

TÜKETİCİ İLE İŞLEM YAPAN (SONRAKİ) TÜKETİCİNİN KORUNMASINA İLİŞKİN GÖRÜŞ VE ÖNERİLER

(The Opinions and Proposals for the Protection of
Subsequent Consumers)

Doç. Dr. Metin İKİZLER*

ÖZET

Türk Hukukunda tüketicinin korunması asıl itibarıyla Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile sağlanmaktadır. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, ilk planda, bir satıcı veya sağlayıcı ile işlem yapan tüketicinin korunmasını amaçlamaktadır. Bu makalede bir malı, doğrudan doğruya satıcıdan değil de, öncesinde satıcıyla işlem yapmış bir tüketici ile işlem yaparak elde eden sonraki tüketicilerin korunması gerekliliği ele alınmaktadır.

Anahtar kelimeler: Tüketici, satıcı, tüketicinin korunması, sonraki tüketicinin korunması, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun

Abstract

In Turkish Law the protection of consumer is guaranteed basically The Consumer Protection Act No. 6502. At first sight, The Act is aimed at protecting of consumer who has entered into a contract (transaction) with a seller or supplier. This article reviews the necessity of protecting consumer who is a subsequent purchaser/owner of goods from another consumer that had formerly acquired them by a contract with a seller.

Keywords: Consumer, seller, the protection of consumer, the protection of subsequent consumer, The Consumer Protection Act

GİRİŞ

Tüketicinin korunması günümüzde sosyal, iktisadi, hukuki ve daha birçok açıdan önemini koruyan güncel bir kavramdır. Bu denli güncel bir kavramın, tüketiciyi koruma düşüncesi güçlendikçe, tüketicinin korunma gereksinimi arttıkça, sürekli

* Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

değişim ve gelişim geçirmesi ise doğaldır. Bu sürecin hukuki ayağında tüketici hukukunun oluşumu vardır ve bu hukuk dalındaki kavram ve nitelendirmeler, öğreti ve yargısal içtihat yoluyla, zamanla belki borçlar hukukundaki kadar sağlam bir zemine kavuşacaktır. Bu bağlamda aşağıda tüketici ile işlem yapan tüketicinin, tüketici hukukunda olan ve olması gereken yeri üzerinde değerlendirmelerde, görüş ve önerilerde bulunulacaktır.

I. Tüketici İle İşlem Yapan (Sonraki) Tüketicinin Korunma Gereksinimi

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) tüketicinin korunması için vardır ve genel mantığı, tüketici ile satıcı arasındaki işlemlerde tüketicinin korunmasıdır.

Borçlar hukukuna, eşit koşullara sahip bireylerin pazarlık süreci sonunda ve tam bir serbesti ile sözleşme yapmaları anlayışı egemendir. Tarafların kendi çıkarlarını en iyi kendilerinin koruyacağı düşüncesi üzerine kurulu sistemin, zaman içinde çeşitli nedenlerle pratikte o denli işlemediği görülmüş; bu da kanun koyucuları sözleşme serbestisine müdahale etmeye itmiştir. İş hukukunda işçinin durumu, bunun belki en bilinen örneğidir. İşçilerin, aralarındaki hukuki ilişkide, işverene karşı zayıf konumda bulunmaları korunmalarını gerektirmiştir. Kira sözleşmelerinde özellikle de konut kiralarda kiracının durumu da böyledir. Ancak zamanla, bu belirli hukuki ilişkiler bir yana; ürün çeşitliliği ve bunun getirdiği ürünü tam tanıyamama, teknolojik gelişmeler, güçlü ve örgütlü firmalar, işinde mahir satış elemanları, saldırgan satış yöntemleri ve benzerleri dolayısıyla günlük yaşamın her alanındaki işlemlerde mal ya da hizmetten yararlanan bireylerin korunma gerekliliği doğmuştur. Gerçekten de, çeşitli işlemleri ticari veya meslekî faaliyetlerinin gereği olarak sürekli biçimde ve defalarca yapanlarla, arada bir yapanlar arasında günümüzde artık eşit güç, eşit koşullar, eşit bilgi, eşit pazarlık gücü ve ikna yeteneğinden söz edilemez olmuştur. Böylece borçlar hukukuna işlemiş; irade özerkliği çerçevesinde yürüyen sözleşme sürecine satıcılar karşısında tüketiciler lehine müdahale edilmesi zorunluluk hâline gelmiş, bu yöndeki kuralların artması ve bilimsel temellere oturması ile tüketici hukuku doğmuştur¹. Gerçekten de tüketici, sözleşme yaptığı satıcı veya sağlayıcı karşısında birçok yönden zayıf konumdadır ve bu zayıf konumu korunmasını gerektirmektedir: Reklamlar, cezbedici satış yöntemleri ve benzerleri tüketicinin aslında gereksinimi olmayan ya da gereksinimlerinin çok üstünde bir ürünü edinmesine neden olabilmektedir. İnternet üzerinden ya da ekrandan gördüğü bir ürün aslında düşündüğü gibi çıkmayabilmektedir. Aldığı ürünün kullanılması birçok ayrıntılı bilgi gerektirmekte; kendisine bunlar sunulmaz ya da yol gösterilmezse üründen gerektiği gibi yararlanamayabil-

¹ Tüketicinin korunmasını gerektiren nedenler hakkında bak. Baykan, R.: Tüketici Hukuku, Mevzuata ilişkin Yorum-Eleştiri-Öneri, 2. baskı, İstanbul 2005, s. 21; Aslan, İ.Y.: 6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku, 4. baskı, Bursa 2014, s. 1-2.

mektedir. Sözleşme yaparken üzerinde pek de düşünmediği ya da düşünmesine fırsat verilmeyen sözleşme koşullarının altını imzalayabilmektedir. Ekonomik zorunluluklar altında çok ağır koşullarla borç altına girebilmekte, sonrada bunun ödeme koşulları ve özellikle de faizi altında ezilebilmektedir. Aldığı malın ayıplı çıkması hâlinde gerekli inceleme ve bildirim yükümlülüklerini yerine getirmediğinden haklarını yitirebilmekte veya ayıbı ispat konusunda ciddi güçlüklerle karşılaşabilmektedir.

Son anılan açısından, borçlar hukukunun taşınır satışlarındaki alıcısı ile tüketici hukukundaki tüketicinin durumu karşılaştırılırsa, tüketici olmanın getirdiği hukuki avantaj rahatlıkla görülecektir:

-Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK) alıcının satılarda mevcut, olağan bir gözden geçirme ile anlaşılabilir gizli ayıplardan doğan haklarını kullanabilmesi bazı şartlara bağlanmıştır (m. 223/1). İlk olarak, alıcı, satılanın durumunu işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz gözden geçirmelidir. İkinci olarak, bu gözden geçirme sonucunda satılarda bir ayıp görürse bunu uygun bir süre içinde satıcıya bildirmelidir. Bu külfetleri yerine getirmezse, ayıptan doğan haklarını artık kullanamaz; satılanı kabul etmiş sayılır (m. 223/2 c.1)². 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda ise bu tür ayıplarda tüketici için satılanı gözden geçirme ve bildirim (ihbar) külfetleri öngörülmemiştir³.

-TBK'daki alıcının durumundan farklı olarak, TKHK'da ayıbın (satıcının sorumluluğu gerektirecek şekilde var olduğunun) ispatı noktasında tüketiciye önemli bir ispat kolaylığı sağlanmıştır⁴; teslim tarihinden itibaren altı ay içinde satılarda ortaya çıkan ayıpların teslim tarihinde var olduğu kabul edilmiştir (m. 10/1 c.1). Böylece hiç de kısa sayılamayacak bu süre içerisinde satılarda bir ayıp ortaya çıkarsa, satıcının onu bu ayıplı hâliyle sattığı kabul edilecektir. Durumun böyle olmadığını ispat yükü satıcıya yüklenmiştir (m. 10/1 c.2).

² “....Ancak, satılarda olağan bir gözden geçirmeyle ortaya çıkarılamayacak bir ayıp bulunması hâlinde, bu hüküm uygulanmaz. Bu tür bir ayıbın bulunduğu sonradan anlaşılırsa, hemen satıcıya bildirilmelidir; bildirilmezse satılan bu ayıpla birlikte kabul edilmiş sayılır” (TBK m. 223/2 c.2-3). TBK'ya göre satıcının ayıptan sorumluluğu hakkında bkz. Yavuz, C./Acar, F./Özen, B.: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 9. baskı, İstanbul 2014, s. 121 vd; Aral, F./Ayrancı, H.: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkiler, 9. baskı, İstanbul 2012, s. 103 vd; Gümüş, M. A.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 3. Bası, İstanbul 2013, s. 63 vd.; Kazgurt, A.: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Taşınır Satış Sözleşmesinde Satıcının Ayıptan Sorumluluğu, Terazi Dergisi, Cilt:9, Sa. 100, 2014, s. 275 vd.

³ Ancak TBK m. 222'ye benzer şekilde, “Tüketicinin, sözleşmenin kurulduğu tarihte ayıptan haberdar olduğu veya haberdar olmasının kendisinden beklendiği hâllerde, sözleşmeye aykırılık söz konusu olmaz” (TKHK m. 10/2). TKHK'ya göre ayıplı mal ve hizmetlerden doğan sorumluluk için bak. Gümüş, M. A.: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Cilt:1, İstanbul 2014, s. 83 vd.; Aslan, 6502, 111 vd.

⁴ Ayıbın sözleşmede yarar ve hasarın geçmesi anında satılarda var olması, ayıptan sorumluluğun maddi koşulları arasında yer alır. Bu konuda bkz. Yavuz/Acar/Özen, 125 vd.

-TBK ve TKHK'da, ayıp hâlinde alıcı ve tüketiciye aynı seçimlik haklar tanınmıştır (TBK m. 227, TKHK m.11). Bununla birlikte, alıcıdan farklı olarak, tüketici ücretsiz onarım veya malın ayıpsız misli ile değiştirilmesi haklarını üretici veya ithalatçıya karşı da kullanılabılır. Ayrıca bu hakların yerine getirilmesi konusunda satıcı, üretici ve ithalatçı müteselsilen sorumlu tutulmuştur (TKHK m. 11/2).

-Yine örneğin satılanın montajı tüketici tarafından yapılacaksa, montaj talimatındaki yanlışlık veya eksiklik nedeniyle montajın hatalı yapılması durumunda, TKHK m. 8/3'e göre tüketici, satıcının ayıptan sorumluluğuna başvurabilecektir⁵.

TKHK'nın bu ve benzeri hükümleri ile tüketici, satıcı karşısında TBK'ya göre daha fazla korunmaktadır. Bu koruma satıcı ile işlem yapan tüketiciye sağlanmaktadır. Satıcıdan aldığı malı tüketicinin, kullanmadan olsa bile, bir başka tüketiciye satması durumunda ise bu korumadan söz edilemez gözükmektedir.

Gerçekten de Kanun'un lafzî anlamı dikkate alındığında, satılanı daha sonra tüketiciden satın alan kişi, bunu ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinmiş olsa bile TKHK'nın korumasından yararlanamaz. Zira işlemin karşı tarafı Kanun anlamında satıcı değildir. Akdetmiş oldukları satış sözleşmesinden doğan nispi hakkın gereği olarak, bu durumda sonraki tüketici/alıcı, satılarda bir ayıp ortaya çıkarsa, ilk tüketiciye TBK hükümlerine göre başvuracaktır.

Kuşkusuz bu durum, tüketicinin korunma nedenlerine yukarıda değinildiğine göre, 1. tüketici kadar korunmaya gereksinimi olan 2. tüketicinin aleyhine olduğu gibi, 2. tüketicinin ayıptan doğan talepleri ile karşılaşan 1. tüketici için de arzulanmayacak bir durumdur. Zira o, satıcının kendisine ayıplı olarak sattığı maldan dolayı, 2. tüketicinin ayıptan doğan seçimlik haklarına muhatap olacak, bu yolla doğan zararını daha sonra satıcıya tazmin ettirmeye uğraşacak, bu gerçekleşse bile bir kere *huzuru kaçırmış* olacaktır. Oysa satıcının TKHK kapsamında sorumluluğu ilk tüketici ile sınırlanmazsa, bir başka deyişle sattığından sorumluluğu o şeyi edinen aynı düzeyde korunma gereksinimi bulunan sonraki tüketicilere karşı da var kabul edilirse, bu sakıncalar ortadan kalkmış olacaktır⁶.

Satışın dışındaki sözleşmeler için de prensip itibarıyla yukarıdaki görüşün kabulü gerekir. Hatta sonraki tüketicinin korunma gereksinimi bağışlamada⁷ satıştakinden

⁵ "Aynı şekilde, montajın tüketici tarafından yapılmasının kararlaştırılmış olduğu hallerde, yanlış montajın, satıcı tarafından sunulan montaj talimatnamesindeki yanlışlık veya eksikliğe dayanması durumunda oluşacak bu ayıp malın ayıbı olarak değerlendirilir ve teslimden sonra ortaya çıkmış olsa bile ayıp hükümlerine tabi olur" (TKHK m. 8 gerekçesi).

⁶ Ayıp başlangıçta (teslim anında) bulunmayıp da, satılanı edinen ilk ya da önceki tüketicinin kötü kullanımından kaynaklanmışsa, kuşkusuz satıcının bundan sorumluluğu yoktur. Bu gibi durumlarda malı sonraki tüketiciye satan tüketiciye başvurmak gerekecektir.

⁷ TKHK kapsamında, satıcı/sağlayıcı ile tüketici arasında bağışlama sözleşmesinin düşünülüp düşünülemeyeceği ve bu bakımdan bağışlamanın tüketici işlemi olarak kabul edilip edilemeyeceği

de fazladır. Zira bağışlamada, bağışlayanın ayıptan sorumluluğu, ancak bağışlanan şey hakkında ayrıca garanti sözü vermiş ise doğar (TBK m. 294/2). Yani kural, bağışlayanın bağışlanandaki ayıptan sorumlu olmamasıdır. Örneğin bağışlama konusu bilgisayarın işlemcisinin aşırı yavaş olması durumunda, bağışlayan ayrıca üstlenmiş olmadıkça, ona karşı ayıptan sorumluluk yoluna başvurulamayacaktır; bağışlanan kişi bilgisayarı bu hâliyle kabullenecektir⁸.

İşte özellikle tüketicinin satıcıdan almış olduğu yeni/sıfır (birinci el) ürünü bir başkasına bağışladığı durumlarda, bu kişinin TKHK kapsamında korunma gereksinimi açıkça kendini hissettirmektedir⁹. Gerçekten de, ayıplı hâlde alınan bir başkasına bağışlandığı durumlarda, bundan doğacak kaybın/yarar eksikliğinin ürünü kullanmak zorunda kalan bağışlanan kişi üzerinde bırakılması adil değildir¹⁰.

Doğum günü, sevgililer günü gibi özel günler nedeniyle, karşılıksız kazandırmalar dünya çapında artış göstermektedir. Bu bir yana, satıcıdan alınan yeni bir malın bir başkasına bağışlandığı sözleşmeler, Anadolu'da yaşatılan evlilik ve düğün âdetleri dolayısıyla da, konunun Türk hukukunda özel olarak ele alınmasını gerektirmektedir. Gerçekten de Anadolu'da yaygın olarak nişanlıların ana-babaları, akrabaları, komşuları ve arkadaşları, ev eşyaları olarak müstakbel aileye armağan etmektedirler. Hatta bunun bazı uygulamalarında, kız tarafından gereksinim duyulan eşyaların listesini hazırlaması istenmekte; listede ev için gerekli olan tüm eşyalar yer almakta, bu listeden kişiler seçimde bulunarak bir eşyanın sağlanmasını üstlenmekte, böylece mükerrer eşya alımı önlenmektedir.

Özetle, TKHK anlamında satıcıdan almış olduğu şeyi tüketici, satış, bağışlama vb. bir işlemle bir başka tüketiciye devredebilir ki, bu durumu ifade etmek üzere *tüketici ile işlem yapan tüketiciden* söz edilebilir. Burada iki defa tüketiciden söz edildiğinden, karışıklığı önlemek amacıyla, satıcı ile işlem yapan tüketicinin “ilk”; onunla işlem yapan tüketicinin ise “sonraki” tüketici olarak anılması yararlı olacaktır. İşte bu sonraki tüketicinin çoğu durumda, aldığı ürün açısından o ürünle ilgili üretici,

hakkında bak. İnal, H. T.: Tüketici Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2014, s. 507 vd.; Aslan, 6502, 21-22.

⁸ Bu konuda bak. Zevkliler, A./Gökyayla, K. E.: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 14. bası, Ankara 2014, s. 181-182; Eren, F.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014, s. 320 vd.

⁹ Bu yönde bak. Ozanoğlu, H. S.: Mukayeseli Hukuk ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Tüketiciyi Koruyan Düzenlemelerin Kişi Bakımından Uygulanma Alanı (Tüketici Kavramına Mukayeseli Bir Yaklaşım), Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 688 dn. 67; Yavuz, N.: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, 2. baskı, Ankara 2010, s. 19.

¹⁰ Bu gibi durumlarda belki bağışlananın bağışlayanı haberdar etmesi ve onun satıcıya karşı ayıptan doğan haklarını kullanması önerilebilir ki, hem artık şeyin mülkiyetinin bir başkasında olması ve bundan dolayı seçimli hakların kullanılmasında doğacak sorunlar hem de bağışlayanın yapmış olduğu karşılıksız kazandırma akabinde, bir de zaman, emek ve gider olarak yasal yollarla uğraşmak zorunda kalması, bu çözümün ideal bir çözüm olmaktan uzaklaştırmaktadır.

ithalatçı ve satıcı karşısındaki korunma gereksinimi ilk tüketiciden farksızdır; çoğu durumda girişimci tarafında da ürünü alanın kimliği ayrıntıdır, seri üretimi yapılan bir ürünün satılmış (talep edilmiş) olması karşısında ürünün A ya da B kişisine satılmış olması önemsizleşir.

Tüm bu nedenlerle, tüketici ile işlem yapan tüketicinin de korunması; tüketiciyi koruyan mevzuattan, bu bağlamda TKHK ile sağlanan korumadan yararlandırılması isabetli olacaktır. Böylece örneğin, tüketicinin satıcıdan edinerek üç ay sonra bir başka tüketiciye sattığı malda bir ayıp ortaya çıkarsa, sonraki tüketici TKHK m. 10/1 c.1'le sağlanan ispat kolaylığından yararlanabilmelidir. Bir hayırsever tarafından yüklü kitap bağışında bulunulan bir dernek, ayıplı kitapların ayıpsızları ile değiştirilmesi için satıcı, üretici veya ithalatçıya başvurabilmelidir. Yahut bağışlanan teknolojik bir ürünün Türkçe tanıtma ve kullanma kılavuzunun bulunmadığı veya ambalajın içinden çıkmadığı iddiası karşısında, kılavuzun (ilk tüketiciye) teslim edildiğinin ispatı sorumluluğu satıcıya ait olmalıdır (TKHK m. 55/4). Bunun gibi yargılama (usul) bakımından, sonraki tüketici, tüketicilere sağlanan avantajlardan¹¹ yararlandırılmaktadır.

Yukarıdaki kanaate varıldıktan sonra, aşağıda, sonraki tüketicinin korunmasının mevcut TKHK kapsamında istenip istenemeyeceği ya da hangi koşullarla ne dereceye kadar olanaklı olduğu, TKHK'nın bazı kavram ve hükümleri ışığında değerlendirilmeye çalışılacaktır.

II. Sonraki Tüketicinin Korunmasının Yasal Zemine Kavuşturulması

A. TKHK'nın Kavram ve Terimleri (Olan Hukuk) Açısından Sonraki Tüketicinin Durumu

1. Tüketici Kavramı Açısından

Hukukumuzda tüketicinin korunmasına yönelik çıkarılan ilk kanun, 1995 yılında kabul edilen 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'dur. Bu Kanun 2003 tarihli 4822 sayılı Kanun'la önemli değişiklikler geçirmiş ve nihayet 2013'te kabul edilen 6502 sayılı Kanunla 28.05.2014 tarihinde¹² yürürlükten kaldırılmıştır. Anılan kanunların üçü de kendi tüketici tanımlarını beraberinde getirmiştir.

