitinde malların hangi andaki değerlerinin dikkate alınacağı hususudur. TMK 228. maddesine göre gerek edinilmiş malların, gerekse kişisel malların, katılma rejiminin sona erdiği tarihteki durumlarına göre ayrılacağını düzenlemekte, 235/I. fıkrasında ise mal rejimin sona erdiği anda mevcut olan malların tasfiye anındaki değerlerinin esas alınacağını belirtmektedir (Bu konuda ayrıca bkz. **KILIÇOĞLU**, Edinilmiş Mallar, s. 35; **KILIÇOĞLU**, Katılma Alacağı, s. 90; **ŞIPKA**, Katılma Rejimi, s. 159; **HAUSHEER**, Heinz/**REUSSER**, Ruth/**GEISER**, Thomas, Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht: Das Familienrecht, Das Eherecht, Das Güterrecht der Ehegatten, Allgemeine Vorschriften der Ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung, Band II. 1. Abteilung, 3. Teilband 1. Unterteilband, Bern 1992, Art. 204, N. 27 vd.; **TUOR**, Peter/**SCHNYDER**, Bernhard/**RUMO-JUNGO**, Alexandra, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Auflage, Zürich-Basel-Genf 2009, §32, N. 13 vd.). TMK 228. madde hükmünün emredici nitelikte olduğu ve eşlerin anlaşma ile önceden malların nitelendirme anına ilişkin bir başka düzenlemeye yer veremeyeceği, ancak tasfiye sonrasında eşlerin, örneğin kişisel mal gelirlerinin edinilmiş mallardan sayılmaması yönünde bir anlaşmaya varabilecekleri hakkında bkz. **ZEYTİN**, Katılma Rejimi, s. 187; Ayrıca karşı. **HAUSHEER**, Heinz/**AEBI-MÜLLER**, Regina, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-217 ZGB, 3. Auflage, Basel 2006, Art. 204, N. 2. Eşlerin anlaşarak TMK 235/I. fıkrasından farklı bir değerlendirme anını tespit etmelerinin, TMK 237/II. fıkrasınca ortak olmayan çocuklarının ve onların alt soylarının saklı paylarının zedelenmemesi şartıyla kabul edilebileceği görüşü için bkz. **ZEYTİN**, Katılma Rejimi, s. 193 ve dn. 507'de anılan yazarlar.

⁴ Miras Hukukunda mirasın açılmasına yol açan ölüm (TMK m.575) ve ölüm benzeri hukuki sonuçlar doğuran haller de (TMK m. 31, 32, 584) katılma rejimini sona ermesi için aynen geçerlidir. Bu konuda bkz. **KILIÇOĞLU**, Edinilmiş Mallar, s. 35, 36; **ŞIPKA**, Katılma Rejimi, s. 141 vd. Gaiplik kararının geçmişe etkili olacağı (TMK m. 35/II) görüşünden hareketle, edinilmiş mallara katılma rejiminin ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı günden başlayarak sona erdiğinin kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. **ZEYTİN**, Katılma Rejimi, s. 84, 85. Bu yönde ayrıca karşı. **KILIÇOĞLU**, Edinilmiş Mallar, s. 36; **KILIÇOĞLU**, Katılma Alacağı, s. 91, 92. Kaynak İsviçre Medeni Kanunu (ZGB) 38. maddesi 26 Haziran 1998 tarihinde yapılan bir değişiklikle üçüncü fıkra eklenmiş ve gaiplik kararının evlilik birliğini sona erdireceği açıkça düzenlenmiştir. Gaiplik kararının kesinleştiği tarih evlilik birliğinin kanun gereği kendiliğinden sona erdiği tarih olmakla beraber, gaiplik kararının etkisinin geçmişe yürümesi nedeniyle edinilmiş mallara katılma rejiminin, ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı günden başlayarak sona ermiş olacağı hakkında bkz. **ŞIPKA**, Katılma Rejimi, s. 148, 149; **ZEYTİN**, Katılma Rejimi, s. 85, dn. 181'de anılan yazarlar; **DURAL**, Mustafa/**ÖĞÜZ**, Tu-

olacağı anlamı da çıkarılmamalıdır. Zira sağ kalan eşin ölen eşten katılma alacağına sahip olup olmadığı, her bir eşin malvarlığının edinilmiş mallara özgü tasfiyesi sonucunda ortaya çıkacaktır. Tasfiye işlemi sonunda sağ kalan eş katılma alacağına hak kazanabileceği gibi, ölen eşin sağ kalan eşten katılma alacağı hakkına sahip olması da mümkündür. İlk durumda sağ kalan eş katılma alacağını ölenin mirasçılarından talep edebilecekken, ikinci durumda bu kez ölenin mirasçıları sağ kalan eşten katılma alacağını talep hakkına sahip olacaklardır.

Edinilmiş mallara katılma rejiminin bir diğer sona erme hali, başka bir mal rejiminin seçilmesidir. TMK 208/I. fıkrasına göre eşlerin evlilikle başka bir mal rejimini seçmedikleri için katılma rejimine tabi oldukları bir sırada aralarında mal rejimi sözleşmesi yapmak suretiyle mal ortaklığı, mal ayrılığı ya da paylaşmalı mal ayrılığı rejimlerinden birini seçmeleri mümkündür. Şu halde, diğer bir mal rejiminin taraflarca seçimi ile sözleşmenin yapıldığı tarihten itibaren katılma rejimi sona ermiş olacaktır (TMK 225/II)⁵.

Öte yandan TMK 206. maddesinde veya 197/II. fıkrasında belirtilen koşulların varlığı halinde, eşlerden birinin mahkemeye başvurması durumunda, mahkemece mevcut mal rejiminin mal ayrılığına dönüştürülmesine karar verilebilecektir. Dolayısıyla yasal mal rejiminin yargısal yoldan olağanüstü mal rejimine dönüşmesi de mümkündür⁶.

fan/GÜMÜŞ, Alper, Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, İstanbul 2011, s. 205. Ayrıca karşı. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 204, N. 7, 7a. Gaibin gerçek ölüm tarihinin sonradan öğrenilmesi ihtimalinde, mal rejiminin gerçek ölüm tarihinde sona ereceği ve tasfiyenin bu tarih esas alınarak yapılmasının talep edilebileceği yönünde bkz. HAUSHEER/ REUSSER/ GEISER, Art. 204, N. 16; GÜMÜŞ, M. Alper, Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m. 185-281), İstanbul 2008, s. 284; SARI, Suat, Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, İstanbul 2007, s. 88.

⁵ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 204, N. 9, 10; KILIÇOĞLU, Katılma Alacağı, s. 92; AKINTÜRK, Turgut/KARAMAN, Derya A., Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, İstanbul 2011, s. 162; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, 2011, s. 205; ŞIPKA, Katılma Rejimi, s. 151; ÖZDAMAR/KAYIŞ, s. 53. Eşler arasındaki mal rejiminin değiştirilmesine ilişkin sözleşme noterde düzenleme şeklinde yapılabileceği gibi, eşlerin hazırladıkları mal rejimi sözleşmesindeki imzaların yine noterce onaylanması şeklinde de yapılabilecektir (TMK m. 205). Bu konuda ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. MOROĞLU, s. 23; ÖZUGUR, s. 22. Eşlerin mal rejimi değişikliğine ilişkin sözleşme tarihi, önceki mal rejiminin de sona erme tarihi sayılacaksa da, sona ermeyi öteledikleri veya şarta bağladıkları haller de geçerli sayılmakta, bu gibi hallerde önceki mal rejimi sözleşmenin yapıldığı değil, kararlaştırılan sürenin geçmesi veya şartın gerçekleşmesine bağlı olarak sona ermektedir. Bkz. HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 204, N. 19. Ayrıca karşı. DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Alper, Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, İstanbul 2005, s. 348.

⁶ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 204, N. 11; AKINTÜRK/KARAMAN, s. 162, 163; KILIÇOĞLU, Katılma Alacağı, s. 92; ŞIPKA, Katılma Rejimi, s. 157, 158, özellikle s. 32 vd.; ÖZDAMAR/KAYIŞ, s. 53, 54; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, 2011, s. 206. TMK m. 206 çerçevesinde eşlerin mahkemeye başvurmak suretiyle katılma rejimini sona erdirmenin koşulları

TMK 225/II. fıkrasınca mevcut evlilik mahkemece verilen boşanma veya iptal hükmünün kesinleşmesiyle birlikte sona erdiği taktirde, eşler arasında geçerli olan edinilmiş mallara katılma rejimi de dava tarihinden geçerli olmak üzere sona ermiş olacaktır. Burada dikkati çeken husus, kanun koyucunun yasal mal rejimi olarak öngördüğü edinilmiş mallara katılma rejiminin boşanma veya iptal kararının kesinleştiği, yani evliliğin hukuken ortadan kalktığı tarihte sona ermesinin yerine, boşanma veya iptal davasının açıldığı tarihi tasfiye tarihi olarak belirlemesidir. Bu çerçevede boşanma veya iptal davasında geçmişe etkili olarak edinilmiş malların neler olduğu dava tarihine göre belirlenecektir. Diğer hallerden farklı olarak söz konusu düzenlemenin pratik amacı edinilmiş malların, davanın sona ermesine kadarki kötünietli eşin değer ve miktar azaltma girişimlerinin önüne geçmek ve dava tarihini esas almak suretiyle o tarihteki edinilmiş malların ve bunların sürüm değerinin tasfiyeye konu edilmesini sağlamak olarak ifade edilebilir⁷.

Görüldüğü üzere, edinilmiş malların kapsamının belirlenmesinde mal rejimin sona erdiği an esas alınacaktır. Ancak diğer taraftan, eşler arasındaki mal rejimi sona ermiş olmasına rağmen çeşitli maddi ve hukuki sebeplerle tasfiye henüz yapılmamış olabilir. Örneğin, sağ kalan eşin ya da mirasçılarının tasfiye istememeleri, tasfiye sırasında yapılan itirazlar neticesi uzun bir sürenin geçmesi gibi nedenlerle, katılma rejimi Kanunen sona ermiş olmasına rağmen tasfiyenin gerçekleşmemesi mümkündür⁸. İfade ettiğimiz sürecin, çeşitli ekonomik nedenlerle edinilmiş malların değerlerinde önemli artış veya azalışların yaşanmasına neden olacağı açıktır. İşte Kanun Koyucu, bu tür değer artışlarından eşlerin birlikte yararlanması, azalışlarına da birlikte katlanmalarının hakka-

ları ve sonuçları hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. **KILIÇOĞLU**, Edinilmiş Mallar, s. 37-39. Ayrıca karşı. **ÖZUĞUR**, s. 27 vd.

⁷ **ŞIPKA**, Katılma Rejimi, s. 154, 155; **AKINTÜRK**, Turgut, Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, İstanbul 2002, s. 151; **AKINTÜRK/KARAMAN**, s. 162; **ÖZDAMAR/KAYIŞ**, s. 54; **KILIÇOĞLU**, Katılma Alacağı, s. 112; **ACAR**, Eşin Miras Payı, s. 90; **MOROĞLU**, s. 22. Boşanma ya da evliliğin iptali kararı verilmeden önce, diğer bir anlatımla davanın devamı süresinde eşler arasında hangi mal rejiminin geçerli sayılacağı hususu tartışmalıdır. Ancak, davanın boşanma veya iptal kararı ile sonuçlanması koşuluyla davanın açıldığı tarihte kesinleştiği tarih arasında mal ayrılığı rejiminin geçerli olduğu genel olarak kabul edilmektedir. Bkz. **HAUSHEER/REUSSER/GEISER**, Art. 204, N. 27-37; **GÜMÜŞ**, 291-301; **ŞIPKA**, Katılma Rejimi, s. 163-166. Buna karşılık, boşanma veya evliliğin iptali davasının reddinin kesinleşmesiyle birlikte, edinilmiş mallara katılma rejimi davanın açıldığı tarihten itibaren yürürlükteymiş gibi sonuç doğurur. TMK m. 206 ve 197/II hükmü çerçevesinde mal ayrılığı rejimine geçilmedikçe, reddedilen dava süresi içinde veya sonrasında eşlerin bir araya gelmemiş olmaları da bu sonucu değiştirmez. Bkz. **DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ**, s. 348, 349.

⁸ **HAUSHEER/AEBI-MÜLLER**, Art. 214, N. 1; **ZEYTİN**, Katılma Rejimi, s. 192; **KILIÇOĞLU**, Katılma Alacağı, s. 112, 113; **DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ**, s. 385; **ÖZDAMAR/KAYIŞ**, s. 60, 61.

niyet gereği olduğundan hareketle⁹ malların değerini belirleme anının tasfiye anı olduğunu hükme bağlamıştır (TMK m.235/I)¹⁰. Hemen belirtelim, tasfiyenin eşlerin anlaşmasına dayandığı hallerde malların hangi tarihteki değerlerinin esas alınacağı hususunda bir sorun yaşanmayacaktır. Bu çerçevede eşler, söz konusu anı aralarında serbestçe kararlaştırabileceklerinden¹¹ TMK 235/I. fıkrası eşlerin buna ilişkin tasfiyede anlaşamadıkları hallerde önem kazanacaktır. Bu çerçevede hak sahibi eşin boşanma davası ile birlikte tasfiyeyi talep etmesi ya da boşanma kararının kesinleşmesinden sonra katılma alacağı için dava açması bir fark yaratmayacaktır. Zira her iki halde de, özellikle davaların uzun sürmesi sebebiyle katılma alacağı hakkına sahip eşin, herhangi bir hak kaybına uğramaması için malların tasfiye anındaki değerinin dikkate alınacağı ve katılma alacağı'nın malların bu andaki değerleri üzerinden hesaplanacağı öngörülmüştür. Diğer taraftan, katılma rejiminin mahkeme kararı neticesinde sona erdiği hallerde ise, mahkeme kararının verildiği an, o mallar için esas alınacak tasfiye anı olarak kabul edilecektir¹².

⁹ **HAUSHEER/AEBI-MÜLLER**, Art. 214, N. 1; **ZEYTİN**, Katılma Rejimi, s. 192; **ŞIPKA**, Katılma Rejimi, s. 257. Ayrıca karşı. **KILIÇOĞLU**, Edinilmiş Mallar, s. 50, 51; **KILIÇOĞLU**, Katılma Alacağı, s. 112, 113; **ÖZDAMAR/KAYIŞ**, s. 61, 62.

¹⁰ Bu genel kurala ilişkin istisnalar hakkında ayrıca bkz. **KILIÇOĞLU**, Edinilmiş Mallar, s. 52; **KILIÇOĞLU**, Katılma Alacağı, s. 113; **ZEYTİN**, Katılma Rejimi, s. 192; **ACAR**, Eşin Miras Payı, s. 91. TMK 235/I. fıkrasında yer alan ve malların tasfiye anındaki sürüm değerlerinin esas alınacağı genel kuralının istisnası II. fıkrasında, eşlerden birinin mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde diğer eşin rızası olmadan olağan hediyeler dışında yaptığı karşılıksız kazandırmalar ve yine bir eşin mal rejiminin devamı süresince diğer eşin katılma alacağını azaltmak amacıyla yaptığı temliklerin tasfiye tarihindeki sürüm değerinin değil malların devredildiği tarihteki değerlerinin esas alınacağı düzenlenmiştir (Ayrıntılı bilgi için bkz. **ÖZÜĞÜR**, s. 49, 50; **DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ**, s. 385). Bir diğer istisna ise, bir bütün olarak özgülmesi istenen tarımsal işletmelerde bir eşin bizzat işletmeye devam ettiği veya sağ kalan eş ya da alt soyundan birinin bu tarımsal işletmenin kendisine bir bütün olarak özgülmesini istemesi ve değer artışı veya katılma alacağı'nın bulunması halinde tarımsal işletmenin sürüm değerinin değil, gelir değerinin esas alınacağıdır (TMK m. 233). Ayrıntılı bilgi için bkz. **ÖZÜĞÜR**, s. 50, **ZEYTİN**, Katılma Rejimi, s. 196 vd.

¹¹ **HAUSHEER/AEBI-MÜLLER**, Art. 210, N. 9; **ŞIPKA**, Katılma Rejimi, s. 258. Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesine ilişkin, malların değerlendirme anının TMK 237/II. fıkrası çerçevesinde ortak olmayan çocukların ve onların alt soylarının saklı paylarının zedelenmemesi şartıyla eşlerin serbestçe belirlenebileceği yönünde bkz. **ZEYTİN**, Katılma Rejimi, s. 193 ve dn. 507'de anılan yazarlar. Eşlerin mal rejimi devam ederken TMK m. 235 hükmünde öngörülen değerlendirme anını mal rejimi sözleşmesi ile değiştirmelerinin mümkün olmadığı, eşlerin değerlendirme anını ancak edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinin başlamasından sonra serbestçe kararlaştırabilecekleri yönünde bkz. **DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ**, s. 386.

¹² **HAUSHEER/REUSSER/GEISER**, Art. 214, N. 9; **HAUSHEER/AEBI-MÜLLER**, Art. 210, N. 8; **ZEYTİN**, Katılma Rejimi, s.192, 193; **DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ**, s. 385; **KILIÇOĞLU**, Edinilmiş Mallar, s. 51; **ÖZDAMAR/KAYIŞ**, s. 60, 61. Tasfiye anına ilişkin Yargıtay uygulaması ve ayrıntılı bilgileri için ayrıca bkz. **ŞIPKA**, Katılma Rejimi, s. 258 vd. Mahkemenin malların değerinin tespitine ilişkin bilirkişi incelemesine karar verdiği durum-

B. Tasfiye Sonucu Oluşan Katılma Alacağı

1. Katılma Alacağının Tanımı

Edinilmiş mallara katılma rejiminde, rejimin tasfiyesi sonucu eşlerin veya mirasçıların artık değere katılması, diğer bir anlatımla artık değer üzerinden belli oranda bir alacak hakkına (Vorschlagsforderungen) sahip olması söz konusudur. İşte TMK 236/I. fıkrasında yer alan bu alacak “katılma alacağı” (Beteiligungsforderungen) olarak ifade edilmektedir¹³.

Görüldüğü gibi katılma alacağının belirlenebilmesi için öncelikle tasfiye sırasında her bir eşin artık değerlerin tespit edilmiş olması gerekmektedir. Elbette sona eren katılma rejiminde artık değerlerin hesabı, söz konusu rejimin tasfiyesinin ödmeden önceki son aşamasını teşkil etmektedir¹⁴. Zira eşler arasındaki evliliğin sona ermesinin ardından mal rejimine ilişkin tasfiyenin gerçekleşmesi için öncelikle her bir eşin kişisel malları ve edinilmiş mallarının ayrılması gerekir. Çünkü eşin evlilik birliği süresince kişisel mal grubuna giren malvarlığı, evliliğin sona ermesinin ardından da o eşin kişisel malı olarak kalmaya devam edecektir. Buna karşılık edinilmiş mallar bakımından durum tamamen farklıdır. Her bir eşin malvarlıklarına ait edinilmiş ve kişisel mallarının belirlenmesi ve sonrasında edinilmiş mal grubunun aktifinin ve pasifinin hesaplanıp artık değer veya değer azalmasının tespiti gerekmektedir. İşte, artık değerlerin hesaplanmasında sadece edinilmiş mallar dikkate alınacak ve bu mal grubuna ait borçlar tespit edilecektir. Bu çerçevede artık değer, eklenmeden ve denkleştirmeden elde edilen miktarlar da dahil olmak üzere her eşin edinilmiş mallarının toplam değerinden bu mallara ilişkin borçlar çıkarıldıktan sonra kalan miktardır (TMK m.231/I)¹⁵.

Görüldüğü gibi, edinilmiş mallara katılma rejiminde temel alınacak en önemli kavram artık değerdir. Zira, her eşin veya mirasçıların tasfiye sonu-

larda henüz bir tasfiye kararının ve tasfiye işleminin bulunmadığı; özellikle, mahkemenin, malın değerine ilişkin bilirkişi raporunun verilmesinden uzun bir süre sonra karar tesis ettiği durumlarda, bu süre içerisindeki değer kayıplarını dikkate alması ve mahkemenin malın değerinde belirli bir oranda artışa hükmetmesi gerektiği yönünde bkz. **KILIÇOĞLU**, Katılma Alacağı, s. 113.

¹³ Tanım için bkz. **AKINTÜRK**, s. 162; **ZEYTİN**, Katılma Rejimi, s. 88; **KILIÇOĞLU**, Katılma Alacağı, s. 24; **ŞİPKA**, Katılma Rejimi, s. 264, 265, özellikle s. 290; **DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ**, s. 386, 387; **ÖZDAMAR/KAYIŞ**, s. 79; **ACAR**, Mal Rejimleri, s. 148; **SARI**, s. 226; **HAUSHEER/REUSSER/GEISER**, Art. 214, N. 14 **TUOR/SCHNYDER/RUMO-JUNGO**, §32, N. 23.

¹⁴ **HAUSHEER**, Heinz, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch I, Art. 1- 359 ZGB, Basel 1996, Art 218, N. 8; **AKINTÜRK/KARAMAN**, s. 172; **KILIÇOĞLU**, Katılma Alacağı, s. 25; **ŞİPKA**, Katılma Rejimi, s. 265; **SARI**, s. 226.

¹⁵ **HAUSHEER/REUSSER/GEISER**, Art. 210, N. 8; **HAUSHEER/AEBI-MÜLLER**, Art. 210, N. 5; **DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ**, s. 387; **AKINTÜRK/KARAMAN**, s. 167.

cunda alacak hakkı olarak sahip olacakları artık değere katılma payı, artık değer yarısı veya eşlerin mal rejimi sözleşmesiyle kararlaştırdıkları oran çerçevesinde tespit edilecektir. Konumuzun sınırlarını aşan artık değer ve katılma alacağı'nın hesaplanmasında hangi değerlerin esas alınacağı ve buna ilişkin hesaplamaların nasıl yapılacağı hususlarında ilgili eserlere yollama yapmakla yetiniyoruz¹⁶. Ancak burada şu kadarını ifade edelim ki, edinilmiş mallara katılma rejiminin sona ermesinden sonra ilk olarak eşlerden her biri için ayrı ayrı TMK m.231 hükmü çerçevesinde tasfiye gerçekleştirilecektir. Söz konusu düzenlemeye göre yapılacak hesaplamalar sonucunda eşlerden her ikisi de olumlu (aktif) bakiyeye sahip olabileceği gibi bunlardan biri olumlu diğeri olumsuz veya her ikisi de olumsuz bakiyeye sahip olabilir. Her iki eşin de olumsuz bakiyeye sahip olması ihtimalinde, eşlerin TMK m.236/I çerçevesinde artık değerinden ve dolayısıyla katılma alacağı'ndan söz edilemez. Zira, TMK m.231/II hükmünde yer alan “Değer eksilmesi göz önüne alınmaz” şeklindeki ifade karşısında, yapılan hesaplamalar sonucunda ortaya çıkan eksik değer (Rückschlag), yani edinilmiş mallara ilişkin olumsuz bakiye göz önüne alınmayacaktır¹⁷. Söz konusu hüküm, tasfiye sonucunda eşlerden birinin olumlu, diğeri olumsuz bakiyeye sahip olması ihtimalinde, olumsuz bakiyeye sahip eş bakımından da geçerli olmakla birlikte, ifade ettiğimiz durumda katılma alacağı da doğmaktadır. Zira olumlu bakiyeye sahip eşin artık değerinin yarısı diğeri eşin katılma alacağı niteliğindedir. Buna karşılık, tasfiye sonunda her iki eşin olumlu bakiyeye sahip olması ve bunlardan birinin fazla olması koşulu ile yine katılma alacağı doğacaktır¹⁸. Ancak, bu durumda sadece eşlerden birinin tek bir katılma alacağı'ndan söz etmek gerekecektir. Diğer bir anlatımla, ifade ettiğimiz olasılıkta eşlerin ayrı ayrı ve karşılıklı katılma alacağı'nın doğması mümkün değildir. Gerçekten, TMK m.236/I hükmünce eşler (veya mirasçıları) tasfiye sonucunda olumlu bakiyeye sahipse, her bir eş bakımından diğeri olumlu bakiyesinin yarısı, “artık değer alacağı” niteliğindedir. Ancak, söz konusu hükmün devam eden cümlesinde yer

¹⁶ Artık değer hesaplanmasına ilişkin eklemelerin ve denkleştirmelerin neler olduğu ve artık değer nasıl hesaplanacağına ilişkin ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. ZEYTİN, Katılma Rejimi, s. 186 vd.; KILIÇOĞLU, Edinilmiş Mallar, s. 53-58; KILIÇOĞLU, Katılma Alacağı, s. 115 vd.; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 387 vd.; AKINTÜRK, s. 156-161; AKINTÜRK/KARAMAN, s. 1167 vd.; ŞIPKA, Katılma Rejimi, s. 244 vd.; GENÇCAN, Ö. Uğur, Mal Rejimine İlişkin Genel Hükümler ve Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Ankara 2002, s. 138 vd.; ÖZDAMAR/KAYIŞ, s. 68 vd.; ACAR, Eşin Miras Payı, s. 93 vd.; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 210-213; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 210, N. 6, 7; TUOR/SCHNYDER/RUMO-JUNGO, §32, N. 17 vd.

¹⁷ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, 2011, s. 222; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 210, N. 17-19; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 210, N. 10, 11; ŞIPKA, Katılma Rejimi, s. 266.

¹⁸ Şayet tasfiye sonucu eşlerin artık değer alacakları birbirine eşit ise, bunların takasından sonra geriye bir şey kalmayacağı için ayrıca katılma alacağı'nın doğması mümkün değildir. Bkz. SARI, s. 245.

alan “Alacaklar takas edilir” şeklindeki emredici düzenleme gereği, eşlerin diğer eşin artık değerinin yarısında sahip olduğu alacaklar (ki bu artık değer alacağıdır, katılma alacağı değildir), yasa gereği kendiliğinden takasa girecektir. İşte, söz konusu takas sonrasında sadece eşlerden birisi lehine mal rejimi hukukuna özgü ortaya çıkan bu tek alacak, katılma alacağıdır¹⁹.

2. Hukuki Niteliği ve Niteliğe Bağlı Sonuçlar

a. Yasal Mal Rejimi Sona Ermeden Önce

Yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejiminin, eşlerden birinin ölümüyle ya da mahkeme kararıyla, boşanma ya da evliliğin iptali ile, mal ayrılığı ya da paylaşmalı mal ayrılığı veya mal ortaklığı seçimlik rejimlerinden birinin seçilmesiyle sona ereceğini daha önce ifade etmiştik. İşte, söz konusu hallerden biri gerçekleşmeden ve mal rejimi tasfiye edilmeden katılma alacağının doğması mümkün değildir. Diğer bir anlatımla, katılma alacağı en erken mal rejiminin sona ermesiyle birlikte doğmakta ve tasfiye ile talep edilebilir hale gelmektedir²⁰.

İşte edinilmiş mallara katılma rejimini sona erdiren sebeplerden biri gerçekleşmeden, yani katılma rejimi sona ermeden önce katılma alacağı “beklenti”

¹⁹ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, 2011, s. 222; SARI, s. 244. Ayrıca krş. HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 215, N. 14; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 215, N. 5. Buna karşılık öğretilerde her bir eş için ayrı ayrı katılma alacağının doğacağı ve her bir eşin katılma alacağı için ayrı ayrı tasfiyeyi talep etmesi gerektiği görüşü hakimdir. Bu yönde bkz. AKINTÜRK, s. 162; ZEYTİN, Katılma Rejimi, s. 88; KILIÇOĞLU, Katılma Alacağı, s. 24; ŞIPKA, Katılma Rejimi, s. 264, 265; ACAR, Mal Rejimleri, s. 148; SARI, s. 228; ÖZDAMAR/KAYIŞ, s. 79. Ancak şu örnek çerçevesinde artık değer alacağı ile katılma alacağının farklı olduğu daha net anlaşılacaktır; E1’in TMK m. 231 çerçevesinde hesaplanan artık değeri 240 TL ve E2’nin ise 200 TL olsun. Bu durumda, taraflar TMK m. 237 hükmüne aksini kararlaştırmamışlarsa, TMK m. 236/1 gereğince her birinin artık değerinin yarısı diğerinin artık değer alacağını teşkil edecektir. Bu çerçevede E1’in artık değer alacağı $200/2=100$ TL, E2’nin artık değer alacağı $240/2=120$ TL’dir. Söz konusu alacaklar TMK m. 236/1 hükmünün ikinci cümlesi gereği kendiliğinden takasa gireceğinden, yapılan takas sonucunda ortaya çıkan $120-100=20$ TL, E2’nin E1’den olan katılma alacağıdır. Görüldüğü üzere, tasfiye sonunda her iki tarafın da olumlu bakiyeye sahip olması halinde tarafların her birinin birbirinden artık değer alacağından söz etmek mümkünse de, katılma alacağı takas sonucu eşlerden biri lehine ortaya çıkan bir tek alacağı ifade etmektedir. Örnek için ayrıca bkz. DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, 2011, s. 223; TUOR/SCHNYDER/RUMO-JUNGO, §32, N. 23.

²⁰ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 389; ŞIPKA, Katılma Rejimi, s. 289, 290. Ayrıca krş. HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 202, N. 18; KILIÇOĞLU, Edinilmiş Mallar, s. 59; AKINTÜRK, s. 164; ZEYTİN, Katılma Rejimi, s. 224; ZEYTİN, Zafer, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimindeki Artık Değere Katılma Alacağı (veya Değer Artış Payı Alacağı) Haczedilebilir mi?, Terazi Hukuk Dergisi, Nisan 2007, Sayı: 8, s. 17; ŞIPKA, Katılma Rejimi, s. 289; ACAR, Mal Rejimleri, s. 146; SARI, s. 102; ÖZDAMAR/KAYIŞ, s. 83.

(Anwartschaft) niteliğindedir²¹. Gerçekten, mal rejimi sona ermeden önce, eşler için artık değer alacağı ve dolayısıyla eşlerden biri lehine katılma alacağı bulunmamakta, sadece mal rejiminin sona ermesi ve tasfiyesine bağlı olarak bir katılma alacağına ilişkin beklenti söz konusu olmaktadır. Acaba, henüz mal rejimi sona ermeden önce, katılma alacağına ilişkin beklenti üzerinde tasarrufta bulunulması ya da bunun haciz mümkün müdür?

Öğretide mesele katılma alacağı dışındaki diğer beklentiler bakımından farklı değerlendirilmektedir. Bir görüşe göre temel ilişkiye dayanmayan gelecekte kazanılması muhtemel beklentiler üzerinde tasarrufta bulunulması mümkün değildir²². Diğer bir görüşe göre ise temel bir ilişki mevcut bulunmasa veya kazanılması güvence altında olan bir hak beklentisi söz konusu olmasa dahi, gelecekteki muhtemel beklentiler üzerinde tasarrufta bulunulabilir²³. Buna karşılık beklenti niteliğindeki katılma alacağı üzerinde tasarrufun veya bunun haczinin mümkün olmayacağı hususunda öğretide tam bir görüş birliği bulunmaktadır²⁴. Bizim de katıldığımız bu görüş çerçevesinde, mal rejiminin sona ermesinden önce bu rejiminin sona erip ermeyeceği, tasfiyede eşlerin artık değer alacağının bulunup bulunmayacağı, bunların takası sonucu katılma alacağının doğup doğmayacağı gibi hususlarda bir belirsizlik hali söz konusudur. Bunun yanında, eşlerin mal rejimi sona ermeden önceki katılma alacağına ilişkin beklentileri henüz mevcut bir hukuki ilişkiye dayanmamakta ve beklenti, hak oluşturma yoğunluğuna da sahip bulunmamaktadır. Sonuç olarak mal rejiminin devamı süresince eşlerin beklenti niteliğindeki katılma alacağı üzerinde devir veya rehin sözleşmeleri ahlaka aykırı görülerek kesin hükümsüzlük yaptırımının uygulanması gerektiği kabul edilmektedir²⁵. Kanun koyucunun mirasçılara miras açıl-

²¹ HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 202, N. 18; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, 2011, s. 223; ŞIPKA, Katılma Rejimi, s. 290; ACAR, Mal Rejimleri, s. 146. Beklenti kavramı yerine öğretide bazı yazarlar şüpheli beklemece hak kavramını kullanmaktadır. Bkz. ZEYTİN, Zafer, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, Ankara 2008, s. 65; ZEYTİN, Artık Değer Haczi, s. 15; TOPUZ, Gökçen, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşlerden Birinin Üçüncü Kişilere Borcundan Dolayı Malvarlığının Haczi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 19, Sayı: 1, Yıl, 2011, s. 104. "Beklenti" kavramı hakkın geniş bilgi için ayrıca bkz. NOMER, Haluk N., Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Hukuki Sonuçları, İstanbul 2002, s. 1 vd.

²² OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2, İstanbul 2012, s. 540, 541; NOMER, s. 109, dn. 113'de anılan yazarlar.

²³ TEKİNAY, S. Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atila, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 249; von TUHR, Andreas, Borçlar Hukuku 1-2 (Çev. Cevat Edege), Ankara 1983, s. 846; NOMER, s. 109, dn. 114'de anılan yazarlar.

²⁴ HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 215, N. 17; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 390; ACAR, Mal Rejimleri, s. 147; ACAR, Eşin Miras Payı, s. 132; ŞIPKA, Katılma Rejimi, s. 290; ZEYTİN, Katılma Rejimi 2008, s. 66; ZEYTİN, Artık Değer Haczi, s. 17; TOPUZ, s. 104, 105.

²⁵ HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 215, N. 17; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 390; ACAR, Mal Rejimleri, s. 147; ACAR, Eşin Miras Payı, s. 132; ŞIPKA, Katılma Rejimi, s. 290; ZEYTİN, Katılma Rejimi 2008, s. 66.

madan önceki dönemde beklenti niteliğindeki miras hakları üzerinde tasarruf etme imkanını veren TMK m.678 benzeri bir düzenlemenin edinilmiş mallara katılma rejimi bakımından kabul edilmemesi de bu hususu destekler nitelikte görülmektedir²⁶.

Öte yandan, her ne kadar İcra ve İflas Kanunu (İİK) kapsamında henüz doğmamış muhtemel ve müstakbel beklenen hakların (gelecekteki maaş veya kira geliri gibi) haczi mümkün ise de, hukuki temelin ve bu temele dayalı olarak alacağın cins ve borçlusunun belirgin olmadığı beklentinin haczi mümkün görülmemektedir²⁷. Edinilmiş mallara katılma rejiminde ise, mal rejimi sona ermeden önce alacağın doğup doğmayacağı, eşlerden hangisinin lehine ve ne miktarda katılma alacağının doğacağı hususları belirsizdir. Dolayısıyla eşler arasındaki mal rejimi henüz sona ermeden hukuki temeli bulunmayan beklenti niteliğindeki katılma alacağının haczi de mümkün görülmemektedir²⁸.

Öğretide beklentinin mal rejimi sona ermeden devri veya rehni ahlaka aykırılık nedeniyle mümkün görülmemekle birlikte, ölüme bağlı tasarrufa konu edilmesi ahlaka aykırı sayılmamakta ve geçerli kabul edilmektedir²⁹. Bunun gibi, mal rejimi devam ederken eşlerden biri lehine doğacak katılma alacağından vazgeçmeleri de mümkün görülmektedir³⁰. Ancak, bu vazgeçmenin TMK m.237/I çerçevesinde eşler arasında akdedilecek mal rejimi sözleşmesi ile gerçekleşmesi gerektiği ifade edilmektedir³¹.

b. Yasal Mal Rejiminin Sona Ermesinden Sonra

aa. Mal Rejiminin Sona Ermesi ve Tasfiyesi Arasındaki Dönemde

Edinilmiş mallara katılma rejiminde her iki eşe ait artık değer üzerinden birbirlerine karşı sahip oldukları artık değer alacaklarının takası sonucunda katılma alacağının hesaplanacağını ifade etmiştik (TMK m.236/I). Bu çerçevede katılma alacağının tespiti bakımından mal rejiminin tasfiyesi gerekmektedir. Belirtelim ki, mal rejiminin tasfiyesinin hangi anda tamamlanmış sayılacağı,

²⁶ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 390.

²⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. YAVAŞ, Murat, Borçlunun Üçüncü Şahıslardaki Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi, İstanbul 2005, s. 168 vd. ZEYTİN, Katılma Rejimi 2008, s. 67; ZEYTİN, Artık Değer Haczi, s. 17; TOPUZ, s. 104, 105

²⁸ ZEYTİN, Katılma Rejimi 2008, s. 67; ZEYTİN, Artık Değer Haczi, s. 17; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, 2011, s. 223; TOPUZ, s. 104, 105; ACAR, Mal Rejimleri, s. 147.

²⁹ HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 215, N. 17; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 390; ACAR, Mal Rejimleri, s. 147.

³⁰ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 215, N. 20; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, 2011, s. 226, 227.

³¹ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, 2011, s. 227.

bunun tarafların anlaşması yoluyla mı yoksa dava yoluyla mı gerçekleştiğine bağlı olarak değişecektir. Zira, tarafların tasfiyenin gerçekleşme şekli ve buna bağlı olarak katılma alacağının miktarı hususunda anlaşmaları halinde, bu yöndeki anlaşmanın meydana geldiği anda tasfiye tamamlanmış ve dolayısıyla katılma alacağı muaccel hale gelmiş olacaktır³². Buna karşılık, katılma alacağının dava yoluyla belirlendiği hallerde, mal rejimi hakimın kararı ile tasfiye edilecek ve dolayısıyla katılma alacağı da tasfiye anında muaccel hale gelecektir³³. Ancak, tasfiye sonucu katılma alacağının tespit edileceği her iki durum bakımından da mal rejiminin sona ermesi ve tasfiyesi arasındaki dönem bazı hususlarda belirsizliği bünyesinde barındırmaktadır. Gerçekten, mal rejimi sona ermesine rağmen henüz eşlerin artık değer alacakları ve dolayısıyla hangi eşin katılma alacağına sahip olacağı ve bunun miktarı belli değildir. İfade ettiğimiz hususların belirlenmesi, mal rejiminin tasfiyesine bağlıdır. Acaba, mal rejiminin sona erdiği, ancak henüz tasfiyenin gerçekleşmediği bu ara döneme ilişkin katılma alacağının niteliği nedir?

Öğretide bazı yazarlar söz konusu ara dönemde katılma alacağının şarta bağlı olmayan belirlenebilir bir alacak hakkı olduğunu ifade ederek tasfiye öncesi ve sonrası dönem bakımından sadece katılma alacağının belirli olup olmasına dayalı bir ayırma yer vermekte; diğer bir anlatımla her iki dönemde de katılma alacağı “alacak hakkı” olarak nitelendirilmektedir³⁴. Bazı yazarlara göre ise, mal rejiminin tasfiyesinden önce miktarının belli olmamasından kaynaklanan katılma alacağına ilişkin ifa engeli bulunmaktadır³⁵. Dolayısıyla bu görüşe göre de, mal rejiminin tasfiyesi tamamlanarak katılma alacağının miktarının belirlenmesi ile sadece ifa engeli ortadan kalkacağından, katılma alacağı, mal rejiminin sona ermesi ile tasfiyesi arasındaki dönemde de tasfiyeden sonraki dönemde de tipik bir alacak hakkıdır³⁶.

Yukarıda ifade ettiğimiz her iki görüş bakımından da varılacak sonuç, katılma alacağının mal rejiminin sona ermesiyle alacak hakkı olarak doğacağıdır. Bu çerçevede, mal rejiminin sona ermesiyle tasfiyesi arasında doğan katılma

³² HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 215, N. 21; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 390; SARI, s. 247

³³ HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 215, N. 19; HAUSHEER, Art. 218, N. 1; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 215, N. 12; KILIÇOĞLU, Edinilmiş Mallar, s. 65; ZEYTİN, Katılma Rejimi, s. 224; ŞİPKA, Katılma Rejimi, s. 292; ACAR, Mal Rejimleri, s. 154; SARI, s. 247. Ayrıca karşı. DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, 2011, s. 224.

³⁴ HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 202, N. 18; ZEYTİN, Katılma Rejimi 2008, s. 234; ZEYTİN, Artık Değer Hacı, s. 17; TOPUZ, s. 104, 105.

³⁵ SARI, s. 247.

³⁶ SARI, s. 247, özellikle s. 227.

alacağının devir veya rehni de mümkün görülmektedir³⁷. Aynı şekilde, yasal mal rejiminin sona ermesiyle katılma alacağının haczedilmesinin de mümkün olduğu ifade edilmekte, bunun için yasal mal rejiminin sona ermiş olması yeterli görülerek eşlerin tasfiyeyi talep etmelerinin ya da alacağın miktarının belirlenmesinin şart olmadığı ileri sürülmektedir³⁸.

Belirtelim ki, mal rejiminin tasfiyesi sonucu eşlerden biri lehine tespit edilen katılma alacağının “alacak hakkı” olduğu hususunda tereddüt edilmemelidir. Ancak, mal rejiminin sona ermesi ile tasfiyesi arasında da katılma alacağının “alacak hakkı” olarak nitelendirilmesinin mümkün olmadığı kanaatindeyiz. Zira, edinilmiş mallara katılma rejiminde tasfiye sürecine girilmeden hangi eşin katılma alacağına sahip olduğu ve bunun miktarını söyleyebilmek imkansızdır. Tasfiye sonunda katılma alacağının belirlenmesi bakımından eşlerin artık değer alacağının tespit edilmesi ve bunların takası gerekmektedir. Eşlerin her ikisinin mal varlığı da olumlu veya olumsuz bakiyeye ya da birinin olumlu diğerinin olumsuz bakiyeye sahip olması olasıdır. Bu çerçevede, mal rejimi sona erdiğinde eşlerin sadece kendisinin kesin olarak katılma alacağına sahip olduğunu ve bunun miktarını belirtmesi mümkün değildir. Burada kanaatimizce eşlerden her birinin tasfiyeye bağlı bir beklenen hakkından söz etmek daha doğru olacaktır³⁹.

Ancak, buradaki beklenen hak, mal rejiminin sona ermesinden önceki dönemdeki beklentiden farklı değerlendirilmelidir⁴⁰. Zira burada, mal rejiminin sona ermesiyle hukuki temeli ve beklenen hak olma yoğunluğu bulunan ancak henüz hangi eş lehine doğacağı ve miktarının ne olacağı belirli olmayan bir beklenen alacak hakkı söz konusudur. Bu nedenle, beklentinin aksine, mal rejiminin sona ermesinden sonraki beklenen katılma alacağına ilişkin tasarruf işlemlerinin (devir, rehin) yapılması, bunun alacaklılarca haczedilmesi veya ölümüne bağlı tasarrufa konu edilmesi mümkün görülmelidir⁴¹. Görüldüğü üzere, öğretideki mal rejiminin sona ermesiyle alacak hakkının doğacağı şeklindeki hakim görüşe, söz konusu dönemden mal rejiminin tasfiyesi anına kadar katılma alacağının beklenen hak olduğu şeklindeki düşüncemiz nedeniyle katılmasak

³⁷ HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 202, N. 18; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, 2011, s. 223; ZEYTİN, Katılma Rejimi 2008, s. 234; ZEYTİN, Artık Değer Haczi, s. 17; ACAR, Mal Rejimleri, s. 154; SARI, s. 247

³⁸ ZEYTİN, Katılma Rejimi 2008, s. 67; ZEYTİN, Artık Değer Haczi, s. 17; TOPUZ, s. 104.

³⁹ Ayrıca karşı. DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, 2011, s. 223 ve dn. 102a, 102b.

⁴⁰ Ayrıca karşı. DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, 2011, s. 223.

⁴¹ HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 202, N. 14-16; KILIÇOĞLU, Edinilmiş Mallar, s. 59; AKINTÜRK, s. 164; AKINTÜRK/KARAMAN, s. 174; ZEYTİN, Katılma Rejimi, s. 224; ZEYTİN, Artık Değer Haczi, s. 18; ŞİPKA, Katılma Rejimi, s. 290, 291; AKINTÜRK/KARAMAN, s. 173; ACAR, Mal Rejimleri, s. 147; ACAR, Eşin Miras Payı, s. 132.

da, hukuki temele dayanan bu nitelikteki bir beklenen hak üzerinde tasarrufun ve haczin mümkün olması yönüyle hakim düşüncesinin doğru sonuca ulaştığı kanaatindeyiz.

Mal rejiminin sona ermesiyle tasfiyesi arasındaki dönemde katılma alacağı'nın beklenen hak olması olgusundan hareketle bu hakkın ölüme bağlı tasarrufla konu edilmesinin de mümkün görülmesi gerekecektir⁴². Öte yandan, mal rejimi sona ermekle birlikte, henüz tasfiyenin yapılmadığı bu dönemde eşlerin TMK m.237/I çerçevesinde akdedecekleri mal rejimi sözleşmesi ile katılma alacağı'ndan vazgeçmeleri yine mümkündür⁴³. Ancak, tasfiye henüz gerçekleşmediği için hangi eşin katılma alacağı'na sahip olduğunun ve bunun miktarının belli olmadığı bu döneme ilişkin katılma alacağı'ndan vazgeçilmesi ibra olarak nitelendirilemez. Zira, ibra varlığı kesin olarak bilinen ve kabul edilen bir borcun sona erdirilmesine ilişkin tasarruf işlemi mahiyetinde bir sözleşmedir⁴⁴. Bu nedenle, beklenen veya şüpheli katılma alacağı'na ilişkin tasfiyeden önce eşlerin yapacağı anlaşma sulh veya aile hukukuna özgü menfi borç ikrarı olarak nitelendirilebilirse de, ibra niteliğinde değildir⁴⁵.

bb. Mal Rejiminin Tasfiyesinden Sonra

Katılma rejiminin tasfiyesi sonucu ortaya çıkan artık değer alacaklarının karşılıklı olarak takas edilmesiyle (TMK m.236/I) eşlerden biri lehine katılma alacağı doğacaktır. İşte, tasfiye sonucu oluşan katılma alacağı tipik bir alacak hakkıdır ve Borçlar Hukuku'nda düzenlenmiş bir borç ilişkisinden doğan alacak hakkından farksızdır⁴⁶. Böylece edinilmiş mallara katılma rejimi ile ortaya çıkan ve diğer eşin talep edebileceği alacaklar yanında katılma alacağı hakkında da, bu alacakların özel hükümlerle düzenlenen genel çerçevesine aykırı olmamak şartıyla, TMK m.5. gereği Türk Borçlar Kanunu'nun 1-206 arası hükümleri niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulama alanı bulacaktır. Söz konusu alacak

⁴² Ayrıca karş. HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 215, N. 17; DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ, s. 390; ACAR, Mal Rejimleri, s. 147.

⁴³ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, 2011, s. 227.

⁴⁴ OĞUZMAN/ÖZ, s. 544; von TUHR, s. 649; TURANBOY, Nuri, İbra Sözleşmesi, Ankara 1998, s. 51.

⁴⁵ İbra sözleşmesinin sulh sözleşmesi ve menfi borç ikrarı ile karşılaştırılmasına ilişkin bkz. TURANBOY, s. 43, 50.

⁴⁶ HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 202, N. 18; KILIÇOĞLU, Edinilmiş Mallar, s. 59; AKINTÜRK, s. 164; AKINTÜRK/KARAMAN, s. 174; ZEYTİN, Katılma Rejimi, s. 224; ŞİPKA, Katılma Rejimi, s. 289; ACABEY, s. 786; ACAR, Eşin Miras Payı, s. 132; ACAR, Mal Rejimleri, s. 152; DOĞAN, Murat, Mal Rejiminin Tasfiyesinde ve Mirasın Paylaşımında Aile Konutu ve Ev Eşyası, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, 2003/3-4, c. VII, s. 656.

hakkı hak sahibi eşin alacağı muaccel olmasından itibaren diğer borçlu eşe yöneltebileceği bir talep hakkını içermektedir. Diğer bir anlatımla, katılma alacağının ifası kural olarak sadece borçlu sıfatını taşıyan diğer eşten ve onun ölümlü halinde mirasçılarından talep edilebilecektir. Bu çerçevede tasfiye sonucunda ortaya çıkacak katılma alacağı nispi hak niteliğindedir⁴⁷.

Öte yandan öğretideki hakim görüşe göre, katılma alacağına ilişkin borç, bir para borcu niteliğinde olduğu için aynı bir hakkın devrini ya da kurulmasına yönelik bir talebi içermeyecek⁴⁸, buna karşılık para borçlarının ödenmesine ilişkin TBK m.99 ve 117 vd. hükümleri uygulama alanı bulacaktır⁴⁹. Ancak, her ne kadar katılma alacağına ilişkin talebin bir hakkın devrini veya kurulmasını içermeyeceği yönündeki düşünceye katılıyorsak da, TMK m.239/I hükmünde yer alan “Katılma alacağı ... ayın veya para olarak ödenebilir.” şeklindeki ifadeden hareketle katılma borcunun “soyut değer borcu” niteliğinde olduğu görüşündeyiz⁵⁰. Bu husus, katılma alacağının nakdi veya aynı olarak ödenmesine ilişkin açıklamalarımızda ayrıca inceleneceği için şimdilik katılma alacağının para borcu niteliğinde olmadığı, bir soyut değer borcu özelliği taşıdığını ifade etmekle yetiniyoruz.

Katılma alacağı bir alacak hakkı olduğu için, katılma alacağının alacaklısının onda tasarrufta bulunması mümkündür. Bu çerçevede katılma alacağının devri, rehni, veya intifası ya da ölüme bağlı tasarrufa konu edilmesi mümkündür⁵¹. Aynı şekilde tipik bir alacak hakkı özelliği taşıyan katılma alacağının haczi de mümkündür⁵². Öte yandan, tasfiye gerçekleştiği ve eşlerden biri lehine

⁴⁷ ŞIPKA, Katılma Rejimi, s. 290. TMK m. 241 hükmünde belirtilen koşullarda ve belirli bir miktar ile sınırlı olmak üzere katılma alacağının ifasının üçüncü kişilerden talep edilmesi istisnai olarak mümkün ise de, bu katılma alacağının nispi hak olma özelliğini zedelememektedir. Bu yönde bkz. SARI, s. 227.

⁴⁸ ZEYTİN, Katılma Rejimi, s. 224; DOĞAN, s. 656; ACAR, Eşin Miras Payı, s. 132. Ayrıca karşı. ACABEY, s. 786, 787.

⁴⁹ KILIÇOĞLU, Edinilmiş Mallar, s. 59. KILIÇOĞLU, Katılma Alacağı, s. 120; AKINTÜRK/KARAMAN, s. 174; ACAR, Eşin Miras Payı, s. 132; ACAR, Mal Rejimleri, s. 152; ACAR, Mal Rejimleri, s. 152; SARI, s. 245.

⁵⁰ Bu yönde bkz. DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 387.

⁵¹ HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 202, N. 14-16; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, 2011, s. 223; KILIÇOĞLU, Edinilmiş Mallar, s. 59; AKINTÜRK, s. 164; AKINTÜRK/KARAMAN, s. 174; ZEYTİN, Katılma Rejimi, s. 224; ZEYTİN, Artık Değer Haczi, s. 18; ŞIPKA, Katılma Rejimi, s. 290, 291; AKINTÜRK/KARAMAN, s. 173; ACAR, Mal Rejimleri, s. 147; ACAR, Eşin Miras Payı, s. 132.

⁵² KILIÇOĞLU, Edinilmiş Mallar, s. 59; AKINTÜRK, s. 164; AKINTÜRK/KARAMAN, s. 174; ZEYTİN, Katılma Rejimi, s. 224; ZEYTİN, Artık Değer Haczi, s. 18; ŞIPKA, Katılma Rejimi, s. 290, 291; AKINTÜRK/KARAMAN, s. 173; ACAR, Mal Rejimleri, s. 147; ACAR, Eşin Miras Payı, s. 132.

miktarı belirli bir alacak hakkı doğduğu için katılma alacağından vazgeçilmesi ancak geçerli bir ibra sözleşmesi ile mümkün hale gelecektir. Dolayısıyla, tasfiye sonucu tamamen borçlar hukukuna özgü bir alacak niteliğine bürünen katılma alacağından kısmen ya da tamamen vazgeçmeye ilişkin sözleşmenin meydana gelmesi TMK m.237/I. fıkrasına değil, ibra sözleşmesini düzenleyen TBK m.132 hükmüne tabi olacaktır.

3. Katılma Alacağı'nın Borçlusu

Katılma rejiminin evliliğin iptali veya boşanma ile veya başka bir mal rejimine geçiş ya da mahkeme kararı ile sona ermesi hallerinde ortaya çıkacak katılma alacağından öncelikle borçlu eş sorumlu olacaktır⁵³. Bu çerçevede alacağın borçlu eş tarafından ödenmemesi halinde alacaklı eşin, borçlu eşe ait tüm malvarlığına yönelik yapacağı takip neticesinde katılma alacağına kavuşması mümkündür.

Katılma rejiminin ölüm neticesinde sona ermesi halinde katılma alacağı'nın borçluları, ölen borçlu eşin mirasçılarıdır. Ancak mirasçıların katılma alacağından sorumlu tutulabilmeleri için mirası reddetmemiş olmaları gerekmektedir. Diğer taraftan katılma rejimi boşanma, evliliğin iptali ya da mal ayrılığı rejimine geçilmesi nedeniyle sona ermiş olmasına rağmen borçlu eşin katılma alacağını ödemediği durumlarda da mirası reddetmemiş olmaları şartıyla ölen eşin mirasçıları sorumlu olacaktır (TMK 679-681)⁵⁴.

Evliliğin boşanma ya da iptal ile sona erdiği veya eşler arasında diğer bir mal rejiminin seçildiği hallerde katılma alacağından kural olarak borçlu eşin sorumlu olacağı, buna karşılık ölümle sona eren mal rejiminde ise bu borçtan mirası reddetmemiş mirasçıların sorumlu olacağı açıktır. Ancak bazı hallerde borçlu eş ya da mirasçılardan katılma alacağı'nın tahsil edilememesi de mümkündür. İşte Kanun getirdiği düzenleme ile katılma alacağı'nın borçlu eşin malvarlığı ya da terekesinden karşılanamadığı taktirde alacaklı eşin, edinilmiş mallarda hesaba katılması gereken karşılıksız kazandırmaları, bunlardan yararlanan üçüncü kişilerden eksik kalan miktarla sınırlı olmak üzere isteyebileceğini hüküm altına almıştır (TMK m.241)⁵⁵.

⁵³ **KILIÇOĞLU**, Edinilmiş Mallar, s. 69; **KILIÇOĞLU**, Katılma Alacağı, s. 130; **DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ**, s. 390; **AKINTÜRK/KARAMAN**, s. 173; **ŞİPKA**, Katılma Rejimi, s. 266; **ÖZUĞUR**, s. 56; **ACAR**, Eşin Miras Payı, s. 133; **ACAR**, Mal Rejimleri, s. 156.

⁵⁴ Ayrıca bkz. **KILIÇOĞLU**, Edinilmiş Mallar, s. 69; **KILIÇOĞLU**, Katılma Alacağı, s. 130; **ÖZUĞUR**, s. 56; **ŞİPKA**, Katılma Rejimi, s. 343; **DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ**, s. 390; **AKINTÜRK/KARAMAN**, s. 173; **ACAR**, Eşin Miras Payı, s. 136; **ACAR**, Mal Rejimleri, s. 156.

⁵⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. **HAUSHEER/AEBI-MÜLLER**, Art. 219, N. 18 vd.; **ŞİPKA**, Katılma Rejimi, s. 337 vd.; **KILIÇOĞLU**, Katılma Alacağı, s. 130-132;

TMK 241. maddesi artık değer sonucu oluşan katılma alacağına sahip eşe, sadece bu alacağını diğer eşe ait malvarlığından karşılayamaması halinde üçüncü kişiye dava açma imkanı tanımaktadır. Dolayısıyla söz konusu düzenlemenin uygulanabilmesi için gerekli ilk koşul, artık değere katılma alacağının borçlu eşin malvarlığından ya da borçlu eşin ölümü halinde onun terekesinden kısmen de olsa karşılanamamış olmasıdır⁵⁶. Bunun yanında bir diğer şart, borçlu eşin üçüncü kişiye yönelik karşılıksız bir kazandırmada bulunması ve üçüncü kişinin söz konusu karşılıksız kazandırmayı bir başkasına devretmemiş olması gerekmektedir⁵⁷. Ancak burada borçlu eşin üçüncü kişiler hakkında yapacağı hangi tasarrufların karşılıksız kazandırma sayılacağı ve ne şekilde hesaba katılacağı sorusu önem taşımaktadır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, TMK m.241. hükmünün uygulanabilmesi ve alacaklı eşin üçüncü kişiye karşı dava hakkına sahip olabilmesi için TMK 229/I. fıkrasında yer alan, üçüncü kişiye yapılmış ve tasfiyede eklenecek değer olarak hesaba eklenecek karşılıksız bir kazandırmanın bulunması gerekmektedir. Elbette burada en yaygın karşılıksız kazandırma türü olarak, üçüncü kişilere yapılan bağışlamalar karşımıza çıkacaktır. Ancak uygu-

AKINTÜRK/KARAMAN, s. 174. TMK m. 241 hükmü emredici nitelikte olduğundan mal rejimi sözleşmesi ile eşlerin önceden üçüncü kişilere karşı dava hakkını sınırlandırması ya da tamamen ortadan kaldırması mümkün değildir. Bkz. **HAUSHEER/REUSSER/GEISER**, Art. 220, N. 64; **TUOR/SCHNYDER/RUMO-JUNGO**, §32, N. 32; **HAUSHEER/AEBI-MÜLLER**, Art. 220, N. 17; **GÜMÜŞ**, s. 422; **SARI**, s. 259. Ancak karşılıksız kazandırmaya izin veren eşin bu davranışı söz konusu maddenin uygulanmasını engelleyecek ve karşılıksız kazandırma tasfiye sırasında eklenecek değer olarak işlem görmeyecektir. Ayrıca hak sahibi eşin TMK m. 241 hükmünün kendisine vermiş olduğu bu haktan tasfiye sonrası vazgeçmesi her zaman mümkündür. Bkz. **HAUSHEER/REUSSER/GEISER**, Art. 220, N. 65; **HAUSHEER**, Art 220, N. 4. TMK m. 241 hükmünün miras hukukuna ilişkin tenkis davası ile ilişkisi hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. **DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ**, s. 410, 411.

⁵⁶ **TUOR/SCHNYDER/RUMO-JUNGO**, §32, N. 32; **HAUSHEER/AEBI-MÜLLER**, Art. 220, N. 2; **KILIÇOĞLU**, Edinilmiş Mallar, s. 70; **KILIÇOĞLU**, Katılma Alacağı, s. 131; **AKINTÜRK/KARAMAN**, s. 174; **ŞIPKA**, Katılma Rejimi, s. 340; **DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ**, s. 412; **ACAR**, Eşin Miras Payı, s. 137. Bu durumda katılma alacağının kanuna veya mal rejimi sözleşmesine göre hesaplanmış olmasının bir önemi bulunmamaktadır. Dolayısıyla her iki halde de alacaklı eşin, ilgili üçüncü kişilere karşı talep hakkı söz konusudur. Ayrıca karşı. **ZEYTİN**, Katılma Rejimi, s. 242; **HAUSHEER / REUSSER / GEISER**, Art. 220, N. 64; **GÜMÜŞ**, s. 422; **SARI**, s. 259.

⁵⁷ **ŞIPKA**, Katılma Rejimi, s. 343; **KILIÇOĞLU**, Katılma Alacağı, s. 131; **DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ**, s. 412; **AKINTÜRK / KARAMAN**, s. 174; **TUOR / SCHNYDER / RUMO-JUNGO**, §32, N. 32. TMK 241 çerçevesinde katılma alacağının karşılanmaması durumunda ancak kendisine kazandırmada bulunulan üçüncü kişi ve mirasçılara karşı bir talepte bulunulabilir. Dolayısıyla, üçüncü kişinin kazandırmayı bir başka kimseye devrettiği durumlarda, hak sahibi eşin devredilen bu kişiye karşı herhangi bir talepte bulunması mümkün değildir. Bkz. **ZEYTİN**, Katılma Rejimi, s 246. Buna karşılık, işlem tarafı olarak üçüncü kişi aldığı şeyi bir başkasına devretmemişse onun iade borcu, iyiniyetli zilyedin iade borcu ile sınırlıdır. Bkz. **HAUSHEER/REUSSER/GEISER**, Art. 220, N. 37; **HAUSHEER/AEBI-MÜLLER**, Art. 220, N. 27.

lamada, özellikle TMK 229/II. fıkrasında yer alan bir eşin mal rejimi süresince diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla yaptığı devirlerin de üçüncü kişilere yapılan bağışlamalar gibi tasfiyede eklenecek değer olarak işlem görmesi gerektiği görüşü hakimdir⁵⁸.

TMK m.241 çerçevesinde üçüncü kişiye yönelik bir talepte bulunulabilmesi için gerekli bir diğer şart, borçlu eşin malvarlığının veya terekesinin artık değer alacağını karşılamaya yetmemesidir. Malvarlığı veya terekenin artık değer alacağını karşılayıp karşılamadığı mal rejimi tasfiyesinin tamamlanmasıyla ortaya çıkacağından, borçlu eşin gelecekte elde edeceği geliri, borçlu eşe vade tanınmış olması veya borçlu eşin malvarlığının tasfiyesinin tamamlanmasından sonra kötüleşmesi, ona ait malvarlığının yeterli olup olmadığı konusunda dikkate alınmayacaktır⁵⁹. Ancak hemen belirtelim, katılma alacağına kavuşamayan alacaklı eşin üçüncü kişiye yönelik talep hakkı, karşılıksız kazandırmanın tamamına ilişkin olmayabilir. Diğer bir anlatımla üçüncü kişilerin katılma alacağından sorumluluklarında aslanan, alacaklı eşin alacağını öncelikle borçlu eşten alması, alacağın tamamının karşılanmadığı durumlarda ise, karşılanamayan kısım için üçüncü kişiye talebin yöneltilmesidir⁶⁰. Borçlu eşin ölmesi halinde ise bu kez alacaklı eşin öncelikle terekeden alacağını alması, karşılanmadığı durumlarda ise hak sahibi olan, ancak mirası reddetmemiş mirasçılara başvurması gerekmektedir. Mirasçılardan da katılma alacağının karşılanmadığı durumlarda ise alacağını kısmen veya tamamen alamayan eş, alacağının karşılanmadığı miktarı nispetinde üçüncü kişiye talebini yöneltebilecektir⁶¹.

⁵⁸ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 220, N. 20; ZEYTİN, Katılma Rejimi, s.242; ŞIPKA, Katılma Rejimi, s. 338, 339; ÖZUĞUR, s. 56, 57; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 412; AKINTÜRK/KARAMAN, s. 174. Hatta bazı yazarlar TMK 229 kapsamında olmamakla birlikte, diğer eşin katılma alacağının azaltılması kastı ile mal rejiminin sona ermesinden sonra mevcut edinilmiş mallarda yapılan karşılıksız veya az karşılık alınarak yapılan kazandırmalarda da söz konusu hükmün uygulanabileceğini kabul etmektedirler. Bkz. ZEYTİN, Katılma Rejimi, s. 242, dn 654'deki yazarlar.

⁵⁹ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 412.

⁶⁰ KILIÇOĞLU, Edinilmiş Mallar, s. 70; AKINTÜRK/KARAMAN, s. 174; ÖZUĞUR, s. 57; ŞIPKA, Katılma Rejimi, s. 343; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 412; SARI, s. 257. Borçlu eşin malvarlığının borcu ödemeye yetip yetmediği tasfiyenin tamamlanmasının ardından belli olacağı için bu anda borçlu eşin katılma alacağını ödeyemediği kısım için üçüncü kişinin sorumlu tutulması halinde, borçlu eşin malvarlığının daha sonra iyileşmiş olsa dahi alacaklı eşin üçüncü kişiye başvurma hakkının ortadan kalkmayacağı yönünde bkz. ZEYTİN, Katılma Rejimi, s. 243. Ancak borçlu eşin tasfiye anındaki malvarlığı değerinin başlangıçta artık değere karşılamaya yetmesi, buna karşılık sonradan ödeme güçlüğüne düşmesi halinde, artık üçüncü kişiye başvurma imkanı ortadan kalkmış sayılmalıdır. Bkz. HAUSHEER/ REUSSER/ GEISER, Art. 220, N. 22; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 220, N. 21.

⁶¹ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 220, N. 25; KILIÇOĞLU, Edinilmiş Mallar, s. 70; AKINTÜRK, s. 163; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 412, 413. Artık değer alacağının mirasçı-

Ancak Kanun 241/II. fıkrasında, katılma alacağının tamamlanamayan kısmı için üçüncü kişiye yöneltilecek dava hakkının kullanılabilmesini iki farklı süreye bağlı kılmıştır. Buna göre alacak hakkı sahibi eşin veya onun mirasçılarının üçüncü kişilere karşı dava hakkı, haklarının zedelendiğini öğrendikleri tarihten başlayarak bir yıl ve her halde mal rejiminin sona ermesinden itibaren beş yıl geçmekle düşecektir. Her iki süre de hak düşürücü süre niteliğinde olduğundan, sürenin durmasından ya da kesilmesinden söz edilemeyecektir⁶².

4. Katılma Alacağının Alacaklısı

Mal rejiminin tasfiyesi sonucu her bir eş lehine oluşan artık değer alacaklarının takası, eşlerden biri lehine katılma alacağının ortaya çıkmasını sağlayacaktır (TMK m.236/I). Bu çerçevede katılma alacağının alacaklısı, esasen tasfiyenin ardından katılma alacağına sahip olan eştir. Ancak özellikle ölüm sebebiyle mal rejiminin son bulduğu durumlarda ölen eşin katılma alacağını talep ve dava hakkı, mirası reddetmemiş mirasçılara ait olacaktır. Aynı şekilde katılma rejiminin boşanma veya evliliğin iptali sebebiyle son bulduğu, ancak hak sahibi eşin bu hakkını talep, dava ve tahsil etmeden ölmesi durumunda da onun mirasçıları katılma alacağının alacaklısı haline gelecektir⁶³. Söz konusu talep, katılma alacağının borçlusunu eşe veya onun ölümü halinde mirasçılara yöneltebileceği

larca terekeden ödenmesinin ardından mirasçılar her zaman tenkis hükümleri çerçevesinde üçüncü kişilere başvurabilecektir. Bkz. **HAUSHEER/REUSSER/GEISER**, Art. 220, N. 22. TMK 241/III fıkrasına göre, üçüncü kişilere yönelik davalar hakkında, aynı maddenin birinci ve ikinci fıkrası ile yetki kurallarına ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla mirastaki tenkis davasına ilişkin hükümlerin uygulanacağı düzenlenmiştir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. **ZEYTİN**, Katılma Rejimi, s. 247, 248. Bu nedenle öğretilde, bu maddeye göre üçüncü kişilere karşı açılacak dava, “mal rejimi hukukuna özgü tenkis davası” olarak nitelendirilmiştir. Bkz. **ACABEY**, s. 146; **ŞIPKA**, Katılma Rejimi, s. 338. Yenilik doğuran dava olduğu yönünde bkz. **GÜMÜŞ**, s. 421. İfa davası olduğu yönünde bkz. **SARI**, s. 260.

⁶² **HAUSHEER/AEBI-MÜLLER**, Art. 220, N. 28; **HAUSHEER/REUSSER/GEISER**, Art. 220, N. 49; **ZEYTİN**, Katılma Rejimi, s. 247; **KILIÇOĞLU**, Edinilmiş Mallar, s. 70, 71; **AKINTÜRK/KARAMAN**, s. 174. TMK m. 241 hükmünün gerekçesinde tenkis davasıyla ilgili TMK 571. maddesiyle paralellik sağlamak amacıyla, kaynak İsviçre Kanunu’ndan farklı olarak çerçeve sürenin taslak çalışmaları sırasında on değil beş yıl olarak kabul edilmesine rağmen, m. 571’deki süre kaynak kanuna uygun olarak yine on yıla çıkartılmış ve bu şekilde kanunlaşmış, buna karşılık paralel hüküm olan 241/II. fıkrasındaki beş yıllık süre hatalı bir şekilde korunmuştur. Maddeye ilişkin taslak çalışmaları ile kanunlaşma süreci içerisinde eksik kalan katılma alacağından doğan beş yıllık çerçeve sürenin kabul edilmesinde düşülen hataya ilişkin ayrıca bkz. **KILIÇOĞLU**, Katılma Alacağı, s. 131, 132; **ŞIPKA**, Katılma Rejimi, s. 340, dn. 10. TMK m. 241/II hükmündeki sürenin hak düşürücü süre olmasına rağmen, davanın reddinde ek süreyi düzenleyen TBK m. 158 (eBK m. 137) hükmünün burada da uygulama imkanının bulunduğu yönünde bkz. **DURAL/ÖGÜZ/GÜMÜŞ**, s. 413; **HAUSHEER/REUSSER/GEISER**, Art. 220, N. 53.

⁶³ **KILIÇOĞLU**, Edinilmiş Mallar, s. 71; **KILIÇOĞLU**, Katılma Alacağı, s. 132; **DURAL/ÖGÜZ/GÜMÜŞ**, s. 390; **AKINTÜRK/KARAMAN**, s. 173; **ACAR**, Eşin Miras Payı, s. 133; **ACAR**, Mal Rejimleri, s. 156.

gibi, TMK m.241 çerçevesinde eksik kalan kısımla sınırlı olmak üzere, lehine karşılıksız kazandırma yapılmış üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilecektir⁶⁴.

Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesiyle ortaya çıkan katılma alacağı hukuki niteliği itibariyle Borçlar Kanunu bağlamında tipik bir alacak hakkı özelliği taşımaktadır⁶⁵. Dolayısıyla hak sahibi eşin ya da mirasçılarının, TBK m.183 vd. hükümlerine uygun olarak ve borçlunun rızasını aramaksızın katılma alacağını üçüncü kişilere devretmeleri mümkündür. Katılma alacağının devredilmesiyle alacak hakkı sahibi olan üçüncü kişinin bu alacağını borçlu eşe veya onun ölümü halinde mirasçılara yöneltmesinde herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır⁶⁶. Buna karşılık, katılma alacağının devri halinde, devralanın alacağını borçlu eş veya onun mirasçılarından kısmen ya da tamamen karşılayamadığı hallerde bu hakkını lehine karşılıksız kazandırma yapılan üçüncü kişiye de yöneltip yönelmeyeceği belirsizdir. Ancak öğretilerde TMK m.241 hükmü ile getirilen korumanın sadece aile hukukuna özgü olduğu ve bu nedenle katılma alacaklısı eş veya onun mirasçıları dışında aile birliğine dahil olmayan alacağı devralan kimseyi de kapsayacak şekilde genişletilmemesi gerektiği görüşü hakimdir⁶⁷.

II. KATILMA ALACAĞININ ÖDENMESİ

A. Alacağın Muaccel Olacağı Zaman

Kısaca hatırlatmak gerekirse, TMK m.228 hükmü gerek edinilmiş malların, gerekse kişisel malların, katılma rejiminin sona erdiği tarihteki durumlarına göre ayrılacağını düzenlemekte, 235/I. fıkrasında ise mal rejimin sona erdiği anda mevcut olan malların tasfiye anındaki değerlerinin esas alınacağını belirtmektedir. Her iki düzenleme de tasfiyeye tabi mallara ilişkin olup, ilk düzenleme malların edinilmiş ya da kişisel mal olarak sınıflandırılmasında hangi anın esas alınacağı ikinci düzenleme ise tasfiyeye konu malın hangi andaki değerinin hesaba katılacağı ile ilgilidir. Peki, belirlediğimiz unsurlar çerçevesinde oluşan

⁶⁴ HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 220, N. 44.

⁶⁵ KILIÇOĞLU, Edinilmiş Mallar, s. 59; ZEYTİN, Katılma Rejimi, s. 224; AKINTÜRK/KARAMAN, s. 174; ACABEY, s. 786; ACAR, Eşin Miras Payı, s. 132.

⁶⁶ HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 215, N. 16; KILIÇOĞLU, Edinilmiş Mallar, s. 71, 72; KILIÇOĞLU, Katılma Alacağı, s. 132, 133; AKINTÜRK, s. 163; ÖZUĞUR, s. 58; DOĞAN, s. 657.

⁶⁷ ZEYTİN, Katılma Rejimi 2008, s. 256, 257; SARI, s. 259; ŞIPKA, Katılma Rejimi, s. 338, 339 (Yazar TMK m. 241 hükmünün katılma alacağını devralan kişiyi kapsamadığı görüşüne katılmakla birlikte, katılma alacağı davasının TMK m. 229/son uyarınca üçüncü kişilere ihbar edilmesinden sonra alacağın başka kişiye devredilmesi ihtimalinde, devralanın, davanın ihbar edildiği üçüncü kişilere karşı da TMK m. 241 hükmündeki talep hakkının ileri sürülebileceğini ifade etmektedir.)

eşlerden biri lehine oluşan katılma alacağı hangi andan itibaren talep edebilecektir? Diğer bir anlatımla katılma alacağının muaccel olacağı an nasıl belirlenecektir? Hemen belirtelim katılma alacağının hangi andan itibaren muaccel hale geleceğine ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak TMK 239/III. fıkrasında yer alan “*aksine anlaşma yoksa, tasfiyenin sona ermesinden başlayarak katılma alacağına ve değer artış payına faiz yürütülür*” şeklindeki ifadenin yorumlanmasıyla edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi sonucu ortaya çıkan katılma alacağının (ve bu arada değer artış payının), söz konusu tasfiyenin tamamlanmasıyla muaccel hale geleceği söylenebilecektir⁶⁸. Bu çerçevede alacaklı eş, katılma alacağının, edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinin tamamlandığı andan itibaren derhal ödenmesini talep hakkına sahip olacaktır. Bununla birlikte, eşlerin serbest iradeleri ile aralarında yapacakları sözleşme çerçevesinde söz konusu alacağın muaccel olacağı tarihi değiştirmelerinin önünde bir engel de bulunmamaktadır⁶⁹.

B. Katılma Alacağının Ödenmesinin Ertelenmesi ve Faiz Yürütülmesi

Bir üst başlıkta incelendiği gibi katılma rejimine ilişkin tasfiyenin tamamlandığı an, alacaklı eşin alacağının da muaccel olduğu andır. Ancak tasfiye sonucu ortaya çıkan borcun derhal ödenmesinin borçlu eşin mali açıdan zor duruma düşürebileceğini düşünen kanun koyucu bu konuda alacaklı eşin borçluya bir takım koşulların varlığı halinde vade tanınması gerektiğini hüküm altına almıştır (TMK m. 239/II)⁷⁰.

⁶⁸ HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 215, N. 19; HAUSHEER, Art. 218, N. 1; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 215, N. 12; KILIÇOĞLU, Edinilmiş Mallar, s. 65; ZEYTİN, Katılma Rejimi, s. 224; ŞIPKA, Katılma Rejimi, s. 292; ACAR, Mal Rejimleri, s. 154. Öğretide hakim görüş katılma alacağının muaccel olacağı tarihi, hakim tarafından tasfiye kararının verildiği tarih olarak kabul etmekle birlikte, bazı yazarlar tasfiye kararının kesinleşmesi anının katılma alacağının muaccel olacağı tarih olarak kabul edilmesi gerektiği görüşündedir. Bkz. DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, 2011, s. 224. Öğretide Sarı ise, hakimin kararı ile katılma alacağının muaccel hale geleceği ve bu sonucun doğması için kararın kesinleşmesinin gerekmediği hususunu şu şekilde ifade etmektedir; “Her ne kadar HUMK m. 443’de aile hukukuna ilişkin kararların icra edilebilmesi için kesinleşmesi şartına yer verilmişse de, burada dayanağını aile hukuku ilişkisinden alsa da, bir alacak hakkının miktarının belirlenmesine ilişkin dava söz konusudur. HUMK m. 443’ün, kişisel duruma ilişkin yenilik doğuran (inşai) kararlara ilişkin olduğu görülmektedir.” Bkz. SARI, s. 247.