¹¹ Örneğin, TKHK m. 70/6: "Tüketici hakem heyetlerinin tüketici lehine verdiği kararlara karşı açılan itiraz davalarında, kararın iptali durumunda tüketici aleyhine, avukatlık asgari ücret tarifesi göre nisbi tarife üzerinden vekâlet ücretine hükmedilir" ve TKHK m. 70/7: "Uyuşmazlıkla ilgili olarak tüketici hakem heyeti tarafından tüketici aleyhine verilen kararlarda tebligat ve bilirkişi ücretleri Bakanlıkça karşılanır. Uyuşmazlığın tüketicinin lehine sonuçlanması durumunda ise, tebligat ve bilirkişi ücretleri 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre karşı taraftan tahsil olunarak bütçeye gelir kaydedilir".

¹² 6502 sayılı Kanun, yayımı tarihinden itibaren altı ay sonra yürürlüğe girmiştir (TKHK m. 87).

4077 sayılı Kanun'un ilk metnine göre tüketici, *bir mal veya hizmeti özel amaçlarla satın alarak nihai olarak kullanan veya tüketen gerçek veya tüzel kişidir* (m. 3/f). 4822 sayılı Kanun'la tüketici kavramı; *bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişiyi* ifade eder olmuştur. Bu yeni tanımla, önceki metindeki *özel amaçlar* ifadesi maksada daha uygun şekilde kaleme alınmış, tüketicinin, *sözleşmenin mesleki veya ticari amaçlar gütmeyen tarafı* olduğu açıklığa kavuşturulmuştur. Bu anlamda, bir malı tekrar (aynen veya değiştirerek) satmak amacıyla satın alanın, onu diğer malın üretiminde hammadde ya da ara malı olarak kullanmak amacıyla edinenin tüketici olarak nitelendirilemeyeceği¹³, *nihai olarak kullanmanın* vurgulanmasına da gerek kalmaksızın ortaya konulmuştur.

Şu an yürürlükte bulunan 6502 sayılı Kanun'a göre ise tüketici, *ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi* ifade eder (m. 3/k). Bu tanım değişikliğinin nedenine dair izler, Kanun'un genel gerekçesinde bulunmaktadır: "Borçlar Hukukunun çok farklı alanlarına nüfuz eden ve son derece teknik bir dizi ayrıntı içeren bu Tasarının kaleme alınmasındaki en büyük güçlüklerden biri kavramlarının doğru oturtulmasına ilişkin olarak yaşanmıştır. Bu kargaşanın artmasının bir sebebi, AB mevzuatının sık sık aynı kavrama farklı anlam yüklemesinden kaynaklanmaktadır. En temel kavram olarak 'tüketici' bile farklı yönergelerde farklı anlamlar taşıyabilmektedir. Tasarı hazırlanırken bu karışıklıklar en aza indirilmeye çalışılmış ancak AB uyumunun sağlanması açısından kaçınılmaz gözüken bazı hallerde, Tasarıda açıklama yapmak suretiyle istisnalara yer verilmek zorunda kalınmıştır". Gerekçeden çıkarılabileceği üzere bu değişiklik, tüketici kavramının yeni korunma gereksinimlerine elverişliliğini, yeni gelişmelere açıklığını artırmakta ve bunlara kolayca uyarlık sağlanmasına hizmet etmektedir. Aslında mevzuatımızda tüketici tanımı ile ilgili yapılan değişikliklerin hiçbiri, tüketicinin korunmasını bir öncekine göre daraltma maksadı ile yapılmamıştır, aksine yeni korunma alanları ile kavramın uyumlu hâle getirilmesine olanak tanınmıştır. Nitekim yeni Kanunun tanımı, tüketici işlemleri kadar tüketiciye yönelik uygulamaların (m. 2) muhatabını da ortaya koymaya daha elverişlidir.

Bu söylenenler ışığında, tüketici ile işlem yapan kişilerin tüketici olarak nitelendirilmesinde sakınca görülmemelidir, yeter ki bunlar ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket etsinler. O hâlde (TKHK anlamında) satıcı -veya sağlayıcı¹⁴ ile işlem yapan tüketicinin, bunun ardından ikinci bir işlem yaptığı kişi de, ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket ediyorsa, tüketici olarak adlandırılabilir.

¹³ Zevkililer, A/Aydoğdu, M.: Tüketicinin Korunması Hukuku, 3. baskı, Ankara 2004, s. 83-84.; Aslan, İ.Y.: Tüketici Hukuku, 2. baskı, Bursa 2004, s. 3 vd; ayrıca bak. İnal, 284-285.

¹⁴ Sadeliği sağlamak adına, takip eden kısımlarda satıcı veya sağlayıcı yerine sadece satıcıdan söz edilecektir.

Zira tüketici tanımı, satıcı ve tüketici işlemi tanımından bağımsız bir tanım olarak görülmelidir. Bir başka deyişle, tüketici olmak için satıcı ile işlem yapmak veya tüketici işlemi yapıyor olmak gerekmez. Nitekim aşağıda değinileceği üzere, asıl tüketici işlemi satıcı ile tüketicinin varlığına bağlanmış bir işlemidir; yoksa tüketici sıfatı tüketici işleminin varlığına bağlanmamıştır. Yani tüketici “*tüketici işleminin tarafı*” şeklinde tanımlanmamış, aksine tüketici işlemi “*satıcı ve tüketicinin tarafı olduğu işlem*” olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla, tüketici ile işlem yapan, ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden taraf, bu şekilde hareket ettiği için kavramsal açıdan rahatlıkla tüketici olarak nitelendirilebilir. Böylece ilk tüketici gibi, sonraki tüketicinin de korunmasından söz edilebilir.

2. Satıcı ve Tüketici İşlemi Kavramları Açısından

6502 sayılı TKHK m. 3’e göre satıcı, kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye mal sunan ya da mal sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi ifade eder (bent i)¹⁵.

Satıcının belirleyici özelliği, ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye mal sunmasıdır. Satıcıdan aldığı şeyi bir başkasına satan veya bağışlayan tüketicinin ticari veya mesleki amaçlarla hareket ettiğinden söz edilemez. Zaten burada geçen ticari veya mesleki amaçla mal sunma, bir iş olarak yürütülen ticari veya mesleki faaliyetin sonucudur, parçasıdır¹⁶. Bir ihtimal olarak, malı satan alan tüketici, sonradan bir ticari veya mesleki faaliyete başlar ve aldığını ikinci el mal olarak bir tüketiciye satarsa o zaman TKHK anlamında satıcı olabilir. Bu ihtimal dışında, aldığını bir başka tüketiciye satan tüketici, TBK anlamında satıcı sıfatını kazansa da, TKHK anlamında satıcı kabul edilemez.

Tüketici işlemine gelince, TKHK m. 3/1’ye göre bu işlem, mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi ifade eder. Özü itibarıyla tüketici işlemi satıcı/sağlayıcı ile tüketici arasında yapılan işlemidir.

Tüketici işleminin tarafları Kanun’da açıkça ortaya konduğuna göre, ilk tüketici ile sonraki tüketici arasındaki işlem tüketici işlemi olarak kabul edilemez. Zira yukarıda açıklandığı üzere, aldığını sonraki tüketiciye satan tüketici Kanun anlamında sa-

¹⁵ Sağlayıcı için bak. TKHK m. 3/1.

¹⁶ “(ticari veya mesleki amaçlarla hareket etme ifadesi) ticari veya mesleki amaçla mal ve hizmet sunan kişinin, sunum sırasında ayrıca mal ve hizmet piyasası içerisinde asgari bir örgütlenmeye dayalı sürekli ticari veya mesleki faaliyetini icra ediyor olmasını ifade eder” Gümüş, Şerh, 15.

tıcı değildir. Dolayısıyla bu ikinci işlemde, alıcı tarafı her ne kadar (sonraki) tüketici kabul edilebilirse de, mal sunan tarafta (Kanun anlamında) satıcı bulunmamaktadır.

B. Sonraki Tüketicinin TKHK Kapsamında Korunmasını Sağlamaya Yönelik Çözümler

Görüldüğü gibi, TKHK'nın mevcut kavram ve terimleri açısından, sonraki tüketici her ne kadar "tüketici" olarak nitelendirilebilirse de, onunla işlem yapan ilk tüketici "satıcı" olarak nitelendirilemez ve bu nedenle ilk tüketici ile sonraki tüketici arasındaki işlem de bir "tüketici işlemi" değildir.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ise "her türlü tüketici işlemi ile tüketiciye yönelik uygulamaları kapsar".

"Tüketiciye yönelik uygulamalar", tüketici ile işlem yapılmadan önceki ve işlem yapıldıktan sonraki aşamalara da Kanun'un kapsamını genişletmeye yönelik bir ifadedir¹⁷. Hatta bu düzenleme, sonrasında işlem gerçekleşme bile, satıcıdan tüketiciye yönelik (aydınlatmanın yapılması, bilgi formu verilmesi vb.) uygulamaları da, Kanun'un kapsamına almaya olanak tanımaktadır. Bu şekilde anlaşılması gereken "tüketiciye yönelik uygulamaların", konumuzla ilgili bulunmamaktadır.

Tüketici işlemine gelince, ilk tüketici ile sonraki tüketici arasındaki işlem tüketici işlemi olarak kabul edilemeyeceğinden, TKHK'nın kapsamı dışında kalmaktadır. Kanun'un lafzî anlamı bu sonuca varmayı gerektirir. Şu hâlde sonraki tüketicinin TKHK kapsamında korunması, ya Kanun'un amacından hareketle bu hükümlerin geniş yorumlanması ya da Kanun'a bu hususta açık bir hüküm konulması ile olanaklıdır. Aşağıda bu iki yol üzerinde durulacaktır.

1. Tüketici İşleminin Art Etkisinin Kabulü

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun tüketici işlemlerini kapsadığına göre, tüketici işlemi olarak nitelendirilemeyen işlemler/sözleşmeler Kanun kapsamına sokulamayacaktır. Yukarıda açıklandığı gibi, ilk tüketici ile sonraki tüketici arasındaki işlem tüketici işlemi niteliğinde değildir. Ancak bundan bir adım geriye gidildiğinde ilk tüketicinin tarafı olduğu bir tüketici işlemi ile karşılaşılmaktadır. İşte ilk tüketici ile sonraki tüketici arasındaki işlem, arka planda bulunan, önceden gerçekleşen, bu tüketici işlemi sayesinde Kanun kapsamına sokulabilir. Böylece birden çok sonraki hukuki ilişki dizisi, en geride bir tüketici işlemine bağlanabiliyorsa, bu TKHK ile sağlanan korumadan yararlanmak için yeterli görülebilir. O hâlde bu görüş kabul edilirse, kurulup ifa edilen bir tüketici işlemi, ona dayandırılacak bir nedenle sonraki tüketicinin korunmasının gerektiği durumlarda bir art etkiye sahip olacak,

¹⁷ Bak. TKHK m. 2 gerekçesi.

bu etki ile sonraki işlemlerin tarafı olan tüketicileri de Kanun'un kapsamına çekebilecektir. Tüketici işlemine bağlanamayacak durumlarda ise, ilk tüketicinin özel ambalaj ile teslim etmeyi üstlendiği malı bu şekilde teslim etmemesi gibi, böyle bir art etkiden söz edilemeyecektir.

Burada belirtmek gerekir ki, bu çalışmada ilk tüketici ifadesi ile, *tüketici işleminin tarafı olan tüketici* kastedildiğinden, arka planında bir tüketici işlemine rastlanmayan bir hukuki ilişki dizisinde -*tüketici ile işlem yapan- sonraki tüketiciden* de söz edilemeyecektir. Örneğin bir kişinin hobi olarak el emeği ile yapmış olduğu bir kolyeyi, bir başkasına (ticari veya mesleki amaçlarla hareket etmeyen bir başkasına) sattığı durumlarda, bu satışın öncesinde gerçekleşen bir tüketici işlemi yoktur. Dolayısıyla bu çalışma anlamında sonraki tüketiciden söz edildiğinde, işlem bazında geriye gidildiğinde muhakkak bir tüketici işlemine tesadüf edilecektir. Örneğin, sonraki tüketici bunu bir başka tüketiciden o da ilk tüketiciden almıştır denilirse, bu ilişki dizisinin temelinde (en gerisinde) bu ilk tüketicinin Kanun anlamında satıcı ile yaptığı bir tüketici işlemine denk gelinecektir.

Özetle tüketici işleminin böyle bir art etkisi kabul edilirse, sonraki tüketicinin ilk tüketici kadar korunma gereksiniminin bulunduğu durumlarda, tüketici işlemine rastlanana kadar geri gidilebilecek ve bu gerçekleştiğinde temeldeki tüketici işleminin sonraki işlemlere uzanan etkisi onları TKHK kapsamına sokmaya yetecektir.

2. Kanun'da Yeni Bir Düzenlemeye Gidilmesi

Tüketici ile işlem yapan tüketicinin korunması düşüncesi kabul edilir ve fakat tüketici işleminin yukarıdaki gibi bir etkisinin benimsenmesi uygun görülmezse, geriye artık Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da sonraki tüketicinin korunmasını da sağlayacak düzenlemeler yapmak yolu kalmaktadır. Bu maksatla tanımlar kısmına eklemeler yapılabileceği gibi, Kanun'un dördüncü maddesinde yer alan "Temel İlkeler" in içine sonraki tüketicinin de korunmasını sağlayacak bir hüküm konabilir.

III. Sonraki Tüketicinin Korunmasına İlişkin Bazı Hususlar

Sonraki tüketicinin TKHK ve ilgili mevzuat ile korunması kabul edilirse, bu korumanın sınırları ve kapsamı ile ilgili bazı hususlar şu şekilde tespit edilebilir:

1- Tüketici işleminin tarafı tüketici ile işlem yapan kişilerin, TKHK kapsamında korunabilmesi için, hiç kuşkusuz tüketici olmaları gerekir. Dolayısıyla tüketicinin edindiği malı, onu ticari veya mesleki faaliyetlerinde kullanacak bir kişiye devrettiği (sattığı veya bağışladığı) durumlarda bu kişi, tüketici olarak nitelendirilemeyeceğinden koruma kapsamında yer almayacaktır.

2- "Sonraki tüketici" ifadesinden sadece, tüketici işleminin tarafı olan tüketici ile işlem yapan ikinci tüketici anlaşılmamalıdır; bu ikinci tüketici ile sonradan işlem yapan tüketiciler de sonraki tüketici olarak kabul edilmelidir. Örneğin, satıcı S'den

satın aldığı malı tüketici T-1, ikinci tüketiciye (T-2) satmış o da tüketici sıfatı taşıyan T3'e bağışlamışsa, T-3 de sonraki tüketici olarak kabul edilmelidir.

3- İlk tüketici işleminden sonra araya bir başka tüketici işlemi girmişse, artık bundan sonraki işlemlerin ilk tüketici işlemi ile bağının koptuğu kabul edilmelidir. Böylece, satıcı S'den satın aldığı malı tüketici T-1, satıcı S-2'ye satmış o da T-2'ye satmış, T-2 de T-3'e bağışlamışsa, T-3'ün TKHK'dan yararlanmasını sağlayan tüketici işlemi S-2 ile T-2 arasındaki tüketici işlemi olacaktır. Dolayısıyla burada ikinci el satıştan sorumluluk gündeme gelecek ve örneğin zamanaşımının belirlenmesinde TKHK m. 12/2 uygulanacaktır. Kuşkusuz bu satıcı ile birlikte üretici ve ithalatçının müteselsil sorumluluğu (TKHK m. 11/2) devam edecektir.

4- Satıcı sonraki tüketici karşısında, işlem yaptığı tüketicinin karşısındakinden daha ağır bir konuma sokulmamalıdır. Dolayısıyla, kendisi tüketiciye malı 700 liraya satmış o ise sonraki tüketiciye 800 liraya satmış ise, ayıp nedeniyle bedelden indirim istendiğinde bu indirim 700 lira üzerinden¹⁸ yapılmalıdır¹⁹ 20.

¹⁸ Eğer satıcı malı 1000 liradan satmış, sonraki tüketici ise 800 liradan almış ise, bu durumda indirim 800 lira üzerinden yapılmalıdır.

¹⁹ Bu sonuçla karşılaşmak istemeyen sonraki tüketici, ayıp hükümlerine dayanarak ilk tüketiciye başvurabilir.

²⁰ Kuşkusuz sonraki tüketicinin satıcıya karşı ayıptan doğan haklarını nasıl kullanacağı sorunu ayrı bir incelemeyi gerektirebilir. Özellikle dönme hakkının kullanmayı tercih ettiğinde sonraki tüketicinin, ilk tüketici ile satıcı arasındaki sözleşmeyi sona erdirmeyi kabul uygun olmaz. Bu durumda olsa olsa bu sözleşmeden dönülmüş gibi, satıcının dönmenin sonuçlarına katlanması gerekir; (kendi sözleşmesindeki) satış bedeli, yargılama giderleri ve ayıplı maldan doğan doğrudan zararın giderilmesi gibi (TBK m. 229). Böyle bir sonuç teorik açıdan tartışmaya açık olmakla birlikte, pratik yönü de vardır. Sonraki tüketici ilk tüketiciye karşı dönme hakkını kullansaydı, TBK m. 229'a göre zararlarını ilk tüketici giderecekti ki, o da satıcıya karşı dönme hakkını kullandığında, sonraki tüketiciye yapmış olduğu ödemeleri satıcıdan talep edecekti. Bu yolla sonuçta dolaylı olarak sonraki tüketici kaynaklı zararları da karşılamak durumunda kalan satıcı, iş uzamadan –ilk tüketicinin talepleri de eklenmeden- ödeyeceği tutarla yüzleşebilecektir. Satıcının malı ilk tüketiciye taksitle sattığı, onun da malı sonraki tüketiciye peşin sattığı durumlarda –yukarıdaki gibi anlaşılacak- dönme hakkının satıcıya karşı kullanılması ayrıca sorun doğurabilir. “Satıcının sonraki tüketici karşısında, işlem yaptığı tüketicinin karşısındakinden daha ağır bir konuma sokulmaması” bir ilke olarak kabul edildiğinde, satıcının, sonraki tüketiciye, onun ilk tüketiciye ödediği bedeli peşin ödemesi beklenemez. Satıcı sadece kendisine yapılan taksit ödemelerinin toptan tutarından sorumlu tutulabilir. Kuşkusuz bu sonuçla karşılaşmak istemeyen sonraki tüketici, satıcıya değil, ilk tüketiciye karşı ayıptan sorumluluk hükümlerine başvurabilir ve bu yolla dönme hakkını kullanabilir. Bu hak hususunda mevcut hukuk düzeni ile (olan hukuk ile) en uyumlu çözüm ise, sonraki tüketicinin satıcıya karşı dönme hakkını kullanması -kullanmak istemesi- hâlinde, TBK m. 227/4 hükmünün devreye sokulmasıdır. TKHK m. 83/1 gereği uygulanabilecek olan bu hükme göre, “Alıcının, sözleşmeden dönme hakkını kullanması hâlinde, durum bunu haklı göstermiyorsa hâkim, satılanın onarılmasına veya satış bedelinin indirilmesine karar verebilir”. Bir başka çözüm yolu ise, üretici ve ithalatçının benzer bir sorumluluk hükmünün sonraki tüketici karşısında satıcının sorumluluğu için de kabul edilmesidir. Bilindiği gibi, üretici veya ithalatçıya karşı yalnız ücretsiz onarım veya malın ayıpsız misli ile değiştirilmesi hakları kullanılabilir (TKHK m. 11/2). Ancak, sorun sırf satış açısından değerlendirilmemeli; satıcının ayıptan sorumluluğuna ilişkin kurallara, bağışlama durumunda da gereksinim duyuldu-

5- Tüketicinin şahsının önemli olduğu işlemlerde, bunun gerektirdiği ölçüde sonraki tüketicinin korunmasından vazgeçilmelidir. Örneğin, satıcı/sağlayıcı, mal veya hizmetin niteliği gereği, ondan yararlanmadan önce tüketiciye bir kurs veya seminer veriyor olabilir. Bunun gibi, mal veya hizmet belirli bir alanda eğitime sahip kişilerin kullanımına yönelik olup bu özellik ürün sunulurken belirtilmiş olabilir. Her iki durumda da artık sonraki tüketicinin korunmasından tamamen ya da kısmen vazgeçilebilir.

6- İlk tüketiciye yönelik yerine getirilmekle sona eren borçlar/yükümlülükler açısından, artık sonraki tüketicinin bir hakkının varlığından söz edilemez. Örneğin TKHK m. 10/3'e göre, satışa sunulacak ayıplı mal üzerine ya da ambalajına, tüketicinin kolaylıkla okuyabileceği şekilde malın ayıbına ilişkin açıklayıcı bilgiyi içeren bir etiket konulmalıdır. İlk tüketici tarafından bu şekilde satın alınan malın, etiketinin çıkarılmış olarak sonraki tüketiciye satılmasından kuşkusuz satıcı sorumlu tutulamaz. Bunun gibi, ilk tüketiciye malın tanıtma ve kullanma kılavuzunu²¹ satıcı vermişse (TKHK m. 55), -ilk tüketici tarafından kendisine verilmemesi üzerine- sonraki tüketicinin artık satıcıdan bunları yeniden talep hakkı bulunmaz. Bununla birlikte satıcıdan ilk tüketiciye, ilk tüketiciden de ona intikal eden, tanıtma ve kullanma kılavuzundaki yanlış veya yanıltıcı bir bilgiden sonraki tüketici zarar görürse, durum farklı olacaktır. Yine, ilk tüketiciye kılavuz verilmediği için o da sonraki tüketiciye verememiş ve kılavuzun bulunmamasından²² bir zarar doğmuşsa bu zarar tazmin ettirebilmelidir.

7- İşin niteliği sonraki tüketicinin korunmasını gerektirmiyorsa, bu durumda artık Kanun'un ilk tüketiciye tanıdığı hakları sonrakine tanımaya da gerek kalmayacaktır. Dolayısıyla hükmün koruma amacının sonraki tüketici açısından gerçekleşmediği durumlarda, artık onun o hükümden doğan hakları kullanmasından da söz edilemeyecektir. Bu duruma, iş yeri dışında kurulan sözleşmeler (TKHK m. 47) ile mesafeli sözleşmeler örnek gösterilebilir. Mesafeli sözleşmeler, satıcı veya sağlayıcı ile tüketicinin eş zamanlı fiziksel varlığı olmaksızın, mal veya hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik olarak oluşturulmuş bir sistem çerçevesinde, taraflar arasında

ğu burada anımsanmalıdır. Gerçekten de, daha önce değinilen, bağışlamada ayrıca garanti sözü verilmedikçe ayıptan sorumlu olunmayacağı kuralı (TBK m. 292/2) bir yana; bağışlayan, bağışlamadan doğan zarardan da bu zarara ağır kusuruyla sebep olmadıkça sorumlu olmaz (m. 292/1). Sonraki tüketicinin ayıp hükümlerine başvurarak dönme hakkını kullanabilmesi ve bu yolla zararlarının bir kısmını kusursuz sorumluluk bir kısmını ise kusur karinesi altında satıcıya tazmin ettirebilmesi (m. 229) bu nedenle önemlidir. Aynı şekilde, TKHK m. 11/6 gereği tüketicinin (diğer) seçimlik haklarını kullandığında da TBK hükümleri uyarınca tazminat talep edebilmesi ve bu tazminat için kusurun ağırlığının aranmaması, bağışlamaya ilişkin hükümlerle erişilemeyen bir korumayı sonraki tüketiciye sağlayacaktır. Konunun bu boyutu da gözden kaçırılmamalıdır.

²¹ Tanıtma ve kullanma kılavuzu, "tüketicinin kullanımına sunulan malların tanıtım, kullanım, kurulum, bakım ve basit onarımına ilişkin kılavuzu ve gerektiğinde uluslararası sembol ve işaretleri kapsayan etiketi" ifade eder (Tanıtma ve Kullanma Kılavuzu Yönetmeliği m. 4/g, RG 13.06.2014, sayı: 29029).

²² "Türkçe tanıtma ve kullanma kılavuzlarının hazırlanması sorumluluğu üretici ve ithalatçıya; tüketiciye verilmesi ve teslim edildiğinin ispat sorumluluğu ise satıcıya aittir" (TKHK m. 55/4).

sözleşmenin kurulduğu ana kadar ve kurulduğu an da dâhil olmak üzere uzaktan iletişim araçlarının kullanılması suretiyle kurulan sözleşmelerdir (TKHK m. 48). Bu sözleşmelerde tüketiciye on dört gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin sözleşmeden cayma hakkı tanınmıştır (m. 48/4). Bu şekilde malı edinen tüketicinin, daha sonra tarafların eş zamanlı fiziksel varlığında o şeyi bir başka tüketiciye sattığı durumlarda artık ne uzaktan iletişim araçları ile yapılan bir sözleşme vardır ne de sonraki tüketici malı görmeden, incelemeyen edinmiş olmaktadır. Dolayısıyla bu özel durumlara karşı, hükümle sağlanmaya çalışılan korumadan, sonraki tüketicinin yararlandırılmasına gerek bulunmamaktadır. Böylece, ilk tüketicinin mesafeli sözleşme yoluyla edindiği malı dokuz gün sonra sattığı sonraki tüketicinin, satıcıya karşı kullanacağı bir cayma hakkından söz edilemez.

IV. Yargı Kararlarında Sonraki Tüketicinin Korunması

4077 sayılı önceki TKHK'nın yaklaşık 19 yıllık yürürlük döneminde, sonraki tüketici ile ilgili bazı uyuşmazlıklar yargı kararlarına yansımıştır. Bu kararlar, doğal olarak, yargısal içtihadın sonraki tüketicinin korunmasına yaklaşımı hakkında fikir vericidir:

-Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun (HGK) 2005 tarihli kararına²³ konu olan olayda, tüketici sıfır kilometre olarak satın aldığı otomobili bir başka tüketiciye (davacı) satmıştır. Araçta ayıp ortaya çıkması üzerine, davacı otomobilin gizli ayıp nedeniyle yenisi ile değiştirilmesini talep etmiş, yerel mahkeme zamanaşımının varlığından bu istemi reddetmiştir. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi ise zamanaşımının gerçekleşmediğinden bahisle kararı bozmuştur²⁴. HGK da Daire kararı doğrultusunda, direnme kararını bozmuştur.

Dava hem satıcı firma, hem de ithalatçı ve üreticiye karşı açılmıştır. Bu davada davalılar, diğer iddiaların yanında; yetkili bayi tarafından aracın davacıdan başka bir kişiye satıldığını, davacıya doğrudan satış söz konusu olmadığını, davacının aracı üçüncü kişiden satın aldığını, davanın şirketlerine ve onun bayiine yöneltilemeyeceğini, aracı ilk satın alan tarafından ortaya konulan bir gizli ayıp bulunmadığını, bu nedenle öncelikle davanın husumetten reddini, davanın muhatabının davacının aracı satın aldığı kişi (ilk tüketici) olması gerektiğini ileri sürmüşlerdir.

Yerel mahkeme, davacı tüketici ile sözleşme ilişkisi içinde olmadığından satıcı firmanın davada hasım olamayacağına kanaat getirmiştir. Mahkemeye göre, malın bir acenteden satın alınmış ve el değiştirmemiş olduğu durumlarda acenteye karşı değiştirme talebi ileri sürülebilir. Mal el değiştirmiş ise, bunun muhatabı ya ilk alıcı (yani ilk tüketici) ya da malı üreten veya ithal eden kişi olabilir.

²³ 05.10.2005 T., E. 2005/4-487, K. 2005/553 (Hukuk Türk Mevzuat İçtihat Bilgi Bankası; Kazancı İçtihat Programı).

²⁴ 08.03.2004 T., E. 2003/6837, K. 2004/2852 (bak. dn. 24).

HGK, dava konusu otomobilin garanti belgesi ile satılmak zorunda olan sanayi mallarından olduğunu belirttikten sonra, somut olayda üreticinin araca otuz yıl garanti vermiş olduğunu tespit etmiştir. Yerel mahkemece de zikredilen “garanti kişiyi değil ürünü takip eder” ilkesiyle uyumlu şekilde, otomobilin garanti süresi içinde el değiştirmesi durumunda garanti borcunun ortadan kalkmadığı, (*sonradan*) *satın alan tüketicinin* de garanti kapsamında yararlanma olanağının bulunduğunu ifade etmiştir. Gerek 4. HD’nin gerekse HGK’nın kararında, yerel mahkemenin satıcı firmayı sorumlu tutmayan anlayışını açıkça reddeden bir görüş bulunmamaktadır.

- HGK’nın yine 2005 tarihli bir başka kararına²⁵ konu olan olayda da, aynı zamanda ithalatçı olduğu anlaşılan bir firmadan otomobili sıfır kilometrede alan tüketici onu bir başka tüketiciye satmış, tüketici de gizli ayıbın varlığına dayanarak aracın yenisi ile değiştirilmesini talep etmiştir. Mahkeme gizli ayıbın bulunduğundan hareketle istemi kabul etmiştir. HGK, onarım hakkının kullanmasından sonra, 4077 sayılı TKHK’nın garanti ile ilgili maddelerinde belirtilen koşulların oluşması hâlinde, artık aynı Kanunun 4. maddesinde sayılan ayıptan doğan seçimlik haklardan bir diğerinin kullanabileceğini de belirterek, yerel mahkemenin değerlendirmelerini hukuka aykırı görmemiştir²⁶.

-Yargıtay 4. HD 2008 tarihli bir kararında, otomobili satıcıdan alan kişiden alandan satın alan (3. alıcı) kişinin, ayıp nedeniyle malın bedelinin iadesi istemi ile açtığı davaya tüketici mahkemesinin bakamayacağını şu gerekçelerle ifade etmiştir: “Davaya konu aracın garanti belgesinde üretimden kaynaklanan hatalar için 1 yıl garanti süresi belirlendiği anlaşılmıştır. Davacının garanti süresi dışında ve 2. el araç sahibi sıfatı ile 4077 Sayılı Kanun kapsamında Tüketici Mahkemelerinde dava açması mümkün değildir”²⁷.

-HGK’nın 2009 tarihli bir kararı²⁸ ise, yargısal içtihadın tüm bu kararlara yansıyan genel anlayışını ortaya koyar niteliktedir:

“.....eldeki dava, davalılardan ... tarafından üretilip, dava dışı yetkili bayi tarafından yine dava dışı bir kişiye satılan ve el değiştirmeler sonucunda davacının mülkiyetine geçip, adına trafiğe kaydedilen otomobildeki ayıplar nedeniyle, üreticinin 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da düzenlenen sorumluluklarına dayanılarak açılmıştır.

.....ortaya çıkan ayıp gizli ayıp niteliğinde ise, garanti süresinin dolmuş olması

²⁵ 22.06.2005 T., E. 2005/4-309, K. 2005/391 (HukukTürk Mevzuat İçtihat Bilgi Bankası; Kazancı İçtihat Programı).

²⁶ Olayda mahkeme kararı, 4. HD tarafından bu hukuki değerlendirmelerden farklı bir noktada bozulmuştur. Bu nedenle, bu makalenin konusu ile ilgili kısım açısından, 4. HD’nin kararda geçen görüşten ayrılan bir niteliğinden yoksundur (15.09.2003 T., E. 2003/9405, K. 2003/10034, HukukTürk Mevzuat İçtihat Bilgi Bankası).

²⁷ 23.09.2008 T., E. 2007/14396, K. 2008/10898 (HukukTürk Mevzuat İçtihat Bilgi Bankası).

²⁸ 25.11.2009 T., E. 2009/13-542, K. 2009/551 (HukukTürk Mevzuat İçtihat Bilgi Bankası).

sorumluluğu ortadan kaldırmaz. Böylesi bir durumda, alıcı (malik) 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümlerine dayanarak hak talebinde bulunma olanağına sahiptir.

.....yerel mahkemece, öncelikle, dava konusu araçta var olduğu davacı tarafça ileri sürülen ayıpların garanti süresi içerisinde ortaya çıkmış olup olmadıklarının yöntemince araştırılıp, saptanması; bunların garanti süresi içerisinde ortaya çıktıklarının saptanması halinde davaya bakma görevinin kendisine ait olduğunun benimsenmesi; eğer bu ayıplar garanti süresinin dolmasından sonra ortaya çıkmış iseler, bu kez, gizli ayıp niteliğinde olup olmadıklarının yine yöntemince ve bilirkişi aracılığıyla belirlenmesi, gizli ayıp niteliğinde olmaları halinde de yine görevin benimsenmesi ve davaya devam olunması, aksi takdirde şimdiki gibi görevsizlik kararı verilmesi gerekirken,direnme kararı verilmesi usul ve yasaya aykırıdır”.

-Özetlemek gerekirse, yargısal içtihadın sonraki tüketicinin korunmasından yana olduğu, özellikle garanti süresi içindeki ayıplar²⁹ için bu korumayı kabul ettiği, garanti süresi dışında gerçekleşen gizli ayıplar için de aynı görüşü sürdürdüğü söylenebilir. Diğer yandan bu denli net olmasa da, ikinci el satışlarda satıcının sorumluluğunun ortadan kalktığı, bu nedenle üretici ve varsa ithalatçının sorumluluğuna gidilebileceği anlayışı da içtihadı yansıtmaktadır. Ayrıca -işin başına dönülürse- yargının, tüketici sıfatının kazanılması için muhakkak tüketici işleminin varlığını aramadığı; işlemin diğer tarafına bakılmaksızın, bir malı (ya da hizmeti) ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen kişilerin kararlarda tüketici olarak kabul edildiği³⁰ burada son olarak vurgulanmalıdır.

Yargıtay’ın bu söylenenler yönünde bazen de bu tespitlerden ayrılan, çalışmada yer verilmeyen başka kararları da vardır³¹.

²⁹ Garanti ve ayıptan sorumluluk hükümleri arasındaki ilişki ve farklar hakkında bak. Baykan, 301-302.

³⁰ “Davacının, aynı maddenin (1) bendi anlamında ‘tüketici’ olarak kabul edilip, edilemeyeceğine gelince; önemle belirtilmelidir ki; anılan hükmün, bir gerçek veya tüzel kişinin tüketici olarak kabul edilebilmesi için aradığı tek koşul, onun bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinmiş, kullanmış veya yararlanmış olmasıdır. Somut olaydaki gibi, bir malın satın alınmasının söz konusu olduğu hallerde, malın alıcı tarafından daha sonra başkasına ve hatta onun tarafından da başkalarına satılmış olması, dahası son satıcının metni yukarıda bulunan (f) bendi anlamında satıcı niteliğini taşıması, garanti süresi dolmuş olmadıkça, son alıcı sıfatıyla o malın maliki olan gerçek veya tüzel kişinin tüketici sıfatı taşımasına engel değildir. Başka bir ifadeyle; kanunun aradığı anlamda ‘tüketici’ niteliğinde bulunan bir kişi, malı ticari veya mesleki faaliyetleri kapsamında tüketiciye mal sunan gerçek veya tüzel kişi niteliği taşımayan, dolayısıyla kanun anlamında ‘satıcı’ olarak kabul edilemeyecek durumda bulunan bir kişiden satın almış dahi olsa, malın garanti süresi içerisinde üreticiye karşı kanundan kaynaklanan haklarını ileri sürme ve kullanma olanağına sahiptir. Otomobil, garanti belgesi ile birlikte satılması zorunlu olan bir maldır ve garanti süresi içinde el değiştirmesi durumunda dahi garanti borcu ortadan kalkmaz; satın alan tüketici de sağlanan garantiden yararlanabilir.” Yargıtay HGK 25.11.2009 T., E. 2009/13-542, K. 2009/551 (HukukTürk Mevzuat İçtihat Bilgi Bankası).

³¹ Örneğin bak. Yargıtay 4. HD, 14.05.2009 T., E. 2008/4845, K. 2009/6847 (Kazancı İçtihat

SONUÇ

Tüketici ile işlem yapan kişiler de, eğer ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket ediyorlarsa tüketicidirler. Çoğu zaman onların da benzer nedenlerle, ilk tüketiciler gibi korunma gereksinimi vardır. Dolayısıyla Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve ilgili mevzuattan, sonraki tüketicilerin korunmasında da yararlanılmalıdır.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun tüketici işlemlerini kapsamına aldığından, ilk tüketici ile sonraki tüketici arasındaki işlemi Kanun'un kapsamına sokmakta sorun vardır. Bu sorun, ilk tüketicinin malı edinmesine dayanak olan tüketici işleminin art etkisinin kabulü ile ya da Kanun'a sonraki tüketicinin korunmasını açıkça öngören bir hüküm eklenmek suretiyle aşılabılır.

Sonraki tüketicinin korunması uygulamada görülüyor değildir. Ancak sistemleştirilmesi ve teorik alt yapıya kavuşturulması gerekir. Bu maksatla sonraki tüketicinin korunması ile ilgili bazı ilkeler oluşturulabilir, önerilebilir: Öncelikle, işlemin niteliği dolayısıyla ilk tüketicinin karşı karşıya kaldığı tehlike ile sonraki tüketici karşılaşmıyorsa, artık sonraki tüketicinin özel olarak (TKHK ile) korunmasından da söz edilmemelidir. Buna işyeri dışında yapılan sözleşmeler ve mesafeli satışlar örnekler. Bunun gibi, bazı durumlarda, ilk tüketiciye karşı sorumluluklarını yerine getiren satıcının, üreticinin veya ithalatçının, sonraki tüketiciye karşı ayrıca bir sorumluluğu doğmamalıdır. Tanıtma veya kullanma kılavuzunun hazırlanmış ve ilk tüketiciye verilmiş olması böyledir. Yine, tüketicinin şahsının önemli olduğu işlemlerde, bunun gerektirdiği ölçüde sonraki tüketicinin korunmasından vazgeçilmelidir. Ayrıca, sonraki tüketici karşısında satıcı, işlem yaptığı tüketicinin karşısındakinden daha ağır bir konuma sokulmamalıdır.

KAYNAKÇA

- Aral, F./Ayrancı, H.: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkiler, 9. baskı, İstanbul 2012.
- Aslan, İ.Y.: 6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku, 4. baskı, Bursa 2014.
- Aslan, İ.Y.: Tüketici Hukuku, 2. baskı, Bursa 2004.
- Baykan, R.: Tüketici Hukuku, Mevzuata ilişkin Yorum-Eleştiri-Öneri, 2. baskı, İstanbul 2005.
- Eren, F.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2004.
- Gümüş, M. A.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 3. Bası, İstanbul 2013.
- Gümüş, M. A.: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Cilt:1, İstanbul 2014.

Programı); Yargıtay 4. HD, 13.03.2008 T., E. 2008/1800, K. 2008/3308 (HukukTürk Mevzuat İçtihat Bilgi Bankası); Yargıtay 4. HD, 17.11.2008 T., E. 2008/4021, K. 14052 (HukukTürk Mevzuat İçtihat Bilgi Bankası); Yargıtay 13. HD., 21.04.2009 T., E. 2008/15699, K. 2009/5532 (HukukTürk Mevzuat İçtihat Bilgi Bankası).

İnal, H. T.: Tüketici Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2014.

Kazgurt, A.: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Taşınır Satış Sözleşmesinde Satıcının Ayrıptan Sorumluluğu, *Terazi Dergisi*, Cilt: 9, Sa. 100, 2014, s. 275-284.

Ozanoğlu, H. S.: Mukayeseli Hukuk ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Tüketiciyi Koruyan Düzenlemelerin Kişi Bakımından Uygulanma Alanı (Tüketici Kavramına Mukayeseli Bir Yaklaşım), Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 663-691.

Yavuz, C./Acar, F./Özen, B.: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 9. baskı, İstanbul 2014.

Yavuz, N.: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, 2. baskı, Ankara 2010.

Zevkliler, A./Aydoğdu, M.: Tüketicinin Korunması Hukuku, 3. baskı, Ankara 2004.