⁶⁹ HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 215, N. 17 vd.; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 215, N. 12; KILIÇOĞLU, Edinilmiş Mallar, s. 66; ÖZÜĞÜR, s. 52; ŞIPKA, Katılma Rejimi, s. 292; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 390; SARI, s. 247. Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi artık değere katılma alacağını ve değer artış payını muaccel hale getirmekle birlikte, TMK m. 226/III hükmü nedeniyle eşler arasındaki diğer alacakların muaccel hale gelmesinden söz edilemeyeceği yönünde bkz. ZEYTİN, Katılma Rejimi, s. 186.

⁷⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. KILIÇOĞLU, Edinilmiş Mallar, s. 65, 66; KILIÇOĞLU, Katılma Rejimi, s. 126; ACAR, Eşin Miras Payı, s. 147; ACAR, Mal Rejimleri, s. 155;

TMK 239/II. fıkrasına göre “Katılma alacağı'nın ... derhal ödenmesi kendisi için ciddi güçlükler doğuracaksa...” borçlu eşin ödemenin uygun bir süre ertelenmesini talep edebileceğini hüküm altına almıştır. Buna göre söz konusu hükmün uygulanabilmesi için öncelikle mal rejiminin tasfiye edilmiş olması ve böylece eşler arasındaki artık değere katılma payının tespit edilmiş olması gerekmektedir⁷¹. Hükmün uygulanabilmesi için gerekli olan ikinci şart ise, tasfiye sonucu oluşan katılma alacağı'nın derhal ödenmesinin borçlu eş için ciddi güçlükler doğuracak olmasıdır⁷². Hükümde ifade edilen ciddi güçlükler iktisadi anlamda bir güçlük olup, halihazırdaki güçlükler yanında ortaya çıkaracağı zararların giderilmesi oldukça büyük maddi kayıplara neden olacak gelecekte karşılaşılabilecek kuvvetle muhtemel güçlükleri de kapsar⁷³. Ancak asıl önemli olan borçlu eşe vade tanınması şeklindeki erteleme, onun içinde bulunduğu ciddi güçlükleri ortadan kaldıracak veya yumuşatacak nitelikte olması gereğidir⁷⁴.

Diğer taraftan, TMK 239/II. fıkrasındaki şartlar oluşmuş olsa bile hakimin re'sen borçlu eşe vade tanınması mümkün değildir. Dolayısıyla borçlu eş lehine bir erteleme yapılabilmesi, borçlu eşin vadeye ilişkin talebini alacaklıya veya

ÖZDAMAR/KAYIŞ, s. 81. Ayrıca karşı. **HAUSHEER/REUSSER/GEISER**, Art. 218, N. 7; **TUOR/SCHNYDER/RUMO-JUNGO**, §32, N. 28; **HAUSHEER/AEBI-MÜLLER**, Art. 218, N. 8 vd. TMK m. 239/II. fıkrası TMK m. 217 hükmünü tamamlayıcı niteliktedir. Ancak her iki düzenlemenin uygulama alanı birbirinden farklıdır. TMK 239/II. fıkrası katılma alacağı ve değer artış payının ödenmesine ilişkin olarak uygulama alanı bulurken, m. 217 hükmü eşlerin diğer para borçlarının ödenmesine ilişkindir. Bu konuda ayrıca bkz. **ZEYTİN**, Katılma Rejimi, s. 227, 228; **DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ**, s. 400; **ŞIPKA**, Katılma Rejimi, s. 316.

⁷¹ **HAUSHEER/AEBI-MÜLLER**, Art. 218, N. 8, 9; **KILIÇOĞLU**, Edinilmiş Mallar, s. 65, 66; **KILIÇOĞLU**, Katılma Rejimi, s. 126; **ACAR**, Eşin Miras Payı, s. 147; **DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ**, s. 400; **ŞIPKA**, Katılma Rejimi, s. 316.

⁷² **HAUSHEER/AEBI-MÜLLER**, Art. 218, N. 10; **TUOR/SCHNYDER/RUMO-JUNGO**, §32, N. 28; **KILIÇOĞLU**, Edinilmiş Mallar, s. 65, 66; **KILIÇOĞLU**, Katılma Rejimi, s. 126; **ACAR**, Eşin Miras Payı, s. 147; **ACAR**, Mal Rejimleri, s. 155, özellikle s. 180; **DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ**, s. 400; **ŞIPKA**, Katılma Rejimi, s. 316.

⁷³ **ZEYTİN**, Katılma Rejimi, s. 229; **KILIÇOĞLU**, Katılma Rejimi, s. 126; **ŞIPKA**, Katılma Rejimi, s. 316; **ACAR**, Eşin Miras Payı, s. 147, 148. Borcun hemen ödenmesinin işletmenin devrine, önemli iş değişikliğine ya da revizyonuna sebep olması hallerini ciddi güçlük olarak sayılması gerektiği, ancak, bu konuda vadeden söz edebilmek için tüm şartların birlikte değerlendirilmesi gereği yanında, elde ettiği malvarlığı değeri üzerinde tasarruf hakkına sahip alacaklı eşten daha çok henüz maddi imkanı bulunmayan mirasçılarının dikkate alınması gerektiği yönünde bkz. **HAUSHEER**, Art. 218, N. 10). Türk Kanun Koyucusunun katılma alacağı'nın ifası bakımından nakdi ödeme yanında aynı ifaya da olanak tanınması karşısında, ekonomik ve iktisadi güçlük koşulunun ciddi olarak değerlendirilmesi ve söz konusu erteleme talebinin kabulünde çekingen davranılması gerektiği yönünde bkz. **DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ**, s. 400.

⁷⁴ **HAUSHEER/REUSSER/GEISER**, Art. 218, N. 14; **HAUSHEER**, Art. 218, N. 11; **HAUSHEER/AEBI-MÜLLER**, Art. 218, N. 11; **ŞIPKA**, Katılma Rejimi, s. 316; **DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ**, s. 401; **ACAR**, Eşin Miras Payı, s. 147; **KILIÇOĞLU**, Katılma Rejimi, s. 126.

onun mirasçılara karşı ileri sürmesi ya da bu kimseler tarafından erteleme talebi reddedilmişse hakimden böyle bir talepte bulunmuş olması şartına bağlıdır⁷⁵. Şunu da ifade edelim, öğretilerde her ne kadar vade tanınmasını isteme hakkının sadece eşlere ait olduğu, bu yüzden mirasçılardan vade tanınmasını isteyemeyecekleri savunulmuşsa da⁷⁶, bizim de katıldığımız görüş uyarınca borçlu eşin ölmesiyle onun mirasçılarının da ertelemeye ilişkin bir talepte bulunmaları mümkün görülmelidir⁷⁷. Bu çerçevede, TMK m. 239/II hükmünde belirtilen şartların gerçekleşmesiyle borçlu eşin veya onun ölmesi halinde mirasçılarının talebiyle alacaklı eş bakımından kanundan doğan bir erteleme (tecil) sözleşmesi yapma yükümlülüğü doğmakta ve tarafların iradi olarak anlaşmaları halinde borç, sözleşmede belirtilen süre kadar ertelenmektedir⁷⁸. Buna karşılık, anlaşma olmaması halinde, hakimince vereceği karar erteleme sözleşmesini kurar ve erteleme süresini bu kez hakim belirler. Ancak, hakimince ertelemeye ilişkin kararı uygun bir süreyi içermelidir. Bu nedenle, hakimince süresiz veya haklı nedene dayanmayan çok uzun süreli erteleme kararı vermesi mümkün değildir⁷⁹.

TMK 239/II. fıkra hükmü emredici nitelikte olduğundan eşlerin önceden yaptıkları bir sözleşme ile bu hükmün kendilerine sağladığı haklardan vazgeçmeleri mümkün değildir⁸⁰. Ayrıca, söz konusu düzenleme mal rejiminin tasfiyesi ile ilgili olduğundan vadeye ilişkin talebin en geç malların tasfiyesinin sona ermesinden önce yazılı paylaşma sözleşmesinde ya da mahkeme kararı ile kayıt altına alınmış olması gerekmektedir⁸¹. Ancak mal rejiminin tasfiyesinin tamam-

⁷⁵ HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 218, N. 15; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 218, N. 5; ACAR, Eşin Miras Payı, s. 148; ACAR, Mal Rejimleri, s. 180; ÖZDAMAR/KAYIŞ, s. 81. Borçlu tarafın değişmesi alacaklının rızasına bağlı olmakla birlikte, borçluya vade tanınmasından sonra borçlu tarafın değişmesi, kendiliğinden tanınan vadenin ortadan kalkması sonucunu doğurmayacaktır. Borçlunun değişmesi, menfaatlerin tekrar gözden geçirilmesine ve vadenin yeniden belirlenmesini gerektirir. Bkz. HAUSHEER, Art 218, N. 12. Diğer taraftan kararlaştırılan vadenin ve faizin, daha sonradan hakim tarafından değiştirilmesi mümkün değildir. Ancak genel hükümler çerçevesinde sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması hali saklıdır. Bkz. ZEYTİN, Katılma Rejimi, s. 229. Vade tespit edilmiş olmasına rağmen borçlu eşin bu borcunun vadesinden önce ödemesi mümkün olmakla birlikte, bu erken ödemeye ilişkin daha önceden kararlaştırılmış faizden de indirim yapılmasına yönelik talep, alacaklı tarafından kabul edilmedikçe geçerli olmayacaktır. Bkz. HAUSHEER/ REUSSER/ GEISER, Art. 218, N. 15.

⁷⁶ ZEYTİN, Katılma Rejimi, s. 228, dn. 605'de belirtilen yazarlar; ŞİPKA, Katılma Rejimi, s. 316.

⁷⁷ HAUSHEER, Art 218, N. 5; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 218, N. 5; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 400.

⁷⁸ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 401.

⁷⁹ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 401; ACAR, Mal Rejimleri, s. 155.

⁸⁰ HAUSHEER, Art 218, N. 7; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 218, N. 7; ŞİPKA, Katılma Rejimi, s. 318.

⁸¹ HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 218, N. 6; HAUSHEER, Art 218, N. 6; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 218, N. 6; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, 2011, s. 226.

lanmasının ardından eşlerin vade tanınması hakkında anlaşmaları da mümkündür⁸².

Katılma alacağından doğan borcunu vadeye bağlı olarak ödeme imkanına sahip olan borçlu eşin ifa yükümlülüğü, anlaşmayla belirlenen veya hakimnin taktir ettiği süre kadar ertelenmiş sayılmaktadır. TBK m. 91 vd. hükümleri çerçevesinde eşlerin vadeyi gün, hafta, ay ya da yıl olarak belirlemeleri mümkündür. Ancak, ödeme süresinin bu şekilde ertelenmesiyle sadece katılma alacağına ilişkin muacceliyet ve zamanaşımı sürelerinin ertelenmesi söz konusu olup, borcun ifasına ilişkin herhangi bir değişikliğe gidilmemektedir⁸³. Bu çerçevede, zamanında ödenmeyen borca ilişkin BK 117 vd. hükümlerince borçlu eş temerrüde düşecek; kararlaştırılmamış olsa dahi temerrüt faizi ödemek zorunda kalmaktadır⁸⁴.

Belirttiğimiz şekillerde borçlu eş lehine vade tanınması, alacağın tahsilinin tehlikeye girmesi bakımından alacaklının da menfaatlerinin gözetilmesini gerekli kılmaktadır. Bu çerçevede TMK 239/III. fıkrası katılma alacağına faiz yürütülmesine imkan tanımış, ayrıca durum ve koşulların gerektirdiği hallerde borçludan güvence istenebileceğini hüküm altına almıştır.

Taraflar arasında faizin işlemesi yanında, faize ilişkin oranın ve işlemeye başlayacağı tarihin belirlenmesinde edinilmiş mallara katılma rejiminin taraflar arasında anlaşmayla mı yoksa hakim kararı ile mi sona ermesine göre bir farklılık söz konusudur. Bu konuda temel kural, katılma alacağına ilişkin davalarda faiz oranının ve işlemeye başlayacağı tarihin eşler arasında serbestçe tayin edilebileceğidir. Buna karşılık katılma rejiminin tasfiyesinin tarafların anlaşmasıyla değil, yargı kararına dayandığı hallerde faiz oranı ve işlemeye başlayacağı

⁸² HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 218, N. 20; SARI, s. 247.

⁸³ HAUSHEER, Art 218, N. 4; ŞİPKA, Katılma Rejimi, s. 317. Belli bir zamanla sınırlandırılmamış vade kesin olarak geçersiz sayılacağı ve bu halde alacağın derhal muaccel olacağı yönünde bkz. HAUSHEER, Art 218, N. 11.

⁸⁴ HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 218, N. 18; TUOR/SCHNYDER/RUMOJUNGO, §32, N. 28; KILIÇOĞLU, Edinilmiş Mallar, s. 66; ZEYTİN, Katılma Rejimi, s. 230; ACAR, Eşin Miras Payı, s. 148; ÖZDAMAR/KAYIŞ, s. 81. Katılma alacağının muaccel olmasından sonra, borçlu eşin temerrüde düşürülmesi bakımından ayrıca ihtarin gerekli olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Bkz. ŞİPKA, Katılma Rejimi, s. 239 ve dn. 17'de anılan yazarlar. Katılma alacağından doğan borcun bir para borcu niteliğinde olduğu, burada para borçlarında temerrüde ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulacağı, ancak TMK m. 239/I gereğince katılma alacağı bakımından borçlunun temerrüde düşürülmesi bakımından ihtarin gerekli olmadığı yönünde bkz. KILIÇOĞLU, Katılma Rejimi, s. 128. Ayrıca karşı. DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, 2011, s. 224. Tasfiyenin tamamlanması ile katılma alacağının muacceliyet kazanacağı, ancak burada belirli vadeden söz edilemeyeceği, dolayısıyla borçlu eşin temerrüde düşmesi bakımından alacaklı eşin ihtarinin gerekli olduğu yönünde bkz. SARI, s. 247.

tarihi mahkeme tespit edecektir. Faiz oranı konusunda 3095 sy. Kanun'da öngörülen faiz oranları dikkate alınacak, buna karşılık faizin yürütüleceği tarih ise TMK 239/II fıkrası uyarınca mal rejiminin tasfiyesinin tamamlandığı günden, diğer bir ifadeyle mahkemenin tasfiye karar verdiği tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır⁸⁵. Öte yandan, aşağıda görüleceği üzere, TMK m. 239/I hükmü katılma alacağının borçlusunu olan eşe, ödemeyi para ya da ayın olarak yapabilme imkanı tanımaktadır. Söz konusu hüküm çerçevesinde şayet borçlu eş aynı ödemeyi tercih edecek olursa, bu kez borçlanılan para dışındaki maddi edimin yerine getirilmemesi nedeniyle adeta para borcu söz konusuymuş gibi temerrüt faizi ödemek durumunda kalacaktır⁸⁶.

Faiz yanında TMK 239/III. fıkrasının son cümlesinde borçlu eşin güvence verme yükümlülüğünden de söz edilmektedir. Ancak, borçlu eşin vadenin tanınmasıyla birlikte kendiliğinden bir güvence yükümlülüğünün doğması söz konusu değildir. Diğer bir ifadeyle borçluya ödeme için bir vadenin öngörüldüğü hallerde, ancak somut olaylar çerçevesinde durum ve koşulların gerektirdiği durumlarda bir güvencenin verilmesi istenebilecektir⁸⁷. Bununla birlikte, güvenceye karar verilebilmesi için alacaklı tarafın bunu talep etmesi zorunlu olduğundan hakim, kendiliğinden güvence kararı veremez⁸⁸. Alacaklı eşin tanınacak güvencenin niteliğine ilişkin Kanunda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla güvencenin ne olacağı hususunda eşler (veya mirasçıları) anlaşabileceği gibi, anlaşmanın olmadığı durumlarda güvenceyi mahkeme tayin edecek-

⁸⁵ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 218, N. 14; KILIÇOĞLU, Katılma Rejimi, s. 127; ŞIPKA, Katılma Rejimi, s. 317; HAUSHEER, Art 218, N. 14; ACAR, Eşin Miras Payı, s. 148; ACAR, Mal Rejimleri, s. 154; ÖZDAMAR/KAYIŞ, s. 81; ÖZÜĞÜR, s. 58. Eşler, gerek yazılı gerekse sözlü olarak faiz yürütülmesine gerek olmadığı yönünde anlaşabilirler. Bkz. ZEYTİN, Katılma Rejimi, s. 230; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 401. Ancak eşlerin mal rejimi sözleşmesi çerçevesinde önceden faiz yürütülmesine (ve bu arada güvence verilmesine) ilişkin haklarından vazgeçmeleri mümkün değildir. Bkz. HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 218, N. 8; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 218, N. 17. TMK m. 239/III hükmüne faizin işlemeye başladığı tarih olarak mahkemenin tasfiyeye karar verdiği tarihin esas alınması son derece isabetli olmuştur. Zira TMK 235/I. fıkrası katılma rejiminde malların tasfiye anındaki değerinin esas alınacağını öngördüğünden, faizin de bu andan itibaren işlemeye başlamasıyla katılma alacağına sahip eşin herhangi bir hak kaybı söz konusu olmayacaktır. Bu konuda ayrıca bkz. KILIÇOĞLU, Edinilmiş Mallar, s. 67.

⁸⁶ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 392. TMK m. 239/III hükmünde katılma alacağı ve değer artış payına faiz yürütüleceğini belirttiği, yasa koyucunun ise sadece para borçlarında faizi öngördüğü, borçlu eşin para yerine aynı ifade bulunmayı seçmesi ve bunu ifade temerrüde düşmesi bakımından satıma ilişkin kurallar çerçevesinde meselenin çözümlenmesinin daha isabetli olacağı yönünde aksi fikir için bkz. ACAR, Mal Rejimleri, s. 154, 155.

⁸⁷ HAUSHEER, Art 218, N. 15; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 218, N. 15; ŞIPKA, Katılma Rejimi, s. 318; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 401; ACAR, Eşin Miras Payı, s. 148; ACAR, Mal Rejimleri, s. 155; ÖZDAMAR/KAYIŞ, s. 81.

⁸⁸ ŞIPKA, Katılma Rejimi, s. 318.

tir⁸⁹. Bu çerçevede, güvence olarak kefil, rehin, ipotek vb. her türlü aynı ya da şahsi teminatın gösterilmesi mümkündür⁹⁰.

C. Ödemenin Nakit ya da Ayın Olarak Yapılması

Edinilmiş mallara katılma rejiminin sona ermesiyle katılma alacaklısı eşin sahip olduğu hak, Borçlar Hukukuna özgü bir alacak hakkı niteliğindedir. Bu çerçevede emredici hükümlere aykırı olmamak koşulu ile taraflar, katılma alacağının ifasına ilişkin bir takım hususları kararlaştırabilecekleri gibi alacak haklarına ilişkin genel hüküm niteliğindeki temel prensipler kural olarak söz konusu katılma alacağı için de geçerli olacaktır. Bunun yanında TMK m. 239/I hükmü “Katılma alacağı ... ayın veya para olarak ödenebilir” şeklindeki ifadesi ile, katılma alacağının ifasına ilişkin farklı bir düzenlemeye yer vermiştir. Böylece Kanun Koyucu borçlu eşin borcunu ödemek amacıyla elindeki malını satmak zorunda kalmasının önüne geçmek ve buna bağlı risklerden onu korumak amacıyla, borcuna karşılık bir ya da birden fazla malvarlığı unsurunu devretmek suretiyle aynı ödeme yapma imkanı sağlamıştır (TMK m. 239/I)⁹¹. Ancak söz konusu hükümde bu seçme hakkı sadece katılma alacağının (ve değer artış payının) borçlusuna tanınmış, diğer bir anlatımla alacak hakkı sahibi eşe ödemenin para veya ayın olarak yapılmasını isteme hakkı verilmemiştir⁹². Sonuç olarak borçlu eş ödemeni nakdi olarak mı yoksa aynı olarak

⁸⁹ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 218, N. 8, 15, 16; ZEYTİN, Katılma Rejimi, s. 231; KILIÇOĞLU, Edinilmiş Mallar, s. 67; KILIÇOĞLU, Katılma Rejimi, s. 128; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 401; ACAR, Eşin Miras Payı, s. 148. Alacaklı ve borçlunun tasfiyeden sonra yapacakları anlaşma ile güvenceyi serbestçe belirleyebilecekleri, buna karşılık tasfiyeden önce yapılacak bir sözleşme ile bu haktan tamamen vazgeçilemeyeceği yönünde bkz. ŞIPKA, Katılma Rejimi, s. 318; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 218, N. 17.

⁹⁰ KILIÇOĞLU, Edinilmiş Mallar, s. 67; KILIÇOĞLU, Katılma Rejimi, s. 128; ZEYTİN, Katılma Rejimi, s. 231; ACAR, Eşin Miras Payı, s. 148; ACAR, Mal Rejimleri, s. 180; ŞIPKA, Katılma Rejimi, s. 318. Ödeme süresinin ertelenmesi ile borçlu tarafından gösterilecek güvencenin mutlaka orantılı olması gerektiği yönünde ayrıca bkz. HAUSHEER, Art 218, N. 15.

⁹¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. KILIÇOĞLU, Edinilmiş Mallar, s. 60; KILIÇOĞLU, Katılma Rejimi, s. 120, 121; AKINTÜRK/KARAMAN, s. 174, 175; ŞIPKA, Katılma Rejimi, s. 314-316; GENÇCAN, s. 151; ACAR, Eşin Miras Payı, s. 132; ACAR, Mal Rejimleri, s. 152, 153. Ayrıca karşı. ACABEY, s. 786, 787; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 392, 393. TMK 239/I fıkrasında yer alan düzenleme İsviçre Medeni Kanunu m. 218 hükmünden ayrılma suretiyle ve genel hükümlerden farklı olarak, katılma alacağının ve değer artış payı alacağının borçlusunu olan eşe borcunu para veya ayın olarak ödeme imkanı tanımaktadır. Ancak İsviçre’de de taraflar arasında yapılacak mal rejimi sözleşmesiyle aynı ödemenin kararlaştırılabileceği görüşü hakimdir. Bkz. HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 216, N. 26; HAUSHEER, Art 216, N. 26; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 216, N. 26.

⁹² KILIÇOĞLU, Edinilmiş Mallar, s. 60; KILIÇOĞLU, Katılma Rejimi, s. 121; AKINTÜRK, s. 164, 165; AKINTÜRK/KARAMAN, s. 175; ACAR, Eşin Miras Payı, s. 132, 133; ACAR, Mal Rejimleri, s. 153. Borçlunun katılma alacağını aynı olarak ödemek istemesi durumunda, alacaklının hakkın kötüye kullanılması dışında herhangi bir itiraz hakkının bulunmadığı yönünde bkz. GÜMÜŞ, s. 396; ŞIPKA, Katılma Rejimi, s. 315. Katılma alacağının yalnızca bir kısmına denk gelen

mı yapacağına, aynı olarak yapacaksa hangi malvarlığı ile bu ödemeyi gerçekleştireceğine karar verecek; alacaklı ise söz konusu katılma alacağını kendisine verilen aynı değer üzerinden sağlayacaktır.

Katılma alacağının alacak hakkı olduğu⁹³ hususunda bir tereddüt bulunmamasıyla birlikte TBK m. 239/I hükmü ile borçlunun borcunu aynı ya da nakdi olarak ifa edebilecek olması nitelik tartışmasını da beraberinde getirmiştir. Öğretideki hakim görüş katılma alacağında bir para borcunun varlığını kabul etmekle birlikte, bu görüşü savunan bazı yazarlar TMK m. 239/I hükmü ile borçlu eşe bir edimi değiştirme yetkisinin (seçimlik yetki) tanındığını⁹⁴, bazıları ise asıl para borcunu ayın olarak ödemenin bir ifa yerine edim niteliği taşıyacağını⁹⁵ kabul etmektedirler. Biz TMK m. 239/I hükmünde yer alan “Katılma alacağı ... ayın veya para olarak ödenebilir.” şeklindeki ifadeden hareketle katılma borcunun “soyut değer borcu” niteliğinde olduğu görüşündeyiz. Öğretide Gümüş tarafından ileri sürülen bu fikre göre, buradaki soyut değer borcu ile borçlu eşe, katılma alacağı ile borçlandığı değeri ayın veya para olarak sağlayabilmesi hususunda seçimlik borç veya seçimlik yetki niteliği taşımayan yenilik doğuran hak niteliğinde bir seçim hakkı tanınmıştır⁹⁶. Gerçekten, katılma alacağının ayın veya nakit olarak ödenmesine ilişkin borçluya tanınan seçim hakkı, borçlanılan iki farklı edimin borcun konusunu teşkil etmemesi, aksine ayın ya da para olarak ödenebilecek tek bir değeri ihtiva etmesi bakımından seçimlik borç özelliği taşımamaktadır⁹⁷. Aynı şekilde, Kanun Koyucunun parasal edimi asıl edim ve ayın olarak ödemeyi yedek edim olarak belirtmemesi, aksine

sürüm değerine sahip bir malvarlığı değerinin devrinin teklif edilmesini alacaklı eşin kabul etmek zorunda olmadığı, ancak katılma alacağının bir kısmının para bir kısmının ise ayın olarak ifasının mümkün olduğu yönünde bkz. **SARI**, s. 246. Bunun yanında TMK m. 239/I hükmü ile katılma alacağının borçlusu eşe, alacaklı eşin iradesini göz önüne almaksızın borcunu bizzat kendisinin belirleyeceği maddi edimlerle (para veya ayın) ifa etme imkanının tanınması öğretide haklı olarak eleştirilmiştir. Bu çerçevede, borçlu eşin borcunu ayın olarak ifa etmeyi tercih etmesi durumunda, seçilen edim alacaklının hiç bir işine yaramayacaksa, alacaklı eşin, kendisine teslim edilen malı rayiç değer üzerinden kolaylıkla elinden çıkarması mümkün değilse, teslim edilen malın muhafazası alacaklı eş için ağır bir külfet oluşturacaksa aynı ifa seçiminin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceği ifade edilmiş ve aynı ifade bulunabilme imkanının hukuk düzeni içerisinde sınırlandırılması gerektiği belirtilmiştir. Bkz. **DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ**, s. 393, 394. Aynı yönde bkz. **SARI**, s. 246; **ACAR**, Mal Rejimleri, s. 154.

⁹³ **HAUSHEER/REUSSER/GEISER**, Art. 202, N. 18; **KILIÇOĞLU**, Edinilmiş Mallar, s. 59; **AKINTÜRK**, s. 164; **AKINTÜRK/KARAMAN**, s. 174; **ZEYTİN**, Katılma Rejimi, s. 224; **ŞIPKA**, Katılma Rejimi, s. 289; **ACABEY**, s. 786; **ACAR**, Mal Rejimleri, s. 152.

⁹⁴ **SARI**, s. 245; **ACAR**, Eşin Miras Payı, s. 132; **ACAR**, Mal Rejimleri, s. 152; **DOĞAN**, s. 656.

⁹⁵ **ZEYTİN**, Katılma Rejimi, s. 227; **KILIÇOĞLU**, Edinilmiş Mallar, s. 59, 60; **KILIÇOĞLU**, Katılma Alacağı, s. 120; **AKINTÜRK**, s. 179; **AKINTÜRK/KARAMAN**, s. 174, 175; **ŞIPKA**, Katılma Rejimi, s. 315, dn. 82.

⁹⁶ **DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ**, 2011, s. 225. Aynı yönde bkz. **ŞIPKA**, Katılma Rejimi, s. 266.

⁹⁷ **DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ**, s. 392, dn. 372.

borçlanılan değer sağlanması bakımından her iki araca da (ayın veya para) eşit değer atfetmesi bakımından burada seçimlik yetkiden de söz edilemez⁹⁸. Sonuç olarak, kanun koyucu TMK m. 239/I hükmü ile katılma alacağı ile borçlanılan değer karşılanmasına ilişkin edim araçlarını belirlemekte ve yenilik doğuran seçim hakkının borçlu tarafından bunlardan biri lehine kullanılarak borcun ifasına imkan tanınmaktadır. Ancak, şunu da ifade edelim, ayın veya para olarak ifası mümkün olan katılma borcunun soyut değer borcu niteliğinde olduğu hususunda Gümüş tarafından ileri sürülen görüşe katılmakla birlikte, yazardan⁹⁹ farklı olarak borçlunun sağlayacağı değeri ayın olarak ödeme şeklinde yapacağı seçim sonrası, duruma göre ifa yerine edim veya ifa uğruna edim kurumlarını yardıma çağırmaktan başka bir seçeneğin de bulunmadığı kanaatindeyiz.

Gerçekten, borçlu tarafından soyut değer borcunun ifasına ilişkin seçim hakkının aynı ödeme yapılmak suretiyle kullanılması ihtimalinde soyut değeri aşan veya onun altında kalan edim, acaba ifa uğruna mı yoksa ifa yerine mi yapılmış sayılacaktır? Zira aynı ödeme konusu mal veya malların sürüm değeri borç miktarını tamamen karşılayabileceği gibi, söz konusu borçtan daha az ya da çok da olabilir. İlk olarak belirtmek gerekirse, aynı ödeme sonucu, buna konu malın sürüm değerinin katılma alacağı miktarını karşıladığı durumlarda bir sorun yaşanmayacak, ifa ile borç sona erecek, yapılan aynı ödeme ise ifa yerine edim (*datio in solutum*) niteliğinde olacaktır¹⁰⁰. Aşağıda inceleneceği üzere, görüşümüzce aynı ifade malların seçim hakkının kullanıldığı zamandaki sürüm değeri esas alınacağından, seçilen aynı ödeme aracının sürüm değerinin ifa zamanındaki değerinin artmış ya da azalmış olması da sonucu değiştirmeyecektir. Öte yandan, seçim hakkının kullanıldığı zamanda aynı ödeme konusu malın, alacağın miktarından fazla bir değerde olması durumunda da ödemenin ifa yerine edim olarak kabul edilmesi gerekecektir. Ancak burada artan değer aynı ödemenin borçluya iade edilip edilmeyeceği sorusuyla karşılaşılabileceği açıktır. Katıldığımız görüş uyarınca soyut değer borcu niteliğindeki katılma borcunun nakit ya da ayın olarak ifası tamamen borçlu eşin seçim hakkına dayandığından, malın değerinin alacağın miktarından fazla olması ihtimalinde, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça alacaklının fazla miktara ilişkin iade borcu altında olmasından söz edilememelidir¹⁰¹. Buna karşılık aynı ödemenin alacağı karşıla-

⁹⁸ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 392, dn. 372.

⁹⁹ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, 2011, s. 225 ve dn.110.

¹⁰⁰ KILIÇOĞLU, Edinilmiş Mallar, s. 60; KILIÇOĞLU, Katılma Rejimi, s. 120; ZEYTİN, Katılma Rejimi, s. 227; AKINTÜRK/KARAMAN, s. 175; ŞİPKA, Katılma Rejimi, s. 315; ACAR, Eşin Miras Payı, s. 132; SARI, s. 246. Aksi yönde bkz. DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, 2011, s. 225 ve dn. 110.

¹⁰¹ ZEYTİN, Katılma Rejimi, s. 227; KILIÇOĞLU, Katılma Rejimi, s. 120; ŞİPKA, Katılma Rejimi, s. 315, dn. 82.

madığı durumlarda, sorunun genel hükümler çerçevesinde çözümü gerekmektedir. Zira bir taraftan borçlu eşin aynı ödemeye yönelik yenilik doğurucu hakkını kullanmasıyla artık bu hakkından dönmesi mümkün değildir. Ancak diğer taraftan aynı ödemeye konu malın değerinin alacak miktarından az olması durumu, kısmi ifa olarak değerlendirilebilir. Bu nedenle, alacaklı eşin kabulü ile borç sadece o miktarda sona ermiş sayılmalı, geri kalan kısım ise para olarak ödenmelidir¹⁰².

TMK m. 239/II. fıkrasının ilk cümlesi ödemenin aynı olarak yapılabileceğini düzenlemiş, ikinci cümlesinde ise katılma alacağının (ve değer artış payının) aynı olarak ödenmek istenmesi halinde malın sürüm değerinin esas alınacağı hüküm altına alınmıştır. Ancak söz konusu düzenlemede, malın değerinin belirlenmesinde borcun ödenmesi anındaki sürüm değerinin mi, yoksa tasfiye anındaki değer mi esas alınacağı hususunda bir açıklık bulunmamaktadır. Halbuki, TMK m. 232 hükmünde mal rejiminin tasfiyesinde, malların tasfiye anındaki sürüm değerlerinin esas alınacağı düzenlenmiş, 235. maddesinde ise mal rejiminin sona ermesi durumunda edinilmiş malların tasfiye anındaki değerlerine göre hesaplanacağı açıkça belirtilmiştir. Bu çerçevede öğretide bir görüşe göre, aynı olarak belirlenen mala ilişkin sürüm değerinin, alacağın muaccel olduğu anın esas alınmak suretiyle tespit edilmesinin daha adil olacağı ifade edilmiştir¹⁰³. Diğer bir görüşe göre ise, her iki tarafın menfaatinin korunması bakımından ifanın gerçekleştiği andaki sürüm değerinin esas alınması daha yerinde olacaktır¹⁰⁴. Görüldüğü üzere, sürüm değerinin belirlenme anı bakımından ileri sürülen görüşler, alacaklı veya borçlunun menfaat durumu gözetilerek ve borçlu eşin para dışında aynı ödeme ile borcunu yerine getirmesi durumunda mal rejiminin sona erme ya da ifanın gerçekleştiği andaki değer dikkate alınması gerektiği ifade edilmek suretiyle temellendirilmektedir. Ancak, kanaatimizce meseleye TMK m. 239/I hükmü ile borçluya tanınan katılma alacağının para veya aynı olarak ödenmesinin hukuki niteliği bağlamında yaklaşılması

¹⁰² ZEYTİN, Katılma Rejimi, s. 227. Ayrıca krş. GÜMÜŞ, s. 394 ve dn. 592. Belirtelim ki, her iki eşe ait artık değer üzerinden her iki eşin artık değer alacakları ve bu alacakların takası ile de eşlerden birisi lehine doğacak olan katılma alacağı hesaplanacak ise de, TMK m. 236/II hükmüne göre zina veya hayata kast nedeniyle boşanma halinde hakimin, kusurlu eşin artık değerindeki pay oranının hakkaniyete uygun olarak azaltılmasına veya kaldırılmasına karar verebileceği düzenleme konusu yapılmaktadır. İsviçre Medeni Kanunu'nda yer almayan ve bir medeni hukuk cezası olarak görülen söz konusu düzenleme öğretide eleştirilmiştir. Bu yönde bkz. DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 394, 395; ŞIPKA, Katılma Rejimi, s. 270 vd.; ZEYTİN, Katılma Rejimi 2008, s. 220, 221; SARI, s. 246; ACAR, Mal Rejimleri, s. 151 ve dn. 515.

¹⁰³ ZEYTİN, Katılma Rejimi, s. 226; ŞIPKA, Katılma Rejimi, s. 315. TMK m. 233 hükmünün burada da kıyasen uygulanması gerektiği yönünde ayrıca bkz. DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 393. Ayrıca krş. GÜMÜŞ, s. 394, 395.

¹⁰⁴ SARI, s. 245, 246.

daha yerinde olacaktır. Zira az yukarıda da ifade edildiği üzere, mal rejiminin tasfiyesi sonucu eşlerden biri lehine ortaya çıkan alacak, soyut değer alacağı niteliğinde olup, Kanun borçluya bu değer için para veya ayın olarak ödenmesi hususunda seçim hakkı tanımaktadır¹⁰⁵. Borçlunun katılma borcunu para veya ayın olarak ödeme haklarından birini seçmesi halinde, yenilik doğuran hak niteliğindeki seçim hakkı kullanılır ve tüketilir. Bu çerçevede, şayet borçlu soyut değer borcunu seçim hakkını kullanarak ayın olarak ödemeyi seçer ve bunu alacaklıya bildirirse, kanaatimizce o şeyin ne tasfiye ne de ödeme anındaki değer, aynı ifanın seçimi anındaki sürüm değerinin esas alınması gerekmektedir.

D. Karşılıklı Alacakların Takas Edilmesi

TMK 236/I. fıkrasının son cümlesi eşlerin tasfiye sonunda oluşacak “artık değer” alacaklarının takas edilmesine imkan tanımaktadır. Söz konusu düzenlemede yer alan “Alacaklar takas edilir” ifadesiyle eşler arasındaki artık değer alacaklarının herhangi bir talebin söz konusu olmaması durumunda dahi kendiliğinden takasa tabi olacağı açıktır. Bu niteliği ile TBK m. 143 hükmünden farklı olarak TMK 236/I. fıkrasının son cümlesinde yer alan takas, kanun gereğidir¹⁰⁶. Zira Borçlar Kanunu’nun genel hükümlerinde borcu sona erdiren hallerden biri olarak öngörülen takasın geçerliliği, bunun borçlu tarafından ileri sürülmüş olmasına bağlıdır (TBK m. 143). Buna karşılık katılma rejiminin tasfiyesi ile ortaya çıkacak artık değere katılma alacağına hak sahibi eşlerden birinin bu yönde takası ileri sürmesine gerek yoktur. Alacaklar kanun gereği takas edileceğinden hakim bunu resen dikkate almak zorundadır¹⁰⁷. Elbette bu düzenlemenin amacı eşler arasındaki gereksiz para alışverişini önlemek ve eşlerin birbirinden olan alacakları için icra takibi yapmalarıyla oluşacak olumsuzlukları baştan engellemektir¹⁰⁸.

¹⁰⁵ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, 2011, s. 225; ŞIPKA, Katılma Rejimi, s. 266.

¹⁰⁶ HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 215, N. 13; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 215, N. 10; AKINTÜRK, s. 165; ŞIPKA, Katılma Rejimi, s. 267; KILIÇOĞLU, Edinilmiş Mallar, s. 225; ACAR, Eşin Miras Payı, s. 146; AKINTÜRK/KARAMAN, s. 175; ACAR, Mal Rejimleri, s. 178; SARI, s. 244. TMK m. 236/I hükmündeki kavramsal kullanıma rağmen, artık değer alacakları arasındaki takas işleminin hukuk tekniği bakımından teknik anlamda bir “takas” ya da teknik anlamıyla bir “mahsup” işlemi sayılmayacağı, aksine yasal bir “hesap (bakiye) artığı teorisi niteliğinde olduğu yönünde bkz. DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, 2011, s. 223.

¹⁰⁷ ZEYTİN, Katılma Rejimi, s. 225; KILIÇOĞLU, Edinilmiş Mallar, s. 65; AKINTÜRK/KARAMAN, s. 176; ACAR, Eşin Miras Payı, s. 146; ÖZDAMAR/KAYIŞ, s. 83. TMK m. 236/I çerçevesinde eşlerin artık değerlerinin yasa gereği takasının ancak çift taraflı tasfiyede mümkün olacağı, buna karşılık davalı eşin veya mirasçıların usulüne göre bir karşı tasfiye talebinin söz konusu olmadığı hallerde, hakimin resen artık değerlerin takasına hükmedemeyeceği yönünde bkz. ZEYTİN, Katılma Rejimi 2008, s. 237. Bu yönde getirilen örnek için bkz. ŞIPKA, Katılma Rejimi, s. 268.

¹⁰⁸ ZEYTİN, Katılma Rejimi, s. 225, KILIÇOĞLU, Edinilmiş Mallar, s. 65; ACAR, Mal Rejimleri, s. 179.

Burada sorulması gereken bir diğer soru da eşlerin birbirlerinden olan her türlü alacağı için TMK 236/I. fıkrasının son cümlesinde yer alan takasın geçerli olup olmayacağıdır. Gerçekten, mal rejimin tasfiyesiyle eşler arasında katılma alacağı yanında, yine tasfiyeye bağlı olarak değer artış payı alacağı (TMK m. 227), paylı malın özgülmesi (TMK m. 226/II) veya aile konutu ve ev eşyasının sağ kalan eşe özgülmesi (TMK m. 240) gibi alacaklar doğabilir. Aynı şekilde eşler arasındaki alacağın evliliğin devam ettiği süreçte evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerden (TMK m. 196) veya boşanmanın ferî sonuçlarından (nafaka, maddi ya da manevi tazminat) kaynaklanması da olasıdır. Bunun dışında gerek evlilik birliği içinde gerekse evliliğin sona ermesinden sonra eşler arasında satım, kira veya vekalet gibi tamamen borçlar hukuku kaynaklı başka borçlar da doğmuş olabilir. Belirtelim ki TMK m. 236/I çerçevesinde Kanun gereği takasına imkan tanınan alacaklar, her iki eşin veya mirasçılarının diğer eşe ait artık değerinin yarısı üzerinde sahip olduğu alacağa ilişkindir. Dolayısıyla, Kanun gereği takastan söz edebilmek için, edinilmiş mallara ilişkin TMK m. 231 çerçevesinde yapılacak çift taraflı tasfiye sonunda her iki eşin olumlu (aktif) bakiye olarak ifade edebileceğimiz artık değere sahip olması gerekmektedir¹⁰⁹. Şu halde, karşılıklı artık değere katılma alacakları dışında, eşler arasındaki edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi sonucu ortaya çıkan başka bir alacağın ya da hukuki kaynağı farklı bir alacağın TMK 236/I. fıkrasının son cümlesi çerçevesinde kanun gereği takasına imkan bulunmamaktadır¹¹⁰. Aynı şekilde, tasfiye sonunda eşlerden birinin artık değere katılma alacağı doğsa dahi, çift taraflı olumlu bakiyenin söz konusu olmadığı hallerde, diğer eşin başka bir hukuki ilişkiden doğan aynı neviden alacağının TMK m. 236/I çerçevesinde takası da mümkün değildir. Ancak, ifade ettiğimiz alacakların her ne kadar Kanun gereği kendiliğinden takasından söz edilemese de, TBK 139 vd. hükümleri uyarınca eşler arasında var olan aynı nitelikte muaccel alacakların borçlar hukukunun genel hükümleri çerçevesinde takası her zaman mümkündür¹¹¹.

E. Ölüm Halinde Aile Konutu ve Ev Eşyası Üzerinde Aynı Hak Talebi

TMK m. 240 hükmü sağ kalan eşin eski yaşantısını sürdürebilmesi için katılma alacağı hakkının bir takım mallar üzerinden aynı hakka dönüşmesine imkan

¹⁰⁹ HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 215, N. 8; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 215, N. 11.

¹¹⁰ HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 215, N. 13 vd.; ZEYTİN, Katılma Rejimi, s. 225; ŞIPKA, Katılma Rejimi, s. 269; ACAR, Mal Rejimleri, s. 179; SARI, s. 244; AKINTÜRK/KARAMAN, s. 176.

¹¹¹ HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 215, N. 13, 15; ZEYTİN, Katılma Rejimi, s. 225; ŞIPKA, Katılma Rejimi, s. 269; KILIÇOĞLU, Edinilmiş Mallar, s. 65; ACAR, Eşin Miras Payı, s. 146, 147; ACAR, Mal Rejimleri, s. 179; SARI, s. 244.

tanınmış ve edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinin ardından sağ kalan eş nisbi alacak hakkından daha fazlası sağlanmıştır. Böylece edinilmiş mallara katılma rejiminde her bir eşin bağımsız bir mülkiyet hakkına sahip olduğu ve tasfiye sonucu ortaya çıkan değerlerden her bir eşin alacak hakkının bulunduğu şeklideki ilkelerden bir takım şartların varlığı halinde vazgeçilmiştir¹¹².

TMK m. 240 hükmü, katılma rejiminin eşlerden birinin ölümü ile sona ermesi durumunda, sağ kalan eşin katılma alacağı'nın mevcut olması koşulu ile bu alacağın yerine kendisine aile konutu¹¹³ ve konut eşyası üzerinde bir aynı hak tanınmasına yönelik talebi düzenleme konusu yapmaktadır. Bu çerçevede TMK 240. maddesinde yer alan hakkın sağ kalan eş tarafından kullanılabilmesi için birtakım şartların varlığı gerekmektedir. Her şeyden önce eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejimi var olmalı ve bu rejim eşlerden birinin ölümüyle sona ermiş bulunmalıdır¹¹⁴. Bunun yanında, tasfiye sonunda sağ kalan eşin bir katılma alacağı söz konusu olmalıdır. Dolayısıyla artık değer üzerinden ölen eşin katılma alacağı'nın bulunduğu durumlarda sağ kalan eşin aile konutu ve ev eşyasına ilişkin TMK m. 240 hükmündeki imkanlardan faydalanması mümkün

¹¹² ZEYTİN, Katılma Rejimi, s. 231; AKINTÜRK/KARAMAN, s. 176, 177; ŞIPKA, Katılma Rejimi, s. 319 vd.; ACAR, Eşin Miras Payı, s. 138 vd.; ACAR, Mal Rejimleri, s. 163 vd.; ÖZDAMAR/KAYIŞ, s. 84 vd.

¹¹³ TMK m. 194 çerçevesinde aile konutu, eşlerin dışarıdan bakıldığında üçüncü kişilerce anlaşılabilir biçimde sosyal yaşamlarının merkezi olarak seçtikleri, süreklilik arz edecek şekilde birlikte oturdukları ve yaşam ilkelerini düzenledikleri müstakil ev ya da apartman dairesidir. Bkz. DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 204; BARLAS, Nami, Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004, s. 122; Aile konutuna ilişkin tanım ve unsurlara yönelik geniş açıklama için ayrıca bkz. ŞIPKA, Şükran, Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası, İstanbul 2004, s. 55 vd.; YAĞCIOĞLU, A. Haydar, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşlerin Yasal Alım Hakkı, İzmir 2007, s. 92; ÖZDAMAR/KAYIŞ, s. 84. TMK m. 240 hükmündeki aile konutu kavramının, TMK m. 194 hükmündeki aile konutu kavramından daha geniş düşünülmesi gerektiği, bu çerçevede eşlerin fiilen ayrı yaşadığı durumlarda da TMK m. 240 hükmündeki talep hakkının kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. ŞIPKA, Katılma Rejimi, s. 322; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 407; GÜMÜŞ, s. 412, dn. 652.

¹¹⁴ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 406; AKINTÜRK/KARAMAN, s. 176; ACAR, Mal Rejimleri, s. 163. TMK m. 240 hükmü ancak eşlerden birinin ölümü halinde uygulanır. Ancak, ölüm benzeri durumlarda da, örneğin ölüm karnesi ya da gaiplik kararının alınmasından sonra da bu talep mümkündür. Ayrıca bkz. YAĞCIOĞLU, s. 110, 111; ŞIPKA, Katılma Rejimi, s. 320, 321. Buna karşılık, evliliğin boşanma ya da iptal edilmesi nedeniyle sona ermesi halinde gerek eşe ve gerekse alt soyuna aile konutu ve ev eşyası üzerinde aynı bir hakkın kurulması yönünde talep hakkı tanınmamıştır. Oysa, İsviçre hukuku (ZGB Art 121) ve bizdeki paylaşmalı mal ayrılığı rejimi (TMK m. 254) bakımından, iptal veya boşanma sonucunda da eşlere aile konutu ve ev eşyasından yararlanma hakkı tanınmaktadır. Öğretide bu yöndeki boşluğun İsviçre Medeni Kanunu çerçevesinde doldurulması gerektiği ileri sürülerek boşanma durumunda da TMK m. 240 hükmünün uygulanması gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. ŞIPKA, Katılma Rejimi, s. 321; GÜMÜŞ, s. 408, dn. 635; ÖZDAMAR/KAYIŞ, s. 93, 94.

değildir¹¹⁵. İlgili maddenin uygulanabilmesi için gerekli bir diğer şart ise mülkiyeti ölen eşe ait olan ve eşlerin evliliğin devamı süresince birlikte yaşadıkları konut ve konut eşyası üzerinde sağ kalan eşin bir aynı hak talebinde bulunmuş olmasıdır¹¹⁶.

TMK m. 240 hükmü, sağ kalan eşe aynı hak olarak öncelikle konut üzerinde intifa veya oturma hakkını, buna karşılık konut eşyası üzerinde ise mülkiyet hakkını talep yetkisi vermektedir. Kanun koyucu konut eşyasının kullanılmak suretiyle ekonomik ömrünün tamamlanacağını, diğer mirasçılardan konut eşyası üzerindeki sağ kalan eşe ait hakları ihlal edebileceğini düşünerek, bunlar üzerinde sağ kalan eşe öncelikle intifa değil, mülkiyet hakkının var olacağını hüküm altına almıştır¹¹⁷. Ancak Kanun bir halde sağ kalan eşe konut eşyası üzerinde aynı hak talep etme hakkını tanımamıştır. TMK 240/IV. fıkrasına göre, ölenin bir meslek ve sanat icra ettiği bölümlerde aynı meslek ve sanatı devam ettirecek ölenin alt soyunun bulunması halinde sağ kalan eşin katılma alacağına mahsup edilmek üzere, aile konutu ve ev eşyası üzerinde kendisine intifa ya da oturma hakkının tanınmasını talep etmesi mümkün değildir. Örneğin, mülkiyeti kendisine ait konutun bir bölümünü avukatlık bürosu olarak kullanan eşin ölümü halinde, aynı mesleği sürdüren bir mirasçının bulunması durumunda sağ kalan eş, bu konuta ilişkin intifa veya oturma hakkına yönelik aynı bir talepte bulunamayacaktır¹¹⁸.

¹¹⁵ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 219, N. 5; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 219, N. 58; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 406; AKINTÜRK/KARAMAN, s. 176.

¹¹⁶ TUOR/SCHNYDER/RUMO-JUNGO, §32, N. 30; KILIÇOĞLU, Edinilmiş Mallar, s. 240; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 407; ŞIPKA, Aile Konutu, s. 103; AKINTÜRK/KARAMAN, s. 176; ACAR, Mal Rejimleri, s. 163; ÖZDAMAR/KAYIŞ, s. 93. Aile konutundan yararlanma hakkı, ölen eşin sahip olduğu intifa ya da oturma hakkına dayanmakta ise, kişiye bağlı olan ve devredilemeyen bu haklar ölümle kendiliğinden sona ereceğinden, sağ kalan eşin TMK m. 240 çerçevesinde bir talepte bulunma imkanı bulunmamaktadır. Bkz. HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 219, N. 48. Bunun yanında, aile konutu ölen eş ve sağ kalan eşin paylı mülkiyetinde ise, bu durumda sağ kalan eşin TMK m. 226/II ve 240. Maddelerindeki haklarının yarışacağı kabul edilmektedir. Bkz. ŞIPKA, Katılma Rejimi, s. 323. Ancak, aile konutu ölen eşin, sağ kalan eş dışındaki bir başka kişi ya da kişilerle birlikte ortak mülkiyetinde ise (paylı veya elbirliği mülkiyeti), sağ kalan eşin TMK m. 240 hükmünden yararlanamayacağı ileri sürülmektedir. Bkz. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 219, N. 14; HAUSHEER, Art. 219, N. 14. Aksi yönde bkz. YAĞCIOĞLU, s. 102-104.

¹¹⁷ KILIÇOĞLU, Edinilmiş Mallar, s. 241; ACAR, Eşin Miras Payı, s. 139; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 408; AKINTÜRK/KARAMAN, s. 176; ÖZDAMAR/KAYIŞ, s. 90.

¹¹⁸ HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 219, N. 29-32; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 219, N. 30; TUOR/SCHNYDER/RUMO-JUNGO, §32, N. 30; KILIÇOĞLU, Edinilmiş Mallar, s. 241; AKINTÜRK, s. 170; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 409; ŞIPKA, Katılma Rejimi, s. 328; ZEYİN, Katılma Rejimi 2008, s. 249; ACAR, Eşin Miras Payı, s. 139; AKINTÜRK/KARAMAN, s. 170.

Kanun ilgili maddesinde, katılma rejiminin ölümle sona ermesi halinde ve sağ kalan eşin katılma alacağına sahip olduğu durumlarda, mülkiyeti ölen eşe ait konut ve konut eşyası üzerinde aynı hak tesisinden söz etmektedir. Bu çerçevede, TMK m. 240/I. fıkrası sağ kalan eşe öncelikli olarak aile konutu üzerinde kendisine intifa veya oturma hakkı kurulmasını talep hakkı tanınmıştır¹¹⁹. Ancak, hükmün üçüncü fıkrasında, haklı sebeplerin varlığı halinde sağ kalan eşin veya ölen eşin yasal mirasçılarının istemiyle intifa veya oturma hakkı yerine, konut üzerinde mülkiyet hakkının da tanınabileceği ifade edilmektedir. Bu çerçevede, haklı bir sebebin varlığı ve bunun ispat edilmiş olması koşulu ile sağ kalan eş konut üzerinde kendisine mülkiyet hakkının tanınmasını talep edebilecektir. Şayet sağ kalan eş konut üzerinde intifa veya oturma hakkı talebinde bulunmuşsa, bu kez ölen eşin yasal mirasçıları haklı nedenin varlığı ve bunu ispat etmeleri koşulu ile sağ kalan eşe mülkiyet hakkının tanınmasını isteyebileceklerdir. Kanunda haklı nedenlerden ne anlaşılması gerektiği düzenlenmemiştir. Bu nedenle somut olayın özelliklerine göre mesele hakim tarafından değerlendirilecektir¹²⁰.

Öte yandan sağ kalan eşin TMK m. 240 hükmünden doğan hakkını kullanmasının önünde bir takım engellerin bulunması da mümkündür. Örneğin sağlığında yapmış olduğu bir vasiyetname ile ölen eşin aile konutuna yönelik ölüme bağlı bir tasarrufta bulunmuş olması durumunda sağ kalan eşin beklenen hakkının ihlal edilmesi söz konusu olabilir. Öğretide genel olarak kabul edilen görüşe göre sağ kalan eşin TMK 557. maddesinin 3. bendine dayanarak bu vasiyetnamenin TMK 240 hükmünce hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle açılacak iptal davası ile geçersiz kılınabileceği ve böylece konut üzerinde aynı hak tesisinin tekrar mümkün olacağı kabul edilmektedir¹²¹.

¹¹⁹ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 219, N. 2. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ŞİPKA, Katılma Rejimi, s. 328; ZEYTİN, Katılma Rejimi 2008, s. 246, 247.

¹²⁰ HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 219, N. 90, 91; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 219, N. 21, 22; TUOR/SCHNYDER/RUMO-JUNGO, §32, N. 30; ŞİPKA, Katılma Rejimi, s. 328; ZEYTİN, Katılma Rejimi 2008, s. 248, 249; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 409; AKINTÜRK/KARAMAN, s. 176; YAĞCIOĞLU, s. 128.

¹²¹ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 219, N. 7; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 219, N. 22; KILIÇOĞLU, Edinilmiş Mallar, s. 241; AKINTÜRK, s. 171; AKINTÜRK/ KARAMAN, s. 177. Buna karşılık Acar, söz konusu durumda artık malın aynına kavuşma imkanı ya da mal üzerinde aynı hak kurma imkanının bulunmadığı gerekçesiyle, tenkisin sadece parasal bir dönüşüm sağlayacağı ve vasiyetnamenin TMK 240 hükmünce geçersiz kılınamayacağı görüşündedir. Bkz. ACAR, Eşin Miras Payı, s. 140; ACAR, Mal Rejimleri, s. 167. Bu yöndeki tartışmalar ve değerlendirme için ayrıca bkz. GÜMÜŞ, s. 407, 408; ŞİPKA, Katılma Rejimi, s. 322, 323; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 405, 406; YAĞCIOĞLU, s. 134 vd.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- ACABEY**, M. Beşir: Medeni Kanun Tasarısının Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimine İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Hayri Domanıç'e 80. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2001, c. II.
- ACAR**, Faruk: Eşin Yasal Miras Payının Belirlenmesi, Ankara 2004 (Eşin Miras Payı).
- ACAR**, Faruk: Aile Hukukumuzda Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı, Ankara 2008 (Mal Rejimleri).
- AKINTÜRK**, Turgut: Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, İstanbul 2002.
- AKINTÜRK**, Turgut/**KARAMAN**, Derya A.: Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, İstanbul 2011.
- BARLAS**, Nami: Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümleri Çerçevesinde eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004.
- DOĞAN**, Murat: Mal Rejiminin Tasfiyesinde ve Mirasın Paylaşımında Aile Konutu ve Ev Eşyası, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, 2003/3-4, c. VII.
- DURAL**, Mustafa/**ÖĞÜZ**, Tufan/**GÜMÜŞ**, Alper: Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, İstanbul 2005; Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, İstanbul 2011 (2011).
- GENÇCAN**, Ö. Uğur: Mal Rejimine İlişkin Genel Hükümler ve Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Ankara 2002.
- GÜMÜŞ**, M. Alper: Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m. 185-281), İstanbul 2008.
- HAUSHEER**, Heinz: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch I, Art. 1- 359 ZGB, Basel 1996.
- HAUSHEER**, Heinz/**AEBI-MÜLLER**, Regina: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-217 ZGB, 3. Auflage, Basel 2006.
- HAUSHEER**, Heinz/ **REUSSER**, Ruth/**GEISER**, Thomas: Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht: Das Familienrecht, Das Eherecht, Das Güterrecht der Ehegatten, Allgemeine Vorschriften der Ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung, Band II. 1. Abteilung, 3. Teilband 1. Unterteilband, Bern 1992.
- KILIÇOĞLU**, Ahmet: Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Ankara 2002 (Edinilmiş Mallar).
- KILIÇOĞLU**, Ahmet: Katkı-Katılma Alacağı, Ankara 2011 (Katılma Alacağı).
- MOROĞLU**, Nazan: Medeni Kanun'da Mal Rejimleri, İstanbul 2002.
- ÖZDAMAR**, Demet/**KAYIŞ**, Ferhat: Yasal Mal Rejimi (Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi) ve Tasfiyesi, Ankara 2012.
- NOMER**, Haluk N.: Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Hukuki Sonuçları, İstanbul 2002.

- ÖGUZMAN**, Kemal/**ÖZ**, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2, İstanbul 2012.
- ÖZUĞUR**, A. İhsan: Mal Rejimleri, Ankara 2004.
- SARI**, Suat: Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, İstanbul 2007.
- ŞIPKA**, Ş. Taman: Türk Aile Hukukunda karı Koca Mal Rejimleri Sisteminde Yapılmak İstenen Düzenlemeler Hakkında Düşünceler, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e Armağan, İstanbul 1995 (Mal Rejimleri).
- ŞIPKA**, Şükran: Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası, İstanbul 2004 (Aile Konutu).
- ŞIPKA**, Şükran: Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar, İstanbul 2011 (Katılma Rejimi).
- ŞIPKA**, Şükran/ **DEMİR**, Özlem: İsviçre Federal Mahkemesinin "Edinilmiş Malların Tasfiyesi"ne İlişkin Bir Kararının İncelenmesi, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004.
- TEKİNAY**, S. Sulhi/**AKMAN**, Sermet/**BURCUOĞLU**, Haluk/**ALTOP**, Atila: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993.
- TOPUZ**, Gökçen: Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşlerden Birinin Üçüncü Kişilere Borcundan Dolayı Malvarlığının Haczi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 19, Sayı: 1, Yıl, 2011.
- TUOR**, Peter/**SCHNYDER**, Bernhard/**RUMO-JUNGO**, Alexandra: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Auflage, Zürich-Basel-Genf 2009.
- TURANBOY**, Nuri: İbra Sözleşmesi, Ankara 1998.
- von TUHR**, Andreas: Borçlar Hukuku 1-2 (Çev. Cevat Edege), Ankara 1983.
- YAĞCIOĞLU**, A. Haydar: Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşlerin Yasal Alım Hakkı, İzmir 2007.
- YAVAŞ**, Murat: Borçlunun Üçüncü Şahıslardaki Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi, İstanbul 2005.
- ZEYTİN**, Zafer: Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, Ankara 2005 (Katılma Rejimi); Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, Ankara 2008 (Katılma Rejimi 2008).
- ZEYTİN**, Zafer: Edinilmiş Mallara Katılma Rejimindeki Artık Değere Katılma Alacağı (veya Değer Artış Payı Alacağı) Haczedilebilir mi?, Terazi Hukuk Dergisi, Nisan 2007, Sayı: 8 (Artık Değer Haczi).

TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ TÜRLERİ BAKIMINDAN ESKİ 2822 SAYILI TSGLK VE YENİ 6356 SAYILI SENDİKALAR VE TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ KANUNU'NUN MUKAYESESİ

*Yrd. Doç. Dr. Ertuğrul YUVALI**

ÖZET:

Bu çalışmanın konusu; 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu ile bu Kanunun mülga ettiği 2822 sayılı Kanunun toplu iş sözleşmesi türleri bakımından mukayesesidir. Bu bakımdan bu çalışmadaki temel gayemiz; işyeri, grup ve işletme toplu iş sözleşmeleri bakımından 6356 sayılı yeni Kanunun, 2822 sayılı eski Kanundan farklılaştığı yönleri ortaya koymaktır. Çalışmamızda ayrıca 6356 sayılı Kanunıyla birlikte İş Mevzuatımızda ilk defa öngörölmüş olan "çerçeve sözleşme" kavramıyla ilgili olarak da görüşlerimizi ifade etmeye çalıştık.

Anahtar Sözcükler:

Toplu İş Sözleşmesi, İşyeri Toplu İş Sözleşmesi, Grup Toplu İş Sözleşmesi, İşletme Toplu İş Sözleşmesi, Çerçeve Sözleşme.

ABSTRACT:

Subject of this study, Unions and Collective Bargaining Agreement with the Law No. 6356 repealed this Act in terms of the types of collective bargaining comparison of the Law No. 2822. in this study, our main objective In this regard, businesses, groups and business in terms of the collective bargaining agreements of the new Act 6356, the Law No. 2822 on the former to reveal the varied aspects.. In our study, together with the Law numbered 6356 which is foreseen for the first time business regulations, "framework contract" as related to the concept we tried to express our views.

Keywords:

Collective Bargaining, Single-Plant Bargaining, Group Collective Bargaining, Business Bargaining Agreement, Framework Contract.

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Ana Bilim Dalı

GİRİŞ

18.10.2012 tarihinde kabul edilen ve 07.11.2012 tarihinde Resmi Gazete yayımlanan¹; 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu; 5/5/1983 tarihli ve 2821 sayılı Sendikalar Kanununu² ve 5/5/1983 tarihli ve 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanununu³ yürürlükten kaldırmıştır⁴.

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün eleştirileri ve önerileri de dikkate alınarak hazırlanan 6356 sayılı yeni Kanunla iş kolları yeniden belirlenirken, sendika üyesi olma koşulları, üyelikten ayrılma işlemleri, toplu iş sözleşmesi yetkisi gibi temel bazı konularda yeni düzenlemeler yapıldı.

Başlığından da anlaşılacağı üzere biz bu çalışmamızda; 6356 sayılı Kanunla, mülga ettiği Kanunların topyekûn bir mukayesesini yapmayacağız. Bu itibarla mukayesemizi, salt yeni 6356 ve eski 2822 sayılı Kanunlarda öngörülmuş olan toplu iş sözleşmesi türleri konusuyla ilgili olmak suretiyle sınırlandırdık.

Bu çalışmada 2822 sayılı Kanun dönemindeki, özellikle grup ve işletme toplu iş sözleşmeleri konusundaki, muhtelif yargı kararlarına ve doktrinindeki derin tartışmalara girmekten olabildiğince kaçınmaya çalıştığımızı belirtelim. Zira çalışmamızın temel gayesi, konumuzla ilgili geçmiş dönemdeki tartışmaları irdelemek değil; işyeri, grup ve işletme toplu iş sözleşmeleri bakımından 6356 sayılı yeni Kanunun, 2822 sayılı eski Kanundan farklılaştığı yönleri ortaya koymaktır. Bunun yanında 6356 sayılı Kanunla birlikte İş Mevzuatımızda ilk defa öngörülmuş olan “çerçeve sözleşme” kavramıyla ilgili olarak da görüşlerimizi ifade etmeye çalıştık. Zira ilerleyen paragraflarda nedenlerini izah etmeye çalıştığımız üzere “çerçeve sözleşme” bir toplu iş sözleşmesi türü olmadığı kanaatindeyiz. Bununla birlikte çalışmamızın konusu düşünüldüğünde bu yeni sözleşme türüne değinmemizin gerekli olduğu düşüncesindeyiz.

I. GENEL OLARAK TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ TÜRLERİ

Toplu iş sözleşmelerinin hangi düzeyde yapılabilecekleri tarihi gelişim içerisinde ülkelerin ekonomik ve toplumsal şartlarına göre kanun koyucunun terci-

¹ Yayımlandığı Resmi Gazete: Tarih: 07.11.2012 Sayı: 28460

² Kanun No: 2821, Kabul Tarihi: 5.5.1983. Yayımlandığı Resmi Gazete: Tarih: 7.5.1983- 18040.

³ Kanun No: 2822, Kabul Tarihi: 5.5.1983. Yayımlandığı Resmi Gazete: Tarih: 7.5.1983- 18040.

⁴ Bkz: 6356 sayılı Kanun md. 81: “5/5/1983 tarihli ve 2821 sayılı Sendikalar Kanunu, 5/5/1983 tarihli ve 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu ve 30/1/1950 tarihli ve 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 1'inci maddesinin ikinci fıkrasının (A) bendi yürürlükten kaldırılmıştır”.

hine bırakılmıştır^{5,6}. Nitekim Anayasamızda toplu iş sözleşmesi düzeyiyle ilgili her hangi bir hükme yer verilmemiş olmasından, Anayasanın bu tutumuyla toplu iş sözleşmesinin düzeyinin belirlenmesi meselesini kanun koyucuya bıraktığı anlaşılmaktadır⁷.

Toplu iş sözleşmelerinin düzeyinin tespitinde eski 275 sayılı ve 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunlarının farklı bir sistem ve içerik öngördüklerini belirtelim⁸. Zira söz konusu olan 275 sayılı Kanunda, toplu iş sözleşmelerinin işyeri ve işkolu olmak üzere iki düzeyde yapılabilmesi öngörülmüş iken; 2822 sayılı Kanunda sadece işyeri düzeyinde toplu iş sözleşmesi yapılabilmesi kabul edilmiştir⁹.

2822 sayılı Kanunun yalnız işyeri düzeyinde toplu iş sözleşmesini kabul etmesinin anlamı, toplu iş sözleşmesinin mutlaka tek bir işyeri için yapılabilmesi gerektiği değildir. Nitekim işyeri düzeyinde bir toplu iş sözleşmesi tek bir işyeri için yapılabileceği gibi birden fazla işyerini de kapsayabilir^{10,11}. İşte “işyerleri toplu iş sözleşmesi” veya uygulamada daha sık kullanılan ifadesiyle “grup toplu iş sözleşmesi” olarak nitelendirilebilecek bu sözleşme türü belli bir bölgedeki ya da işkolundaki bir kısım veya tüm işyerlerini kapsayan toplu iş sözleşmesi türüdür¹². Bununla birlikte 2822 sayılı Kanun işkolu düzeyinde bir

⁵ Tuğ, Adnan; Türk Hukukunda Toplu İş Sözleşmesi, Çankaya Üniversitesi Yayınları, Ankara 1998, s. 28.; Şahlanan, Fevzi; Toplu İş Sözleşmesi, Banksis Yayınları, İstanbul 1992, s. 25.

⁶ Farklı ülkelerdeki toplu iş sözleşmesi türleriyle ilgili olarak bkz.: Günay, Cevdet İlhan; Batı ve Türk Hukukunda Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisi, Ankara 1991, s.51-69.

⁷ Tuncay, A. Can; Toplu İş Hukuku, Beta Yayınları, 2. Bası, İstanbul 2010, s. 160.; Ayrıca 1961 ve 1982 Anayasalarının toplu iş sözleşmesi ile ilgili hükümleri hakkında bilgi için bkz.: Engin, E. Murat; Toplu İş Sözleşmesi Sistemi, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1999, s. 60 vd.

⁸ Narmanlıoğlu, Ünal; İş Hukuku II, Toplu İş İlişkileri, İzmir 2001, s. 313.

⁹ Şahlanan, Fevzi; s. 25.; Tuğ, Adnan; s. 28.; Tuncay, A. Can; s. 162.; Narmanlıoğlu, Ünal; s. 313. Çifter, Alun; “Toplu İş Sözleşmesinin Muhtevası, Düzeyi ve Türleri”, Kamu-İş 2004, C.7, Sa: 3, s. 8.; Ekonomi, Münir; “Birden Çok İşyerini Kapsamak Üzere Yapılan İşyerleri Toplu İş Sözleşmesi (Grup Toplu İş Sözleşmesi) ve Yargıtay’ın Bu Sözleşmelere İlişkin Görüşleri Sebebiyle Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar” Türk İş Mevzuatı Açısından Grup Toplu İş Sözleşmeleri, MESS Yayını, İstanbul 1989, s. 13.; ILO’nun bu husustaki eleştirisi için bkz.: Dereli, Toket; “Uluslararası Çalışma Örgütü Perspektifiyle Türkiye’de Sendika Özgürlükleri ve Yeni Yasa Taslaklarının Değerlendirilmesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2007, Sa: 6, s.93-94.

¹⁰ Çifter, Alun; s. 8.; Tuğ, Adnan; s. 29-30.; Şahlanan, Fevzi; s. 25.; Tuncay, A. Can; s. 163.; Ekonomi, Münir; Karşılaşılan Sorunlar, s. 13.; Kutal, Metin; “2822 Sayılı Yasada Toplu İş Sözleşmesi Kavramı, Düzeyi, İçeriği ve Sona Ermesi” İktisat ve Maliye Dergisi, Mart 1984, s. 491.; Tuncay, A. Can; “Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye’de Grup Toplu İş Sözleşmeleri”, Çimento İşveren Dergisi, Ocak 1987, s. 7 vd.

¹¹ Zira 2822 sayılı Kanunun 3. maddesinin ilk fıkrasına göre; “Bir toplu iş sözleşmesi aynı işkolunda bir veya birden çok işyerini kapsayabilir”.

¹² Tuncay, A. Can; s. 163.

toplular iş sözleşmesi esasını benimsemediğinden, ister tek işyeri ister birden çok işyeri için yapılsın, sözleşme belirli işyeri ve işyerleriyle sınırlı olarak uygulanmakta ve dolayısıyla işkolu düzeyindeki bir sözleşmeden farklı olarak, aynı işkolunda kurulu diğer işyerlerinde sözleşmeye taraf işçi ve işveren sendikalarının üyeleri bulunduğu halde, bu işyerlerinde uygulanmamaktadır¹³.

2822 sayılı Kanun, işyeri ve grup toplular iş sözleşmelerinin yanında “işletme toplular iş sözleşmesinin” yapılmasını ve unsurlarını ortaya koymuştur¹⁴. Nitekim söz konusu Kanunun üçüncü maddesinin ikinci fıkrası hükmünde bir gerçek veya tüzelkişiyeye veya bir kamu kurum ve kuruluşuna ait aynı işkolunda birden çok işyerine sahip bir işletmede ancak bir toplular iş sözleşmesi yapılabileceği ve bu tür sözleşmeye işletme toplular iş sözleşmesi deneceği ifade edilmiştir.

Şu halde 6356 Sayılı yeni Sendikalar ve Toplular İş Sözleşmesi Kanunu ile mukayese edeceğimiz bir önceki 2822 sayılı Kanuna göre toplular iş sözleşmelerini 3 tür halinde toparlayabiliriz. Bunlar; bir işverenin tek bir işyeri için yapılan “işyeri toplular iş sözleşmesi”, farklı işverenlerin aynı işkolundaki birden çok işyeri için yapılan “grup toplular iş sözleşmesi” ve nihayet bir gerçek veya tüzelkişiyeye ya da bir kamu kurum ve kuruluşuna ait aynı işkolunda birden çok işyerini kapsamak üzere yapılan “işletme toplular iş sözleşmesi”dir¹⁵.

6356 sayılı yeni “Sendikalar ve Toplular İş Sözleşmesi Kanunu”nun toplular iş sözleşmesi türleri bakımından, 2822 sayılı Kanundaki esasını ortadan kaldırdığını, değiştirdiğini söylemek çok mümkün gözükmemektedir. Zira 6356 sayılı Kanunun gerekçesinde de açıkça ifade edildiği gibi 2822 sayılı Kanunda olduğu gibi 6356 sayılı Kanunda da toplular iş sözleşmesi düzeyi olarak işyeri esasını benimsenmiştir. Bununla birlikte konumuz bakımından eski 2822 sayılı Kanuna göre 6356 sayılı Kanunda yeni düzenlemeler bulunduğunu da ifade edelim. Kısaca bahsetmek gerekirse 6356 sayılı Kanun, 2822 sayılı Kanunun cevaz verdiği¹⁶ ancak tanımını yapmadığı “grup

¹³ Cengiz, İştâr Urhanoğlu; “Türk Hukukunda İşyerleri Toplular İş Sözleşmesi”, TBB Derisi, Sa: 89, 133.; Şahlanan, Fevzi; s. 25-26.

¹⁴ İşyeri-İşletme kavramlarıyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.: Aydınlı, İbrahim; “İş Hukukunda İşyeri ve İşletme kavramının Muhtevası ve Önemi”, Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Ocak 1999, C.4, Sa: 4, s. 171-217.

¹⁵ Tuğ, Adnan; s. 29.

¹⁶ Şahlanan, Fevzi; s. 28.; Aktay, A. Nizamettin /Arıcı, Kadir/Kaplan, Emine Tuncay; İş Hukuku, 4. Bası, Gazi Kitabevi, Ankara 2001, s. 415.; Tuncay, A. Can; Nitekim yazara göre; “2822 sayılı TSGLK’nun 3. ve 27. maddelerinin gerekçelerinde açıkça bu tür sözleşmeye cevaz verilmiştir. Nitekim Yasanın 3. madde gerekçesindeki “grup sözleşmesi” diye adlandırılan sözleşmeler işkolu sözleşmesi esasına göre değil, işyeri esasına göre yapılmış bir yerdeki veya bölgedeki yahut değişik yerlerdeki çok sayıda işyerini kapsayan sözleşmeler olarak uygulama alanına sokulmuş bulunmaktadır” sözleri bunun en açık delilidir”.

toplu iş sözleşmesi”ni tanımlamıştır. Nitekim söz konusu Kanunun “Tanımlar” başlıklı 2. maddesinde “grup toplu iş sözleşmesi” kavramı, “işçi sendikası ile işveren sendikası arasında, birden çok üye işverene ait aynı işkolunda kurulu işyerlerini ve işletmeleri kapsayan toplu iş sözleşmesini” ifade eder, biçiminde tanımlanmıştır. 6356 sayılı Kanunun özellikle işyerinin devri meselesinde olmak üzere “işletme toplu iş sözleşmeleri” bakımından da yeni düzenlemeler öngördüğünü belirtelim.

6356 sayılı yeni “Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu”nun toplu iş sözleşmesi türleri bakımından belki de en çok tartışılacak konuların başında olacağı kanaatinde olduğumuz “çerçeve sözleşme” kavramı üzerinde durmakta fayda görüyoruz. Bu sözleşme türü Kanunun ikinci maddesinde, “Çerçeve sözleşme, Ekonomik ve Sosyal Konseyde temsil edilen işçi ve işveren konfederasyonlarına üye işçi ve işveren sendikaları arasında işkolu düzeyinde yapılan sözleşmeyi” ifade eder, biçiminde tanımlanmıştır. Bu sözleşme türünün İş Mevzuatımızda ilk defa düzenlendiği dikkate alınacak olursa; öncelikle bu sözleşmenin bir toplu iş sözleşmesi mahiyetinde olup olmadığı hususu başta olmak üzere muhtelif tartışmalara açık yönü olduğunu ifade edelim.

Yukarıdaki genel başlık altında kısaca incelediğimiz söz konusu toplu iş sözleşmesi türlerini ve elbette yeni bir kavram olarak “çerçeve sözleşmeyi” aşağıda ayrı bir başlıklar altında ve ayrıntılı olarak ele almaya çalışacağız.