Zevkliler, A./Gökyayla, K. E.: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 14. bası, Ankara 2014.

KANUNA KARŞI HİLE ÖRNEĞİ OLARAK VADE FARKI VE GECİKME CEZASI

(Delay Interest and Penalty For Delay As Fraud Against Law)

Prof. Dr. M. Murat İNCEOĞLU*
Ar. Gör. Yasemin KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK**

ÖZET

Türk Borçlar Kanunu bir yandan temerrüt faizinin miktarı konusunda azami bir miktar öngörmekte, öte yandan da birleşik faiz yasağı getirmektedir. Oysa sözleşme gecikme cezası veya vade farkı kararlaştırılması, bu sınırlama ve yasakların dolanılması anlamına gelmekte ve bu durum kanuna karşı hile teşkil etmektedir.

Anahtar kelimeler: Gecikme cezası, Vade farkı, Temerrüt faizi, Birleşik faiz yasağı, Kanuna karşı hile

Abstract

Turkish Code of Obligations sets a limit for default interest and prohibits interest on interest. However contractual provisions on delay interest and penalty for delay may let parties to avoid those limits and prohibitions and therefore constitute fraud against law.

Keywords: Penalty for delay, Delay interest, Default interest, Prohibition of interest on interest, Fraud against law

1. Vade Farkı

a. Kavram

Vade farkı sözleşmede kararlaştırılmış olan bedelin vadesinde ödenmemesi durumunda söz konusu bedel üzerine oransal olarak eklenecek olan miktardır¹. Vade farkı para borcunun ifası tarihine kadar geçecek olan süreye bağlı olarak asıl alacağın

* İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

** İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

¹ **Engin, Bâki İlkay**, Fatura veya Teyit Mektubunda Yer Alan Vade Farkı Kaydına İtiraz Edilmesinin Sonuçları, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 2003, Cilt 61, S.1-2, s.260.

yüzdesi olarak kararlaştırılmaktadır². Örneğin bir doğalgaz dağıtım sözleşmesinde para borcunun faturada belirtilen tarihten sonra ifası halinde aylık yüzde beş vade farkının ödenmesinin kararlaştırılması halinde durum böyledir.

Türk Borçlar Kanunu'nda, vade farkına ilişkin bir düzenlenme yer almamaktadır. Bununla birlikte uygulamada tarafların, özellikle satım sözleşmelerinde³, para borcunun zamanında ifa edilmemesi hali için vade farkı adı altında bir takım düzenlemeler getirmekte oldukları görülmektedir⁴. Vade farkı uygulamasına özellikle faturalarda yer verildiği görülmektedir. Ancak sözleşmede bir düzenleme olmadığı halde faturada vade farkına yer verilmesi ve faturaya eklenen vade farkına itiraz edilmemesi durumunda, bunun geçerli olup olmayacağı gerek doktrinde⁵, gerekse de Yargıtay kararlarında⁶ tartışmalıdır.

Vade farkının iki şekilde kararlaştırılması mümkün olabilir. Bunlardan ilkinde vade farkının, ifa tarihinin daha baştan ileri bir tarihe ötelenmesi nedeniyle ödenmesi gerekirken, diğerinde ise kararlaştırılan vade tarihinde ifanın gerçekleştirilmemesi, diğer bir ifadeyle ifada gecikme nedeniyle ödenmesi gerekir. Bir satım sözleşmesinde alıcının sözleşmede kararlaştırılmış olan vade tarihinde borcunu ifa etmemesi halinde her ay için yüzde on vade farkı ödeyeceği şeklinde yapılmış olan bir anlaşma ikinci duruma, yani ifanın vadesinde gerçekleştirilmemesi halinde ödenecek olan vade farkına örnek olarak gösterilebilir. Bununla birlikte aynı satış sözleşmesi, peşin ödeme durumunda 10.000 TL, taksitle ödenmesi durumunda 11.000 TL ödenecek şekilde yapılırsa bu durumda aradaki 1.000 TL'lik fark yine vade farkı olacak ancak yukarıda verilen ilk hale, yani vade tarihinin ötelenmesi durumuna örnek olacaktır.

² **Bahtiyar, Mehmet**, Sözleşmede Vade Farkı Kaydı ve Bu Kayda Dayalı Alacağın Hukuki Niteliği, Ünal Tekinalp'e Armağan, C. 1, İstanbul 2003, s.48. Yargıtay, İçtihadı Birleştirme Kararı'nda vade farkı, "özellikle tacirler arasındaki ilişkilerde, süresinde ödenmeyen mal ve hizmet bedeli dolayısıyla, alıcının faiz dışında ödemek zorunda kaldığı ve sözlü akdin inkadı sırasında taraflarca kararlaştırılmış ek bir miktar" olarak tanımlamıştır. Yarg. İBK. 27.06.2003, 1/ 1 (www.kazanci.com).

³ Vade farkına ilişkin düzenlemeler genellikle satım sözleşmelerinde karşımıza çıkmakla beraber taraflardan birinin borcunun bir miktar para ödemek olduğu diğer sözleşme türlerinde de bu tür hükümlere rastlanılması mümkündür. **Bahtiyar**, s.47.

⁴ Vade farkı taraflarca sözleşmede açıkça kararlaştırılmış olmasa da tarafların arasında bir teamül bulunması durumunda Yargıtay bazı kararlarında vade farkı talebini kabul etmektedir. Bkz. Yarg. 19. HD. 02.05.2005, 1/ 4890 (www.kazanci.com); Yarg. 15. HD. 14.12.2009, 6128/ 6805 (www.kazanci.com).

⁵ Tartışma için bkz. **Engin**, s.257 vd.; **Ünal, Oğuz Kürşat**, TK. m. 23 uygulamasında Faturada Vade Farkı Kaydı, Ünal Tekinalp'e Armağan, cilt 1, İstanbul 2003, s.48; **Biyan, Özgür**, Faturalarda Yer Alan "Gecikme Halinde Vade Farkı Alınır" Şerhinin Hukuki Bağlayıcılığı, Mali Çözüm, Eylül – Ekim 2008, s.103 vd.; **Aydemir, Efrail**, Hukuk Uygulamasında Faiz, Ankara 2011, s.183 vd.

⁶ Yargıtay'ın farklı yöndeki kararları için bkz. Yarg. İBK. 27.06.2003, 1/ 1 (www.kazanci.com); Yarg. 19. HD. 22.10.1996, 2687/ 9344 (www.kazanci.com).

Bununla birlikte, her iki ihtimalde de vade farkı, para alacağına geç ulaşan alacaklı için bu yoksunluğun bir karşılığı olarak kararlaştırılmakta ve taraflardan birinin para borçlusu olduğu durumlarda gündeme gelmektedir. Alacaklının sözleşmeye vade farkına ilişkin bir hüküm eklemek istemesinin altında yatan neden, bir yandan enflasyon nedeniyle paranın değerinin düşmesi halinde ortaya çıkabilecek zarardan korunmak⁷, öte yandan da borçluyu zamanında ifaya sevk etmektir. Bunun doğal bir sonucu olarak vade farkı genellikle Türk Lirası üzerinden yapılan sözleşmelerde karşımıza çıkmaktadır⁸. Ancak döviz üzerinden yapılan sözleşmelerde her ne kadar paranın değer kaybetme ihtimali daha düşük olsa da, alacaklının alacağına geç kavuşuyor olmasının bir karşılığı olarak ve borçluyu zamanında ifaya sevk etmek için vade farkının kararlaştırılmasına rastlanmaktadır⁹.

Vade farkı kanunen düzenlenmemiş ve yargı kararlarıyla geliştirilmiş bir kurum olduğundan hukuki niteliğinin tespit edilmesi doktrinde tartışma yaratan bir husustur. Gerek doktrinde, gerekse Yargıtay kararlarında vade farkının hukuki niteliğine ilişkin farklı görüşler ileri sürülmüştür. Aşağıda bu konuda ileri sürülen görüşlere yer verilecektir. Ancak bundan önce ifade etmek gerekir ki, vade farkını temerrüt faizi olarak nitelendirmeyen yazarlardan bazıları, vade farkının talep edilebilmesi için borçlunun temerrüde düşmüş olmasının gerekmediğini, dolayısıyla vade tarihinden itibaren ihtara gerek olmaksızın vade farkının talep edilebileceğini savunmakta ve bu hususu vade farkının temerrüt faizinden ayrıldığı noktalardan biri olarak göstermektedirler¹⁰.

b. Vade Farkının Hukuki Niteliği

aa. Ceza Koşulu Görüşü

Vade farkının hukuki niteliğine ilişkin karşımıza çıkan ilk görüş, bunun bir ceza koşulu olduğu yönündedir¹¹. Bu görüşe göre vade farkı, borçlunun borcunu vade tarihinde ifa etmemesi durumunda ceza olarak ödemeyi taahhüt ettiği bir miktardır.

⁷ Her ne kadar vade farkı, alacaklının alacağına geç kavuşması yüzünden bir zarara uğramasını engellemek amacıyla taşıya da vade farkının talep edilebilmesi için alacaklının bir zarara uğramış olması aranmaz. **Bahtiyar**, s.47, 48.

⁸ **Bahtiyar**, s.47.

⁹ **Bahtiyar**, s.47.

¹⁰ **Battal, Ahmet**, Faturada Yer Alan Vade Farkı Kaydının Niteliği ve İtiraz Edilmemesi Halinde Sonuçları ile İlgili Yargıtay Uygulaması, XVI. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu (14 Mayıs 1999), Ankara 1999, s.88, 89; **Engin**, s.260. Ancak bu gibi hallerde vadenin çoğu zaman belirli olacağı, bu nedenle de borçlunun da zaten temerrüde düşmüş olacağı gözden uzak tutulmamalıdır. Diğer bir ifadeyle pratik olarak böyle bir fark çoğu zaman ortaya çıkmayacaktır.

¹¹ **Akran, Sabih**, XVI. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu (14 Mayıs 1999), Ankara 1999, s.107, 108; **İlhan, Cengiz**, Vade Farkı, <http://yoldashukuk.com/index.php?icerik=118>.

Ceza koşulunun asli amacı borçluyu zamanında ve gereği gibi ifaya zorlamaktır¹². Söz konusu görüş, vade farkında da aynı amacı görmektedir. Ancak bu noktada belirtmek gerekir ki, vade farkı ile benzerlik kurulan ceza koşulu Türk Borçlar Kanunu'nun 179. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiş olan ifa ile birlikte talep edilen ceza koşuludur. Zira vade farkı talep edilirken ifa da talep edilecektir.

Ceza koşulu ve vade farkının bazı ortak özelliklerinin bulunduğu doğrudur. Bunlar her ikisinin de asıl borcun feri niteliğinde olması ve talep edilebilmeleri için zarar ve kusurun aranmıyor olması olarak sayılabilir¹³. Bununla birlikte, para borçları açısından ceza koşulunun kararlaştırılıp kararlaştırılmayacağı doktrinde ve Yargıtay kararlarında tartışmalı bir husustur¹⁴. Vade farkı ise yalnızca para borçları açısından kararlaştırılabileceğinden, vade farkının hukuki niteliğinin ceza koşulu olduğu sonucuna varılabilmesi için öncelikle para borçları açısından ceza koşulunun kararlaştırılabilmesinin mümkün olduğunun kabulü gerekir.

bb. Temerrüt Faizi Görüşü

Vade farkının hukuki niteliğine ilişkin doktrinde¹⁵ ve Yargıtay¹⁶ kararlarında karşımıza çıkan diğer bir görüş ise bunun bir temerrüt faizi olduğudur¹⁷. Yargıtay

¹² **Serozan, Rona**, Sözleşmeden Dönme, Gözden geçirilmiş 2. Bası, İstanbul 2007, s.221; **Cansel, Erol/ Özel, Çağlar**, Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu, Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2014, S.19, s.713, 714; **Hatemi, Hüseyin/ Gökyayla, Emre**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 2. Bası, İstanbul 2012, s.345; **Kılıçoğlu, Ahmet M.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Bası, Ankara 2013, s.771; **Kabaklıoğlu, Yasemin**, Ceza Koşulunun Zarar ve Tazminatla İlişkisi, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.5.

¹³ **Bahtiyar**, s.49; **Akdoğan, Mahmut**, Vade Farkı ve Uygulaması, Ankara 2008, s.8.

¹⁴ Para borçlarının ceza koşuluna bağlanabilirliğine ilişkin tartışma için ayrıca bkz. **Ekinci, Hüseyin**, Özel Hukuk Sözleşmelerinde Ceza Koşulu, 2. Bası, Ankara 2015, s.38 vd.; **Kocağa, Köksal**, Türk Özel Hukukunda Cezai Şart (BK m. 158-161), Ankara 2003, s.85, 86. Yarg. HGK. 17.12.1971, 1505/ 85 (www.hukukturk.com), Yargıtay kararları için ayrıca bkz. **Karahasan, M. Reşit**, Para Borçlarında Cezai Şart, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt XL, Sayı 10, Ekim 1966, Medeni Kanunun 40. Yıldönümü Özel Sayısı, s.469 vd. Kanaatimizce para borçlarının ceza koşuluna bağlanması faize ilişkin olarak kanun koyucu tarafından getirilmiş olan düzenlemelerin dolandırılması sonucunu doğurabilecektir. **Kabaklıoğlu**, s.122.

¹⁵ **Arslan, Çetin/ Kırmızı, Mustafa**, Türk Hukukunda Faiz ve Munzam Zarar, Ankara 2004, s.26; Asıl alacağın vadesinden ödenmemesi hali için kararlaştırılan vade farkının temerrüt faizi olduğu yönündeki görüş için bkz. **Bahtiyar**, s.63. Aksi görüş için bkz. **Kaya, Arslan**, Adi ve Ticari İşlerde Faiz, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, cilt LIV, 1994, s.348.

¹⁶ Yarg. 15. HD. 1.10.1992, 3074/ 4442 (www.hukukturk.com); Yarg. 11. HD. 28.3.1991, 9073/ 2221 (**Arslan/ Kırmızı**, s.17).

¹⁷ Vade farkının hukuki niteliğinin faiz olup olmadığı yönünde İslam Hukukunda da tartışma vardır. Bu tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Gözübenli, Beşir**, İslam Borçlar Hukukuna Göre Vadeli Satışlar ve Selem, Vadeli Satışlarda Vade Farkı Problem, Atatürk Üniversitesi İlahiyat Tetkikleri Dergisi, S.13, 1997, s.5-20.

birçok kararında vade farkını temerrüt faizi olarak nitelendirmiştir. Gerçekten de vade farkı ve temerrüt faizi, oransal olarak belirlenmeleri ve süreye bağlı olarak işlemleri açısından benzerlik göstermektedirler¹⁸. Ayrıca her ikisi de alacaklının geç ifa nedeniyle uğradığı zararın giderilmesini amaçlamaktadır ve ne vade farkının ne de temerrüt faizinin talep edilebilmesi için bir zararın meydana gelmesi ve bu zararın ispatı gerekmez. Her ikisi de paradan mahrum kalmanın karşılığı niteliğindedir.

Bununla birlikte temerrüt faiziyle arasında ilişki kurulan vade farkının, borcun vadesinde ifa edilmemesi durumunda ödenmesi hususunda anlaşılan vade farkı olduğuna dikkat çekmek gerekir. Vade tarihinin ötelenmesi nedeniyle arada geçen süre için kararlaştırılan vade farkı açısından ortada bir temerrüdün varlığından söz edilemez.

cc. Anapara Görüşü

Vade farkının hukuki niteliğine ilişkin doktrinde ve Yargıtay kararlarında karşımıza çıkan diğer bir görüş ise vade farkının hukuki niteliğinin anapara olduğu yönündedir. Bu görüşe göre anapara olarak kabul edilen vade farkı, vadesinde ifa edilmeyen para borcu için kararlaştırılan bir oran değil, ötelenmiş olan vade nedeniyle ödenmesi gereken bir miktardır¹⁹. Yargıtay'ın da bu yönde kararları bulunmaktadır²⁰.

Örneğin bir malın peşin alınması halinde ödenecek miktarla, taksitle alınması durumunda ödenecek miktar arasında fark olabilir. Aradaki bu fark ise vade farkı olarak adlandırılır. Bu görüş uyarınca vadenin ötelenmesi nedeniyle kararlaştırılan vade farkı, verilmiş olan süre nedeniyle edimin karşılığının artırılmasından başka bir şey değildir. Bununla birlikte, her ne kadar taraflar vadenin ötelenmesi konusunda anlaşmış olsalar da, borçlu borcunu bu vadeden önce ifa etmek isteyebilir.

Vade farkının anapara olarak kabul edilmesinin bir sonucu olarak, kararlaştırılan vade farkının ödenmemesi durumunda, borçlunun Türk Borçlar Kanunu'nun 84. maddesi uyarınca kısmi ifada bulunmuş olacağı ifade edilmektedir²¹. Zira bu görüşe göre, vade farkı ferî bir alacak değil, asıl alacağın bir parçası niteliğindedir.

¹⁸ Bahtiyar, s.51.

¹⁹ Aydoğdu, Murat/ Ayan, Serkan, Türk Borçlar ve Türk Ticaret Hukuku'nda Yer Alan Faiz ile İlgili Düzenlemeler, 2. Bası, Ankara 2014, s.9.

²⁰ Yarg. 19. HD. 17.06.2010, 12595/ 7747 (www.hukukturk.com); Yarg. 15. HD. 14.12.2009, 6128/ 6805 (www.kazanci.com); Yarg. İBK. 27.06.2003, 1/ 1 kararının karşı oy yazısında bu görüşe yer verilmiştir (www.kazanci.com); Yarg. HGK. 17.11.1999, 19-933/ 950 (Arslan/Kırmızı, s. 18); Yarg. HGK. 14.04.1999, 11-207/ 215 (www.kazanci.com); Yarg. 19. HD. 22.10.1996, 2687/ 9344 (Arslan/ Kırmızı, s. 17).

²¹ Bahtiyar, s.58.

dd. Anapara Faizi Görüşü

Vade farkının hukuki niteliğine ilişkin ortaya atılan diğer bir görüş ise vade farkının anapara faizi olduğu yönündedir²². Bu görüş kaynağını Türk Borçlar Kanunu'nun veresiye satışlara ilişkin 234. maddesinin 2. fıkrasında bulmaktadır. Söz konusu hükme göre: *“Faiz istenebileceği konusunda bir teamül varsa veya alıcı maldan ürün ya da diğer verimler elde etme imkânına sahip ise ya da belirli günün geçmesiyle temerrüdün gerçekleşmesi durumunda, ayrıca bir ihtara gerek olmaksızın satış bedeline faiz istenebilir”*.

Bu görüşe göre, söz konusu düzenleme ile bir vade farkı öngörülmüş olup, hükmünde geçen faiz ifadesi anapara faizi anlamına gelmektedir²³. Diğer bir anlatımla, vade tarihinin ötelendiği haller için kararlaştırılan vade farkı, malın zilyetliğinin alıcıya geçmesinden sonra karşı edimin ifa edilmesi için bir süre kararlaştırılması ve kararlaştırılan bu süre içerisinde satıcının paradan yoksun kalması nedeniyle isteyebileceği bir karşılık, yani anapara faizidir²⁴. Bununla birlikte bu görüşteki yazarlardan bazıları, kararlaştırılan her türlü vade farkının anapara faizi olarak nitelendirilemeyeceğini belirtmektedir²⁵. Buna göre Türk Borçlar Kanunu'nun 234. maddesinin 2. fıkrası, sadece vade tarihinin ötelenmiş olduğu vade farkları için bir kaynak oluşturmaktadır.

2. Gecikme Cezası

a. Kavram

Gecikme zammı olarak da adlandırılan gecikme cezası hukukumuzda esasen Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun'da öngörülmüştür. Söz konusu Kanun'un 51. maddesinin 1. fıkrasına göre, *“Amme alacağının ödeme müddeti içinde ödenmeyen kısmına vadenin bitim tarihinden itibaren her ay için ayrı ayrı % 4 oranında gecikme zammı tatbik olunur”*.

Bunun yanı sıra 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 89. maddesinin 2. fıkrasına göre, *“Kurumun prim ve diğer alacakları süresi içinde ve tam olarak ödenmezse, ödenmeyen kısmı sürenin bittiği tarihten itibaren ilk üç aylık sürede her bir ay için % 3 oranında gecikme cezası uygulanarak artırılır”*. Son olarak 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nun 120. maddesine göre, *“Noterler 119 uncu maddede gösterilen süre içinde vergi, resim ve harçlar ile değerli kağıt bedellerini ilgili daireye yatırmadıkları... takdirde, yatırma için tanınan son günü izleyen ilk 30 gün içindeki yatırımlarda % 10, müteakip her 30 gün için ise ayrıca % 2 gecikme zammı öderler”*.

²² **Helvacı, Mehmet**, Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı, İstanbul 2000, s.84; **Bahtiyar**, s.63.

²³ **Helvacı**, s.84, 119; **Bahtiyar**, s.59.

²⁴ **Bahtiyar**, s.61.

²⁵ **Bahtiyar**, s.61.

Görüldüğü üzere tüm bu hallerde kamu alacaklarının tahsilini sağlamak amacı vardır²⁶. Ancak bu kavram daha sonra kamu alacaklarının tahsili amacının ötesine geçmiş ve özel hukuk sözleşmelerinde, özellikle abonelik sözleşmelerinde gecikme zammı ifadesine yer verilmeye başlanmıştır. Sözleşmede gecikme cezasının kararlaştırıldığı hallerde, aynen vade farkında olduğu gibi, gecikmenin ortaya çıkmasından sonra anaparaya süreye bağlı olarak belli bir oranda ekleme yapılmaktadır²⁷.

b. Hukuki Niteliği

Gecikme cezasının hukuki niteliği üzerinde vade farkından farklı olarak detaylı hukuki incelemeler yapılmamışsa da konu yine de tartışmalıdır. Aydemir'e göre, "*gecikme zammı, niteliği itibarıyla gecikme faizi ile eş değerdedir*".²⁸ Yargıtay'ın da pek çok kararında bu görüşü savunduğu görülmektedir²⁹.

Buna karşılık bazı yazarlar, gecikme cezasının temerrüt faizinden farklı olduğunu savunmaktadır³⁰. Bu görüşe göre gecikme cezası temerrüt faizi niteliğinde olmadığı için, borçlunun temerrüde düşmesi de aranmayacaktır³¹. Nitekim Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'ne göre, "*Sözleşmelerde kararlaştırılan gecikme zammı hukuki niteliği itibarıyla bir borcun gününde ödenmemesi halinde alacaklının gecikme zammı süresince borçluya tanıdığı vade karşılığı belirli bir oranda borca yapılan ilave olup, bu sürede borçlunun temerrüdünden söz edilemez*".³² Ancak bu görüşe göre, borçlunun temerrüde düşmesinden itibaren artık gecikme cezasına değil, temerrüt faizine hükmedilmesi gerekir. Diğer bir ifadeyle gecikme cezası temerrüde kadar işleyecek, temerrüt anından itibaren ise temerrüt faizine hükmedilecektir³³.

²⁶ **Ekinci**, s.199. Bununla birlikte doktrinde, Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 20. maddesinin 2. fıkrasında geçen "*Gider veya avans payını ödemeyen kat maliki hakkında, diğer kat maliklerinden her biri veya yönetici tarafından, yönetim planına, bu Kanuna ve genel hükümlere göre dava açılabilir, icra takibi yapılabilir. Gider ve avans payının tamamını ödemeyen kat maliki ödemede geciktiği günler için aylık yüzde beş, hesabıyla gecikme tazminatı ödemekle yükümlüdür*" ifadesinin de gecikme cezasını ifade ettiği savunulmuştur. **Karmış, Enver**, Uygulamalı Faiz ve Alacak Hesapları Hukuku, cilt I, Ankara 2007, s.185; **Aydemir**, s.188.

²⁷ **Helvacı**, s.91; **Aydemir**, s.187.

²⁸ **Aydemir**, s.191.

²⁹ Yarg. 3. HD. 11.02.2015, 21485/ 2072 (www.hukukturk.com); Yarg. 11. HD. 21.10.2004, 1104/ 10134 (www.hukukturk.com); Yarg. 11. HD. 24.11.1997, 7884/ 8466 (**Battal**, s.89); Yarg. 11. HD. 30.03.1998, 599/ 2246 (**Battal**, s.89); Yarg. 13. HD. 26.02.2004, 13684/ 2294 (YKD. 2004, S.6, s.897); Yarg. 13. HD. 23.09.2002, 6894/ 9351 (YKD. 2003, S.1, s.63); Yarg. HGK. 18.02.2004 10/ 94; Yarg. HGK. 16.06.2004, 19-357/ 360; Yarg. 19. HD. 09.11.2009, 9241/ 10302; Yarg. 19. HD. 14.03.2008, 7469/ 2468; Yarg. 10. HD. 11.03.2004, 10213/ 1798.

³⁰ **Helvacı**, s.92; **Deynekli/ Kısa**, s.17; **Karmış**, s.186.

³¹ **Deynekli/ Kısa**, s.17; **Aydemir**, s.190; **Karmış**, s.186. Yargıtay'ın da bu doğrultuda kararları vardır. Yarg. 19. HD. 02.10.1995, 564/ 7771 (**Deynekli/ Kısa**, s.305).

³² Yarg. 19. HD. 05.11.1999, 5004/ 6555 (**Deynekli, Emel/ Kısa, Sedat**, Faiz Hukuku, Ankara 2001, s.17, dipnot 11).

³³ **Aydemir**, s.190.

Gecikme cezasının hukuki niteliğine ilişkin olarak son bir görüş ise sözleşme ile kararlaştırılan gecikme cezasının esasen bir cezai koşul niteliğinde olduğunu savunmaktadır³⁴. Belirtmek gerekir ki, Yargıtay'ın da 1990 tarihli bu yönde bir kararı mevcuttur³⁵. Ancak yukarıda da ifade edildiği üzere, para borçları için cezai koşulun kararlaştırılmasının mümkün olup olmadığı son derece tartışmalı olup, bunun mümkün olmadığının kabul edilmesi halinde, hemen hemen her zaman para borçları için öngörülen gecikme cezasının cezai koşul olarak nitelendirilemeyeceği açıktır.

3. Para Borçlarında Gecikme Cezası ve Vade Farkı Uygulamasının Sakıncaları

a. Genel Olarak

Yukarıda detaylı olarak ele alındığı üzere, gerek vade farkının, gerekse de gecikme cezasının hukuki niteliği son derece tartışmalıdır. Ancak bu tartışmanın asıl önemi vade farkının ve gecikme cezasının bir temerrüt faizi veya anapara faizi olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği noktasında kendini göstermektedir. Zira vade farkının ve gecikme cezasının faiz olarak nitelendirilmemesi halinde, faiz miktarını sınırlayan Türk Borçlar Kanunu'nun 88. ve 120. maddeleri ile faize faiz işletilmesi yasağı öngören çeşitli hükümlerin uygulanması da mümkün olmayacaktır. Bu nedenle öncelikle söz konusu hükümlerin bu açıdan özel olarak ele alınmasında ve bu durumun yaratacağı sonuçların değerlendirilmesinde yarar bulunmaktadır.

b. Faizi İçin Öngörülen Üst Sınırın Aşılması

1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girmiş olan Türk Borçlar Kanunu faiz konusunda önemli sınırlamalara yer vermiş durumdadır. Anapara faizini düzenleyen Türk Borçlar Kanunu'nun 88. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, "*Sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık faiz oranı, birinci fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde elli fazlasını aşamaz*". Temerrüt faizini düzenleyen 120. maddenin 2. fıkrası da tarafların sözleşme ile temerrüt faiz oranı kararlaştırmalarına bir üst sınır getirmektedir. Söz konusu hükme göre, "*Sözleşmeyle kararlaştırılacak yıllık faiz oranı birinci fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde yüz fazlasını aşamaz*".

3095 sayılı Kanun'un 1. maddesine göre, yasal faiz oranı yıllık yüzde dokuzdur. Bu durumda Türk Borçlar Kanunu'nun 88. maddesi uyarınca anapara faiz oranının azami miktarı bugün için yüzde on üç buçuk olarak karşımıza çıkmaktadır. Türk Borçlar Kanunu'nun 120. maddesi ise, yasal faiz oranının yüzde yüz fazlasından daha

³⁴ **Kaya, Arslan**, Adi ve Ticari İşlerde Faiz, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 1994, cilt LIV, S.1-4, s.348; **Karmış**, s.186. Aksi görüşte, **Ekinci**, s.199.

³⁵ Yarg. 13. HD. 21.12.1990, 4196/ 9072 (www.hukukturk.com).

fazla bir temerrüt faiz oranı kararlaştırılmasını yasakladığına göre, temerrüt faiz oranının azami miktarı ise yüzde on sekizdir³⁶.

Ancak bu noktada Türk Ticaret Kanunu'nun 8. maddesine dikkat çekilmesi gerekir. Söz konusu hükme göre, "*ticari işlerde faiz oranı serbestçe belirlenebilir*". Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, bu hükme rağmen Türk Borçlar Kanunu'nun 120. maddesinde öngörülen sınırlamaların ticari işlerde de uygulama alanı bulup bulmayacağı gerek doktrinde, gerekse de Yargıtay içtihatlarında son derece tartışmalıdır. Yargıtay'ın farklı hukuki dairelerinin tam aksi istikamette kararlar verdikleri görülmektedir³⁷.

Sonuç olarak, ticari işler bakımından tartışmalı olsa dahi, Türk Borçlar Kanunu faiz konusunda üst sınırlar kabul etmiştir. Oysa para borçları açısından tarafların sözleşmede temerrüt faizi yerine vade farkı veya gecikme faizi kararlaştırmaları söz konusu faiz sınırlamalarının aşılmasına imkan tanımaktadır. Bu durumun ise kanun koyucunun iradesi ve tercihi ile ne derece bağdaşır olduğu son derece tartışmaya açıktır. Bu noktada Türk Borçlar Kanunu'nun 88 ve 120. maddelerinin emredici nitelikte hükümler olduğuna dikkat çekmek gerekir.

c. Faize Faiz İşlemesi Yasağının Aşılması

818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 104. maddesinin 3. fıkrasında olduğu gibi 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 121. maddesinin 3. fıkrası da temerrüt faizine faiz yürütülmesinin mümkün olmadığını açıkça vurgulamış durumdadır. Buna ek olarak, söz konusu husus 3095 sayılı Kanun'un 3. maddesinde de belirtilmiş durumdadır. Söz konusu hükme göre, "*Kanuni faiz ve temerrüt faizi hesaplanırken mürekkep faiz yürütülemez*".

Belirtmek gerekir ki, birleşik faiz hukukumuzda mutlak olarak yasaklanmış değildir. Nitekim yukarıda ele alınan 3095 sayılı Kanun'un 3. maddesinin 2. fıkrasında "*Bu konuya ilişkin Türk Ticaret Kanunu hükümleri saklıdır*" ifadesine yer verilmiştir. Gerçekten de Türk Ticaret Kanunu'nun 8. maddesinin 2. fıkrası uyarınca birleşik faize izin verilen haller mevcuttur. Buna göre, "*Üç aydan aşağı olmamak üzere, faizin anaparaaya eklenerek birlikte tekrar faiz yürütülmesi şartı, yalnız cari hesaplarla her iki taraf bakımından da ticari iş niteliğinde olan ödünç sözleşmelerinde geçerlidir*". Ancak görüldüğü üzere bu hallerden hiç biri temerrüt faizine ilişkin değildir. Diğer bir ifadeyle söz konusu istisnalar ancak anapara faizinde ve sınırlı hallerde uygulama alanı bulabilecektir.

³⁶ **İnceoğlu, M. Murat**, Faiz ve Yürürlük Kanunu'nun 7. Maddesine İlişkin Yargıtay Kararları, Yeni Kanunlara İlişkin İlk Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 2014, s.21. Aksi görüşte, **Kırkbeşoğlu, Nagehan**, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu İle Getirilen Faiz Sınırları Üzerine Bir Değerlendirme, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, cilt XXVIII, S.4, s.159. Yazara göre, temerrüt faizi üst sınırı adi işlerde yüzde18, ticari işlerde ise yüzde 33'dür.

³⁷ Bkz. **İnceoğlu**, s.22 vd.

Tüm bunların yanı sıra Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesinin 7. bendinde, Türk Borçlar Kanunu'nun 121. maddesinin 3. bendinde belirtilen genel ilke, her türlü faizi içerecek şekilde tüketici işlemleri bakımından tekrarlanmıştır. Söz konusu hükme göre, “*Temerrüt hâli de dâhil olmak üzere, tüketici işlemlerinde bileşik faiz uygulanmaz*”.

Sonuç olarak kanun koyucu çeşitli hükümlerle birleşik faiz uygulamasını açıkça yasaklamış durumdadır. Üstelik kanun koyucunun temerrüt faizi bakımından ticari işler ile adi ve tüketici işlemlerini de ayırmadığı görülmektedir. Ancak kanun koyucunun özellikle temerrüt faizi açısından mutlak yasaklayıcı yaklaşımına rağmen, vade farkı ve gecikme cezası uygulamasının bu yasağın dolanılmasına yol açtığı görülmektedir. Zira temerrüt anından itibaren vade farkı ve gecikme cezası uygulaması sona ermekte ve gerek anaparaya gerekse de o ana kadar işlemiş olan vade farklarının/ gecikme cezalarının tamamına temerrüt faizi işletilmektedir. Bu durumun da kanun koyucunun açık tercihinin aykırılık teşkil ettiğinde şüphe bulunmamaktadır.³⁸

Konu Yargıtay kararlarına da yansımıştır. Yargıtay'ın da özellikle gecikme cezası konusunda aynı yönde kararları bulunmaktadır. Örneğin Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 2004 yılında vermiş olduğu bir karara göre, “*Niteliği itibarıyla gecikme zammı, direnime faizi sayılır. O bakımdan gecikme zammına faiz uygulanması, faize faiz yürütülmesi olup, bu durum BK'nun 104/son maddesi buyruğuna aykırıdır*” sonucuna ulaşmıştır³⁹.

Ancak Yargıtay'ın aksi yönde de bazı kararlarının mevcut olduğunu ifade etmek gerekir⁴⁰. Görüldüğü üzere konu son derece tartışmalı ise de, Yargıtay İçtihadı Birleş-

³⁸ Nitekim Aydemir'e göre de, “*gecikme zammına faiz uygulanması, Borçlar Yasasının 121'inci maddesindeki faize faiz uygulanması kuralına aykırılık oluşturur*”. Aydemir, s.191. Yazar vade farkı bakımından da aynı görüştedir. Aydemir, s.187. Gecikme zammı açısından aksi görüşte, Helvacı, s.92. Yazara göre, “*Kanımızca anılan iki kavram birbirinden farklı olduğu için, gecikme zammının doğumundan sonra temerrüt gerçekleştiği takdirde, gecikme zammı anaparaya eklenerek, gecikme faizi çalıştırılabilir*”.

³⁹ Yarg. 11. HD. 19.10.2004, 680/ 10060 (Aydemir, s.192, dipnot 120). Yargıtay'ın benzer nitelikle diğer kararlarına örnek olarak bkz. Yarg. 11. HD. 21.10.2004, 1104/ 10134 (www.hukukturk.com); Yarg. 11. HD. 24.11.1997, 7884/ 8466 (Battal, s.89); Yarg. 11. HD. 30.03.1998, 599/ 2246 (Battal, s.89); Yarg. 13. HD. 26.02.2004, 13684/ 2294 (YKD. 2004, S.6, s.897); Yarg. 13. HD. 23.09.2002, 6894/ 9351 (YKD. 2003, S.1, s.63); Yarg. HGK. 18.02.2004 10/ 94; Yarg. HGK. 16.06.2004, 19-357/ 360; Yarg. 19. HD. 09.11.2009, 9241/ 10302; Yarg. 19. HD. 14.03.2008, 7469/ 2468; Yarg. 10. HD. 11.03.2004, 10213/ 1798. Yargıtay'ın, vade farkını temerrüt faizi olarak kabul ettiği kararlarında da vade farkına ayrıca temerrüt faizine hükmedilemeyeceği ifade edilmektedir. Yarg. 15. HD. 01.10.1992, 3074/ 4442 (www.hukukturk.com); Yarg. 11. HD. 28.03.1991, 9073/ 2221 (Arslan/ Kırmızı, s.17).

⁴⁰ Yarg. 19. HD. 17.06.2010, 12595/ 7747 (www.hukukturk.com); Yarg. HGK. 23.01.2002, 1176/ 3 (www.hukukturk.com); Yarg. 13. HD. 21.12.1990, 4196/9072 (www.hukukturk.com); Yarg. 19. HD. 02.10.1995, 564/ 7771 (Deynekli/ Kısa, s.305). Vade farkına faiz işletilebileceği yönünde Yargıtay kararları da mevcuttur. Bkz. Yarg. 15. HD. 14.12.2009, 6128/ 6805 (www.hukukturk.com); Yarg. 19. HD. 03.05.2002, 8936/ 3320 (www.hukukturk.com); Yarg. HGK.

tirme Hukuk Genel Kurulu, 1993 yılında bu konuda şimdilik içtihadın birleştirmesine gerek olmadığı sonucuna ulaşmıştır⁴¹.

SONUÇ

Yukarıda detaylı olarak ele alındığı üzere gerek vade farkının, gerekse de gecikme cezasının hukuki niteliği son derece tartışmalıdır. Bu sorunun altında yatan temel neden, vade farkı veya gecikme cezası adı altında sözleşmelerde düzenlenen hususların farklı hukuki yapılarda karşımıza çıkmasıdır. Diğer bir ifadeyle hukukçular, belki de temerrüt faizinin getirdiği sınırlamalardan kurtulmak amacıyla farklı hukuki konstrüksiyonlar yaratmışlardır. Böylece farklı kurgularda farklı hukuki nitelendirmelerin yapılması zorunluluğu ortaya çıkmıştır.

Ancak konu iktisadi açıdan değerlendirildiğinde, hangi hukuki yapı kullanılırsa kullanılsın, ortaya çıkan sonuç aynıdır. Borçlu vadede ödeme yapmakta gecikince oransal olarak belirlenen ve süreye bağlı olarak işleyen bir miktarı ödemek zorunda kalmaktadır. Esasen tüm bu düzenlemelerin amacı da aynıdır. Alacaklı, bir yandan enflasyon nedeniyle paranın değerinin düşmesi halinde ortaya çıkabilecek zarardan korunmak, diğer yandan borçluyu borcunu vadesinde ödemeye sevk etmek istemektedir⁴². Özellikle vade farkı ve gecikme cezası oranlarının uygulamada oldukça yüksek kararlaştırılıyor olması bu hususun açık bir göstergesidir. Diğer bir ifadeyle gerek iktisaden gerekse de ulaşılmak istenen amaç bakımından temerrüt faizi ile vade farkı veya gecikme cezası arasında bir fark bulunmamaktadır.

Kanuna karşı hile, bir emredici hukuk kuralına aykırı bir hukuki işleme uygulanacak yaptırımı bertaraf etmek için hukuken uygun görülen başka yollara başvuru olarak aynı sonuca ulaşmak anlamına gelmektedir⁴³. Vade farkı veya gecikme cezası öngören alacaklının amacı da budur. Alacaklı, temerrüt faizi konusunda borçluyu koruyan emredici hükümlerin etkisinden kurtulmak amacıyla farklı hukuki yollara başvurmaktadır. Kanuna karşı hilenin yaptırımı, kanuna karşı hile ile amaçlanan korumadan yoksun kalmaktır. Diğer bir ifadeyle kanuna karşı hile ile kaçınılan hükümlerin yaptırımı neyse başvuru yönü de aynı hukuki yaptırım uygulanmalıdır⁴⁴.

Esasen para borçları için sözleşme ile öngörülen ve yasal bir temeli bulunmayan gecikme cezasının veya vade farkının faize faiz yürütülmesi yasağının ve Türk Borçlar

17.11.1999, 19-933/ 950 (Arslan/ Kırmızı, s. 18); Yarg. 19. HD. 22.10.1996, 2687/ 9344 (Arslan/ Kırmızı, s. 17).