II. İŞYERİ TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ

2822 sayılı Kanunda olduğu gibi 6356 sayılı yeni “Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu” da toplu iş sözleşmelerinin düzeyi bakımından kural olarak temel ünite işyeridir¹⁷. Nitekim 2822 sayılı Kanunun 3. maddesinde bulunan; “bir toplu iş sözleşmesi aynı işkolunda bir veya birden çok işyerini kapsayabilir” ifadesi yeni Kanunun 34. maddesinde aynen korunmuştur¹⁸.

İşyeri toplu iş sözleşmesi bir işverenin sadece bir tek işyeriyle ilgili olarak bağitlanan toplu iş sözleşmesidir¹⁹. Bu bağlamda tek bir işyeri söz konusuysa daima işyeri toplu iş sözleşmesi yapılabilecektir. Bir işletme tek bir işyerinden ibaret ise, böyle bir durumda işletme toplu iş sözleşmesi değil, işyeri toplu iş sözleşmesi yapılabilecektir²⁰.

¹⁷ Nitekim 6356 sayılı Kanunun Gerekçesinde bu esas “Kanunda kural olarak toplu iş sözleşmesi düzeyi olarak işyeri esası benimsenmiştir” ifadesiyle açıkça belirtilmiştir.

¹⁸ İşyerinin sınırları hususunda İş Kanunumuzun 2. maddesinde bulunan “İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür” ifadesinden hareketle işyerine hangi mekanların dahil olduğunun tespiti yapılmalıdır.

¹⁹ Narmanlıoğlu, Ünal, s. 315.

²⁰ Narmanlıoğlu, Ünal, s. 315.

III. İŞYERLERİ(GRUP) TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ

2822 sayılı Kanunda bulunan “bir toplu iş sözleşmesi aynı işkolunda bir veya birden çok işyerini kapsayabilir” ifadesinin anlamı; bir toplu iş sözleşmesinin tek bir işyerini kapsayabileceği gibi birden çok işyerini kapsayan “işyerleri toplu iş sözleşmesi” olarak da bağtlanabileceğidir²¹. Söz konusu Kanun döneminde uygulama ve öğretide işyerleri toplu iş sözleşmesi kavramı yerine grup toplu iş sözleşmesi kavramına daha çok itibar edildiğini belirtelim²². Ayrıca 2822 sayılı Kanunun 3. ve 27. madde gerekçelerinde de açıkça “grup toplu iş sözleşmesi” kavramına yer verilmiştir^{23, 24}.

2822 sayılı Kanunda “grup toplu iş sözleşmesi”nin bir tanımı bulunmamaktaydı. Öğretide ise bu tür sözleşme; aynı işkolunda kurulu farklı işverenlere ait birden fazla işyerinde uygulanmak üzere, aynı toplu görüşme neticesinde bağtlanan sözleşmeler, biçiminde tanımlanıyordu²⁵. Doktrinde temel prensiplerin aynı kalması şartıyla toplu iş sözleşmesine işyerinin özelliğine göre bir takım değişik hükümlerin konulabileceği ve bunun toplu iş sözleşmesi kavramına ters düşmeyeceği ifade edilmiştir²⁶.

²¹ Tuğ, Adnan; s. 29-30.; Şahlanan, Fevzi; s. 27-28.; Ekonomi, Münir; “İşletme Toplu İş Sözleşmeleri ve Uygulamada Karşılaşılan Başlıca Sorunlar”, Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Temmuz 1987, C.1, Sa: 1, s. 6-7.; Ekonomi, Münir; Karşılaşılan Sorunlar, s. 13.; Kutal, Metin; “2822 Sayılı Yasada Topu İş Sözleşmesi Kavramı, Düzeyi, İçeriği ve Sona Ermesi”, İktisat ve Maliye Dergisi, Mart 1984, s. 491.; Tuncay, A. Can; “Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye’de Grup Toplu İş Sözleşmeleri”, Çimento İşveren Dergisi, Ocak 1987, s. 7.; Tuncay, A. Can; Toplu İş Hukuku, s. 164.; Sözer, Ali Nazım; “Grup Toplu İş Sözleşmesi ve 2822 sayılı Yasa Açısından Değerlendirilmesi”, İktisat ve Maliye Dergisi, Yıl: Ekim 1986, Cilt: 33, Sayı: 7, s. 246.; Ulucan, Devrim; “Toplu İş Sözleşmesi ve Toplu İş Uyuşmazlıkları Açısından Yargıtay’ın 1986 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Yargıtay’ın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 1988, s. 118-119; Sur, Melda; s. 244; Oğuzman, Kemal; “2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununda Yapılması Gereken Değişiklikler”, Milli Komite 15. Yıl Armağanı, İstanbul 1991, s. 138.; Çifter, Alun; s. 8.

²² Örnek olarak bkz.: Sur, Melda; s. 244.; Şahlanan, Fevzi; s. 28.; Tuğ, Adnan; s. 30.; Sözer, Ali Nazım; s. 245.; Kutal, Metin; s. 491.; Ekonomi, Münir, Karşılaşılan Sorunlar; s. 13.; Tuncay, A. Can; Grup Toplu İş Sözleşmeleri, s. 7 vd.; Çifter, Alun; s. 8.

²³ Aktay/Arıcı/Senyen-Kaplan; s. 415 vd.; Tuğ, Adnan; s. 30.; Cengiz, İştah Urhanoğlu; s. 135.

²⁴ Nitekim 2822 sayılı Kanunun 27. maddesinin gerekçesine göre; “birden çok işyeri için yürütülen toplu iş sözleşmeleri müzakerelerinde uyuşmazlık çıkması halinde, işçi sendikası uyuşmazlığın kapsamındaki işyerlerinin bir kısmı için grev kararı almış olsa dahi lokavt kararı o uyuşmazlığın kapsamındaki başka işyerleri için de alınabilir. Şayet buimkan tanınmasa idi, grup sözleşmeleri için yapılan görüşmeler açısından lokavt etkili olamazdı”.

²⁵ Cengiz, İştah Urhanoğlu; s. 135.; Sur, Melda; s. 244.

²⁶ Tuncay, A. Can; Grup Toplu İş Sözleşmeleri, s. 7-8.; Ekonomi, Karşılaşılan Sorunlar, s. 14.

Grup toplu iş sözleşmeleri farklı yerlerde ve şehirlerde kurulu işyerlerini kapsayabilir²⁷. Bu sayede grup toplu iş sözleşmesinin kapsamına giren işyeri sayısı arttığına, bir anlamda işkolu toplu iş sözleşmesinin işlevini görebilecektir²⁸.

2822 sayılı Kanun döneminde doktrinde grup toplu iş sözleşmesi yapılmasının temel olarak aşağıdaki koşullara bağlı olduğu ifade edilmiştir²⁹;

- Haklarında grup toplu iş sözleşmesi bağlanacak işyerleri aynı işkolunda olmalıdır.
- İşyerleri farklı işverenlere ait olmalıdır.
- İşçi sendikasının gruba dahil tüm işyerleri bakımından yetkili olması gereklidir: Grup toplu iş sözleşmesi esas itibarıyla işyeri toplu iş sözleşmesinin esaslarına tabidir. Bu bağlamda işletme düzeyinde sözleşmeler bağlanmadıkça yetki şartları her bir işyeri bakımından ayrı ayrı aranacaktır.
- Muhatapın işveren sendikası olması: Grup toplu iş sözleşmesi yapılması bakımından bir diğer koşuldur³⁰. Zira beraber hareket eden işverenlerin tek bir toplu iş sözleşmesini bağtlayabilmelerine ilişkin herhangi bir düzenleme olmadığından işveren sendikasına üye olunmadan böyle bir sözleşme akdedilemez³¹.

2822 sayılı Kanun'un "toplular iş sözleşmesinin birden çok işyerini kapsayabileceğine" ilişkin hükmünün(TSGLK md. 3) gerekçesinde de açıkça ifade edildiği üzere 2822 sayılı Kanun grup toplu iş sözleşmesine açıkça cevaz vermiştir, ancak bir tanımını yapmamıştır. 6356 sayılı "Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu" ise 2822 sayılı Kanundan farklı olarak grup toplu iş sözleşmesi açıkça tanımlanmaktadır. Nitekim söz konusu Kanunun "Tanımlar" başlıklı ikinci maddesinin "ç" bendinde grup toplu iş sözleşmesi; "İşçi sendikası ile işveren sendikası arasında, birden çok üye işverene ait aynı işkolunda kurulu işyerlerini ve işletmeleri kapsayan toplu iş sözleşmesini" ifade eder, biçiminde tanımlanmıştır.

²⁷ Sur, Melda; s. 244.

²⁸ Tuncay, A. Can; Toplu İş Hukuku, s. 164.

²⁹ Örnek olarak bkz.: Tuncay, A. Can; Grup Toplu İş Sözleşmeleri, s. 7 vd.

³⁰ Narmanlıoğlu, Ünal; s. 321.; Şahlanan, Fevzi; s. 49.; Ekonomi, Münir; Karşılaşılan Sorunlar, s. 18-19.; Karşı yönde; Sur'a göre; "Yasada genel bir anlatımla toplu sözleşmenin birden fazla işyerini kapsayabileceği belirtilmektedir ve sendika üyesi olmayan işverenlerin birlikte toplu pazarlığa katılarak toplu sözleşme akdetmelerine bir hukuki engel yoktur", Sur, Melda; s. 245.

³¹ Şahlanan, Fevzi; s. 49.; Ekonomi, Münir; Karşılaşılan Sorunlar, s. 18-19. Narmanlıoğlu, Ünal; s. 321.

6356 sayılı Kanunun “Toplu İş Sözleşmesinin Kapsamı ve Düzeyi” başlıklı 34. maddesinde ise grup toplu iş sözleşmesinin tarafların anlaşması üzerine bir işçi sendikası ile bir işveren sendikası arasında, birden çok üye işverene ait aynı işkolunda kurulu işyerleri ve işletmeleri kapsamak üzere yapılacağı ifade edilmiştir.

Bu tanıma dikkat edildiğinde; 2822 sayılı Kanun dönemindeki “grup toplu iş sözleşmesi” yapılmasının temel esaslarının hemen hemen aynen kanun hükmü olarak düzenlendiği görülmektedir. Bu bağlamda 6356 sayılı Kanunun grup toplu iş sözleşmeleri bakımından öngördüğü en önemli yeniliğin, sözleşme taraflarının işçi ve işveren sendikası olması gerektiğinin açıkça düzenlenmiş olduğudur. Zira 2822 sayılı Kanun döneminde açıkça bir düzenleme olmaması ifade edilmek suretiyle işveren tarafının mutlaka işveren sendikası olması gerekmediği, bir işveren topluluğunun da grup toplu iş sözleşmesi yapabileceği ileri sürülmüştür³². 6356 sayılı Kanun ise grup toplu iş sözleşmesini tanımladığı hükmünde taraflardan birinin açıkça “işveren sendikası” olduğunu düzenlemiş ve dolayısıyla geçmiş dönemde doktrinde baskın olan grup toplu iş sözleşmesinde işveren tarafının işveren sendikası olması gerektiği yönündeki görüş, kanuni bir temele oturtulmuştur³³.

Şu halde 6356 sayılı Kanunda öngörülmüş olan grup toplu iş sözleşmesi tanımı itibariyle; grup toplu iş sözleşmesi, 2822 sayılı Kanun döneminde olduğu gibi rızai bir temelde, bir başka anlatımla işçi sendikası ve işveren sendikasının anlaşması yoluyla yapılabilen ve birden çok işverene ait aynı işkolunda kurulu işyerleri ve işletmeleri kapsayan bir toplu iş sözleşmesi türü, olarak tanımlanabilir.

IV. İŞLETME TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ

A. Genel Olarak

İşletme toplu iş sözleşmesi ilk olarak 2822 sayılı Kanunla hukukumuzda girmiş bulunmaktadır. Zira söz konusu Kanunun 3. maddesinin değişik ikinci fıkrasında; “Bir gerçek ve tüzelkişiye veya bir kamu kurum ve kuruluşuna ait aynı işkolunda birden çok işyerine sahip bir işletmede ancak bir toplu iş sözleşmesi yapılabilir. Bu Kanun anlamında bu sözleşmeye işletme toplu iş sözleşmesi denir. Ancak, kamu kurum ve kuruluşlarına ait müessese ve işyerleri

³² Tuncay, A. Can; Grup Toplu İş Sözleşmeleri, s. 9.; Sur, Melda; s. 245.

³³ Demircioğlu, A. Murat; “2822 Sayılı Yasa Tasarı Taslağının Değerlendirilmesi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2008, Sa.: 9, s. 78.

ayrı tüzelkişiliğe sahip olsalar dahi, bu kurum ve kuruluşlar için tek bir işletme toplu iş sözleşmesi yapılır” hükmü öngörülmüştür³⁴.

Bu hususta öncelikle belirtelim ki; işletme toplu iş sözleşmesindeki “işletme” 2822 sayılı Kanuna özgü olup, “iktisadi işletmeden” ve Türk Ticaret Kanununda öngörülen “ticari işletme”den farklı bir kavramdır³⁵. 2822 sayılı Kanundaki “işletme” kavramıyla kastedilen; tek bir işverene ait aynı işkolundaki birden fazla işyerini³⁶ kapsayan toplu iş sözleşmesi ünitesidir³⁷.

B. 2822 Sayılı Kanunda Öngörülmüş Olan İşletme Toplu İş Sözleşmesiyle İlgili Düzenlemeler İtibariyle Bu Tür Sözleşmenin Temel Özellikleri

1. Aynı İşverene Ait Aynı İşkolundaki İşyerlerini Kapsaması

2822 sayılı Kanun; işletme toplu iş sözleşmesinin yapılabilmesi için özel sektör ve kamu sektörü bakımından farklı bir düzenleme öngörmüştür. Özel sektörde işletme toplu iş sözleşmesi aynı gerçek veya tüzel kişiye ait işyerleri kapsar³⁸.

Kamu sektöründe toplu iş sözleşmesi ünitesi olarak kamu kuruluşunun bir tüzel kişiliği olmayabilir³⁹. Ancak; kamu kurum ve kuruluşlarına ait müessese ve işyerleri ayrı tüzelkişiliğe sahip olsalar dahi, bunların tamamını kapsayan tek bir işletme toplu iş sözleşmesi yapılabilir. Görüldüğü üzere kanun koyucu kamu sektöründe işletme toplu iş sözleşmesi yapılmasını kolaylaştırmak istemiştir.

³⁴ 2822 sayılı Kanun kabul edildiği zaman işletme toplu iş sözleşmesinin şartları şu şekilde öngörülmüştü; “Bir gerçek ve tüzelkişiye veya bir kamu kurum ve kuruluşuna ait aynı işkolunda birden çok işyerine sahip bir işletmede işçilerin bir işyerinden diğerine naklinin işletmenin icabı olduğu hallerde bu işyerlerinin tümü için ancak bir toplu iş sözleşmesi yapılabilir. Bu Kanun anlamında bu sözleşmeye işletme toplu iş sözleşmesi denir”. Bu hüküm sadece aynı işletmeye dahil bir işyerinden diğerine işçi naklinin işletmenin gereği olup olmadığı hususunda uygulamada bir çok uyuşmazlık ortaya çıkması nedeniyle 03.06.1986 tarihinde 3299 sayılı Kanunla değiştirilmiş ve işletme toplu iş sözleşmesinin yapılması hale getirilmiştir.

³⁵ Tuncay, A. Can; s. Toplu İş Hukuku, s. 167, Sur, Melda; s. 247.

³⁶ İş Hukuku anlamında işletme birden çok işyerinden oluşabileceği gibi tek bir işyerinden de oluşabilir. Buna karşılık 2822 anlamında işletmeden bahsedebilmemiz için asgari iki tane işyerinin mevcudiyeti şarttır.

³⁷ Ekonomi, Münir; “İşletme Toplu İş Sözleşmeleri ve Uygulamada Karşılaşılan Başlıca Sorunlar”, Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, 1987, C.1, Sa: 1, s. 11.; Aydın, Ufuk; “Türk Hukukunda İşletme Toplu İş Sözleşmeleri ve Uygulama Sorunları”, G.S. Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, İstanbul 2002, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, Yıl: 1, Sa: 1, s. 441.; Yenisey, Kübra Doğan; İş Hukukunda işyeri ve işletme, İstanbul 2007, s. 346.; Tuncay, A. Can; s. Toplu İş Hukuku, s. 167.

³⁸ Sur, Melda; s. 248.; Çifter, Algun; s. 10.; Şahlanan, Fevzi; s. 32.; Tuncay, A. Can; s. 167.; Narmanlıoğlu, Ünal; s. 316 vd.

³⁹ Zira Sendikalar Kanunu’nun ikinci maddesinin 2. fıkrası uyarınca; tüzel kişiliği olmayan kamu kuruluşları da işveren sayılır.

İşletme toplu iş sözleşmesi yapılabilmesi için, bir işverenin birden fazla işyerinin aynı işkolunda faaliyette bulunması şarttır⁴⁰. Bu bağlamda, aynı işverene ait olsa da muhtelif işkollarına dahil işyerlerinin oluşturduğu işletmeler için tek bir işletme toplu iş sözleşmesi yapılması mümkün değildir⁴¹. Buna mukabil, işverenin değişik işkollarına dahil işyerleri birden fazla ise, aynı işkoluna dahil işyerleri bakımından ayrı ayrı işletme toplu iş sözleşmesi yapılabilir⁴². Başka bir ifadeyle, böyle bir durumda işveren birden fazla işletme toplu iş sözleşmesiyle bağlı olabilecektir⁴³.

2. İşletme Toplu İş Sözleşmesi Yapma Zorunluluğu:

2822 sayılı Kanunun 3. maddesinin ikinci fıkrasına göre; “Bir gerçek ve tüzelkişiye veya bir kamu kurum ve kuruluşuna ait aynı işkolunda birden çok işyerine sahip bir işletmede ancak bir toplu iş sözleşmesi yapılabilir” hükmü öngörülüyordu ve hükmün lafzın emredici mahiyette bir hüküm olduğu açıktı. Bu bağlamda işletme toplu iş sözleşmesi için gerekli şartlar bir araya geldiğinde işletme bünyesindeki işyerlerinin tümünü⁴⁴ kapsayan tek bir işletme toplu iş sözleşmesi yapılması kanuni bir zorunluluktur^{45, 46}.

Yargıtay da bir çok kararında işletme bünyesinde yer alan bir işyeri için toplu iş sözleşmesi yapılmayacağı yönünde hüküm tesis etmiştir⁴⁷.

⁴⁰ Narmanlioğlu, Ünal; s. 318.; Şahlanan, Fevzi; s. 32-33.; Tuğ, Adnan; s. 40-41.; Çifter, Algun; s. 10-11.

⁴¹ Şahlanan, Fevzi; s. 32-33.; Narmanlioğlu, Ünal; s. 318.; Tuğ, Adnan; s. 40-41.; Çifter, Algun; s. 10-11.; Tuncay, A. Can; s. Toplu İş Hukuku, s. 167.; Sur, Melda; s. 248-249.

⁴² Ekonomi, Münir; İşletme Toplu İş Sözleşmeleri, s. 11.

⁴³ Şahlanan, Fevzi; s. 33.

⁴⁴ Daha önce de ifade edildiği üzere söz konusu işyerlerinin aynı işkoluna dahil olması şarttır.

⁴⁵ Çelik, Nuri; İş Hukuku Dersleri, Beta Yayınları, 24. bası, İstanbul 2011, s. 526 vd. Sur, Melda; s. 250.; Tuncay, A. Can; s. Toplu İş Hukuku, s. 167.; Çifter, Algun; s. 11.; Tuğ, Adnan; s. 40-41.; Aynı yönde “İşveren vekili, tespiti konu işyerinin dışında aynı işkolunda başka işyerinin de bulunduğunu, her iki işyerinin de işletme kapsamında olduğunu iddia ederek, şirketin Denizli’de bulunan tespit dışı işyeri ile ilgili bilgi ve belgeleri dosyaya sunmuştur. Bu durumda mahkemece Denizli’de bulunan işyerinin tespiti konu işyeri ile aynı işkolunda olup olmadığı ve her iki işyerinin de işletme oluşturup oluşturmadığı araştırılmamıştır. Oysa 2822 sayılı yasanın 3. maddesinin 2. fıkrası gereğince işletme kapsamında kalan işyerleri için ancak bir toplu iş sözleşmesi yapılabileceğinden ve bu kuralın kamu düzeni ile ilgili olduğu hususu nazara alınmaksızın yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır” Yarg. 9. HD., E. 2006/3919, K. 2006/5180, T. 28.02.2006 (Çalışma ve Toplum 2006/3 Sa: 10, s. 264.;

⁴⁶ İşletme Toplu İş Sözleşmesinin yapma zorunluluğunun doğurduğu meselelerle ilgili olarak bkz.: Özveri, Murat; “Toplu İş Sözleşmesi Yetkisinin Belirlenmesindeki Açmazlar ve 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası”, Çalışma ve Toplum 2004, Sa.2, s. 86-87.

⁴⁷ Örnek olarak bkz.: Yargıtay 9. HD. E. 1990/ 2093, K. 1990/1797, T. 23.03.1990; Yargıtay 9. HD. E. 1997/3630, K. 1997/4428, T. 06.03.1997; Yargıtay 9. HD. E. 1989/ 2148, K. 1989/2465, T. 17.03.1989.

3. İşletme Toplu İş Sözleşmesinde İşletme Ünitesi Bir Bütün Olarak Ele Alınmalıdır

Yukarıda da belirttiğimiz gibi grup toplu iş sözleşmesinde yetki şartları her bir işyeri bakımından ayrı ayrı aranacaktır. Buna mukabil işletme toplu iş sözleşmesinde yetki şartları bakımından işletmeye bağlı işyerleri bir bütün olarak değerlendirilir ve çoğunluk işletme düzeyinde hesaplanır⁴⁸.

4. İşletme Toplu İş Sözleşmesinin Niteliğine İlişkin Bir Takım Uyuşmazlıklar

Eski 2822 sayılı Kanunun 3. maddesinin üçüncü fıkrasına göre; “işletme toplu iş sözleşmesi yapılacak işyerlerinin aranılan niteliğe sahip olup olmadıkları hakkında çıkan uyuşmazlıklar işletme merkezinin bulunduğu yerdeki iş davalarına bakmakla görevli mahkemede on beş gün içinde karara bağlanır. Kararın temyizi halinde Yargıtayca on beş gün içinde kesin karar verilir”. Bu hükümdeki söz konusu dava şüphesiz bir tespit davasıydı⁴⁹. 2822 sayılı Kanun döneminde böyle bir durumda eski 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 4. maddesi⁵⁰ itibarıyla belirlenecek işkolu tespitlerinin bu hüküm için bağlayıcı olacağı ifade edilmiştir⁵¹. Dolayısıyla eski 2822 sayılı Kanunun üçüncü maddesinin üçüncü fıkrasına göre açılmış bir davada, işyerlerinin dahil olduğu işkolunun tespiti gerekiyorsa, hakimin re’sen tespit yoluna gitmemesi ve bu konuyu bekletici mesele yapması gerektiği belirtilmiştir⁵².

Bir işyerinin bir işverenden başka bir işverene devredilmesi durumunun işletme toplu iş sözleşmesine etkileri değineceğimiz bir diğer husustur. Eski 2822 sayılı Kanunun 8. maddesinde bu konuyla ilgili olarak “...toplu iş sözleşmesi-

⁴⁸ Nitekim 2822 sayılı TSGLK’nun 12. maddesinin ilk fıkrasında; “Kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde onunun (tarım ve ormancılık, avcılık ve balıkçılık işkolu hariç) üyesi bulunduğu işçi sendikası, toplu iş sözleşmesinin kapsamına girecek işyeri veya işyerlerinin her birinde çalışan işçilerin yarısından fazlasının kendi üyesi bulunması halinde bu işyeri veya işyerleri için toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkilidir. İşletme sözleşmeleri için işyerleri bir bütün olarak nazara alınır ve yarısından fazla çoğunluk buna göre hesaplanır” hükmü öngörülmüştü.

⁴⁹ Tuncay, A. Can; Toplu İş Hukuku, s. 168.

⁵⁰ 28121 sayılı ski Sendikalar Kanunu md. 4: "Bir işyerinin girdiği işkolunun tespiti Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca yapılır. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tespit ile ilgili kararını Resmî Gazete’de yayımlar. Kararın yayımını müteakip bu tespite karşı ilgililer iş davalarına bakmakla görevli mahalli mahkemede onbeş gün içinde dava açabilirler. Mahkeme iki ay içinde kararını verir. Kararın temyiz edilmesi halinde Yargıtay uyuşmazlığı iki ay içinde kesin olarak karara bağlar”.

⁵¹ Tuğ, Adnan; s. 42.; aynı yönde Yarg. 9. HD., E. 1984/10439, K. 1984/9833, T. 14.11.1984 (YKD Kasım 1985, s. 164.

⁵² Çifter, Algun, s. 12.; Tuncay, A. Van; Toplu İş Hukuku, s. 168.; Şahlanan, Fevzi; s. 39.

nin uygulandığı işyerlerinde işverenin değişmesi toplu iş sözleşmesini sona erdirmez”. Bu hüküm itibariyle işletmeye devir sonucu dahil olan bir işyerindeki toplu iş sözleşmesi mevcutsa bu sözleşmenin yürürlük süresinin sonuna kadar devam ettirileceği ifade edilmiştir⁵³. Buna mukabil toplu iş sözleşmesi kapsamındaki bir işyerinin sözleşme yetkisinin kesinleşmesinden sonra başka bir işverene devredilmesi durumunda bağitlanan toplu iş sözleşmesi, işyerini devralmış işvereni bağlamaz⁵⁴.

2822 sayılı Kanun döneminde, işyerini devralan bir işletmede devam eden bir toplu iş sözleşmesi mevcutsa işletmeye dahil olan işyerindeki işçilerin o işletmedeki işletme toplu iş sözleşmesinden yararlanması ne taraf sendikaya üye olmalarıyla ne de dayanışma aidatı ödeyerek mümkündür.

2822 sayılı Kanunun “tek toplu iş sözleşmesi” esası^{55, 56} itibariyle, doktrinde işletmeye katılan işyerinde bir toplu iş sözleşmesi varsa, işletme toplu iş sözleşmesinin uygulanmasının mümkün olmadığı ifade edilmiştir⁵⁷. Dolayısıyla böyle bir durumda yürürlükte bulunan toplu iş sözleşmesinin süresinin sona ermesine kadar beklemesi gerektiği, ancak bundan sonra tüm işyerlerini kapsayan tek bir işletme toplu iş sözleşmesi yapılabileceği yargı kararlarıyla da hüküm altına alınmıştır⁵⁸. Ancak bu hususta Yargıtay’ın farklı yönde kararlar ver-

⁵³ Tuncay, A. Can; Toplu İş Hukuku, s. 170.; Şahlanan, Fevzi, s. 37.; Yenisey, Kübra Doğan; s. 351.; Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.: Ergin, Berin; “İşverenin Değişmesinin Hizmet Sözleşmelerine ve Toplu İş Sözleşmelerine Etkisi ve Yargıtay Kararları”, Yargıtay Dergisi, Ocak- Nisan 1991, C.17, Sa: 1-2, s. 98-122.

⁵⁴ Tuncay, A. Can; Toplu İş Hukuku, s. 170.; Çelik, Nuri; İş Hukuku Dersleri, s. 528-529.

⁵⁵ Bu esasın vurgulandığı Yargıtay Kararı için bkz.: Yarg. 9. HD., T. 13.07.1990, E. 1990/7963, K. 1990/3221, Çubukçu, Erdoğan; “İşletme Toplu İş Sözleşmesi Yapılması ve Bir Bilimsel Düşüncenin İzlenimleri”, İş Hukuku Dergisi, C.1, Sa: 3, s. 392-393.; Ayrıca konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.: Uçum, Mehmet; Toplu İş Sözleşmesinde Teklik ilkesi ve Hukuki Sonuçları”, Legal YKİ 2007, Sa: 4, s. 201-214.; Ceylan, saadet; “İşletme Kapsamına giren Bir İşyerinde, Ayrı bir İşyeri Toplu İş Sözleşmesi Yapılabilmesine Yönelik Karar İncelemesi”, Sicil İş Hukuku dergisi, Aralık 2006, Sa.4, s.119.; Centel, Tankut; “Toplu İş Sözleşmesi Özerkliğinin Hukuki Sınırları”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2010, Sa: 17, s. 211-220, Yazara göre; “...aynı işyerinde aynı dönem için birden çok toplu iş sözleşmesi yapılamayacağına ilişkin sınırlama, toplu iş sözleşmesi özerkliğinin çalışma barışı sağlama işlevinin bir gereği olarak ortaya çıkmaktadır”;

⁵⁶ Bu esasın Anayasal temelini, Anayasanın 53. maddesinin 4. fıkrasındaki “Aynı işyerinde aynı dönem için birden fazla toplu iş sözleşmesi yapılamayacağı ve uygulanamayacağı” yolundaki hüküm oluşturmaktaydı. Bununla birlikte 2010 yılındaki Anayasa Değişikliğiyle bu hüküm mülga edilmiştir. Bununla birlikte bu esasın kanuni temelini oluşturan bu hükmün aynısı 2822 sayılı Kanunun üçüncü maddesinin son fıkrasında yer almaya devam ettiğinden 2822 sayılı kanun döneminde aynı işyerinde birden fazla toplu iş sözleşmesi bağitlamak mümkün değildi.

⁵⁷ Sur, Melda; İş Hukuku Toplu İlişkiler, 4. Bası, Ankara 2011, s. 251-252.

⁵⁸ Örnek olarak bkz.: Yarg. 9. HD., E. 1987/6580, K. 1987/7114, T. 8.7.1987(TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Ağustos 1987, s. 33)

diği de olmuştur⁵⁹. Bu bağlamda 2822 sayılı Kanun döneminde tam olarak açıklığa kavuşturulamayan bu husus 6356 sayılı yeni Kanunumuzda ayrıca düzenlenmiştir. Söz konusu yeni Kanunla ilgili değerlendirmemizde bu konuyla ilgili hükmünü de ele alacağımızı belirtelim.

C. 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununda Öngörülmiş Olan İşletme Toplu İş Sözleşmesiyle İlgili Düzenlemeler

6356 sayılı “Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu”nun “Tanımlar” başlıklı 2. maddesinde işletme toplu iş sözleşmesi; “bir gerçek veya tüzel kişiye ya da bir kamu kurum veya kuruluşuna ait aynı işkolundaki birden çok işyerini kapsayan sözleşmeyi” ifade eder, biçiminde tanımlanmıştır. Bu tanımın 2822 sayılı eski Kanunda öngörülmiş olan işletme toplu iş sözleşmesi tanımından farklı bir yönü olduğu söylenemez. Kanaatimizce 6356 sayılı Kanunun 2. maddesinde hem grup toplu iş sözleşmesini hem de işletme toplu iş sözleşmesi ayrı ayrı tanımlanmak suretiyle bu iki sözleşmenin farklı yönlerine açıklık getirmek istenilmiştir⁶⁰.

6356 sayılı Kanunun “Toplu İş Sözleşmesinin Kapsamı ve Düzeyi” başlıklı 34. maddesinin 2. fıkrasında ise “Bir gerçek ve tüzel kişiye veya bir kamu kurum ve kuruluşuna ait aynı işkolunda birden çok işyerinin bulunduğu işyerlerinde, toplu iş sözleşmesi ancak işletme düzeyinde yapılabilir” hükmü öngörülmek suretiyle işletme toplu iş sözleşmesi için gerekli şartlar bir araya geldiğinde işletme bünyesindeki işyerlerinin tümünü⁶¹ kapsayan tek bir işletme toplu iş sözleşmesi yapılması mecburiyeti devam ettirilmiştir.

Bu noktada dikkatimizi çeken husus; eski Kanunun 3. maddesinde bulunan “kamu kurum ve kuruluşlarına ait müessese ve işyerleri ayrı tüzelkişiliğe sahip olsalar dahi, bu kurum ve kuruluşlar için tek bir işletme toplu iş sözleşmesi yapılır” hükmünün 6356 sayılı Kanunda karşılığının olmamasıdır. Şu halde, Yargıtay’ın Kanunu zorlayarak hüküm altına aldığı⁶², daha sonra ise kanuni bir zo-

⁵⁹ Örnek olarak bkz.: Yarg. 9. HD., T. 11.7.2006, E. 2006/19490 K. 2006/20645. Söz konusu karar “2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununun 3/2. maddesinde yer alan düzenlemenin kamu düzeni ile ilgili olduğundan bahisle ve salt işletme kavramından hareketle işyerinin sonradan edindiği işyerlerindeki sözleşmelerinin sona ermesinin beklenmesi gerektiği, daha sonra işletme düzeyinde çoğunluk tespiti için başvuruda bulunulabileceğini kabul etmek tespiti konu işyerinin toplu iş sözleşmesiz bırakmak olur ki bu doğru değildir...” biçiminde hüküm tesis edilmiştir.

⁶⁰ Aynı yönde; Kutal, Metin; “2821 Sayılı Sendikalar Kanunu ile 2822 Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yasa Teklifi Hakkında Bir İnceleme” Sicil İş Hukuku Dergisi, Eylül 2008, Sa.: 11, s. 84-85.

⁶¹ Daha önce de ifade edildiği üzere söz konusu işyerlerinin aynı işkoluna dahil olması şarttır.

⁶² Yarg. 9. HD., T.13.06.1984, E. 1984/5769, K. 1984/6561 “Müesseseler ise sermayesinin tamamı bir iktisadi devlet teşekkülü olan kurum tarafından ödenmek suretiyle kurum Genel

runluluk olarak öngörülen kamu kurum ve kuruluşlarında ayrı tüzel kişiliğe sahip müessese ve işyerlerinin aynı işkolunda olmak şartıyla tek bir işletme toplu iş sözleşmesi kapsamı içinde kabul edilmesi esasına, 6356 Sayılı Kanunda yer verilmediğini ifade edelim. Dolayısıyla yeni Kanun itibarıyla işletme toplu iş sözleşmesi yapılması bakımından kamu kesimi ile özel sektör arasındaki farklılık ortadan kaldırılmıştır.

2822 sayılı Kanunun 3. maddesinin 3 fıkrasındaki “işletme toplu iş sözleşmesi yapılacak işyerlerinin aranılan niteliğe sahip olup olmadıkları hakkında çıkan uyuşmazlıklar işletme merkezinin bulunduğu yerdeki iş davalarına bakmakla görevli mahkemede on beş gün içinde karara bağlanır. Kararın temyizi halinde Yargıtayca on beş gün içinde kesin karar verilir” hükmü 6356 sayılı Kanunun 34. maddesinin de hemen hemen aynı biçimde “İşletme toplu iş sözleşmesi yapılacak işyerlerinin aranılan niteliğe sahip olup olmadıklarına ilişkin uyuşmazlıklar, işletme merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemede on beş gün içinde karara bağlanır. Kararın temyizi hâlinde Yargıtay on beş gün içinde kesin olarak karar verir” şeklinde düzenlenmiştir.

2822 sayılı Kanun döneminde tam olarak açıklığa kavuşturulamayan işyerinin veya bir bölümünün devri durumunun işletme toplu iş sözleşmesine etkileri hususu 6356 sayılı yeni Kanunumuzda ayrıca düzenlenmiştir⁶³. Söz konusu düzenlemenin (md. 38) ilk fıkrasına göre; “İşletme toplu iş sözleşmesi kapsamında olan ya da toplu iş sözleşmesi bulunan bir işyeri veya işyerinin bir bölü-

Müdürü'nün önerisi ve Kurum Yönetim Kurulu'nun kararı ile teşekküle yüklenen işlerin bir yada bir kaçını gerçekleştirmek üzere kurulmaktadır. Müesseseler tüzel kişiliğe sahip ve sermayeleriyle sınırlı sorumlulukları olmakla beraber kısaca ve yasal deyimle esas teşekkülün organizasyonu içinde yer alan ve yerel imkan ve şartlarla sınırlı teknik amaçla mal ve hizmet üreten ünitelerdir. Bunlar yukarıda özet olarak bahsedildiği ve özel yasalarında belirlendiği diğer plan, proje ve bütçe uygulamaları, yatırım ve finansman yönünden teşekküle bağlı olduğu gibi yönetim ve personel ve işçi atama işlerinde de teşekküle bağlılığı vardır”, Söz konusu karar için bkz.: Tuğ, Adnan; s. 37. Söz konusu kararın eleştirisi için bkz.: Ekonomi, Münir; İşletme Toplu İş Sözleşmeleri, s. 10.

⁶³ 6356 sayılı Kanunun Gereğesinde bu hükmün gerekçesi şu şekilde ifade edilmiştir: “Madde işyerinin devri durumu düzenlenmiştir. İşyerinin veya bir bölümünün devri uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesini sona erdirmeyiz. Ancak işletme toplu iş sözleşmesinin uygulandığı işyerlerinden ayrılan veya işletme toplu iş sözleşmesinin uygulandığı bir işletmeye dahil olan, ya da yeni işyeri devralınması ile birlikte işletme niteliği kazanan işyerleri açısından günümüze kadar önemli sorunlar yaşanmıştır. Hüküm bu sorunları çözmeye yöneliktir. Hükümde işletme toplu iş sözleşmesi kapsamında olan bir işyeri ya da işyerinin bir bölümünün devri, toplu iş sözleşmesi bulunan bir işyerinin işletme toplu iş sözleşmesi olan veya olmayan bir işletmeye katılması veya devir ile birlikte işletme niteliğini kazanması, toplu iş sözleşmesi olmayan bir işyerinin işletme toplu iş sözleşmesi olan bir işyerine dahil olması, bir toplu iş sözleşmesi kapsamında olan bir işyeri veya işyerinin bir bölümü devredildiğinde devralan işyerinin aynı işkoluna göre işyeri veya işyerlerinde toplu iş sözleşmesi bulunması veya bulunmamasına göre sonuçları düzenlenmiştir”.

münün devrinde, devralan işverenin aynı işkoluna giren işyeri veya işyerlerinde yürürlükte bir toplu iş sözleşmesi var ise; devralınan işyeri veya işyerlerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinden doğan hak ve borçlar, iş sözleşmesi hükmü olarak devam eder. Devralan işverenin işyeri ya da işyerlerinde uygulanan bir toplu iş sözleşmesi yok ise; devralınan işyerinde yürürlükteki toplu iş sözleşmesinden doğan hak ve borçlar, yeni bir toplu iş sözleşmesi yapıncaya kadar toplu iş sözleşmesi hükmü olarak devam eder”. Görüldüğü üzere 2822 sayılı Kanun döneminde, işyeri devrinin işletme toplu iş sözleşmesi üzerindeki etkileri ile ilgili oldukça tartışmalı olan bu konuyu ayrıntılı olarak düzenlemiştir.

Söz konusu maddenin ikinci fıkrasında ise “Toplu iş sözleşmesi bulunmayan bir işyerinin işletme toplu iş sözleşmesi tarafı olan bir işverence devralınması durumunda işyeri, işletme toplu iş sözleşmesi kapsamına girer” hükmü öngörülme suretiyle adeta bir işyeri devrinin toplu iş sözleşmesine etkileri her türlü ihtimal göz önünde bulundurularak düzenlenmiştir⁶⁴. 2822 sayılı Kanunda ayrıca ve açıkça düzenlenmemiş olan ve dolayısıyla doktrinde muhtelif fikirler ileri sürülen⁶⁵, yargı kararlarında da tam bir istikrara kavuşturulamayan⁶⁶ bu hususun ayrıntılı olarak düzenlenmesi kanaatimizce yerinde olmuştur.

İşletme toplu iş sözleşmesi bakımından 6356 sayılı Kanunda öngörülen bir diğer değişiklik ise “işçi tarafının yetkisi” hususundadır. Belirtelim ki; biz burada halen gündemde yoğun bir biçimde tartışılan, barajın %3’e düşürülmesi gibi, 6356 sayılı Kanunun “yetki” konusundaki tüm düzenlemelerini tartışmayacağız. Sadece konumuzla sınırlı olarak işletme toplu iş sözleşmesindeki yetki konusundaki değişikliği dile getireceğiz.

2822 sayılı İş Kanunu’nun 12. maddesinin ilk fıkrasına göre; “Kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde onunun (tarım ve ormancılık, avcılık ve balıkçılık işkolu hariç) üyesi bulunduğu işçi sendikası, toplu iş sözleşmesinin kapsamına girecek işyeri veya işyerlerinin her birinde çalışan işçile-

⁶⁴ 2822 sayılı Kanunun değişiklik yapılmasına dair ön tasarrının ilk şeklinde bu konu; “işletme toplu iş sözleşmesi kapsamındaki bir işyeri devredildiğinde, devir alan işverenin aynı işkoluna giren işyeri veya işyerlerinde yürürlükte olan bir toplu iş sözleşmesi varsa, bu toplu iş sözleşmesi devralınan işyerinde de uygulanacaktır. toplu iş sözleşmesi bulunmaması halinde ise işyerinin devirden önce kapsamına girdiği toplu iş sözleşmesinin iş sözleşmesini düzenleyen hükümleri, o işyerinde yeni bir toplu iş sözleşmesi yürürlüğe girinceye kadar en az bir yıl süreyle iş sözleşmesi hükmü olarak devam edecek ve işçi aleyhine değiştirilemeyecektir. Bir yıl geçtikten sonra ise tarafların anlaşması veya işverenin değişiklik feshi yoluyla iş sözleşmesinde değişiklik yapması olanağı doğacaktır” biçiminde düzenlenmiştir.

⁶⁵ Örnek olarak bkz.: Sur, Melda; s. 251.; Tuncay, A. Can; Toplu İş Hukuku, s. 170.; Şahlanan, Fevzi, s. 37.; Yenisey, Kübra Doğan; s. 351.; Çelik, Nuri; İş Hukuku Dersleri, s. 528-529.

⁶⁶ Örnek olarak bkz.: Yarg. 9. HD., E. 1987/6580, K. 1987/7114, T. 8.7.1987; Karşı yönde; Yarg. 9. HD., T. 11.7.2006, E. 2006/19490 K. 2006/20645.

rin yarından fazlasının kendi üyesi bulunması halinde bu işyeri veya işyerleri için toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkilidir. İşletme sözleşmeleri için işyerleri bir bütün olarak nazara alınır ve yarından fazla çoğunluk buna göre hesaplanır”. Görüldüğü üzere eski Kanun döneminde işletme toplu iş sözleşmesi yapabilmesi bakımından bir işçi sendikasının kurulu bulunduğu işkolundaki işçilerin %10’luk bir kesimini üyesi bulundurması gerektiği gibi, bir bütün olarak ele alınacak işletmede de çalışanların yarından fazlasının kendi üyesi olması gerekiyordu⁶⁷. Uzun yıllar ILO’nun ve AB organlarının ağır eleştirilerine maruz kalan ve hatta zaman zaman ILO tarafından “özel paragrafa” alınan⁶⁸ söz konusu çifte baraj sistemi yeni Kanunda da kendine yer bulsa da oranlar aşağıya çekilmiştir. Nitekim 6356 sayılı Kanununun 41. maddesinin ilk fıkrasında “Kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde üçünün üyesi bulunması şartıyla işçi sendikası, toplu iş sözleşmesinin kapsamına girecek işyerinde başvuru tarihinde çalışan işçilerin yarından fazlasının, işletmede ise yüzde kırkının kendi üyesi bulunması hâlinde bu işyeri veya işletme için toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkilidir” hükmü öngörülmek suretiyle işletme toplu iş sözleşmesinde yarından fazla olan işyeri barajı %40’a düşürülmüştür⁶⁹.

Söz konusu maddenin ikinci fıkrasında ise; “İşletme toplu iş sözleşmeleri için işyerleri bir bütün olarak dikkate alınır ve yüzde kırk çoğunluk buna göre hesaplanır” hükmüyle eski kanun döneminde olduğu gibi yetki koşullarının işletme bakımından bir bütün olarak değerlendirileceği öngörülmüştür. Nihayet söz konusu hükmün üçüncü fıkrasında; “İşletmede birden çok sendikanın yüzde kırk veya fazla üyesinin olması durumunda başvuru tarihinde en çok üyeye sahip sendika toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkilidir” hükmüyle birden çok

⁶⁷ Tuncay, A. Can; Toplu İş Hukuku, s. 178-179.

⁶⁸ Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.: Kutal, Metin; 2821 Sayılı Sendikalar Kanunu, s. 86 vd.

⁶⁹ Hükmün ilk fıkrasının gerekçesi şu biçimdedir: “Maddenin ilk fıkrasında işçi sendikasının toplu iş sözleşmesi yapabilmesi için ülke barajı ve işyeri barajı olarak adlandırılacak oran düzenlenmiştir. Buna göre işçi sendikasının yetkili olabilmesi için öncelikle kurulu bulunduğu veya toplu iş sözleşmesi yapılacak işyerinin girdiği işkolunda başvuru tarihinde çalışan toplam işçilerin en az yüzde üçünün üye kaydetmiş olması gerekir. Dolayısıyla toplu iş sözleşmesi yetkisi için ülke barajında “yüzde üç” gibi sembolik bir oran belirlenmiştir. Bundan sonra sendikanın toplu iş sözleşmesinin kapsamına girecek işyeri veya işyerlerinde çalışan işçilerin yarısından fazlasını üye kaydetmiş olması halinde bu işyeri veya işyerleri için yapılacak toplu iş sözleşmesinde yetkili olacaktır. Ülke barajını geçemeyen sendikaların o işyeri veya işyerlerindeki üye sayılarına bakılmaksızın toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi yoktur. İşletme toplu iş sözleşmesinde ise, yarından fazla çoğunluk yerine yüzde kırk çoğunluk getirilmiştir. Yüzde kırk birden çok sendikanın aşması durumunda en çok üyesi olan sendikanın yetkili olacağı düzenlenmiştir. Yüzde kırk geçen sendikaların eşit üyeliği halinde ise yetki talebi olumsuz karşılanacaktır. İşletme toplu iş sözleşmeleri için işyerleri bir bütün olarak dikkate alınacak ve yüzde kırk veya fazla üyesi olması durumunda en çok üyeye sahip sendika toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkili olacaktır”.

sendikanın %40'dan daha fazla üyeye sahip olması durumunda hangi sendikanın yetkili olacağı düzenlenmiştir⁷⁰.

V. ÇERÇEVE SÖZLEŞME

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Türk İş Hukuku Mevzuatına yeni bir kavram getirmiştir. Nitekim 6356 sayılı Kanunun ikinci maddesinde bir “çerçeve sözleşme” kavramı tanımlanmış, “toplu iş sözleşmesi ve çerçeve sözleşmenin içeriği” başlıklı 33. maddesinde ise çerçeve sözleşmenin içeriğiyle ilgili düzenlemeler öngörmüştür. Kanunda yapılan tanımına göre çerçeve sözleşme; Ekonomik ve Sosyal Konseyde temsil edilen işçi ve işveren konfederasyonlarına üye işçi ve işveren sendikaları arasında işkolu düzeyinde yapılan sözleşmeyi, ifade eder⁷¹.

Çerçeve sözleşmenin içeriğini düzenleyen Kanunun 33. maddesinin 3. bendine göre ise; çerçeve sözleşme, sözleşmenin tarafı olan işçi ve işveren sendikasının üyeleri hakkında uygulanır ve meslekî eğitim, iş sağlığı ve güvenliği, sosyal sorumluluk ve istihdam politikalarına ilişkin düzenlemeleri içerebilir⁷². Söz konusu hükmün dördüncü bendinde ise, çerçeve sözleşmenin, taraflardan birinin çağrısı ve karşı tarafın çağrıya olumlu cevap vermesi ile en az bir, en çok üç yıl için yapılacağı düzenlenmiştir.

Öncelikle belirtelim ki; yeni bir kavram olarak doktrinde oldukça tartışılacağına düşündüğümüz “çerçeve sözleşme”ler, 6356 sayılı Kanundan önce de, kamu kesiminde muhtelif ifadelerle bağitlanmıştır. Gerçekten de geçmiş dönemlerde işçi sendikaları ile kamu işveren sendikaları arasında, hükümeti temsilen de Bakanların imzaladığı anlaşma metinleri “kamu toplu iş sözleşmeleri anlaşma tutanağı”, “kamu toplu iş sözleşmeleri çerçeve anlaşma protokolü” gibi ifadeler adı altında düzenlenmiştir. Bu noktada Kanun Koyucu'nun söz konusu anlaşma metinlerini kanuni bir zemine oturtmak maksadıyla ilgili hükümleri öngördüğü düşüncesindeyiz.

⁷⁰ Ulucan, Devrim; “Toplu İş İlişkileri Yasa Taslağı ile Kolektif İş Hukuku Alanında Önerilen Bazı Değişiklikler”, Osman Güven Çankaya'ya Armağan, Ankara 2010, s. 237.

⁷¹ Bu hükmün gerekçesi şu biçimdedir: “...Ayrıca ülkemiz mevzuatında bugüne kadar yer almayan çerçeve sözleşmelere imkân tanınmıştır. Bu kapsamda, Ekonomik ve Sosyal Konseyde temsil edilen işçi ve işveren konfederasyonlarına bağlı işçi ve işveren sendikaları arasında işkolu düzeyinde sadece kendi üyelerini kapsayan isteğe bağlı olarak çerçeve sözleşmeler yapılabilecektir”.

⁷² Bu hükmün gerekçesi; “Madde ile ayrıca, taraflardan birinin çağrısı ve karşı tarafın çağrıya olumlu cevap vermesi ile en az bir en çok üç yıl için, isteğe bağlı olarak sözleşmenin tarafı olan işçi ve işveren sendikalarının üyeleri arasında yazılı olarak, mesleki eğitim, iş sağlığı ve güvenliği, sosyal sorumluluk ve istihdam politikalarına ilişkin çerçeve sözleşmelere imkân tanınmıştır” şeklindedir.

“Çerçeve Sözleşme”nin kanuni olarak düzenlenmesinin bir diğer nedeninin ise bu anlaşmalara özel sektörün de katılmasının sağlanması olduğu düşünce-sindeyiz. Nitekim Kanunda öngörülmüş olan tanıma göre çerçeve sözleşme, Ekonomik ve Sosyal Konseyde⁷³ temsil edilen işçi ve işveren konfederasyonlarına üye işçi ve işveren sendikaları arasında işkolu düzeyinde yapılan sözleşme-dir. Bu tanımda özel sektör- kamu sektörü ayrımı yapılmamıştır. Bununla birlik-te uygulamada bu tür sözleşmelerin özel sektörde de yaygınlaşmasının mümkün olup olmayacağı önümüzdeki dönemlerde cevabını bulacaktır.

Çerçeve sözleşmenin mahiyeti, bilhassa bir toplu iş sözleşmesi türü olup olmadığı hususu kanımızca yoğun biçimde tartışılacaktır. Bu noktada bizim düşüncemiz; çerçeve sözleşmesinin bir toplu iş sözleşmesi türü olmadığıdır. Zira çerçeve sözleşmenin içeriğinin izah edildiği 6356 sayılı Kanunun 33. maddesinde öngörülen hususların(mesleki eğitim, sosyal sorumluluk vb.) iş sözleş-meleri üzerinde doğrudan doğruya normatif bir etkisi yoktur. Başka bir anlatım-la bizim hukukumuzda normatif kısım toplu iş sözleşmesinde zorunludur. 2822 sayılı Kanun döneminde de olduğu gibi 56356 sayılı Kanundaki tanıma bakacak olursak, normatif kısmı olmayan bir toplu iş sözleşmesi olamaz⁷⁴. Bu bağlamda iş sözleşmesinin yapılması, muhtevası ve sona ermesine ilişkin hükümleri bün-yesinde barındırmayan ve iş sözleşmeleri üzerinde doğrudan doğruya ve emre-dici bir etkisi bulunmayan çerçeve sözleşmesi, bir toplu iş sözleşmesi türü de-ğildir. Şu halde çerçeve sözleşme işçi ve işveren konfederasyonlarına üye işçi ve işveren sendikaları arasında işkolu düzeyinde yapılan, meslekî eğitim, iş sağlığı ve güvenliği, sosyal sorumluluk ve istihdam politikalarına düzenlemele-rin ana hatlarını çizen, kendine özgü bir sözleşme türü olarak tanımlanabilir.

Kanun Koyucunun yaptığı düzenlemeden de çerçeve sözleşmeyi bir toplu iş sözleşmesi türü olarak değil, farklı bir tür sözleşme olarak öngörmek istediği ka-nımızca aşikârdır. Zira 6356 sayılı Kanunun 33. maddesinde toplu iş sözleşmesi-

⁷³ 4641 sayılı Ekonomik ve Sosyal Konseyin Kuruluşu, Çalışma Esas ve Yöntemleri Hakkın-daki Kanun’un 2. maddesine göre Ekonomik ve Sosyal Konsey; “Başbakanın başkanlığında, Başbakan yardımcıları, Devlet Planlama Teşkilâtından sorumlu Devlet Bakanı, Hazineden so-rumlu Devlet Bakanı, Dış Ticaret Müsteşarlığından sorumlu Devlet Bakanı, Devlet Personel Başkanlığından sorumlu Devlet Bakanı, Maliye Bakanı, Tarım ve Köy İşleri Bakanı, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı, Sanayi ve Ticaret Bakanı, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanı, Devlet Planlama Teşkilâtı Müsteşarı, Gümrük Müsteşarı, Devlet Personel Başkanı ile Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, Türkiye İşçi Sendikaları Konfederasyonu, Türkiye İşveren Sendi-kaları Konfederasyonu, Türkiye Esnaf ve Sanatkarlar Konfederasyonu, Türkiye Ziraat Odaları Birliği, Hak İşçi Sendikaları Konfederasyonu, Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonunu temsil eden üçer temsilciden ve Başbakan tarafından belirlenecek diğer Hükümet temsilcileri ve sivil toplum kuruluşları temsilcileri ile kamu görevlilerinden oluşur”.

⁷⁴ Nitekim 6356 sayılı Kanunun toplu iş sözleşmesi tanımına göre: “Toplu iş sözleşmesi: İş sözleşme-sinin yapılması, içeriği ve sona ermesine ilişkin hususları düzenlemek üzere işçi sendikası ile işve-ren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında yapılan sözleşmeyi” ifade eder.

nin ve çerçeve sözleşmenin içeriği farklı bir biçimde düzenlenmiştir. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi; toplu iş sözleşmesinin içeriğinde zorunlu olarak bulunması gereken iş sözleşmesinin yapılması, muhtevası ve sona ermesine ilişkin hükümlere, çerçeve sözleşmenin içeriği düzenlenirken hiç değinilmemiştir.

Yukarıda bahsettiklerimiz yanında belirtelim ki; 6356 sayılı Kanunun hazırlanma sürecinde ortaya konulan bir takım ön tasarı ve önerilerde⁷⁵, “çerçeve toplu iş sözleşmesi” kavramına itibar edilse ve bu sözleşmenin içeriğinin ücretlerin asgari düzeyi, asgari çalışma koşulları gibi konuların olacağı ifade edilse de; Kanun yukarıda bahsettiğimiz biçimde çerçeve sözleşme kavramını tanımlamış ve içeriğini mesleki eğitim, sosyal sorumluluk, istihdam politikaları vb. olarak öngörmüştür. Tüm bu söylediklerimizden çıkarılacak sonuç; Kanun Koyucunun çerçeve sözleşmeyi bir toplu iş sözleşmesi türü olarak değil, ayrı bir sözleşme türü olarak düzenlemiş olduğudur.

Nihayet bu hususta ifade edelim ki; çok yeni bir kavram olarak mevzuatımıza dahil olan çerçeve sözleşme kavramı ile ilgili olarak bir çok tartışmalı konunun ortaya çıkacağı muhakkaktır. Örneğin, taraflardan birinin çerçeve sözleşme yapılmasına ilişkin çağrısına karşı tarafın uymaması uyumsuzluk çıkıp çıkmayacağı veyahut çerçeve sözleşmeyle toplu iş sözleşmesi hükümleri arasında çatışan hükümler varsa hangisine itibar edileceği vb. gibi tartışmaların gündeme gelmesi muhtemeldir.

SONUÇ

2822 sayılı eski TSGLK’ da olduğu gibi 6356 sayılı yeni “Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu” da toplu iş sözleşmelerinin düzeyi bakımından kural olarak temel ünite işyeridir. Eski kanundaki bu temel esası aynen koruyan yeni 6356 sayılı Kanun, işyeri, grup ve işletme toplu iş sözleşmesi olmak üzere üç tür toplu iş sözleşmesi yapılmasına imkan tanımaktadır. Dolayısıyla konumuz bakımından 6356 sayılı Kanunun eski Kanundaki düzenlemeden ayrılmadığını belirtelim. Bununla birlikte yeni Kanun bir takım yeni düzenlemeler öngörmüştür. Nitekim ilk defa 6356 sayılı Kanunda “grup toplu iş sözleşmesi”nin tanımı yapılmıştır. Kanaatimizce Kanun Koyucu, 6356 sayılı Kanunun 2. maddesinde hem grup toplu iş sözleşmesini hem de işletme toplu iş sözleşmesi ayrı ayrı tanımlayarak bu iki toplu iş sözleşmesinin farklı yönlerine açıklık getirmek istemiştir.

⁷⁵ Örneğin Türk-İş söz konusu düzenlemenin şu şekilde olması gerektiğini savunmuştur: “İşkolu çerçeve sözleşmesi; bir işkolunda, o iş kolunda çalışan sendika üyesi olsun olmasın tüm işçileri kapsayan; o iş kolundaki en çok üyeye sahip işçi ve işveren sendikaları arasında işkolu düzeyinde yapılan ve o iş kolundaki işçilerin, mesleki eğitimleri, iş sağlığı ve güvenliği önlemleri, asgari çalışma koşulları, ücretlerin asgari düzeyini ve benzeri hususları içeren sözleşmedir.”

2822 sayılı Kanun döneminde tam olarak açıklığa kavuşturulamayan işyerinin veya bir bölümünün devri durumunun işletme toplu iş sözleşmesine etkileri hususu 6356 sayılı yeni Kanunumuzda ayrıca ve açıkça düzenlenmiştir.

Son olarak ifade edelim ki; 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Türk İş Hukuku Mevzuatına “çerçeve sözleşme” adıyla yeni bir kavram getirmiştir. Kanunda yapılan çerçeve sözleşme tanımından ve çerçeve sözleşmenin içeriği ile ilgili hükümden çıkardığımız sonuç; iş sözleşmesinin yapılması, muhtevası ve sona ermesine ilişkin hükümleri bünyesinde barındırmayan ve iş sözleşmeleri üzerinde doğrudan doğruya ve emredici bir etkisi bulunmayan çerçeve sözleşmesinin bir toplu iş sözleşmesi türü olmadığıdır. Şu halde çerçeve sözleşme işçi ve işveren konfederasyonlarına üye işçi ve işveren sendikaları arasında işkolu düzeyinde yapılan, meslekî eğitim, iş sağlığı ve güvenliği, sosyal sorumluluk ve istihdam politikalarına düzenlemelerin ana hatlarını çizen, kendine özgü bir sözleşme türü olarak tanımlanabilir.

KAYNAKÇA

- Aktay, A. Nizamettin /Arıcı, Kadir/Kaplan, Emine Tuncay; İş Hukuku, 4. Bası, Gazi Kitabevi, Ankara 2011.
- Aydın, Ufuk; “Türk Hukukunda İşletme Toplu İş Sözleşmeleri ve Uygulama Sorunları”, G.S. Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, İstanbul 2002, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, Yıl: 1, Sa: 1, s. 435-460.
- Aydınlı, İbrahim; “İş Hukukunda İşyeri ve İşletme Kavramın Muhtevası ve Önemi”, Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Ocak 1999, C. 4, Sa: 4, s. 171-217.
- Cengiz, İftar Urhanoglu; “Türk Hukukunda İşyerleri Toplu İş Sözleşmesi”, TBB Derisi, Sa: 89, 129-153.
- Centel, Tankut; “Toplu İş Sözleşmesi Özerkliğinin Hukuki Sınırları”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2010, Sa: 17, s. 211-221.
- Ceylan, Saadet; “İşletme Kapsamına giren Bir İşyerinde, Ayrı bir İşyeri Toplu İş Sözleşmesi Yapılabilmesine Yönelik Karar İncelemesi”, Sicil İş Hukuku dergisi, Aralık 2006, Sa. 4, s. 114-120.
- Çelik, Nuri; İş Hukuku Dersleri, Beta Yayınları, 24. bası, İstanbul 2011.
- Çifter, Algun; “Toplu İş Sözleşmesinin Muhtevası, Düzeyi ve Türleri”, Kamu-İş 2004, C. 7, Sa: 3, s. 1-15.
- Çubukçu, Erdoğan; “İşletme Toplu İş Sözleşmesi Yapılması ve Bir Bilimsel Düşüncenin İzlenimleri”, İş Hukuku Dergisi, C. 1, Sa: 3, s. 391-397
- Demircioğlu, A. Murat; “2822 Sayılı Yasa Tasarı Taslağının Değerlendirilmesi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2008, Sa.: 9, s. 77-82.
- Dereli, Toker; “Uluslararası Çalışma Örgütü Perspektifiyle Türkiye’de Sendika Özgürlükleri ve Yeni Yasa Taslaklarının Değerlendirilmesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2007, Sa: 6, s. 87-106.
- Ekonomi, Münir; “İşletme Toplu İş Sözleşmeleri ve Uygulamada Karşılaşılan Başlıca Sorunlar”, Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, 1987, C. 1, Sa: 1, s. 6-21
- Ekonomi, Münir; “İşletme Toplu İş Sözleşmeleri ve Uygulamada Karşılaşılan Başlıca Sorunlar”, Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Temmuz 1987, C. 1, Sa: 1, s. 6-21. (İşletme Toplu İş Sözleşmeleri)
- Ekonomi, Münir; “Birden Çok İşyerini Kapsamak Üzere Yapılan İşyerleri Toplu İş Sözleşmesi (Grup Toplu İş Sözleşmesi) ve Yargıtay’ın Bu Sözleşmelere İlişkin Görüşleri Sebebiyle Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar” Türk İş Mevzuatı Açısından Grup Toplu İş Sözleşmeleri, MESS Yayını, İstanbul 1989, s. 13-30. (Karşılaşılan Sorunlar)
- Engin, E. Murat; Toplu İş Sözleşmesi Sistemi, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1999.

- Ergin, Berin; “İşverenin Değişmesinin Hizmet Sözleşmelerine ve Toplu İş Sözleşmelerine Etkisi ve Yargıtay Kararları”, Yargıtay Dergisi, Ocak- Nisan 1991, C. 17, Sa: 1-2, s. 98-122.
- Günay, Cevdet İlhan; Batı ve Türk Hukukunda Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisi, Ankara 1991
- Kutal, Metin; “2822 Sayılı Yasada Toplu İş Sözleşmesi Kavramı, Düzeyi, İçeriği ve Sona Ermesi” İktisat ve Maliye Dergisi, Mart 1984.
- Kutal, Metin; “2821 Sayılı Sendikalar Kanunu ile 2822 Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yasa Teklifi Hakkında Bir İnceleme” Sicil İş Hukuku Dergisi, Eylül 2008, Sa.: 11, s. 73-97.
- Narmanlıoğlu, Ünal; İş Hukuku II, Toplu İş İlişkileri, İzmir 2001.
- Oğuzman, Kemal; “2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununda Yapılması Gereken Değişiklikler”, Milli Komite 15. Yıl Armağanı, İstanbul 1991, s. 131-150.
- Özveri, Murat; “Toplu İş Sözleşmesi Yetkisinin Belirlenmesindeki Açmazlar ve 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası”, Çalışma ve Toplum 2004, Sa. 2, s. 81-90.
- Sözer, Ali Nazım; “Grup Toplu İş Sözleşmesi ve 2822 sayılı Yasa Açısından Değerlendirilmesi”, İktisat ve Maliye Dergisi, Yıl: Ekim 1986, Cilt: 33, Sayı: 7.
- Şahlanan, Fevzi; Toplu İş Sözleşmesi, Banksis Yayınları, İstanbul 1992.
- Tuğ, Adnan; Türk Hukukunda Toplu İş Sözleşmesi, Çankaya Üniversitesi Yayınları, Ankara 1998.
- Tuncay, A. Can; Toplu İş Hukuku, Beta Yayınları, 2. Bası, İstanbul 2010.
- Tuncay, A. Can; “Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye’de Grup Toplu İş Sözleşmeleri”, Çimento İşveren Dergisi, Ocak 1987, s. 11-17. (Grup Toplu İş Sözleşmeleri)
- Uçum, Mehmet; Toplu İş Sözleşmesinde Teklik ilkesi ve Hukuki Sonuçları”, Legal YKİ 2007, Sa.: 4, s. 201-214.
- Ulucan, Devrim; “Toplu İş Sözleşmesi ve Toplu İş Uyuşmazlıkları Açısından Yargıtay’ın 1986 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Yargıtay’ın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 1988, s. 109-132.
- Ulucan, Devrim; “Toplu İş İlişkileri Yasa Taslağı ile Kolektif İş Hukuku Alanında Önerilen Bazı Değişiklikler”, Osman Güven Çankaya’ya Armağan, Ankara 2010, s. 231-240.
- Yenisey, Kübra Doğan; İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, İstanbul 2007.

ALMAN HUKUKUNDA SOSYAL TEMAS KAVRAMI

*Dr. C. Gökhan ERBAŞ LL.M. (Köln)**

ÖZET:

Modern sosyal sistemlerin gerekleri, haksız fiilin şartlarının oluşmadığı bazı durumlarda bireyleri diğer sözleşme tarafını seçmeden veya diğer sözleşme tarafıyla sözleşmenin içeriğini özel olarak belirlemeden, edimleri ifaya ya da üçüncü kişilerce yapılan ifaları kabule yönlendirmektedir. Bu tür durumlar hukukun diğer alanlarının yanında iş hukuku alanında da söz konusu olabilmektedir.

Klasik anlamda icap ve kabulün mevcut olmaması nedeniyle sözleşme ilişkisinin varlığından söz edilememesinin yanında, haksız fiilden kaynaklanan sorumluluk şartlarının gerçekleşmediği durumlarda hak ve nesafet kuralları gereğince doğduğu kabul edilen ifa ödevinin kaynağı Alman doktrininde, -diğer şartların da varlığı halinde- “**sosyal temas**” kavramı kullanılmak suretiyle açıklanmaya çalışılmıştır.

Bu çalışmada Türk hukukuna ışık tutması açısından 1940’lı yılların başlarında *Günther Haupt* tarafından ilk defa ortaya atılan ve *Alman doktrininde atom bombası etkisi gösterdiği* ifade edilen “sosyal temas” kavramı Alman hukuku çerçevesinde tanımlanmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler:

Sosyal, Temas, İş, Hukuku, Alman.

ABSTRACT:

In the cases that the essential components of tort liability are not occurred, necessities of the modern social systems require a party to make performance or to accept the performance by third parties without having to choose the other party of a contract or without having to specifically determine the content of a contract. Such cases may occur in labour law besides in the other areas of law.

Where there is no contractual relationship due to absence of a valid offer and acceptance and the conditions of tort liability are not fulfilled, the source of equitable duty to perform in German doctrine is explained via the term of “**social contact**” provided that the other requirements are met.

In this study, the term of “social contact” in German Law, which was originally asserted by *Günther Haupt* in early 1940s and *had the effect of an atom bomb in German doctrine* will be examined in order to provide a perspective to Turkish law.

Keywords:

Social, Contact, Labour, Law, German

* Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Görevlisi. Eleştiri ve yorumlarınızı gokhanerbas@yahoo.de adresine iletebilirsiniz.

I. GİRİŞ

Alman hukuk sisteminde olduğu gibi Türk hukuk sisteminde de özellikle özel hukuk alanına giren hukuki ilişkileri düzenlemeye yönelik en önemli araçlar kuşkusuz karşılıklı irade beyanlarının uyuşması ile meydana gelen sözleşmelerdir.¹ Bu bağlamda taraflar sözleşmeden kaynaklanan hukuki ilişkiler çerçevesinde, sözleşmeye bağlılık (*pacta sunt servanda*) ilkesi doğrultusunda karşılıklı olarak talepte bulunabilmektedirler. Bunun yanında aralarında hiçbir sözleşme ilişkisi bulunmayan tarafların, gerekli şartların mevcut olması halinde haksız fiilden kaynaklanan sorumluluk hükümleri uyarınca birbirlerinden talepte bulunmaları mümkün olabilmektedir.

Diğer taraftan modern sosyal sistemlerin gerekleri, haksız fiilin şartlarının oluşmadığı bazı durumlarda bireyleri diğer sözleşme tarafını seçmeden veya diğer sözleşme tarafıyla sözleşmenin içeriğini özel olarak belirleyemeden, edimleri ifaya ya da üçüncü kişilerce yapılan ifaları kabule yönlendirmektedir.² Bu tür durumlar hukukun diğer alanlarının yanında, örneğin alt işverenin işçileri ile asıl işveren arasında meydana gelen ve sözleşme ilişkisi ya da haksız fiil kalıpları içerisine oturtulamayan hukuki ilişkilerde olduğu gibi, iş hukuku alanında da söz konusu olabilmektedir.³

Bu çalışmada Türk hukukuna ışık tutması açısından Alman hukukunda arada sözleşme ilişkisi olmaksızın doğan ifa yükümlülüğünü açıklamakta kullanılan “*sosyal temas*” kavramı tanımlanmaya çalışılacaktır.

II. SOSYAL TEMAS KAVRAMINA İLİŞKİN ALMAN DOKTRİNİNDEKİ GÖRÜŞLER

A. Genel Olarak

Alman medeni hukuk hükümleri uyarınca bir sözleşme ilişkisinin kurulması kural olarak sadece icap ve kabul ile mümkün olmaktadır. Fakat bazı durumlarda, örneğin bir otobüs ya da tramvay şirketinin ücret ödenmesi haricinde başka bir şart ileri sürmeksizin ve özellikle icap ve kabulün varlığıyla bir sözleşmenin kurulmasını beklemeksizin bireyleri taşımakla yükümlü olduğu durumlarda bireyler bir yerden başka bir yere bu şirket tarafından taşınmayı talep etme hakkına sahip olmaktadır. Böyle bir durumda sözleşme ilişkisi çerçevesinde ifa yükümlülüğünün doğabilmesi için karşılıklı olarak uyuşması gereken irade beyanları belirleyici özelliğini kaybetmektedir.⁴

¹ Krş. *Haupt*, FS Siber 1943, 1, 5; *Oğuzman/Öz*, 39 vd.

² Krş. *Haupt*, FS Siber 1943, 1, 6; *Oğuzman/Öz*, 34 vd.

³ Ayrıntılar için bkz. *Aydınlı*, 1 vd., 53.

⁴ *Haupt*, FS Siber 1943, 1, 6; krş. *Aydınlı*, 49 vd.; *Oğuztürk*, 108 vd.

Bu gibi durumlarda genel itibariyle ileride tekrar değinileceği üzere Alman Medeni Kanunu'nun [*Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*] 823. maddesinde belirtilen haksız fiilin unsurlarının mevcut olmaması nedeniyle,⁵ haksız fiilden kaynaklanan sorumluluğun ve dolayısıyla ifa yükümlülüğünün doğduğundan bahsetmek de mümkün olamamaktadır.

Klasik anlamda icap ve kabulün mevcut olmaması nedeniyle sözleşme ilişkisinin varlığından söz edilememesinin yanında haksız fiilden kaynaklanan sorumluluk şartlarının gerçekleşmediği durumlarda hak ve nesafet kuralları gereğince doğduğu kabul edilen ifa ödevinin kaynağı, diğer şartların da varlığı halinde “sosyal temas” kavramı kullanılmak suretiyle açıklanmaya çalışılmıştır. Aşağıda Alman doktrininde bu doğrultuda ortaya çıkmış görüşlere değinilecektir.

B. Sosyal Temastan Kaynaklanan Fiili Sözleşme İlişkileri Görüşü

Sosyal temastan kaynaklanan fiili sözleşme ilişkileri görüşü ilk olarak *Günter Haupt* tarafından ortaya atılmıştır.⁶ Alman doktrininde, *Haupt*'un bu görüşünün ortaya ilk atıldığında bir “atom bombası” etkisi gösterdiğini ileri sürenler dahi olmuştur.⁷ *Haupt* çalışmalarında durumu detaylarıyla açıklayabilmek için bazı somut olaylardan hareket etmiştir.⁸ Bu bağlamda ilk olarak spor amaçlı uçan bir pilotun, kamuya açık bir havaalanına iniş yapması ve havaalanı ücretini ödememesi olayını ele almıştır. Bu olayda havaalanı şirketi söz konusu kişiye karşı dava açmıştır. Berlin-Mitte mahkemesi davacı şirketin talebini kabul etmiş ve -sonucu itibariyle doğru olan- kararına gerekçe olarak da taraflar arasında havaalanının ücret karşılığında kullanılması hakkındaki sözleşmenin zımni olarak kurulduğunu göstermiştir. Breaslau'daki bir başka mahkeme de başka bir olay hakkında benzer bir karar vermiştir.⁹ *Haupt*'a göre bu kararlar sonuçları itibariyle isabetli olmakla birlikte gerekçe itibariyle yanlıştır. Çünkü söz konusu pilot sadece havaalanına iniş yapmakla ne havaalanı şirketinin tekli-

⁵ BGB md. 823 şu şekilde bir düzenleme içermektedir:

“(1) Her kim kasti ya da kusurlu bir şekilde bir başkasının hayatına, bedenine, sağlığına, malına veya başka bir hakkına hukuka aykırı bir şekilde zarar verecek olursa, zarar görenin ortaya çıkan zararını tazminle yükümlüdür.

(2) Aynı ödev, bir başkasını korumayı amaçlayan kanunu ihlal eden kişiler için de söz konusudur. 2.Kanunun içeriği uyarınca, söz konusu kanunun ihlalinin kusur olmaksızın da mümkün olması halinde, tazmin yükümlülüğü sadece kusurun mevcudiyeti hallerinde söz konusu olmaktadır.”

⁶ *Haupt*, FS Siber 1943, 1, 5 vd.; krş. MünchKommBGB 2003/*Kramer*, Einl. zu §§ 241 ff. kn. 63 vd.

⁷ *Lehmann*, NJW 1958, 1, 5; krş. *Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı*, 76.

⁸ *Haupt*, FS Siber 1943, 1, 7.

⁹ *Archiv f. Luftrecht* 1934, C. 4, 104 vd.

fini kabul etmekte ne de kendisi havaalanı şirketine icapta bulunmaktadır. Bu kişi hava trafiği kurallarına uygun bir şekilde hava alanına iniş yapmaktan başka hiç bir şey yapmamıştır. Ayrıca bu kişinin iniş yapmadan önce havaalanını kullanmaya yönelik sözleşme yapmak zorunda olduğu yönünde bir durum da söz konusu değildir. Çünkü somut olayın özellikleri gereğince bu kişi resmi makamlarca onaylanmış kullanım yönetmeliği kapsamında kamuya açık hava alanını kullanmaya yetkilidir. Bu nedenle bu kişiyi ne fiili ne de hukuki olarak Alman Medeni Kanunu (BGB) hükümleri uyarınca iniş sözleşmesi yapmaya zorunlu kılmak doğru değildir.¹⁰ Mahkemeler açısından bakıldığında böyle bir gerekçelendirmenin asıl amacı, ücret talebine hukuki bir dayanak sağlayabilmek için sözleşme hukuku hükümlerini kullanabilmektir.¹¹

Burada dikkat edilmesi gereken diğer bir husus da, bu tür sözleşme ilişkilerinin hiç bir irade beyanı olmadan meydana gelebileceği gibi, irade beyanı mevcut olup da sözleşme ilişkisinin kurulması açısından ve sözleşme içeriği açısından belirleyici bir anlam ifade etmediği hallerde de meydana gelebileceğidir.¹² Bu tür sözleşme ilişkilerini *Haupt* “*fiili sözleşme ilişkileri*” olarak isimlendirmekte ve bunları; *sosyal temastan kaynaklanan fiili sözleşme ilişkileri, bir topluluğa ya da bir organizasyona katılmadan kaynaklanan fiili sözleşme ilişkileri* ve Türkçe tabiri ile “iltihaki sözleşmeler” olarak bilinen *tipik sosyal davranışlardan kaynaklanan fiili sözleşme ilişkileri* olmak üzere üçe ayırmıştır.¹³ Burada bizim inceleyeceğimiz kısım sadece *-Haupt*’un tabiriyle- *sosyal temastan kaynaklanan fiili sözleşme ilişkileridir*.