⁴¹ Yarg. İBHKG. 19.11.1993, 6/ 1 (YKD. 1994, s.5 vd.).

⁴² Temerrüt faizi açısından bkz. **Barlas, Nami**, Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, İstanbul 1992, s.129.

⁴³ **Oğuzman, M. Kemal/ Barlas, Nami**, Medeni Hukuk, 18. Bası, İstanbul 2012, s.285.

⁴⁴ **Oğuzman/ Barlas**, s.286.

Kanunu'nun 88 ve 120. maddelerinde öngörülmüş olan faiz sınırlamalarının içini boşaltacağı açıktır. Bu nedenle ya gecikme cezasının veya vade farkının temerrüt faizi niteliği taşıdığıнын kabul edilmesi ya da hukuki yapılandırılmaları nedeniyle bu ifade edilemiyorsa, temerrüt faizine ilişkin söz konusu emredici hükümlerin yaptırımlarının, tüm hukuki konstrüksiyonlarda - kanuna karşı hile teşkil etmeleri nedeniyle - devreye gireceğinin kabulü gerekir.

Özetle hangi hukuki yapıda karşımıza çıkarsa çıksın, yani hukuki nitelendirmesi ne olursa olsun, gerek vade farkına, gerekse de gecikme cezasına, Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesi gereğince hem faize faiz yürütülmesi yasağı, hem de ticari olmayan işlerde veya taraflarından birinin tüketici olduğu ticari işlemlerde⁴⁵ Türk Borçlar Kanunu'nun 88 ve 120. maddelerinde öngörülen faiz sınırlamaları uygulanmalıdır. Türk Borçlar Kanunu'nun faiz sınırlaması öngören söz konusu hükümlerinin isabetli olup olmadığı tartışmaya açık olsa da⁴⁶, bu durum emredici hükümlerin dolanılması-na izin verilmesi için bir gerekçe teşkil etmemelidir.

⁴⁵ Burada sorun Türk Ticaret Kanunu'nun 3. ve 19. maddelerinden kaynaklanmaktadır. Türk Ticaret Kanunu'nun 3. maddesine göre *"bu kanunda düzenlenen hususlarla bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlemler, ticari işlemlerdir"*. Aynı Kanun'un 19. maddenin ikinci fıkrasına göreyseniz, *"taraflardan yalnız biri için ticari iş niteliğinde olan sözleşmeler kanunda aksi hüküm bulunmadıkça diğerleri için de ticari iş sayılır"*. Bu durumda taraflardan biri tüketici bile olsa, diğer taraf tacir olduğundan, söz konusu sözleşme ticari bir iş sayılarak faiz oranı serbestçe belirlenebilecek mi sorusu karşımıza çıkmaktadır.

Ama bu noktada 8. maddenin 3. fıkrasına dikkat çekmek gerekir. Söz konusu hükme göre, *"Tüketicinin korunmasına ilişkin hükümler saklıdır"*. Her ne kadar bu hükümde tüketicinin korunmasına ilişkin hükümlere atıf yapmak suretiyle sanki sadece Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu'na bir atıf yapılmış gibi gözükmekte ise de, bu noktada amaca göre bir yorum yapmak ve Türk Borçlar Kanunu'nun 88 ve 120. maddelerinin de nihayetinde tüketicileri korumaya yönelik birer hüküm olduğunu gözden kaçırmamak gerekir. Bu nedenle de taraflardan birinin tüketici olduğu durumlarda Türk Borçlar Kanunu'nun 88 ve 120. maddelerinde düzenlenmiş olan sınırlamaların devreye girmesi zorunludur. Diğer bir ifadeyle taraflardan biri tacir olsa dahi, tüketici aleyhine temerrüt faizi oranının sözleşmeyle yüzde 18'den daha fazla kararlaştırılmasına imkan bulunmamaktadır. **İnceoğlu**, s.25, 26. Nitekim yeni Kanun döneminde Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, taraflardan birinin banka diğerinin tüketici olduğu bir uyuşmazlıkta, açıkça olmasa da, Türk Borçlar Kanunu'ndaki sınırlamaların devreye girmesi ve temerrüt faizinin yüzde 18 ile sınırlı olması gerektiğini karar vermiş gözükmektedir. Yarg. 13. HD. 09.12.2013, 18014/ 30720.

⁴⁶ Bu hükümlerin ekonomik olarak isabetli olmadığı yönünde, **Sanlı, Kerem Cem**, Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Sözleşme Hukuku ve Sözleşme Yaptırımlarının Ekonomik Analizi, İstanbul 2015, s.370 vd.

YAPI ALACAKLILARININ KANUNİ İPOTEK HAKKI

(Lien of The Contruction Creditors)

Av. Hümeyra KAÇARAN*

ÖZET

İnşaat sektörünün ülkemizde gittikçe geliştiği ve ekonomiye büyük katkılar sağladığı bilinen bir gerçektir. Çalışma konumuz olan yapı alacaklılarının kanuni ipotek hakkı da tam olarak bu sektörü ilgilendirmektedir. Zira özellikle ekonomik kriz dönemlerinde taşınmazda malzeme vererek veya vermeden emek sarf etmelerine ve taşınmazda değer artışına sebep olmalarına rağmen, alacaklarını elde etmekte güçlük çeken birçok yapı alacaklısının mevcut olduğu bilinmektedir. İşte bu şekilde malzeme vererek veya vermeden emek sarf eden ve taşınmazda bir değer artışı meydana getiren yapı alacaklılarını kanunumuz arsa sahibine karşı bir ipotek hakkı ile korumak ihtiyacını duymuştur. Buna yapı alacaklılarının kanuni ipotek hakkı adı verilmektedir. Kanunun koyucunun mevcut düzenlemesine rağmen, uygulamada yapı alacaklılarının kanuni ipotek hakkından yeterince faydalanılmadığı görülmektedir. Dahası ne doktrinde ne de Yargısal İçtihatlarda bu konu üzerinde yeterince durulmamıştır. Tüm bu nedenler bizi yapı alacaklılarının kanuni ipotek hakkı konusunu incelemeye sevketmiştir. 2001 yılında yürürlüğe giren Türk Medeni Kanunu çerçevesinde derinlemesine bir inceleme yaparak, uygulamaya yönelik bir çalışma hazırlamayı amaçlamaktayız.

Anahtar kelimeler: Yapı alacaklısı, kanuni ipotek hakkı, inşaat, eser sözleşmesi.

Abstract

The fact that the construction market is a developing market in Turkey and therefore has a major contribution to the economy is fairly accepted. The construction creditors lien which constitutes the main subject of this thesis is directly related to the construction market. Thus there are many construction creditors who contribute to the buildings by either or not providing equipment or labor and improving the value of the building, then have difficulties in collecting their claims. The construction creditors who have contributed to the building by providing equipment or supplying labor are protected by the law under an encumbrance right which is called the construction creditors lien. Despite the existing regulation, in practice the construction creditors can not benefit from the encumbrance rights satisfactorily. Moreover, neither the doctrine nor the precedents have satisfactorily referred to the construction creditors lien. There-

* Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Öğrencisi.

fore the foregoing has forced us to examine the construction creditors lien. This thesis aims to make an in depth examination in line with the Turkish Civil Code which has entered into force in 2001 and provide a guide to the implementation of such encumbrance right.

Keywords: Contruction creditors, the right to legal lien, building, contractor agreement.

I. YAPI ALACAKLISI İPOTEĞİNİN TÜRK MEDENİ KANUNUNDAKİ YERİ

Türk Medeni Kanunu'nun "taşınmaz rehninin türleri" kenar başlığını taşıyan 850. maddesi; "*Taşınmaz rehni, ancak ipotek, ipotekli borç senedi veya irat senedi şeklinde kurulabilir.*" hükmünü ihtiva etmektedir. Bu hüküm, TMK.nun taşınmaz rehinlerinde "sınırlı sayı prensibi"ni benimsediğini açıkça ortaya koymaktadır¹. Kanunda bu üç tür rehin dışında taşınmaz rehni yaratılması yasaklanmıştır.

Belirtmeliyiz ki, ipotek, ipotekli borç senedi ve irat senedi şeklinde tesis edilebilen taşınmaz rehni başlıca iki amaca hizmet eder: Bunlardan ilki, bir alacağın teminat altına alınması, diğeri ise taşınmazın değerinin tedavülünün sağlanmasıdır².

Bunlardan ipotekli borç senedi ve irat senedi, nama ve hamiline yazılı olarak tanzim edilebilen kıymetli evrak niteliğinde senetler olup, üzerinde rehin kurulan taşınmazın değerinin tedavülünü amaçlamaktadırlar. İpotek ise, taşınmaz rehninin yalnız birinci amacına, yani alacağın teminat altına alınmasına hizmet etmektedir. İpoteğin taşınmazın değerinin tedavülünü sağlamak gibi bir görevi yoktur³.

İpotek, amacı sadece bir alacağı teminat altına almak olan ve alacak ödenmediği takdirde sahibine taşınmazı satılarak bedelinden alacağını elde etme yetkisi veren taşınmaz rehnidir⁴. İpoteğin kurulabilmesi için mutlaka teminatını oluşturacağı bir alacağın bulunması gerekmektedir. Zira ipotek, bu alacağı, -taşınmaz üzerinde tesis edilen ve gerektiğinde nakde çevrilerek alacağın tahsilini temin eden- fer'i bir ayni

¹ **HELVACI**, İlhan; Eski Medeni Kanunumuzla Karşılaştırmalı Olarak Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı, 1. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2008, s. 3; **AYBAY**, Aydın/ **HATEMİ**, Hüseyin; Eşya Hukuku, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014, s. 271.

² **HELVACI**, s. 3; **REİSOĞLU**, Safa; Türk ve İsviçre Hukukunda Müteahhit ve İşçilerin Kanuni İpotek Hakkı, Ankara: Sevinç Matbaası, 1961, s. 10.

³ **OĞUZMAN**, M. Kemal/**SELİÇİ**, Özer/**OKTAY-ÖZDEMİR**, Saibe; Eşya Hukuku, Yenilenmiş ve Mevzuata Uyarlanmış 18. Baskı, İstanbul: Filiz Kitapevi, 2015, s. 954; **AYAN**, Mehmet; Eşya Hukuku III, Sınırlı Ayni Haklar, 7. Baskı, Konya: Mimoza Yayınevi, 2015, s. 222; **HELVACI**, s. 3; **AYBAY/HATEMİ**, s. 272 ve 281; **REİSOĞLU**, s. 10; **SÜMER**, Binnur; "*Müteahhit ve Diğer Çalışanların Kanuni İpotek Hakkı*", Prof. Dr. Halil Cin'e Selçuk Üniversitesinde 10. Hizmet Yılı Armağanı, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Konya 1995, s. 601.

⁴ **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 954; **AYAN**, s. 221; **BIÇAKÇI**, Levent; "Yapı Alacaklısı İpoteği", Doğumunun 100. Yılında Atatürk'e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İHFD), C: CLV-XLVII, S:1-4, İstanbul 1982, s. 539.

hakla garanti etmektedir. Buradan da anlaşılacağı üzere ipotek, alacağa bağlı fer'i bir sınırlı ayni haktır.

TMK, taşınmaz rehinlerinden ipoteği düzenlerken iradi (akdi) ipotek (TMK.m.881-891) ve kanuni ipotek ayırımını benimsemiştir. İradi ipoteklerde, ipotek hakkının kaynağını taşınmazın maliki ile alacaklı arasında yapılan ipotek sözleşmesi oluşturmaktadır ve hakkın doğumu için tapu kütüğüne tescil edilmesi şarttır⁵.

Kanuni ipotekler ise, kendi aralarında “tescile tabi olmayan kanuni ipotekler (TMK.m.892)” ve “tescile tabi kanuni ipotekler (TMK.m.893)” olmak üzere ikiye ayrılmıştır. Bazı yazarlar ise bu ayrımı, “doğrudan doğruya kanuni ipotek” ve “dolayısıyla kanuni ipotek” şeklinde yapmaktadır. Örneğin Reisoğlu’na göre, alacaklı, tescile gerek olmaksızın, taşınmaz üzerinde bir ipotek hakkına kanun gereğince sahipse “doğrudan doğruya kanuni ipotek”, kanun alacaklıya yalnızca tescili talep etmek için bir şahsi hak bahşediyor ve ipotek hakkı bir ayni hak olarak tapu siciline tescil edilmek suretiyle doğacak ise “dolayısıyla kanuni ipotek” söz konusudur⁶.

Sonuç olarak, tescile tabi olmayan kanuni ipoteklerde, ipotek hakkı kaynağını kanundan almaktadır ve alacaklının ipotek hakkını kazanabilmesi için tapu siciline tescile gerek yoktur. Ancak istenirse tapu siciline tescil edilmelerinde herhangi bir engel yoktur. Bu durumda yapılan tescil tamamen açıklayıcı bir görevi yerine getirecektir. Tescile tabi kanuni ipoteklerde de ipotek hakkının kaynağı kanundur, ne var ki bu tarz bir ipotek hakkının kazanılması için tapu kütüğüne tescil şarttır.

İşte çalışmamızın konusunu oluşturan ve TMK.nun 893/3. maddesinde düzenlenen “yapı alacaklılarının kanuni ipotek hakkı” da, tescile tabi (dolayısıyla) kanuni ipotek haklarından. Zira yapı alacaklısı ipoteği tesis edilebilmesi için, tapu siciline tescil şarttır⁷. Belirtmeliyiz ki, işbu kanuni ipotek hakkı, hem TMK.nun 850 ve mütekip maddelerinde yer alan taşınmaz rehinin genel hükümlerine hem de ipoteğe ilişkin hükümlere tabidir.

⁵ **HELVACI**, s. 4.

⁶ **REİSOĞLU**, s. 11; **GÜRSOY**, K. Tahir/**EREN**, Faruk/**CANSEL**, Erol; Türk Eşya Hukuku (Zilyetlik, Tapu Sicili/Mülkiyet/Sınırlı Ayni Haklar), Gözden Geçirilmiş İkinci Baskı, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1984, s. 1045 vd.; **EREL**, N. Şafak; Eşyaya Bağlı Borç, Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1982, s. 221; **AYBAY/HATEMİ**, s. 284-285; Tersane sahiplerinin gemi veya üzerindeki kanunî rehin hakları da aynı niteliktedir. Bkz. **AKINCI**, Sami; Türk Hukukunda Gemi İpoteği, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1958, s. 207; **CAN**, Mertol: Deniz Ticareti Hukuku, C. I, (Giriş - Gemi - Deniz Hukuku Kişileri), (TTK. 816 - 1015).

⁷ **BAYGIN**, Cem; Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler, İstanbul: Beta Yayınları, 1999, s. 219.

II. YAPI ALACAKLISI İPOTEĞİNE KONU OLABİLECEK TAŞINMAZLAR

A. Genel

TMK.nun 853. maddesi; “*Rehin hakkı, ancak tapuya kayıtlı taşınmazlar üzerinde kurulabilir.*”⁸ şeklinde düzenlenmiştir. Hemen belirtmeliyiz ki, bu hüküm genel nitelikte bir kuralı ihtiva etmektedir. Dolayısıyla diğer taşınmaz rehinlerinde olduğu gibi yapı alacaklısı ipoteğinde de uygulama alanı bulacaktır. O halde, yapı alacaklısı ipoteği ancak tapu siciline kayıtlı taşınmazlar üzerinde tesis edilebilecektir. Üzerinde yapı alacaklısı ipoteği tesis edilecek olan taşınmaz henüz tapu siciline kayıtlı değilse, öncelikle taşınmazın tapu siciline kaydının gerçekleştirilmesi gerekecektir⁹.

Tapu sicili işlemlerinden birincisini oluşturan kayıt, taşınmazların tapu kütüğünün bağımsız bir sayfasına yazılması işlemidir. Başka bir ifadeyle her taşınmaza diğerlerinden bağımsız bir tapu kütüğü sayfası tahsis edilmesine kayıt adı verilir.

Kayıt; özü (yapısı) bakımından taşınmaz olan nesnelere, eşya hukuku anlamında da taşınmaz niteliği kazandırır. Zira ancak tapu siciline kaydedildikten sonra bir taşınmaz üzerinde tasarruf işlemi gerçekleştirilebilecektir. Kural olarak, tapu siciline kaydedilmedikleri sürece taşınmazlar üzerinde aynı hak kurulması ya da devri mümkün değildir.

Kayıt diğer tapu sicili işlemleri açısından da ön şart niteliğindedir. Tescil, terkin, şerh, beyan ve tashih hep tapu siciline kaydedilmiş bir taşınmaza ilişkin olarak gerçekleştirilebilecek işlemlerdir. Tapusuz taşınmazlarda bu tür işlemler yapılamaz. Bütün bunlar göstermektedir ki, tapusuz bir taşınmaz üzerinde yapı alacaklısı ipoteği de tesis edilemez.

B. Tapu Siciline Kaydedilebilecek Taşınmazlar

TMK.nun “kaydedilecek taşınmazlar” başlıklı 998. maddesi; “*Tapu siciline taşınmaz olarak şunlar kaydedilir:*

1. *Arazi,*
 2. *Taşınmazlar üzerindeki bağımsız ve sürekli haklar,*
 3. *Kat mülkiyetine konu olan bağımsız bölümler.*
- Arazinin tapu siciline kaydı, özel kanun hükümlerine tabidir.*

⁸ Eski Medeni Kanun’un 768. maddesi ise; “*Bir gayrimenkulun rehni, ancak tapuda müseccel olmasına bağlıdır.*” şeklinde düzenlenmiş idi. Görüldüğü üzere her iki madde metni tamamen birbirine paraleldir.

⁹ HELVACI, s.31.

Bağımsız ve sürekli hakların kaydedilmesi için gerekli koşullar ve usul tüzükle belirlenir. Süreklilik koşulunun gerçekleşmesi için hakkın süresiz veya en az otuz yıl süreli olması gerekir.

*Kat mülkiyetine konu olan bağımsız bölümlerin taşınmaz olarak kaydı, özel kanun hükümlerine tabidir.*¹⁰ “hükümünü ihtiva etmektedir.

Yine Tapu Sicili Tüzüğü’nün 8. maddesinde ve 634 sayılı s.lı Kat Mülkiyeti Kanunu’nun 13. maddesinde de benzer düzenlemelere yer verilmiştir.

Görüldüğü üzere, kanunumuz tapu kütüğüne taşınmaz olarak kaydedilebilecek şeyleri; “arazi”, “taşınmazlar üzerindeki bağımsız ve sürekli haklar” ile “kat mülkiyetine konu olan bağımsız bölümler” olarak sıralamıştır. O halde ipoteye konu olabilecek taşınmaz malvarlığı değerleri de bunlardır.