Sosyal temastan kaynaklanan fiili sözleşme ilişkileri, çoğunlukla çözümü sözleşme yapılması esnasında borçlanma görüşünde aranan olaylarda görülmektedir. Bu gibi olaylarda özellikle sözleşme öncesi sorumluluk (*culpa in contrahendo*)¹⁴ ilkesi kapsamına sokulmaya çalışılan ifa ödevinin, herhangi bir sözleşmenin kurulamamasına ve bu nedenle ilgili kişilerin zarara sebebiyet veren davranışlarının mevcut olmayan sözleşmenin geriye etkili olmaması nedeniyle klasik sözleşmeden doğan sorumluluk kapsamına sokulamamasına rağmen, sözleşmeden doğan sorumluluk kapsamında değerlendirilmesi problem teşkil etmektedir.¹⁵ Bunun yanında sözleşme kurulmuş olsa bile pek tabii ki

¹⁰ *Haupt*, FS Siber 1943, 1, 7 vd.

¹¹ *Haupt*, FS Siber 1943, 1, 8.

¹² *Haupt*, FS Siber 1943, 1, 8.

¹³ *Haupt*, FS Siber 1943, 1, 9; ayrıca bkz. *Aydınlı*, 51 vd.; MünchKommBGB 2012/*Busche*, Vorbemerkung, kn. 44.

¹⁴ Kavram hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Aydınlı*, 75 vd.; *Oğuztürk*, 87 vd.; *Yılmaz*, 91 vd.

¹⁵ *Haupt*, FS Siber 1943, 1, 9.

sözleşmenin feshinin veya iptalinin mümkün olduğunun da göz ardı edilmemesi yerinde olacaktır.¹⁶

Bu gibi sorunlar nedeniyle başka somut bir gerekçenin bulunması zorunluluk olarak kendini göstermektedir. Bu gerekçenin tarafların gerçekte olmayan irade beyanları ile değil de, objektif olarak mevcut olan unsurlarla bağlantılı olmalıdır. Ortada sözleşmenin yokluğu nedeniyle haksız fiil sorumluluğuna başvurulması doğru değildir. Çünkü dükkâna gelen müşteri örneğinde olduğu gibi, alıcı satış görüşmeleri başlamadan önce dahi artık satıcı açısından herhangi bir “üçüncü kişi” niteliğini taşımamakta ve bu nedenle haksız fiil sorumluluğunun şartları oluşmamaktadır. Diğer taraftan birbiriyle uyuşan icap ve kabul neticesinde meydana gelen bir sözleşmenin kurulması da söz konusu değildir. Buradaki hukuki ilişki tam olarak ancak sözleşmeden doğan sorumluluk ile haksız fiil sorumluluğu sınırlarları arasındaki bir hukuki zemine oturtulabilmektedir.¹⁷ *Haupt*'a göre bu tür olaylarda yapılması gereken, bu olayların kendilerine has yapıları kabul edilerek, sözleşme hukukuna göre bir yargıya varmak, somut ifadeyle herhangi bir sözleşme ilişkisi kurulmadan sözleşme ilişkisinin varlığını kabul etmektir.¹⁸ Tipik bir şekilde ilgili kişiler arasında meydana gelen özel sosyal ilişki diğer bir deyişle “sosyal temas”, bu kişileri birbirleri için sadece “üçüncü kişi” olma niteliğinden sıyrarak bunlar arasında bir bağlantı kurmaktadır. Sosyal temas halindeki bu kişiler arasında meydana gelen zararın tazmini konusunda haksız fiil sorumluluğuna kıyasla, sözleşmeden doğan sorumluluk kurallarının uygulanması daha adil, daha uygun olarak ortaya çıkmaktadır.¹⁹

C. Sosyal Temastan Kaynaklanan Kanun Kapsamı Haricindeki Koruma Yükümlülükleri Görüşü

Sosyal temastan kaynaklanan fiili sözleşme ilişkileri görüşünün *Haupt* tarafından ortaya atılmasının ardından, *Hans Dölle* tarafından “kanun kapsamı dışında kalan sosyal temastan kaynaklanan koruma yükümlülükleri” görüşü ileri sürülmüştür.²⁰

Bu görüşe göre sözleşmeden kaynaklandığı kabul edilen sorumluluğun kaynağı, sadece sözleşme öncesi sorumluluk (*culpa in contrahendo*) ilkesi kapsamında değerlendirilen olaylar değildir. Alışveriş yapmak niyetiyle halı mağa-

¹⁶ *Hildebrandt*, 225 vd.

¹⁷ Krş. *Haupt*, FS Siber 1943, 1, 11.

¹⁸ *Haupt*, FS Siber 1943, 1, 11.

¹⁹ *Haupt*, FS Siber 1943, 1, 11.

²⁰ *Dölle*, ZgesStaatsW 1943, C. 103, 67, 67 vd.; krş. MünchKommBGB 2003/*Kramer*, Einl. zu §§ 241 ff. kn. 79.

zasına giren ve burada üzerine düşen halılar nedeniyle yaralanan kişi örneğinde olduğu gibi varlığı kabul edilen koruma yükümlülüklerinin, yapılmış bir sözleşmeye veya sözleşme benzeri bir borç ilişkisine dayandırılması mümkün değildir. Bu bağlamda koruma yükümlülüklerinin sözleşme yapılması esnasında mevcut olan sorumluluktan kaynaklandığı tezi de problem teşkil etmektedir.²¹ Burada belirleyici olan sözleşme yapmaya yönelik görüşmelere başlamak değil ilgili şahısların karşılıklı olarak birbirlerine ya da en azından bu şahıslardan birinin diğerine karşı güven duyması ve bu nedenle kendi kişisel haklarını bilinçli bir şekilde, sosyal temas ile amaçlanan hedefe ulaşmak niyetiyle, diğerinin etki alanına ve dolayısıyla diğerinin koruma ve özen yükümlülüğünün bulunduğu alana sokmasıdır.²² Burada güven ilişkisi, borç ilişkisinin sonucu olarak değil, aksine sebebi olarak kabul edilmelidir.²³ Sonuç olarak burada yükümlülüklerin kaynağını teşkil eden durumun ortaya çıkmasına sebep olan sözleşme görüşmeleri değil sosyal temastır. Bu noktada fiil ehliyeti ve irade beyanı hakkındaki normlar herhangi bir önem taşımamaktadır. Bu bağlamda sadece sözleşme görüşmesi yapmak için gelen kişi değil, bunun yanında mahkeme kararını uygulamak için gelen ve ev sahibi tarafından aslında istenmeyen icra memuru da bu korumadan faydalanır.²⁴

Ortaya konulan bu esaslar daha sonra *Pallmann* tarafından da benimsenmiştir. *Pallmann*'a göre sosyal temas çerçevesinde oluşan güven ilişkisinden kaynaklanan sorumluluk, sosyal temasın saikini oluşturan ticari amaçlara ilişkin sınırlamalara değil sadece genel sınırlamalara tabi olmalıdır.²⁵

Canaris de satış mağazası olaylarını –kanaatimizce de isabetli olarak- sözleşme öncesi sorumluluk (*culpa in contrahendo*) ilkesinin özel dogmatığı içerisine sokulmasına karşı olduğu yönünde görüş bildirmiştir.²⁶ O'na göre bir kişinin satış mağazasına girip yerde bulunan bir muz kabuğuna basarak düşmesi sonucunda yaralanması halinde söz konusu olan, o kişinin herhangi bir irade beyanına olan güvenini korumak değildir. Ayrıca böyle bir güvenin dayanağını oluşturabilecek bir fiili hadise de genel itibariyle söz konusu olmamaktadır ve güvenilen kişinin belli önlemleri almasıyla ya da almayı ihmal etmesiyle ilgili bir durum da mevcut olmamaktadır. Bunlarla birlikte iyi niyet ilkesinden hare-

²¹ *Dölle*, ZgesStaatsW 1943, C. 103, 67, 72.

²² *Dölle*, ZgesStaatsW 1943, C. 103, 67, 74, 84; krş. *Rötzer*, 38.

²³ *Dölle*, ZgesStaatsW 1943, C. 103, 67, 74, dn. 1, krş. *Staudinger/Schmidt*, Einl. zu §§ 241 ff. kn. 252.

²⁴ *Dölle*, ZgesStaatsW 1943, C. 103, 67, 74 vd.

²⁵ *Pallmann*, 87 vd.

²⁶ *Canaris*, 539 vd; krş. *MünchKommBGB 2003/Kramer*, Einl. zu §§ 241 ff. kn. 91.

ket ederek bir sorumluluğun doğduğunu söylemek de pek mantıklı gözükmemektedir.²⁷ Bu açıklamalara rağmen *Canaris*'e göre, satış mağazası olaylarını güven sorumluluğu prensipleri kapsamında, yani sonuç itibarıyla sözleşme öncesi sorumluluk (*culpa in contrahendo*) dogmatikliği esasları uyarınca değerlendirmek doğru olacaktır. Çünkü bu olaylarda kendi hukuki dayanaklarını, “yaralanan kişinin hukuki bir ilişki çerçevesinde kendi kişisel haklarını diğer tarafın etki alanına ve dolayısıyla diğerinin koruma ve özen yükümlülüğünün bulunduğu alana sokmasında” bulmaktadır.²⁸

Haupt'dan farklı olarak *Dölle* “sosyal temastan kaynaklanan fiili sözleşme ilişkileri” kavramını kullanmayı reddetmiştir. Çünkü, sosyal bağlantıların yeni ve farklı bir şekilde değerlendirilmesi sonucu gün yüzüne çıkan bir durumun gerekli nitelikte olmamasına rağmen, bilinen, köklü bir fenomen kapsamı dahilinde kategorize etmek doğru değildir. Ayrıca söz konusu ilişki bir sözleşmeye dayanmadığı gibi, bu ilişki için objektif sözleşme hukuku kuralları geçerli değildir. Bu gerekçelerle *Dölle*, suya sabuna dokunmadan “sosyal temastan kaynaklanan, kanun kapsamı haricindeki koruma yükümlülükleri” kavramını kullanmayı tercih etmiştir.²⁹

Sosyal temastan kaynaklanan, kanun kapsamı haricindeki koruma yükümlülükleri görüşü özellikle sözleşmeden doğan sorumluluğa sebebiyet veren unsurların yeterli bir şekilde somutlaştırılmaması ve bundan dolayı sözleşmeden doğan sorumluluk ile haksız fiilden doğan sorumluluk sınırlarının belirlenmesinde probleme sebebiyet vermesi gibi nedenlerle doktrinde sert eleştirilere maruz kalmıştır.³⁰

Bu eleştiriler *Dölle*'nin sadece haksız fiil hukuku kapsamında kabul edilmiş genel güvenliği sağlama ödevinden değil de aynı zamanda sosyal temas dolayısıyla oluşan özel bağlar çerçevesindeki sorumluluktan³¹ söz edebilmek için gerekli olan kriterlerin oluşup oluşmadığını yeterince incelemiş olması nedeniyle isabetli bulunmamıştır.³²

²⁷ *Canaris*, 539 vd.

²⁸ *Canaris*, 540, krş. NK-BGB/*Krebs*, § 241, kn. 28.

²⁹ *Dölle*, ZgesStaatsW 1943, C. 103, 67, 85; krş. MünchKommBGB 2003/*Kramer*, Einl. zu §§ 241 ff. kn. 79.

³⁰ *Frotz*, 63, dn. 147; *Lehmann*, NJW 1958, 1, 2.

³¹ Ayırım için bkz. MünchKommBGB 2003/*Kramer*, Einl. zu §§ 241 ff. kn. 79 vd.

³² *Thiele*, JZ 1967, 649, 652; krş. MünchKommBGB 2003/*Kramer*, Einl. zu §§ 241 ff. kn. 79.

III. SOSYAL TEMAS KAVRAMINA İLİŞKİN TÜRK HUKUKUNDAKİ GÖRÜŞLER

Türk hukukunda da zararın sorumluluğunun bir rastlantıya yüklenmesinin toplumdaki adalet inancına ilişkin problemlere neden olabileceğinden hareketle, hukuk kuralları kapsamında zararın dengeli paylaşımı ve hakkaniyet kuralları gereği menfaat teminine katkıda bulunanlara edimlerinin karşılığının verilmesi arayışına girildiği söylenebilir.³³

Bu bağlamda çalışma içerisinde kısmen değinildiği üzere “sosyal temas” kavramı Türk hukukunda da ele alınmıştır.³⁴ Bu kavramı genel itibariyle iş hukuku penceresinden değerlendiren *Aydınli*, sosyal temastan kaynaklanan koruma yükümlülüklerini Türk hukukunda genel itibariyle MK. md. 2’de yerini bulan dürüstlük kuralına, iş ilişkisi açısından ise işverenin işçisini koruma yükümlülüğüne dayandırmıştır.³⁵ *Oğuztürk* tarafından, *arada geçerli bir hizmet sözleşmesi olmaksızın bir kişinin bir iş yerinde çalışmaya başlaması hali, çalışan kişinin işverenin menfaat alanı içerisine girmesi sebebiyle sosyal temasın oluşumuna en açık örnek* olarak gösterilmiştir.³⁶ Yazar tarafından sosyal temastan kaynaklanan koruma yükümlülüğünün daha ziyade henüz sözleşme kurulmadan önce oluşan güvenden kaynaklanan sorumluluk kapsamında algılandığı görülmektedir. Bunun yanında sosyal temastan kaynaklanan yükümlülüklerin, sözleşme kurulamayacağı netlik kazanması sonrasında da söz konusu olabileceği göz ardı edilmemelidir.

Diğer taraftan doktrinde, sosyal temastan kaynaklanan koruma yükümlülükleri kapsamına sokulan olayların esas itibariyle mevcut hukuk kuralları çerçevesindeki klasik hukuki işlem teorisi esas olarak haksız fiil ve sebep-siz zenginleşme hakkındaki hükümlere dayanarak hukuki zemine yerleştirilebileceği ve genel olarak fiili borç ilişkileri görüşüne Türk hukukunda yer olmadığı da savunulmuştur.³⁷

IV. SONUÇ

Bu açıklanan görüşlerin ışığı altında bakıldığında bu tür olaylarda bir sorumluluktan söz edebilmek için öncelikli olarak, haksız fiilden söz edilebilecek

³³ Krş. *Eren*, 152 vd.; *Kılıçoğlu*, 10 vd.; *Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı*, 70 vd.

³⁴ *Aydınli*, 1 vd. 71 vd.; *Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı*, 78vd.; *Oğuztürk*, 82, 108 vd; krş. *Kılıçoğlu*, 2, 8 vd.; *Oğuzman/Öz*, 37 vd.

³⁵ *Aydınli*, 254 vd.. krş. *Yılmaz*, 27 vd.

³⁶ *Oğuztürk*, 108.

³⁷ *Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı*, 80; *Serozan*, 84 vd.

tesadüfi karşılaşmaların üzerinde kişilerin birbirleriyle bağlantı halinde buldukları spesifik bir sosyal temasın mevcut olması gerekmektedir.³⁸ Bunun haricinde söz konusu bu sosyal temas, hukuk kuralları çerçevesinde gerçekleşmiş olmalıdır.³⁹

Sosyal temastan kaynaklanan koruma yükümlülükleri Almanya'da haksız fiil hukukunun ciddi nitelikteki zayıf noktalarını bertaraf etmek üzere esas itibarıyla sözleşme hukukundan hareket edilmek suretiyle geliştirilmiştir.⁴⁰ Bu bağlamda *sosyal temastan kaynaklanan sorumluluk* kavramından anlaşılması gereken, kendine has özel yapısı nedeniyle, haksız fiil sorumluluğu ve sözleşmeden doğan sorumluluk kalıplarına tam olarak oturtulamayan,⁴¹ hak ve nesafet kuralları çerçevesinde güven ilişkisine dayalı olarak ortaya çıktığı kabul edilen sorumluluktur. Güven ilişkisinden hareket eden böyle bir gerekçe açık bir şekilde sözleşme girişimine başlanması konusunda bir hüküm içeren BGB md. 311 f. 2 hakkındaki hükümet gerekçesiyle⁴² tamamen uyumaktadır. Diğer taraftan sosyal temastan kaynaklanan koruma yükümlülüklerini tamamen sözleşme yapma niyetine bağlamak yerinde olmayacaktır.

Bunların yanında günümüzde sosyal teması, ticari temas veya organize temas ya da nihai temas olarak somutlaştırmak isteyen görüşlerin Alman doktrininde baskın olduğu söylenebilir.⁴³

Bunlara ek olarak, Almanya'da 1 Ocak 2002 tarihinden itibaren geçerli olan borçlar kanunu reformu⁴⁴ ile sosyal temastan kaynaklanan sorumluluk düşüncesini en azından "ticari temastan" kaynaklanan borç ilişkisi açısından BGB md. 311 f. 2 içerisinde⁴⁵ açık bir şekilde benimsediğini ifade etmek yerinde olacaktır.⁴⁶

³⁸ Esser/Schmidt, AT/2, 147, krş. Staudinger/Schmidt, Einl. zu §§ 241 ff. kn. 252.

³⁹ Dölle, ZgesStaatsW 1943, C. 103, 67, 75.

⁴⁰ Stoll, FS von Hippel 1967, 517, 527. MünchKommBGB 2003/Kramer, Einl. zu §§ 241 ff. kn. 91.

⁴¹ Bununla birlikte sosyal temas kavramının asıl itibarıyla (*genuin*) haksız fiil hukuku ve sözleşme hukukunda kaynağını bulduğunu söylemek yerinde olacaktır, bkz. Stoll, FS von Hippel 1967, 517, 527; MünchKommBGB 2003/Kramer, Einl. zu §§ 241 ff. kn. 91, dn. 355.

⁴² BT-Drucks. 6857.

⁴³ NK-BGB/Krebs, § 241, kn. 27.

⁴⁴ 26 Kasım 2001 tarihli Alman Borçlar Hukukunun Modernleştirilmesine Dair Kanun [**Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts (BGBl. I S. 3138)**] ile Alman Medeni Kanunu (BGB) içerisindeki borçlar hukukuna ilişkin hükümler, Avrupa Topluluğu direktifleri de göz önünde bulundurularak 1 Ocak 2002 tarihinden geçerli olmak üzere (BGBl. I S. 42) değiştirilmiştir.

⁴⁵ BGB md. 311 "Hukuki işlemlerden ve hukuki işlem benzeri işlemlerden doğan borç ilişkileri" başlığı altında şöyle bir düzenleme içermektedir:

Genel bir değerlendirme yapılacak olursa, verilen örneklerde de görüldüğü üzere bu tür olaylarda tarafların arasında zımni olarak kurulmuş da olsa herhangi bir sözleşme bulunmamakta ve hatta tarafların kesinlikle herhangi bir sözleşme yapma niyeti bulunmayabilmektedir. Bu bağlamda bu gibi durumlarda hak ve nesafet kuralları uyarınca doğduğu kabul edilen ifa ödevini her durumda sözleşme öncesi sorumluluk (*culpa in contrahendo*) veya fiili sözleşmeden kaynaklanan sorumluluk kapsamında değerlendirmek sonuç olarak doğru olsa da esas itibariyle çok uygun görünmemektedir. Sonuç olarak sosyal temasa ilişkin görüşler karşılaştırıldığında, -zımni olarak kurulmuş da olsa- herhangi bir sözleşme olmaksızın taraflar arasında doğacak borç ilişkilerini “sosyal temastan kaynaklanan fiili sözleşme ilişkileri” olarak değil de “sosyal temastan kaynaklanan kanun kapsamı dışında kalan koruma yükümlülükleri” olarak tanımlamak daha isabetli görünmektedir.

Meseleye Türk hukuku açısından bakıldığında, sosyal temastan kaynaklanan sorumluluğun mevcudiyetinin doktrinde ele alındığı, fakat “sosyal temas” kavramının uygulamada kullanımına hemen hemen hiç rastlanılmadığı görülmektedir. Bu bağlamda -şartların varlığı halinde- muhtemel mağduriyetlerin önlenmesi açısından, hukuk güvenliğini tehlikeye atmayacak ve hukukun objektifliğine gölge düşürmeyecek ölçüde “sosyal temas” kuramının kullanılması, uygulamada hak ve nesafet kuralları gereğince olması gerekenlerin hukuki bir zemine yerleştirilmesinde yararlı olabilecektir.

“(1) Hukuki işlemde kaynaklanan borç ilişkisinin kurulması ve aynı şekilde bir borç ilişkisinin içeriğinin değiştirilmesi için, kanun aksini öngörmedikçe, taraflar arasında bir sözleşmenin varlığı gereklidir.

(2) § 241 f. 2 uyarınca söz konusu olan ödevleri içeren bir borç ilişkisi şu durumlarda da doğar:

1. sözleşme pazarlıklarına başlanması,

2. bir tarafın muhtemel bir hukuki ilişki bağlamında karşı tarafa kendi hakları, hukuki değere sahip varlıkları ve menfaatleri üzerinde tasarrufla bulunma imkânını verdiği veya ona bunları emanet ettiği bir sözleşmeye hazırlık ya da

3. benzer ticari temaslar.

(3) Md. 241 f. 2 uyarınca söz konusu olan ödevleri içeren bir borç ilişkisi, sözleşme tarafı olmayacak kişiler için de doğabilir.² Böyle bir borç ilişkisi özellikle, üçüncü kişinin önemli derecede güven telkin ettiği böylece sözleşme pazarlıklarını ya da sözleşmenin kurulmasını ciddi şekilde etkilediği durumda doğar.”

⁴⁶ Krş. MünchKommBGB 2012/Busche, Vorbemerkung, kn. 44; MünchKommBGB 2012/Bachmann/Roth, § 241 BGB kn. 126; NK-BGB/Krebs, § 241, kn. 28.

KISALTMALAR

Archiv f. Luftrecht : Archiv für Luftrecht (Dergi)

BGB : Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)

BGBI : Bundesgesetzblatt (Alman Resmi Gazesi)

BT-Drucks : Drucksache des Deutschen Bundestages (Almanya Federal Meclis Tutanakları)

C. : Cilt

dn. : dip not

FS : Festschrift (Armağan)

JZ : Juristenzeitung (Dergi)

kn. : kenar numarası

md. : madde

MK. : Medeni Kanun

MünchKommBGB : Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch

NK-BGB : Nomos Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch

NJW : Neue Juristische Wochenschrift (Dergi)

S. : Sayfa

vd. : ve devamı

ZgesStaatsW : Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft (Dergi)

KAYNAKÇA

Aydınlı, İbrahim: İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları, Ankara 2004. Atıf şekli: Aydınlı, ...

Canaris, Claus-Wilhelm: Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht, München 1971. Atıf şekli: Canaris, ...

Dölle, Hans: Aussergesetzliche Schuldpflichten, ZGesStaatsW 1943, C. 103, 67-102. Atıf şekli: Dölle, ZGesStaatsW 1943 C. 103, ...

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku – Genel Hükümler, 14. Baskı, İstanbul, 2012. Atıf şekli: Eren, ...

Esser, Josef / Schmidt, Eike: Schuldrecht – Allgemeiner Teil, Teilband 2, 8. Bası, Heidelberg 2000. Atıf şekli: Esser/Schmidt, AT/2, ...

Frotz, Gerhard: Verkehrsschutz im Vertretungsrecht, Frankfurt a. M. 1972. Atıf şekli: Frotz, ...

Haupt, Günter: Über faktische Vertragsverhältnisse, Festschrift für Heinrich Siber, Leipzig 1943, C. II, 1-37. Atıf şekli: Haupt, FS Siber 1943, ...

Hildebrandt, Heinz: Erklärungschaftung, Berlin 1931. Atıf şekli: Hildebrandt, ...

J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen:

Kılıçoğlu, Mustafa: Sorumluluk Hukuku - Sözleşme Dışı Sorumluluk, C. I, Ankara 2002. Atıf şekli: Kılıçoğlu, ...

Kocayusufpaşaoğlu, Necip / Hatemi, Hüseyin / Serozan, Rona / Arpacı, Abdülkadir: Borçlar Hukuku – Genel Bölüm, C. I, 4. Bası, İstanbul 2008. Atıf şekli: Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, ...

Lehmann, Heinrich: Faktische Vertragsverhältnisse, NJW 1958, 1-5. Atıf şekli: Lehmann, NJW 1958, ...

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch 2003: Band 2a: Schuldrecht, Allgemeiner Teil, §§ 241-432, 4. Bası, München 2003. Atıf şekli: MünchKommBGB 2003/Bölüm yazarı, ...

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch 2012: Band 1: Allgemeiner Teil, §§ 1-240, 6. Bası, München 2012. Band 2: Schuldrecht, Allgemeiner Teil, §§ 241-432, 6. Bası, München 2012. Atıf şekli: MünchKommBGB 2012/Bölüm yazarı, ...

Nomos Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Band 2/1: Schuldrecht, 2. Bası, Berlin 2011. Atıf şekli: NK-BGB/Bölüm yazarı, ...

- Oğuzman, Kemal/ Öz, Turgut:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 2009. Atıf şekli: Oğuzman/Öz, ...
- Oğuztürk, Burcu (Kalkan):** Güven Sorumluluğu, İstanbul 2008. Atıf şekli: Oğuztürk, ...
- Pallmann, Hans - Dietrich:** Gefällkeitsverhältnisse: Rechtsfolgen aus Gefällkeitsverhältnissen, Tübingen 1971. Atıf şekli: Pallmann, ...
- Rötzer, Hans:** Die Uneigennützigkeit im Zivilrecht, Augsburg 2008. Atıf şekli: Rötzer, ...
- Serozan, Rona:** Die Überwindung, Rechtsfolgen des Formmangels im Rechtsgeschäft nach deutschem, schweizerischem und türkischen Recht, Tübingen 1968. Atıf şekli: Serozan, ...
- Stoll, Hans:** Die Beweislastverteilung bei Positiven Vertragsverletzungen, Festschrift für Fritz von Hippel, Tübingen 1967, 517-559. Atıf şekli: Stoll, FS von Hippel 1967, ...
- Thiele, Wolfgang:** Leistungsstörungen und Schutzpflichtverletzung, JZ 1967, 649-657. Atıf şekli: Thiele, JZ 1967, ...
- Yılmaz, Asuman:** Türk, İsviçre ve Alman Hukuklarında Şirketler Topluluğuna Güven- den Doğan Sorumluluk, İstanbul, 2010. Atıf şekli: Yılmaz, ...
- Zweites Buch:** Recht der Schuldverhältnisse, Einleitung zu §§ 241 ff, §§ 241-243, 13. Bası, Berlin 1995. Atıf şekli: Staudinger/Bölüm yazarı, ...

BİR YARGITAY KARARI IŞIĞINDA TÜKETİCİ UYUŞMAZLIKLARININ ÇÖZÜM YOLLARI

*Arş. Gör. Aslı ARAS**

ÖZET:

4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, tüketiciyi koruyan düzenlemelere yer vermekle birlikte, tüketicilerin haklarını arayabileceği önemli kurumları (Tüketici Sorunları Hakem Heyeti ve Tüketici Mahkemeleri) hukuk sistemimize kazandırmış oldu. Tüketicinin en iyi şekilde korunabilmesi ve zararının hızla giderilmesi için tüketici ile satıcı ve sağlayıcı arasında, çıkan uyuşmazlıkları, daha az masrafla ve daha hızlı ve kolay yoldan çözümlenmek amacıyla, Tüketici sorunları hakem heyeti ve tüketici mahkemeleri oluşturulmuştur. 4822 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle, Tüketici Sorunları Hakem Heyeti, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'dan doğan tüm ihtilaflarda, yetkili ve görevli kılınmış, üstelik belirli meblağı aşmayan uyuşmazlıklarda, Tüketici Sorunları Hakem Heyeti'ne başvuru zorunlu hale getirilerek, Tüketici Sorunları Hakem Heyeti'nin işlevi artırılmış, kararlar bağlayıcı kılınmıştır.

Çalışmamızın konusu, incelenen Yargıtay kararı çerçevesinde tüketici uyuşmazlıklarının çözüm yollarını belirlemektir. Bu doğrultuda, hem kanunda düzenlenen uyuşmazlık çözüm yollarına hem de hukuk sistemimizde var olan ancak kanunda düzenlenmeyen diğer uyuşmazlık çözüm yollarının (sulh, arabuluculuk, tahkim) tüketici uyuşmazlıkları için elverişli olup olmadığı değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler:

Tüketici, Tüketici Uyuşmazlıkları, Tüketici Uyuşmazlıklarının Çözüm Yolları, Tüketici Sorunları Hakem Heyeti, Tüketici Mahkemeleri.

ABSTRACT:

The Consumer Protection Law no. 4077 not only included the regulations which protect the consumer, but it also brought in important institutions (Arbitration Committee of Consumer Disputes and Consumer Courts) to our legal system where consumers can claim their rights. For effective protection of the consumers and immediate compensation of the harm, in order to settle the disputes fast and easily, arbitration committees and special consumer courts are established. After the amendment of the Law no. 4822, arbitration committees are authorized in all disputes between consumers and suppliers. Moreover, applying to arbitration committees became obligatory in the disputes of a certain amount.

The subject of our study is will be determining the solution ways of the consumer disputes within the frame of analysed Supreme Court's decision. Accordingly, after determining the concept of consumer dispute, we will mention both the dispute solutions regulated in law and whether or not other resolutions which are in our legal system but not regulated in law are suitable for consumer disputes.

Keywords:

Consumer, Consumer Disputes, Resolution of Consumer Disputes, Arbitration Committee of Consumer Disputes, Consumer Courts.

* İzmir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı

I. İNCELEME KONUSU YARGITAY KARARI**(Y. 13.HD. T. 25.9.2006 E. 2006/7789 K. 2006/12275)**

ÖZET: Dava, paket-tur sözleşmesinden kaynaklanan tazminat istemine ilişkindir. Kural, bir uyuşmazlığın çözülmesi görevinin yetkili mahkemelere ait olmasıdır. Ancak, taraflar tahkim sözleşmesi yapabilecekleri gibi, yapmış oldukları sözleşmeye tahkim şartı da koyabilirler. 1086 sayılı HUMK'un 517. (6100 sayılı HMK'nın 412.) maddesine göre tahkim sözleşmesinin geçerli olması için yazılı şekil şarttır.

Davalının dayandığı paket-tur sözleşmesinde davacının imzası bulunmadığına göre, bu davacı açısından geçerli bir tahkim sözleşmesinden söz edilemez.

4077 sayılı Kanun'un 6. maddesine göre, satıcı veya sağlayıcının tüketiciyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyiniyet kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme koşulları haksız şart olup tüketici için bağlayıcı değildir.

Anılan maddeye göre, eğer bir sözleşme şartı önceden hazırlanmışsa ve özellikle standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir.

Somut olayda, paket-tur sözleşmesinin genel işlem şartlarını da içerir şekilde davalı tarafından düzenlenen ve standart nitelikte bir sözleşme olduğu anlaşılmaktadır. Tahkim şartına ilişkin maddenin davacı tüketici ile müzakere edilerek karşılıklı mutabakatla hüküm altına alındığına ilişkin bir delilin varlığı iddia ve ispat edilememiştir. Bu nedenle, davacı tüketici ile davalı arasındaki sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların çözümünde Tüketici Mahkemelerinin görevini ortadan kaldıran anlaşmanın davacı açısından bağlayıcılığı yoktur.

DAVA: Taraflar arasındaki sözleşmenin feshi, ödemenin iadesi davasının yapılan yargılaması sonunda, ilamda yazılı nedenlerden dolayı mahkemenin görevsizliğine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davacılar avukatı tarafından temyiz edilmesi üzerine, dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR: Davacılar, davalının düzenlediği Kızıldeniz-Piramitler-2 adlı geziye 23-30 Kasım 2003 tarihinde katılmak üzere sözleşme yapıldığını, ancak gezide ayıplı hizmet verildiğini ileri sürerek, ödenen tur bedeli 1.732 dolar ile 50'er YTL manevi tazminata karar verilmesini istemiştir. Davalı, yersiz olan davanın reddini dilemiştir. Mahkemece, sözleşmeye göre uyuşmazlığın çözümünün Türsab Tahkim Kurulu'na ait olduğundan mahkemenin görevsizliği nedeni ile dava dilekçesinin reddine karar verilmiş; hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, paket-tur sözleşmesinden kaynaklanan tazminat istemine ilişkindir. Davacı Zeynep ile davalının imzasını taşıyan 11.11.2003 tarihli sözleşmenin 19. maddesi "bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda Türsab Tahkim Kurulu ve usulleri yetkili olup, sözleşmeye konu ürünün kusurlu olarak sunulması durumunda, bu kusurların tespiti ve tazmini ile ilgili olarak, Türsab Tüketici Taleplerini Değerlendirme Çizelgesi hükümlerinin uygulanacağını tüketici kabul ve beyan etmektedir" hükümlerini içermektedir. Mahkemece, açıklanan sözleşme hükmüne göre görevsizlik kararı verilmiştir. Kural, bir uyuşmazlığın çözülmesi görevinin yetkili mahkemelere ait olmasıdır. Bunun dışında tarafların bir tahkim sözleşmesi yapmak veya yaptıkları bir sözleşmeye tahkim şartı koymak istediklerini, başka bir anlatımla sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesini istediklerini tahkim sözleşmesinde veya tahkim şartında açık ve kesin olarak belirtmeleri gerekir. HUMK'un 517/2. (HMK'nın 412/3.) maddesi hükmü gereğince, yazılı şekil, tahkim sözleşmesi için geçerlilik şartıdır. Yazılı olmayan tahkim sözleşmesi geçersizdir. Davalının dayandığı paket-tur sözleşmesinde davacılar Hüllya'nın imzası bulunmadığına göre, bu davacı açısından geçerli bir tahkim sözleşmesinden söz etmek olanaksızdır.

4822 sayılı Kanun'la değişik 4077 sayılı Kanun'un "Sözleşmedeki Haksız Şartlar" başlığını taşıyan 6. maddesinde "Satıcı veya sağlayıcının tüketiciyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyiniyet kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme koşulları haksız şarttır. Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu her türlü sözleşmede yer alan haksız şartlar, tüketici için bağlayıcı değildir. Eğer bir sözleşme şartı önceden hazırlanmışsa ve özellikle standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir. Sözleşmenin bütün olarak değerlendirilmesinden, standart sözleşme olduğu sonucuna varılırsa, bu sözleşmedeki bir şartın belirli unsurlarının veya münferit bir hükmünün müzakere edilmiş olması, sözleşmenin kalan kısmına bu maddenin uygulanmasını engellemez" hükümleri düzenlenmiştir.

Somut olayda, paket-tur sözleşmesinin genel işlem şartlarını da içerir şekilde davalı tarafından düzenlenen ve standart nitelikte bir sözleşme olduğu anlaşılmaktadır. Özellikle, tahkim şartına ilişkin maddenin davacı tüketici Zeynep ile müzakere edilerek karşılıklı mutabakatla hüküm altına alındığına ilişkin bir delilin varlığı iddia ve ispat edilememiştir. Bu nedenle, davacı tüketici Zeynep ve Hüllya ile davalı arasındaki sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların çözümünde Tüketici Mahkemelerinin görevini ortadan kaldıran 19. maddenin bu davacı açısından bağlayıcılığı yoktur. Bu nedenle, gerek davacı Zeynep, gerekse davacı Hüllya açısından açıklanan gerekçelerle işin esasına girilerek sonucuna uygun

bir karar verilmelidir. Mahkemece somut olaya uygun düşmeyen gerekçelerle, yazılı şekilde karar verilmesi usul ve kanuna aykırı olup, bozma nedenidir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle, temyiz olunan kararın davacılar yararına (BOZULMASINA), peşin alınan harcın istek halinde temyiz edene iadesine, 25.09.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

II. OLAYIN ÖZETİ

Davacı tüketici Hülya ve Zeynep, davalının düzenlediği Kızıldeniz-Piramitler-2 adlı geziye katılmak üzere sözleşme yapıldığını, ancak gezide ayıplı hizmet verildiğini ileri sürerek, ödenen tur bedelinin iadesine ve manevi tazminata karar verilmesini istemiştir. Mahkeme, sözleşmeye göre uyuşmazlığın çözümünün Türsab Tahkim Kurulu'na ait olduğuna ve mahkemenin görevsizliğine karar vermiş, hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

III. MERCİLERİN ÇÖZÜM TARZI

İlk Derece Mahkeme Kararı: Mahkeme, paket tur sözleşmesinde yer alan sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda Türsab Tahkim Kurulu'nun yetkilendirilmesine ilişkin tahkim şartı gereğince görevsizlik kararı vermiştir.

Yargıtay Kararı: Yargıtay, paket-tur sözleşmesinin davalı tarafından düzenlenen standart nitelikte bir sözleşme olduğunu belirttikten sonra, tahkim şartına ilişkin maddenin davacı tüketici Zeynep ile müzakere edildiğine ilişkin bir delilin varlığı iddia ve ispat edilemediği ve davacı Hülya'nın da imzası bulunmadığından Tüketici Mahkemesinin görevini ortadan kaldıran tahkim şartının bağlayıcı olmadığı gerekçesiyle tüketici mahkemesinin görevsizlik kararını bozmuştur.

IV. ÇÖZÜMLENMESİ GEREKEN HUKUKİ PROBLEM

4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun uygulanmasından doğan uyuşmazlıkların çözümünde, kanunda Tüketici Sorunları Hakem Heyeti ve Tüketici Mahkemeleri olmak üzere iki çözüm yolu belirtilmişse de, bu tür uyuşmazlıkların çözümünde ihtiyari tahkim yolunun mümkün olup olmayacağına tespiti gerekmektedir.

V. KONUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. İnceleme Konusu

Çalışmamızın amacı, gerek doktrin gerek yargı kararları ışığında tüketici uyuşmazlıklarına ilişkin hak arama yollarını değerlendirmek ve özellikle ihtiyari tahkimin, tüketici uyuşmazlıklarının çözümünde uygulanıp uygulanamayacağına

ğını tespit etmektir. Bu kapsamda, tüketici uyuşmazlıklarının yargı dışı ve yargısal çözüm yolları incelenecektir. Buna göre, hem kanunda düzenlenen çözüm yollarına yer verilecek, hem de kanunda düzenlenmeyen uyuşmazlık çözüm yollarının tüketici uyuşmazlıkları için uygulanabilirliği değerlendirilecektir. Yargı dışı çözüm yolları olarak uzlaşma ve arabuluculuk konulara ilişkin genel bilgiler verilecek ve bu çözüm yolları tüketici uyuşmazlıkları bakımından bir değerlendirmeye tabi tutulacaktır. Yargısal çözüm yolları olarak ise, tahkim yargısı ve devlet yargısı yoluyla çözüm yollarına yer verilecektir.

B. Tüketici Uyuşmazlıklarının Yargı Dışı Yollarla Çözümü

1. Genel Olarak

Yargılama sürecinin uzun sürmesi, yargının iş yükü ağırlığı gibi sebepler, taraflar arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde alternatif bir takım uyuşmazlık çözüm yollarının ortaya çıkmasına sebep olmuştur¹. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, uyuşmazlığın dava ile çözümüne nazaran daha ucuz, daha basit ve kısa sürelidir. Ayrıca, taraflar arasındaki iyi ilişkilerin sürdürülmesi bakımından da alternatif uyuşmazlık çözümü tercih nedenidir².

Alternatif uyuşmazlık çözümü için şu şekilde bir tanım yapılabilir³: “Uyuşmazlıkların tarafsız üçüncü kişi/kişilerin katılımı ile çözümlenmeye çalışıldığı, başvurunun zorunlu ya da ihtiyari olabildiği ancak, ulaşılan çözümün kural olarak bağlayıcı olmadığı, yargılama süreci dışında ya da yargılama süreci içinde başvurulabilen yöntemlerdir.”

Alternatif uyuşmazlık çözümü, hem devlet yargısına hem de tahkim yargısına bir alternatiftir. Uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümü, gerçek anlamda alternatif uyuşmazlık çözümü değildir; çünkü tahkimde de, aynen devlet yargısında olduğu gibi sonunda bir karar verilir, hakem taraflar arasında uzlaşmayı denemez, uyuşmazlığı taraflarına kendi çözümlerini üretmesini sağlayacak katılımı vermez⁴.

Alternatif uyuşmazlık çözümünde, taraflar, ulaşılan çözümü bağlayıcı kabul edebileceklerine dair özel bir düzenleme getirmemişlerse, bu süreç sonunda

¹ Biçkin, s.34; Özbek, Genel Bir Bakış, s.265; Özekes, s.40, 42; Pekcanitez, Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri, s.12.

² Alternatif uyuşmazlık çözümünün faydalı yönleri için bkz. Biçkin, s.36, 39; Özbek, Genel Bir Bakış, s.268 vd.; Pekcanitez, Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri, s.14.

³ Tanım için bkz. Ildır, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s.30.

⁴ Ildır, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s.27, 60-61; Ildır, Hak Arama Özgürlüğü, s.387 dn.3; Özekes, s.41-42; Pekcanitez, Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri, s.15; Tanrıver, s.171. Ancak, tahkimin bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olduğu görüşünü ileri sürenler de vardır. Bu görüş için bkz. Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s.144-151.

tahkim veya devlet yargısına başvurarak haklarını arayabilirler⁵. Hatta, taraflar arasında uyuşmazlığın alternatif çözüm yoluyla çözüleceğine ilişkin bir anlaşma bulunmasına rağmen, taraflardan biri devlet yargısına başvurursa, diğer taraf, uyuşmazlığın alternatif yöntemlerle çözüleceğine ilişkin bir itirazda bulunamaz. Çünkü, uyuşmazlığın çözümü için alternatif uyuşmazlık çözüm yönteminin kararlaştırılmış olması, yargının genel yetkisini kaldırmaz⁶.

2. Uzlaşma Yoluyla Çözüm

Tüketici ile satıcı/sağlayıcı, aralarındaki uyuşmazlığı henüz bir dava söz konusu olmadan anlaşarak sonuçlandırabilirler. Taraflar arasındaki uyuşmazlık, mahkeme dışı sulh niteliğinde olan bu anlaşma çerçevesinde çözülerek, bir dava söz konusu olmadan anlaşarak ortadan kaldırılmış olur.

Yine, Avukatlık Kanunu m.35/A gereğince avukatlara tanınan uzlaşma sağlama yetkisi ile dava açılmadan önce uyuşmazlığın tarafları anlaşabilirler. Bu maddeye göre avukatlar, dava açılmadan veya açılmış olup da henüz duruşma başlamadan önce kendilerine intikal eden iş ve davalarda karşı tarafı uzlaşmaya davet edebilir⁷. Tabii ki, avukatın diğer tarafa uzlaşma teklif edebilmesi için uyuşmazlık konusu üzerinde tarafların tasarruf edebilme olanağının bulunması gerekir⁸. Avukatlara tanınan uzlaşma yetkisi, uyuşmazlıkların çözümünde önemli bir alternatif uyuşmazlık çözümüdür; bu şekilde uyuşmazlık mahkeme önüne gitmeden veya henüz duruşma başlamadan önce tarafların uzlaşması ile çözümlenebilmektedir⁹.

Avukatın müvekkiliyle birlikte karşı tarafı uzlaşmaya davetinden sonra, karşı taraf bu davete katılır ve uzlaşma sağlanırsa, uzlaşma konusunu, yerini, tarihini,

⁵ Ildır, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s.64. Oysa, tahkim yolu tercih edildiğinde, hakem kararlarının bağlayıcı olması sebebiyle, taraflar, beğenmedikleri bir hakem kararına karşı devlet yargısına başvurma imkanını yitirmektedirler.

⁶ Ildır, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s.47-48; Tanrıver, s.153. Tahkimde ise, tahkim sözleşmesinin varlığına rağmen taraflardan birinin devlet yargısına başvurması durumunda, diğer taraf uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözüleceğine dair “tahkim def”inde bulunabilir ve bu şekilde uyuşmazlık hakem eliyle çözülür.

⁷ Özbek, Av. K. m. 35/A, s.129-130; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.701-702; Yılmaz, Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi, s.848.

⁸ Özbek, Av. K. m. 35/A, s.131; Yılmaz, Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi, s.849-850.

⁹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.702; Pekcanitez, Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri, s.12-13. Bu çözüm yolu, devlet yargısına ve tahkim yargısına alternatif olması; başvurunun ihtiyarılığı gibi sebeplerle alternatif bir uyuşmazlık çözüm yoludur. Ancak, burada tarafların uzlaşmaya varması halinde taraflarca imzalanan uzlaşma tutanağına “ilam” niteliği tanınmakla, bu çözüme tarafları bağlayıcı ve doğrudan icra edilebilir bir nitelik verilmiştir. Oysa, klasik alternatif uyuşmazlık çözümünde ulaşılan çözümün bağlayıcılığı kendiliğinden değildir. Bu sebeple, klasik alternatif uyuşmazlık çözümü tanımına bağlayıcı olması nedeniyle uygun değilse de bunu alternatif uyuşmazlık çözümü benzeri olarak tanımlamak mümkündür. Bu konuda bkz. Ildır, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s.142-143; Ildır, Hak Arama Özgürlüğü, s. 398.

karşılıklı yerine getirmeleri gereken hususları içeren bir tutanak hazırlanarak, avukatlar ile müvekkilli tarafından birlikte imza altına alınır¹⁰. Bu tutanaklar 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 38. maddesi anlamında ilâm niteliğindedir (Av. K. m.35/A). Taraflar, bu tutanaktaki yükümlülüklerine uymazlarsa, tutanak icraya verilerek ilamlı icra takibi yapılabilir. Uzlaşmanın, “tarafların kendi iradeleri ile istem sonucu elde edebilecekleri konulara inhisar etmek kaydıyla” yapılabilmesi, iki tarafın arzularına tabi olmayan işlerde tahkimin söz konusu olamayacağına ilişkin hükümle paraleldir. Tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacağı konularda uzlaşma hakkının bulunmadığı kuralını değerlendirirken, tahkime nazaran daha geniş bir yorumla düşünmek gerektiği ifade edilmektedir¹¹. Zira, tahkim ile uzlaşma yolu birbirinden farklıdır. Tahkimde bir yargılama yapılmakta ve taraflar çözümde söz sahibi olamamaktadırlar. Uzlaşma veya arabuluculuk yolu ise, tahkime nazaran tarafların uyuşmazlığın çözümünde daha etkili ve avantajlı oldukları bir çözümdür. Yargıtay'a göre, tüketici uyuşmazlıklarında tüketicinin korunması amacıyla tahkim yolu caiz değildir¹². Kanımızca, Yargıtay, tahkim yolunda tüketicinin korunmasına ilişkin hükümlerin ihlal edilebileceği düşüncesiyle tahkimi reddetmektedir. Oysa, uzlaşma veya arabuluculuk yolunda taraflar çözümü kendileri yaratarak daha avantajlı konumda bulunmaktadır. Ayrıca, uzlaşma veya arabuluculuk yollarında tarafların yargı yoluna başvurma hakkı saklı tutulmakta; tarafların uzlaşmaya varamaması halinde yargı yoluna başvurulabilmektedir. Belirttiğimiz bu sebeplerle, tüketici haklarının tehlikeye gireceğini söylemek zordur¹³. Tüketici uyuşmazlıklarında tarafların sulh yoluyla çözüme ulaşabilmelerinin mümkün olması sebebiyle, uyuşmazlık, Av. K. 35/A maddesine göre çözülebilmelidir.

Bunun dışında, bazı tüketici örgütlerinin ya da bazı kuruluşların aracılığıyla tüketiciler ile satıcı ve sağlayıcılar arasındaki uyuşmazlıklar, uzlaşma yoluyla çözümlenebilmektedir. Nitekim, Türk Standartları Enstitüsü, TSE belgeli mal ve hizmetlerden dolayı gelen şikayetleri inceleyerek ilgili işletme ile tüketiciler arasındaki uyuşmazlıkların çözümü için arabuluculuk faaliyetinde bulunmaktadır¹⁴. Yine aynı şekilde, İstanbul Ticaret Odası da, bünyesinde oluşturduğu tüke-

¹⁰ Yılmaz, Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi, s.853.

¹¹ Özbek, Av. K. m.35/A, s.132.

¹² Bkz. dn.41'deki kararlar.

¹³ Yargıtay, işçi ve işveren arasındaki uyuşmazlıklarda da işçinin korunması amacıyla tahkimi kabul etmemektedir (bkz. Ertekin/Karataş, s.89; Üstündağ, s.943). Ancak, doktrinde, bu uyuşmazlıklarda sulh yoluyla çözüme ulaşılabilmesinin mümkün olması sebebiyle Av. Kanunu 35/A maddesine göre uzlaşmanın, arabuluculuğun ve hatta tahkimin caiz olması gerektiği ifade edilmektedir. Özellikle, uzlaşma ve arabuluculuğun, tahkime nazaran daha avantajlı olması sebebiyle arabuluculuk yolunda işçilerin haklarının tehlikeye girmeyeceği vurgulanmaktadır. Bkz. Özbek, Av. K. m.35/A, s. 132; ayrıca bkz. Yılmaz, Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi, s.850.

¹⁴ Ferman, s.56; Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s.712.

tici şikayetleri masasıyla tüketicilerden gelen şikayetleri dinlemekte ve işletmelerle tüketici arasında çıkan uyuşmazlıklara çözüm bulmak amacıyla faaliyette bulunmaktadır¹⁵.

Yine tüketici sorunları, işletmelerin bu maksatla oluşturdukları tüketici danışma ve şikayet birimleri yoluyla tarafların anlaşması şeklinde çözümlenebilir¹⁶.

3. Arabuluculuk Yoluyla Çözüm

6325 sayılı “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu” ile, Türk hukuk düzenine dahil edilen arabuluculuk kurumu, uyuşmazlıkların tahkim yargısı veya devlet yargısı yolu dışında çözümlenebilmesine imkan veren alternatif bir çözüm yoludur. Kanuna göre, arabuluculuk; sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemini ifade etmektedir¹⁷.

Arabuluculuk, alternatif uyuşmazlık çözümleri içinde en yaygın olanıdır. Burada, tarafsız üçüncü bir kişi, aralarında uyuşmazlık bulunan taraflara uyuşmazlığı müzakere yoluyla her iki tarafı da tatmin edecek şekilde çözümleri için yardım etmekte ve taraflara bir karar sunmamaktadır¹⁸. Taraflar, karar verme yetkisine sahip olmayan üçüncü kişinin açıklamalarıyla ve işbirliğine yönelik yaklaşımlarıyla karar verirler. Yani, bu çözümde mahkeme veya tahkimdeki durumun aksine iki tarafın da kazanması esası geçerlidir¹⁹.

Arabuluculuk, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş ve işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarında uygulanır²⁰.

Arabuluculukta, devlet yargısında veya tahkimde olduğu gibi tarafları zorlayıcı bir karar verilmez; aksine tarafların kendilerinin bir çözüme ulaşmasına yardım edilir²¹. Taraflar, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbesttirler²².

¹⁵ Ferman, s.57; Atasoy/Taşkın/Acar, s. 192.

¹⁶ Karadağ, s.99.

¹⁷ HUAK m.2/I-b.

¹⁸ Tanrıver, s.165-166; Yıldırım, s.349.

¹⁹ Özekes, s.43-44; Yıldırım, s.340-341, 343.

²⁰ HUAK m.1; Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s.804.

²¹ Özbek, Genel Bir Bakış, s. 272.

²² HUAK m.3.

Arabuluculuk çözüm yoluna, dava açılmadan başvurulabileceği gibi, dava açıldıktan sonra da başvurulabilir.

Arabuluculuk faaliyeti sonucunda varılan anlaşmanın kapsamı taraflarca belirlenir ve anlaşma belgesi taraflar ve arabulucu tarafından imzalanır. Taraflar bu anlaşmayı, asıl uyuşmazlık hakkındaki yetki kurallarına göre yetkisi belirlenecek olan icra mahkemesine ibraz edip, icra edilebilirliğine ilişkin bir şerh verilmesini talep edebilirler. Bu şerhi içeren anlaşma, ilâm niteliğinde belge sayılır²³.

Tüketici uyuşmazlıklarının, uzlaşma (Av. K. m.35/A) yoluyla çözümüne ilişkin açıklamalarımız, arabuluculuk yolu için de geçerli olacaktır. Yani, “*tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği iş ve işlemlerden doğan uyuşmazlıklar*” kavramı, *tarafların sulh yoluyla çözüme ulaşmalarının mümkün olduğu uyuşmazlıklar*, şeklinde yorumlandığı takdirde, tüketici uyuşmazlıklarında arabuluculuk yoluyla çözüm söz konusu olabilecektir. Çünkü, arabuluculuk çözüm yolu bir yargılama olmayıp, tarafların işbirliğiyle uzlaşarak çözüme ulaştığı bir yoldur. Yabancı hukuk düzenlerinde, tüketici uyuşmazlıklarının çözümünde tahkim yanında arabuluculuk da oldukça sık kullanılan bir yoldur²⁴. Türk hukukunda da, tüketici uyuşmazlıklarının çözümünde arabuluculuktan faydalanılması gerektiği belirtilmekte; hatta yapılacak yasal bir düzenlemeyle tüketici sorunları hakem heyetinin uyuşmazlığın çözümünde taraflara tahkim yanında arabuluculuğu da bir seçenek olarak sunmasının sağlanması görüşü dile getirilmektedir²⁵.

C. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Öngörülen Çözüm Yolları

Tüketiciler için mahkeme yoluyla sağlanacak olan korunma, yargının yeteri kadar hızlı olmaması, tüketici açısından kolay ve basit bir başvuru imkanı sağlamaması nedeniyle yeterli görülmemiş; tüketici haklarının gereği gibi korunabilmesi, özel bir düzenlemeyi gerektirmiştir. Mahkemelerdeki şekli kurallarla bağlı olmaksızın, daha basit, daha ucuz ve daha hızlı bir şekilde tüketicinin korunması amacıyla, tüketici mahkemeleri yanında tüketici sorunları hakem heyeti kurulmuştur²⁶. Sanayi ve Ticaret Bakanlığı, il ve ilçe merkezlerinde TKHK'nın uygulamasından doğan uyuşmazlıklara çözüm bulmak amacıyla en az bir tüketici sorunları hakem heyeti oluşturmakla görevli kabul edilmiştir (TKHK. m.22).

TKHK'da, kanunun uygulanmasından doğan belli miktarın altındaki tüketici uyuşmazlıklarının çözümü için TSHH'ye başvurmak zorunludur. Yani, taraflar,

²³ HUAK m.18; Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s.819.

²⁴ Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s.707 vd.

²⁵ Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s.712.

²⁶ Önen, s.106; Pekcanitez, Tüketici Sorunları Hakem Heyeti, s.40-41.

belli miktarın altındaki uyuşmazlıklar bakımından TSHH'ye başvurmaksızın doğrudan tüketici mahkemesine başvuramayacaklardır. Bu değerlendirmeden yola çıkılarak, TKHK'da belli miktarın altındaki uyuşmazlıklar bakımından, TSHH'nin, bir mecburi tahkim mercii haline getirildiğini söylemek mümkündür. Uyuşmazlığın zorunlu tahkim yoluyla çözümlenmesinin öngörüldüğü durumlarda, taraflar, doğrudan devlet mahkemelerinde dava açamazlar; kanunda belirtilen zorunlu tahkim merciiine başvurmak zorundadırlar. Taraflar, mecburi tahkime tabi bir uyuşmazlığı, ihtiyari tahkim yoluyla da çözümlenemezler²⁷.

4077 sayılı TKHK'da 4822 sayılı Kanunla yapılan değişiklik, TSHH'nin yapısına ilişkin önemli düzenlemeler getirmiştir. Belli bir miktarın altındaki uyuşmazlıkların çözümü için TSHH'ye başvuru zorunlu olmakla birlikte, heyetin bu uyuşmazlıklarda vereceği kararlar bağlayıcı hale getirilmiştir. Hakem heyetinin bu kararları, İİK.'nin ilamların yerine getirilmesi hakkında hükümlerine göre yerine getirilir. Taraflar, bu karara karşı on beş gün içinde tüketici mahkemesine itiraz edebilirler ve bu itiraz hakem heyeti kararının icrasını durdurmaz. Ancak, talep edilmesi şartıyla hakem heyeti kararının icrası tedbir yoluyla durdurulabilir. Hakem heyeti kararlarına karşı yapılan itiraz üzerine tüketici mahkemesinin vereceği kararın kesin olacağı belirtilmiştir²⁸.

Belli miktarın altındaki uyuşmazlıklar bakımından hakem heyetine başvuru zorunluluğu yanında bu uyuşmazlıklar hakkında verilecek kararların bağlayıcı olması hükmünün getirilmesiyle TSHH, bir alternatif uyuşmazlık çözüm mercii olarak nitelendirilemez. Çünkü, alternatif uyuşmazlık çözümü, başvurulması zorunlu olsun ya da olmasın bağlayıcı olmayan çözümler olarak belirtilmektedir²⁹. TSHH, bu haliyle belli miktarın altındaki uyuşmazlıklar bakımından "mecburi tahkim" mercii haline getirilmiştir³⁰.

Belli miktarın üzerindeki uyuşmazlıklarda ise, TSHH'ye başvurmak ihtiyaridir ve verilecek kararlar bağlayıcı değildir. Davacı, doğrudan tüketici mahkemesinde dava açabileceği gibi, önce tüketici sorunları hakem heyetine de başvurabilir³¹. Bu tür uyuşmazlıklarda önce TSHH'ye başvurulması halinde, TSHH'nin bu uyuşmazlıkta verdiği kararlar, tüketici mahkemesinde delil niteliğine sahiptir. Bu delilin "takdiri delil" olacağı belirtilmiştir³².

²⁷ Yeğencil, s.102.

²⁸ Önen, s.108.

²⁹ Ildır, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s.137.

³⁰ Ildır, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s.137; Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s.711 (Ancak, Özbek, mecburi tahkim mercii niteliğindeki TSHH'yi bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak görmektedir.); Tutumlu, s.26, 39.

³¹ Önen, s.107.

³² Pekcanitez, Tüketici Sorunları Hakem Heyeti, s.55; Tutumlu, s.26.

D. Tüketici Uyuşmazlıklarında İhtiyari Tahkim

İhtiyari tahkim, tarafların rızaları ile başvurabilecekleri bir tahkim yoludur. Yani, taraflar, bir uyuşmazlığın çözümlenmesi için hakeme başvurmak zorunda değildirler; ancak anlaşmak suretiyle bir uyuşmazlığın çözümlenmesini tayin edecekleri hakemlere bırakabilirler³³. İhtiyari tahkim, iki sözleşmeye dayanır: Tahkim sözleşmesi ve hakem sözleşmesi.

Tahkim sözleşmesiyle taraflar, aralarındaki uyuşmazlığın çözümlenmesi için tahkim yoluna başvurmayı kararlaştırırlar³⁴. Tahkim sözleşmesi, taraflar arasındaki sözleşmenin bir şartı veya ayrı bir sözleşme şeklinde yapılabilir (HMK. m.412/2). Tahkim sözleşmesi, yazılı şekilde yapılmalıdır. Bu, bir geçerlilik şartıdır. Bununla birlikte, yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılması için, tahkim sözleşmesinin 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 sözleşmesinin varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması yeterlidir. Asıl sözleşmenin bir parçası hâline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması hâlinde de tahkim sözleşmesi yapılmış sayılır (HMK. m.412/3). Tahkim sözleşmesi, ancak tahkime elverişli olan konularda yapılabilir; tarafların iradesine bağlı olmayan konularda tahkim sözleşmesi yapılamaz³⁵. HMK. m.408'e göre, taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir.

Belirtmek gerekir ki, belli miktarın altındaki tüketici uyuşmazlıkları bakımından TSHH'ye başvuru zorunludur; yani bu tür uyuşmazlıklar için TSHH bir mecburi tahkim merciidir. Mecburi tahkimde, tarafların bu yola başvurup başvurmamak hususunda tercih hakları yoktur. Taraflar, uyuşmazlığın TSHH'de değil de devlet mahkemelerinde veya kendi seçecekleri hakemler eliyle çözümlenmesi hakkında anlaşma yapsalar da bu durumun değişmeyeceği belirtilmektedir³⁶. Kanımızca da belli miktarın altındaki tüketici uyuşmazlıkları için ihtiyari tahkim yoluna başvurulamaz; bu tür uyuşmazlıkların TSHH'de çözümlenmesi zorunludur. Düşük değerli uyuşmazlıklar için yaptığımız bu değerlendirmeden sonra, TSHH'nin görev sınırı üzerindeki tüketici uyuşmazlıkları için ihtiyari tahkim yoluna başvurmanın mümkün olup olmadığının tespiti gerekir.

³³ Kuru/Arslan/Yılmaz, s.800. Ayrıca bkz. Tarman, s. 69-70, 71.

³⁴ Yılmaz, Tahkim, s.271; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.803.

³⁵ Bkz. Bilge, s.88; Doğanay, s.37; Balcı, s.148; Pekcantez/Atalay/Özekes, s.907; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s.647.

³⁶ Tutumlu, s.26.

Bir uyuşmazlığın ihtiyari tahkim yoluyla çözümlenebilmesi için uyuşmazlığın tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği konulara ilişkin olması gerektiğini daha önce belirtmiştik. Bu kavramdan anlaşılması gereken, ihtiyari tahkim yoluyla çözümlenecek uyuşmazlığın kamu düzenine ilişkin olmamasıdır³⁷. Kamu düzeni kavramı, Anayasada ve kanunlarımızda tarif edilmemekle birlikte; *kamunun (toplumun) her bakımından genel çıkarlarını koruyucu hükümlerin tümü; bir ülkede kamu hizmetlerinin iyi yapılması, devletin güvenliğini ve düzenini ve bireyler arasındaki ilişkilerde hukuku, huzuru, ve ahlak kurallarına uygunluğu sağlamaya yarayan kurum ve kuralların tümü; toplumun huzur ve sükûnunun sağlanmasını, devletin ve devlet yapısının korunmasını hedef tutan, toplumun her alanındaki düzeninin temelini oluşturan bütün kurallardır*, şeklinde ifade edilmektedir³⁸. Kısacası, toplumun sosyal, siyasi, ekonomik ve ahlaki yararlarını korumak amacıyla konmuş kurallar bütünü, kamu düzeni olarak nitelendirilmek mümkündür³⁹.

Tahkimde, tarafların iradesine önem verilmekle birlikte, hukuki ilişkilerin gerektirdiği emniyet ve güvenin sağlanması, ekonomik yönden güçsüz olanın korunması, taraflar arasında eşitliğin sağlanması amacıyla tahkim usulüne sınırlama getirilmiştir⁴⁰. Bu sınırlamaya göre, taraflar, iki tarafın arzusuna tabi olmayan yani kamu düzenine ilişkin konularda uyuşmazlığın özel hakemlerce çözümlenmesini kararlaştıramayacaktır. Yargıtay, tüketicinin korunması amacıyla çıkarılan TKHK'nın kamu düzenine ilişkin özel bir kanun olması nedeniyle tüketici uyuşmazlıklarının tahkim yolu ile özel hakemler önünde görülemeyeceğini ve taraflarca sözleşmeye konulan tahkim şartının geçersiz olacağını belirtmektedir⁴¹. Yani, tüketici uyuşmazlığının değeri belli miktarın üstünde olsa

³⁷ Balcı, s.148-149.

³⁸ Yılmaz, Hukuk Sözlüğü, s.433.

³⁹ Ertekin/Karataş, s.90; Balcı, s.152.

⁴⁰ Nomer/Ekşi/Öztekin, s.28.

⁴¹ “4077 Sayılı Kanunun amacını belirleyen 1. maddesinin açık hükmü ile yasanın bütününden, anayasanın 172. maddesinde yer alan “Devlet, tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirleri alır, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini teşvik eder” hükmü doğrultusunda, birey olarak daha zayıf ve korunmaya muhtaç durumda olan tüketicilerin, satıcı, sağlayıcı vs. karşısında daha etkin bir şekilde korunmasını sağlamak, sosyal ve iktisadi hayattaki gelişmeler karşısında, çağdaş hukuka uygun olarak bu yasanın hazırlanıp çıkarıldığı anlaşılmaktadır. Tüketicinin sağlığını, güvenliğini, ekonomik çıkarlarını korumak, aydınlatmak her şeyden önce Devletin Anayasa ile üstlendiği görevleridir. Bu yasa ile kamunun yararının korunması, sosyal düzen ve adaletin, tüketiciler ile satıcılar-sağlayıcılar vs. arasında kapsamlı bir ahengin sağlanması amaçlanmıştır. Bu kanun ile tüketici korunurken aynı zamanda kamu düzeninin sağlanması amaçlanmış olduğundan, kanunun doğrudan kamu düzeni ile ilgili olduğunda hiç tereddüt edilmemelidir. Tüketicinin korunmasını amaçlayan 4077 Sayılı Kanunun kamu düzeni ile ilgili özel bir kanun olması, bu yasanın 22. maddesi ile tüketici sorunları hakem heyeti

ve TSHH'ye başvuru zorunluluğu bulunmasa bile, tarafların, uyuşmazlığın çözümünü özel hakemlere bırakmaları mümkün görünmemektedir. Kanımızca, ihtiyari tahkim yolunda uygulanan kuralların esnek olması, tüketicinin yeteri kadar korunamayacağı endişesini doğurmakta ve bu yüzden de tüketici uyuşmazlıklarının ihtiyari tahkim yoluyla çözümlenmesine izin verilmemektedir. Satıcı-sağlayıcı karşısında korunmaya muhtaç durumda bulunan tüketicinin korunması ve satıcı-tüketici arasındaki güç dengesini dengelemek amacıyla çıkarılan TKHK'ya göre, tüketici uyuşmazlıklarının çözüm yeri uyuşmazlığın miktarına göre TSHH veya tüketici mahkemeleridir.

Ancak, doktrinde, Yargıtay'ın tahkime ilişkin olarak "iki tarafın arzusuna tabi olmayan işler" kavramını oldukça geniş yorumladığına ve tahkimin uygulama alanını daralttığına dikkat çekilmekte ve bu uygulama çoğu zaman yanlış bulunmaktadır⁴². Sulh yoluyla çözüme ulaşabilmenin mümkün olduğu uyuşmazlıklarda, arabuluculuk veya tahkim yoluyla çözümün caiz olmasının gerektiği ifade edilmektedir⁴³. Bu görüşün ışığında, belli değerler üstündeki tüketici uyuşmazlıkları için de ihtiyari tahkim yoluyla çözümün mümkün olacağı söylenebilir mi?

İncelediğimiz Yargıtay kararı, tüketici mahkemesinin görevini ortadan kaldıran yazılı⁴⁴ bir tahkim şartı, haksız şart⁴⁵ niteliğini taşımadıkça geçerli bir tah-

olarak bir hakem heyeti oluşturulmasından, yasa koyucunun böylece zimnen özel tahkim yolunu kapadığı, 23. maddesindeki bu kanunun uygulaması ile ilgili her türlü ihtilafların tüketici mahkemelerinde görüleceği şeklindeki hükmünden, görevli mahkemenin yasa ile açıkça belirlendiği ve bu kanunun uygulanmasından çıkan ihtilafların mutlaka tüketici mahkemelerinde veya miktara göre tüketici hakem heyetlerinde bakılması gerektiği, tahkim yolu ile özel hakemler önünde görülemeyeceğinin kabulü gerekir. Somut olayda, taraflar arasındaki paket tur tatil sözleşmesinden doğan ihtilaf, 4077 Sayılı Kanunun 1, 2, 3/c-f ve 23. maddeleri nazara alındığında bu yasa kapsamında kalmakta ve ihtilafı çözmeye tüketici mahkemeleri görevli olduğundan, sözleşmedeki tahkim şartı geçersizdir. Uyuşmazlığın hakemler vasıtası ile çözümlenme olanağı yoktur. Öyle olunca hakem kurulunca açıklanan bu hususlar göz ardı edilerek, görevleri kapsamında olmayan dava hakkında verdikleri, usul ve yasaya aykırı karar HUMK 533/3. maddesi hükmü gereği bozulmalıdır." Y. 13. HD. T. 25.09.2008 E. 2008/3492 K. 2008/11120; aynı yöndeki karar için bkz. Y. 13. HD. T. 20.10.2008 E. 2008/6195 K. 2008/12026 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

⁴² Özellikle, işçi ve işveren arasındaki uyuşmazlıklarda tahkimin söz konusu olamayacağına ilişkin Yargıtay görüşünün eleştirilmesi hakkında bkz. Bilge, s.88, 108 vd.; Kuru, s.5951; ayrıca bkz. Yılmaz, Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi, s.850.

⁴³ Özbek, Av. K. m. 35/A, s.131-132. Ayrıca bkz. Bilge, s.108 vd.; Kuru, s.5946, 5951.

⁴⁴ "Dava, Paket-tur sözleşmesinden kaynaklanan tazminat istemine ilişkin olup öncelikle halledilmesi gereken uyuşmazlık, taraflar arasında geçerli bir tahkim sözleşmesinin bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır. Hemen belirtmek gerekir ki, kural, bir uyuşmazlığın çözülmesi görevinin yetkili mahkemelere ait olmasıdır. Bunun dışında taraflar bir tahkim sözleşmesi yapmak veya yaptıkları bir sözleşmeye tahkim şartı koymak istediklerini, başka bir anlatımla sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesini istediklerini tahkim sözleşmesinde veya tahkim şartında açık ve kesin olarak belirtmeleri gerekir.

kim sözleşmesinden bahsedilebilir ve bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak ihtiyari tahkim mümkün görülebilir, şeklinde yorumlanabilir. Çünkü, Yargıtay'ın incelediğimiz bu kararında tüketici uyuşmazlıklarının kamu düzeninden olduğu ve dolayısıyla tahkim yolunun caiz olmadığına değinilmemiştir. Özellikle, turizmle ilgili uyuşmazlıkları çözmek amacıyla oluşturulan TÜRSAB Tahkim Kurulu⁴⁶, turizmle ilgili uyuşmazlıkların çözümünde tahkim usulünü uygulamakla yetkili kılınmıştır. Belirtmek gerekir ki, seyahat acentası-konaklama işletmesi, seyahat acentası-seyahat acentası arasındaki uyuşmazlıklar dışında kalan uyuşmazlıklarda, TÜRSAB Tahkim Kurulu taraflarca yetkili kılınsa dahi, TÜRSAB Yönetim Kurulu'nun uygun görmesi halinde bu uyuşmazlıklar için Tahkim Kurulu oluşturulur ve göreve çağrılır.

Bir uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenebilmesi için taraflar arasında tahkim iradesinin açık ve kesin olarak belirtilmesi gerekmektedir. Standart bir sözleşmede yer alan tahkim şartıyla tüketici bakımından geçerli bir tahkim iradesinin oluştuğunu söylemek oldukça güçtür. TKHK. m.6'da, eğer bir sözleşme şartı önceden hazırlanmışsa ve özellikle standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilerek, tüketici lehine bir karine kabul edilmiştir. Bu karinenin aksini iddia eden satıcı-sağlayıcı standart şartın münferiden tartışıldığını ispatla yükümlü tutulmuştur. Buna göre, tahkim şartıyla ilişkin maddenin, tüketici ile müzakere edilerek karşılıklı mutabakatla hüküm altına alındığına ilişkin bir delilin varlığını iddia ve ispat yükü sözleşmeyi hazırlayana aittir.

HUMK'nın 517/2. maddesi hükmü gereğince, yazılı şekil, tahkim sözleşmesi için geçerlilik şartıdır. Yazılı olmayan tahkim sözleşmesi geçersizdir. Davalının dayandığı paket-tur sözleşmesinde davacıların veya yetkili temsilcisinin imzası bulunmadığına göre, geçerli bir tahkim sözleşmesinden söz etmek olanaksızdır. Böyle olunca mahkemece, işin esasına girilerek nasıl olacak sonuca uygun bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir." Y. 13. HD. T. 12.4.2006 E. 2006/521 K.2006/5446 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

⁴⁵ Satıcı veya sağlayıcının tüketiciyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyi niyet kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme koşulları haksız şarttır (TKHK m.6).

⁴⁶ TÜRSAB Tahkim Kurulu Yönetmeliği m.8: HUMK'nın 516, 517 ve 518. (HMK'nın 408, 412.) maddeleri uyarınca tahkim usulünün uygulanabileceği, kamu düzenine ilişkin olmayan ve tarafları ilgilendiren seyahat acentalığı faaliyetleri ile turizme özgü diğer uyuşmazlıklarda, taraflarca yazılı olarak yetkilendirilmiş olması şartıyla TÜRSAB Tahkim Kurulu uyuşmazlığı incelemeye ve karara bağlamaya yetkilidir. Yönetmelik m.9: Sekizinci maddede yazılı şartları taşıyan uyuşmazlıklardan seyahat acentası-konaklama işletmesi, seyahat acentası-seyahat acentası arasındaki uyuşmazlık dışında kalan uyuşmazlıklarda TÜRSAB Tahkim Kurulu taraflarca yetkili kılınsa dahi, TÜRSAB Yönetim Kurulu'nun uygun görmesi halinde bu uyuşmazlıklar için Tahkim Kurulu oluşturulur ve göreve çağrılır. (http://www.tursab.org.tr/tr/mevzuat/yonetmelikler/tursab-tahkim-kurulu-yonetmeliği_542.html) (Erişim tarihi: 08.11.2012).

*Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik*⁴⁷ ekinde yol gösterici mahiyette ve sınırlayıcı olmamak üzere haksız olarak kabul edilebilecek şartlar listesi yer almaktadır. Buna göre, tüketicinin mahkemeye gitme veya başka başvuru yollarını kullanma imkanını ortadan kaldıran veya sınırlandıran, özellikle onun hukuki düzenlemelerde öngörülmemiş bir hakeme müracaatını öngören, gösterebileceği delilleri ölçüsüz derecede sınırlandıran veya mevcut hukuki düzen uyarınca diğer tarafta olan ispat külfetini ona yükleyen şartlar, haksız şart olarak belirtilmiştir. Yargıtay, standart paket tur sözleşmelerinde yer alan uyuşmazlıkların çözümünde Türsab Tahkim Kurulu'nun yetkili kılındığına ilişkin tahkim şartının, tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye konulduğu ve mahkemeye başvuru yolunu kapadığı gerekçeleriyle haksız şart niteliği taşıdığı ve tüketici açısından bağlayıcı olmadığını belirtmektedir.

E. Sonuç Olarak

İncelediğimiz kararda, uyuşmazlık bedeli Tüketici Sorunları Hakem Heyeti'ne zorunlu başvuru sınırının üstündedir. Dolayısıyla taraflar, Tüketici Sorunları Hakem Heyetine başvurup başvurmamakta serbesttir, taraflar doğrudan tüketici mahkemesine de başvurabilirler. Yine aynı şekilde taraflar, yargı dışı çözüm yollarına da başvurabilirler. Ancak, olayda standart bir paket tur sözleşmesinde yer alan TÜRSAB Tahkim Kurulu'nun yetkili kılındığı bir tahkim şartı söz konusudur.

Yargıtay, çoğu kararında tüketici uyuşmazlıklarının kamu düzenini ilgilendirmesi sebebiyle, ihtiyari tahkimin söz konusu olamayacağı veya tahkim şartının haksız şart niteliğini taşıdığı gerekçeleriyle taraflar arasındaki tahkim sözleşmesinin geçersiz olduğunu belirtmiştir. Daha önce de belirttiğimiz üzere, Yargıtay'ın kamu düzeni kavramını geniş yorumlaması eleştirilmekte, sulh yoluyla çözüme ulaşabilmenin mümkün olduğu uyuşmazlıklarda ihtiyari tahkimin söz konusu olabileceği belirtilmektedir.