Bu noktada ifade etmeliyiz ki, 4721 s.lı kanun ile tapu siciline taşınmaz olarak kaydı gerekenler bakımından getirilen önemli bir değişiklik, bağımsız ve sürekli haklar için kabul edilen hükümlerdir. Gerçekten de TMK.m.998/2 hükmüne göre, taşınmazlar üzerinde kurulmuş olan bir kısım irtifak haklarını ifade eden bağımsız ve sürekli hakların tapu kütüğüne taşınmaz olarak kaydı için, “bağımsız ve sürekli bir hak” niteliğine sahip olmalarının yanı sıra, süresiz veya en az otuz yıl süreli olmaları gerekmektedir. Zira ancak; süresiz veya en az otuz yıl süreli olan ve tasarrufları kısıtla-

¹⁰ Eski Medeni Kanun’un 911. maddesinde ise; “*Aşağıdakiler tapu siciline gayrimenkul olarak kaydedilir: 1- Arazi, 2- Gayrimenkul üzerinde müstakil ve daimi olmak üzere müesses haklar, 3-Madenler. -Müstakil ve daimi hakların nasıl kaydolunacağı nizamnamei mahsus ile muhayyerdir.*” denilmekte idi. Yeni Medeni Kanunumuzun 998. maddesinde madenlere yer verilmemiştir. Bunun sebebi, madenlerin 6309 sayılı yasa ile özel mülkiyet konusu olmaktan çıkartılmış ve Medeni Kanun dışında ayrı bir rejime tabi tutulmuş olmasıdır (Bu yönde bkz. Türk Medeni Kanunu, Türk Medeni Kanunu’nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun ve Gerekçeleri, Ankara: 2002, s. 602). 6309 sayılı yasayı yürürlükten kaldıran 3213 sayılı Maden Kanunu’nun 4. maddesine göre ise, madenler Devletin hüküm ve tasarrufu altında olup, içinde bulundukları arzun mülkiyetine tabi değildirler. Bu hüküm, madenler üzerinde Medeni Kanunumuzun anladığı manada bir taşınmaz rehni kurulmasının mümkün olmadığını düşündürmekte ise de, 3213 sayılı Maden Kanunu’nun 42 ve devamındaki maddelerinde “maden ipotegi” terimine yer verilmiş olması bu düşünceyi bertaraf etmektedir. Şöyle ki; 3213 sayılı Maden Kanunu’nun 42. maddesi; “*Maden ön işletme ve işletme ruhsat sahibinin maden için yapmış olduğu borcunu veya ileride bu maksatla borçlanmasının temini için maden üzerinde bir veya müteaddit derece ve sırada ipotek tesis olunabilir*” hükmünü ihtiva etmektedir. 43. madde ise; “*İpotegin vadesi sonunda veya alacağın muacceliyet kesbetmiş olması halinde alacaklı alacağının tahsili için ipotegin taalluk ettiği maden ön işletme ve işletme ruhsatını genel hükümler dairesinde sattırabilir*” şeklinde düzenlenmiştir. Dahası Maden Kanunu’nun 45. maddesinde Medeni Kanunumuzun ipoteye ilişkin hükümlerinin maden ipotekleri için de uygulama alanı bulacağından söz edilmiştir. Tüm bu hükümler bir arada incelendiğinde, madenler üzerinde “malzeme vererek veya vermeden emek sarf eden” yapı alacaklılarının, alacaklarını elde edememeleri halinde ipotek koydurdıkları madenin ön işletme ve işletme ruhsatını genel hükümler dairesinde sattırabileceklerini ortaya koymaktadır. Madenlerin devletin hüküm ve tasarrufu altına olmasının bu sonuca herhangi bir etkisi yoktur. Zira ipotegin paraya çevrilmesi aşamasında madenin mülkiyeti değil, işletme ruhsatı el değiştirilmektedir.

mayan veya izne tabi kılınmayan bağımsız ve sürekli irtifak hakları, tapu kütüğünün ayrı bir sayfasına taşınmaz olarak kaydedilebilecektir¹¹.

Öte yandan, 743 s.lı eski Medeni Kanun'un 911. maddesinde sözü edilmeyen "kat mülkiyetine konu bağımsız bölümler" in, 4721 s.lı TMK.da açıkça zikredildiği görülmektedir¹². "Kat mülkiyetine konu olan bağımsız bölümlerin taşınmaz olarak kaydı, özel kanun hükümlerine tabidir" hükmünde geçen "özel kanun" ibaresinden, 3402 s.lı Kadastro Kanunu'nu anlamak gerekir¹³.

Son olarak belirtmeliyiz ki, kanunun açıkça öngördüğü haller dışındaki bir hususun tapu kütüğüne taşınmaz olarak kaydedilmesi mümkün değildir. Yani bu konuda bir sınırlayıcılık vardır. Aynı şekilde özel mülkiyete elverişli olmayan "kamu malı"¹⁴ niteliğindeki taşınmazlar da tapu kütüğüne kaydedilmezler¹⁵. Zira TMK. nun 999. maddesinin 1. Fıkrasında açıkça; "*Özel mülkiyete tabi olmayan ve kamunun yararlanmasına ayrılan taşınmazlar, bunlara ilişkin tescili gerekli bir aynı hakkın kurulması söz konusu olmadıkça kütüğe kaydolunmaz.*" denilmektedir. Bu husus Tapu

¹¹ **KILIÇ**, Mehmet; "4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Tapu Sicili Hukukunda Getirdiği Yenilikler", Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara 2006, s. 623.

¹² İsviçre Medeni Kanunu'nda (ZGB) tapu siciline taşınmaz olarak kaydedilecek şeylerin düzenlendiği 943. maddesinde daha sonradan yapılan değişiklik Türk hukukuna alınmadığından, TST. m. 11'de kat mülkiyetine konu olan bağımsız bölümlerin kat mülkiyeti kütüğüne kaydedileceği düzenlemesine yer verilmiş idi. İşte TST.m.11'de yer alan bu hüküm nedeniyle, yeni Medeni Kanunda kat mülkiyetine konu olan bağımsız bölümlerin diğer taşınmazların tabi olduğu esaslarda, ayrı bir kütüğe kaydedilmesi benimsenmiştir (**KILIÇ**, s. 623).

¹³ **KILIÇ**, s. 622.

¹⁴ "Kamu malları" 3402 sayılı KK.nun 16. maddesinde; "*Kamunun ortak kullanmasına veya bir kamu hizmetinin görülmesine ayrılan yerlerle Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan sınırsız yerlerden; -A) Kamu hizmetinde kullanılan, bütçelerinden ayrılan ödenek veya yardımlarla yapılan resmi bina ve tesisler, (Hükümet, belediye, karakol, okul binaları, köy odası, hastane veya diğer sağlık tesisleri, kütüphane, kitaplık, namazgah, cami, genel mezarlık, çeşme, kuyular, yunak ile kapanmış olan yollar, meydanlar, pazar yerleri, parklar ve bahçeler ve boşluklar ve benzeri hizmet malları) kayıt, belge veya özel kanunlarına göre Hazine, kamu kurum ve kurumları, il, belediye, köy veya mahalli idare birlikleri tüzelkişiliği, adlarına tespit olunur. -B) Mera, yaylak, kışlak, otlak, harman ve panayır yerleri gibi paralı parasız kamunun yararlanmasına tahsis edildiği veya kamunun kadimden beri yararlandığı belgelendirilmiş veya bilirkişi veya tanık beyanı ile ispat edilen (orta malı) taşınmaz mallar sınırlandırılır, parsel numarası verilerek yüzölçümü hesaplanır ve bu gibi taşınmaz mallar özel siciline yazılır. -Bu sınırlandırma, tescil mahiyetinde olmadığı gibi bu suretle belirlenen taşınmaz mallar, özel kanunlarında yazılı hükümler saklı kalmak kaydıyla özel mülkiyete konu teşkil etmezler. -Yol, meydan, köprü gibi (orta malları) ise haritasında gösterilmekle yetinilir. -C) Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan kayalar, tepeler, dağlar (bunlardan çıkan kaynaklar) gibi, tarıma elverişli olmayan sınırsız yerler ile deniz, göl, nehir gibi genel sular tescil ve sınırlandırmaya tabi değildir, eserler saklıdır. -D) Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan ormanlar, bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde, özel kanunları hükümlerine tabidir.*" şeklinde tanımlanmıştır.

¹⁵ **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s 188 vd.; **KAPLAN**, İbrahim; "İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu ve Yerine Getirilmemesinin Sonuçları", İnşaat Sözleşmeleri Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1996, s. 163.

Sicili Tüzüğü'nün 8. maddesinin 2. fıkrasında da aynı şekilde ifade edilmiştir. Bunlar kendi özel sicillerine (kamu orta malları siciline) yazılırlar. Bu nedenle kamuya ait taşınmazlarda tescil imkânı olmadığı için, bu taşınmazlar üzerinde yapı alacaklısı ipoteği kurulamaz. Ancak devletin özel malları ve devletten gayri kişilerin özel malları üzerinde ipotek tesis edilebilir¹⁶.

III. Yapı Alacaklısı ve Yapı Alacağı Kavramları

A. Yapı Alacaklısı

TMK.nun 893/3. maddesine göre; “Bir taşınmaz üzerinde yapılan yapı veya diğer işlerde malzeme vererek veya vermeden emek sarf ettikleri için malzeme ve emek karşılığı olarak malik veya yükleniciden alacaklı olan alt yüklenici veya zanaatkarlar” yapı ipoteği sahibi kişilerdir. İşbu kanun maddesine tekabül eden Eski Medenî Kanun’un 807/3. maddesinde ise, “Bir gayrimenkul üzerindeki inşaat yahut ameliyatta malzeme vererek veya vermeyerek çalışmış olmaları hasebiyle malik veya müteahhit zimmetinde tahakkuk eden alacakları için o gayrimenkul üzerinde bu müteahhit ve işçiler kendi adlarına kanunî ipoteğin tescilini talep edebilirler.” denilmektedir. Anılan hüküm lâfzen büyük ölçüde Eski Medenî Kanun’un 807/3. maddesine benzemekteyse de, iki hüküm arasında bazı farklılıklar mevcuttur. Şöyle ki;

Yeni kanunda ipoteğin kendi adına tescilini talep edebilecek kişiler ifade edilirken “bu müteahhit” yerine “alt yüklenici”; “işçiler” yerine de “zanaatkarlar” deyimine yer verilmiştir. Buna göre, TMK.nun 893’üncü maddesinin lâfzı ile bağlı kalındığında, ipoteğin tescilini talep edebilecek olan kişiler, malik veya yükleniciden alacaklı olan «alt yüklenici» ile «zanaatkârlar»dan ibarettir.

Belirtmeliyiz ki, kanun metninde her ne kadar “yüklenici” ler yapı alacaklıları arasında zikredilmemekte ise de, yüklenicilerin de (özellikle malik ile akdettikleri eser sözleşmesine dayanarak eserin tümünün veya bir bölümünün yapılmasını üstlenen kişi olarak) yapı ipoteği alacaklısı sıfatını kazanacaklarına şüphe yoktur¹⁷. Zira malikten alacaklı olmayan alt yükleniciye tanınan bir haktan malikten alacaklı olan yüklenicilerin öncelikle istifade edeceklerinin kabul edilmesi gerektiği açıktır. Diğer yandan, arkadan gelen maddelerde (TMK 895/1; 897) kanun koyucunun asıl yük-

¹⁶ Yalçınduran, “kamuya ait taşınmazlar üzerinde yapı alacaklısı ipoteği kurulamamasının sakıncalarını ortadan kaldırmak için devletin bu taşınmazlar yerine alacağı güvence altına almak için diğer teminatları önerme yükümlülüğü altında bulunması şeklinde bir düzenleme yapılması gerektiği” görüşündedir (Ayrıntılı bilgi için bkz. **YALÇINDURAN**, Türker; Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmeleri, Ankara: Yetkin Yayınları, 2000, s. 210).

¹⁷ **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 976; **ALTAY**, Sümer/**ESKİOCAK**, Ali; Türk Medeni Hukukunda Taşınmaz Rehni, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2007, s. 282; **BAYSAL**, Başak; “Yapı Alacaklısı İpotekine İlişkin Başlıca Hukuksal Sorunlar”, Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan, Seçkin Yayınları, Ankara 2006, s. 156 vd.

lenici-alt yüklenici ayrımı yapmadan doğrudan doğruya yükleniciden bahsetmesi de, bu hususu teyit etmektedir¹⁸ Kaldı ki “alt” kelimesi kanun metnine sonradan bir komisyon hatası olarak girmiştir¹⁹. Yoksa kanun koyucunun amacı, yüklenicileri yapı alacaklısı ipoteğinden mahrum bırakmak değildir.

Bütün bu açıklamalarımız ışığında yapı alacaklıları olarak belirttiğimiz “yüklenici”, “alt yüklenici” ve “zanaatkâr” kavramlarına açıklık getireceğiz.

1. Yüklenici

Yüklenici, eser sözleşmesine bağlı olarak çalışan ve bir eser meydana getirip²⁰ teslim etmeyi borçlanan herhangi bir kişidir²¹. Uygulamada “yüklenici”yi ifade etmek için, “ısmarlayan”, “müteahhit” gibi sözcüklerin kullanıldığı görülmektedir. Ancak Kanun lafzında “yüklenici” sözcüğü kullanıldığından, biz de açıklamalarımızda “yüklenici” sözcüğünü kullanmayı uygun görüyoruz.

Yukarıda yaptığımız tanım dışında doktrinde yapılan tanımlardan AKKANAT’ın tanımına göre ise yüklenici, “bir inşaat sözleşmesi çerçevesinde iş sahibi ile doğrudan akdî ilişki içerisine girerek, bu yapı eserine ait projenin tamamının veya bir kısmının meydana getirilmesini borçlanmış bulunan ve bu borcunun tamamının veya bir kısmının kendi gözetim ve denetimi altında meydana getirilmesi amacıyla başka yüklenicileri kendi nam ve hesabına yaptığı sözleşmelerle görevlendirmekte olan kişidir”²². Örnek olarak, inşaattaki marangozluk işlerini taahhüt eden marangoz, bir eser sözleşmesi gereğince sıva işlerini üzerine alan sıvacı böyledir.

¹⁸ CAN, Mertol; “Yeni Medenî Kanun’un İnşaatçı (Yapı) İpoteği Hakkındaki Hükümleri İle İpoteğin Kendi Adına Tescilini Talep Edebilecek Kişiler Bakımından Bir Değişiklik Yapılıp Yapılmadığı Meselesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.VIII, S.1- 2, Haziran-Aralık 2004, s. 51.

¹⁹ Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu’nda, Tasarı’nın 893 üncü maddesinin (3) numaralı bendinde geçen “yüklenici” kelimesinin başına açıklık getirmek üzere “alt” kelimesi ilave edilmiştir. (Bkz. YAVUZ, Cevdet; Türk Medenî Kanunu, Borçlar Kanunu ve Diğer Mevzuat, 12. Bası (Hazırlayanlar: YAVUZ, Cevdet/ERLÜLE, Fulya/SAGLAM, İpek), İstanbul: Beta Yayınları, 2014, s. 917).

²⁰ Borçlar Kanunu’nun 355. maddesinde “*eser sözleşmesi*”nin “*bir eser meydana getirme unsuru*”nu ifade etmek için “*bir şeyi imal etme*”den söz edilmiştir. Bilindiği gibi eser sözleşmesi, bir iş görme borcu doğuran sözleşme olmakla birlikte; bu sözleşmenin konusu açısından önemli olan, çalışmanın kendisinden çok bu çalışmadan ortaya çıkan ve objektif olarak gözlenmesi kabil sonuçtur. Bu gün artık söz konusu sonucun mutlaka maddi bir şeyden kendisini göstermesi gerekmediği görüşü baskın bulunmaktadır. Bu sebeple kanuni tanımdaki “*şey*” kelimesi yerine, mehz kanuna uygun olarak “*eser*” teriminin kullanılması yerinde olacaktır. Dolayısıyla eser sözleşmesinin bu unsurunu kanuni tanımdaki gibi “*bir şey imal etme*” değil, “*bir eser meydana getirme*” şeklinde ifade etmek daha uygundur.

²¹ YAVUZ, Cevdet; Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı (Hazırlayanlar: YAVUZ, Cevdet/ÖZEN, Burak/ACAR, Faruk), İstanbul: Beta Yayınları, 2014, s. 986; AYAN, s. 234; ALTAY/ESKİOCAK, s. 282.

²² AKKANAT, Halil; Taşeronluk Sözleşmesi, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2000, s. 7.

Belirtmeliyiz ki, mimarlar ve mühendisler bu kavram içine girmezler. Zira sadece yapının projesini çizen ya da planını yapan mimar ya da mühendisle yapılan sözleşme genel olarak vekâlet²³ veya hizmet sözleşmesi²⁴ olarak nitelendirilmektedir. Ne var ki, mimarların mesleki faaliyetlerinden doğan alacakları için, kanuni ipotek hakkından faydalanamamaları yalnızca malikle yaptıkları sözleşmenin, genel olarak, vekâlet veya hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilmesinin sonucu değildir. Aradaki hukuki ilişkinin eser sözleşmesi olarak nitelendirildiği durumlarda²⁵ dahi, doktrin ve mahkeme içtihatları, mimarların plan çizmek ve benzeri çalışmalarını, inşaatla bir bütün teşkil etmediği, hemen bir değer fazlası meydana getirmediği ve nihayet bu kişilerin kredi verme mecburiyetleri bulunmadığı gerekçesiyle yapı alacaklısı ipoteginin koruma sahasının dışında bırakmışlardır. Gerçekten de bunların yapı için yaptıkları iş, yüklenici ve zanaatkarlar gibi bir emek gücünü gerektirmez ve bedenen inşaata bağlı değildir. Sosyal durumları gereği de mühendis ve mimarların bu maddeler ile yapı sahibine karşı korunmaları gerekmez²⁶.

Yine satış sözleşmesi dolayısıyla inşaata yalnızca malzeme temin edenler de, malzemeyi imal etmiş olsalar dahi, bu yüzden malik veya yüklenici zimmetinde alacaklı değildirler²⁷. Çünkü onlar faaliyetlerini satım sözleşmesi gereğince yerine getirirler ve kredi ile çalışmak zorunlulukları bulunmamaktadır. Eğer malın bedeli ödenmezse

²³ **TANDOĞAN**, Haluk; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. 2, 1989 Yılı Dördüncü Tıpkı Basımdan Beşinci Tıpkı Basım, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010, s. 19.

²⁴ **UYAN, belirli veya belirsiz bir süre için işverene bağımlı olarak mimari proje düzenleme faaliyetinde bulunan işçi-mimar ile işveren arasındaki hukuki ilişkinin bir hizmet sözleşmesi olduğu görüşündedir (UYAN, Göktürk; İsviçre-Türk Hukukunda Mimari Proje Düzenleme Sözleşmesinin Hukuki Niteliği, İstanbul: Beta Yayınları, 2006, s. 45).**

²⁵ Yargıtay 10. HD. 22.11.1976 t., 1975/4776E. ve 1976/1102K. s.lı kararında; bir yapının projesini çizen ve sonra bunun uygulanmasını denetleyen mimarla yapılan sözleşmenin, eser ve hizmet sözleşmelerinden oluşan birleşik bir sözleşme niteliğinde olduğuna hükmetmiştir. Anılan kararda, proje düzenleme hizmetlerinin eser sözleşmesi hükümlerine tabi tutulması gerektiğini belirtmiştir (**UYAN**, s.86). Aynı görüş için bkz. **YAVUZ**, s. 988. Dayınlarlı ise konuyu Müşavir Mühendislik Sözleşmeleri bakımından incelediği eserinde, “sözleşmenin hukuki anlamda nitelen-dirilebilmesi için, her şeyden önce tarafların iradelerinin araştırılması gerektiğini belirtmektedir. Eğer taraflar arasındaki sözleşmede sonuç elde etme kararlaştırılmış ise, kural olarak eser sözleşmesi, aksi halde vekâlet sözleşmesinin kuralları uygulanmalıdır. Taraf iradelerinin tayin edilemediği hallerde ise, sonucun tesadüfî bir şekilde elde edildiğini ve bu sonuca borçlunun kendisinden beklenen özen borcunu yerine getirmesi sebebiyle varılabileceğini kabul etmek gerekir. Bu sözleşmeye vekâlet akdine ilişkin hükümler uygulanır.” demiştir (**DAYINLARLI**, Kemal; İnşaat Sektöründe Müşavir Mühendislik Sözleşmesi, Ankara: Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 1998, s. 20).

²⁶ **REİSOĞLU**, s. 42; **ÖĞÜTÇÜ**, Tahir A./**DOĞRUSÖZ**, Edip M.; Rehin Hukuku, Ankara: Ulucan Matbaası, 1982, s. 208; **KARAHACIOĞLU**, Ali H./**DOĞRUSÖZ**, Edip M./**ALTIN**, Mehmet; Türk Hukukunda Rehin, Ankara: Üçbilek Matbaası, 1996, s. 166; **BIÇAKÇI**, s. 540-541; **SÜMER**, s. 606; **AYAN**, s.234; **ALTAY/ESKİÖCAK**, s. 284; **DUMAN**, İ. Hasan; Açıklamalı İçtihatlı İnşaat Hukuku, 2. Baskı, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2008, s. 749.