Olayda turizmle ilgili bir uyuşmazlık söz konusudur ve bu tür uyuşmazlıkların çözümünde Seyahat Acenteleri ve Seyahat Acenteleri Birliği Kanunu ve bu kanuna dayanılarak oluşturulmuş TÜRSAB İç tüzüğü ve TÜRSAB Tahkim Kurulu yönetmeliğinde, TÜRSAB Tahkim Kurulu yetkili kılınmıştır. Ancak, tüketici-seyahat acentesi veya tüketici-konaklama işletmesi arasındaki uyuşmazlıklarda, TÜRSAB Tahkim Kurulu taraflarca yetkili kılınsa dahi, TÜRSAB Yönetim Kurulu'nun uygun görmesi halinde bu uyuşmazlıklar için Tahkim Kurulu oluşturulması, düşündürücüdür.

⁴⁷ 13.6.2003 tarihli ve 25137 sayılı Resmi Gazete.

Tüketici ile satıcı/sağlayıcının sulh yoluyla çözüme ulaşmasının mümkün olduğu tüketici uyuşmazlıklarında ihtiyari tahkim mümkün görülebilirse de, kanımızca, Yargıtay'ın ihtiyari tahkimi caiz görmediği tüketiciyi korumaya yönelik kararları bir bakımdan yerindedir. Çünkü, tahkim iradesinin sözleşmede tereddüde yer vermeyecek şekilde açık olarak belirtilmesi gerekliliği bakımından, özellikle standart sözleşmelerde tüketiciyle müzakere edilmeden yer alan tahkim şartı, haksız şart niteliğini taşıması sebebiyle daha zayıf konumda bulunan tüketicilerin korunması gerekmektedir. İncelediğimiz kararda da, durum böyledir. Kaldı ki, olayımızda tahkim şartına ilişkin maddenin tüketiciyle müzakere edildiği ispatlansa bile, tahkimin ancak TÜRSAB Yönetim Kurulunun uygun görmesi halinde mümkün olabilmesi, kanımızca tahkim iradesinin açık ve kesin olarak belirtilmesine uygun düşmemektedir.

Sonuç olarak, olayımızdaki standart paket tur sözleşmesinde yer alan ve tüketici ve acente arasındaki uyuşmazlığın TÜRSAB Tahkim Kurulu tarafından çözümleneceğine ilişkin tahkim şartı, tüketiciyle müzakere edilerek sözleşmeye konulmadığı ve dolayısıyla tüketici bakımından haksız şart niteliğini taşıdığı için bağlayıcı değildir.

KISALTMALAR CETVELİ

Av. K.	: Avukatlık Kanunu
b.	: bent
bkz.	: bakınız
C.	: Cilt
dn.	: dipnot
E.	: Esas
GSÜHFD	: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD.	: Hukuk Dairesi
HPD	: Hukuki Perspektifler Dergisi
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUAK	: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu
HUMK	: Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu
İKÜHFD	: İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
K.	: Karar
m.	: madde
s.	: sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih
TKHK	: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TSHH	: Tüketici Sorunları Hakem Heyeti
TÜRSAB	: Türkiye Seyahat Acentaları Birliği
vd.	: ve devamı
Y.	: Yargıtay

KAYNAKÇA

- ALANGOYA, H. Yavuz/YILDIRIM, M. Kâmil/DEREN YILDIRIM, Nevhis, Medenî Usul Hukuku Esasları, 6. Bası, İstanbul 2006.
- ATASOY, Ömer Adil/TAŞKIN, Mustafa/ACAR, Hakan, Tüketiciyi Koruma Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2000.
- BALCI, Muharrem, İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim, İstanbul 1999.
- BİÇKİN, İnci, Genel Olarak Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, HPD, S. 7 Temmuz 2006, s. 34-39.
- BİLGE, Necip, Hakem Yargılamasında Uygulanacak Hukuk Kaideleri, IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası 1965, s. 83-118.
- DOĞANAY, İsmail, Hakem Mahkemesi Kararlarının Yargıtay Tarafından Bozulması Halinde Hakemler Bu Bozma Kararına Karşı Direnme Kararı Verebilirler Mi?, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XIV Ankara 1997, s. 31-62.
- ERTEKİN, Erol/KARATAŞ, İzzet, Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması, Ankara 1997.
- FERMAN, Murat, Tüketicinin Korunması Meselesine Gelişimci Bir Yaklaşım, İstanbul 1993.
- ILDIR, Gülgün, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Hak Arama Özgürlüğü, Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 385-399. (Hak Arama Özgürlüğü)
- ILDIR, Gülgün, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2003.
- KARADAĞ, Asuman, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Uyuşmazlıklar İçin Öngörülen Çözüm Yolları, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kırıkkale 2004.
- KURU, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Baskı, C. VI, İstanbul 2001.
- KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder, Medenî Usûl Hukuku, 23. Baskı, Ankara 2012.
- NOMER, Ergin/EKŞİ, Nuray/ÖZTEKİN, Günseli, Milletlerarası Tahkim, 2. Baskı, İstanbul 2003.
- ÖNEN, Ergun, Türk Hukuku'nda Tüketicinin Korunmasına İlişkin Usuli Düzenlemeler, İKÜHFD, C. 3 Sayı: 1-2 Aralık 2004, s. 105-112.
- ÖZBEK, Mustafa, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarına Genel Bir Bakış, GSÜHFD, Erden Kuntalp'e Armağan, Cilt 1, 2004/1, s. 261-292. (Genel Bir Bakış)
- ÖZBEK, Mustafa, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 2. Baskı, Ankara 2009.

- ÖZBEK, Mustafa, Avukatlık Kanunu'nun 35/A Maddesine Göre Arabuluculuk, Ankara Barosu Dergisi, 2001/3, s. 113-136. (Av. K. m.35/A)
- ÖZEKES, Muhammet, Uyuşmazlık Çözüm Yolları İçinde Arabuluculuk ve Bir Düzenleme Önerisi, HPD Sayı: 7 Temmuz 2006, s. 40-45.
- PEKCANITEZ, Hakan, Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı: 5 Aralık 2005, s. 12-16.
- PEKCANITEZ, Hakan, Tüketici Sorunları Hakem Heyeti, İzmir Barosu Dergisi, Temmuz 1996, s. 40-57.
- PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet, Medenî Usûl Hukuku, Ankara 2012.
- TANRIVER, Süha, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 64, Mayıs-Haziran 2006, s. 151-177.
- TARMAN, Şekip, Tahkim Nedir, Faydaları, Mahzurları, İzmir Barosu Dergisi, Yıl: 54, S. 3, Temmuz 1989, s. 68-72.
- TUTUMLU, Mehmet Akif, Tüketici Sorunları Hakem Heyetlerinin Yapısı, İşleyişi, Sorunları, Ankara 2006.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, 7. Bası, İstanbul 2000.
- YEĞENGİL, Rasih, Tahkim, İstanbul 1974.
- YILDIRIM, M. Kamil, İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle Çözülmesi Hakkında, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007, s. 337-360.
- YILMAZ, Ejder, Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi, Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 843-855.
- YILMAZ, Ejder, Hukuk Sözlüğü, 5. Baskı, Ankara 1996.
- YILMAZ, Ejder, Tahkim Hukukuna Genel Giriş ve Ülkemizdeki Gelişim, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, 5-6-7-8 Nisan İzmir, s. 268-286. (Tahkim)

KEFALET VE GARANTİ SÖZLEŞMESİNİN AYRIMINDA BAŞVURULACAK YORUM KURALLARI

*Arş. Gör. Arzu ŞEN KALYON**

ÖZET

Bu çalışma, 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren Türk Borçlar Kanunu ışığında garanti ve kefalet sözleşmesinin ayrımını incelemektedir çünkü uygulamada bir teminat sözleşmesinin tarafları tarafından iradelerinin aksi yönünde, sözleşmelerini adlandırdıklarını sıklıkla görmekteyiz. Taraflar kimi zaman teminat sözleşmesi akdetmek isterken garanti terimini kullanmakta kimi zamanda tam tersi bir durum söz konusu olmaktadır. Garanti sözleşmesi, teminat veren açısından kefalet sözleşmesine göre daha ağır şartlara tabi olduğu için tarafların iradeleri doğrultusunda sözleşme doğru olarak adlandırılmalıdır. Çalışmanın ilk bölümünde 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ışığında öncelikle bu ayrımın yapılmasının amacı, daha sonra bu ayırmada kullanılacak sözleşmenin lafzına ve de lafzı dışındaki yorum kaynaklarına yer verilmiştir. Son olarak ise, tarafların iradeleri doğrultusunda sözleşmenin tanımını kesin olarak yapılamadığı takdirde, kefalet karinesinin söz konusu olacağı belirtilmiştir.

Anahtar Kelimeler:

Kefalet, Garanti, Teminat Sözleşmesi, Yorum Kuralları, Kefil.

SUMMARY:

Since, the parties of the contract of the guaranty entitle their contract incorrectly, in this article, the difference between caution and guaranty agreement has been examined under the Turkish Code of Obligation numbered 6098, has entered into force on July 1, 2012. The parties entitle their contract as a caution while their intention is to conclude guaranty agreement or the parties entitle their contract as a guaranty agreement while their intention is to conclude caution agreement. Since, the conditions of the guaranty agreement is severe than the caution, it is important to distinguish the agreements. In the first part of the article, it is discussed the importance of the distinction and the methods for making difference between two contract under the Turkish Code of Obligation numbered 6098. Lastly, it is discussed the presumption of caution in case the distinction between two agreements is not possible.

Keywords:

Caution, Guaranty, Guaranty Agreements, Interpretative Provisions, Guarantor.

* Yıldız Teknik Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, İşletme Bölümü, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

I. GİRİŞ

Taraflar, aralarında akdettikleri sözleşmeye belirli bir isim vererek sözleşmenin niteliğini belirleme yoluna gidebilirler. Türk hukukunda, taraflarca kullanılan terimler, eğer tarafların gerçek ve ortak iradelerini yansıtıyor ise, sözleşmenin yorumunda kullandıkları ifadeler dikkate alınmaktadır(6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu¹ (“TBK”) m. 19.f.1)². Öncelikle tarafların gerçek iradelerine başvurmak ve de kullanılan kelimelerin lafzına sıkı sıkıya bağlı olmamak gerekir çünkü kişisel bir teminat verilmesine ilişkin sözleşmelerde tarafların aralarındaki ilişkiyi yanlış olarak ifade etmeleri mümkündür. Tarafların “garanti” kelimesini kullandıkları sözleşmelerinde kefaletle yönelik bir irade veya “kefalet” terimini kullandıkları yerde bir garanti sözleşmesi yapılmasına yönelik irade taşıdıklarına rastlanabilir³. Buna göre, tarafların kullandıkları kelimeler, gerçek iradelerini yansıtmadıkları zaman, yorum kuralının yardımı ile gerçek iradeleri açığa çıkarılmalıdır⁴.

Öncelikle lafzi yorum ile, tarafların ortak iradelerinin tespitinde sözleşmenin lafzından yola çıkılacak, tarafların kullandıkları kelimelerin anlamına bakılacaktır⁵. Ancak sözleşmenin lafzına sıkı sıkıya bağlı kalmak yerine tarafların gerçek iradelerine de bakmak ve bunları bize gösteren emareleri dikkat almak gerekmektedir⁶. Örneğin, bankalar tarafından hazırlanan sözleşmelerde kullanılan “kefalet” terimi, sözleşmenin kefalet sözleşmesi olduğuna yönelik önemli bir belirti oluşturur ancak aynı şekilde “garanti” teriminin kullanılması durumunda sözleşmenin nitelik itibarıyla kefalet sözleşmesi olduğu durumlara da rastlanmaktadır⁷. Garanti ve kefalet sözleşmesini birbirinden ayıran en önemli kıstasın aslilik – fer’ilik unsuru olduğu ve tarafların sözleşmede kullandıkları

¹ Resmi Gazete Tarihi – No: 14.02.2011 – 27846.

² **Oğuzman**, M. Kemal/**Öz**, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul 2012, s. 194; **Develioğlu**, Murat, Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, İstanbul 2009, s. 227, **Özen**, Burak, Kefalet Sözleşmesi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde, İstanbul 2012, s. 29

³ **Özen**, s. 29

⁴ **Develioğlu**, s. 227; **Özen**, s. 29, **Barlas**, Nami, “Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Verilen Kişisel Teminatın Niteliğinin Belirlenmesi”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2002, s. 952; **Oğuzman/Öz**, s. 195

⁵ **Oğuzman/Öz**, s. 195, Yazarlara göre, tarafların iradelerini tespit için ilk başvurulacak yol, tarafların kullandıkları deyimlerdir, ancak bu deyimler tek başına değil sözleşme bütünü içerisinde değerlendirilmelidir.

⁶ **Özen**, s. 29; **Meier**, Philippe, **COMMENTAIRE ROMAND, Code des obligations I**, Genève 2003, s. 2525; *Federal Mahkeme içtihatlarında, tarafların asli mi yoksa fer’i bir borç mu yaratmak istediklerine bakılarak, taraf iradelerinin saptanması yoluna gidilmiştir. Daha sonraları, garanti sözleşmelerininin de fer’i lik unsuru taşıyabileceği belirtilerek bu içtihatlar doktrinindeki bazı yazarlar tarafından eleştirilmiştir. (Meier, s. 2525)*

⁷ **Barlas**, s. 954

deyimlerin bir teminat sözleşmesinin asli veya fer'i nev'ininin tayininde rol oynadığı öğretide kabul edilmektedir⁸. Kefalette kefilin borcunun fer'i nitelikte bulunmasına karşı garanti veren kimsenin borcu fer'i olmayıp sözleşmenin aslından bağımsızdır⁹. Sözleşme ile ilgili bütün maddi olguların değerlendirip eğer teminat verenin fer'i bir sorumluluk altına girme iradesi mevcut ise kefalet sözleşmesinin bulunduğu söylenebilecektir. Buna karşılık, teminat verenin bağımsız bir sorumluluk altına girmeyi amaçladığı anlaşılıyor ise garanti sözleşmenin varlığı kabul edilecektir¹⁰. Sözleşmenin kurulması sırasında kullanılan tabirler, sorumluluğun bağımsız mı fer'i mi olduğunun nev'ini tayininde rol oynar. Ancak, Yargıtay'ın son tarihli içtihatlarına göre sadece taraflarca kullanılan deyimlere bakılarak teminat sözleşmesinin nev'ine karar verilmemesi, tarafların gerçek ortak ve maksatlarını da aramak gerekir¹¹. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2008/19-729, K. 2008/718, T. 3.12.2008 kararında “Sözleşmenin “Garanti Sözleşmesi” başlığını taşıması ve içeriğinde kullanılan ifadeler, fer'i kıstaslardan olan “sözleşmede kullanılan deyimler” kıstasına göre ilk bakışta bir garanti akdinin oluştuğu intibai bırakıyor ise de, sadece bu deyim ve sözcüklere dayanılarak sözleşmenin niteliğinin belirlenmesi doğru olmayacağı gibi,

⁸ Tandoğan, Haluk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Cilt II, 5. Bası, İstanbul 2010, s. 820; Barlas, s. 955; Tercier, Pierre, **Les contrats spéciaux**, Zurich, 1995, s. 649

⁹ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurul Kararı E. 1969/4, K. 1969/6, T. 11.6.1969 “Velhasıl kefil, kanunun kendisine tanıdığı bu vesair hakları kullanmaya yetkilidir. Buna karşılık mektup 3. şahsın fiilini taahhüt şeklinde vasıflandırılırsa, bu halde bankanın, esas borçla hiçbir ilgisi bulunmayan müstakil ve asıl bir taahhüdü söz konusu olduğundan bu taahhüdü herhangi bir şekle ve şarta da bağlı olmadığından, kefalette olduğu gibi müteberlik şartı aranmayacağı gibi, asıl borcun hukuken müteber, mevcut ve dava edilebilir olduğu hususlarına bağlı olmaksızın taahhüdü ile ilzam edilebilecektir. Şu halde garanti verenin taahhüdü kefalet borcundan daha ağır sonuç doğurur, niteliktedir.” (Kazancı Hukuk Otomasyonu)

¹⁰ Özen, s. 30; Meier, s. 2523

¹¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2011/19-305, K. 2011-358, T. 25.5.2011 kararında şu şekilde ifade edilmiştir: “davaluların garanti beyanı altındaki beyanlarının bir garanti sözleşmesi amacı ile değil, kefalet amacı ile verildiği sonucunun ortaya çıktığı..” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2001/19-534, K. 2001/583 ve T. 4.7.2001 kararı, Yargıtay 13. HD. E. 2005/3463, K.2005/9750 ve 9.6.2005 tarihli kararında “Uyuşmazlık taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinin kefalet sözleşmesi mi, yoksa garanti sözleşmesi mi olduğu noktasında toplanmaktadır. Davalının garanti beyanı kredi kartı sözleşmesinin hemen altına alınmış ve bu beyanın başlangıcında da kredi sözleşmesine yollama yapılarak bu sözleşmeden doğan ve doğacak borçlar için davalıdan teminat beyanı alınmış olmakla, garanti beyanı asli unsur olmaktan çıkmış, fer'i nitelik yani kefalet amacına yönelik olduğu intibai borçluya verilmiş bulunmaktadır. Keza, bu beyanın genel anlamından teminat verenin bağımsız bir borç değil, kredi kartı müşterisi asıl borçlunun sorumluluğu yüklenilmiş olmakla ikinci ana kıstas bakımından da bir garanti sözleşmesinin varlığından söz edilemez. Diğer bir ana kıstas olan, teminat veren kimsenin bu sözleşmeyi yapmakta menfaati olduğu belirlenemediği gibi, bu husus davacı bankaca da ileri sürülüp kanıtlanabilmiş değildir. Nihayet, kişiye yönelik teminat verme amacı gerek sözleşme, gerekse garanti beyanından açıkça anlaşılmaktadır.” şeklinde karar vermiştir. Yargıtay 11. HD. 2001/10654, K 2002/506 ve 28.01.2002 tarihli kararı (Kazancı Hukuk Otomasyonu)

mümkün de değildir. Nitekim, yukarıda değinilen 11.6.1969 gün ve 4/6 sayılı İBK.da da, banka teminat mektuplarında kullanılan kefalet sözcüğü vurgulamasına rağmen, bu ilişkinin bir kefalet değil, garanti sözleşmesi niteliğinde olduğu açık bir şekilde kabul edilmiştir.” şeklinde karar verilmiştir. Buna göre, taraflarca kefalet veya garanti olarak adlandırılan sözleşmenin, sadece bu adlandırmalara dayanılarak niteliğinin belirlenmemesi gerekmektedir.

II. AYRIMIN ÖNEMİ

Kefalet ve garanti sözleşmesi farklı geçerlilik şartlarına tabi ve her iki sözleşmeye de uygulanacak hükümler arasında derin farklar olduğundan bu iki sözleşmenin ayırt edilmesi önemlidir¹². Eğer üçüncü kişinin yani teminat verenin attığı imzayı, garanti sözleşmesi anlamına geldiğini kabul edecek olursak, teminat verenin sorumluluğu daha ağır ve geniş olacaktır. Buna karşılık, teminat verenin attığı imza kefalet sözleşmesi olarak kabul edilecek olursa, teminat veren borçluya ait defileri ileri sürebileceği ve de kefaletin geçerliliği sıkı şekil şartlarına bağlı olduğu için, sorumluluğu garanti verene göre daha hafif olacaktır¹³. Bundan dolayı da teminat verenin taahhüdünün kefalet mi garanti mi hangi hükümlere tabi olacağına belirlenmesi önemlidir. Örneğin; teminat verenin kefalet sözleşmesi hükümlerine tabi olduğunu kabul edecek olursak, teminat veren kefil gibi asıl borçlunun borcunu ödememesi halinde bu borçtan şahsen sorumlu olmayı taahhüt etmektedir¹⁴. Garanti sözleşmesi, kefalet sözleşmesinden farklıdır. Garanti sözleşmesi, fer’i nitelikte olmayan bir sözleşme olup, garanti veren için tehlikesini (riskini) fer’i olmayan bağımsız bir taahhülle kısmen veya tamamen üzerine almaktadır¹⁵. Kefalet sözleşmesinde, asıl borçlu sözleşmede taraf değildir¹⁶. Ancak, kefalet de, kefil asıl borçluya ait bütün defileri alacaklıya karşı dermeyeran etmek hakkını haizdir. (BK.mad.497) Kefalet borcu asıl borcun akıbetini takip eder¹⁷ ve kefalet asıl borca bağlı bir borç oldu-

¹² **Barlas**, Kredi Kartı, s. 949

¹³ **Akman**, Sermet, Garantör Sıfatıyla Girişilen Taahhüdün Mahiyeti ve Bu Bağlamda Garanti ve Kefalet Sözleşmelerinin Birbirinden Ayıran Temel Kriterler, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, İstanbul 2007, s. 1667

¹⁴ **Reisoğlu**, Seza, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet (Kefalet), Ankara, 1992, s. 2, **Bilge**, Necip, Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Ankara, 1971, s. 364, **Aral**, Fahrettin, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 7. Bası, Ankara 2007, s. 421, **Grassinger**, Gülçin Elçin, Borçlar Kanunu’na Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Oldukları Savunma İmkanları, İstanbul, 1996, s. 13

¹⁵ **Meier**, s. 2523

¹⁶ **Becker**, Herman, (Çev. Suat Dura), İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 1993, s. 1036

¹⁷ **Bilge**, s. 364, **Tandoğan**, II, s. 820; **Tercier**, s. 610, **Yavuz**, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), İstanbul 2011 s. 669

ğu için asıl borcun sona ermesiyle kefalet de sona erer¹⁸. Kefilin borcu, asıl borcun geçerliliğine bağlıdır¹⁹. Hâlbuki kefalette kefilin borcunun fer'i nitelikte bulunmasına karşı garanti veren kimsenin borcu fer'i olmayıp sözleşmenin aslından bağımsızdır²⁰, asıl borç geçersiz olsa bile garanti verenin sorumluluğu ortadan kalkmaz²¹.

Teminat sözleşmesinde, kefil ve garanti verenin ileri sürebileceği defiler açısından, her iki teminat türü arasındaki fark, Yargıtay 13. HD. E. 2002/12569, K. 2003/3985 T. 4.4.2003 tarihli kararında şu şekilde belirtilmiştir. “*Garanti sözleşmesi kefalet sözleşmesinden de farklıdır. Garanti sözleşmesi fer'i nitelikte olmayan bir sözleşme olup, garanti veren için tehlikesini (riskini) fer'i olmayan bağımsız bir taahhülle kısmen veya tamamen üzerine almaktadır. Kefalet de ise, kefil asıl borçluya ait bütün defileri alacaklıya karşı dermeyeran etmek hakkına haizdir. Bu nedenle kefalet aktinden kaynaklanan sorumluluk alacaklı ile üçüncü kişi arasındaki borç ilişkisi hukuken geçerli olduğu sürece devam eder. Asıl borç her hangi bir nedenle sakıt olunca kefil borçtan kurtulur. Garanti sözleşmesinde ise üçüncü kişinin yükümü sona ermez. Edim geçerli bir borç ilişkisine vücut vermese veya borç ilişkisi sona erse bile garanti veren sorumludur.*” Söz konusu kararda da belirttiği üzere, kefil asıl borçluya ait bütün defileri alacaklıya karşı ileri sürebilirken, garanti veren edimini temin ettiği üçüncü kişiye ait defileri ileri sürememektedir²².

Kefaletle garanti sözleşmesi geçerlilik şartı bakımından farklı hükümlere tabidir. Kefalet sözleşmesinin geçerliliği²³, yazılı şekilde yapılmasına ve kefilin sorumlu tutulacağı azami miktarın akitte belirlenmesine bağlıdır. Garanti sözleş-

¹⁸ **Olgaç**, Senai, Kazai ve İlmi İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu ve İlgili Özel Kanunlar, Aktin Muhtelif Nevileri, C. III, Şark Matbaası, Ankara 1969, s. 421, **Tercier**, s. 610

¹⁹ **Barlas**, s. 950; **Tercier**, s. 610; **Yavuz**, s. 671

²⁰ Kazancı Hukuk Otomasyonu; Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurul Kararı E. 1969/4, K. 1969/6, T. 11.6.1969 “*Velhasıl kefil, kanunun kendisine tanıdığı bu vesair hakları kullanmaya yetkilidir. Buna karşılık mektup 3. şahsın fiilini taahhüt şeklinde vasıflandırılırsa, bu halde bankanın, esas borçla hiçbir ilgisi bulunmayan müstakil ve asıl bir taahhüdü söz konusu olduğundan bu taahhüdü herhangi bir şekilde ve şarta da bağlı olmadığından, kefalette olduğu gibi müteberlik şartı aranmayacağı gibi, asıl borcun hukuken müteber, mevcut ve dava edilebilir olduğu hususlarına bağlı olmaksızın taahhüdü ile ilzam edilebilecektir. Şu haldegaranti verenin taahhüdü kefalet borcundan daha ağır sonuç doğurur, niteliktedir. (Kazancı Hukuk Otomasyonu)*

²¹ **Barlas**, s. 950

²² **Tandoğan**, II, s. 818, **Barlas**, s. 950

²³ Kefalet borcunun geçerli bir şekilde doğması için, borçlunun borcunun sözleşmeden doğmasına gerek yoktur. Kefalet, sözleşmeden doğan bir borç için verilebileceği gibi, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme veya kanundan doğan bir borç içinde verilebilir. (**Reisoğlu**, Kefalet, s. 2, **Bilge**, s. 364)

mesinde ise bu şekilde bir geçerlilik şartı yoktur²⁴. Garanti sözleşmelerinin geçerliliği, verilen garantinin belli bir limitle sınırlandırılmasına da bağlanmamıştır²⁵.

Halefiyet açısından da, kefilin ödeme yaptığı oranda alacaklının haklarına kanunen halef olacağı ve de borçluya rücu edebileceği kabul edilmektedir. Garanti veren ise ancak kendisine kontgaranti veren kimseye karşı müracaat etmek hakkını haizdir²⁶, onun dışında garanti verene kanunen tanınan bir halefiyet hakkı yoktur²⁷. Adi kefalette, kefilin borçtan sorumlu olması, ancak asıl borçlunun takip edilip de takibin semeresiz kalması halinde söz konusu olurken, garanti sözleşmesinde fiili taahhüt edilen üçüncü kişinin edimini ifa etmemesi halinde derhal garanti verene başvurulabilir. Kefilin sorumluluğu, alacaklı ile üçüncü şahıs arasındaki borç ilişkisi hukukun devam ettiği müddetçe devam eder yani kefilin yükümlülüğü fer'idir²⁸. Garanti sözleşmesinde ise temin edilen edim gerçekte bulunmasa, icrası mümkün olmasa veya dayandığı borç ortadan kalkmış bile olsa garanti veren sorumludur²⁹.

En önemlisi de, belirli ve belirsiz süreli kefalet sözleşmesinde kefilin koruyucu kanuni düzenlemeler mevcut olduğu halde, garanti veren açısından kanunen garanti vereni koruyucu düzenlemeler mevcut değildir³⁰.

Bir teminat sözleşmesinin kefalet mi garanti mi olduğunu ayırmak için hem Yargıtay kararlarında hem de doktrinde kıstaslar belirtilmiştir. Öncelikle, tarafların kullandıkları kelimelerden hareketle sözleşmede yer alan terimlerin anlamlarına bakarak taraf iradelerini saptanması yoluna gidilecek, bu kriterlerin eksik kaldığı yerde de tarafların amaçlarına bakarak ortak iradelerinin saptanması kabul edilebilecektir³¹.

III. SÖZLEŞMENİN LAFZINDA YER ALAN DAYANAKLAR

A. Yasal Bir Tanımın Kullanılması

Doktrinde bir görüşe göre, taraflarca, kanunda yer alan bir yasal tanım kullanılmış ise, tarafların o yasal tanıma ilişkin sözleşmeyi kurmak istedikleri sonucuna varılabilir. Örneğin 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 581 hükmünde

²⁴ Tandoğan, II, s. 818, Akman, s. 1672; Barlas, s. 950; Tercier, s. 649

²⁵ Barlas, s. 950, Reisoğlu, Seza, "Garanti Mukavelesi ve Kefalet Münasebeti", II. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, Ankara, 1961, s. 149-177

²⁶ Tandoğan, II, s. 819; Yargıtay T.D. 5.6.1968, E. 966-4166/K. 968-3496 (Tandoğan, II, s. 819'dan alıntı)

²⁷ Barlas, s. 950

²⁸ Olgaç, s. 422, Bilge, s. 366

²⁹ Reisoğlu, Seza, Garanti Mukavelesi, Ankara 1963, s.67, Akman, s. 1673, Bilge, s. 366

³⁰ Barlas, s. 950

³¹ Tercier, s. 649

yer alan kefaletle ilişkin tanıma sözleşmelerinde yer veren tarafların kefalet sözleşmesini akdetme iradesinde olduğu sonucu sözleşmenin lafzi yorumundan çıkarılabilecektir³². Bunun dışında, TBK m. 586 hükmünde yer alan müteselsil kefaleti anlatan ifadelerin taraflar tarafından kullanılmasından, taraf iradelerinin kefalet sözleşmesi yapılması yönünde yorumlanabileceği sonucu çıkartılabilir³³. Yargıtay kararlarında ise, TBK m. 19/f.1 uyarınca sözleşmede taraflarca kullanılan deyimlerle sıkı sıkıya bağlı kalınmamış ve tarafların ortak irade ve arzularının tespiti yoluna gidilmiştir. Bir hukuk genel kurulu kararında³⁴, taraflar arasında “garanti başlıklı” sözleşme de, tarafların kefalet akdi kurma iradesi olduğu belirterek taraflarca kullanılan deyimde itibar edilmemiştir.

B. Teminat Veren Tarafından Bir Borcun İfasının veya Bir Edimin Yerine Getirilmesinin Teminat Altına Alınması

Taraflarca akdedilen sözleşmede, “*bir borcun ifasının veya bir edimin yerine getirilmesinin teminat altına alınmak istendiği*” ifadesi yer almakta ise, bir görüşe göre, teminat veren tarafından fer’i bir yükümlülük üstlenilmek istendiği sonucuna varılmalıdır³⁵. Aynı zamanda, edimin kusurlu olarak yerine getirilmemesi şartı da, teminat verenin fer’i nitelikte bir taahhüdü üstlenmek istediğini göstermektedir³⁶. Buna karşın, teminat verenin sözleşmenin geçerli olup olmadığından bağımsız olarak bir edimi teminat altına alması söz konusuysa, bir garanti sözleşmesinin varlığından bahsetmek mümkündür³⁷. Üçüncü kişinin “*ediminde bulunmaması*” dışında bazı rizikolarda garanti sözleşmesinin konusu olabilir. Garanti veren tarafından temin edilen edimin icrası mümkün olmasa veya dayandığı borç ortadan kalksa bile garanti verenin sorumluluğu son bulmaz³⁸. İşte bu nedenle, kanımca, teminat veren tarafından, lehine garanti verilenle garanti alan arasındaki ilişkiden bağımsız bir teminat sözleşmesi kurulması halinde, garanti sözleşmesinin varlığını kabul etmek gerekmektedir.

C. Teminat Altına Alınan Edimin Tanımlanması

Taraflarca, teminat altına alınan edimin açıkça belirlenmiş olması, örneğin teminat verenin yükümlülüğünün bütünüyle teminat altına alınan borç ilişkisine

³² Özen, s. 30

³³ Özen, s. 30

³⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2008/19-729, K. 2008/718, T. 3.12.2008 (Kazancı Hukuk Otomasyonu)

³⁵ Özen, s. 30

³⁶ Tandoğan, II, s. 827

³⁷ Özen, s. 31, Tandoğan, II, s. 827, Akman, s. 1671; Barlas, s. 956

³⁸ Akman, s. 1673; Barlas, s. 956

atf yoluyla belirlenmesi durumunda, bir görüşe göre teminat verenin fer'i bir yükümlülüğüne yani kefalet sözleşmesinin varlığına işaret edecektir³⁹. Diğer bir görüşe göre ise, teminat sözleşmesinde sadece asıl sözleşmeye atf yapılmış olması sözleşmenin niteliğinin belirlenmesinde yeterli değildir. Bir teminat sözleşmesinde asıl sözleşmeye yapılan atfın sözleşmeyi tek başına kefalet sözleşmesi haline getirmesine imkan yoktur⁴⁰. Teminat altına alınan edim, sadece asıl sözleşmeye atf yapılarak belilenebiliyorsa ve onu kapsar tarzda ve temel edimi dikkate alarak taahhüte bulunmuşsa bu durumda kefalet sözleşmesinin varlığı daha olası olacaktır⁴¹. Yargıtayımız ise bir kararında⁴², bir teminat sözleşmesinde atf yapılarak borcun belirlenmesini kefalet sözleşmesi olarak kabul etmiştir.

Sözleşme konusu edimin yerine getirilmemesinin taahhüt altına alınmadığı yani sözleşmede teminat altına alınmak istenen edim borçtan soyutlanarak ve bağımsız olarak teminat altına alınmak istendiğinde bir garanti sözleşmesinin varlığından söz etmek mümkün olacaktır⁴³. Diğer bir deyişle, teminat altına alınan edimin borcun bir parçası değilse, borçlanılan edimden ayrı olarak bir sonuç olarak taahhüt edilmesi aslilik lehine bir belirti kabul edilir⁴⁴ çünkü garanti sözleşmesinin konusu, sonuçtur⁴⁵. Garanti verenin mükellefiyeti rizikonun gerçekleşmesi yani zararın ortaya çıkması anında belirlenmektedir⁴⁶. Ayrıca, teminat veren tarafından lehine teminat verdiği borçlunun taahhüt ettiği edimin sınırlarını aşan yani onun ediminden bağımsız olarak teminat vermesi onun fer'i değil asli bir borç yüklediğinin belirtisi olacaktır. Teminat alanın hiç bir surette zarara uğramaması gibi, asıl borç ilişkisinden bağımsız bir edim üstlenilmişse, kefalet değil garanti sözleşmesi söz konusu olacaktır⁴⁷. Buna göre, asıl borçlu gibi yükümlülük altına girmeyi amaçlayan sözleşme kefalet, asıl borçlunun borcunu aşabilecek şekilde borç altına girmeyi amaçlayan sözleşme ise garanti sözleşmesi olarak nitelendirilebilir.⁴⁸

³⁹ Özen, s. 32-33; Tandoğan, II, s. 823

⁴⁰ Meier, s. 2526; Develioğlu, s. 246, Barlas, s. 957

⁴¹ Meier, s. 2525; Barlas, s. 957

⁴² Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2008/19-729, K. 2008/718, T. 3.12.2008 kararı "*kredi sözleşmesine atf yapılarak, bu sözleşmeden doğan ve doğacak borçlar için davalılardan teminat beyanı alınmış olmakla, garanti beyanı asli unsur olmaktan çıkmış, fer'i nitelik yani kefalet amacına yönelik olduğu intibai borçlulara verilmiş bulunmaktadır.*" (Kazancı Hukuk Otomasyonu)

⁴³ Özen, s. 33

⁴⁴ Tandoğan, s. 823

⁴⁵ Meier, s. 2523

⁴⁶ Reisoğlu, Garanti, s.71

⁴⁷ Tandoğan, II, s. 828, Akman, s. 1674

⁴⁸ Reisoğlu, Garanti, s. 71, Akman, s.1674

Yargıtayımız ise bir kararında⁴⁹, teminat veren tarafından, limiti teminat sözleşmesinde belirtilmeyen ama atıf yapılan sözleşme yolu ile tespit edilebilecek olan teminat sözleşmesini, teminat verenin teminatının limiti belli olduğu, diğer bir deyişle, kefalet sözleşmesinin asli unsuru olan limitin belli olmasının gerçekleştiği gerekçesiyle taraflar arasındaki sözleşmeyi kefalet sözleşmesi olarak tespit etmiştir.

D. Teminat Veren Asıl Tartışma Def'inden ve Önce Rehnin Paraya Çevrilmesi Def'inden Feragat Etmesi

Teminat veren tarafından sadece tartışma def'inden ve önce rehnin paraya çevrilmesi def'inden feragat edilmesi, bir görüşe göre kefalet sözleşmesinin varlığına işaret eder⁵⁰. Teminat verenin kefile özgü bazı savunma sebeplerinden bahsedip bunlardan vazgeçtiğini beyan etmesi, kefalet sözleşmesinin kurulmasına yönelik bir iradeye delalet eder⁵¹. Bir görüş ise, ilk görüşü destekler biçimde, söz konusu defilerden feragatin tek başına değil de asıl sözleşmeden doğan tüm defilerle birlikte olması halinde, garanti sözleşmesinin mevcudiyetine karar verileceğini belirtmektedir⁵².

E. Asıl Sözleşmeden Doğan Defi ve İtirazlardan Feragat

Bir görüşe göre teminat verenin, asıl sözleşmeden doğan defi ve itiraz haklarından feragat etmesi, teminat verenin asıl sözleşmeden bağımsız bir taahhütte bulunma iradeni ortaya koymasından dolayı garanti sözleşmesinin varlığına işaret ettiği kabul edilmektedir⁵³. Buna örnek olarak "*herhangi bir defide bulunmaksızın ödenecektir*", "*her türlü itiraz ve defi bertaraf edilmiştir*" gibi kayıtlar gösterilebilir⁵⁴. Yargıtay'ın 1967 tarihli bir içtihadı birleştirme kararında⁵⁵ "*Bir kimse, asıl borçlunun ileri sürebileceği itirazlara bakılmaksızın borcun yerine getirilmemesinden doğan zararın tazminini kabul etmesi halinde, o kimse garanti veren durumundadır.*" denilmek suretiyle de, defi ve itirazlardan feragat halinde garanti sözleşmesinin varlığına işaret edilmiştir. Yine, Yargıtay 11. Hukuk dairesinin bir kararında tarafların itiraz ve defilerden feragat edildiğine dair bir iradelerinin saptanmaması halinde teminat verenin taahhüdünün borçlu-

⁴⁹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2008/19-729, K. 2008/718, T. 3.12.2008 kararı (Kazancı Hukuk Otomasyonu)

⁵⁰ **Özen**, s. 36

⁵¹ **Özen**, s.38; **Tandoğan**, II, s. 827

⁵² **Barlas**, s. 967; **Develioğlu**, s. 238

⁵³ **Tandoğan**, II, s. 824; **Grassinger**, s. 225; **Develioğlu**, s. 259; **Akman**, s. 1673; **Barlas**, s. 959

⁵⁴ **Tandoğan**, II, s. 824

⁵⁵ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, E. 1966/17, K. 1967/7, T. 13.12.1967 (Kazancı Hukuk otomasyonu)

dan ayrı, bağımsız, asli bir teminat olmayıp garantör ibaresi ile asıl borçlunun borç ilişkisine katılıp davalının fer'i bir teminat vererek asıl borçlunun borcuna kefaletin amaçlandığının kabulü gerektiği belirtilmiştir⁵⁶.

Buna karşılık diğer bir görüş, def'i ve itirazlardan feragat edilmiş olmasını garanti kefalet arasındaki ayrımında nitelikli bir kıstas olarak görmemektedir⁵⁷.

Kanımca, ikinci görüş, TBK'nın yeni düzenlenen hükümleri ışığında daha isabetlidir. Şöyle ki, 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren Türk Borçlar Kanunu ile kanundan aksi anlaşılmadıkça kefilin, kendisine tanınan haklardan önceden feragat edemeyeceği düzenlenmiştir. (TBK m. 582/3). Söz konusu düzenleme yürürlükten kalkan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda mevcut olmayan kefil lehine yapılan bir düzenlemedir⁵⁸. Buna göre, teminat verenin asıl sözleşmeden doğan def'i ve itirazlardan önceden feragat etmesi ve de taraf iradelerinin kefalet sözleşmesi olarak tespit edilmesi halinde, bu feragat geçersiz olacaktır. Bundan dolayı öncelikle, tarafların iradelerinin kefalet mi garanti mi yapılması yönünde olup olmadığı belirlendikten sonra, feragat klozunun geçerliliği tartışılmalıdır. Yargıtay'ın, TBK yürürlüğe girmeden önce vermiş olduğu kararlarda⁵⁹, kefilin kendisine tanınan haklardan vazgeçmiş olması yürürlükten kalkan kanun tarafından yasaklanmadığı için geçerli kabul edilmekteydi, artık yeni kanunumuza göre söz konusu feragat yasaklandığı için artık, feragat klozu ile sözleşme niteliği belirlenmektense, sözleşmenin niteliği belirlendikten sonra klozun geçerli olup olmadığına bakmak gerekir.

F. Belirli Bir Belge ve Belgelerin İbrası Sonucu Ödeme Yapılmasının Kararlaştırılması

Kefaletin fer'i niteliğinden dolayı, kefilin sorumluluğunun gerçekleşip gerçekleşmediğinin saptanması için öncelikle temel borç ilişkisine bakmak gereklidir.

⁵⁶ Yargıtay 11. H.D. E. 2005/4621 K. 2005/7778 T. 19.7.2005

⁵⁷ **Reisoğlu**, Garanti, s. 109-110; **Barlas**, s. 959

⁵⁸ **Kuntalp**, Erden/**Barlas**, Nami, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler, İstanbul 2005, s. 266

⁵⁹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2002/19-426, K. 2002/513, T. 12.6.2002; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 1999/19-1033 K. 1999/1005 T. 1.12.1999

"Her ne kadar İsviçre kefalet hukukunda yapılan değişikliklerle kefilin BK'nun 494. maddesindeki haklardan feragatinin hükümsüzlüğü kabul edilmişse de, Borçlar Kanunumuzda aynı doğrultuda bir değişiklik yapılmadığı sürece bu yöndeki feragatin geçerliliğinin kabulü gerektiği kuşkusuzdur.

Hal böyle olunca, mahkemece yukarıda açıklanan hususlar gözetilmeden, davalı kefilin BK'nun 494. maddesinde tanınan haklardan feragatinin mevcut borca yönelik olup, borç sıfırlandıktan sonra kullanılan kredi borcu yönünden anılan haklardan feragatinin sözkonusu olmayacağı gerekçesiyle yazılı şekilde hüküm kurulmasında isabet görülmemiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekte, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir." (Kazancı Hukuk Otomasyonu)

Önceden belirlenmiş belge veya belgelerin ibrazı ile ödeme yapılabilmesi bu noktada kefalet sözleşmesi için çok sağlıklı olmamaktadır. Buna karşın, garanti sözleşmelerinin bağımsız niteliği gereği, teminat altına alınan riskin gerçekleştiğini gösteren belgenin ibrazı ile ödeme yapılabilmesi mümkündür. Garanti sözleşmelerinde, garanti konusu ediminin gerçekleşip gerçekleşmediğini gösteren maddi olgunun tespiti bir belgenin ibrazı ile mümkün olabileceği kabul edilmektedir⁶⁰. Belirli bir belgenin ibraz edilmesi ödeme için şart koyulabileceği gibi, belirli bir tarihe kadar ibraz edilememesi de ödeme şartı olarak kararlaştırılabilir. *Örneğin, "lehtar tarihine kadar size TL ödediğine dair bir banka teyidi getirmediği takdirde bu miktarın size tarafımızdan ödeneceğini tahhüt ederiz."*⁶¹.

Teminat verilmesini düzenleyen sözleşmede, belirli bir belgenin ibrazı veya belirli bir belgenin belirli bir tarihe kadar ibraz edilememesi üzerine, taraflarca ödeme yükümlülüğünün doğacağıın kararlaştırılmış olması garanti sözleşmesinin varlığına işaret etmektedir⁶².

G. İlk Talepte Ödeme Kaydının Varlığı

Öğretide ağırlıklı görüş, kişisel teminat verilen bir sözleşmede "ilk talepte ödeme kaydı" bulunması sözleşmede garanti sözleşmesine yönelik bir iradenin hemen çıkarılmaması gerektiği yönündedir⁶³. Bunun yanı sıra, temel borç ilişkisinden kaynaklanan itiraz ve defilerden vazgeçildiği de ayrıca belirtilmişse, söz konusu sözleşmede garanti sözleşmesine yönelik bir iradenin olduğu kabul edilmektedir⁶⁴.

H. Teselsül Şartının Varlığı

Teminat sözleşmesinde, teminat veren ile asıl borçlunun müteselsilen borçlu olduğuna ilişkin bir kloz bulunması halinde, bağımsız garanti sözleşmesinin söz konusu olmayacağı doktrinde ağırlıklı olarak belirtilmiştir. Bu görüşe göre, garanti verenin, asıl borçludan bağımsız ve asli bir borç altına girildiği kabul edildiğinde, müteselsil olarak sorumlu olacağı kabul edilemez⁶⁵. Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararında⁶⁶, teminat sözleşmesinde müteselsilen borç altına girme ibaresi bulunmasına karşı teminat veren tarafından hiç bir itiraz dermeyan

⁶⁰ Özen, s. 35; Tandoğan, II, s. 827

⁶¹ Tandoğan, II, s. 826

⁶² Özen, s. 35; Tandoğan, II, s. 826; Barlas, s. 966, Develioğlu, s. 251

⁶³ Özen, s. 36; Kleiner (Tandoğan, II, s. 824'den alıntı)

⁶⁴ Tandoğan, II, s. 824

⁶⁵ Özen, s. 37; Barlas, s. 965; Develioğlu, s. 239

⁶⁶ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurul Kararı E. 1969/4, K. 1969/6, T. 11.6.1969 (Kazancı Hukuk Otomasyonu)

edilmeden ödeme yapılacağı temin edilerek, asıl borçludan daha fazla mükellefiyet altına girmesi karşısında bir garanti sözleşmesi iradesinin olduğunu kabul etmiştir. Zira, kefil asıl borçludan daha fazla mükellefiyet altına giremez. Bu sebeple Yargıtay, defilerden feragat edilmesi ve müteselsilen sorumluluk kaydını bir arada değerlendirerek, söz konusu sözleşmeyi kefalet değil, daha ağır bir taahhüt altına girdiği için garanti olarak nitelendirmiştir. Kanımca da, müteselsilen sorumlu olma ibresi tek başına değerlendirilmeyip, sözleşmedeki diğer klozlarla birlikte değerlendirildikten sonra tarafların iradelerinin kefalet mi garanti mi olduğu yönünde karar verilmelidir.

İ. Gayri Kabulü Rücu Borç Altına Girme

Kişisel teminat verenin “gayrikabülü rücu olarak ödeme taahhüdünde bulunması, başka belirtiler olmadıkça tek başına garanti sözleşmesinin varlığına işaret etmez⁶⁷. Teminat verenin, asıl borçluya rücu edemeyeceği ifadeleri kullanılmışsa, bir kefalet sözleşmesinin varlığına işaret eder çünkü rücu garanti sözleşmesinin niteliği ile bağdaşmaz⁶⁸.

J. İvaz Kıstası

Garanti verenin, garanti vermesi konusunda belli bir menfaati olsa bile bu ivaz olarak kabul edilmemektedir⁶⁹. Kural olarak, kefalet sözleşmesinde kefilin tek taraflı olarak borç altına girdiği kabul edilmektedir. Ancak, kefile bir takım menfaatler sağlanması kefalet sözleşmesinin ivazsızlığını etkilemez⁷⁰. Dolayısıyla, ivaz kıstasının, bir teminat sözleşmesinin garanti mi kefalet mi olduğu ayrımında yeri olmayacağı düşünülmektedir⁷¹.

IV. SÖZLEŞMENİN LAFZI DIŞINDA YORUM DAYANAKLARI

Tarafların gerçek ve ortak iradeleri, sözleşmenin yorumunda dikkate alınmaktadır(TBK m. 19.f.1)⁷². Ne yazık ki, hükümde hangi yöntemle veya yorum araçları ile tarafların iradesinin saptanacağı belirtilmemiştir⁷³. Öncelikle tarafların gerçek iradelerine başvurmak ve de kullanılan kelimelerle bağlı olmamak

⁶⁷ Tandoğan, II, s. 827

⁶⁸ Barlas, s. 966

⁶⁹ Tandoğan, II, s. 831

⁷⁰ Reisoğlu, Seza, Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları, AÜHFD, C. XIX, S. 1-4, 1962 (Muteberlik Şartları), s. 333, Tandoğan, II, s. 496, Bilge, s. 365

⁷¹ Tandoğan, II, s. 831

⁷² Oğuzman/Öz, s.194; Develioğlu, s. 227, Özen, s. 29

⁷³ Barlas, s. 952

gerekir⁷⁴. Sözleşmeyi akdeden tarafların sözleşmenin kurulması sırasındaki iradeleri, birbirinden beklentileri güven prensibi çerçevesinde yorumlanacak ve göz önüne alınacaktır⁷⁵. Ancak, sözleşmeyi akdeden taraflar belli bir iş çevresinde yer almakta ise ve bunların hukuki anlamda bilerek ve isteyerek terimleri kullandıkları kabul edilmekte ise, bu çerçevede sözleşmenin lafzına itibar edileceği kabul edilmektedir⁷⁶.

Bir görüşe göre, teminat veren tarafından, verdiği teminatı hangi amaçla verdiği, lehine teminat verdiği kişiyi belli bir harekete yönlendirmek amacıyla mı bu teminat verdiğini sözleşmenin nitelendirilmesinde dikkate alınabilecek bir kıstastır⁷⁷. Garanti verenin, garanti alanı belli bir hareket tarzına yöneltmek için garanti verdiği kabul edilmektedir. Kefalet sözleşmesinin aksine, üçüncü şahsın fiilini garanti eden kimsenin bir sebebi bulunacaktır⁷⁸. Buna göre, teminat verenin teminat vermekte menfaati olduğu takdirde aralarındaki sözleşme garanti sözleşmesi olarak adlandırılacak, teminat verenin menfaat, olmadan teminat vermesi halin de kefalet sözleşmesinin varlığı kabul edilecektir. Nitekim, Yargıtay 11 HD. E. 2001/10654 K. 2002/506 no.lu ve 28.1.2002 tarihli kararında⁷⁹ menfaat kıstasını esas alarak *“Teminat veren kimsenin bu sözleşmeyi yapmakta menfaati olduğu belirlenmediği gibi bu husus davalı bankaca da ileri sürülüp kanıtlanmış değildir. Nihayet kişiye yönelik teminat verme amacı gerek sözleşme ve gerekse garanti sözleşmesinden açıkça anlaşılmaktadır. Zira verilen teminat kredi kartı sözleşmesinin müşterisi ve asıl borçlusu birol isimli kişinin borçlarını karşılamaya yöneliktir. O halde, tüm ana kıstasların uygulanması sonucu davacının garanti sözleşmesi adı altındaki sözleşmenin amacı kefalete yöneliktir.”* şeklinde karar verilmiştir.

Aksi görüş, Arkan'a göre ise, bankaların hiçbir menfaati olmamasına rağmen müşterilerine kefil olmakta ve garanti vermektedirler. Bu nedenle, tek başına menfaat kıstası verilen teminatın garanti mi yoksa kefalet mi olduğunu belirlemede yetersiz kalacaktır⁸⁰. Develioğlu'na göre de⁸¹, menfaat kriterinin bir teminat sözleşmesinin kefalet veya garanti olarak nitelendirilmesinde bir rolü yoktur. Yazar, bankaların menfaat olarak kabul edilmeyen komisyon karşılığında teminat vermelerini iddiasına örnek olarak göstermiştir.

⁷⁴ **Reisoğlu**, Garanti, s. 68-69; **Reisoğlu**, Kefalet, s. 81; **Tercier**, s. 649

⁷⁵ **Barlas**, s. 953; **Meier**, s. 2526

⁷⁶ **Reisoğlu** Kefalet, s. 82; **Barlas**, s. 954

⁷⁷ **Reisoğlu**, Kefalet, s. 86; **Özen**, s. 39; **Barlas**, s. 963

⁷⁸ **Tandoğan**, II, s. 828; **Reisoğlu**, Garanti, s. 81, **Akman**, s. 1674

⁷⁹ Kazancı Hukuk Otomasyonu

⁸⁰ **Arkan**, Sabih, “Kredi Kartıyla İlgili Olarak Verilen Güvencenin Hukuki Niteliği”, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, C. I, s. 988

⁸¹ Develioğlu, s. 268

V. KEFALET KARİNESİ

Bir sözleşmenin kefalet mi yoksa garanti sözleşmesi mi olduğu yönünde şüphe var ise doktrinde kefalet lehine yorum yapılması gerektiği belirtilmiştir⁸². Bunun nedeni olarak da, tereddüt halinde, taahhüde giren tarafın taahhüdünü ağırlaştıracak yoruma gidilemez kuralı olduğu ileri sürülebilir⁸³. Hâkim, olayın mahiyetine ve şartların özelliklerine göre bir sözleşmenin kefalet mi garanti sözleşmesi mi olduğuna karar verir, bunu yaparken de tarafların amacına ve gayesine bakılması kabul edilebilir bir çözüm tarzıdır. Örneğin, müşterek borçlulardan birisi karşılık edimden hiçbir istifade sağlamadığı ve borcun ifasında hiçbir şahsi menfaati bulunmadığı takdirde ortada kefalet akdi mevcut olduğunu kabul etmek hakkaniyete uygun olacaktır⁸⁴. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun E. 2001/19-534, K. 2001/583 sayılı ve 04.07.2001 tarihli kararında⁸⁵ da karara konu sözleşmede “*garanti şerhi ibaresi*” yer almasına rağmen sözleşmenin lafzına bağlı kalınmayarak “*Hiçbir menfati olmayan, ticari bir gaye gütmeyen, sadece dostane ilişkiler nedeniyle tüketime yönelik banka kredi kartı kullanmasına imkan tanımak için verilen teminatın, garanti beyanı adı altında da olsa bir garanti sözleşmesi amacı ile değil, kefalet amacı ile verildiğinin kabulü gerekir.*” gerekçesiyle karar verilmiştir.

VI. SONUÇ

Garanti sözleşmesi, teminat veren açısından kefalet sözleşmesine göre daha ağır şartlara tabidir. Garanti veren, asıl borç ilişkisinden bağımsız olarak bazen de asıl borçluya nazaran daha ağır taahhüt altına girebilmektedir. Bu nedenle bir teminat sözleşmesinin niteliği konusunda şüphe var ise, öncelikle tarafların kullandıkları deyimlere daha sonra ise tarafların ortak amaç ve arzularına bakılarak sözleşmenin nev'i tayin edilmelidir. Nitekim, Yargıtayımızın da vermiş olduğu kararlarda, sözleşmede “garanti” ibaresi bulunmasına rağmen, tarafların amacı göz önüne alınarak, sözleşme kefalet sözleşmesi olarak kabul edilmiştir. Bazen de, taraflar müteselsil sorumluluk gibi kefalete ilişkin terimler kullansa bile garanti sözleşmesinin var olduğuna da karar verilmiştir.

⁸² Reisoğlu, Garanti, s.87-88, Akman, s. 1675, Bilge, s. 368; Özen, s. 41, Barlas, s. 967

⁸³ Tekinay, S. Sulhi /Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altıp, Atilla; Borçlar Hukuku, İstanbul 1993, s. 235

⁸⁴ Bilge, s. 368

⁸⁵ Kazancı Hukuk Otomasyonu

KAYNAKÇA

- Akman, Sermet, Garantör Sıfatıyla Girişilen Taahhüdün Mahiyeti ve Bu Bağlamda Garanti ve Kefalet Sözleşmelerinin Birbirinden Ayıran Temel Kriterler, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, İstanbul 2007
- Aral, Fahrettin, Borçlar Kanunu Özel Borç İlişkileri, Ankara 2007
- Arkan, Sabih, Kredi Kartıyla İlgili Olarak Verilen Güvencenin Hukuki Niteliği, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, C. I, s. 983-991
- Barlas, Nami, "Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Verilen Kişisel Teminatın Niteliğinin Belirlenmesi", Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2002, s. 937-989
- Becker, Herman, (Çev. Suat Dura), İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 1993
- Bilge, Necip, Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1971
- Develioğlu, Murat, Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, İstanbul 2009
- Grassinger, Elçin, Borçlar Kanunu'na Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Oldukları Savunma İmkanları, İstanbul 1996
- Kuntalp, Erden/Barlas, Nami, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler, İstanbul 2005
- Meier, Philippe, COMMENTAIRE ROMAND, Code des obligations I, Genève 2003
- Olguç, Senai, Kazai ve İlmi İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu ve İlgili Özel Kanunlar, Aktin Muhtelif Nevileri, C. III, Ankara 1969
- Oğuzman, M. Kemal/Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, 10. Bası, İstanbul 2012
- Özen, Burak, Kefalet Sözleşmesi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde, İstanbul 2012
- Reisoğlu, Seza, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, Ankara 1992 (Kefalet)
- Reisoğlu, Seza, Garanti Mukavelesi, Ankara 1963 (Garanti)
- Reisoğlu, Seza, "Garanti Mukavelesi ve Kefalet Münasebeti", II. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, Ankara, 1961, s. 149-177 (Garanti ve Kefalet)
- Reisoğlu, Seza, Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları, AÜHFD, C. XIX, S. 1-4, 1962 (Muteberlik Şartları)
- Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt II, 5. Bası, İstanbul 2010
- Tekinay, S. Sulhi /Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla; Borçlar Hukuku, İstanbul 1993
- Tercier, Pierre, Les contrats spécieux, Zurich, 1995
- Yavuz, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), İstanbul 2012

CMR VE TTK'DA TAŞIYICININ SORUMLULUĞU İLE KAST VE KASTA EŞDEĞER KUSURUNUN SORUMLULUĞA ETKİSİ

*Arş. Gör. Aydın Alber YÜCE**

ÖZET:

Taşıma sözleşmesi, karşılıklı iki tarafa borç yükleyen rızaî bir nitelik taşıır. Taşıma sözleşmesinde taşıyıcının sorumluluğunun, bu sorumluluğu sınırlayan, kaldıran etkenlerin incelenmesi son derece önemlidir. Zira niteliği itibarıyla bünyesinde belirli bir riski barındıran taşıma işleri sırasında, taraflar iradi olarak ya da kendilerinden kaynaklanmayan sebepler yüzünden borçlarına aykırı davranabilirler. Buradaki borca aykırılığın doğurduğu zararların nasıl tazmin edileceği sorununun çözümü için de taşıyıcının sorumluluğunu detaylı incelemek gerekir.

Taşıma sözleşmesiyle; taşıyıcı, sözleşmeden beklenen yararın sağlanabilmesi için, eşyayı koruma borcu altına girer. Çünkü eşyanın herhangi bir zıyaa ya da hasara uğratılmadan gönderilene teslimi çoğu zaman sözleşmenin başarıyla ifa edildiğini gösterir. Bununla beraber bazı durumlarda zıya ya da hasar olmasa da taşıma işi yapılması gereken süreden daha uzun sürdüğü için sözleşmeden beklenen fayda sağlanamaz ve gecikme nedeniyle taraflar zarara uğrar.

CMR ve TTK sisteminde taşıyıcının yükün zıyaa ve hasara uğramasından ya da geç teslim edilmesinden doğan zararlardan ötürü sorumlu olduğu zarar sebebiyle sorumluluğa bir üst sınır getirilmiştir. Ancak söz konusu zarara taşıyıcının ya da taşıma işine yardımcı olarak kullandığı kişilerin kasti ya da kasta eşdeğer kusuru yol açmış ise taşıyıcı, kendisinin sorumluluğunu sınırlayıcı, bu sorumluluğu ortadan kaldıran ya da kendisine düşen ispat yükünü değiştiren hükümlerden faydalanamayacaktır.

Anahtar Kelimeler:

Taşıma Sözleşmesi, Taşıyıcı, Taşıyıcının Sorumluluğu, Kast ve Kasta Eşdeğer Kusur.

ABSTRACT:

The contract of carriage is an istin synallagmatic and consensual contract. It's crucial to analyze the liability of carrier and the factors which are limiting or disposing of this liability. In as much as, parties can violate the terms of contract of carriage, because of their own will or the facts which are out of their control, while dealing with the carriage that has some risks because of it's characteristic feature. The liability of carrier must be examined well in order to resolve the problem of payment of compensation, caused by that violation.

With the contract of carriage, th carrier undertakes the obligation of protecting the goods to get the expected benefit from the contract. Because, it mostly shows that the

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.

contract is well executed, if the goods are delivered without any loss or damage. Nevertheless, in some circumstances, parties incur losses and the expected benefit from the contract can't be procured because of delay, even if there is no loss or damage.

A limitation of the carriers liability for loss, damage or delay; has been brought into force by CMR Convention and TTK. However, if the carrier's or carrier's agents' dolus or wilful misconduct causes this damage; the carrier will not be able to put forward the articles of CMR Convention or TTK which are limiting or exculpating his liability or affecting the burden of proof.

Keywords:

The Contract of Carriage, The Liability of Carriage, The Limitation of Carriers Liability, Wilful Misconduct.

I. TAŞIYICININ SORUMLULUĞU VE SORUMLULUĞUN KAPSAMI

A. Sorumluluğun Tayininde Temel Kaynak: Taşıma Sözleşmesi

1. Genel Olarak

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na dördüncü kitap olarak eklenen taşıma işleri, madde 850 ve 930 arasında düzenlenmiştir. Taşıma sözleşmesi, bir kişi ya da eşyanın, ücret karşılığında, bir yerden başka bir yere götürülmesidir¹. TTK'da, taşıma sözleşmesinin tarifi yapılmamış; bunun yerine m. 850'de taşıyıcının kim olduğunun belirtilmesiyle yetinilmiş ve taşıma sözleşmesinde tarafların karşılıklı hak ve borçları belirtilmiştir. Bunun yanı sıra, aynı maddenin son fıkrasında taşıma işlerinin ancak bir ticari işletme faaliyeti çerçevesinde gerçekleştirilebileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla arızı taşıyıcı² hakkında taşıma hukuku kitabına ilişkin TTK hükümleri ancak uygun düştüğü ölçüde uygulanabilecektir (TTK m. 851).

TTK m. 850, "*Taşıyıcı, taşıma sözleşmesiyle eşya veya yolcu taşıma işini veya ikisini birlikte üstlenen kişidir. Eşya her türlü yükü de kapsar. Taşıyıcı, taşıma sözleşmesiyle eşyayı varma yerine götürmeyi ve orada gönderilene teslim etmeyi veya yolcuyu varma yerine ulaştırmayı; buna karşılık, eşya taşımada gönderen ve yolcu taşımada yolcu, taşıyıcıya, taşıma ücretini ödemeyi borçlanır. Taşıma işleri ticari işletme faaliyetidir.*" şeklinde kaleme alınmıştır. Taşıma sözleşmesinde, eşyanın taşınmasını üstlenen kişinin taşıyıcı olduğu belirtilmiştir. Burada taşıyıcının asli edimi eşya ve yolcu taşıma yönünden farklı olarak belirtilmiştir. Eşya taşımada taşıyıcının iki edimi vardır: Eşyayı varma yerine taşımak ve orada eşyayı gönderilene teslim etmek. Yolcu taşımada ise taşımanın niteliği gereği taşıyıcının sadece yolcuyu varma yerine taşımak borcu vardır. Taşıma konusunun niteliği gereği taşıyıcının yolcuyu herhangi bir kimseye veya özel yere teslim borcu yoktur³. Buna karşılık, eşya taşımada gönderen veya yolcu taşımada yolcu, taşıyıcıya taşıma ücretini ödemekle mükelleftir.

Taşıma işlerinin ticari işletme faaliyeti çerçevesinde gerçekleştirilebileceği, taşıma işlerinin en azından bir ticari işletme boyutunda organize edilmesi gerektiği de

¹ Necat **Tüzün**, *Kara ve Hava Taşıma Hukuku*, Ankara 1968, s. 12; Sabih **Arkan**, *Karada Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu*, Ankara 1982, s. 10; Malcolm A. **Clarke**, *International Carriage of Goods by Road: CMR, Fifth Edition*, London 2009; s.19; Gönen **Eriş**, *Kara Taşıma Hukuku*, Ankara 1996, s. 13; Ahmet **Zeyneloğlu**, *Uygulamalı Taşıma Hukuku*, Ankara 1980, s. 19; Taraflar sözleşme özgürlüğü ilkesi kapsamında, taşıma sözleşmesinin içeriğini serbestçe belirleyebilirler. Sözleşme ile düzenlenmeyen hususlarda, TTK'nın taşıma hukukuna ilişkin hükümleri geçerli olacaktır.

² Arızî taşıyıcı kavramı, TTK m. 851 anlamında, eşya ve yolcu taşıma işini geçici olarak üstlenen kişiyi ifade etmektedir.

³ Gerekeç, m. 850.

belirtilmiştir. Bu bakımdan ticari işletmenin unsurlarından olan esnaf işletmesini aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutma, devamlılık ve bağımsızlık unsurları⁴, taşıma işlerinin bünyesinde gerçekleştirildiği işletme bakımından da aranacaktır.

Taşıma sözleşmesinin kurulması bakımından, herhangi bir şekil şartının gerekip gerekmediği ve özellikle taşıma senedinin bu noktadaki rolü tartışılmalıdır. TTK m. 856, “*Taşıma senedi düzenlenmemiş olsa bile, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun iradeleri ile taşıma sözleşmesi kurulur*” hükmünü getirmiştir. Maddenin lafzından sözleşmenin kurulması için özel bir şekil şartı aranmadığı anlaşılmaktadır. Yani taşıma sözleşmesi de, diğer sözleşmeler gibi genellikle tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulacaktır. Bu bakımdan örneğin taşınacak eşyanın taşıyıcı tarafından teslim alınması dahi taşıma sözleşmesinin fiili olarak da olsa kurulduğunu gösterebilir⁵. Ayrıca taşıma senedi düzenlenmemiş olsa dahi taşıma sözleşmesi kurulmuş olacaktır (TTK m. 856/2). Bu noktada taşıma senedinin taşıma sözleşmesinin yazılı şekil şartının yerine geçen nitelikte bir belge olmadığını görüyoruz⁶. Bu konuda CMR m. 4 “*Taşıma sözleşmesi bir taşıma senedine bağlanır. Taşıma senedinin yokluğu, usulüne uygun olmaması, veya ziyai, bu antlaşma hükümlerine tabi kalmaya devam edecek olan taşıma sözleşmesinin varlığını ya da geçerliliğini etkilemez.*” demektedir. CMR’nin bu hükmü değerlendirildiğinde, taşıma sözleşmesinin kurulması için özel bir şeklin gerekmediği anlaşılmaktadır⁷. Taşıma senedi, eşyanın tesellümü bakımından bir alındı, teslim makbuzu ya da eşyayı temsil eden bir senet işlevi görmek ve taşıma sözleşmesinin varlığı bakımından bir kanıt niteliğinde olmakta ancak eşyanın mülkiyetini temsil eden bir belge olarak değerlendirilmemektedir⁸. Dolayısıyla CMR’nin anılan hükmü değerlendirildiğinde, taşıma senedinin geçerlilik şartının yerine getirilmesini sağlayan bir belge olmaktan ziyade; ispat fonksiyonuna sahip bir belge olduğu kabul edilmelidir⁹.

Taşıma sözleşmesinde taşıyıcı, kendisine düşen edimleri bizzat yerine getirebileceği gibi bu edimlerin yerine getirilmesinde yardımcı şahısları da kullan-

⁴ Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, 15. bası, Ankara 2011, s. 27 vd.

⁵ Arkan, *Taşıyıcının Sorumluluğu*, s. 18.

⁶ Bu durum, TTK m. 856 gerekçesinde de şu şekilde belirtilmiştir: “Kanun taşıma sözleşmesinin yapılmasını bir şekle bağlamamıştır. Taşıma sözleşmeleri tarafların karşılıklı ve birbirlerine uygun iradeleri ile kurulur. Taşıma senedinin sözleşmenin kurulmasında etkisi yoktur. Ancak Tasarının 858. maddesi çerçevesinde ispat gücü vardır.” Taşımda senedinin, taşıma sözleşmesinin yazılı şekli olduğunu savunan görüş için bkz. Tüzün, s. 19.

⁷ Alihan Aydın, *CMR’ye Göre Taşıyıcının Ziya, Hasar ve Gecikmeden Doğan Sorumluluğu*, İstanbul 2002, s. 8.

⁸ Clarke, s. 57.

⁹ Engil Erdil, *CMR Konvansiyonu Şerhi*, İstanbul 2007, s. 47.

bilir. Bununla beraber taşıma işleri komisyoncusu taşıyıcı değildir¹⁰. Taşıma işleri komisyoncusunun yaptığı tek şey, taşınacak eşya sahibi adına bir vekil gibi hareket ederek taşıma işini gerçekleştirenlerle temas kurmaktır ve taşıma işini örgütlemektir¹¹. Burada taşıma işleri komisyoncusu taşıma işini üstlenmekte, yalnızca bu işi gerçekleştirecek kişileri bulmaktadır¹².

2. Taşıma Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk Kuralları

Taşıma sözleşmelerini düzenleyen kurallardan hangilerinin bir somut olayda uygulanacağını tespit etmek bakımından CMR'nin uygulanma şartlarını belirlemek yerinde olacaktır. CMR'nin uygulanabilmesi için ilk olarak ücret karşılığında yapılan bir taşıma sözleşmesi bulunmalıdır¹³. İkinci olarak taşımanın konusu eşya olmalı ve bu eşyanın taşınması belirli tür taşıtlarla karayolunda gerçekleştirilmelidir. Son olarak eşyanın taşınmak üzere teslim alındığı yer ile teslim edileceği yerin iki ayrı devlet sınırları içinde bulunması¹⁴ ve bu devletlerden en az birinin CMR'ye taraf olması gerekir¹⁵.

¹⁰ Taşıma işleri komisyonculuğu sözleşmesi şu şekilde tarif edilmiştir: “*Taşıma işleri komisyonculuğu sözleşmesi ile komisyoncu eşya taşımayı üstlenir. Bu sözleşme ile gönderen, kararlaştırılan ücreti ödeme borcu altına girer.*”, Eşyanın taşınması borcu ise m. 918’de şu şekilde belirlenmiştir: “*Eşyanın taşınması borcu, taşıma işinin örgütlenmesini ve özellikle; a) Taşıma araçlarını ve taşıma yolunu belirlemek, b) Taşıma işini fiilen gerçekleştirecek taşıyıcıyı ve taşıyıcıları seçmek, eşyanın taşınması için gereken taşıma, ardiye ve taşıma işleri komisyonculuğu sözleşmelerini yapmak, c) Taşıyıcıya ve taşıyıcılara gerekli bilgi ve talimatları vermek, d) Gönderenin tazminat haklarını teminat altına almak yükümlülüklerini kapsar.*”

¹¹ Sami **Karahan**, *Ticari İşletme Hukuku*, 23. Bası, Konya 2012, s. 394.

¹² **Clarke**, s. 19, 21; Bununla beraber, Türk hukuku bakımından, taşıma işleri komisyoncusu taşıma işini bizzat üstlenirse, taşımadan doğan haklar ve yükümlülükle yönünden taşıyıcı veya taşıyan sayılır (TTK m. 926).

¹³ Burak **Adıgüzel**, *Karayoluyla Yapılan Taşımalarda Taşıyıcının Zıya ve Hasardan Doğan Sorumluluğu*, 2. Bası, Ankara 2012, s. 21; **Aydın**, s. 5.

¹⁴ Bu şartın gerçekleşmemesi durumunda, taşıma sözleşmesine iç hukuk kuralları olan TTK hükümleri uygulanacaktır. Nitekim Yargıtay kararlarında da bu hususa işaret edilmektedir: “...CMR hükümlerinin yasa olarak uygulanabilmesi için eşyanın teslim edildiği yer ile bunların gönderildiği yerlerin iki ayrı devlet sınırları içerisinde bulunması ve devletlerden en az birinin de CMR ye taraf olması gerektiğinden CMR hükümleri yurt içi taşımada bir yasa hükmü olarak uygulanamaz, taraflarca sadece sözleşme hükmü olarak kabulü mümkündür. Ancak bu halde CMR hükümlerinden TTK nun taşımaya ilişkin emredici hükümlerine aykırı olmayan hükümleri geçerli olabileceğinden, TTK nun emredici mahiyette bulunan 766. maddesi uyarınca da, taşıyıcının mesuliyetinin önceden hafifletilmesi veya kaldırılması neticesini doğuran bütün kayıt ve şartlar hükümsüz olacağından dava konusu olay bakımından taşıyıcının sorumluluğunu sınırlayan CMR hükümleri geçerli olmayacaktır...” 11. HD. 26.12.2003, E. 2003/13744, K. 2003/12152, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (Erişim Tarihi: 2.4.2012); “...Taşımanın uluslararası olması halinde meydana gelecek ihtilaflarda, TTK.nun taşımaya ilişkin hükümlerinin değil, Karayolu ile Milletlerarası Mal Nakliyatı Mukavelesi ile İlgili Anlaşma (CMR) hükümlerinin uygulanması gerekmektedir...” 11. HD. 12.1.2004, E. 2003/5174, K. 2004/51, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (Erişim Tarihi: 3.4.2012).

¹⁵ Sabih **Arkan**, “Eşyanın Karayolu ile Uluslar arası Taşınmasına İlişkin Konvansiyon (CMR) Üzerinde Bir İnceleme”, Sorumluluk ve Sigorta Hukuku Bakımından Eşya Taşımacılığı Sem-

B. Taşıyıcının Eşyayı Koruma Borcu ve Bundan Doğan Sorumluluğu

1. Genel Olarak

Taşıyıcının eşyayı koruma borcunun yasal dayanağı TTK m. 875 ve CMR m. 17'dir. TTK m. 875'e göre, "*Taşıyıcı, eşyanın taşınmak üzere teslim alınmasından teslim edilmesine kadar geçecek süre içinde, eşyanın zıyaandan, hasarından veya teslimindeki gecikmeden doğan zararlardan sorumludur.*" Burada eşyanın ziyaa ya da hasara uğramasıyla kastedilen eşyayı koruma borcunun ihlalidir. Taşıyıcının sorumluluğu eşyanın teslim alınmasından, teslim edilmesine kadar geçen süre içinde söz konusu olacaktır¹⁶. Taşıma sözleşmesinde taşıyıcının asli edimi eşyanın bir yerden bir başka yere taşınmasıdır¹⁷. Ancak taşıma sözleşmesinden beklenen yararın sağlanması bakımından, bu asli edimin yanı sıra, taşıyıcının eşyayı koruma borcu da mevcuttur¹⁸. Taşıyıcının koruma borcunun başlangıç zamanı eşyanın kendisine teslimi tarihidir¹⁹. Eşyayı koruma borcu, taşıma işinin bitirilip de eşyanın gönderilene teslimi ile son bulur²⁰. Teslim de sözleşme gibi çift taraflı bir işlem²¹ olduğundan örneğin eşyanın, taşındıktan sonra gönderilenden habersiz olarak onun deposunun önüne götürülüp bırakılması eşyanın teslimi sayılmamalıdır²².

2. Eşyanın Zıyaa Uğraması

Zıya, taşıma konusu eşyanın teslim edilemeyecek durumda olmasıdır²³. Burada eşyanın hangi nedenden ötürü teslim edilemediği hususu önem taşımaz²⁴.

pozyumu, Ankara 1984, s. 8 vd.; Aydın, s. 5 vd.; 11. HD. 30.4.1999, E. 1999/825, K. 1999/3429, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (Erişim Tarihi: 2.4.2012).

¹⁶ Aydın, s. 34. Nitekim Yargıtay da, bir davada bu yönde karar vermiştir: "...*Taşıyıcının CMR hükümleri uyarınca sorumluluğu, emtianın alıcıya tesliminden sonra söz konusu olacağı için, malların alıcıya hiç teslim edilmemesi durumunda sözleşmeye aykırılık nedeniyle söz konusu olacak sorumluluğun CMR hükümlerine göre değil, genel hükümler çerçevesinde belirlenmesi gerekir...*" 11. HD. 25.9.2007, E. 2006/8977, K. 2007/11784, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (Erişim Tarihi: 3.4.2012).

¹⁷ Adıgüzel, s. 50.

¹⁸ Arkan, Taşıyıcının Sorumluluğu, s. 47.

¹⁹ Adıgüzel, s. 50.

²⁰ Aydın, s. 35.

²¹ Teslimin çift taraflı olması ile kastedilen, bu işlemin tamamlanması için yalnızca bir tarafın eylemlerinin yeterli olmamasıdır. Bunun aksine, teslimi gerçekleştirmek için birtakım şartları yerine getiren taşıyıcıya karşılık, gönderilenin de teslimi kabul etmesi gerekir. Teslim alma ve teslim etme işlemleri bu niteliktedir, bkz. Aydın, s. 39.

²² Sabih Arkan, "Karayoluyla Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu", Sorumluluk ve Sigorta Hukuku Bakımından Eşya Taşımacılığı Sempozyumu, Ankara 1984, s. 103-105.

²³ Adıgüzel, s. 72; Aydın, s. 48, 49.

²⁴ Aydın, s. 49.

Zira teslim imkânsızlığı; yangın, batma, kaybolma gibi sebeplerden kaynaklanabileceği gibi; gümrük mevzuatının müsaade etmemesi gibi hukukî engellerden de kaynaklanabilir²⁵. Bazen taşıma konusu eşyanın tam ziyayı (total loss), bazen de kısmi ziyayı (partial loss) söz konusu olur²⁶. Kısmi ziyada, taşıma konusu eşyanın bir kısmı yok olmasına rağmen kalan kısımdan beklenen ekonomik fayda halen mevcuttur. Örneğin taşıma sırasında gerçekleşen bir trafik kazası neticesinde taşınan 100 plazma TV'nin 50'si kullanılmayacak durumda ise kalan kısım halen teslim edilebileceğinden, burada kısmi ziyanın varlığı kabul edilir. Tam ziyaya söz konusu olduğunda, eşyanın nerede olduğu çoğu zaman bilinmez. Ancak eşyanın yerinin tespit edilememesi, CMR anlamında bir ziyanın var kabul edilebilmesi için bir temel nitelik değildir. Eşyalar müsadere edilmiş, kullanılmayacak derecede zarar görmüş, kaybolmuş, çalınmış ya da yanlış kişiye teslim edilmiş olabilir. Tüm bu hallerde tam ziyaya söz konusudur²⁷.

3. Eşyanın Hasara Uğraması

Taşıma sözleşmesi bakımından hasar, taşıma faaliyeti sırasında eşyada meydana gelen ve onun ekonomik değerini düşüren kötüleşmedir²⁸. Bir başka ifadeyle eşya teslim edilmekte ancak eşyada fiziki bir kötüleşme olmaktadır. Ziyada olduğu gibi burada da kısmi ya da tam hasar gerçekleşebilir. Hasar neticesinde eşyanın geri kalanından beklenen fayda sağlanamıyor ise tam hasarın gerçekleştiğini kabul etmek ve tazminat miktarını buna göre tespit etmek gerekir²⁹.

Eşyada gerçekleşen hasarın sürekli olması gerekir. Hasar gerçekleşmiş ancak hasarın yol açtığı etkiler ortadan kalktıktan sonra eşyada herhangi bir değer azalması yoksa burada hasardan söz edilemeyecek ve ancak geçici kötüleşme sürekli bir değer kaybına yol açmışsa burada hasarın varlığı kabul edilecektir³⁰. Taşıma konusu eşyanın paslanması, çizilmesi, ıslanması, kirlenmesi gibi durumlar eşyada gerçekleşebilecek hasara örnek olarak sayılabilir.

4. Taşıyıcının Eşyayı Koruma Borcunu İhlalinden Doğan Sorumluluğu

a. Eşyanın Ziyaya Uğraması Durumunda Ortaya Çıkan Zararların Tazmini

Taşıma konusu eşyanın ziyaya uğraması durumunda ödenecek tazminat miktarına ilişkin ilkeler CMR'nin 23. maddesinde belirlenmiştir. Buna göre, taşıyıcı-

²⁵ Aydın, s. 49.

²⁶ Arkan, Taşıyıcının Sorumluluğu, s. 47; Clarke, s. 188; Erdil, s. 152.

²⁷ Clarke, s. 188.

²⁸ Adıgüzel, s. 78. TTK m. 875 gerekçesinde ise hasar şu şekilde tanımlanmaktadır: "Hasar, eşyanın varlığını korumakla beraber zarara uğramasıdır."

²⁹ Arkan, Taşıyıcının Sorumluluğu, s. 51.

³⁰ Aydın, s. 54; Erdil, s. 151.

cının eşyanın zıyaından doğan tazminat sorumluluğuna esas olacak değer, eşyanın taşınmak üzere kabul edildiği yer ve zamandaki değeridir. Malın değeri tazminata esas olacağına göre öncelikle bu değer tespiti gerekir. CMR'nin ilgili hükmünün ikinci fıkrasında bu hususta bazı belirlenmeler yapılmıştır. Buna göre malın kıymeti öncelikle borsa fiyatına göre hesaplanacaktır. Borsanın hangi özellikleri taşıması gerektiği hususunda CMR'de bir açıklama yoktur. Dolayısıyla bu konuda ulusal hukuk kurallarına bakmak gerekecektir³¹. Bir borsa fiyatı yoksa malın tespit edilecek bir piyasa değeri tazminat miktarının belirlenmesinde esas alınacaktır³². Eğer bir borsa ya da piyasa fiyatı belirlenemiyorsa, eşyanın değeri aynı cins ve kalitedeki malların normal kıymetine göre hesaplanacaktır³³.

Taşıyıcının, yükün zıya uğramasından doğan tazmin sorumluluğuna esas olacak değer CMR m. 23/2'ye göre hesaplanan değer olmakla birlikte, bu hesaplama neticesinde ulaşılabilecek tazminat miktarına da bir üst sınır getirilmiştir³⁴. Buna göre tazminat, eksik brüt ağırlığın kilogramı başına 8.33 hesap birimini aşmayacaktır³⁵ (CMR m. 23/3). Burada belirtilen hesap birimi, Uluslararası Para Fonu'nca tarif edildiği gibi Özel Çekme Hakkı'dır. CMR m. 23/3'te belirtilen meblağı; olayla ilgilenen mahkemenin bulunduğu devletin ulusal parasına, karar tarihinde veya taraflar arasında mutabık kalınan tarihte cari kur değeri üzerinden tahvil edilecektir. Özel Çekme Hakkı için uygulanacak, Uluslararası Para Fonu'na üye olan bir devletin ulusal parasının değeri, Uluslararası Para Fonu tarafından kendi muamele ve işlemleri için anılan tarihte geçerli, değerlendirme yöntemine uygun olarak hesaplanacaktır. Özel Çekme hakkı uygulamaları için, Uluslararası Para Fonuna üye olmayan bir devletin ulusal parasının değeri, o devlet tarafından tayin edilecek sekile göre hesaplanacaktır (CMR m. 23/7).

³¹ Clarke, s. 298.

³² Adıgüzel, s. 216.

³³ Adıgüzel, s. 216, 217.

³⁴ Aydın, s. 118.

³⁵ "...CMR hükümlerine tabi olan taşımalarda emtianın kaybı halinde taşıyıcının sorumlu olduğu tazminatın nasıl belirleneceği anılan sözleşmenin 23'üncü maddesinde belirlenmiştir. Buna göre, öncelikle emtianın taşınmak üzere teslim alındığı yer ve zamandaki değeri tespiti gerekmektedir. Ancak, belirlenen bu değer, hiçbir şekilde taşınan emtianın brüt ağırlığının kilogram başına 8,33 hesap birimi özel çekme hakkı (SDR) ile çarpımı sonu elde edecek miktarı aşmayacaktır. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda taşıyıcının sorumluluğuna ilişkin hiç bir değerlendirme yapılmamış, taşınan emtianın fatura bedelinin yarısından sorumlu olacağı ifade edilmiştir. Bu durum karşısında, davacı taşıyıcının kaybettiği mallarla ilgili sorumluluğunun CMR 23'üncü maddesine göre tespit edilip, bu miktarın takas ve mahsubuna karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması da yanlış olmuştur..." 11. HD. 22.1.2007, E. 2005/13896, K. 2007/564, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (Erişim Tarihi: 3.4.2012).

Tazminat sorumluluğuna getirilen bu sınır bazen adaletsiz sonuçlar doğurabilir. Zira malın değeri ile ağırlığı arasında çoğu durumda dengeli bir ilişki olmasına rağmen, yükte hafif pahada ağır eşyalar bakımından bu ilişki mevcut değildir. Bahsettiğimiz nitelikte eşyaların zıyaa uğraması durumunda, taşıyıcının sorumluluğuna kilogram başına bir sınır getirilmesi bazı durumlarda zararın pek az kısmının karşılanmasına sebep olur. CMR, bu olasılığın ortadan kaldırılmasını sağlayabilecek bir hükmü içerir. CMR m. 24'e göre, gönderici kararlaştırılacak belirli bir ücret karşılığında, sevk mektubunda 23. maddede belirtilen sınırı geçen bir değer beyan edebilir. Bu takdirde, beyan edilen değer bu sınırın yerine geçer. Yani gönderici, kıymetli yükler taşımak niyetinde ise, taşıma senedinde yer verilecek özel bir kayıtla taşıyıcının sorumluluğunun üst sınırını artırabilir³⁶.

Yükün taşınması dolayısıyla ödenen taşıma ücreti, gümrük resimleri ve diğer ödemeler de, malın tamamen kaybedilmesi halinde eksiksiz ödenir. Kısmen kaybolma halinde ise karşılaşılan zarar oranında ödeme yapılır. Bunlar dışında başka tazminat ödenmez (CMR m. 23/4). Burada taşıma nedeniyle yapılan masrafların iadesinin istenmesi noktasında masrafların kim tarafından yapıldığının bir önemi yoktur. Zira burada masraflar gönderen, gönderilen ya da bunlar dışında bir kişi tarafından yapılmış olabilir. Önemli olan bu masrafların taşıma işinin gerçekleştirilmesi nedeniyle yapılmış olmasıdır³⁷.

CMR'de kabul edilmiş bu ilke, 6102 sayılı TTK bakımından da caridir. Zira TTK m. 880 de, *"Taşıyıcı, eşyanın tamamen veya kısmen zıyaandan dolayı tazminat ödemekle sorumlu tutulduğunda, bu tazminat, eşyanın taşınmak üzere teslim alındığı yer ve zamandaki değerine göre hesaplanır"* hükmünü getirmiştir. TTK m. 880/3 hükmü eşyanın değerinin belirlenmesi bakımından öncelikle eşyanın piyasa fiyatının, bu belirlenemiyorsa aynı tür ve nitelikteki malların cari fiyatının esas alınmasını kabul etmiştir. Bununla beraber taraflar tazminata esas olacak değerler için başka kıstaslar öngörebilir veya bunun belirlenmesini üçüncü kişilere bırakabilir³⁸. Bu imkanın CMR bakımından da mevcut olduğunu söylemek mümkündür³⁹.

b. Eşyanın Hasara Uğraması Durumunda Ortaya Çıkan Zararların Tazmini

Eşyanın hasara uğraması durumunda taşıyıcının tazmin sorumluluğunun kapsamı, CMR'nin 25. maddesinde belirlenen esaslar çerçevesinde saptanacak-

³⁶ Clarke, s. 302.

³⁷ Aydın, s. 123.

³⁸ Gerekeç, m. 880.

³⁹ Clarke, s. 297.

tır⁴⁰. CMR m. 25, hasar durumunda taşımacının, yükün 23. maddeye göre belirlenecek değeri⁴¹ ile hasarlı değeri arasındaki farktan sorumlu olacağını belirtmektedir⁴². O halde hasar durumunda tazminat miktarını saptamadan önce malın değeri, öncelikle borsa fiyatına göre, bir borsa fiyatının bulunmaması durumunda ise, piyasa fiyatına göre belirlenmelidir. Eğer hasara uğrayan mal için bir piyasa fiyatı belirlemesi yapılamıyorsa malın değeri, aynı cins ve kalitedeki malların değerine göre saptanmalıdır⁴³.

Hasar durumunda tazminat miktarının hesaplanmasında, eşyanın hasara uğramış kısmı değil tamamı değerlendirilerek bir belirleme yapılır. Ayrıca hasara uğrayan kısım için tamir mümkünse ya da bir başka şekilde eşyadaki kötüleşme giderilebiliyorsa durum değişecektir. Bu durumda taşıyıcı, tamir ya da kötüleşmenin giderilmesi için yapılan masraflardan sorumlu olacaktır⁴⁴.

Hasar durumunda tazmin sorumluluğu bu şekilde belirlenmiş de olsa bu sorumluluğun kapsamını sınırsız bir sorumluluk olarak değerlendirmemek gerekir. Zira CMR m.25/2'de tazminat miktarının aşamayacağı hadler belirtilmiştir. Buna göre, malın tamamının hasarlı olduğu durumda ödenecek tazminat, malın tamamının ziyaa uğraması durumunda ödenecek tazminatı geçemeyecektir. CMR'nin bu hükmünün yaptığı yollama dolayısı ile ziyaa durumunda kullanılabilen kilogram başına çekme hakkının, hasar durumunda da geçerli olabileceği-

⁴⁰ Adıgüzel, s. 222.

⁴¹ "...Davacı vekili, müvekkiline nakliyat sigorta poliçesi ile sigortalı emtianın sevk edilmek üzere davalıya teslim edildiğini, meydana gelen trafik kazasında emtianın hasarlandığını, kazanın meydana gelmesinde sürücünün tam kusurlu olduğunu ileri sürerek, müvekkilince sigortalısına ödenen bedelin ödeme tarihinden itibaren avans faiziyle birlikte davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir. **Tazminat, yükün taşınmak üzere kabul edildiği yer ve zamandaki kıymetine göre hesap edilir.** Davacı sigorta şirketi ile dava dışı sigortalı arasındaki `kar marjına` dair sözleşme hükmünün, sigorta sözleşmesine taraf olmayan davalı tarafa karşı ileri sürülmesi mümkün olmayıp, davalının sorumluluğunun, CMR.'ye göre belirlenmesi gerekir..." 11. HD. 27.2.2007, E. 2005/12054, K. 2007/3623, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (Erişim Tarihi: 3.4.2012).

⁴² "...Bunun yanında, somut olayın tabii olduğu CMR Konvansiyonu'nun 25'nci madde hükmünde, hasar halinde tazminatın hesaplanma esasları ve üst sınırı düzenlenmiştir. Buna göre hasar halinde ödenecek tazminat, CMR'nin 23/1, II ve IV'e göre belirlenen değer hasar nedeniyle azalmış kısmı kadardır. Anılan hükümler uyarınca, hasarın tespitinde, öncelikle eşyanın teslim alma yer ve zamanındaki hasarsız değeri bulunarak bu değere taşıma ücreti ve diğer masraflar eklenmek suretiyle zararın miktarı bulunacak olup, başkaca hiçbir zarar tazmin edilmeyecektir. Bu durumda, eksper raporunda uygulanan % 10 ilavenin dayanağı bulunmayıp, zarar miktarına ilave edilmesi hatalı olmuş ve kararın bu nedenle de bozulmasına karar vermek gerekmiştir..." 11. HD. 11.1.2010, E. 2008/8919, K. 2010/96, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (Erişim Tarihi: 3.4.2012).

⁴³ Adıgüzel, s. 216, 217.

⁴⁴ Clarke, s. 300.

ni kabul etmek gerekir⁴⁵. Ayrıca yükün bir kısmı hasara uğramış ise tazminat miktarı, yükün eksilen kısmı için ödenmesi gereken miktarı geçemeyecektir⁴⁶.

CMR'nin getirdiği bu çözüm tarzı, 6102 sayılı TTK tarafından da benimsenmiştir. Zira TTK m. 880/2, “Eşyanın hasara uğraması halinde, onun taşınmak üzere teslim alındığı yer ve zamandaki hasarsız değeri ile hasarlı değeri arasındaki fark tazmin edilir” demektedir. Burada bahis konusu eşyanın değeri piyasa fiyatına göre, bu yoksa aynı tür ve nitelikteki malların cari değerine göre tayin edilir (TTK m. 880/3).

C. Eşyayı Belirli Bir Süre İçinde Taşıma Borcu ve Bu Borca Aykırılıktan Doğan Sorumluluk

1. Genel Olarak

Eşyayı koruma borcu gibi taşıma işinin belirli bir süre içinde bitirilmesi borcu da pozitif temele sahip bir borçtur. Şöyle ki TTK m. 875'te taşıyıcının “...eşyanın teslimindeki gecikmeden doğan zararlardan” sorumlu olduğu belirtilmiştir. CMR m. 17'de ise “teslim etmedeki gecikmeden” sorumluluk kabul edilmiştir.

Eşyayı zamanında teslim edemeyen taşıyıcı gecikmiş sayılır. Gecikme, taşıma süresinin aşılmasıdır. Bu bakımdan, gecikme sebebiyle taşıyıcı sorumludur diyebilmek için gereken ilk şart geç de olsa eşyanın taşıyıcıya teslim edilmesidir⁴⁷. Zira eşyanın taşıyıcıya hiç teslim edilmemesi, CMR'nin gecikmeye ilişkin hükümlerinin uygulanmasına engeldir⁴⁸.

⁴⁵ “...Davaya konu taşıma CMR kapsamında bulunduğu olayda CMR hükümlerinin uygulanması zorunludur. Somut davada, taşımaya konu penye ipliğinin aracın devrilmesi sonucu tamamen hasarlandığı belirlenmiş olmasına göre taşıyıcının sorumluluğunun anılan Sözleşme'nin 25/2-a maddesinin yaptığı atf uyarınca 23. maddedeki esaslara göre belirlenmesi, taşıyıcının ödeyeceği tazminatın eksik brüt ağırlığın kilogramı başına 8.33 hesap birimini aşmayacağına dikkate alınması ve eksik brüt ağırlığa göre yapılacak hesaplama sonucu bulunan miktar ile taşıma nedeniyle yapılan diğer masraflar toplamının taşıyıcıların azami olarak sorumlu tutulabilecekleri tazminat miktarını oluşturacağı kabulü ile hesaplanan miktarın taşıyıcıların azami olarak sorumlu tutulabilecekleri bu miktarı aşıp aşmadığının belirlenmesi gerekirken hükme esas alınan raporda anılan yön değerlendirilmemiştir. Bu itibarla, hesaplanan zarar bedelinin CMR uyarınca taşıyıcıların azami olarak sorumlu tutulabilecekleri tazminat miktarını aşıp aşmadığının belirlenmesi gerekirken anılan yön üzerinde durulmadan eksik incelemeye dayalı olarak hüküm tesisi doğru görülmemiş, kararın bu nedenle temyiz eden davalılar yararına bozulması gerekmiştir...” 11. HD. 22.2.2007, E. 2005/14441, K. 2007/3246, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (Erişim Tarihi: 2.4.2012).

⁴⁶ Clarke, s. 301.

⁴⁷ Erdil, s. 154; “Davacıya ait yükün davalı tarafından Türkiye'den Hollanda'ya taşıma işinin gerçekleştirildiği, ancak yükün alıcısına teslim edilemeyip, halen davalı taşıyıcı elinde bulunduğu konusunda uyumsuzluk bulunmamaktadır. Mahkemeye benimsenen bilirkişi raporu doğrultusunda CMR Sözleşmesinin 23/5'nci maddesi uyarınca yükün gecikmesi nedeniyle davalı taşıyıcı-

Taşıyıcı, taşıma işini, taşıma sözleşmesinde kararlaştırılan sürede tamamlamak zorundadır. Eğer taraflar taşıma sözleşmesinde, taşıma işinin ne kadar sürede tamamlanacağına ilişkin bir belirlemede bulunmamışlarsa bu durumda taşıma işi, şartlar dikkate alınarak belirlenir, özenli bir taşıyıcıya tanınabilecek makul bir süre içinde tamamlanmalıdır (TTK m. 873).

CMR, 19. maddesinde gecikme halini şöyle belirlemiştir: “Yük kararlaştırılan zaman limiti içinde teslim edilmemiş ise veya kararlaştırılmış zaman limiti olmadığı hallerde, taşımanın normal süresi ve özellikle parçalı yüklerde tüm yükü bir araya getirmek için gerekli zaman, gayretli bir taşımacıya gerekli zamanı geçiyor ise teslimde gecikme var demektir.” Buna göre taraflar taşıma süresi konusunda aralarında bir kararlaştırma yapabilirler⁴⁹. Böyle bir kararlaştırma yapılmamış ise taşıma işi normal bir süre içinde tamamlanmalıdır⁵⁰. Normal taşıma süresi, basiretli bir taşıyıcının o taşıma işini gerçekleştirebileceği süredir⁵¹.

Taşıyıcının gecikmesi durumunda, ekonomik, zararlar ortaya çıkabilir. Örneğin taşıma konusu malın satışı için belirli bir zamanda teslimi gerekiyor ve teslimde bir gecikme söz konusu olmuşsa burada bir piyasa kaybı ve dolayısıyla maddi zarardan söz edilir. Bu şekilde direkt ekonomik kayıplar söz konusu olabileceği gibi, malın tesliminde yaşanan gecikmeden dolayı, taşıma konusu malda - gıda maddesi taşınmasında olduğu gibi - yaşanacak fiziksel bozulmaların yol açabileceği dolaylı ekonomik kayıplar⁵² da gerçekleşebilir⁵³.

nın taşıma ücretini geçmemek üzere tazminattan sorumlu olduğu sonucuna varılmış ise de, anılan sözleşme maddesinin, yükün alıcısına geç teslim edilmesi halinde uygulanması mümkün olup, somut olayda yükün alıcısına teslimi söz konusu olmayıp, yükün geç gelmesi nedeniyle alıcı yükü almamış, yük halen davalı taşıyıcı elinde bulunmaktadır.” 11. HD. 8.3.2004, E. 2003/7882, K. 2004/2231, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (Erişim Tarihi: 4.4.2012).

⁴⁸ Aydın, s. 99.

⁴⁹ Aynı hukukî imkan, TTK m. 873 uyarınca, TTK’ya tabi taşımalar için de söz konusudur.

⁵⁰ Aydın, s. 102.

⁵¹ Erdil, s. 241; “Oysa, dava konusu olayda uygulanması gereken CMR'nin 19. maddesi hükmüne göre, taşıma sözleşmesinde, taşıma işinin hangi süre içinde gerçekleştirileceğine ilişkin bir hüküm bulunmadığı hallerde taşıma süresi, basiretli bir taşıyıcı tarafından gerçekleştirilecek makul taşıma süresine göre tespit edilir. Makul taşıma süresinin hesabı ise her olayın şartlarına göre ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Süre hesaplanırken eşyanın ve taşımada kullanılan verilere verilen talimatlar, gümrükteki olağan bekleme süresi, gidilen yolun koşulları, izin verilen sürüş saatleri gibi pek çok faktör dikkate alınmalıdır. Taşıyıcının, geç taşıma halinde sorumluluğu, artırılmış özen sorumluluğudur Bu itibarla davaya konu olayda, mahkemece, İstanbul-Şam arası makul taşıma süresi saptanarak, sonucuna göre davacının navlun bedelinin iadesi talebinin değerlendirilmesi gerekirken, yazılı şekilde eksik incelemeye dayalı olarak karar verilmesi doğru olmamıştır.” 11. HD. 12.12.2006, E. 2005/12623, K. 2006/13193, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (Erişim Tarihi: 4.4.2012).

⁵² Dolaylı ekonomik kayıplara, taşıma sözleşmesi kapsamındaki borçların zamanında yerine getirileceğine güvenilerek yapılan diğer sözleşmelerden beklenen yararın sağlanamamasından kaynaklanan zararlar da dahildir.

⁵³ Clarke, s. 196.

2. Eşyayı Belirli Bir Sürede Taşıma Borcuna Aykırı Davranılması Durumuna Ortaya Çıkan Zararların Tazmini

Taşıma sözleşmesinden beklenen yararın sağlanması, özellikle bazı durumlarda taşımanın süresinde tamamlanmasına bağlıdır. Bu yüzden CMR ve TTK, taşımanın süresinde gerçekleştirilmemesi durumunda malın teslimindeki gecikmeden doğan zararlardan sorumluluğu kabul etmiştir. CMR bakımından gecikme durumunda söz konusu olan tazmin sorumluluğunun çerçevesi, m. 23/5'te çizilmiştir. Buna göre gecikme halinde, hak sahibi zarar ve ziyanın bundan ileri geldiğini kanıtlarsa, taşımacı bu zarar ve ziyan için taşıma ücretini geçmemek üzere tazminat öder.

Gecikmeden dolayı ödenecek tazminata da bir sınır getirilmiştir (CMR m. 25/3). Ödenecek tazminat, taşıma ücretini geçemeyecektir. Tazminata esas alınan taşıma ücreti, yolculuğun yalnızca belirli ya da birbirinden ayırt edilebilir kısımları göz önüne alınarak saptanmalıdır⁵⁴. Gönderilen bakımından, taşıma sürecinin bir kısmındaki gecikme, taşımanın tümünden gecikmesiyle aynı sonuçları doğurur. Çünkü burada bir kısımdaki gecikme diğer kısımların zamanında yerine getirilmesini anlamsız kılabilir⁵⁵.

Eşyanın tesliminin gecikmesi durumunda ödenmesi gereken tazminatın belirlenmesi bakımından TTK ve CMR arasında farklılık mevcuttur. TTK m. 875/3, "*Gecikme hâlinde herhangi bir zarar oluşmasa da taşıma ücreti gecikme süresi ile orantılı olarak indirilir; meğerki, taşıyıcı her türlü özeni gösterdiğini ispat etmiş olsun*" hükmünü getirmiştir. Burada taşıma süresinin aşılması durumunda, taşıma ücretinden gecikmeyle orantılı bir indirimin yapılacağı belirtilmektedir. Madde hükmünde, söz konusu indirimin yapılabilmesi bakımından gecikmenin bir zarara yol açması şartı aranmamıştır. Dolayısıyla, gecikme söz konusu olduğunda, bu bir zarara yol açmasa da taşıma ücretinden indirim yapılacaktır⁵⁶. Bu yönüyle, gerçekleştirilen indirimin, taşımadaki gecikmeye karşılık bir cezai şart niteliğinde olduğu söylenebilir⁵⁷.

⁵⁴ Aydın, s. 143.

⁵⁵ Clarke, s. 304.

⁵⁶ Aydın, s. 144.

⁵⁷ Arkan, Taşıyıcının Sorumluluğu, s. 176; Nitekim, Yargıtay içtihadı da bu yöndedir: "...Davaya konu taşıma, CMR Konvansiyonu'na tabidir. Gecikmenin zarara neden olması halinde, taşıyıcının sorumluluğu CMR hükümlerine göre, navlun ücretiyle sınırlıdır. Buna karşılık, TTK'nun 780. madde hükmünde eşyanın taşıma süresi aşılarak teslim edilmesi durumunda, gecikilen süre ile orantılı olarak taşıma ücretinin indirilmesi öngörülmüştür. Maddede herhangi bir zararın ortaya çıkmış olup olmadığı bahis konusu edilmediğinden, bir gecikme zararı bulunmadığı hallerde de taşıma ücreti indirilecektir. Bu bakımdan, hükmün bir tür cezai şart niteliği taşıdığı söylenebilir..." 11. HD. 27.4.2006, E. 2005/4375, K. 2006/4741, Ka-

Diğer sorumluluk hallerinde olduğu gibi⁵⁸ burada da sorumluluğun bir üst sınırı vardır. TTK. m. 882/3'e göre, "Taşıyıcının, taşıma süresinin aşılmasından doğan sorumluluğu, taşıma ücretinin üç katı ile sınırlıdır." Görüldüğü üzere, taşımadaki gecikme sebebiyle doğan zarar ve ziyan bakımından CMR, sorumluluğun üst sınırını taşıma ücreti olarak belirlemişken; TTK bu üst sınırı taşıma ücretinin üç katına kadar çıkarmıştır.

III. TAŞIYICININ KASTI YA DA KASTA EŞDEĞER KUSURUNUN TAŞIYICININ SORUMLULUĞUNA ETKİSİ

A. Kast ve Kasta Eşdeğer Kusur Kavramları

1. CMR Bakımından

CMR m. 29, "Hasar, taşımacının kendi kötü hareketinden veya davaya bakan mahkemenin kararı ile isteyerek kötü harekete eşdeğer sayılan kusurundan ileri gelmiş ise taşımacı, sorumluluğunu kaldıran veya sınırlayan yahut da kanıt yükünü karşı tarafa yükleyen bu maddenin hükümlerinden yararlanamaz." hükmüyle taşıyıcının sorumluluğunu sınırlandırma hakkını kaybetmesini düzenlemiştir⁵⁹. Kast kavramı, tüm hukuk sistemlerinde bilinen ve sınırları kolaylıkla çizilebilen bir hukukî kavramdır. Ancak aynı yargıya kasta eşdeğer kusur kavramı bakımından ulaşmak mümkün değildir. Kasta eşdeğer kusurun, kasit olmadığı söylenebilir. Ancak, taşıyıcının ya da onun taşıma işinde yardımcı olarak kullandığı kimselerin kast niteliğinde olmayan hareketleri ne zaman kasta eşdeğer sayılacaktır? Acaba daha hafif bir ihmal ile ağır bir ihmal arasında bu

zancı İçtihat Bilgi Bankası (Erişim Tarihi: 2.4.2012); "CMR Konvansiyonunun 23. maddesinde gecikmenin zarara neden olması halinde taşıyanın sorumluluğu, navlun ücretiyle sınırlı olarak düzenlenmiş olup gecikme halinde taşıyanın navlun ücretine hak kazanamayacağı yolunda bir düzenleme yoktur. Türk Ticaret Kanununun 780. maddesinde, taşıma süresi aşılarak teslimde taşıma ücretinin süre ile orantılı olarak indirileceği hükmü, zararın varlığına bağlı olmadığından bir tür ceza şartı niteliğindedir. CMR sisteminde ise taraflarca gecikmeye yönelik bir cezai şartın kararlaştırılmış olması, CMR Konvansiyonunun 41. maddesi hükmü uyarınca, geçersizlik yaptırımı ile karşılaşır. Böyle bir şart, tarafların borçlarının ağırlaştırılmayacağı ilkesine ters düşer." 11. HD. 30.5.2005, E. 2005/5772, K. 2005/5610, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (Erişim Tarihi: 4.4.2012)

⁵⁸ Diğer sorumluluk halleri; taşıyıcının, eşyayı koruma borcunun ihlali sonucu ortaya çıkan zıya ve hasardan doğan sorumluluğudur.

⁵⁹ Alternatif bir CMR çevirisinde ise madde şu şekilde yer almaktadır: "Zarara kasten ya da davaya bakan hâkimin hukukuna göre kasta eşdeğer sayılan bir kusur ile sebebiyet veren taşıyıcı, sorumluluğunu kaldıran veya sınırlayan ya da ispat yükünü yer değiştiren bu bölüm hükümlerine dayanamaz." Alternatif çeviri için bkz. Abuzer **Kendigelen**/Alihan **Aydın**, "Karayolu ile Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmesine Anlaşma CMR, Resmi Çeviriye İlişkin Sorunlar ve Bir Serbest Çeviri Denemesi", Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağan'ı, Cilt: 1, İstanbul 2002, s. 495-525.

değerlendirme bakımından nasıl bir ayırım yapılacaktır. Örneğin eşyayı koruma borcunu basit bir ihmalle yerine getirememiş olan taşıyıcı da kasta eşdeğer kusuru olduğu gerekçesiyle sorumluluğunu sınırlandıran hükümlerden faydalanamayacak mıdır? Burada söylememiz gereken, taşıyıcının söz konusu davranışının basit bir ihmal olmadığıdır. Ancak bu ihmal ağır bir ihmal de değildir. Kasta eşdeğer kusur, ağır ihmalden daha nitelikli ve fakat kast derecesinde de olmayan bir kusurluluğu ifade eder⁶⁰. Zira ağır da olsa ihmalin söz konusu olduğu durumlarda taşıyıcının, fiilinin ortaya çıkarabileceği zararlı sonuçları öngöremeyebilir. Davranışlarının getirdiği riskleri bilen ve bu riskleri alan kişi ile herhangi bir riskin varlığından haberdar olmayan ancak ihmalde bulunan bir kişiyi aynı şekilde sorumlu tutmak hakkaniyete uygun değildir.

Kast ya da kasta eşdeğer kusur çeşitli şekillerde karşımıza çıkabilir. Örneğin karayolu taşıması gerçekleştiren iki sürücüyü ele alalım. Varsayımımıza konu olayda iki sürücü de kırmızı ışıkta geçmiştir. İlk sürücü çok hızlı hareket ettiği için, araç çevresini dikkatlice inceleyemeden yoluna devam etmiştir. İkinci sürücü ise çok acelesi olduğu için ve yolda da hiç trafik olmadığını görerek kırmızı ışığı bilinçli olarak ihmal etmiş ve yoluna devam etmiştir. İlerleyen trafikte her iki araç da çarpışmış ve yük hasar görmüştür. Burada ilk sürücü yalnızca ihmalkardır. Ancak ikinci sürücünün kasta eşdeğer kusuru vardır. Çünkü kırmızı ışıkta geçmesi durumunda oluşabilecek riskten haberdardır ve bu riski bilinçli olarak almıştır. Aynı şekilde, bir sürücünün karayolu düzenlemelerini ihlal etmesi durumunda da sürücünün kasta eşdeğer kusuru vardır. Çünkü sürücü bu düzenlemelerden ve bu düzenlemelerin amacından haberdardır. Bir başka örneği ise şöyle verebiliriz: Elektronik cihazlarla yüklü bir tırın, halka açık bir parkta şoför tarafından park edilerek bırakılması ve sonrasında ikinci sürücünün geleceği ve taşımaya devam edeceği ilk sürücüye bildirilmiştir. Şoför ise, aracı park yerinde öylece bırakmanın güvenli olmadığını taşıyıcıya bildirmiş ancak taşıyıcı bu uyarıya kulak asmamıştır. Bu ihmalin sonucu olarak, araç içindeki elektronik cihazlarla birlikte çalınmıştır. Burada aracın halka açık bir yerde yüküyle bırakılmasının doğuracağı risk taşıyıcıya bildirildiği ancak o gereken önlemleri almadığı için şoförün kasta eşdeğer kusuru vardır. Burada artık taşıyıcının ihmal derecesinde bir kusurundan bahsedilemez. Zira taşıyıcı, davranışının doğurabileceği sonuçları öngörmekte ancak bunları engellemek için üzerine düşeni yapmamaktadır.

Kast ya da kasta eşdeğer kusurun varlığını tespit etmek için somut olayda şu soruları sormak gerekir: Somut olay benzeri olaylarda, normal olarak beklenen taşıma işini yönetim biçimi nasıldır? Taşıyıcının ya da onun yardımcı şahıslarının davranışı ya da ihmali, sadece bir ihmal olarak değerlendiremeyecek

⁶⁰ Adıgüzel, s. 236.

nitelikte ve gerçekleşen duruma benzer durumlarda beklenen yönetim özelliklerinin ötesinde ya da dışında mıdır? Taşıyıcının bahsi geçen davranışı bilerek yapılan bir davranış mıdır? Bu davranış zarara yol açmış mıdır? Eğer iki, üç ve dördüncü sorulara evet yanıtını verebiliyorsak, taşıyıcının ya da onun yardımcılarının kast ya da kasta eşdeğer kusurlarının varlığı ortaya çıkmıştır.

CMR metninin resmî çevirisinde, taşıyıcının bilinçli olarak taşıma sözleşmesini ihlal niteliğindeki davranışını ifade etmek üzere kullanılan “*kötü hareket*” kavramı, durumu izah etmekte yetersiz kalmaktadır. Zira CMR’nin resmî metninde yer alan “wilful misconduct” kavramının anlamı, kötü hareket kelimeleriyle anlatılmak istenenden daha geniştir. Kavram, daha çok fiilin sonuçlarının bilinerek gerçekleştirildiği kasti davranışı ya da bilinçli ihmali ifade etmektedir. Dolayısı ile Türkçe metinde geçen “kötü hareket” kavramı yerine “kasıt ya da kasta eşdeğer kusur” kavramlarının tercih edilmesi yerinde olacaktır⁶¹.

CMR m. 29’da, “*davaya bakan mahkemenin kararı ile isteyerek kötü harekete eşdeğer sayılan*” hareketten bahsedilmiştir. Burada kasta eşdeğer kusurun tespit edilmesi bakımından lex fori’ye atıf yapılmıştır⁶². Lex fori, hâkimin hukukudur⁶³. Yani hâkim, hukukî niteliğini ortaya koyacağı kavramın vasıflandırmasını kendi hukuk düzeninin yaptığı şekilde gerçekleştirir⁶⁴. Türk hâkimi, kasta eşdeğer kusur kavramını Türk maddi hukukuna göre nitelendirecektir⁶⁵. Bu noktada, yabancı mahkeme kararları, CMR’nin uygulandığı her ülkede kasta eşdeğer kusur kavramının değerlendirilmesinde ortaya çıkan farklılıkların tespit edilmesi bakımından dikkate alınmalıdır⁶⁶.

Kasta eşdeğer kusur kavramının hâkimin hukukuna göre tespit edileceği belirtilmişken kasıt kavramının bu belirlemenin dışında bırakılması, anlaşmayı kaleme alanların kasıt bakımından tek bir yorum tarzı ile sonuca gitmeyi amaçladıklarını göstermektedir⁶⁷.

2. TTK Bakımından

Borçlar Hukuku sistemimizde, haksız fiil sorumluluğu bakımından kusurun kast ya da ihmal derecesinde olması önemli değildir⁶⁸. Bu kavramlar yalnızca

⁶¹ Mustafa **Topaloğlu**, “Karayoluyla Uluslar arası Eşya Taşımalarından (CMR) Doğan Hukukî Sorumluluk”, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Ankara 2009, s.404.

⁶² **Aydın**, s. 141.

⁶³ Engin **Nomer**, *Devletler Hususî Hukuku*, 17. Bası, İstanbul 2009, s. 374

⁶⁴ **Nomer**, s.104.

⁶⁵ **Nomer**, s.104.

⁶⁶ **Adıgüzel**, s. 237.

⁶⁷ **Aydın**, s. 141.

⁶⁸ Fikret **Eren**, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 14. Bası, Ankara 2012, s. 574; M. Kemal **Oğuzman**/M. Turgut **Öz**, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt 2, 9. Bası, İstanbul 2012, s. 54.

sorumluluğun kapsamını tayinde önem taşır. Yani haksız fiil failinin kusuru ağır ise tazminat sorumluluğu ağır olacak; ancak fail daha hafif kusurlu ise bu durumda tazminat sorumluluğu da buna göre hafif olacaktır⁶⁹.

Kusurun dereceleri bakımından yapılabilecek ayırımda, failin kast ya da ihmal ile hareket ettiğini göz önünde bulundurmak gerekir. Kast, kusur çeşitlerinden olup, haksız bir sonucun elde edilmesi için bilerek ve isteyerek gerçekleştirilen iradi faaliyettir⁷⁰. İhmal ise, haksız sonuca yönelmemekle birlikte, durumun ve koşulların gösterdiği dikkat ve özeni göstermeme halidir⁷¹. Burada kusur dikkatsizlik veya özensizlikten kaynaklanır⁷².

Kastta, haksız fiil faili, davranışının zararlı sonucunun farkındadır ve bu sonucun gerçekleşmesini istemektedir. Failin bu davranışı hukuk düzenini ağır biçimde ihlal etmekte ve fail bu yüzden kusurlu sayılmaktadır⁷³. Kasıtlı olarak bir davranışta bulunan taşıyıcının da ne yaptığını bildiği varsayılır. Buna karşılık kasta eşdeğer kusur sahibi kişinin davranışlarının sonucunu önemsemediği ve davranışı neticesinde bir zarar doğabileceğinin bilincinde olduğu kabul edilir.

İhmal ise ağır ve hafif ihmal olmak üzere iki kısımda incelenir⁷⁴. Ağır ihmalde, bir kimsenin, aynı ya da benzer olaylarda göstermesi gereken en basit dikkat ve özenin gerçekleştirilmemesi neticesinde bir zarar söz konusu olmaktadır⁷⁵. Ağır ihmalin tespitinde ölçü, aynı koşullar altında bulunan herkesin, kusurun oluşmaması için alabileceği en basit önlemi almamaktır⁷⁶. Failin kendisinin ya da aşırı dikkatli kişilerin davranışları, failin davranışının ihmal olarak değerlendirilmesi noktasında bir kıstas olarak kabul edilmemelidir⁷⁷.

6102 sayılı kanunun 886. maddesinde, “Zarara, kasten veya pervasızca bir davranışla ve böyle bir zararın meydana gelmesi ihtimalinin bilinciyle işlenmiş bir fiilinin veya ihmalinin sebebiyet verdiği ispat edilen taşıyıcı veya 879. maddede belirtilen kişiler, bu Kısımda öngörülen sorumluluktan kurtulma hâllerinden ve sorumluluk sınırlamalarından yararlanamaz.” hükmü bulunmaktadır. Burada kasta eşdeğer kusurun varlığı, pervasızca davranışın gerçekleşmesi ve

⁶⁹ Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 15. Bası, Ankara 2011, s. 302.

⁷⁰ Oğuzman/Öz, s. 54.

⁷¹ Oğuzman/Öz, s. 55.

⁷² Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, Ankara 2003.

⁷³ Kılıçoğlu, s. 302.

⁷⁴ Oğuzman/Öz, s. 56.

⁷⁵ Oğuzman/Öz, s. 56.

⁷⁶ Eren, s. 580.

⁷⁷ Kılıçoğlu, s. 302-303.

bu davranışın sonuçlarının bilinmesi şartına bağlıdır. Yani taşıyıcının yalnızca pervasız davranışının varlığı tek başına kasta eşdeğer kusurun tespit edilmesi için yeterli değildir. Bunun yanında, taşıyıcı ya da onun yardımcı şahısları, zararın ortaya çıkabileceği ihtimalinin bilincinde olmalıdır. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na tabi karayoluyla gerçekleştirilen iç taşımalarda, taşıyıcının sorumluluğu sınırlandırma hakkını kaybetmesi bakımından bu hüküm uygulanacaktır.

CMR sisteminde, kasta eşdeğer kusurun tespiti için *lex fori*'ye atıf yapıldığından dolayı, 886. madde aynı zamanda CMR 29.'un uygulanması bakımından da önemlidir. Uyuşmazlığı çözmekle görevli Türk hakimi, CMR'yi uygulayacak da olsa, kasta eşdeğer kusur kavramına Türk hukuku bakımından ışık tutan 886. maddeyi de göz önünde bulundurmalıdır.

Taşıyıcıyı sorumluluğunu sınırlandıran ya da sorumluluğunu tamamen kaldıran hukukî imkanlardan mahrum bırakan kast ya da kasta eşdeğer kusur kavramı hukukumuzda yabancı değildir. Bahsettiğimiz kavram ve hukukî sonucu tam olarak karşılama da benzer nitelikte bulunan 6762 sayılı TTK. m. 786/3 hükmü şöyle demektedir: “Zarar, taşıyıcının ağır kusuru veya hilesinden doğmuş olduğu takdirde yukarıdaki fıkrada anılan halde veya bu maddenin birinci fıkrası veyahut 785. maddedeki tazminatlar yerine tam tazminat istenebilir.” Maddede hile sözcüğü terim anlamı ile kullanılmamıştır ve kast kavramı yerine kullanılmıştır⁷⁸. Dolayısıyla zarar, kast ya da ağır ihmal sonucu doğmuşsa, taşıyıcı 785. maddedeki tazminatlar yerine tam tazminat ödemek zorundadır⁷⁹. 785. maddedeki tazminatlar; taşıma senedine geçirilen değer üzerinden belirlenen miktar, taşınan eşyanın aynı cins ve niteliğindeki eşyanın, teslim yerindeki değerine göre tespit edilen değerinden hareketle belirlenen miktar gibi değerlere göre belirlenir. Tam tazminat kavramı ile ifade edilmek istenen miktar, 785.

⁷⁸ Arkan, Taşıyıcının Sorumluluğu, s. 165; Eriş, s. 447.

⁷⁹ “...Dairemizin 12.6.2000 tarih ve 4546-5446 sayılı ve 4.4.2005 tarih ve 6554-3112 sayılı ilamlarında da belirtildiği üzere, CMR Konvansiyonunun 29'uncu maddesinde taşıyıcının sınırlı sorumluluğunun hangi hallerde uygulanmayacağı gösterilmiş olup, buna göre taşıyıcının kendi fena hareketinin veya kasdi fena harekete denk tutulan kusurundan meydana gelen hasar halinde, taşıyıcının sorumluluğunu sınırlayan veya ispat yükünü karşı tarafa yükleyen hükümlerin uygulama kabiliyeti kalmamaktadır. Bu kusur ve kastın TTK. nun 786'ncı maddesinde geçen ağır kusur ve hile kavramlarına karşılık geldiğinin kabulü ile taşıyıcının bu hallerde sınırlı sorumluluktan yararlanamayacağı sonucuna varılmalıdır. Taşıyıcının zarar nedeni konusuna hiçbir açıklama yapmamış olması, kendisinin kârine olarak sorumluluğunu sınırlama hakkını kaybetmiş sayılmasına yol açacağı ve davacının gerçek zararını karşılaması gerektiği de kabul edilmelidir. Mahkemece, bu ilamlarda yapılan açıklamalar ve ilkeler çerçevesinde, davalının hukuki durumunun CMR. Konvansiyonunun 29'uncu madde hükmüne göre değerlendirilmesi ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, bu yönünde durulmaması doğru olmamış, hükmün bu nedenle de davalılar yararına bozulması gerekmiştir...” 11. HD. 5.12.2006, E. 2005/12435, K. 2006/12818, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (Erişim Tarihi: 4.4.2012).

maddedeki kıstaslara göre tespit edilecek tazminata göre daha yüksek bir meblağı ifade eder; çünkü tam tazminat, gönderilen malın değeri ile birlikte, zıya ve hasar sebebiyle ortaya çıkan diğer zararlar ve mahrum kalınan kârı da içerir⁸⁰.

B. Kast ve Kasta Eşdeğer Kusurun Sorumluluğunun Sınırlanmasına ve İspat Yüküne Etkisi

1. CMR Bakımından

CMR m. 29'a göre, "*Hasar, taşımacının kendi kötü hareketinden veya davaya bakan mahkemenin kararı ile isteyerek kötü harekete eşdeğer sayılan kusurundan ileri gelmiş ise taşımacı, sorumluluğunu kaldıran veya sınırlayan yahut da kanıt yükünü karşı tarafa yükleyen bu maddenin hükümlerinden yararlanamaz*".⁸¹ Kasta eşdeğer kusurun varlığının taşıyıcının sorumluluğuna etkisi, taşıyıcının eşyayı koruma borcu ya da eşyanın tesliminin zamanında gerçekleştirilmesi borcu bakımından aynıdır. Taşıyıcı, kastı ya da buna eşdeğer kusuru ile eşyanın zıyana, hasara uğramasına ya da taşımının gerçekleştirilmesi gereken süreden daha uzun bir sürede gerçekleşmesine yol açmış olabilir. Bu üç durumda da taşıyıcının karşı karşıya olduğu yaptırım aynıdır⁸². Taşıyıcının kastının ya

⁸⁰ Arkan, Taşıyıcının Sorumluluğu, s. 168; Zeyneloğlu, s. 212.

⁸¹ Burada geçen hasar sözcüğünün zıya durumunu da kapsadığı belirtilmelidir. Zira, CMR'nin İngilizce metninde geçen "damage" sözcüğü zıya ve hasar durumlarını içerir anlamda bir sözcüktür.

⁸² "*Davacı vekili davalı taşıyıcının olayda ağır kusurlu olduğunu ileri sürerek, davalı tarafın sigorta şirketinden tahsil edilen bedelin üzerinde kalan bakiye zararın tazminini istemiştir. Taşımanın tarihi ve güzergahı itibarıyla uyumsuzluğa CMR Konvansiyon hükümlerinin uygulanması gerekecektir. Taşıyıcının azami sorumluluğu CMR Konvansiyonu'nun 23. maddesinde düzenlenmiş olup, sorumluluğun sınırlandırılması imkanının kaybı, Konvansiyon'un 29. maddesinde hüküm altına alınmıştır. Bu maddeye göre, 'Hasar, taşımacının kendi kötü hareketinden veya davaya bakan mahkemenin kararı ile isteyerek kötü harekete eşdeğer sayılan kusurundan ileri gelmiş ise taşımacı, sorumluluğunu kaldıran veya sınırlayan yahut da kanıt yükünü karşı tarafa yükleyen bu maddenin hükümlerinden yararlanamaz. Hırsızlık olayı gerçekleştiğinde tır şoförü beksiz bir parkta uyku halindedir. Bu eylemin ağır kusur sayılıp sayılmayacağı ve davacının varsa artan zararından sorumlu olup olmayacağını tartışılması gerekirken hüküm kurulması yanlış olmuştur.*" 11. HD. 6.2.2007, E. 2005/11096, K. 2007/1431, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (Erişim Tarihi: 4.4.2012); "*TTK ve gerekse dava konusu olayda uygulanması gereken CMR hükümlerine göre taşıyıcı, taşımını üstlendiği malları alıcısına tam ve sağlam olarak teslim etmek zorundadır. Aksi halde, sorumluluğu esastır. Ancak, CMR Konvansiyonunun 17/2. maddesinde, hasar veya ziyanın, taşıyıcının önlemesine imkan bulunmayan durumlardan ileri gelmesi halinde taşıyıcının sorumluluktan kurtulacağı ve 23. maddesinde ise sınırlı olarak sorumlu olduğu düzenlenmiş ise de, somut olayda, davalıların sorumluluğunun sınırlarının belirlenmesinde CMR'nin 23. ve 29. maddesi hükümlerinin dikkate alınması gerekmektedir. CMR'nin 29. maddesi gereğince taşıyıcının sınırlı sorumluluğunun hangi hallerde uygulanamayacağı gösterilmiş olup, taşıyıcının kendi kötü hareketinden veya isteyerek kötü harekete eşdeğer sayılan kusurundan meydana gelen hasar halinde, taşıyıcının sorumluluğunu sınırlayan veya ispat yükünü karşı tarafa yükleyen hükümlerin uygulanma olanağı kalmamaktadır.*" 11. HD. 22.7.2011, E. 2010/243, K. 2011/9308, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (Erişim Tarihi: 4.4.2012).

da kasta eşdeğer kusurunun bulunduğu durumlarda, sözleşmenin taşıyıcının sorumluluğunu kaldıran ya da sınırlandıran, ispat yükünü değiştiren hükümlerinden faydalanmak mümkün olmayacaktır⁸³.

Kast ya da kasta eşdeğer kusur taşıyıcıda olabileceği gibi onun yardımcılarına da ait olabilir. Örneğin gönderenin A ile 100 adet bilgisayarın Fransa'dan İtalya'ya gönderilmesi için bir taşıma sözleşmesi yapmış olduğunu varsayalım. Daha sonra taşıyıcı A, B ile alt taşıma sözleşmesi yapmış olsun. Taşıma sırasında B'nin taşıma işinde yardımcı olarak kullandığı sürücünün bilgisayarların çalınmasına karışmış olduğunu düşünelim. Burada şoförün hırsızlık olayına karışmasının B'nin faaliyet alanında gerçekleştiği addedilir. Böylece şoförün kastından B ve şoför sorumlu olacaktır. Ancak asıl taşıyıcı A da buradaki kasta eşdeğer kusurdan etkilenecek ve bunun sonuçlarına katlanacaktır. Burada dikkat etmemiz gereken nokta, sorumluluğu sınırlama hakkını kaybeden A'nın daha sonra B'ye tazminat için başvurabileceğidir.

Taşıma neticesinde meydana gelen zarara, taşıyıcının kastının ya da kasta eşdeğer kusurunun yol açtığını iddia eden, bu iddiasını ispatlamalıdır⁸⁴. İspat yükünün yerine getirilmesi durumunda ise taşıyıcı kendisi için sorumluluğu sınırlayıcı ya da ortadan kaldırıcı sözleşme hükümlerinden yararlanamayacaktır⁸⁵.

CMR m. 29/2'ye göre, bilerek kötü hareket veya kusur taşımacının vekil veya çalışanları tarafından görevleri sırasında gerçekleşmiş ise, aynı hüküm uygulanır⁸⁶. Taşıyıcının yardımcılarının kastı ya da kasta eşdeğer kusurlarının gerçekleşmesi durumunda da m. 29/1'de öngörülen bu hükmün anlamını kavrayabilmek için taşıyıcının yardımcı şahıslarının sorumluluğunu kısaca belirtmek gerekir. CMR m. 3'e göre, taşıyıcı, çalıştırdığı kişilerin ve taşımanın yapılması için hizmetlerinden yararlandığı diğer kimselerin görevleri sırasında hareket ve ihmallerinden sanki bu hareket ve ihmalleri kendisi yapmış gibi sorumlu olacaktır. Buna göre, taşıyıcının yardımcı şahısların eylemlerinden sorumlu olmasının şartı, sorumluluğa yol açan olayın CMR'nin bir hükmünün uygulanmasını gerektiren bir olay olması ve bu olayın taşıyıcının yardımcı olarak kullandığı kimselerin görevleri kapsamında, taşıma hizmetinin yerine getirilmesi için gerçekleştirdikleri bir fiil ile ortaya çıkmasıdır⁸⁷. Anılan şartların gerçekleşmesiyle taşıyıcı kendinden kaynaklanmasa dahi yardımcı şahıs olarak kullandığı kişilerin kastı ya da kasta eşdeğer kusurlarından sorumlu olacaktır.

⁸³ Clarke, s. 313; Aydın, s. 141.

⁸⁴ Clarke, s. 314.

⁸⁵ Aydın, s. 141.

⁸⁶ Clarke, s. 313.

⁸⁷ Ecehan Yeşilova, *Taşıyıcının CMR Hükümlerine Göre Yardımcı Şahıslarının ve Müteakip Taşıyıcıların Eylemlerinden Doğan Sorumluluğu*, Ankara 2004, s. 65 vd.

Kast ya da kasta eşdeğer kusur sadece taşıyıcının ya da onun yardımcılarının fiilleriyle ortaya çıkabilecek bir durum değildir. Bazı durumlarda gönderenin de kasti ya da kasta eşdeğer kusuru söz konusu olabilir. Örneğin gönderenin tehlikeli madde taşıması halinde, taşıyıcıya taşıma konusu eşyanın doğal nitelikleri konusunda kasıtlı olarak ya da bilinçli bir ihmalle bilgi vermemesi, taşımanın sonunda bir zarar ortaya çıkmasına sebep olabilir⁸⁸. Bu zarardan gönderen sorumlu olacaktır.

CMR m. 29, Varşova Konvansiyonu'nun 25. maddesinden esinlenilerek kaleme alınmıştır⁸⁹. Varşova Konvansiyonu'nun 25. maddesi, “*Taşıyıcının veya adamlarının, zarar verme kastiyle veya zararın doğması ihtimali olduğunu bile-rek pervasızca yaptıkları bir hareket veya ihmali sonucunda zararın doğduğu ispat edilirse, 22. maddede belirtilen sorumluluk sınırlamaları uygulanmayacaktır; ancak, taşıyıcının adamlarının böyle bir hareketi veya ihmali halinde, onun kendi görevi çerçevesi içinde hareket ettiğinin de ispatı gerekir*” demektedir. Burada zarar verme ihtimalinin bilincinde bulunduğu halde pervasızca davranmak, kasta eşdeğer kusur kavramının karşılığını oluşturmaktadır. Taşıyıcı, eşyanın taşınması sürecinde zarara sebep olan olayın, kendisinin ya da yardımcı olarak kullandığı adamlarının kasıt ya da kasta eşdeğer kusur gibi daha ağır bir kusuruna dayanması halinde sınırlı sorumluluktan yararlanma hakkını kaybedecektir⁹⁰.

2. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Bakımından

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 886. maddesi, “*Zarara, kasten veya pervasızca bir davranışla ve böyle bir zararın meydana gelmesi ihtimalinin bilinciyle işlenmiş bir fiilin veya ihmalinin sebebiyet verdiği ispat edilen taşıyıcı veya 879. maddede belirtilen kişiler, bu Kısımda öngörülen sorumluluktan kurtulma hâllerinden ve sorumluluk sınırlamalarından yararlanamaz.*” Madde bu haliyle, CMR sistemini benimsemiş görünmektedir. Zira maddede, kast ve kasta eşdeğer kusur kavramları⁹¹ karşılığını bulmakta ve CMR'de olduğu gibi taşıyıcının yardımcılarının benzer nitelikteki davranışları da taşıyıcının sorumluluğuna yol açmakta ve bu durum aynı hukukî sonucun ortaya çıkmasına sebep olmaktadır: Taşıyıcının sorumluluğu sınırlayıcı ya da ortadan kaldırıcı hukukî imkânlardan yararlanma hakkının kaybı. Zaten 886. madde başlığı da bunu ifade eder şekilde “sorumluluğu sınırlama hakkının kaybı” olarak kaleme alınmıştır.

⁸⁸ Clarke, s. 314.

⁸⁹ Clarke, s. 315.

⁹⁰ İnci Deniz Kaner, “1929 Varşova Konvansiyonunda Taşıyıcının Sorumluluğu”, Sorumluluk ve Sigorta Hukuku Bakımından Taşımacılık Sempozyumu, Ankara 1985, s.182.

⁹¹ Maddede geçen “Pervasızca ve zararın muhtemelen gerçekleşebileceği bilinciyle hareket” sözcük grupları birlikte, yani tek bir kavram olarak değerlendirilmeli ve kasta eşdeğer bir kusur olarak yorumlanmalıdır (Gerekçe, m. 886).

TTK m. 886 yanında m. 887 de bu konuya ilişkin bir hüküm içermektedir: “Taşıyıcının yardımcılarında birine karşı, eşyanın ziyayı, hasarı veya geç teslimi sebebiyle, sözleşme dışı sorumluluktan doğan istemler ileri sürülmüşse, o kişi bu Kısımda öngörülen sorumluluktan kurtulma sebeplerine ve sorumluluk sınırlamalarına dayanabilir. Zarara, kasten veya pervasızca bir davranışla ve böyle bir zararın meydana gelmesi ihtimalinin bilinciyle işlenmiş bir fülle veya ihmalle sebebiyet verilmişse birinci cümle hükmü uygulanmaz.” İlk bakışta 886. ve 887. maddeler arasında büyük benzerlik bulunduğu ve 886. madde varken 887. maddeye gerek olmadığı düşünülebilirse de, 886. maddeden farklı olarak 887. madde taşıyıcının yardımcılara yöneltilecek ve sözleşme dışı sorumluluğa dayanan taleplere karşılık, bu kişilerin yararlanabilecekleri sorumluluğu sınırlayıcı ya da ortadan kaldıracı hukukî imkânların varlığından bahsetmektedir. Madde hükmü yine bu durumda da kast ya da buna eşdeğer kusur varsa, bahsettiğimiz hukukî imkânlardan yararlanmak hakkının ortadan kalkacağını belirtmektedir.

Bahsettiğimiz maddi zararlar yanında, taşıyıcının kusurlu olması durumunda, örneğin taşıtan için manevi değeri haiz eşyaların taşınmasında zararın ortaya çıkmasında olduğu gibi, manevi tazminat da talep edilebilir⁹².

C. Kast ya da Kasta Eşdeğer Kusurun Zamanaşımına Etkisi

Kasıt ya da kasta eşdeğer kusur aynı zamanda zamanaşımı süresinin de değişmesine yol açan bir durumdur⁹³. CMR m. 32’ye uyarınca, CMR’ye göre yapılan taşımalarından doğacak davaların bir yıl içinde açılması gerekir. Ancak, bilerek kötü hareket veya mahkeme tarafından bilerek kötü hareket olarak kabul edilen kusurlarda, bu süre üç yıldır. Böyle bir düzenlemeye gidilmesinin sebebi, kasıt ya da kasta eşdeğer kusuru bulunan taşıyıcıyı, 1 yıl yerine 3 yıl sorumlu tutarak, kısa zamanda sorumluluktan kurtulmasını engellemektir.

IV. SONUÇ

Çalışmamız neticesinde, özellikle uygulamada da ihtilaf konusu olduğunu gördüğümüz hususlarda aşağıdaki sonuçlara ulaştık:

Taşıma sözleşmesine uygulanacak hukukun belirlenmesi önemlidir. Bu noktada CMR’nin uygulanma şartları iyi tespit edilmelidir. Bu şartlara çalışmamızda yer verdik ancak özellikle eşyanın taşınmak üzere teslim alındığı yer ile teslim edileceği yerin iki ayrı devlet sınırları içinde bulunması hususu genellikle soruna çözüm getiren bir ayrıntıdır. Uluslararası taşıma karayoluyla gerçekleştiğinde, bu uyuşmazlığa TTK hükümleri değil, CMR hükümleri uygulanacaktır.

⁹² Eriş, s.448; Arkan, Taşıyıcının Sorumluluğu, s. 168.

⁹³ Aydın, s. 143.

Taşıma sözleşmesine konu malların teslim süresinin aşılmasından doğan zararların tazmini için CMR m. 23/5'ten yararlanmak için malların geç de olsa gönderilene teslimi gerekir. Eğer mallar hiç teslim edilmemiş ise bu durumda gecikme nedeniyle sorumluluğa gidilemez. Zira bu durumda malın zıyaı söz konusudur. Malın zıyaı, taşıyıcı tarafından gönderilene fiili ya da hukukî bir nedenle teslim edilememesini ifade eder.

Taşıma sözleşmesinin taşıyıcıya yüklediği borçlara aykırılık, taşıyıcının sorumluluğunu gerektirse de bazı durumlarda taşıyıcı çeşitli sebepleri ileri sürerek sorumluluktan kurtulabilir. Taşıyıcı, gönderenin kusurlu davranışı bulunduğunu, yükün doğal niteliğinden kaynaklanan kusurların bulunduğunu ya da kendisinin önleme imkânı olmayan durumlardan dolayı zararın meydana geldiğini iddia ederek sorumluluktan kurtulabilir.

Taşıyıcının, malın tesliminde gecikmeye sebep olması dolayısıyla bir zarar ortaya çıkarsa CMR, taşıyıcının sorumluluğunu taşıma ücretiyle sınırlamıştır. TTK ise aynı konuda, taşıma ücretinden gecikme süresi ile orantılı bir indirim yapılacağını belirtmiştir. Bu indirimin yapılması için, CMR'nin aksine ortada bir zararın bulunmasına gerek görülmemiştir. Dolayısıyla buradaki indirimin doktrininde ifade edildiği üzere bir cezai şart niteliğinde olduğunun kabulü gerekir.

Taşıma sözleşmesinin karşılıklı iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğunu belirtmiştik. Bu karşılıklı borçlardan taşıyıcıya ait olanlardan en önemli ikisi eşyayı taşıma süreci boyunca koruma borcu ve taşımayı taşıma süresini aşmayacak bir sürede tamamlama borcudur. Taşıyıcı bu borçlarına aykırı davrandığında, CMR ve TTK hükümleri uyarınca sorumlu olacaktır. Ancak taşıyıcının bu noktadaki sorumluluğu sınırsız bir sorumluluk değildir. Taşıyıcı belli bazı hususları ispatladığında onun sorumluluğu sınırlandırılmakta, tamamen kalkmakta ya da kendisinde bulunan ispat yükü karşı tarafa geçmektedir. Durum böyle olmakla birlikte, taşınan eşyada meydana gelen zıya veya hasar yahut eşyanın geç teslimi, taşıyıcının ya da onun taşıma işlerinde kullandığı kişilerin kasti ya da kasta eşdeğer kusuru neticesinde meydana gelmişse, taşıyıcı sorumluluğunu sınırlandıran ya da kaldıran yahut ispat yükünün yer değiştirmesine neden olan hükümlerin korumasından faydalanamayacaktır. Ancak burada ispat yükü, taşıyıcının kasti ya da kasta eşdeğer kusurunun varlığından kendi lehine haklar çıkararak tarafa aittir. Bu taraf da çoğu zaman davacıdır.

KISALTMALAR

- CMR : Convention on the Contract for the International Carriage of Goods by Road (İng.), Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route (Fra.)
- E. : Esas
- HD. : Yargıtay Hukuk Dairesi
- K. : Karar
- m. : Madde
- s. : Sayfa
- S. : Sayılı
- TTK : 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
- vd. : ve devamı

FAYDALANILAN KAYNAKLAR

1. **Arkan**, Sabih, *Karada Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu*, Ankara 1982 (Taşıyıcının Sorumluluğu).
2. **Arkan**, Sabih, *Ticari İşletme Hukuku*, 15. bası, Ankara 2011.
3. **Arkan**, Sabih, “Karayoluyla Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu”, Sorumluluk ve Sigorta Hukuku Bakımından Eşya Taşımacılığı Sempozyumu, Ankara 1984.
4. **Arkan**, Sabih, “Eşyanın Karayolu ile Uluslar arası Taşınmasına İlişkin Konvansiyon (CMR) Üzerinde Bir İnceleme”, Sorumluluk ve Sigorta Hukuku Bakımından Eşya Taşımacılığı Sempozyumu, Ankara 1984.
5. **Aydın**, Alihan, *CMR'ye Göre Taşıyıcının Ziya, Hasar ve Gecikmeden Doğan Sorumluluğu*, İstanbul 2002.
6. **Kendigelen**, Abuzer / **Aydın**, Alihan, “Karayolu ile Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmesine Anlaşma CMR, Resmî Çeviriye İlişkin Sorunlar ve Bir Serbest Çeviri Denemesi”, Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağan'ı, Cilt: 1, İstanbul 2002
7. **Clarke**, Malcolm A., *International Carriage of Goods by Road: CMR*, Fifth Edition, London 2009.
8. **Erdil**, Engin, *CMR Konvansiyonu Şerhi*, İstanbul 2007.
9. **Eren**, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 14. Bası, Ankara 2012.
10. **Eriş**, Gönen, *Kara Taşıma Hukuku*, Ankara 1996.
11. **Kaner**, İnci Deniz, “1929 Varşova Konvansiyonunda Taşıyıcının Sorumluluğu”, Sorumluluk ve Sigorta Hukuku Bakımından Taşımacılık Sempozyumu, Ankara 1985.
12. **Kılıçoğlu**, Ahmet M., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 15. Bası, Ankara 2011.
13. **Nomer**, Engin, *Devletler Hususî Hukuku*, 17. Bası, İstanbul 2009.
14. **Oğuzman**, M. Kemal/ **Öz**, M. Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt 2, 9. Bası, İstanbul 2012.
15. **Topaloğlu**, Mustafa, “Karayoluyla Uluslar arası Eşya Taşımalarından (CMR) Doğan Hukukî Sorumluluk”, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Ankara 2009.
16. **Tüzün**, Necat, *Kara ve Hava Taşıma Hukuku*, Ankara 1968.
17. **Yeşilova**, Ecehan, *Taşıyıcının CMR Hükümlerine Göre Yardımcı Şahıslarının ve Müteakip Taşıyıcıların Eylemlerinden Doğan Sorumluluğu*, Ankara 2004
18. **Yılmaz**, Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, Ankara 2003.
19. **Zeyneloğlu**, Ahmet, *Uygulamalı Taşıma Hukuku*, Ankara 1980.
20. Yargıtay kararları, www.kazanci.com.tr adresinden temin edilmiştir.
21. **Adıgüzel**, Burak, *Karayoluyla Yapılan Taşımalarda Taşıyıcının Ziya ve Hasardan Doğan Sorumluluğu*, 2. Bası, Ankara 2012
22. **Karahan**, Sami, *Ticari İşletme Hukuku*, 23. Bası, Konya 2012

Kamu Hukuku

ÇOĞULCU DEMOKRASİLERDE PARTİ İÇİ DEMOKRASİ

*Yrd. Doç. Dr. A. Tarık GÜMÜŞ**

ÖZET:

Çoğunluğun sınırlı egemenliği anlamına gelen çoğulcu demokrasi, gerek çoğunluğun yönetme hakkını kullanabilmesi gerekse azınlığın çoğunluğa dönüşebilmesinde, halkın yönetime katılımına dayanmaktadır. Günümüzde temsili bir biçimde işleyen demokrasilerde katılım, siyasi partiler aracılığıyla gerçekleşmektedir. Bu nedenle çoğulcu demokrasinin işlemesine önemli ölçüde katkıda bulunan siyasi partilerin, kendi iç yapılanmalarında demokratik ilkelere uygun hareket etmeleri, o parti içerisinde demokrasiye olan inancı ortaya koyması ve ideal çoğulcu demokratik bir rejime yaklaşılması açısından önemlidir. Ancak çoğulcu demokratik düzenin varlığı açısından zorunluluk arz eden husus; parti içi demokrasinin varlığı değil, siyasi partiler arasındaki mücadelenin demokratik esaslara uygun bir biçimde işlemesidir. Bu değerlendirmenin temelinde kendisi örgüt olan siyasi parti ile bir örgüt olmayan demokrasinin birbirine karıştırılmaması gerektiği düşüncesi bulunmaktadır. Bu durumda parti içi demokrasinin doğurabileceği çeşitli sorunlar da dikkate alınarak, parti içerisinde var olan talepler ile partinin düzen ve işleyişi arasında makul bir denge kurulmalıdır.

Anahtar Kelimeler:

Çoğulcu Demokrasi, Siyasi Partiler, Parti içi Demokrasi, Parti Örgütlenmesi, Liderlik.

ABSTRACT:

Pluralist democracy means the limited rule of the majority. This democracy approach is based on the rule of the majority and the right of minority may be the majority. This understanding is very important for people's participation in decision making process. Today due to the current representative democracy, participation is realised via political parties. Since political parties assumed a vital role in the functioning of pluralist democracy, they themselves must have their own internal construction of a democratic order. The presence of intra-party democracy, the ideal approach is important in a pluralist democratic regime. but it is not necessary for the existence of the democratic order. At this point, the organization itself is not an organization with a political party of democracy, and this point should not be confused. Also intra-party democracy can lead to various problems. Therefore a reasonable balance must be struck between demands within the party and organization and functioning of the party.

Keywords:

Pluralist Democracy, Political Parties, Intra-party Democracy, Party Organization, Leadership.

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

I. ÇOĞULCU DEMOKRASİ

Eski Yunanca “halk” anlamına gelen “demos” ve “yönetmek” anlamına gelen “kratein” sözcüklerinin birleşmesiyle oluşan demokrasinin sözlük anlamı “halk yönetimi”dir Bu itibarla demokrasi, iktidarın halk iradesinden kaynaklandığı düşüncesine dayanmaktadır¹. Halk kavramı, demokratik yönetimin diğer siyasi sistemlerden ayırt edilmesinde en önemli unsurdur. Çünkü hiçbir yönetim şekli demokratik sistemdeki kadar halka dayandığı iddiasını taşımamaktadır. Bu iddianın temelini ise, demokrasilerde halkın seçme ve seçilme hakkına sahip olması oluşturmaktadır². Halkın iradesine dayanan demokraside, siyasal kararların halkın iradesine uygun olması gerekir. Ancak bu noktada karşımıza halk ya da millet iradesinin eziciliği olgusu çıkmaktadır ki, bu da çoğunlukçu ve çoğulcu demokrasi ayrımını ortaya çıkarmaktadır³

Günümüzde sadece çoğunluğun yönetimine indirgenemeyecek olan demokrasi kavramı, başlangıçta çoğunlukçu şekilde anlaşılmıştır⁴. Kökenlerini Rousseau’da bulan çoğunlukçu demokrasi anlayışı, çoğunluğun oyunu almış olan kimselerin mutlak yönetimini öngörmektedir. Esasında demokrasinin mantıklı bir biçimde çoğunluğun yönetimini öngörmesini suiistimal eden bu yaklaşım, çoğunluğun makul sınırları aşarak mutlak belirleyiciliğini öngörmektedir⁵.

¹ SCHUMPETER, Joseph A., **Capitalism, Socialism and Democracy**, Routledge, London New York, 2012, s. 243; SARTORI, Giovanni, **Demokrasi Teorisine Geri Dönüş**, Çev. Tuncer Karamustafaoğlu-Mehmet Turan, Yetkin Yayınları, Ankara 1993, s. 22-35; CHRYSOCHOOU, Dimitris, **Democracy in the European Union**, I.B.Tauris, London 2000, s. 27-28; MOONEY Annabelle, EVANS Betsy, **Globalization The Key Concepts**, Taylor & Francis, Oxon 2007, s. 62; ERDOĞAN, Mustafa, **Anayasal Demokrasi**, Siyasal Kitabevi Yayınları, Ankara 2004, s. 232; TEZİÇ, Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul 2003, s. 92-93. Demokrasiyi sadece halkın yönetimine indirmek hatalı bir yaklaşımdır. Bu temel özelliğin yanı sıra demokrasinin genel kabul gören başka temel unsurları da bulunmaktadır. Bunlar; özgür ve düzenli seçimler, siyasi çoğulculuk ve çok partili siyasal hayat, temel hak ve hürriyetlerin korunması, seçilmişlerin atanmışlara üstünlüğü olarak sıralanabilir. ERDOĞAN, s. 287-312.

² GÜLSOY, Tefvik, **Demokrasilerde Siyasal Parti Teşkilatı ve Parti İçi Demokrasi**, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Konya 2000, s. 16.

³ HEWLETT, Nick, **Democracy in modern France**, Continuum International Publishing Group, New York 2005, s. 1-8.

⁴ HEWLETT, s. 1-8.

⁵ Günümüzde genellikle temsili bir şekilde işleyen demokrasilerde; yönetime ilişkin kararlar halkın temsilcileri tarafından alınmakta ve dolaylı da olsa kararlar halk tarafından şekillendirilmektedir. Bu çerçevede kararların alınmasında benimsenebilecek en iyi yöntem, çoğunluğun belirleyiciliğidir. Bunun karşısındaki alternatifler ise, oybirliğinin sağlanması veya azınlığın yönetimidir. Oybirliğinin sağlanması, günümüzde devletlerin sahip olduğu nüfus düşünlüğünde mümkün değildir. Azınlığın yönetimi ise, mantıksız bir yaklaşımdır. Dolayısıyla geriye tek bir alternatif kalmaktadır ki, o da çoğunluk yönetimidir. Ancak demokrasi açısından önemli olan husus, çoğunluğun yönetiminin ne ölçüde mutlak olacaktır. LANE Jan-Erik,

Söz konusu yaklaşıma göre çoğunluk, sınırsız ve mutlak bir biçimde üstün ve yanılmaz niteliktedir. Çoğunlukçu demokrasi anlayışının çoğunluk iradesine yüklediği bu nitelikler; hem insan haklarının ihlal edilmesine yol açmakta, hem de demokrasinin en temel özelliği olan, azınlığın barışçıl olarak çoğunluğa dönüşmesini engellemektedir⁶. Çoğunlukçu demokrasinin sözü edilen sakıncalarını gidermek amacıyla benimsenen çözüm ise, çoğulcu demokrasidir.

Çoğulcu demokrasi yaklaşımında; çoğunluğun bilinçli olarak ya da yanılarak insan hakları, hukuk devleti ve demokrasiye aykırılık teşkil eden uygulamalara gidebileceği gerçeğinden yola çıkılarak, çoğunluğun yönetimi karşısında azınlıkta kalan kimselerin hak ve hürriyetlerinin korunması amaçlanmaktadır. Dolayısıyla çoğulcu demokrasi; çoğunluğun sınırlı egemenliği anlamına gelmektedir. Nitekim çoğulcu demokraside çoğunluğa ait olan yönetme hakkı, azınlık haklarıyla sınırlandırılmış bir anlam taşımaktadır⁷.

Bu anlamda Çoğulcu demokrasinin gerçek anlamını kazanabilmesi için belli esaslara dayanması gerekmektedir. Bunlar, temel hak ve hürriyetlerin tanınması ve korunması, anayasanın üstünlüğünün sağlanması, kuvvetler ayrılığı, yönetimin

ERSSON Svante O., *Democracy: a Comparative Approach*, Routledge, New York 2003, s. 7-8; BİLİR, Faruk, *Çoğunlukçu Demokrasi Karşısında Çoğulcu Demokrasi ve Her İki Demokrasi Anlayışının İnsan Hakları ile Olan İlişkisi*, **Yeni Anayasa Yeni Mutabakat**, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s. 339-340; HAKYEMEZ, Yusuf Şevki, *Çoğunlukçu Demokrasi Anlayışı, Rousseau ve Türk Anayasaları Üzerindeki Etkisi*, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 52, Sy. 4, Y. 2003, s. 69-71. Aynı Yönde Bkz. ATAR, Yavuz, **Türk Anayasa Hukuku**, Mimoza Yayınları, Konya 2009, s. 65; ERDOĞAN, s. 304-305. İNCEOĞLU, Sibel, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Çoğulculuk, Çoğulcu Demokrasi Çoğunlukçu Demokrasi İkilemi ve İnsan Hakları Toplantısı*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2010, s. 83-84. Göztepe tarafından; genellikle Rousseau'nun görüşlerine dayandırılan çoğunlukçu demokrasi anlayışının, esasında Rousseau'nun temsili demokrasiyi reddetmesi nedeniyle doğru olmadığı ileri sürülmektedir. Daha ayrıntılı bilgi için Bkz. GÖZTEPE, Ece, *Çoğunlukçu Demokrasi Anlayışına Karşı Çoğulcu Demokrasi Modelleri: Normatif Düzenleme Olanakları ve Bunun Sınırlılığı Üzerine Bazı Düşünceler*, **Çoğulcu Demokrasi Çoğunlukçu Demokrasi İkilemi ve İnsan Hakları Toplantısı**, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2010, s. 130 vd. "Demokrasilerde çoğunluğun yönetme hakkı demokratik karar alma sürecinde bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır." HAKYEMEZ, s. 72. Çoğunluğun yönetme hakkına sahip olmasının tek gerekçesi "daha büyük bir sayının haklılığı"dır. LIPSON, Esie, **Demokratik Uygarlık**, (Çev: Haldun Güllalp, Türker Alkan), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara, 1984, s. 476. Çoğunluğun yönetme hakkının meşrulaştırılması hususunda daha ayrıntılı bilgi için bkz. HAKYEMEZ, s. 73 vd.

⁶ ERDOĞAN, s. 305-306; ATAR, s. 64-65; BİLİR, s. 340-341.

⁷ PETAUX, Jean, **Democracy and Human Rights for Europe: the Council of Europe's Contribution**, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2009, s. 9; DİNÇKOL, Bihterin, *Yönetilenlerin "Öz" Yönetimi - Kamuoyu*, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Y. 5, Sy. 10, Güz 2006/2, s. 59; ATAR, Yavuz, *Çağdaş Demokrasinin Siyasal Boyutu: Türkiye'de Demokratikleşme ve Anti-Demokratikleşme Göstergeleri*, **Yeni Türkiye**, y. 3, sy. 17, 1997, s. 73; HAKYEMEZ, s. 89-90; BİLİR, s. 340-341; YAVUZ, s. 283vd, 292.

yargısal denetiminin sağlanması gibi evrensel hukuk devleti ve insan haklarının gerekleriyle bağlantılı hususlardır. Böylelikle hem azınlığın haklarının korunması, hem de azınlığın barışçıl bir şekilde çoğunluğa dönüşebilmesi temin edilmiş olur⁸.

Bu çerçevede çoğulcu demokrasi açısından bireylere doğuştan sahip olduğu insan haklarının sağlanması, hukuk devletinin gereklerine uyulması ve demokratik katılımın önündeki engellerin kaldırılması önemli gerekliliklerdir. Özellikle çoğulcu demokrasinin, parti içi demokrasiyle olan ilişkisi bağlamında siyasi katılımın toplumun bütün kesimlerini kapsayacak ölçüde geniş tutulması son derece önemlidir. Hatta çoğulcu demokrasi yaklaşımı kapsamında, demokrasiye aykırılık teşkil eden görüşlerin dahi hoşgörüyle karşılanması ve bu görüşlerin rejim içine çekilerek etkisiz hale getirilmesi savunulmaktadır⁹. Dolayısıyla gerçek anlamda çoğulcu demokrasinin, ancak, halkın değişik yollardan ve mümkün olan en geniş ölçüde siyasal karar alma sürecine katılması ile gerçekleşeceği söylenebilir¹⁰.

Çoğulculuğun sağlanması bakımından halkın yönetime katılımının önem arz ettiği çoğulcu demokrasi anlayışında katılım, siyasi partiler aracılığıyla gerçekleşmekte ve bu gerçekten dolayı modern demokrasinin partiler demokrasisi olduğu iddia edilmektedir. Söz konusu iddiaya göre; “demokrasi, devlet yöneticilerinin belli aralıklarla ve serbest seçimler yoluyla halk tarafından seçildiği bir rejim olduğuna göre, geniş ve karmaşık bir toplumda siyasal partilerin aracılığı olmaksızın demokrasinin gerçekleştirilebilmesi güçtür”¹¹.

Söz konusu görüşü benimseyen kimseler demokrasiyi, halkın, temsilci adaylarını doğrudan doğruya seçtiği bir sistem olmaktan ziyade, yarışan lider grupları arasında tercih yaptığı bir sistem olarak görmektedir. Diğer bir ifadeyle, bu tür yaklaşımlar, demokrasi teorisini çeşitli şekil ve derecelerde elitizm ile bağdaştırmaktadırlar¹². Demokrasiyi bu çerçevede ele alan Schumpeter’e göre,

⁸ HAKYEMEZ, s. 89-90; YAVUZ, s. 292; AYBAY, Rona, ‘Çoğunlukçu’ ve ‘Çoğulcu’ Demokrasi Ayrımı, *Cumhuriyet*, 19.06.2010; BİLİR, s. 340-341; UYGUN, Oktay, Demokrasinin Çoğunlukçu ve Çoğulcu Modelleri İki Bin Beşyüz Yıllık Bir Tartışmanın Analizi, **Çoğulcu Demokrasi Çoğunlukçu Demokrasi İkilemi ve İnsan Hakları Toplantısı**, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2010, s. 23-36

⁹ SELÇUK, Sami, **Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne**, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara 1999, s. 19; Demokrasilerde siyasal katılımın önemine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. DALTON, Russell J., Citizenship Norms and the Expansion of Political Participation, *Political Studies*, Vol. 56, Issue 1, 2008, s. 84-85.

¹⁰ YANIK, Murat, **Parti İçi Demokrasi**, Beta Yayınları, İstanbul 2002, s. 74; KÖKER, Levent, Seçim Sistemleri ve Siyasal Çoğulculuk, **Anayasa Yargısı**, c. 23, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2006, s. 201

¹¹ ÖZBUDUN, Ergun, **Siyasal Partiler**, Sevinç Matbaası, Ankara 1979, s. 162; KABASAKAL, Mehmet, Factors Influencing Intra-party Democracy and Membership Rights: The Case of Turkey, **Party Politics**, July 2012, s. 2.

¹² YAYLA, Atilla, **Siyaset Teorisine Giriş**, Siyasal Kitabevi, Ankara 2004, s. 209.

bir demokrasinin belirleyici özelliği halkın iradesinin siyasi yönetim faaliyetine yansması değil, halka alternatif programlar sunan partilerin varlığıdır. Bu anlamda klasik demokrasi doktrini bireylerin isteklerini gerçekleştirmeye vurgu yaparken, Schumpeter'in diğer demokrasi teorisi olarak ortaya koyduğu yaklaşımda politik liderlik için rekabet ve bu bağlamda vatandaşların liderlerini seçme yöntemi üzerinde durulmaktadır¹³. Benzer bir görüşü, Dahl poliarşi kavramıyla dile getirmektedir. Dahl'ın yaklaşımında, demokrasi, elit grupları arasındaki bir yarışma süreci olarak görülür¹⁴.

Demokrasi, düzenli aralıklarla yapılan serbest seçimlerle ya da yöneticilerin belirlenmesiyle sınırlı bir rejim değildir. Vatandaşların seçim dışındaki zamanlarda fikirlerini açıklamak ve bunları karşılıklı tartışmak suretiyle yönetimi etkilemek imkânına sahip olmaları, rejimin demokratik niteliğini belirleyen temel unsurlardan biridir¹⁵. Demokrasiyi seçimlerden ibaret gören elitist anlayışın aksine katılımcı demokrasi, vatandaşların siyasi hayata aktif olarak katılmalarını öngörmektedir. Daha da ileri giden bu anlayış, demokrasilerde vatandaşların kamu işlerini tartışmalarının sadece hak değil, aynı zamanda görev olduğu dahi ileri sürülmektedir. Esasen demokrasinin kurulması kadar korunması ve yaşatılmasının da önemli oluşu, bu görüşe haklılık kazandırmaktadır¹⁶.

Günümüz demokrasilerinin korunması ve yaşatılması hususunda siyasi partiler vazgeçilmez hale gelmiştir. Dolayısıyla siyasi partilerin yapısı, işleyişi, faaliyetleri demokrasi açısından önem arz etmektedir. Söz konusu durum özellikle partilerin iç işleyişinde kendini daha da belirgin bir şekilde göstermektedir. Çünkü çoğu zaman parti kararları hükümet kararlarına dönüşmekte ve bu kararın parti tabanının görüşlerini dile getirip getirmediği hususunda tartışmalar

¹³ SCHUMPETER, s. XIX, 269-273, 273-282. Schumpeter, klasik demokrasi doktrini yaklaşımı çerçevesinde genel iyi, bireysel irade ve insanların isteği gibi kavramlar üzerinde durmaktadır. Bu hususlarda ayrıntı bilgi için bkz. SCHUMPETER, s. 250-269. Schumpeter'in klasik demokrasi doktrininin yaşaması için sürdüğü görüşler için ayrıntılı bilgi için bkz. SCHUMPETER, s. 264-269.

¹⁴ DAHL, Robert A., **Polyarchy: Participation and Opposition**, Yale University Press, New Haven 1971, s. 1-3. Dahl, çoğulcu demokrasinin yarattığı sorunlara henüz tatmin edici çözümler bulunamadığı kanaatindedir. DAHL, Robert A., **Pluralism Revisited**, **Comparative Politics**, Vol. 10, No. 2, January 1978, s. 191.

¹⁵ Dahl ideal demokrasinin varlığı için sekiz şart sıralamaktadır. Bunlar 1-seçme hakkı, 2- seçilme hakkı, 3-Siyasal liderlerin yarışma hakkı, 4- özgür ve adil seçimler 5- örgütlenme özgürlüğü 6-ifade özgürlüğü 7- Alternatif bilgi kaynaklarının varlığı 8-Kamusal politikaları seçmenlerin tercihlerine bağılı kılan kurumlardır. DAHL, Polyarchy, s. 3.

¹⁶ SUNAY, Reyhan, **İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları**, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara 2001, s. 14-15; TEORELL, Jan, Political participation and three theories of democracy: A research inventory and agenda, **European Journal of Political Research**, Vol. 45, Issue 5, 2006, s. 787-792, 794-795, 805.

yaşanmaktadır. İşte uygulamada karşılaşılan bu gibi problemler parti içi demokrasi'nin önemini gündeme getirmektedir. Gerçek bir demokrasi de kişilerin düşüncelerini dile getirmeleri ve ülke yönetimine her düzeyde katılmaları önemli bir husustur. Demokrasi, farklılıkların hoş görüyle karşılandığı ve ifade edilebildiği bir siyasal sistem olarak, gerek parti içinde gerekse parti dışında farklı düşüncelerin ifade edilebilmesini sağlayan bir düzendir.

II. SİYASİ PARTİLER

Siyasi partiler, günümüzde temsili bir biçimde işleyen demokrasilerin uygulanabilirliğini sağlayan en önemli kurumlardan biridir. Modern anlamda ortaya çıkışı yakın zamanlara rastlayan siyasi partiler, bu gün hemen hemen bütün ülkelerde siyasal yaşamın temel dinamiği haline gelmiş bulunmaktadır. Bu bağlamda siyasal partilerin, iktidar olma ve karar alma süreçlerinin odak noktasında yer aldığı görülmektedir. Günümüzde modern siyasal sistemlerin temel aktörü haline gelmiş olan siyasi partilerin olmadığı partisiz rejimlere ancak siyasal modernleşme dışında kalmış bazı geleneksel toplumlarda rastlanmaktadır. Dolayısıyla siyasi partiler, modern siyasal yaşam açısından vazgeçilmez niteliktedir¹⁷. Söz konusu nitelik hem demokratik, hem de anti-demokratik sistemler bakımından geçerlidir. Ancak her iki sistem açısından da siyasi partilerin vazgeçilmez nitelikte olması, bu ülkelerde siyasi partilerin aynı fonksiyonu ifa ettiği anlamına gelmemektedir. Demokratik nitelikten yoksun ülkelerde siyasi partilerin vazgeçilmezliği çoğulcuğun değil, herhangi bir ideolojinin kurumsallaştırılması, göstermelikte olsa katılımın sağlanması, kitlelerin eğitilmesi ve mobilize edilmesinin bir aracı olarak öngörülmektedir¹⁸.

Demokratik rejimler açısından bakıldığında ise, siyasi partilerin demokrasinin yapılanmasında ve iktidarın kullanılmasında başka hiçbir kurum tarafından doldurulamayacak bir yer işgal ettiği görülmektedir. Çünkü çoğulcu demokrasilerde siyasi partiler, halkın siyasete katılımının aracı ve çoğulcu siyasetin güvenceleridirler. Siyasi partilerin halkın siyasete katılımının aracı olma özelliği, toplumsal ve düşünsel çoğulculuğun, partiler aracılığıyla siyasal alana yansıtılabilmesinden kaynaklanmaktadır. Siyasi partilerin çoğulcu siyasetin

¹⁷ DALTON Russell J., FARRELL David M., MCALLISTER Ian, **Political Parties and Democratic Linkage: How Parties Organize Democracy: How Parties Organize Democracy Comparative Study Of Electoral Systems**, Oxford University Press, Oxford 2011 s.3; KAPANİ, Münci, **Politika Bilimine Giriş**, Bilgi Yayınevi, Ankara 2001, s. 159; ERDOĞAN, s. 295.

¹⁸ DALTON, Russell J., Communists and Democrats: Democratic Attitudes in the Two Germanies, **British Journal of Political Science**, Vol. 24, No. 4, October 1994, s. 472-474; YAYLA, s. 201; DİNÇKOL, s. 57-59.

güvencesi olması ise, partilerin meşru sayıldıkları ve özgürce faaliyetlerini yerine getirebildikleri sürece, toplumdaki farklı düşüncelerin bastırılmayacağı gerçeğine dayanmaktadır¹⁹.

Bu özellikleri nedeniyle çoğulcu demokrasiler bakımından farklı bir öneme haiz olan siyasi partilerin, ne anlama geldiğine ilişkin olarak çeşitli görüşler öne sürülmüştür. Doktrinde siyasi partilerin tanımlanmasına ilişkin ortaya konulan yaklaşımlara bakıldığında, pek çok tanımlamanın ortak bazı hususlara vurgu yaptığı görülmektedir. Yapılan bu tanımlamalarda dikkat çeken hususlar; siyasi iktidarı kısmen ya da tamamen ele geçirmek, iktidara gelebilmek için halkın desteğini almaya çalışmak, sürekli ve istikrarlı bir örgüte sahip olmak ve bütün bunları bir program dâhilinde yapmak olarak sıralanabilir²⁰.

Esasında siyasi partilere dair yapılan tanımlamalarda dikkat çeken hususlardan ilk ikisi, siyasal katılmayla ilgilidir. Bu çerçevede bütün siyasi partilerin ortak hedefi olan siyasal iktidarı ele geçirme veya paylaşma unsuru, bu kuruluşları diğer siyasal gruplardan ayırt etmeye yarayan başlıca ölçüttür. Nitekim siyasi partilerin sözü edilen amacı gerçekleştirebilmesi için, halkın desteğini sağlaması ve bu yöntemle iktidara gelmesi gerekmektedir. Ancak halkın desteği, her zaman yarışmacı seçimler yoluyla gerçekleşmeyebilmektedir. Dolayısıyla, tek-partiler ve plüralist rejimlerdeki totaliter ve ihtilalcı partiler bu kapsamda yer alırken, halk desteğine dayanmaksızın siyasal iktidarı ele geçirmeye çalışan siyasal gruplar bu

¹⁹ ERDOĞAN, s. 295; DALTON, *Communists and Democrats*, s. 474-477, 480-483; GUNTHER Richard, DIAMOND Larry, *Species of Political Parties: A New Typology*, **Party Politics**, vol. 9, no. 2, March 2003, s. 171, 178, 182.

²⁰ Doktrinde siyasi partilere ilişkin çeşitli tanımlamalar yapılmaktadır. Örneğin Teziç'e göre siyasi parti, üyelerinin düşünce ve menfaatlerini gerçekleştirmek için, iktidarı kısmen, ya da tamamen elde etmek amacı ile, siyasal hayata katılan teşkilatlanmış bir gruptur. TEZİÇ, s. 310. Özbudun ise, siyasi partileri "halkın desteğini sağlamak suretiyle devlet mekanizmasının kontrolünü ele geçirmeye çalışan, sürekli ve istikrarlı bir örgüte sahip siyasal topluluklar" olarak tanımlamaktadır ÖZBUDUN, s. 4. Aynı yönde bkz. ERDOĞAN, s. 295-296. Kapani'ye göre ise, siyasi partiler "bir program etrafında toplanmış, siyasal iktidarı elde etmek ya da paylaşmak amacı güden, sürekli bir örgüte sahip kuruluşlardır." KAPANİ, s. 160. Yanık ise, "siyasi iktidarı ele geçirmeye çalışan ortak düşüncelere sahip insanların oluşturdukları örgütleri" siyasi parti olarak adlandırmaktadır. YANIK, s. 6. Tuncay, siyasi partiyi "halkın meşru desteğini alarak, siyasi iktidarı ele geçirmeyi veya kullanmayı amaçlayan, muhalefet halinde iktidarı denetlemeyi sürdürebilen, rejimi motive eden, esasen ülke genelinde, fakat yerel düzeyde de örgütlenebilen ilke, fikir ve doktrin birliğine ulaşmış, açık bir propaganda ile meşru faaliyetlerini siyasal zeminlerde sürdürebilen siyasal kuruluşlar" olarak tanımlamaktadır. TUNCAY, Suavi, **Parti İçi Demokrasi ve Türkiye**, Gündoğan Yayınları, Ankara 1996, s. 28. Siyasi partilere ilişkin birbirine benzer nitelikteki bu tanımlamaların yanı sıra farklı bakış açılarıyla dile getirilen tanımlamalarda bulunmaktadır. Bu bağlamda Epstein, kendine parti adı veren her kuruluşu parti kabul etmektedir. Janda ise, Siyasi partileri, "kendini temsilcilerini devlet kademelerine yerleştirme amacı güden örgütler" şeklinde tanımlamak ve "yerleştirme" sözcüğünü geniş bir biçimde yorumlamaktadır. ÖZBUDUN, s. 3-4.

tanımın dışında kalmaktadır. Bu açıdan değerlendirildiğinde halkın siyasete katılımının en önemli araçlarından biri olan siyasal partilerin tanımlanmasında, siyasal katılma unsurunun birinci derecede önemli olduğu anlaşılmaktadır²¹.

Ayrıca siyasal partilerin tanımlanmasında dikkat çeken bir diğer husus, siyasal partilerin, parlamento içinde kurulan grup, klik ve siyasal kulüplerden farklı olarak geçici değil, sürekli ve ülke çapında örgütlenmiş kuruluşlar olmasıdır. Bu özelliği partileri parlamento içinde kurulan diğer yapılardan ayırmaktadır. Siyasal partilere ilişkin son olarak üzerinde durulması gereken özellik ise, partilerin belli bir program etrafında toplanmasıdır. Söz konusu özellik, siyasal partilerin ideolojik bir grup olarak görülmesini engellemektedir. Ancak partilerin belli bir program etrafında toplanması, ideolojik partilerin olamayacağı anlamına gelmemektedir. Dolayısıyla siyasal partiler açısından zorunlu olmayan bu özellik, siyasal partileri ideolojik hareketlerden ayırmaktadır²².

Siyasal partilerin bu temel özelliklerinin yanı sıra, çoğulcu demokratik rejimlerde bir takım fonksiyonlar üstlenmesi söz konusudur. Bu fonksiyonlar Rokkan'a göre dörde ayrılarak incelenebilir. Bunlar; rejime karşı ileri sürülen görüşlerin meşrulaştırılması, aynı görüş sahiplerinin temsilcilerini seçerek birleşmesi, yasama organında temsilci kazanmaya yönelik mücadele ve yürütme organını ele geçirme ya da onu etkileme amacı olarak sıralanabilir²³. Dahl ise, siyasal partilerin fonksiyonu iki temel esas çerçevesinde incelemektedir. Bunlar, siyasal sisteme yönelik karşıtlıkların meşrulaştırılması ve daha fazla grubun siyasal sistem içine dâhil edilmesidir²⁴.

III. PARTİ İÇİ DEMOKRASİ

Parti içi demokrasinin evrensel bir tanımı bulunmamakla beraber, bu konuda yapılan çeşitli tanımlamalarda üzerinde durulan husus, "parti içerisinde demokratik ilkelerin esas alındığı bir yönetimin benimsenmesi" gerekliliğidir. Demokratik ilkelerin ise, hesap verebilirlik, şeffaflık, dışlanmama, katılım ve

²¹ ÖZBUDUN, s. 4-5; FOWLER James H., KAM Cindy D., Beyond the Self: Social Identity, Altruism, and Political Participation, *Journal of Politics*, Vol. 69, Issue 3, 2007, s. 818-822, 824-825; TEORELL, s. 787-789, 792; KAPANİ, s. 161; GÜLSOY, s. 46-47; LAPALOMBARA, Joseph, Reflections on Political Parties and Political Development, Four Decades Later, *Party Politics*, Vol. 13 No. 2, March 2007, s. 143.

²² ÖZBUDUN, s. 4-5; KAPANİ, s. 161; GÜLSOY, s. 46-47.

²³ ROKKAN, Stein, *Citizens, Elections, Parties: Approaches To The Comparative Study Of The Processes Of Development*, McKay, Oslo 1970, s. 79'dan Nakl. DAALDER, Hans, The Rise of Parties In Western Democracies, *Political Parties and Democracy A Journal of Democracy Book Political Parties and Democracy*, Eds. Larry Diamond and Richard Gunther, Johns Hopkins University Press, Maryland 2001, s. 41

²⁴ DAHL, Polyarchy, s. 1-3.

temsil gibi bazı temel unsurlardan oluştuğu noktasında, doktrinde önemli ölçüde bir uzlaşır bulunmaktadır²⁵.

Genellikle bu şekilde anlamlandırılan parti içi demokrasinin demokrasi ile olan ilişkisi ise, sanıldığı kadar kesin değildir. Bu bağlamda şüphesiz demokratik yönetimlerde, sistemin işleyişi bakımından en önemli kuruluşlardan biri siyasi partilerdir ve partilerin demokrasiye hizmet etmeleri beklenmektedir. Demokratik rejimlerde bulunmakla birlikte, otoriter ya da totaliter yönetim anlayışlarını savunan siyasi partilerin söz konusu işlevi yerine getirmeleri mümkün değildir. Ancak doktrinde, demokrasiyi savunan ve demokratik olma iddiasında bulunan siyasi partilerin, iç düzenleri ve işleyişleri bakımından demokratik esaslara uygun bir yapılanma benimseyip benimsemediklerinin demokrasiye olan etkisi tartışılmaktadır. Bu çerçevede bazı yazarlar parti içi demokrasinin adil ve yararlı sonuçlar ürettiğini vurgularken, diğer bazıları siyasi partilerin temel fonksiyonlarına katkı sağlamayacağı gerekçesiyle parti içi demokrasiye şüpheyile yaklaşmaktadır²⁶.

²⁵ MIMPEN, Jeroen, Intra-Party Democracy and its Discontents Democratization in a Volatile Political Landscape, http://www.nimd.org/documents/I/intra-party_democracy_and_its_discontents_mimpen.pdf, 27.11.2012, s. 1-2. Söz konusu tanımlamalardan bazıları şöyledir. Yanık'a göre en dar anlamda parti içi demokrasi, "partinin iç işlerinde demokrasi ilkelerinin uygulanması"dır. Bu anlamda "iç işleri" kavramına, partinin hukuksal iç düzenlemeleri, örgütlenmesi, çalışmaları ve yönetimi dâhildir. Kısacası parti içi demokrasinin gereği olarak, partiyle ilgili bütün konularda demokrasi ilkesi esas alınmalıdır. YANIK, s. 96. Tuncay ise parti içi demokrasiyi, "siyasi partilerin örgüt içi düzenlerinin demokrasi esaslarına uygun, hukuki düzenlemelerle sınırlarının çizilerek, partilerdeki oligarşik eğilimlerin ve baskıların ortadan kaldırılması; demokratik örgüt yapısının kurularak lider, teşkilat, organlar ve adayların demokratik yöntemlerle belirlenmesi ve karar mekanizmasının tabandan tavana oluşturulması süreci" olarak tanımlamaktadır. TUNCAY, Suavi, Parti İçi Demokrasi ve Türkiye, *Yeni Türkiye*, y. 3, sy. 17, 1997, s. 462. Yayla'ya göre ise, Parti içi demokrasi ile kastedilen husus, "partide önemli makamların parti üyelerinin katılacağı seçimler yoluyla doldurulması ve bu çerçevede milletvekili adaylarının da delegelerin katılacağı seçimlerle veya bütün üyelerin katılacağı seçimlerle belirlenmesi sürecidir." YAYLA, Atilla, Parti İçi Demokrasi" ve Demokrasi, http://www.liberal-dt.org.tr/guncel/Yayla/ay_demokrasi1.htm, 13.10.2004. Atar'a göre ise parti içi demokrasi, "partinin iç işleyişinde, parti yöneticilerinin belirlenmesi ve kararların alınmasında katılımcı anlayışın uygulanmasını, her türlü eleştiri, özeleştiri ve önerinin serbest olmasını ifade eder." ATAR, Siyasal Boyutu, s. 96. Bäck, parti içi demokrasinin varlığını beş ölçüte bağlamıştır. Bunlar, 1-partinin parlamento grubu kararları, yerel parti organizasyonları tarafından etkilenip etkilenmediği, 2- Parti liderinin önemli kararları alırken, parti grubunun desteğini arayıp aramadığı, 3- Koalisyon kurma gibi önemli çalışmalarda partideki küçük gruplarla müzakere edilip edilmediği, 4- Diğer partilerle işbirliği yapılmasına ilişkin kararların, parti grubu tarafından desteklenmesinin zorunlu olup olmaması, 5-Yerel parti organizasyonunun, grup lideriyle ters düşmesinin mümkün olup olmadığıdır. BÄCK, Hanna, Intra-Party Politics And Coalition Formation Evidence from Swedish Local Government, *Party Politics*, Vol. 14, No. 1, 2008, s. 75-76.

²⁶ GÜLSOY, s. 70-71; MIMPEN, s. 1-2; HAZAN, Reuven Y., Does Cohesion Equal Discipline? Towards a Conceptual Delineation, *Cohesion And Discipline in Legislatures*, Ed. Reuven Y. Hazan, Routledge, Oxon 2006, s. 1.

Parti içi demokrasinin adil ve yararlı sonuçlar ürettiğini vurgulayan görüşe göre, kendi içyapısında demokrasiyi kurumsallaştırmaya çalışmayan siyasi partilerin, toplum nezdinde demokrasiyi talep etmesi ve bu yönde mücadelede bulunması hayli güç bir durumdur. Esasında demokrasinin en önemli kurumlarından biri olan siyasi partilerin, öncelikle kendi içyapılarında demokratik bir anlayışı özümsemiş olmaları bir zorunluluktur. Bundan dolayı siyasal partilerin çoğulcu demokrasiyi hayata geçirebilmesinin en öncelikli şartı, siyasi partiler içerisinde farklı fikirlerin bir arada bulunduğu ve yarışabildiği hukuk ve demokrasi düzeninin kurulmasıdır. Dolayısıyla parti içi demokrasi, başlı başına bir amaç olmamakla birlikte, çoğulcu demokrasinin uygulamaya geçirebilmesinin aracıdır ve bu özelliği nedeniyle adil ve yararlı sonuçlar üretmektedir²⁷.

Parti içi demokrasiye siyasi partilerin temel fonksiyonlarından yola çıkarak karşı çıkan görüşe göre, genellikle demokrasiyle mutlak bir ilişki içindeymiş ve her sorunu çözecekmiş gibi sunulan parti içi demokrasi, esasında parti içi ayrılıkları arttırmakta ve karar almayı zorlaştırmaktadır. Özellikle parlamenter rejimlerde kapsamlı programları bulunan partilerin disiplinsiz bir yapıya bürünmesini de içeren parti içi demokrasinin katı bir biçimde uygulanmasıyla beraber karar almanın zorlaşacağı, parti programının uygulanamayacağı ve liderin sınırlanmasının diğer partilerle olan demokratik yarışta partiyi olumsuz etkileyeceği öne sürülmektedir. Ayrıca yüksek seviyedeki parti içi demokrasi, özellikle parlamenter sistemlerde karşılaşılan koalisyonların kurulmasını ve devamını güçleştirebilecek bir olgudur²⁸. Yine örneğin adayların seçimle belirlenmesi gibi, parti içi demokrasi açısından olumlu olan ve otomatik olarak pozitif biçimde yorumlanan uygulamaların her durumda pozitif sonuçlar doğurmayabileceği, bu tarz uygulamaların sanılanın aksine ideolojilerin ve sosyal grupların daha geniş temsilini garanti etmeyeceği ifade edilmektedir²⁹.

Bütün bunların yanı sıra sözü edilen görüş çerçevesinde en çok vurgulanan husus, işleyişi bakımından demokratik olmayan bir partinin her koşulda demokrasiye zarar verdiğinin söylenemeyecek olmasıdır. Esasında buradaki temel problem, kendisi örgüt olan siyasi parti ile bir örgüt olmayan demokrasinin birbirine karıştırılmasıdır. Bu anlamda demokrasi her ne kadar bir siyasi örgütlen-

²⁷ YANIK, s. 96; BİLİR, Faruk, *Siyasi Partilerin Güncel Sorunları ve Demokratikleşme*, **Uluslararası Davraz Kongresi Küresel Diyalog**, Isparta 2009, s. 1856-1857; YAYLA, *Siyaset Teorisi*, s. 209; ATAR, Yavuz, *Seçim Hukukunun Güncel Sorunları*, **Anayasa Yargısı**, c. 23, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2006, s. 225-226.

²⁸ BÄCK, s. 75-76, 85; ATAR, *Seçim Hukukunun Güncel Sorunları*, s. 225-226.

²⁹ RAHAT Gideon, HAZAN Reuven, **Democracy within Parties: Candidate Selection Methods and their Political Consequences**, Oxford University Press, Oxford New York 2010, s. 114-116, 133-134

me biçimi olsa dahi, kendisi bizatihi bir örgüt değildir³⁰. Kendisi örgüt olmayan demokrasinin de, mutlaka siyasi partilerin iç yapılanmalarında demokratik olmayı gerektirmediği ifade edilmektedir. Bu anlamda Demokrasinin gerçek anlamı, seçmenlerin, birden fazla yönetici ekip arasında yapacağı serbest tercihe dayanmaktadır. Diğer bir deyişle demokrasinin var olabilmesi için demokratik esasların partiler içerisinde değil, partiler arasında mevcut olması yeterlidir³¹.

Bütün bu görüşler ve tartışmalar sonucunda denilebilir ki, demokrasinin varlığı açısından siyasi partiler arasındaki mücadelenin demokratik esaslara uygun bir biçimde işlemesi zorunluluktur. Demokratik bir siyasal sistemin varlığı açısından vazgeçilmez nitelikte olmayan parti içi demokrasinin ise, ideal ve çoğulcu demokrasiye yaklaşılabilmesi için mümkün olduğunca sağlanması önemli bir gerekliliktir. Bu bağlamda parti içi demokrasinin yol açacağı disiplinsizlik, parti programının uygulanamaması, karar almanın zorlaşması ve partiler arasındaki yarışta partinin olumsuz etkilenmesi gibi sorunlarla demokratik ilkeler arasında makul bir uzlaşma sağlanmalıdır. Doktrinde söz konusu uzlaşmayı ifade etmek üzere “parti içerisinde var olan talepler ile düzen arasındaki makul bir denge”den bahsedilmektedir³².

IV. PARTİ İÇİ DEMOKRASİYİ ETKİLEYEN FAKTÖRLER

A. Sosyal ve Ekonomik Yapının Parti İçi Demokrasiye Etkisi

Siyasal sistemler içerisinde ortaya çıkan siyasal davranış boyutları, o toplumunda var olan sosyal ve ekonomik hayatın meydana getirdiği bir üst yapı olan siyasal ve toplumsal kültürün etkisindedirler. Bu bağlamda endüstriyel toplumlar, gelişmekte olan toplumlar ve ilkel toplumlar arasında kanaat oluşumları, tutumlar ve davranışlar arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır. Örneğin, tarımsal üretim, feodal bir siyasal yapı, geniş aile düzeni ve yatay ve dikey toplumsal hareketsizliğin geçerli olduğu ilkel toplumlar ile sanayileşmiş, yoğun iş bölümü ve teknolojik üretim formlarının uygulandığı, demokratik sistemin benimsendiği ve ailenin çekirdek biçimde var olduğu endüstriyel toplumlar arasında genel ve siyasal davranışlar fark-

³⁰ YAYLA, Siyaset Teorisi, s. 209; ATAR, Seçim Hukukunun Güncel Sorunları, s. 225-226; BÄCK, s. 76.

³¹ ÖZBUDUN, s. 164; ATAR, Seçim Hukukunun Güncel Sorunları, s. 225-226; LOTSHWAO, Kebapetse, The Lack of Internal Party Democracy in the African National Congress: A Threat to the Consolidation of Democracy in South Africa*, Journal of **Southern African Studies**, Vol. 35, No 4, December 2009, s. 903-904.

³² McCARTY Nolan, POOLE Keith T., ROSENTHAL Howard, The Hunt for Party Discipline in Congress, **American Political Science Review**, Vol. 95, No. 3 September 2001, 679-680, 686; RAHAT/HAZAN s. 174-176

lilik arz etmektedir. Bu noktada gelişmişlik düzeyinin artmasına paralel olarak siyasal davranışların daha etkili, kapsayıcı, yoğun ve geleneksel tabanlı siyasal davranışa göre de çok daha karmaşık hale geldiği söylenebilir. Dolayısıyla sözü edilen sosyal ve ekonomik unsurlar, toplumun siyasal davranışları hususunda önemli ölçüde belirleyici olmaktadır. Sosyal ve ekonomik yapıya atfedilen bu belirleyicilik sadece toplumdaki topluma değil, aynı zamanda belli bir toplum içerisinde de etkili olmaktadır. Dolayısıyla en türdeş yapıya sahip olduğu söylenen ülkelerde dahi, sosyal ve ekonomik farklılıklara dayalı bölünmelere kaçınılmaz bir biçimde rastlanmaktadır. Genel toplumsal yapıda ortaya çıkan söz konusu farklılık ve bölünmeler, siyasal düzeye yansımakta ve bu durumdan siyasal partilerin iç işleyişleri de önemli oranda etkilenmektedir³³.

Sosyal ve ekonomik yapının parti içi demokrasiye etkisi özellikle seçim dönemlerinde ve aday belirleme yöntemlerinde belirginleşmektedir. Bu dönemlerde siyasal partiler içerisinde yer alan sosyal statü veya ekonomik bakımından bakımdan güçlü olan seçkin gruplar, bu güçlerini partisine destek olucu mahiyette kullanması halinde adaylıkla ödüllendirilmektedir³⁴.

Çoğulcu demokrasilerde parti içi demokrasiyle bağdaşmayan belirten nitelikteki uygulamaların giderilmesi amacıyla bazı öneriler getirilmektedir. Söz konusu öneriler, daha çok aday belirleme sürecinde partilerin bağımsızlığının

³³ GÜLSOY, s. 76-77; TUNCAY, Parti İçi Demokrasi, s. 28. Benzer yönde bkz. BAKKER Ryan, JOLLY Seth, POLK Jonathan, Patterns of Dimensionality, **Annual Meeting of the Midwest Political Science Association Chicago, 31 March - 3 April 2011**, <http://faculty.maxwell.syr.edu/skjolly/Dim2.pdf>, 25.11.2012, s. 13-18; BAKKER Ryan, JOLLY Seth, POLK Jonathan, Complexity in the European Party Space: Exploring Dimensionality with Experts, **2010 European Consortium for Political Research's Fifth Pan-European Conference on EU Politics in Porto Portugal**. <http://faculty.maxwell.syr.edu/skjolly/Dim1.pdf> 25.11.2012, s. 1, 5, 21. Sosyal ve ekonomik pek çok faktörün demokrasiye ve siyasete olan etkileri hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. LIPSET, Seymour Martin, Some Social Requisites of Democracy: Economic Development and Political Legitimacy, **The American Political Science Review**, Vol. 53, No. 1, March 1959, 69 vd. Esasında siyasal yapı, sosyal ve ekonomik yapının bir izdüşümüdür. Partilerde siyasal bir kurum olarak sosyal ve ekonomik yapıya dayanmakta ve devam eden bir süreçte onunla etkileşim içinde bulunmaktadır. Dolayısıyla sosyal ve ekonomik yapının siyasal yapıya gerçek anlamda yansıtılması için, parti içi demokrasi oldukça önem arz etmektedir. YANIK, s.112-113.

³⁴ TUNCAY, Parti İçi Demokrasi, s. 106-107; CAREY, John M., POLGA-HECIMOVIICH John, Primary Elections and Candidate Strength in Latin America, **The Journal of Politics**, Vol. 68, No. 3, August 2006, s. 530-534; LISI Marco, FREIRE André, Political Equality And The Process Of Candidate Selection: Mps' Views In Comparative Perspective, **Representation**, Vol. 48, Issue 4, 2012, s. 373-376; Aday belirlemede kişisel özellikler, şöhret, parti deneyimi, eğitim, cinsiyet, yaş, etnik köken gibi unsurların etkisi hususunda bkz. LISI/FREIRE, s. 373-38; Parti liderinin göreve gelmesinde de o ülkede var olan oligarşik ve elitist sosyal ve ekonomik yapının önemli bir etkisi bulunmaktadır. KENIG, Ofer, Democratization of Party Leadership Selection: Do Wider Selectorates Produce more Competitive Contests?, **Electoral Studies**, Vol. 28, 2008, s. 240-242.

sağlanmasına yöneliktir³⁵. Bu bağlamda siyasi partilerin bağımsızlığını sağlamak amacıyla devletlerin siyasi partilere ekonomik yardım yapması³⁶ ve adayların önseçimle belirlenmesi önerilmektedir³⁷. Ancak ön seçim uygulamasına, üye kayıtlarının sağlıklı olmaması ve daha çok parlamenter sistemlerde var olan kapsamlı parti programlarının uygulanamamasına yol açacağı gerekçeleriyle karşı çıkmaktadır. Bu düşünceye göre, parti disiplini ile parti içi demokrasi arasında makul bir denge sağlanması gerekmektedir. Böyle bir denge için ise, tercihli oy sistemi benimsenmelidir. Bu sisteme göre, seçmenler doğrudan doğruya bir partiye oy vermekle beraber, kendi seçim çevresindeki adayları tercihlerine göre sıralamaktadır. Böylelikle hem partinin öncelikleri, hem de partinin tabanı arasında makul bir denge kurulmuş olacaktır³⁸.

B. Siyasi Yapının Parti İçi Demokrasiye Etkisi

1. Siyasi Kültürün Parti İçi Demokrasiye Etkisi

Demokratik bir siyasal sistemin varlığı ve sürekliliği, demokratik kültüre sahip demokratik bir topluma bağlıdır³⁹. Bu bağlamda demokrasi bir taraftan ayrılık ve bölünme anlamına gelmekte iken, diğer taraftan da rıza ve tutarlılık temeline dayanmak zorundadır. Dolayısıyla demokratik siyasal kültürün temelinde muhalefet ve ayrılığa hoşgörülü olma, işbirliği, uzlaşmacı ve ılımlı bir anlayışla partizanlıkların frenlenebilmesi yer almaktadır⁴⁰.

³⁵ ARASLI, Oya, **Adaylık Kavramı ve Türkiye’de Milletvekili Adaylığı**, Sevinç Matbaası, Ankara 1972, s. 65-148, 142-148.

³⁶ YANIK, s.111. Çoğulcu demokratik bir düzende partilerin egemen güçler karşısında varlıklarını koruyabilmeleri için, özellikle ekonomik nedenlerle bunlara bağımlı olmamaları gerekir. İktidar yarışı, gelir kaynaklarındaki eşitliğin büyük ölçüde bozulmadığı bir ortamda yapılmalıdır. Daha doğrusu, iktidar yarışı eşit şartlar altında gerçekleşmelidir. TEZİÇ, s. 320.

³⁷ WAUTERS, Bram, Explaining Participation in Intra-Party Elections: Evidence from Belgian Political Parties, **Party Politics**, Vol. 16, No. 2, 2010, s. 237-239, 253-254; Anglo-Saxon ülkelerinden İngiltere, Avustralya, Kanada ve Yeni Zelanda arasında sadece Yeni Zelanda’da var olan önseçim yönteminin parti içi demokrasinin sağlanması bakımından daha isabetli bir yaklaşım olduğuna dair bkz. GAUJA, Anika, An Assessment of the Impact of Party Law on Intra-Party Democracy in Common Law Nations, **20th International Political Science Association World Congress**, Fukuoka, Japan, 2006, s. 15-24.

³⁸ ATAR, Seçim Hukukunun Güncel Sorunları, s. 225-226. Esasında siyasi partilerin sağlıklı bir üye kayıt sistemine kavuşturulması, günümüzün elektronik imkânlarından faydalanarak kolaylıkla çözülebilir. YANIK, Murat, Parti İçi Demokrasi Açısından Aday Belirleme Yöntemleri, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XI, Sy. 3-4, 2007, s. 205.

³⁹ Plattner’in ifade ettiği gibi, demokrasi geniş halk kitleleri tarafından popüler değerlendirilmekle beraber, demokrasinin eğitimli nüfusa, güçlü orta sınıfa ve demokratik bir kültüre sahip olmayan yoksul ülkeler tarafından devam ettirilmesi oldukça zordur. PLATTNER, Marc, **Democracy Without Borders?: Global Challenges to Liberal Democracy**, Rowman & Littlefield, Maryland 2008, s. 29.

⁴⁰ MOELLENDORF, Darrel, Reconciliation as a Political Value, **Journal of Social Philosophy**, Volume 38, Issue 2, May 2007, s. 215; GÜLSOY, s. 85; FINKEL, Steven E., Can Democracy

Bir toplumda siyasi partilerde merkezîyetçilik derecesini ve buna bağlı olarak da parti içi demokrasiyi belirleyen en önemli husus, demokratik siyasal kültürdür⁴¹. Bu anlamda bir siyasal sistemde parti içi demokrasinin yerleşebilmesi için bazı hukuksal düzenlemelerin yapılması kadar, demokratik siyasal kültürün gelişmesi de zorunludur⁴². Çünkü demokratik bir rejimi ayakta tutan husus, çoğulculuk ve katılımcılığın mantığı değil, uygulanış biçimidir. Bu bağlamda sahip olunan demokratik siyasal kültür nedeniyle siyasal bilinç düzeyinin siyasal katılmaya dönüştüğü toplumlarda, demokratik bir siyasal yapının kurulması ve demokrasinin kurumsallaşması söz konusu olabilecektir⁴³.

Temel itibarıyla parti içi demokrasinin uygulamaya geçirilmesinin önündeki en büyük engellerden biri, toplum içerisinde var olan anti demokratik siyasal kültürün demokratik kurum ve kuralların yaygınlaşmasını ve meşruiyet kazanmalarını engellemeleridir. Bu anlamda eğer bir toplumda gerçekten demokratik kültür yerleşmemişse, demokratik esaslara aykırı uygulamalara toplum tarafından sessiz kalınmakta ve bu tarz uygulamalar o toplumda varlığını devam ettirebilmektedir. Hâlbuki demokratik kültürün yerleştiği toplumlarda, demokrasiye aykırı uygulamalara karşı toplum tepkisini ortaya koymaktadır⁴⁴. Örneğin, demokratik kültürün yerleştiği toplumlarda siyasi partilerin, parti içi demokrasiye aykırı uygulamalarda bulunması durumunda seçmen tarafından cezalandırılması söz konusuysen, demokratik kültüre sahip olmayan ülkelerde bu tip uygulamalar normal karşılanmaktadır⁴⁵.

2. Hükümet Sistemlerinin Parti İçi Demokrasiye Etkisi

Bir ülkede tercih edilen hükümet sisteminin parlamenter sistem veya başkanlık sistemi olması, o ülkede yer alan siyasi partilerin yapılanmasını ve işleyişini önemli ölçüde etkilediği görülmektedir. Genellikle kabul edilen yaklaşıma göre, başkanlık

Be Taught?, **Journal of Democracy**, Volume 14, Number 4, October 2003, s. 137-142; MOLTCHANOVA, Anna, Nationhood and Political Culture, **Journal of Social Philosophy**, Volume 38, Issue 2, May 2007, s. 262-266; GIBSON, James L., The Contributions of Truth to Reconciliation: Lessons From South Africa, **Journal of Conflict Resolution**, Vol. 50 No. 3, June 2006, s. 415-420; TEORELL Jan, HADENIUS Axel, Democracy without Democratic Values: A Rejoinder to Welzel and Inglehart, **Studies in Comparative International Development**, Vol. 41, Issue 3, Fall 2006, s. 104-109.

⁴¹ YANIK, Parti İçi Demokrasi, s. 101. Merkezîyetçi yapıdaki partiler ve parti içi demokrasi arasındaki ilişki için bkz. LIN, Gang, Leadership Transition, Intra-Party Democracy, And Institution Building Inchina, **Asian Survey**, Vol. 44, No. 2, March/April 2004, s. 272-274.

⁴² ATAR, Siyasal Boyutu, s. 80.

⁴³ HABERMAS Jürgen, Political Communication in Media Society: Does Democracy Still Enjoy an Epistemic Dimension? The Impact of Normative Theory on Empirical Research, **Communication Theory**, Vol. 16, Issue 4, November 2006, s. 412-413; TUNCAY, Parti İçi Demokrasi, s. 71-72; DALTON, Political Participation, s. 76-78, 84-86; FINKEL, s. 137-142.

⁴⁴ YANIK, Parti İçi Demokrasi, s. 102; LOTSHWAO, s. 904.

⁴⁵ YANIK, Parti İçi Demokrasi, s. 102.

sistemi parti içi demokrasiye daha olumlu manada etkide bulunurken, parlamenter rejimler parti içi demokrasiyi olumsuz biçimde etkilemektedir. Söz konusu durum, başkanlık sistemi uygulamasında yer alan siyasi partilerin zayıf, parlamenter rejimlerdeki partilerin katı disipline sahip olmalarından kaynaklanmaktadır⁴⁶.

Esas itibarıyla parlamenter sistemlerin doğası ve mantığı, iktidar ve muhalefet partilerinin mecliste bir blok olarak hareket etmesi üzerine kuruludur. Özellikle iktidarda bulunan parti veya partilerin, parti bütünlüğünü koruyamaması ve milletvekillerini toplu halde belli bir doğrultuda yönlendirmemesi halinde, ciddi sistem tıkanıkları ve krizler yaşanabilmektedir. Parlamenter sistemlerde karşılaşılabilecek bu tür riskler karşısında, partilerin disiplinli olmak zorunda olduğu kabul edilmektedir. Fakat bu tür rejimlerde disiplinli parti olgusu abartılmak suretiyle, parti içi demokrasinin ciddi manada zedelenmesi kabul edilebilir bir husus değildir⁴⁷.

Parlamenter rejimlerden farklı olarak başkanlık sistemi, sert kuvvetler ayrılığına dayanmaktadır. Buna göre başkan, parlamenter rejimlerdeki gibi yasama sürecine katılmamakta, bu durumda siyasi partileri, lider egemenliği altında ezilmekten kurtarmaktadır. Dolayısıyla başkanlık sisteminde başkanın milletvekilleri üzerindeki etkisinin parlamenter rejimlere göre çok daha az boyutta olması, başkanlık sistemini parti içi demokrasinin gerçekleştirilebilmesi açısından daha elverişli kılmaktadır⁴⁸.

Parti içi demokrasi bakımından iki sistemi bir birinden ayıran bir başka husus da, parlamenter rejimlerde yürütmenin yasamadan kaynaklanması nedeniyle ortaya çıkmaktadır. Parlamenter rejimlerde siyasal partilerin temel hedefi, yasama organında daha çok sayıda sandalyeyi elde etmektir. Söz konusu hedef, parti meclis gruplarının önemini daha da arttırmasına ve parti liderinin belirleyici olmasına yol açmaktadır. Dolayısıyla siyasi partiler daha çok merkezileşmekte, aday belirleme yöntemleri parti yönetiminin kontrolüne geçmekte ve parlamento dışında yer alan parti örgütleri zayıflatılmaktadır⁴⁹.

⁴⁶ YAYLA, Parti İçi Demokrasi, www.liberal-dt.org.tr; GÜLSOY, s. 127; BOUCEK, Françoise, The Structure and Dynamics of Intra-Party Politics in Europe, **Perspectives on European Politics and Society**, Vol. 3, Issue, 3, 2002, s. 463-467; DIERMEIER Daniel, VLAICU Razvan, Executive Control and Legislative Success, **Review of Economic Studies**, Vol., 78, 2011, s. 865

⁴⁷ YAYLA, Siyaset Teorisi, s. 218; GÜLSOY, s. 131; YAYLA, Parti İçi Demokrasi, www.liberal-dt.org.tr

⁴⁸ ATAR, Siyasal Boyutu, s. 80; YANIK, Parti İçi Demokrasi, s. 105; MAINWARING Scott, SHUGART Matthew S., Conclusion: Presidentialism and The Party System, **Presidentialism and Democracy in Latin America**, Cambridge University Press, Cambridge 1997, s. 395-396.

⁴⁹ GÜLSOY, s. 132; SHUGART, Matthew Søberg, Semi-Presidential Systems: Dual Executive And Mixed Authority Patterns, **French Politics**, Vol. 3, 2005, s. 324-325, 329-331.

Son olarak başkanlık sisteminde, başkanın parti içi denge kaygısında bulunmaksızın bakanları serbestçe belirleyebilme yetkisi, parlamenter sistemlerde sıkça rastlanan milletvekillerinin bakanlık beklentisinin önüne geçmektedir. Bu durum ise, hem milletvekillerinin lidere aşırı bağlılık göstermesini engellemekte, hem de parti içerisinde fikirlerin özgürce dile getirebilmesini sağlamaktadır⁵⁰.

3. Siyasi Partilerin İç Düzen ve İşleyişlerinin Parti İçi Demokrasiye Etkisi

a. Parti Örgütünün Parti İçi Demokrasiye Etkisi

Günümüzde iktidarı ele geçirme ve iktidarda iken programlarını uygulama amacı güden siyasi partilerin, sürekli bir örgüte sahip olmaları gerekmektedir. Bu nedenle siyasi partilerin, örgütlenme yapısı ile parti içi demokrasi arasında önemli bir bağlantı bulunmaktadır⁵¹. Bu çerçevede siyasi partilerin parti içi demokrasiyi gerçekleştirip gerçekleştiremeyecekleri, totaliter veya demokratik bir örgütlenme yapısına sahip olmalarına göre değişkenlik arz etmektedir.

İç yapılanmalarında demokratik yöntemlere dayalı örgütlenmeyi benimseyen siyasi partilerde, üyelerin günlük yaşamının çok sınırlı bir bölümü kolektif bağların etkisi altındadır. Söz konusu anlayışı benimseyen partiler, totaliter partilerden farklı olarak kapalı, türdeş ve kutsal olmayan partilerdir. Bu nedenle parti üyelerinin sahip oldukları görüşler, bütün ayrıntılarıyla özdeş değildir ve sözü edilen farklılıklar parti içerisinde örgütlenebilen eğilimlerin var olabilmelerini sağlamaktadır. Hâlbuki totaliter yapıda olan partilerde, farklılıklara tahammül edilmesi mümkün değildir⁵².

Demokratik yapıdaki partiler açısından dikkat çeken bir başka husus ise, bu tarz partiler tarafından herhangi bir ideoloji benimsense dahi, bunun totaliter partilerde olduğu kadar katı olmamasıdır. Demokratik yapıdaki siyasi partilerde, teorik olarak ideolojilerin öngördüğü değer ve düşünceler hususunda ısrarcı olunabilirken, uygulamada söz konusu esaslardan uzlaşma adına vazgeçilebilmektedir⁵³.

⁵⁰ YANIK, Parti İçi Demokrasi, s. 106; MAINWARING/ SHUGART, s. 396.

⁵¹ YANIK, Parti İçi Demokrasi, s. 126; FAUCHER, Florence, Party organisation and democracy – A comparison of Les Verts and the British Green Party, **GeoJournal**. Vol. 47, Issue 3, 1999, s. 487-488.

⁵² DUVERGER, Maurice, **Siyasi Partiler**, Çev. Ergun Özbudun, Bilgi Yayınevi, Ankara 1993, s. 172-175.

⁵³ ÖZBUDUN, s. 76. Parti örgütünün totaliter bir ideoloji ve yapılanma içerisinde olması durumunda, ideolojinin kapsayıcılığı, parti üyeleri açısından çok sınırlı bir alan bırakmaktadır. TEZİÇ, s. 336-337; MOELLENDORF, s. 215; Totaliter yapıdaki partilerde, bütün üyelerden iman derecesinde bağlılık ve sadakat beklenmektedir. Dolayısıyla, üyelerin bağımsız davranışları, partinin belirlediği ideolojik çizgiden sapma olarak nitelendirilmekte ve bunlara göz

Siyasi partilerin örgütlenmesinde parti içi demokrasi açısından önem arz eden bir başka husus ise, parti içerisinde yer alan hiyerarşik yapılanmadır. Günümüzde siyasi partilerin, karşı karşıya kaldığı problemleri çözebilmesi için, kararların hızlı şekilde alındığı bir yapıya sahip olması gerekmektedir. Dolayısıyla günümüzde siyasi partilerin hiyerarşik örgüt kurması bir zorunluluk haline gelmiştir⁵⁴. Ancak hiyerarşik yapılanmanın parti içi demokrasi açısından sakıncaları bulunmaktadır.

Öncelikle hiyerarşik bir yapılanmada, demokratik katılımın gerçekleşmesi bir hayli zordur. Çünkü bu tür bir yapılanmada, her aşamada katılım ve karar verme hakkı bir üst düzeye devredilmekte, bu durum ise beraberinde doğrudan temsilden uzaklaşılmasını getirmektedir. Bu durumda en üst düzeyde yer alan karar vericiler ile tabanda bulunanlar arasında görüş farklılıklarının ortaya çıkması ve söz konusu farklılıkların giderilebilmesi için var olan iletişim yollarının yetersiz kalması gibi sorunlarla karşılaşılabilir⁵⁵.

Dolayısıyla gerçekten parti içi işleyişin demokratik ilkelere uygun olması isteniyorsa, parti içerisindeki hiyerarşi fazla kuşatıcı olmamalı ve parti içi katılma değer verilmelidir. Siyasi partilerin demokratik bir örgüt yapısı ve iç işleyişe sahip olmasının en önemli şartlarından biri, hiyerarşinin aksine parti iradesinin aşağıdan yukarıya doğru oluşmasını mümkün kılacak, örgüt iç yapılanma-

yumultmamaktadır. Bu sebeple de, her şeyden önce, üyelerin günlük yaşayışının neredeyse tamamı partinin gözetim ve denetimi altına alınmaktadır. Demokratik bir yapılanma içerisinde olan partilerden farklı olarak totaliter nitelikteki bu partilerde, farklılıkların bulunması ve hoşgörüle karşılanması söz konusu değildir. Farklı seslerin kendilerini ifade edebilme olanağı bulamadığı ve tek tipliğin hakim olduğu totaliter partiler, ifade edilen niteliklerinden dolayı parti içi demokrasi ile bağdaşabilir nitelikte değildir. DUVERGER, s. 172-174; ÖZBUDUN, s. 74-76; KAPANİ, s. 173-174; GÜLSOY, s. 185.

⁵⁴ GÜLSOY, s. 192; KITSCHOLT, Herbert, The Internal Politics of Parties: The Law of Curvilinear Disparity Revisited, *Political Studies*, Vol. XXXVII, 1989, s. 409; Her konuda parti tabanını oluşturan büyük kitlelerin katılımının sağlanmaya çalışılması, beraberinde hantal ve yavaş işleyen bir mekanizmayı getireceği için parti içerisinde hiyerarşik yapılanma kurulması zorunluluktur. GÜLSOY, s. 192.

⁵⁵ ÇAPOĞLU, Gökhan, Türkiye’de Siyasi Parti Yapılanması, *Yeni Türkiye*, y. 3, sy. 13, 1997, s. 303; BIELEN Ingrid v., HOPKIN Jonattan, The Presidentialization of Spanish democracy: Sources of Prime Ministerial Power in Post-Franco Spain, *The Presidentialization of Politics: A Comparative Study of Modern Democracies*, Eds. Thomas Poguntke, Paul D. Webb, Oxford University Press, Oxford 2005, s. 107-111. Söz konusu tehlike doğrudan demokrasiye ilişkin mekanizmaların uygulandığı ülkelerde oldukça azdır. Örneğin İsviçre’de söz konusu mekanizmaların varlığı nedeniyle temsilciler ile vatandaşlar arasındaki ilişkinin çok daha ideal düzeyde olduğu ve demokrasinin bu durumdan olumlu olarak etkilendiği öne sürülmektedir. FELD Lars P., KIRCHGASSNER Gebhard, Direct Democracy, Political Culture, and the Outcome of Economic Policy: A Report on the Swiss Experience, *European Journal of Political Economy*, Vol. 16, 2000, s. 287-288.

sının oluşturulmasıdır. Bu bağlamda parti içi demokrasinin en önemli göstergelerinden birinin, parti örgütlerinin işleyişi olduğu söylenebilir⁵⁶.

Çoğulcu demokrasilerde parti örgütlerinin işleyişinin, üyeler ve tabanı oluşturan toplum kesimler ile siyasi parti arasında sürekli ve yoğun bir ilişkinin sürdürülmesini mümkün kılacak şekilde organize edilmesi gerekmektedir. Bu hususa ilişkin olarak özellikle daha dar coğrafi bölgelerde kurulan ve üyelerin birbiriyle sürekli iletişim halinde bulunabilmesini sağlayan örgüt birimleri önem arz etmektedir. Ancak Ülkemizde öteden beri siyasi partilere tek tip bir örgütlenme modeli dayatılmaktadır. Yürürlükteki Siyasi Partiler Kanunu'na göre, il kademesiyle merkez arasında yer alan ve birkaç ili kapsayan bir bölge örgütü kademesi veya ilçe kademesinin altında, özellikle mahalle, köy veya iş yeri düzeyinde ocak ve bucak gibi örgüt birimleri kurulamamaktadır. Siyasi Partiler Kanunu'nda var olan bu yöndeki engelin, Avrupa Birliği ülkeleriyle uyumlu hale getirilerek kaldırılması ve partilerin bu konuda serbest bırakılması gerekmektedir. Bu bağlamda Alman Siyasi Partiler Kanunu'nun 8. maddesinde olduğu gibi, "*üye kongresi ve yönetim kurulu, partinin ve yerel örgütlerin zorunlu organlarıdır*" şeklinde bir hükmün benimsenmesi sorunu çözebilecek niteliktedir. Ayrıca böylelikle, her kademedeki parti yönetim kurullarının, üye veya delegelerin oluşturduğu parti kongrelerinin iradesinden kaynaklanması sağlanacaktır⁵⁷.

Esas itibarıyla partilerin örgütlenmesi ve çalışmasında, belli biçimsel kalıplardan ziyade demokratik ilkelerin belirleyici olması sağlanmalıdır. Demokratik ilkelerin belirleyiciliği ise, partinin her aşamadaki karar ve çalışmalarına üyelerin eşit katılımını öngören parti içi demokrasinin hâkim kılınmasına bağlıdır⁵⁸.

⁵⁶ YANIK, Parti İçi Demokrasi, s. 131; TUNCAY, Parti İçi Demokrasi, s. 169. Örneğin İngiltere, Avusturalya, Kanada ve Yeni Zellanda gibi Anglo-Saxon ülkeleri arasında sadece Yeni Zellanda'da parti içi karar verme prosedürüne ilişkin yasal bir düzenleme bulunmakta, bunun dışındaki ülkelerde parti içi kararların alınması hususunda demokratik ilkelere uyulmasını öngören hiçbir yasal düzenleme bulunmamaktadır. GAUJA, s. 24.

⁵⁷ Siyasi Partiler Kanunu'nda 7. Maddesinde yer alan düzenlemeye göre, partilerin örgüt birimlerini, "*merkez organları ile il, ilçe ve belde teşkilatlarından; Türkiye Büyük Millet Meclisi grubu ile il genel meclisi ve belediye meclis gruplarından ibaret*" olarak tanımlamaktadır. Bu maddede adı geçen belde örgütleri de, "il ve ilçe merkezleri dışında belediye teşkilatı olan yerlerde" kurulan ve "ilçe başkanlığına bağlı" olması nedeniyle gerçek anlamda bir örgüt kademesi oluşturmayan birimlerdir. ÖZBUDUN, Ergun, Siyasi Partilerin Hukukça Düzenlenmesi İhtiyacı ve Örgütlenme Sorunları, **Siyasi Partiler ve Demokrasi**, TESAV yayınları, 1999, <http://www.ekitapyayin.com/id/070/siyasi1-1sunus.htm> 22.11.2012.

⁵⁸ YANIK, Parti İçi Demokrasi, s. 136.

b. Parti Liderinin Parti İçi Demokrasiye Etkisi

Her örgüt gibi siyasal partilerin de başında bir yönetici bulunmakta ve etkinlenmekten çok etkileyen kişi, lider olarak tanımlanmaktadır. Günümüzde modern siyasal partilerin temel unsurlarından biri de, siyasal liderler ve onlara bağlı olarak işleyen bir siyasal kurmay heyetidir. Bugün siyasi partilerin uygulamada etkin olma amacı, partileri demokratik ilkelerden uzaklaştırmaktadır. Demokratik ilkeler, liderliğin bütün kademelerinde seçimli olmasını, sık sık yenilenmesini, kolektif nitelik taşımasını ve zayıf bir otoriteye sahip olmasını gerektirmektedir. Ancak bu biçimde örgütlenmiş bir partinin siyaset sahnesinde etkin mücadele edebilmesinin hayli güç olduğu dile getirilmektedir⁵⁹.

Demokratik ilkelerle iktidar mücadelesi yürütebilmenin kolay olmaması sebebiyle, genellikle siyasi parti liderleri, demokratik ilkeleri kolayca bir kenara bırakabilmekte ve tahakkümcü bir davranış biçimi sergileyebilmektedir. Ayrıca bu tahakkümcü yaklaşımı çoğu zaman, tek başına değil kendi yönetici ekibiyle birlikte gerçekleştirmektedir. Siyasi parti liderleri ve onun etrafında yer alan küçük bir yönetici azınlık, parti içerisinde oligarşik bir yapı oluşturmaktadır. Michels tarafından "*Oligarşinin Tunç Kanunu*" olarak adlandırılan bu durumda; bütün büyük ve karmaşık örgütlerde küçük bir yönetici azınlık, kendi iktidarını sürekli kılmak eğilimindedir. Yönetilen çoğunluğun ise, bu grubu denetleyebilmesi mümkün değildir⁶⁰.

Siyasi partiler içerisinde yer alan oligarşik eğilimlerin kaynağını genellikle liderler oluşturmakta, partilerin üzerinde bulunan baskılar öncelikle liderlerden kaynaklanmaktadır. Günümüzde parti liderleri ve liderlerin belirlediği azınlıklar, kongreleri kontrol altına almaya çalışmakta, istedikleri ekipleri iş başına getirmekte, parti yönetim ve karar organlarına hâkim olabilmekte ve netice de, muhalefet edilemez bir yapı ortaya çıkmaktadır. Parti içi demokrasiye aykırı olan bu

⁵⁹ GÜLSOY, s. 187-190; DEPAUW, Government Party Discipline in Parliamentary Democracies: The Cases of Belgium, France and United Kingdom in the 1990s, **Cohesion And Discipline in Legislatures**, Ed. Reuven Y. Hazan, Routledge, Oxon 2006, s. 130-132; Aynı yönde bkz. LOTSHWAO, s. 903-904. Özellikle genel oy ilkesinin kabulüyle birlikte, başlangıçta kadro partileri görünümünde olan partilerin, daha sonra kitle partilerine dönüşmeleri, onların geniş yığınları etkileyen ve onlara yön veren geniş örgütlü partiler haline dönüşmelerine yol açmıştır. Bu tip partiler, siyasal düşüncenin ve iradenin oluşumuna katılan, hatta ona egemen olan ve bütün ülkeyi kapsayan, en küçük yerleşim birimlerinden merkeze kadar geniş ve hiyerarşik örgüte sahiptirler. Kitle partilerinin bu nitelikleri, parti faaliyetlerinin yürütülmesi için bir parti bürokrasisini de beraberinde getirmiştir. GÜLSOY, s. 187-190.

⁶⁰ PETTITT, Robin T., Electoral Reform, 'New Politics' And Intra-Party Democracy In Post-Devolution Scotland, **Representation**, Vol. 44, No. 4, 2008, s. 318-320; BEKTAŞ, Arsev, **Demokratikleşme Sürecinde Liderler Oligarşisi, CHP ve AP (1961-1980)**, Bağlam Yayınları, İstanbul 1993, s. 16.

durumun giderilebilmesi için, parti içerisinde uyumlu çalışma ve farklı fikirlere saygı, sürekli iletişim halinde olma, kayırmacılığa son verilmesi⁶¹ ve parti tabanının taleplerine uygun faaliyette bulunması gibi öneriler bulunmaktadır.

c. Parti Disiplininin Parti İçi Demokrasiye Etkisi

Siyasi partiler disiplin açısından, serbest ve disiplinli partiler olmak üzere ikiye ayrılır. Serbest partiler, üyelerini katı disipline tabi tutmayan partilerdir. Üyelerin pek çok konuda bağımsız davranabildiği serbest partilerde liderler ve tepe yönetimi, zorlayıcı olmaktan ziyade ikna edici bir tavır takınmaktadır. Serbest partilere örnek olarak ABD'deki siyasi partiler gösterilebilir. ABD'de parti üyeleri, tüzük, program ve bağlayıcı grup kararı gibi esaslara göre hareket etmemektedir. Parti içi demokrasi bakımından elverişli bir anlayışı ifade eden bu düzende herhangi bir konuya ilişkin parti kararı bulursa dahi, bu karara uymayan veya liderin isteklerine muhalif kalan üyeler hakkında bir disiplin işlemi başlatılamamaktadır⁶².

Disiplinli partiler ise, üyelerini partinin tüzüğüne, programına ve kararlarına sıkı bir biçimde bağlayan partilerdir. Söz konusu partilerde partinin tüzüğüne veya programına aykırı davranan üyeler, disiplin kurullarına sevk edilmekte ve disiplin kurullarınca çeşitli yaptırımlarla cezalandırılmaktadır. Söz konusu yaptırımların boyutu partiden ihraca kadar gidebilmektedir. Disiplinli partiler, özellikle meclis çalışmalarını yerine getirirken, mensuplarını bağlayıcı nitelikte kararlar alarak farklı yönde oy kullanmalarını engellemektedirler. Bu tip partilerde iç disiplinin çok sıkı bir biçimde uygulanması durumunda, partili milletvekilleri başta olmak üzere parti üyeleri ve hatta bazen partinin tüm tabanı arasında tek biçimlilik teşvik edilmekte ve parti görüşlerinin körü körüne desteklenmesi söz konusu olmaktadır⁶³.

Disiplinli partilere genellikle parlamenter sistemin uygulandığı rejimlerde rastlanmaktadır. Çünkü parlamenter rejimlerde sistemin doğası gereği iktidar ve muhalefet partileri mecliste bir blok halinde hareket etmektedirler. Özellikle iktidar partisi veya partilerinin, parti bütünlüğünü koruyamadığı ve milletvekil-

⁶¹ YANIK, Parti İçi Demokrasi, s. 136; TUNCAY, Parti İçi Demokrasi, s. 76.

⁶² ÖZBUDUN, Ergun, **Batı Demokrasilerinde ve Türkiye'de Parti Disiplini**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1968, s. 21; OWENS, Jhon E., Explaining Party Cohesion and Discipline in democratic Legislatures: Purposiveness and Contexts, **Cohesion And Discipline in Legislatures**, Ed. Reuven Y. Hazan, Routledge, Oxon 2006, s. 12-29; YANIK, Parti İçi Demokrasi, s. 59; GÜLSOY, s. 212.

⁶³ KAYE Philip, FLAVELLE Luncinda, Part Discipline and Legislative Voting, **Canadian Parliamentary Review**, Vol. 9, No. 2, Summer 1986, s. 7-9; YAYLA, Siyaset Teorisi, s. 204; YANIK, Parti İçi Demokrasi, s. 59-60.

lerini toplu halde yönlendiremediği takdirde krizlerle karşı karşıya kalınması kaçınılmaz hale gelmektedir. Dolayısıyla parlamenter rejimlerde, aşırı parti disiplini gibi disiplinsizlik de arzulanan bir durum değildir⁶⁴.

Bu noktada sorgulanması gereken husus, disiplinli yapıdaki bir partinin bütünüyle antidemokratik olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir. Esasında bir partinin iç işleyişi bakımından disiplinli olması, o partiyi doğrudan doğruya antidemokratik kılmamaktadır. Çünkü seçmenler, o partinin “programına” oy vermekte ve partiden kendi programına uygun davranışlar sergilemesini beklemektedirler. Siyasi partilerin programlarına uygun davranmaları ise, ancak “parti disiplini” aracılığı ile sağlanabilmektedir. Hâlbuki parti programına uyum amacıyla hürriyetlerin kısıtlanması sonucunu doğurabilen “parti disiplini” ile “parti içi demokrasi” kavramlarının uyumunu söyleyebilmek güçtür. Bu noktada en makul çözüm, üyelerin bir takım söz, oy ve davranışlarının, sadece makul ve haklı neden teşkil eden parti programıyla sınırlandırılması düşünülebilir⁶⁵.

V. SONUÇ

Günümüzde çoğulculuk, hürriyetlere saygı, katılımcılık gibi hususlar üzerine kurulu olan demokrasinin en önemli unsurlarından biri siyasal katılımdır. Demokratik bir toplumda siyasal katılmayı gerçekleştirecek en önemli organlar ise siyasi partilerdir. Demokrasinin işleyişinde ve gerçekleştirilmesinde çok önemli bir fonksiyon yüklenen siyasi partiler toplumda bulunan çeşitliliği yansıtan en önemli argümanlardan biridir.

Demokrasinin işlemesine önemli ölçüde katkıda bulunan siyasi partiler, demokratik rejimlere özgü kurumlar olmamakla birlikte, demokrasinin bulunduğu toplumlarda kendinden beklenen fonksiyonları daha iyi yerine getirmektedir. İdeal manada bir demokratik rejimin sağlanabilmesi için siyasi partilerin kendi iç yapılanmalarında demokratik ilkelere uygun hareket etmeleri, parti içi demokrasiyi hayata geçirmeleri beklenmektedir.

Parti içi demokrasi, demokratik bir sistemde yer alan partiler için son derece önemlidir. Ancak hemen belirtelim ki, bir ülkede bulunan siyasi partilerin içerisinde demokratik bir yapılanma anlayışının benimsenmemesi, o ülkeyi doğrudan doğruya antidemokratik kılmamaktadır. Çünkü demokrasinin varlığı açısından,

⁶⁴ KAM, Christopher J., **Party Discipline and Parliamentary Politics**, Cambridge University Press, Cambridge 2009, s. 1-21; DEPAUW, 130 vd.; OWENS, s. 12 vd.; YAYLA, Parti İçi Demokrasi, www.liberal-dt.org.tr

⁶⁵ Parti içi disiplinin gerekliliğine işaret edilirken parti içerisinde iktidarı elinde bulunduran lider kadrosunun kişisel çıkarları değil, parti içi demokrasinin disiplinle bulunduğu nokta kastedilmektedir. KILIÇ, Haşim, Parti İçi Demokrasi, **Yeni Türkiye**, y. 3, sy. 13, 1997, s. 324.

siyasi partiler arasında cereyan eden yarışta demokratik ilkelerin varlığı zorunluluk olmakla birlikte, parti içi demokrasinin sağlanması böyle bir nitelikte değildir. Hatta parti içi demokrasinin, disiplinsizlik, parti programının uygulanamaması, karar almanın zorlaşması ve partiler arasındaki yarışta partinin olumsuz etkilenmesi gibi sistemin işleyişinde çeşitli sorunlara yol açtığı, bu nedenle uygulanması ya da çok sınırlı bir şekilde uygulanması öne sürülmektedir.

Hâlbuki parti içi demokrasi, tek başına siyasal sistemin demokratik olup olmasında ölçüt olmamakla birlikte, o parti içerisinde demokrasiye olan inancı ortaya koyması ve ideal demokrasiye yaklaşılması açısından önemlidir. Bu nedenle demokratik bir siyasal sistemin varlığı açısından vazgeçilmez nitelikte olmayan parti içi demokrasinin, ideal ve çoğulcu demokrasiye yaklaşılabilmesi için mümkün olduğunca sağlanması gerekmektedir. Bu bağlamda parti içi demokrasinin doğuracağı sorunlarda dikkate alınarak parti içerisinde var olan talepler ile partinin düzen ve işleyişi arasında makul bir denge kurulmalıdır.

KAYNAKÇA

- ARASLI, Oya, Adaylık Kavramı ve Türkiye’de Milletvekili Adaylığı, Sevinç Matbaası, Ankara 1972.
- ATAR, Yavuz, Çağdaş Demokrasinin Siyasal Boyutu: Türkiye’de Demokratikleşme ve Anti-Demokratikleşme Göstergeleri, Yeni Türkiye, y. 3, sy. 17, 1997.
- ATAR, Yavuz, Seçim Hukukunun Güncel Sorunları, Anayasa Yargısı, c. 23, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2006.
- ATAR, Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, Mimoza Yayınları, Konya 2009.
- AYBAY, Rona, ‘Çoğunlukçu’ ve ‘Çoğulcu’ Demokrasi Ayrımı, Cumhuriyet, 19.06.2010.
- BÄCK, Hanna, Intra-Party Politics And Coalition Formation Evidence from Swedish Local Government, Party Politics, Vol. 14, No. 1, 2008.
- BAKKER Ryan, JOLLY Seth, POLK Jonathan, Patterns of Dimensionality, Annual Meeting of the Midwest Political Science Association Chicago, 31 March - 3 April 2011, <http://faculty.maxwell.syr.edu/skjolly/Dim2.pdf>, 25.11.2012.
- BAKKER Ryan, JOLLY Seth, POLK Jonathan, Complexity in the European Party Space: Exploring Dimensionality with Experts, 2010 European Consortium for Political Research's Fifth Pan-European Conference on EU Politics in Porto Portugal. <http://faculty.maxwell.syr.edu/skjolly/Dim1.pdf> 25.11.2012.
- BEKTAŞ, Arsev, Demokratikleşme Sürecinde Liderler Oligarşisi, CHP ve AP (1961-1980), Bağlam Yayınları, İstanbul 1993.
- BIELLEN Ingrid v., HOPKIN Jonattan, The Presidentialization of Spanish democracy: Sources of Prime Ministerial Power in Post-Franco Spain, The Presidentialization of Politics: A Comparative Study of Modern Democracies, Eds. Thomas Poguntke, Paul D. Webb, Oxford University Press, Oxford 2005.
- BİLİR, Faruk, Siyasi Partilerin Güncel Sorunları ve Demokratikleşme, Uluslararası Davraz Kongresi Küresel Diyalog, Isparta 2009.
- BOUCEK, Francoise, The Structure and Dynamics of Intra-Party Politics in Europe, Perspectives on European Politics and Society, Vol. 3, Issue, 3, 2002.
- CAREY, John M., POLGA-HECIMOVICH John, Primary Elections and Candidate Strength in Latin America, The Journal of Politics, Vol. 68, No. 3, August 2006.
- CHRYSSOCHOOU, Dimitris, Democracy in the European Union, I.B.Tauris, London 2000.
- ÇAPOĞLU, Gökhan, Türkiye’de Siyasi Parti Yapılanması, Yeni Türkiye, y. 3, sy. 13, 1997.

- DAALDER, Hans, *The Rise of Parties In Western Democracies*, Political Parties and Democracy A Journal of Democracy Book Political Parties and Democracy, Eds. Larry Diamond and Richard Gunther, Johns Hopkins University Press, Maryland 2001.
- DAHL, Robert A., *Pluralism Revisited*, Comparative Politics, Vol. 10, No. 2, January 1978.
- DAHL, Robert A., *Polyarchy: Participation and Opposition*, Yale University Press, New Haven 1971. (Polyarchy)
- DALTON Russell J., FARRELL David M., MCALLISTER Ian, *Political Parties and Democratic Linkage: How Parties Organize Democracy: How Parties Organize Democracy Comparative Study Of Electoral Systems*, Oxford University Press, Oxford 2011.
- DALTON, Russell J., *Citizenship Norms and the Expansion of Political Participation*, Political Studies, Vol. 56, Issue 1, 2008. (Political Participation)
- DALTON, Russell J., *Communists and Democrats: Democratic Attitudes in the Two Germanies*, British Journal of Political Science, Vol. 24, No. 4, October 1994. (Communists and Democrats)
- DEPAUW, *Government Party Discipline in Parliamentary Democracies: The Cases of Belgium, France and United Kingdom in the 1990s, Cohesion And Discipline in Legislatures*, Ed. Reuven Y. Hazan, Routledge, Oxon 2006.
- DIERMEIER Danel, VLAICU Razvan, *Executive Control and Legislative Success*, Review of Economic Studies, Vol., 78, 2011.
- DİNÇKOL, Bihterin, *Yönetilenlerin “Öz” Yönetimi - Kamuoyu*, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 5, Sy. 10, Güz 2006/2.
- DUVERGER, Maurice, *Siyasi Partiler*, Çev. Ergun Özbudun, Bilgi Yayınevi, Ankara 1993.
- ERDOĞAN, Mustafa, *Anayasal Demokrasi*, Siyasal Kitabevi Yayınları, Ankara 2004.
- FAUCHER, Florence, *Party organisation and democracy – A comparison of Les Verts and the British Green Party*, GeoJournal. Vol. 47, Issue 3, 1999.
- FELD Lars P., KIRCHGASSNER Gebhard, *Direct Democracy, Political Culture, and the Outcome of Economic Policy: A Report on the Swiss Experience*, European Journal of Political Economy, Vol. 16, 2000.
- FINKEL, Steven E., *Can Democracy Be Taught?*, Journal of Democracy, Volume 14, Number 4, October 2003.
- FOWLER James H., KAM Cindy D., *Beyond the Self: Social Identity, Altruism, and Political Participation*, Journal of Politics, Vol. 69, Issue 3, 2007.

- GAUJA, Anika, An Assessment of the Impact of Party Law on Intra-Party Democracy in Common Law Nations, 20th International Political Science Association World Congress, Fukuoka, Japan, 2006.
- GIBSON, James L., The Contributions of Truth to Reconciliation: Lessons From South Africa, *Journal of Conflict Resolution*, Vol. 50 No. 3, June 2006.
- GÖZTEPE, Ece, Çoğunlukçu Demokrasi Anlayışına Karşı Çoğulcu Demokrasi Modelleri: Normatif Düzenleme Olanakları ve Bunun Sınırlılığı Üzerine Bazı Düşünceler, Çoğulcu Demokrasi Çoğunlukçu Demokrasi İkilemi ve İnsan Hakları Toplantısı, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2010.
- GUNTHER Richard, DIAMOND Larry, Species of Political Parties: A New Typology, *Party Politics*, vol. 9, no. 2, March 2003..
- GÜLSOY, Tevfik, Demokrasilerde Siyasal Parti Teşkilatı ve Parti İçi Demokrasi, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Konya 2000.
- HABERMAS Jürgen, Political Communication in Media Society: Does Democracy Still Enjoy an Epistemic Dimension? The Impact of Normative Theory on Empirical Research, *Communication Theory*, Vol. 16, Issue 4, November 2006.
- HAKYEMEZ, Yusuf Şevki, Çoğunlukçu Demokrasi Anlayışı, Rousseau ve Türk Anayasaları Üzerindeki Etkisi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 52, Sy. 4, Y. 2003.
- HAZAN, Reuven Y., Does Cohesion Equal Discipline? Towards a Conceptual Delineation, *Cohesion And Discipline in Legislatures*, Ed. Reuven Y. Hazan, Routledge, Oxon 2006.
- HEWLETT, Nick, Democracy in modern France, Continuum International Publishing Group, New York 2005.
- İNCEOĞLU, Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Çoğulculuk, Çoğulcu Demokrasi Çoğunlukçu Demokrasi İkilemi ve İnsan Hakları Toplantısı, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2010.
- KABASAKAL, Mehmet, Factors Influencing Intra-party Democracy and Membership Rights: The Case of Turkey, *Party Politics*, July 2012.
- KAM, Christopher J., Party Discipline and Parliamentary Politics, Cambridge University Press, Cambridge 2009.
- KAPANİ, Münci, Politika Bilimine Giriş, Bilgi Yayınevi, Ankara 2001.
- KAYE Philip, FLAVELLE Luncinda, Part Discipline and Legislative Voting, *Canadian Parliamentary Review*, Vol. 9, No. 2, Summer 1986.
- KENIG, Ofer, Democratization of Party Leadership Selection: Do Wider Selectorates Produce more Competitive Contests?, *Electoral Studies*, Vol. 28, 2008.

- KILIÇ, Haşim, Parti İçi Demokrasi, Yeni Türkiye, y. 3, sy. 13, 1997.
- KITSCHOLT, Herbert, The Internal Politics of Parties: The Law of Curvilinear Disparity Revisited, Political Studies, Vol. XXXVII, 1989.
- KÖKER, Levent, Seçim Sistemleri ve Siyasî Çoğulculuk, Anayasa Yargısı, c. 23, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2006.
- LANE Jan-Erik, ERSSON Svante O., Democracy: a Comparative Approach, Routledge, New York 2003.
- LAPALOMBARA, Joseph, Reflections on Political Parties and Political Development, Four Decades Later, Party Politics, Vol. 13 No. 2, March 2007.
- LIN, Gang, Leadership Transition, Intra-Party Democracy, And Institution Building In China, Asian Survey, Vol. 44, No. 2, March/April 2004.
- LIPSET, Seymour Martin, Some Social Requisites of Democracy: Economic Development and Political Legitimacy, The American Political Science Review, Vol. 53, No. 1, March 1959.
- LIPSON, Esli, Demokratik Uygarlık, (Çev: Haldun Gülalp, Türker Alkan), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara, 1984.
- LISI Marco, FREIRE André, Political Equality And The Process Of Candidate Selection: Mps' Views In Comparative Perspective, Representation, Vol. 48, Issue 4, 2012.
- LOTSHWAO, Kebapetse, The Lack of Internal Party Democracy in the African National Congress: A Threat to the Consolidation of Democracy in South Africa*, Journal of Southern African Studies, Vol. 35, No 4, December 2009.
- MAINWARING Scott, SHUGART Matthew S., Conclusion: Presidentialism and The Party System, Presidentialism and Democracy in Latin America, Cambridge University Press, Cambridge 1997.
- McCARTY Nolan, POOLE Keith T., ROSENTHAL Howard, The Hunt for Party Discipline in Congress, American Political Science Review, Vol. 95, No. 3 September 2001.
- MIMPEN, Jeroen, Intra-Party Democracy and its Discontents Democratization in a Volatile Political Landscape, http://www.nimd.org/documents/I/intra-party_democracy_and_its_discontents_mimpen.pdf, 27.11.2012.
- MOELLENDORF, Darrel, Reconciliation as a Political Value, Journal of Social Philosophy, Volume 38, Issue 2, May 2007.
- MOLTCHANOVA, Anna, Nationhood and Political Culture, Journal of Social Philosophy, Volume 38, Issue 2, May 2007.

- MOONEY Annabelle, EVANS Betsy, *Globalization The Key Concepts*, Taylor & Francis, Oxon 2007.
- OWENS, Jhon E., *Explaining Party Cohesion and Discipline in democratic Legislatures: Purposiveness and Contexts*, *Cohesion And Discipline in Legislatures*, Ed. Reuven Y. Hazan, Routledge, Oxon 2006.
- ÖZBUDUN, Ergun, *Batı Demokrasilerinde ve Türkiye’de Parti Disiplini*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1968.
- ÖZBUDUN, Ergun, *Siyasal Partiler*, Sevinç Matbaası, Ankara 1979.
- ÖZBUDUN, Ergun, *Siyasi Partilerin Hukukça Düzenlenmesi İhtiyacı ve Örgütlenme Sorunları*, *Siyasi Partiler ve Demokrasi*, TESAV yayınları, 1999, <http://www.ekitapyayin.com/id/070/siyasi1-1sunus.htm> 22.11.2012.
- PETAUX, Jean, *Democracy and Human Rights for Europe: the Council of Europe’s Contribution*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2009.
- PETTITT, Robin T., *Electoral Reform, ‘New Politics’ And Intra-Party Democracy In Post-Devolution Scotland*, *Representation*, Vol. 44, No. 4, 2008.
- PLATTNER, Marc, *Democracy Without Borders?: Global Challenges to Liberal Democracy*, Rowman & Littlefield, Maryland 2008.
- RAHAT Gideon, HAZAN Reuven, *Democracy within Parties: Candidate Selection Methods and their Political Consequences*, Oxford University Press, Oxford New York 2010.
- ROKKAN, Stein, *Citizens, Elections, Parties: Approaches To The Comparative Study Of The Processes Of Development*, McKay, Oslo 1970.
- SARTORI, Giovanni, *Demokrasi Teorisine Geri Dönüş*, Çev. Tuncer Karamustafaoglu-Mehmet Turan, Yetkin Yayınları, Ankara 1993.
- SCHUMPETER, Joseph A., *Capitalism, Socialism and Democracy*, Routledge, London New York, 2012.
- SELÇUK, Sami, *Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne*, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara 1999.
- SHUGART, Matthew Søberg, *Semi-Presidential Systems: Dual Executive And Mixed Authority Patterns*, *French Politics*, Vol. 3, 2005.
- SUNAY, Reyhan, *İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları*, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara 2001.
- TEORELL Jan, HADENIUS Axel, *Democracy without Democratic Values: A Rejoinder to Welzel and Inglehart*, *Studies in Comparative International Development*, Vol. 41, Issue 3, Fall 2006.

- TEORELL, Jan, Political participation and three theories of democracy: A research inventory and agenda, *European Journal of Political Research*, Vol. 45, Issue 5, 2006.
- TEZİÇ, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul 2003.
- TUNCAY, Suavi, *Parti İçi Demokrasi ve Türkiye*, Gündoğan Yayınları, Ankara 1996. (Parti İçi Demokrasi)
- TUNCAY, Suavi, *Parti İçi Demokrasi ve Türkiye*, *Yeni Türkiye*, y. 3, sy. 17, 1997.
- UYGUN, Oktay, *Demokrasinin Çoğunlukçu ve Çoğulcu Modelleri İki Bin Beşyüz Yıllık Bir Tartışmanın Analizi, Çoğulcu Demokrasi Çoğunlukçu Demokrasi İkilemi ve İnsan Hakları Toplantısı*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2010.
- WAUTERS, Bram, *Explaining Participation in Intra-Party Elections: Evidence from Belgian Political Parties*, *Party Politics*, Vol. 16, No. 2, 2010.
- YANIK, Murat, *Parti İçi Demokrasi Açısından Aday Belirleme Yöntemleri*, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XI, Sy. 3-4, 2007.
- YANIK, Murat, *Parti İçi Demokrasi*, Beta Yayınları, İstanbul 2002.
- YAYLA, Atilla, *Parti İçi Demokrasi" ve Demokrasi*, http://www.liberal-dt.org.tr/guncel/Yayla/ay_demokrasi1.htm, 13.10.2004.
- YAYLA, Atilla, *Siyaset Teorisine Giriş*, Siyasal Kitabevi, Ankara 2004.

Derleme

**ERCIYES ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
(ERÜHFD) CİLT I – VII (2006-2012) ALFABETİK VE
KRONOLOJİK İNDEKS**

*Arş. Gör. İsmail Özgün KARA AHMETOĞLU**
*Arş. Gör. Emre KÖROĞLU***

ALFABETİK İNDEKS¹

A

ACAR, Ali, Friedrich Karl Von Savigny'nin Hukuk Anlayışı, Yıl 2006, Cilt I, Sayı 1, s. 65-88.

ACAR, Hakan, Türk Hukuku'nda Sözleşmedeki Haksız Şartlar, Yıl 2008, Cilt III, Sayı 2, s. 263-289.

ADIGÜZEL, Burak, Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Donatan ve Donatanın Sorumluluğu Üzerine Hükümler, Yıl 2007, Cilt II, Sayı 3-4, s. 195-242.

ADIGÜZEL, Burak, Eşya Taşımalarında Taşıyıcı Yardımcısı Kavramı ve Yardımcıların Taşıyıcının Sorumluluğuna Etkisi, Yıl 2008, Cilt III, Sayı 2, s. 291-332.

ADIGÜZEL, Burak, Uluslararası Taşımada Kullanılan Taşıma Senetleri ve Senetlerin Taşıyıcının Sorumluluğunda Etkileri, Yıl 2009, Cilt IV, Sayı 1, s. 85- 120.

ADIGÜZEL, Burak, Sermaye Piyasasında Yeni Bir Menkul Kıymet: Kira Sertifikası (Sukuk), Yıl 2010, Cilt V, Sayı 1-2, s. 29-56.

AKÇAKOCA, Mehmet, Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü ve Hekimin Bu Yükümlülüğüne Aykırı Davranmasının Ceza Hukuku Açısından Doğuracağı Sorumluluk, Yıl 2007, Cilt II, Sayı 1-2, s. 103-123.

AKÇAKOCA, Mehmet, Dar Anlamda Seçim Suçlarının Tanımı, İşlevi ve Bu Suçların Düzenleniş Tarzına Eleştirel Bir Bakış, Yıl 2007, Cilt II, Sayı 3-4, s. 129-163.

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.

** Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

¹ Alfabetik indeks Arş. Gör. İsmail Özgün KARA AHMETOĞLU tarafından hazırlanmıştır.

- AKİL**, Cenk, Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğuna İlişkin Olarak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 18.11.2009 Gün ve E. 2009/ 2, K. 2009/3 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi, Yıl 2011, Cilt VI, Sayı 1-2, s. 57-92.
- AKKAŞ**, Ahmet Hulusi, İfade Hürriyeti Bağlamında Halkı Kin ve Düşmanlığı Tahrik Suçu (TCK m.216/I), Yıl 2006, Cilt I, Sayı 1, s. 89-106.
- AKPINAR**, Mahmut, Türkiye'de Asker- Sivil İlişkilerinin Dengeye Ulaşması İçin Zaman Gereksinimi, Yıl 2011, Cilt VI, Sayı 1-2, s. 173- 188.
- AKSAN**, Murat, Ceza Mahkûmiyetine Bağlı Hak Yoksunlukları, Yıl 2008, Cilt III, sayı 1, s. 363-417.
- AKSOY**, M. Ramazan, Markada Tescilin Hukuki Önemi, Yıl 2006, Cilt I, Sayı 2, s. 279-314.
- ALPTEKİN**, Volkan, Türkiye'deki Dış Ticaret- Reel Döviz Kuru İlişkisi: Vektör Otoregresyon (Var) Analizi Yardımıyla Sınanması, Yıl 2009, Cilt IV, Sayı 1, s. 179-198.
- ALTUNKAYA**, Mehmet, Taksitle Satımda Alıcının Temerrüdü Halinde Satıcının Seçimlik Hakları, Yıl 2008, Cilt III, Sayı 2, s. 333-360.
- ARAT**, Ayşe, Hekimin Hukuki Sorumluluğunda Bir Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Hastanın Rızası, Yıl 2006, Cilt I, Sayı 2, s. 225- 238.
- ARAT**, Ayşe, İsimli Sözleşmelerin Tamamlanması, Yıl 2006, Cilt I, Sayı 2, s. 239-250.
- ARICI NANECİ**, Aşlı, İş Sağlığı ve Güvenliği Açısından İşverenin Sorumluluğu, Yıl 2010, Cilt V, Sayı 1-2, s. 97-150.
- ARTUK**, Mehmet Emin, Ceza Kanununun Suç Siyaseti Bilimi Açısından Değerlendirilmesi, Yıl 2008, Cilt III, Sayı 1, s. 3-17.
- ASLAN AKYOL**, Leyla, İcra İflas Kanunu Madde 89 Hükmüne Göre Birinci Haciz İhbarnamesine İtiraz, Yıl 2011, Cilt VI, Sayı 1-2, s. 93-119.
- ATAMULU**, İsmail, Türk Medeni Kanununda Olağanüstü Mal Rejimi ve Özellikle Olağanüstü Mal Rejimine Geçiş Halleri, Yıl 2010, Cilt V, Sayı 1-2, s. 151-182.
- AYDIN**, Sema, Sahte ve Tahrif Edilmiş Çekin Ödenmesinden Doğan Sorumluluk, Yıl 2010, Cilt V, Sayı 1-2, s. 73-96.
- AYDOĞDU**, Murat, Cemaatlere (Azınlıklara) Ait Vakıfların Taşınmaz Mal Edinmeleri Sorunundaki Son Hukuki Durum, Yıl 2008, Cilt III, Sayı 1, s. 197- 253.

B

BAŞARAN, Ece, Evrensel Ceza Yargılaması, Yıl 2008, Cilt III, Sayı 2, s. 215-248.

BAŞÖZEN, Ahmet, İflas Tasfiyesine Egemen İlkeler-I/ Evrensellik İlkesi, Yıl 2006, Cilt I, Sayı 2, s. 209-224.

BAŞÖZEN, Ahmet, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı” Taslağı’na Dair Değerlendirme, Yıl 2007, Cilt II, Sayı 1-2, s. 235-239.

BİLİR, Faruk, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamanın Yenilenmesi, Yıl 2006, Cilt I, Sayı 2, s. 3-30.

BİLİR, Faruk/ **AKSAN** Murat, Siyasi Partilerin Kapatılması, Yıl 2008, Cilt III, Sayı 2, s. 3-43.

BİLİR, Faruk/ **ERMUMCU**, Hâkim Osman, Anayasa Mahkemesi’nde Yargılamanın Yenilenmesi, Yıl 2009, Cilt IV, Sayı 2, s. 3-24.

BİRTEK, Fatih, Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesinde İdarenin Kusura Dayanan Sorumluluğu, Yıl 2007, Cilt II, Sayı 3-4, s. 81-128.

BOSTANCI, Yalçın, Kısmi Süreli Çalışma ve Bireysel İş Hukukunda Ortaya Çıkan Uygulama Sorunları, Yıl 2006, Cilt I, Sayı 1, s. 263-286.

BOZTOSUN ODMAN, N. Ayşe Odman, Hukuk Eğitiminde Felsefe Dersinin Gereği ve Önemi, Yıl 2006, Cilt I, Sayı 1, s. 393-404.

C

CANBOLAT, Ferhat, Def’i ve İtiraz Arasındaki Farklar ve İleri Sürülmesinin Hukuki Sonuçları, Yıl 2008, Cilt III, Sayı 1, s. 255-270.

CANBOLAT, Ferhat, Kefilin Savunma İmkânlarının Borçlar Kanunu’nda Düzenleniş Şekli ve Borçlar Kanunu Tasarısında Getirilen Yenilikler, Yıl 2008, Cilt III, Sayı 2, s. 377-402.

CEYLAN, Şule Şahin, Kitap Değerlendirmesi: Yabancı Toplumda Suç ve Gelenek Üzerine, Yıl 2009, Cilt IV, Sayı 2, s. 175-189.

CİDECİGİLLER, Aynur, Yeni Devlet Memurları Kanunu Değişiklikleri Çerçevesinde “Memur Özlük Sisteminde İdari Başvurular”, Yıl 2012, Cilt VII, Sayı 1-2, s. 273-295.

CUMALIOĞLU, Emre, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Bakımından Türk Mahkemelerinin Münhasır Yetkisi, Yıl 2008, Cilt III, Sayı 2, s. 431-448.

Ç

ÇAĞIRAN, Mehmet Emin, Uluslararası Barış ve Güvenlik Hukukunda Sorumluluk Anlayışı ve Klasik Sorumluluk Rejimi, Yıl 2006, Cilt I, Sayı 1, s. 3-21.

ÇAĞLAYAN, Ramazan, Disiplin Cezalarının Uygulanması ve İtiraz, Yıl 2008, Cilt I, Sayı 1, s. 19-28.

CELEN, Ömer, Ölüm Yardımı Açısından Hekimin Sorumluluğu, Yıl 2007, Cilt II, Sayı 3-4, s. 51-80.

CELİK, Özlem, Türk Anayasa Hukukunda Milli Güvenlik Kurulu, Yıl 2010, Cilt V, Sayı 1-2, s. 269-298.

ÇİĞDEM, Recep, Fransa Medeni Kanunu'nun (Kod Napolyon) İslam Hukuku'ndan Esinlendiği İddialarının Değerlendirilmesi, Yıl 2006, Cilt 2, s. 163-176

ÇİĞDEM, Recep, Bahçesaray/ Kırım Mahkemesi Tutanakları Işığında Mameleke Karşı İşlenen Suçlar, Yıl 2007, Cilt II, Sayı 3-4, s. 3-23.

ÇINAR, Sinan, Görevsiz Adli Yargı Yerine Başvurulması Üzerinde İdari Dava Açma Süresi Sorunu, Yıl 2008, Cilt III, Sayı 2, s. 201-214.

ÇINARLI, Serkan, Türkiye Futbol Federasyonu'nun İdari ve Hukuki Yapısı Açısından Anayasa Mahkemesi' Kararı ve Anayasa Değişikliği Işığında Tahkim Kurulu'nun Yapısına İlişkin Öneriler, Yıl 2011, Cilt VI, Sayı 1-2, s. 189-212.

ÇİĞDEM, Recep, Fransa Medeni Kanunu'nun (Kod Napolyon) İslam Hukuku'ndan Esinlendiği İddialarının Değerlendirilmesi, Yıl 2006, Cilt I, Sayı 2, s. 163-176.

D

DELİDUMAN, Seyithan, Karar Düzeltmedeki Kanun Yolundaki Parasal Sınırın Uygulanması Üzerine Yıl 2007, Cilt II, Sayı 1-2, s. 127-137.

DEMİREL, Naim, Almanya'da Hukuk Eğitimi, Yıl 2009, Cilt IV, Sayı 2, s. 135-172.

DOĞAN, Murat, Medeni Kanunun "Belli Bir Cemaat Mensuplarını Desteklemek Amacıyla Vakıf Kurulamayacağı" Hükmü Üzerine Bir Değerlendirme, Yıl 2006, Cilt I, Sayı 1, s. 155-172.

DÜLGER, İbrahim, Genital Muayene Suçu (TCK. Madde 287), Yıl 2008, Cilt III, Sayı 2, s. 45-70.

E

EKECİK, Şükran, Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu Üzerine Bir İnceleme, Yıl 2007, Cilt II, Sayı 1-2, s. 263-290.

ERBAŞ, Gökhan, Alman İş Hukukunda Fesih Beyanı, Yıl 2012, Cilt VII, Sayı 1-2, s. 93-102.

EREN, Hayrettin, Öğretim Üyeliğine Yükseltme ve Atama Kriterlerinin Üniversitelerce Belirlenmesi Bağlamında İki Danıştay Kararının Değerlendirilmesi, Yıl 2007, Cilt II, Sayı 3-4, s. 25-39.

EREN, Hayrettin, Bir İdari İşlem Olarak Kamulaştırma, Yıl 2012, Cilt VII, Sayı 1-2, s. 129-154.

EREN, Hayrettin/ **ŞİŞMAN** Gülден, Türk Tabipler Birliğine ve Tabip Odalarına Yapılacak İdari Başvurular, Yıl 2009, Cilt IV, Sayı 2, s. 53-74.

G

GENÇTÜRK, Muharrem, Lahey (Brüksel) Kurallarının Uygulama Alanı ve Türkiye'nin Lahey Kurallarına Taraf Olma Şekli, Yıl 2006, Cilt I, Sayı 1, s. 193-214.

GÖÇMEN, İlke, Nice Zirvesi Sonrasında Avrupa Toplulukları Yargı sisteminde Meydana Gelen Değişikliklere Bir Bakış, Yıl 2006, Cilt I, Sayı 1, s. 287-324.

GÜL, Cengiz, Saf Başkanlık Modelinden Başkancı Rejim Tipolojilerine Geçişin Ampirik Yansımaları, Yıl 2006, Cilt I, Sayı 2, s. 31-44.

GÜL, Cengiz/ **BİRTEK**, Fatih, Hak Arama Özgürlüğü ve Türk Hukukunda Yargı Yolu Kapalı İşlemler, Yıl 2007, Cilt II, Sayı 1-2, s. 3-41.

GÜL, Cengiz/ **YAVUZ** Hâkim Muhammed, Seçilmeye Engel Bir Suçtan Kesin Hüküm Giyme Nedeniyle Milletvekilliğinin Sona Ermesi, Yıl 2009, Cilt IV, Sayı 2, s. 75-97.

H

HAKERİ, Hakan, Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda İletişimin Tespiti, Dinlenmesi ve Kayda Alınması, Yıl 2006, Cilt I, Sayı 1, s. 21-36.

HIZLISOY İLBASMIŞ, Özlem, Avrupa Patent Sözleşmesi'nin 69. Maddesinin Değerlendirilmesi, Yıl 2010, Cilt V, Sayı 1-2, s. 183-202.

İ

İLBASMIŞ, Özlem, Anonim Ortaklıklarda Gizli Yedek Akçeler, Yıl 2006, Cilt I, Sayı 2, s. 315-326.

İMAMOĞLU, Muhammed İkbal, Değer Yargıları Bağlamında Avrupa Kimliği, Yıl 2008, Cilt III, Sayı 1, s. 147-159.

J

JAIN, Guarav, Hindistan'daki Yeni Rekabet Rejimi: Acaba Eski Şişede Taze Şarap mı?, Yıl 2008, Cilt III, Sayı 1, s. 343-360.

K

KAHRAMAN, Mehmet, 1982 Anayasasına Göre Cumhurbaşkanının Geri Gönderme Yetkisi, Yıl 2007, Cilt II, Sayı 1-2, s. 89-102.

KANBUR, Mehmet Nihat, Yeni Türk Ceza Kanununda Çocuk Düşürme Suçu (YTCK m.100), Yıl 2007, Cilt II, Sayı 3-4, s. 41-49.

KARACA, Hüseyin Akif, Yabancı Gerçek Kişilerin ve Ticaret Şirketlerinin Türkiye'deki Taşınmazlar Üzerinde Mülkiyet Hakkı Edinmeler, Yıl 2006, Cilt I, Sayı 1, s. 325-338.

KARACAN, Hatice, Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Konvansiyonu'nda (CISG) Satıcı Açısından İfa Yeri ve Zamanı (Türk Borçlar Kanunu ile Karşılaştırmalı Olarak), Yıl 2007, Cilt II, Sayı 3-4, s. 243-270.

KARAEĞE, Özge, Medeni Usul Hukukunda Tanıklıktan Çekinme Nedenleri ve Usulü, Yıl 2006, Cilt I, Sayı 1, s. 339- 360.

KARAEĞE, Özge, Türk Ticaret Kanuna Göre Ticaret Unvanının Özel Olarak Korunması (Özellikle yeni TTK m.52; eski TTK m.54), Yıl 2011, Cilt VI, Sayı 1-2, s. 1-32.

KARAGÖZ, Kasım, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında İnanç Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu, Yıl 2006, Cilt I, Sayı 2, s. 45-78.

KARAGÖZ, Kasım, BM İnsan Hakları Komitesi Kararlarında Zorunlu Askerlik Hizmeti Karşısında Vicdani Ret Hakkı, Yıl 2008, Cilt III, Sayı 1, s. 39-67.

KARAGÖZ, Kasım/ **BİRTEK**, Fatih, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 8. Maddesi Kapsamında Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Yıl 2008, Cilt III, Sayı 2, s. 71-117.

- KARAGÖZ**, Kasım/ **GÜL**, Cengiz, İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılmasında Kamu Düzeninin Korunması ve Suçun Engellenmesi Kriterlerine AİHM Kararları Açısından Bir Bakış, Yıl 2008, Cilt III, Sayı 1, s. 69-103.
- KARAGÖZ**, Kasım/ **HASANOV** Zafer, Privatization of Prisons: Pros and Cons, Yıl 2011, Cilt VI, Sayı 1-2, s. 159-172.
- KAVAS**, Dadaşhan Celaleddin, Sivil Toplumun Evrenselliği Üzerine Bir Eleştiri, Yıl 2006, Cilt I, Sayı 2, s. 111-130.
- KAYA**, Ali, Limited Şirkette Ortağın Ortaklıktan Çıkması, Yıl 2010, Cilt V, Sayı 1-2, s. 203-237.
- KAYA**, Cemil, Vergi Borcu Nedeniyle Yurt Dışına Çıkış Yasağına İlişkin Anayasa Mahkemesinin İptal Kararının İncelenmesi, Yıl 2008, Cilt III, Sayı 1, s. 29-37.
- KAYA**, Cemil, The Electricity Supply Industry In the Uk: The Winds Of Change- From Liberalization To Regulation, Yıl 2009, Cilt IV, Sayı 1, s. 3-20.
- KAYA**, Cemil, Danıştay Kararları Işığında Kurumlar Arası ve Kurum İçi Geçici Süreli Görevlendirme, Yıl 2011, Cilt VI, Sayı 1-2, s. 123-142.
- KAYA**, Cemil, İdari Vesayet Makamının “Onay” İşleminin Hukuki Niteliği ve Sonuçları, Yıl 2011, Cilt VI, Sayı 1-2, s. 143-158.
- KAYA**, Mustafa İsmail, Anonim Ortaklıklarda Etkin Denetim, Yıl 2007, Cilt II, Sayı 1-2, s. 241-262.
- KAYA**, Mustafa İsmail, Limited Ortaklıkta Esas Sermaye Payı Devri ve Devri Borcunu Doğuran İşlemlerde Tarafların İmzalarının Noter Tarafından Onaylanması Zorunluluğu, Yıl 2008, Cilt III, Sayı 2, s. 361-376.
- KAYAR**, İsmail, AO ve Kooperatiflerde Genel Kurul Toplantı ve Karar Yetersayılarına Uyulmamasının Sonuçları ve İptal Kararının Etkileri, Yıl 2008, Cilt III, Sayı 2, s. 251-262.
- KAYAR**, İsmail/ **GÜNBAŞI**, **TURGUT** Pınar, Faturada Yer Alan Vade Farkı Kaydına İlişkin Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı Hakkında Bir Değerlendirme, Yıl 2006, Cilt I, Sayı 2, s. 151-162.
- KAYAR**, İsmail/ **İLBASMIŞ**, Özlem, Avrupa Birliğinin 2005/29/EC Haksız Ticari Uygulamalar Yönergesi, Yıl 2006, Cilt I, Sayı 1, s. 173-192.
- KAYIHAN**, Şaban/ **ÇETİNER**, Ali Emre, Anonim Şirketlerde Yedek Akçeler ve Muhasebeleştirilmesi, Yıl 2010, Cilt V, Sayı 1-2, s. 3-28.

- KILIÇ**, Muharrem, Siyasetname Geleneği Bakımından Kafiyeçi'nin Seyfû'l-Mülûk ve'l Hükkâm Adlı Eseri, Yıl 2009, Cilt IV, Sayı 1, s. 21-42.
- KOÇ**, Emin, Siyasi Partilere Devlet Yardımı, Yıl 2009, Cilt IV, Sayı 1, s. 43-82.
- KORTUNAY**, Ayhan, Ar-Ge Anlaşmalarının Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku (2659/2000 Sayılı Grup Muafiyet Tüzüğü) Çerçevesinde Değerlendirilmesi, Yıl 2006, Cilt I, Sayı 1, s. 215-242.
- KOYUNCU** Nuran, İslamiyet'in Teokratik Bir Devlet Düzeni Öngörüp Öngöremediği Üzerine Düşünceler, Yıl 2008, Cilt III, Sayı 2, s. 119-129.
- KÖROĞLU**, Emre, Türk Hukukunda Boşanma Sebeplerinde Terk (TMK.m.164), Yıl 2012, Cilt VII, Sayı 1-2, s. 103-126.

M

- MAKAS**, Recep, Bakanlar Kurulu'nca Üç Aydan Altı Aya Uzatılan Kısa Çalışma Dönemi Kıdem Tazminatında Dikkate Alınır mı? (Karar İncelemesi), Yıl 2012, Cilt VII, Sayı 1-2, s. 1-26.
- METİN**, Sevtap, Joseph Raz'da Hukuki Otorite Kavramı, Yıl 2006, Cilt I, Sayı 1, s. 37-64.
- METİN**, Sevtap, Hukuki Otorite Kavramını İki Yönü: Raz ve Finnis, Yıl 2007, Cilt II, Sayı 1-2, s. 43-60.

N

- NARBAY**, Şafak, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'na Sunulan Yeni Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ile İlk Tasarının "Kıymetli Evrak Kitabı" Açısından Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi, Yıl 2006, Cilt I, Sayı 1, s. 243-262.

O

- OĞUZTÜRK**, Burcu Kalkan, Auflassungsprinzip in Deutschen Sachenrecht, Yıl 2010, Cilt V, Sayı 1-2, s. 57-72.
- OSMANOĞLU**, M. Kerem, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İşkence Yasağı ve Polisin Zor Kullanma Yetkisi, Yıl 2011, Cilt VI, Sayı 1-2, s. 287-314.
- OZDAN**, Selman, Reform of the United Nations Security Council, Yıl 2011, Cilt VI, Sayı 1-2, s. 315-336.

Ö

ÖZDAMAR, Demet/ **DEĞER**, Senem/ **UÇKAN**, Mertkan, 5555 Sayılı Yeni Vakıflar Kanunu Üzerine Bir Değerlendirme, Yıl 2007, Cilt II, Sayı 1-2, s. 139-234.

ÖZDAMAR, Demet/ **SUCU**, C. Gamze, “Türk Medeni Kanunu’nun 313. Maddesinde, 15.07.2005 Tarihinde Yapılan Değişiklik ve Uluslararası Sözleşmeleri Karşısında, Evlat Edinme Konusunun Farklı Bir Bakış Açısı ile Ele Alınması”, Yıl 2006, Cilt I, Sayı 2, s. 177-208.

ÖZDEMİR, Turkey/ **DURGUT** Ramazan, Uluslararası Tahkimde Sözleşme Serbestisi, Yıl 2006, Cilt I, Sayı 2, s. 251-278.

S

SÖNMEZ, Nevzat, Önleyici Kolluk Hizmetleri Bağlamında Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu’na Göre Polisin Durdurma Yetkisi, Yıl 2011, Cilt VI, Sayı 1-2, s. 213-266.

SÖYLEMİŞ, Tarık, Terörün Finansmanı ve Türkiye’nin Ulusal ve Uluslararası Yükümlülükleri, Yıl 2008, Cilt III, Sayı 2, s. 165-200.

SÜTKEN, Elvan, Medeni Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesinin Taşınmaz Mülkiyetinin Kısıtlamaları ile İlgili Olarak Uygulandığı Bazı Durumlar, Yıl 2009, Cilt IV, Sayı 2, s. 109-131.

Ş

ŞAHAN, Gökhan, Destekten Yoksun Kalma Tazminatı ve Eşlerin Evlilik Birliği Giderlerine Katılması ile İlgili Yargıtay 4. Hukuk Dairesi’nin, 20.09.2004 Tarihli, e. 9196, k. 10137 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi, Yıl 2006, Cilt I, Sayı 1, s. 361-370.

ŞAHİN, Murat, Avrupa Birliği Rekabet Hukukundaki Son Gelişmelere Işığında Türk Rekabet Hukukunda Tazminat Davalarının Kısa Bir Değerlendirilmesi, Yıl 2008, Cilt III, Sayı 1, s. 315-341.

ŞEN, Murat, 7/15754 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesi’ne Göre Hizmet Sözleşmesi ile İstihdam Edilen Personelin İş Kanununa Tabi Olup Olmadığı Sorunu (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 14.03.2007 Tarihli Kararı Çerçevesinde), Yıl 2007, Cilt II, Sayı 3-4, s. 167-193.

ŞEN, Murat, İşverenin Ücret Ödeme Borcunu İspat Vasıtaları(Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin Bir Kararı Çerçevesinde), Yıl 2008, Cilt III, Sayı 1, s. 163-195.

T

TAŞKIN, Mustafa, Türk ve Fransız Yargı Sisteminde Terör Suçlarının Soruşturulması ve Kovuşturulması, Yıl 2011, Cilt VI, Sayı 1-2, s. 267-286.

TOPAKKAYA, Arslan, Bir Söylem Olarak Sosyal Adalet Kavramı, Yıl 2006, Cilt I, Sayı 2, s. 97-110.

TOPAKKAYA, Arslan, Anlar Arasındaki Eşitsizlik Üzerine Bir Analiz, Yıl 2007, Cilt II, Sayı 1-2, s. 61-70.

TOPAKKAYA, Arslan, Etiğin Temel Kavramları Işığında Hukuku, Yıl 2008, Cilt III, Sayı 1, s. 105-115.

TOPUZ, Gökçen, Aile Konutunun Haczi ve Kiralanan Aile Konutuna İlamsız İcra Yoluyla Tahliyesi, Yıl 2008, Cilt III, Sayı 1, s. 271-291.

TOPUZ, Gökçen, Marka Haczi ve Paraya Çevrilmesi, Yıl 2008, Cilt III, Sayı 2, s. 403- 417.

TOPUZ, Seçkin, Acil Tıbbi Müdahalede Bulunan Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Yıl 2008, Cilt III, Sayı 1, s. 293-313.

TOPUZ, Seçkin, Miras Açıldıktan Sonra Miras Hissesinin Devri Sözleşmesinin Konusu Şekli ve Etkisi, Yıl 2008, Cilt III, Sayı 2, s. 419-429.

TOZMAN, Önder, Suçun Tamamlanması ve Sona Ermesi Kavramları, Yıl 2008, Cilt III, Sayı 1, s. 117- 145.

TURGUT, Pınar, Yabancıların Taşınmaz Mal Edinimi Sorunu Çerçevesinde İntifa, Oturma ve Üst Hakkının Hak Sahibine Verdiği Yetkilerin Mülkiyet Hakkının Hak Sahibine Verdiği Yetkilere Alternatif Olup Olamayacağı Sorunu, Yıl 2006, Cilt I, Sayı 1, s. 371-390.

TÜRKAL, Hasan/ ÜSTÜN, Ümit Süleyman, Türk Gelir Vergisi Tarifesinin Artan Oranlılık Özelliği, Yıl 2012, Cilt VII, Sayı 1-2, s. 155-188.

TÜYSÜZ, Mustafa, Halka Açık Anonim Şirketlerde Kar Payı Dağıtımı, Yıl 2011, Cilt VI, Sayı 1-2, s. 33-56.

U

URAN, Peri, 1960 Sonrası Türkiye’de Sivil İtaatsizlik Eylemleri, Yıl 2006, Cilt I, Sayı 2, s. 131- 148.

Ü

ÜNAL, Akın, Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanma, Yıl 2007, Cilt II, Sayı 1-2, s. 291-311.

ÜSTÜN, Ümit Süleyman, Son Kanuni Değişiklikler Çerçevesinde Özelge ve Sirkülerin Vergi Hukukundaki Yeri, Yıl 2012, Cilt VII, Sayı 1-2, s. 189-222.

ÜZÜLMEZ, İlhan, Dolaylı Faillik (TCK m.37/2), Yıl 2006, Cilt I, Sayı 2, s. 79-96.

ÜZÜLMEZ, İlhan, Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, Yıl 2009, Cilt IV, Sayı 2, s. 25-42.

ÜZÜLMEZ, İlhan/ **AKKAŞ**, Ahmet Hulusi, Suçun Yapısında Objektif Cezalandırılabilme Şartları, Yıl 2007, Cilt II, Sayı 1-2, s. 71-87.

Y

YASAN, Mustafa, İlk Talepte Ödeme Kayıtlı Teminat Mektuplarında Bankanın Tazmin Talebinin İnceleme Yükümlülüğünün Sınırları, Yıl 2012, Cilt VII, Sayı 1-2, s. 27-64.

YASAN, Mustafa/ **ÖZBOYACI**, Alper, Yargıtay Kararları Işığında Gayrimenkul Üzerinde Banka Lehine Tesis Edilen İpotek ile Ticari İşletme Rehninin Kapsamlarının Çatışması Meselesi, Yıl 2009, Cilt IV, Sayı 1, s. 121-154.

YAVUZ, Bülent, Cumhurbaşkanını Halk Tarafından Seçilmesinin Hükümet Sistemine Etkisi, Yıl 2008, Cilt III, Sayı 2, s. 131-163.

YENER, Mehmet Deniz, Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu ve İş Sahibinin Hakları, Yıl 2009, Cilt IV, Sayı 1, s. 155-176.

YILDIRIM, Ahmet Cemil, Sözleşme Ekonomisinin Bozulmasıyla İlgili Kuramların Türk Hukuku'ndaki Uygulamaları ve Yeni Türk Borçlar Kanunu'nda Aşırı İfa Güçlüğü, Yıl 2012, Cilt VII, Sayı 1-2, s. 65-92.

YILDIRIM, Murat, Vergilendirmenin Bazı Hukuki Temelleri, Yıl 2006, Cilt I, Sayı 1, s. 107-152.

YILDIRIM, Mustafa Zeki, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Bir Suç Fiili: Aşağılamak, Yıl 2012, Cilt VII, Sayı 1-2, s. 223-242.

YILDIZ, Habip, Kurallara Dayalı Maliye Politikası, Yıl 2010, Cilt V, Sayı 1-2, s. 241-266.

YILMAZ, Mustafa, Eski Vakıf Mallarının Vergi Resim ve Harçtan Muaf Olması, Yıl 2012, Cilt VII, Sayı 1-2, s. 243-272.

- YILMAZ**, Okan, İflasın Ertelenmesi Taleplerinde Muhafaza Tedbirleri, Yıl 2007, Cilt II, Sayı 1-2, s. 313-334.
- YURTSEVEN**, Yılmaz, Osmanlı Devleti'nde Siyasal İktidarın Meşruluk Temelleri, Yıl 2007, Cilt II, Sayı 1-2, s. 337-400.
- YUVALI**, Ertuğrul, 4857 Sayılı İş Kanunu'nun Belirli İş Sözleşmelerin Geçerli Olarak Yapılabilmesini Objektif Bir Nedenin Mevcudiyetine Bağlaması Karşısında Asgari ve Azami Süreli İş Sözleşmeleri Bakımında Objektif Nedenin Geçerliliği, Yıl 2006, Cilt I, Sayı 2, s. 327-335.
- YÜKSEL**, Murat, Etik Kavramı ve Medya Etiği, Yıl 2009, Cilt IV, Sayı 2, s. 43-52.
- YÜKSEL**, Murat, Türk Hukukunda Bilirkişi Uygulamasına İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Yıl 2009, Cilt IV, Sayı 2, s. 101-108.

Z

- ZENGİN**, Mehmet Ali, Çevre Hakkının Korunması ve Kimyasalların Zararlı Etkilerinin Önlenmesi Bakımından AB Kimyasalların Kaydı, Değerlendirilmesi ve Ruhsatlanması Düzenlemesi, Yıl 2011, Cilt VI, Sayı 1-2, s. 337-354.
- ZENGİN**, Mehmet Ali, Türk Anayasa Hukuku Bakımından Toplama Hürriyeti, Yıl 2011, Cilt VI, Sayı 1-2, s. 255-380.

KRONOLOJİK İNDEKS²

Yıl 2006, Cilt I, Sayı 1

- ÇAĞIRAN**, Mehmet Emin, Uluslararası Barış ve Güvenlik Hukukunda Sorumluluk Anlayışı ve Klasik Sorumluluk Rejimi, Yıl 2006, Cilt I, Sayı 1, s. 3-20.
- HAKERİ**, Hakan, Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda İletişimin Tespiti, Dinlenmesi ve Kayda Alınması, Yıl 2006, Cilt I, Sayı 1, s. 21-36.
- METİN**, Sevtap, Joseph Raz'da Hukuki Otorite Kavramı, Yıl 2006, Cilt I, Sayı 1, s. 37-64.
- ACAR**, Ali, Friedrich Karl Von Savigny'nin Hukuk Anlayışı, Yıl 2006, Cilt I, Sayı 1, s. 65-88.
- AKKAŞ**, Ahmet Hulusi, İfade Hürriyeti Bağlamında Halkı Kin ve Düşmanlığı Tahrik Suçu (TCK m.216/I), Yıl 2006, Cilt I, Sayı 1, s. 89-106.

² Kronolojik indeks Arş. Gör. Emre KÖROĞLU tarafından hazırlanmıştır.

- YILDIRIM**, Murat, Vergilendirmenin Bazı Hukuki Temelleri, Yıl 2006, Cilt I, Sayı 1, s. 107-152.
- DOĞAN**, Murat, Medeni Kanunun “Belli Bir Cemaat Mensuplarını Desteklemek Amacıyla Vakıf Kurulamayacağı” Hükmü Üzerine Bir Değerlendirme, Yıl 2006, Cilt I, Sayı 1, s. 155-172.
- KAYAR**, İsmail/ **İLBASMIŞ**, Özlem, Avrupa Birliğinin 2005/29/EC Haksız Ticari Uygulamalar Yönergesi, Yıl 2006, Cilt I, Sayı 1, s. 173-192.
- GENÇTÜRK**, Muharrem, Lahey(Brüksel) Kurallarının Uygulama Alanı ve Türkiye’nin Lahey Kurallarına Taraf Olma Şekli, Yıl 2006, Cilt I, Sayı 1, s. 193-214.
- KORTUNAY**, Ayhan, Ar-Ge Anlaşmalarının Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku (2659/2000 Sayılı Grup Muafiyet Tüzüğü) Çerçevesinde Değerlendirilmesi, Yıl 2006, Cilt I, Sayı 1, s. 215-242.
- NARBAY**, Şafak, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı’na Sunulan Yeni Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ile İlk Tasarının “Kıymetli Evrak Kitabı” Açısından Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi, Yıl 2006, Cilt I, Sayı 1, s. 243-262.
- BOSTANCI**, Yalçın, Kısmi Süreli Çalışma ve Bireysel İş Hukukunda Ortaya Çıkan Uygulama Sorunları, Yıl 2006, Cilt I, Sayı 1, s. 263-286.
- GÖÇMEN**, İlke, Nice Zirvesi Sonrasında Avrupa Toplulukları Yargı sisteminde Meydana Gelen Değişikliklere Bir Bakış, Yıl 2006, Cilt I, Sayı 1, s. 287-324.
- KARACA**, Hüseyin Akif, Yabancı Gerçek Kişilerin ve Ticaret Şirketlerinin Türkiye’deki Taşınmazlar Üzerinde Mülkiyet Hakkı Edinmeler, Yıl 2006, Cilt I, Sayı 1, s. 325-338.
- KARAEĞE**, ÖZGE, Medeni Usul Hukukunda Tanıklıktan Çekinme Nedenleri ve Usulü, Yıl 2006, Cilt I, Sayı 1, s. 339- 360.
- ŞAHAN**, Gökhan, Destekten Yoksun Kalma Tazminatı ve Eşlerin Evlilik Birliği Giderlerine Katılması ile İlgili Yargıtay 4. Hukuk Dairesi’nin, 20.09.2004 Tarihli, e. 9196, k. 10137 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi, Yıl 2006, Cilt I, Sayı 1, s. 361-370.
- TURGUT**, Pınar, Yabancıların Taşınmaz Mal Edinimi Sorunu Çerçevesinde İntifa, Oturma ve Üst Hakkının Hak Sahibine Verdiği Yetkilerin Mülkiyet Hakkının Hak Sahibine Verdiği Yetkilere Alternatif Olup Olamayacağı Sorunu, Yıl 2006, Cilt I, Sayı 1, s. 371-390.
- BOZTOSUN**, N. Ayşe Odman, Hukuk Eğitiminde Felsefe Dersinin Gereği ve Önemi, Yıl 2006, Cilt I, Sayı 1, s. 393-404.

Yıl 2006, Cilt II, Sayı 2

- BİLİR**, Faruk, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamanın Yenilenmesi, Yıl 2006, Cilt I, Sayı 2, s. 3-30.
- GÜL**, Cengiz, Saf Başkanlık Modelinden Başkancı Rejim Tipolojilerine Geçişin Ampirik Yansımaları, Yıl 2006, Cilt I, Sayı 2, s. 31-44.
- KARAGÖZ**, Kasım, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında İnanç Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu, Yıl 2006, Cilt I, Sayı 2, s. 45-78.
- ÜZÜLMEZ**, İlhan, Dolaylı Faillik (TCK m.37/2), Yıl 2006, Cilt I, Sayı 2, s. 79-96.
- TOPAKKAYA**, Arslan, Bir Söylem Olarak Sosyal Adalet Kavramı, Yıl 2006, Cilt I, Sayı 2, s. 97-110.
- KAVAS**, Dadaşhan Celaleddin, Sivil Toplumun Evrenselliği Üzerine Bir Eleştiri, Yıl 2006, Cilt I, Sayı 2, s. 111-130.
- URAN**, Peri, 1960 Sonrası Türkiye’de Sivil İtaatsizlik Eylemleri, Yıl 2006, Cilt I, Sayı 2, s. 131- 148.
- KAYAR**, İsmail/ **GÜNBAŞI**, **TURGUT** Pınar, Faturada Yer Alan Vade Farkı Kaydına İlişkin Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı Hakkında Bir Değerlendirme, Yıl 2006, Cilt I, Sayı 2, s. 151-162.
- ÇİĞDEM**, Recep, Fransa Medeni Kanunu’nun (Kod Napolyon) İslam Hukuku’ndan Esinlendiği İddialarının Değerlendirilmesi, Yıl 2006, Cilt 2, s. 163-176
- ÖZDAMAR**, Demet/ **SUCU**, C. Gamze, “Türk Medeni Kanunu’nun 313. Maddesinde, 15.07.2005 Tarihinde Yapılan Değişiklik ve Uluslararası Sözleşmeleri Karşısında, Evlat Edinme Konusunun Farklı Bir Bakış Açısı ile Ele Alınması”, Yıl 2006, Cilt I, Sayı 2, s. 177-208.
- BAŞÖZEN**, Ahmet, İflas Tasfiyesine Egemen İlkeler-I/ Evrensellik İlkesi, Yıl 2006, Cilt I, Sayı 2, s. 209-224.
- ARAT**, Ayşe, Hekimin Hukuki Sorumluluğunda Bir Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Hastanın Rızası, Yıl 2006, Cilt I, Sayı 2, s. 225- 238.
- ARAT**, Ayşe, İsimsiz Sözleşmelerin Tamamlanması, Yıl 2006, Cilt I, Sayı 2, s. 239-250.
- ÖZDEMİR**, Turkyay/ **DURGUT** Ramazan, Uluslararası Tahkimde Sözleşme Serbestisi, Yıl 2006, Cilt I, Sayı 2, s. 251-278.
- AKSOY**, M. Ramazan, Markada Tescilin Hukuki Önemi, Yıl 2006, Cilt I, Sayı 2, s. 279-314.

İLBASMIŞ, Özlem, Anonim Ortaklıklarda Gizli Yedek Akçeler, Yıl 2006, Cilt I, Sayı 2, s. 315-326.

YUVALI, Ertuğrul, 4857 Sayılı İş Kanunu'nun Belirli İş Sözleşmelerin Geçerli Olarak Yapılabilmesini Objektif Bir Nedenin Mevcudiyetine Bağlaması Karşısında Asgari ve Azami Süreli İş Sözleşmeleri Bakımında Objektif Nedenin Geçerliliği, Yıl 2006, Cilt I, Sayı 2, s. 327-335.

Yıl 2007, Cilt II, Sayı 1-2

GÜL, Cengiz/ **BİRTEK**, Fatih, Hak Arama Özgürlüğü ve Türk Hukukunda Yargı Yolu Kapalı İşlemler, Yıl 2007, Cilt II, Sayı 1-2, s. 3-41.

METİN, Sevtap, Hukuki Otorite Kavramını İki Yönü: Raz ve Finnis, Yıl 2007, Cilt II, Sayı 1-2, s. 43-60.

TOPAKKAYA, Arslan, Anlar Arasındaki Eşitsizlik Üzerine Bir Analiz, Yıl 2007, Cilt II, Sayı 1-2, s. 61-70.

ÜZÜLMEZ, İlhan/ **AKKAŞ**, Ahmet Hulusi, Suçun Yapısında Objektif Ceza-landırılabilme Şartları, Yıl 2007, Cilt II, Sayı 1-2, s. 71-87.

KAHRAMAN, Mehmet, 1982 Anayasasına Göre Cumhurbaşkanının Geri Gönderme Yetkisi, Yıl 2007, Cilt II, Sayı 1-2, s. 89-102.

AKÇAKOCA, Mehmet, Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü ve Hekimin Bu Yükümlülüğüne Aykırı Davranmasının Ceza Hukuku Açısından Doğuracağı Sorumluluk, Yıl 2007, Cilt II, Sayı 1-2, s. 103-123.

DELİDUMAN, Seyithan, Karar Düzeltmedeki Kanun Yolundaki Parasal Sınırın Uygulanması Üzerine Yıl 2007, Cilt II, Sayı 1-2, s. 127-137.

ÖZDAMAR, Demet/ **DEĞER**, Senem/ **UÇKAN**, Mertkan, 5555 Sayılı Yeni Vakıflar Kanunu Üzerine Bir Değerlendirme, Yıl 2007, Cilt II, Sayı 1-2, s. 139-234.

BAŞÖZEN, Ahmet, "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı" Taslağı'na Dair Değerlendirme, Yıl 2007, Cilt II, Sayı 1-2, s. 235-239.

KAYA, Mustafa İsmail, Anonim Ortaklıklarda Etkin Denetim, Yıl 2007, Cilt II, Sayı 1-2, s. 241-262.

EKECİK, Şükran, Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu Üzerine Bir İnceleme, Yıl 2007, Cilt II, Sayı 1-2, s. 263-290.

ÜNAL, Akın, Fiili Ayrımlık Nedeniyle Boşanma, Yıl 2007, Cilt II, Sayı 1-2, s. 291-311.

YILMAZ, Okan, İflasın Ertelenmesi Taleplerinde Muhafaza Tedbirleri, Yıl 2007, Cilt II, Sayı 1-2, s. 313-334.

YURTSEVEN, Yılmaz, Osmanlı Devleti'nde Siyasal İktidarın Meşruluk Temelleri, Yıl 2007, Cilt II, Sayı 1-2, s. 337-400.

Yıl 2007, Cilt II, Sayı 3-4

ÇİĞDEM, Recep, Bahçesaray/ Kırım Mahkemesi Tutanakları Işığında Mameleke Karşı İşlenen Suçlar, Yıl 2007, Cilt II, Sayı 3-4, s. 3-23.

EREN, Hayrettin, Öğretim Üyeliğine Yükseltilme ve Atanma Kriterlerinin Üniversitelerce Belirlenmesi Bağlamında İki Danıştay Kararının Değerlendirilmesi, Yıl 2007, Cilt II, Sayı 3-4, s. 25-39.

KANBUR, Mehmet Nihat, Yeni Türk Ceza Kanununda Çocuk Düşürme Suçu (YTCK m.100), Yıl 2007, Cilt II, Sayı 3-4, s. 41-49.

CELEN, Ömer, Ölüm Yardımı Açısından Hekimin Sorumluluğu, Yıl 2007, Cilt II, Sayı 3-4, s. 51-80.

BİRTEK, Fatih, Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesinde İdarenin Kusura Dayanan Sorumluluğu, Yıl 2007, Cilt II, Sayı 3-4, s. 81-128.

AKÇAKOCA, Mehmet, Dar Anlamda Seçim Suçlarının Tanımı, İşlevi ve Bu Suçların Düzenleniş Tarzına Eleştirel Bir Bakış, Yıl 2007, Cilt II, Sayı 3-4, s. 129-163.

ŞEN, Murat, 7/15754 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesi'ne Göre Hizmet Sözleşmesi ile İstihdam Edilen Personelin İş Kanununa Tabi Olup Olmadığı Sorunu (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 14.03.2007 Tarihli Kararı Çerçevesinde), Yıl 2007, Cilt II, Sayı 3-4, s. 167-193.

ADIGÜZEL, Burak, Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Donatan ve Donatanın Sorumluluğu Üzerine Hükümler, Yıl 2007, Cilt II, Sayı 3-4, s. 195-242.

KARACAN, Hatice, Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Konvansiyonu'nda (CISG) Satıcı Açısından İfa Yeri ve Zamanı (Türk Borçlar Kanunu ile Karşılaştırmalı Olarak), Yıl 2007, Cilt II, Sayı 3-4, s. 243-270.

Yıl 2008, Cilt III, Sayı 1

ARTUK, Mehmet Emin, Ceza Kanununun Suç Siyaseti Bilimi Açısından Değerlendirilmesi, Yıl 2008, Cilt III, Sayı 1, s. 3-17.

ÇAĞLAYAN, Ramazan, Disiplin Cezalarının Uygulanması ve İtiraz, Yıl 2008, Cilt I, Sayı 1, s. 19-28.

KAYA, Cemil, Vergi Borcu Nedeniyle Yurt Dışına Çıkış Yasağına İlişkin Anayasa Mahkemesinin İptal Kararının İncelenmesi, Yıl 2008, Cilt III, Sayı 1, s. 29-37.

KARAGÖZ, Kasım, BM İnsan Hakları Komitesi Kararlarında Zorunlu Askerlik Hizmeti Karşısında Vicdani Ret Hakkı, Yıl 2008, Cilt III, Sayı 1, s. 39-67.

KARAGÖZ, Kasım/ **GÜL**, Cengiz, İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılmasında Kamu Düzeninin Korunması ve Suçun Engellenmesi Kriterlerine AİHM Kararları Açısından Bir Bakış, Yıl 2008, Cilt III, Sayı 1, s. 69-103.

TOPAKKAYA, Arslan, Etiğin Temel Kavramları Işığında Hukuku, Yıl 2008, Cilt III, Sayı 1, s. 105-115.

TOZMAN, Önder, Suçun Tamamlanması ve Sona Ermesi Kavramları, Yıl 2008, Cilt III, Sayı 1, s. 117- 145.

İMAMOĞLU, Muhammed İkbâl, Değer Yargıları Bağlamında Avrupa Kimliği, Yıl 2008, Cilt III, Sayı 1, s. 147-159.

ŞEN, Murat, İşverenin Ücret Ödeme Borcunu İspat Vasıtaları (Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin Bir Kararı Çerçevesinde), Yıl 2008, Cilt III, Sayı 1, s. 163-195.

AYDOĞDU, Murat, Cemaatlere (Azınlıklara) Ait Vakıfların Taşınmaz Mal Edinmeleri Sorunundaki Son Hukuki Durum, Yıl 2008, Cilt III, Sayı 1, s. 197- 253.

CANBOLAT, Ferhat, Def'i ve İtiraz Arasındaki Farklar ve İleri Sürülmesinin Hukuki Sonuçları, Yıl 2008, Cilt III, Sayı 1, s. 255-270.

TOPUZ, Gökçen, Aile Konutunun Haczi ve Kiralanan Aile Konutuna İlamsız İcra Yoluyla Tahliyesi, Yıl 2008, Cilt III, Sayı 1, s. 271-291.

TOPUZ, Seçkin, Acil Tıbbi Müdahalede Bulunan Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Yıl 2008, Cilt III, Sayı 1, s. 293-313.

Yıl 2008, Cilt III, Sayı 2

BİLİR, Faruk/ **AKSAN** Murat, Siyasi Partilerin Kapatılması, Yıl 2008, Cilt III, Sayı 2, s. 3-43.

DÜLGER, İbrahim, Genital Muayene Suçu (TCK. Madde 287), Yıl 2008, Cilt III, Sayı 2, s. 45-70.

KARAGÖZ, Kasım/ **BİRTEK**, Fatih, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 8. Maddesi Kapsamında Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Yıl 2008, Cilt III, Sayı 2, s. 71-117.

- KOYUNCU** Nuran, İslamiyet'in Teokratik Bir Devlet Düzeni Öngörüp Öngöremediği Üzerine Düşünceler, Yıl 2008, Cilt III, Sayı 2, s. 119-129.
- YAVUZ**, Bülent, Cumhurbaşkanını Halk Tarafından Seçilmesinin Hükümet Sistemine Etkisi, Yıl 2008, Cilt III, Sayı 2, s. 131-163.
- SÖYLEMİŞ**, Tarık, Terörün Finansmanı ve Türkiye'nin Ulusal ve Uluslararası Yükümlülükleri, Yıl 2008, Cilt III, Sayı 2, s. 165-200.
- ÇINAR**, Sinan, Görevsiz Adli Yargı Yerine Başvurulması Üzerinde İdari Dava Açma Süresi Sorunu, Yıl 2008, Cilt III, Sayı 2, s. 201-214.
- BAŞARAN**, Ece, Evrensel Ceza Yargılaması, Yıl 2008, Cilt III, Sayı 2, s. 215-248.
- KAYAR**, İsmail, AO ve Kooperatiflerde Genel Kurul Toplantı ve Karar Yetersayılarına Uyulmamasının Sonuçları ve İptal Kararının Etkileri, Yıl 2008, Cilt III, Sayı 2, s. 251-262.
- ACAR**, Hakan, Türk Hukuku'nda Sözleşmedeki Haksız Şartlar, Yıl 2008, Cilt III, Sayı 2, s. 263-289.
- ADIGÜZEL**, Burak, Eşya Taşımalarında Taşıyıcı Yardımcısı Kavramı ve Yardımcıların Taşıyıcının Sorumluluğuna Etkisi, Yıl 2008, Cilt III, Sayı 2, s. 291-332.
- ALTUNKAYA**, Mehmet, Taksitle Satımda Alıcının Temerrüdü Halinde Satıcının Seçimlik Hakları, Yıl 2008, Cilt III, Sayı 2, s. 333-360.
- KAYA**, Mustafa İsmail, Limited Ortaklıkta Esas Sermaye Payı Devri ve Devri Borcunu Doğuran İşlemlerde Tarafların İmzalarının Noter Tarafından Onaylanması Zorunluluğu, Yıl 2008, Cilt III, Sayı 2, s. 361-376.
- CANBOLAT**, Ferhat, Kefilin Savunma İmkânlarının Borçlar Kanunu'nda Düzenleniş Şekli ve Borçlar Kanunu Tasarısında Getirilen Yenilikler, Yıl 2008, Cilt III, Sayı 2, s. 377-402.
- TOPUZ**, Gökçen, Marka Haczi ve Paraya Çevrilmesi, Yıl 2008, Cilt III, Sayı 2, s. 403- 417.
- TOPUZ**, Seçkin, Miras Açıldıktan Sonra Miras Hissesinin Devri Sözleşmesinin Konusu Şekli ve Etkisi, Yıl 2008, Cilt III, Sayı 2, s. 419-429.
- CUMALIOĞLU**, Emre, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Bakımından Türk Mahkemelerinin Münhasır Yetkisi, Yıl 2008, Cilt III, Sayı 2, s. 431-448.

Yıl 2009, Cilt IV, Sayı 1

KAYA, Cemil, The Electricity Supply Industry In the Uk: The Winds Of Change- From Liberalization To Regulation, Yıl 2009, Cilt IV, Sayı 1, s. 3-20.

KILIÇ, Muharrem, Siyasetname Geleneği Bakımından Kafiyeçi'nin Seyfû'l-Mülûk ve'l Hükkâm Adlı Eseri, Yıl 2009, Cilt IV, Sayı 1, s. 21-42.

KOÇ, Emin, Siyasi Partilere Devlet Yardımı, Yıl 2009, Cilt IV, Sayı 1, s. 43- 82.

ADIGÜZEL, Burak, Uluslararası Taşımada Kullanılan Taşıma Senetleri ve Senetlerin Taşıyıcının Sorumluluğunda Etkileri, Yıl 2009, Cilt IV, Sayı 1, s. 85- 120.

YASAN, Mustafa/ **ÖZBOYACI**, Alper, Yargıtay Kararları Işığında Gayrimenkul Üzerinde Banka Lehine Tesis Edilen İpotek ile Ticari İşletme Rehninin Kapsamlarının Çatışması Meselesi, Yıl 2009, Cilt IV, Sayı 1, s. 121-154.

YENER, Mehmet Deniz, Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu ve İş Sahibinin Hakları, Yıl 2009, Cilt IV, Sayı 1, s. 155-176.

ALPTEKİN, Volkan, Türkiye'deki Dış Ticaret- Reel Döviz Kuru İlişkisi: Vektör Otoregresyon (Var) Analizi Yardımıyla Sınanması, Yıl 2009, Cilt IV, Sayı 1, s. 179-198.

Yıl 2009, Cilt IV, Sayı 2

BİLİR, Faruk/ **ERMUMCU**, Hâkim Osman, Anayasa Mahkemesi'nde Yargılamanın Yenilenmesi, Yıl 2009, Cilt IV, Sayı 2, s. 3-24.

ÜZÜLMEZ, İlhan, Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, Yıl 2009, Cilt IV, Sayı 2, s. 25-42.

YÜKSEL, Murat, Etik Kavramı ve Medya Etiği, Yıl 2009, Cilt IV, Sayı 2, s. 43-52.

EREN, Hayrettin/ **ŞİŞMAN** Gülден, Türk Tabipler Birliğine ve Tabip Odalarına Yapılacak İdari Başvurular, Yıl 2009, Cilt IV, Sayı 2, s. 53-74.

GÜL, Cengiz/ **YAVUZ** Hâkim Muhammed, Seçilmeye Engel Bir Suçtan Kesin Hüküm Giyme Nedeniyle Milletvekilliğinin Sona Ermesi, Yıl 2009, Cilt IV, Sayı 2, s. 75-97.

YÜKSEL, Murat, Türk Hukukunda Bilirkişi Uygulamasına İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Yıl 2009, Cilt IV, Sayı 2, s. 101-108.

SÜTKEN, Elvan, Medeni Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesinin Taşınmaz Mülkiyetinin Kısıtlamaları ile İlgili Olarak Uygulandığı Bazı Durumlar, Yıl 2009, Cilt IV, Sayı 2, s. 109-131.

DEMİREL, Naim, Almanya’da Hukuk Eğitimi, Yıl 2009, Cilt IV, Sayı 2, s. 135-172.

CEYLAN, Şule Şahin, Kitap Değerlendirmesi: Yabancı Toplumda Suç ve Gelecek Üzerine, Yıl 2009, Cilt IV, Sayı 2, s. 175-189.

Yıl 2010, Cilt V, Sayı 1-2

KAYIHAN, Şaban/ **ÇETİNER**, Ali Emre, Anonim Şirketlerde Yedek Akçeler ve Muhasebeleştirilmesi, Yıl 2010, Cilt V, Sayı 1-2, s. 3-28.

ADIGÜZEL, Burak, Sermaye Piyasasında Yeni Bir Menkul Kıymet: Kira Sertifikası (Sukuk), Yıl 2010, Cilt V, Sayı 1-2, s. 29-56.

OĞUZTÜRK, Burcu Kalkan, Auflassungsprinzip in Deutschen Sachenrecht, Yıl 2010, Cilt V, Sayı 1-2, s. 57-72.

AYDIN, Sema, Sahte ve Tahrif Edilmiş Çekin Ödenmesinden Doğan Sorumluluk, Yıl 2010, Cilt V, Sayı 1-2, s. 73-96.

ARICI NANEÇİ, Aslı, İş Sağlığı ve Güvenliği Açısından İşverenin Sorumluluğu, Yıl 2010, Cilt V, Sayı 1-2, s. 97-150.

ATAMULU, İsmail, Türk Medeni Kanununda Olağanüstü Mal Rejimi ve Özellikle Olağanüstü Mal Rejimine Geçiş Halleri, Yıl 2010, Cilt V, Sayı 1-2, s. 151-182.

HIZLISOY İLBASMIŞ, Özlem, Avrupa Patent Sözleşmesi’nin 69. Maddesinin Değerlendirilmesi, Yıl 2010, Cilt V, Sayı 1-2, s. 183-202.

KAYA, Ali, Limited Şirkette Ortağın Ortaklıktan Çıkması, Yıl 2010, Cilt V, Sayı 1-2, s. 203-237.

YILDIZ, Habip, Kurallara Dayalı Maliye Politikası, Yıl 2010, Cilt V, Sayı 1-2, s. 241-266.

ÇELİK, Özlem, Türk Anayasa Hukukunda Milli Güvenlik Kurulu, Yıl 2010, Cilt V, Sayı 1-2, s. 269-298.

Yıl 2011, Cilt VI, Sayı 1-2

KARAEĞE, Özge, Türk Ticaret Kanuna Göre Ticaret Unvanının Özel Olarak Korunması (Özellikle yeni TTK m.52; eski TTK m.54), Yıl 2011, Cilt VI, Sayı 1-2, s. 1-32.

TÜYSÜZ, Mustafa, Halka Açık Anonim Şirketlerde Kar Payı Dağıtımı, Yıl 2011, Cilt VI, Sayı 1-2, s. 33-56.

- AKİL**, Cenk, Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğuna İlişkin Olarak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 18.11.2009 Gün ve E. 2009/ 2, K. 2009/3 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi, Yıl 2011, Cilt VI, Sayı 1-2, s. 57-92.
- ASLAN AKYOL**, Leyla, İcra İflas Kanunu Madde 89 Hükmüne Göre Birinci Haciz İhbarnamesine İtiraz, Yıl 2011, Cilt VI, Sayı 1-2, s. 93-119.
- KAYA**, Cemil, Danıştay Kararları Işığında Kurumlar Arası ve Kurum İçi Geçici Süreli Görevlendirme, Yıl 2011, Cilt VI, Sayı 1-2, s. 123-142.
- KAYA**, Cemil, İdari Vesayet Makamının "Onay" İşleminin Hukuki Niteliği ve Sonuçları, Yıl 2011, Cilt VI, Sayı 1-2, s. 143-158.
- KARAGÖZ**, Kasım/ **HASANOV** Zafer, Privatization of Prisons: Pros and Cons, Yıl 2011, Cilt VI, Sayı 1-2, s. 159-172.
- AKPINAR**, Mahmut, Türkiye'de Asker- Sivil İlişkilerinin Dengeye Ulaşması İçin Zaman Gereksinimi, Yıl 2011, Cilt VI, Sayı 1-2, s. 173- 188.
- ÇINARLI**, Serkan, Türkiye Futbol Federasyonu'nun İdari ve Hukuki Yapısı Açısından Anayasa Mahkemesi' Kararı ve Anayasa Değişikliği Işığında Tahkim Kurulu'nun Yapısına İlişkin Öneriler, Yıl 2011, Cilt VI, Sayı 1-2, s. 189-212.
- SÖNMEZ**, Nevzat, Önleyici Kolluk Hizmetleri Bağlamında Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'na Göre Polisin Durdurma Yetkisi, Yıl 2011, Cilt VI, Sayı 1-2, s. 213-266.
- TAŞKIN**, Mustafa, Türk ve Fransız Yargı Sisteminde Terör Suçlarının Soruşturulması ve Kovuşturulması, Yıl 2011, Cilt VI, Sayı 1-2, s. 267-286.
- OSMANOĞLU**, M. Kerem, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İşkence Yasağı ve Polisin Zor Kullanma Yetkisi, Yıl 2011, Cilt VI, Sayı 1-2, s. 287-314.
- OZDAN**, Selman, Reform of the United Nations Security Council, Yıl 2011, Cilt VI, Sayı 1-2, s. 315-336.
- ZENGİN**, Mehmet Ali, Türk Anayasa Hukuku Bakımından Toplama Hürriyeti, Yıl 2011, Cilt VI, Sayı 1-2, s. 255-380.
- ZENGİN**, Mehmet Ali, Çevre Hakkının Korunması ve Kimyasalların Zararlı Etkilerinin Önlenmesi Bakımından AB Kimyasalların Kaydı, Değerlendirilmesi ve Ruhsatlanması Düzenlemesi, Yıl 2011, Cilt VI, Sayı 1-2, s. 337-354.

Yıl 2012, Cilt VII, Sayı 1-2

MAKAS, Recep, Bakanlar Kurulu'nca Üç Aydan Altı Aya Uzatılan Kısa Çalışma Dönemi Kıdem Tazminatında Dikkate Alınır mı? (Karar İncelemesi), Yıl 2012, Cilt VII, Sayı 1-2, s. 1-26.

YASAN, Mustafa, İlk Talepte Ödeme Kayıtlı Teminat Mektuplarında Bankanın Tazmin Talebinin İnceleme Yükümlülüğünün Sınırları, Yıl 2012, Cilt VII, Sayı 1-2, s. 27-64.

YILDIRIM, Ahmet Cemil, Sözleşme Ekonomisinin Bozulmasıyla İlgili Kuramların Türk Hukuku'ndaki Uygulamaları ve Yeni Türk Borçlar Kanunu'nda Aşırı İfa Güçlüğü, Yıl 2012, Cilt VII, Sayı 1-2, s. 65-92.

ERBAŞ, Gökhan, Alman İş Hukukunda Fesih Beyanı, Yıl 2012, Cilt VII, Sayı 1-2, s. 93-102.

KÖROĞLU, Emre, Türk Hukukunda Boşanma Sebeplerinde Terk (TMK.m.164), Yıl 2012, Cilt VII, Sayı 1-2, s. 103-126.

EREN, Hayrettin, Bir İdari İşlem Olarak Kamulaştırma, Yıl 2012, Cilt VII, Sayı 1-2, s. 129-154.

TÜRKAL, Hasan/ **ÜSTÜN**, Ümit Süleyman, Türk Gelir Vergisi Tarifesinin Artan Oranlılık Özelliği, Yıl 2012, Cilt VII, Sayı 1-2, s. 155-188.

ÜSTÜN, Ümit Süleyman, Son Kanuni Değişiklikler Çerçevesinde Özelge ve Sirkülerin Vergi Hukukundaki Yeri, Yıl 2012, Cilt VII, Sayı 1-2, s. 189- 222.

YILDIRIM, Mustafa Zeki, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Bir Suç Fiili: Aşağılamak, Yıl 2012, Cilt VII, Sayı 1-2, s. 223-242.

YILMAZ, Mustafa, Eski Vakıf Mallarının Vergi Resim ve Harçtan Muaf Olması, Yıl 2012, Cilt VII, Sayı 1-2, s. 243-272.

CİDECİGİLLER, Aynur, Yeni Devlet Memurları Kanunu Değişiklikleri Çerçevesinde "Memur Özlük Sisteminde İdari Başvurular", Yıl 2012, Cilt VII, Sayı 1-2, s. 273-295.