²⁷ **REİSOĞLU**, s. 42; **BIÇAKÇI**, s.541; **SÜMER**, s.606; **AYAN**, s.234; **KARAHACIOĞLU/DOĞRUSÖZ/ALTIN**, s.166.

veya bir teminat gösterilmez ise onlar da malı teslimden kaçınabilirler. Kaldı ki bu kişiler, inşaata yalnızca malzeme temin etmektedirler, yoksa inşaatın yapımında herhangi bir emek sarf etmeleri söz konusu değildir. Oysa alacak hakkının doğumunu sağlayan faaliyet, yapının inşasına emeği ile veya hem emeği hem de malzemesi ile katkıda bulunma veya bunu sağlamadır. Sadece malzeme tedariki kanuni ipotek hakkının oluşumunu sağlamaz²⁸ (olsa olsa adi bir alacağı oluşturur). Nitekim Kanun'da da "malzeme vererek veya vermeden emek sarf etmiş olmak" ibaresi yer almaktadır. Dolayısıyla inşaata yalnızca malzeme temin edenlerin yapı alacaklılarına tanınan kanuni ipotek hakkından faydalanabilmeleri mümkün değildir²⁹.

Tüm bu açıklamalarımız, yapı alacaklılarının kanuni ipotek hakkından söz edilebilmesi için, alacak hakkını doğuran sözleşmenin mutlaka eser sözleşmesi niteliğinde olması gerektiğini ortaya koymaktadır.

Kanaatimiz bu şekilde olmakla beraber, doktrinde alacak hakkını doğuran sözleşmenin mutlaka eser sözleşmesi niteliğinde olması gerekeceğini ifade eden yazarlar da mevcuttur³⁰. Örneğin REİSOĞLU; "...malzeme vererek veya vermeyerek çalışmış olmaları hasebiyle" ibaresinden hareketle, hukukî mahiyeti itibarıyla eser sözleşmesi niteliğinde olmayan, konusu bir işin görülmesinden ibaret diğer akitlerden doğan alacakların da ipoteğin tescilini talep hakkı verebileceğine işaret etmektedir³¹.

ACAR ise konuya ilişkin görüşünü; "Ne yasanın metni ne de rehin hakkının kuruluş amacı yasal rehin hakkının sadece eser sözleşmesine dayanacağı şeklinde bir sınırlamaya müsaittir. Yasa (MK.m.893/b.3), 'malzeme ve emek karşılığı olarak malik veya (...) alacaklı olan' kimselerden söz etmekte ise de, bu ifade tarzı malike karşı yapı alacaklılığını sağlayan ilişkinin (veya sözleşmenin) eser sözleşmesi olması gerektiği yönünde açık bir sınırlamayı ortaya koymamaktadır. Yasadaki 'müteahhit' ifadesi de dar ve teknik anlamda kullanılmamış, günlük anlamda kullanılmıştır. Bu kavramdan hareketle eser sözleşmesinin zorunluluğu çıkarılamaz." şeklinde ifade etmiştir³².

ACAR' ın bu görüşünü, "Yasal rehnin amacı ve yapısı, emek ve malzemesi ile yapının inşası ve bu yolla arazinin değerlendirilmesini sağlayan yapı alacaklılarını korumaktır. Bu yön yasal rehnin özünü oluşturur. O halde, eser sözleşmesi olmasa bile, emek ve malzemesi ile bir yapının, bu inşasını gerçekleştiren ve böylece arazinin de-

²⁸ BAYSAL, s. 156; DUMAN, s.749.

²⁹ REİSOĞLU, s. 42; BIÇAKÇI, s.541; SÜMER, s.606. Aynı doğrultuda görüş için bkz. KARAHASAN, M. Reşit; *Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku, Genişletilerek Yenilenmiş Bası, İstanbul: Arıkan Basımevi, 2007, s. 253.*

³⁰ ACAR, Faruk; *Rehin Hukukunda Taşınmaz Kavramı ve Özellikle Belirlilik İlkesi*, Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 2008, s.360; BIÇAKÇI, s.542; DUMAN, s.749.

³¹ REİSOĞLU, s. 30.

³² ACAR, s. 360 vd.

ğerlenmesini sağlayan şahıs, yapı alacaklısı olmalı, bu kimse lehine yasal rehinden söz edilebilmelidir.” şeklindeki ifadeleri ile desteklediği görülmektedir³³.

Gerçekten de yapı alacaklısı ipoteğine ilişkin kanun metninde bu tür bir alacağın mutlaka eser sözleşmesinden kaynaklanması, yapı alacaklısı ipoteğinden yararlanacakların belirlenmesinde, eser sözleşmesinin varlığının aranması bir şart olarak öngörülüş değildir. Ne var ki, yeni Medeni Kanun’un gerekçesinde önemli bir husus kaleme alınmıştır. Kanun koyucu eski Medeni Kanun maddesinde yer alan “işçi” sözcüğü yerine “zanaatkâr” sözcüğünün seçilmesinin bilinçli olduğunu kaleme almış, bununla ipotek isteyebilecek kişilerin, işçiler gibi hizmet sözleşmesi ile değil, eser sözleşmesi ile çalışan kişiler olması gerektiği vurgulanmıştır³⁴. Bu husus, yapı alacaklılarının kanuni ipotek hakkından söz edilebilmesi için, alacak hakkını doğuran sözleşmenin mutlaka eser sözleşmesi niteliğinde olması gerektiği şeklindeki görüşümüze güçlendirmektedir.

Son olarak belirtmeliyiz ki, TMK. inşaat kredisi verenlere de yapı alacağından kaynaklanan bir kanuni ipotek hakkı tanımamıştır. Zira yapı alacaklıları içinde en müsait durumda olanlar kredi açanlar yani bankalardır. Verdikleri para için yeterince teminat sağlanmadıkça, inşaatı finanse etmek mecburiyetleri de yoktur³⁵. Kaldı ki, basiretli bir tacir gibi davranmak yerine yeterince teminat sağlamayıp alacağını tehlikeye sokan Bankaları kanuni bir ipotek hakkı ile korumak da anlamsız olacaktır.

2. Alt Yüklenici

Yapı alacaklısı kavramından sadece taşınmaz maliki ile bir sözleşme ilişkisi içinde olan yükleniciler anlaşılmamalıdır. İnşaatın bir kısmını ya da belirli bir kısmını yapmayı taahhüt eden kişiler, yapmayı yükledikleri işten bazılarının yapılmasını başkasına bırakabilirler. Bu suretle, inşaat işlerinin bir kısmının yapılmasını yükleniciye karşı bir eser sözleşmesi gereğince taahhüt eden alt yükleniciler de TMK.m.893/3’e göre kanuni ipotek hakkından yararlanırlar³⁶.

Yükleniciye, kişisel özelliklerinin önem taşımadığı durumlarda³⁷ aldığı işi başkalarına da yaptırabilme imkânı sağlayan Türk Borçlar Kanunu m.471/3 hükmünün bir sonucu olarak ortaya çıkan alt yüklenicilik sözleşmesinin taraflarından biri olan alt yüklenici kavramı, doktrinde çeşitli şekillerde tanımlanmıştır.

³³ ACAR, s. 361 vd.

³⁴ BAYSAL, s. 164.

³⁵ REİSOĞLU, s. 43; KARAHACIOĞLU/DOĞRUSÖZ/ALTIN, s. 166; SÜMER, s. 606.

³⁶ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 976; BIÇAKÇI, s. 541; SÜMER, s. 605.

³⁷ İşin niteliği değerlendirilirken yüklenicinin ifa edeceği edim dikkate alınır. Buna karşılık, yüklenicinin ödeme gücü ve malik ile yüklenici arasındaki şahsi ilişki önem taşımaz (GÖKYAYLA, Emre; Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009, s. 150).

AKKANAT'a göre alt yüklenici, "asıl yüklenici ile yapmış bulunduğu sözleşme gereğince, asıl yüklenicinin iş sahibine karşı meydana getirmek üzere borçlanmış bulunduğu yapı eserinin bir kısmını veya tamamını kendi sorumluluğu altında meydana getirmeyi, asıl yükleniciye karşı borçlanmış bulunan" yüklenicidir³⁸.

TANDOĞAN'a göre alt yüklenici, "asıl yüklenicinin eseri meydana getirme borcunun ifasını kendi adına ve hesabına yaptığı bir eser sözleşmesiyle ona bıraktığı, kendi hesabına çalışan bir yardımcı kişidir"³⁹.

TMK.nun 893/3. maddesinde geçen alt yüklenici ise, iş sahibi mevkiindeki malik ile eser sözleşmesi yapmış bulunan yükleniciye (asıl yüklenici/genel yüklenici/ilk yüklenici) o işin yapılmasını ayrı bir eser sözleşmesi ile taahhüt eden yükleniciyi ifade etmektedir. Örneğin bir inşaat yüklenicisinin, yapımını üstlendiği inşaatın, elektrik, su, ahşap doğrama, boyama işlerini başka kişilere vermesi halinde, inşaat yüklenicisi asıl yüklenici, diğer işlerin yapımını üstlenen kişiler ise, alt yüklenici durumundadırlar.

Tüm bu tanımlarda da görüldüğü üzere alt yüklenicilik kavramının açıklanmasında, asıl yüklenici ile alt yüklenici arasında akdedilmiş olan eser sözleşmesine dayanılmaktadır. Bu eser sözleşmesi ise, asıl yüklenici ile iş sahibi arasında önceden akdedilmiş olan bir eser sözleşmesinden kaynağını almaktadır. Yapılan tanımlarda görülen diğer bir ortak nokta ise; alt yüklenicinin kendi hesabına çalışan bağımsız bir yardımcı kişi olmasıdır⁴⁰.

TBK.m.471/3 hükmü gereğince asıl yüklenicinin işi alt yükleniciye yaptırabilmesi, işin niteliğine ve/veya iş sahibi ile asıl yüklenici arasında yapılan anlaşmaya ilişkin bir husustur. Gerekli koşullar oluştuğunda alt yükleniciler, çoğunlukla kendi alanlarında uzman olmaları ve sözleşmeyi kendi ad ve hesaplarına yapmaları nedeniyle asıl yüklenicilerin emri altına giren kişiler değillerdir. Yani, alt yükleniciler asıl yüklenicilerin emri ve gözetimi altında değillerdir ve asıl yüklenicilerle aralarında herhangi bir bağımlılık ilişkisi söz konusu değildir⁴¹.

Zaten gerek TBK.m.471/3, gerek asıl iş sahibi ile arasındaki anlaşmalara bağlı olarak aldığı işi alt yüklenicilere bırakabilme imkânına sahip olan asıl yüklenicinin, hem konusunda uzman olan hem de kendisi gibi yüklenici olan alt yükleniciyi emri altına alması ve kişisel gözetim, denetim ve yönetimine tâbi tutması işin mahiyetine ters düşer. Ancak, alt yüklenicinin bağımsızlığını da başıboşluk ve/veya keyfi davra-

³⁸ AKKANAT, s. 10.

³⁹ TANDOĞAN, s. 77; Aynı doğrultuda bir tanım için bkz. YAVUZ, s. 1010.

⁴⁰ ERİŞEN, Muhammet; Alt Müteahhitlik Sözleşmesi, Ankara: Adalet Yayınevi, 2011, s. 12.

⁴¹ ARAL, Fahrettin/ AYRANCI, Hasan; *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 11. Baskı*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2015, s.372 vd.; BAYGIN, s. 22; TANDOĞAN, s. 77; YALÇINDURAN, s.208. ERİŞEN, s. 13; BAYSAL, s. 158.

nabilme şeklinde anlamamak gerekir. Alt yüklenici aldığı iş üzerinde uzmanlığının gerektirdiği özeni göstermek zorundadır.

Alt yüklenici konumundaki kişi ile çoğu zaman aynı zamanda malik olan iş sahibi arasında bir sözleşmesel ilişki yoktur⁴². Alt yüklenicinin sözleşmesel sorumluluğu da sadece kendisinin eser sözleşmesi yaptığı kişiye karşıdır. Bu yüzden, malikin kendisinin eser sözleşmesi yaptığı kişinin ifa yardımcısı konumundaki alt yükleniciye karşı sözleşmesel sorumluluk hükümlerine dayanarak başvurusu kabil değildir. Keza, alt yüklenicinin de gördüğü inşaat işleri dolayısıyla taşınmazın malikine karşı ileri sürebileceği eser sözleşmesinden doğan bir alacağı mevcut değildir. Alt yüklenici, eser sözleşmesinden doğan alacaklarını, aslında sadece asıl yüklenici konumundaki kişiye karşı ileri sürebilir⁴³. Bunun sonucu olarak da, malik genel yükleniciye karşı sahip olduğu alacağını, alt yüklenicinin alacağı ile takas edemez⁴⁴.

Ne var ki, malikin menfaatleri icabı görülen işlerden doğan alacakları dolayısıyla alt yüklenici konumundaki kişilerin alacaklarının da yapı alacaklısı ipoteğinin bahsettiği teminattan istifade etmesi gerektiğine ilişkin düşünceler, eski kanunda geçen “bu müteahhit” ibaresinin; “malikten alacaklı olan yüklenici” dışında “altyüklenicileri” de kapsayacak şekilde yorumlanması sonucunu doğurmuştur⁴⁵. Yeni Kanunda ise, tereddütleri tamamen bertaraf edecek surette alt yüklenicilerin bu yetkiyi haiz olacağı açıkça öngörülmüştür. Bu durumda malik, inşaat dolayısıyla asıl yükleniciye olan borcunu tamamen ödemiş olsa dahi, bu yükleniciden alacağını alamamış olan alt yüklenici, kanuni ipotek hakkının tescilini isteyebilir. Zira alt yükleniciye kanun tarafından tanınmış olan bu ipoteğin tescilini talep hakkı, asıl yüklenicinin sahip olduğu ipoteğin tescilini talep etme hakkından ayrı ve bağımsız bir haktır⁴⁶. Kaldı ki, kanuni ipotek hakkının dayanağı, malik ile yapılan sözleşme değil, yapı için meydana getirilen edimlerdir⁴⁷.

Taşınmaz malikinin alt yüklenicilik sözleşmesinden (veya sözleşmelerinden) ha-

⁴² Alt yüklenici mevkiindeki kişi, yine malik ile arasındaki herhangi bir akdi ilişki bulunmayan diğer bir alt yükleniciden işlerin icrasını üstlenen bir kişi de olabilir. **EREN**, Fikret: “İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine getirilmemesinin Sonuçları”, İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici- İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, (Ankara, 18-29 Mart 1996), B.2, Ankara 2001/XI, s.66.

⁴³ **EREN**, s. 66 vd.

⁴⁴ **BIÇAKÇI**, s. 542; **SÜMER**, s. 604.

⁴⁵ **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, gayrimenkul malikin inşaat işlerinin yapılmasına sebep olmasını aramaktadır. Yazarlara göre, eğer malikin yapılan inşaat işlerine muvafakati yoksa ipoteğin tescilini talep etmek kabil değildir. Bkz. **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 978 vd.

⁴⁶ **AKKANAT**, s. 284; **SÜMER**, s. 605-606; **BAYSAL**, s. 158.

⁴⁷ **REİSOĞLU**, s. 38-39; **BIÇAKÇI**, s. 541; **KÖPRÜLÜ**, Bülent/**KANETİ**, Selim; Sınırlı Ayni Haklar, Genişletilmiş ve Yenilenmiş 2. Baskı, İstanbul: İÜHF. Matbaası, 1982-1983, s. 311-312; **YALÇINDURAN**, s. 208; **KARAHASAN**, s. 253.

berdar olmaması durumu değiştirmez, alt yüklenicinin ihbar yükümlülüğü de yoktur. Hatta taşınmaz maliki ile asıl yüklenici arasındaki eser sözleşmesinde alt yüklenici kullanılmayacağı açıkça öngörülmüş olduğu ve asıl yüklenicinin bu hükme aykırı olarak alt yüklenicilik sözleşmesi akdettiği durumlarda bile, alt yüklenicinin kanuni ipoteğin tescilini talep hakkı mevcuttur⁴⁸.

İsviçre Federal Mahkemesinin kararına konu olmuş bir olayda⁴⁹, taşınmaz maliki asıl yükleniciye olan borcunu ödemiştir, ancak asıl yüklenicinin alt yükleniciye borcunu ödememesinden dolayı alt yüklenici taşınmaz üzerinde kanuni ipotek hakkının tescilini talep etmiş ve mahkeme bu talebi yerinde bularak kabul etmiştir. Federal Mahkemenin bu kararının gerekçesi şu şekildedir: “*Alt müteahhidin kanuni ipoteğin tescilini talep hakkı, ayrı ve genel müteahhidin kanuni ipotek hakkından bağımsız bir haktır. Bunun sonucu olarak genel müteahhit lehine bir kanuni ipotek tesisi, alt müteahhidin lehine bir kanuni ipotek tesisini engellemeyecektir. Malik genel müteahhide ödemedede bulunmuşsa, sadece genel müteahhidin kanuni ipoteğin tescilini talep hakkı söner. Alt müteahhit bağımsız hakkını, sadece ve sadece kendisine ödeme yapıldığı durumlarda kaybeder (...), malikin genel müteahhide ödemedede bulunmuş olması alt müteahhidin kanuni ipotek hakkını malike karşı ileri sürmesine engel teşkil etmez*”. Bu karar ilk bakışta tepki doğuracak nitelikte olsa da kanun metni bu yoruma müsaittir, hatta aksine bir yorumda bulunmak oldukça zordur.

Öte yandan alt yüklenicilik kavramı ile eşanlamlı olarak doktrinde “alt işveren⁵⁰”, “taşeron⁵¹” ve “ikame edilen şahıs⁵²” kavramları da kullanılmaktadır. Nitekim 4857 s.lı İş Kanunu’nun “Tanımlar” başlıklı 2. maddesinde asıl işveren-alt işveren ilişkisi; “*Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir. Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur*.” şeklinde tanımlanmıştır.

İşbu maddenin incelenmesinden de anlaşılacağı üzere, İş Kanunu anlamında, bir kişinin alt işveren olarak nitelendirilebilmesi için, bu kişinin işçi çalıştırıyor olması ve işçilerini de münhasıran bu işyerinde çalıştırması gerekir. Bu durum göstermek-

⁴⁸ BAYSAL, s.158.

⁴⁹ ATF 95 II 87, RNFR 1970 (51) s.182, JdT 1970 I 158 (BAYSAL, s.158).

⁵⁰ ÇELİK, Nuri/ CANİKLİOĞLU, Nurşen/ CANBOLAT, Talat; *İş Hukuku Dersleri, İstanbul: Beta Yayınları, 2015, s. 53; CANBOLAT, Talat; “Alt İşveren Kavramı ve Uygulama Sorunları”, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, 1997, s. 14.*

⁵¹ AKKANAT, s. 8; EREN, İnşaat, s. 65.

⁵² KILIÇOĞLU, Ahmet; Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu, AÜHFD, C. 32, S. 1-4, 1975, s. 194.

tedir ki, alt yüklenici ile alt işveren kavramları, her zaman çakışmayabilir. Zira bir kişinin asıl yükleniciden eser sözleşmesi ile iş alması ve bu işi işçi çalıştırmadan bizzat yapması halinde, söz konusu kişi alt yüklenicidir; ancak İş Kanunu anlamında alt işveren değildir. Yine, asıl yükleniciden iş alan, ancak işçilerini çeşitli işverenlere ait iş yerlerinde çalıştıran kişiler de, alt yüklenici olmalarına rağmen, alt işveren değildirler. Ne var ki, yapı alacaklısı olabilmek için, alt yüklenici olmak yeterlidir. Kanunumuz yapı alacaklısı sıfatına sahip olabilmek için ayrıca İş Kanunu anlamında alt işveren sıfatına sahip olmayı gerekli görmemiştir.

3. Zanaatkârlar

TMK.nun 893/3. maddesine göre, kanuni ipoteğin kendi adına tescilini talep edebilecek kişilerden bir diğeri de, malikten veya yükleniciden alacaklı olan zanaatkârlardır.

Daha önce de belirttiğimiz gibi, yeni kanunda eski kanundan farklı olarak “işçi” terimi yerine “zanaatkâr” terimi tercih edilmiştir⁵³. Ancak, bu terim farklılığının çok esaslı bir değişiklik getirdiğinden bahsetmek mümkün değildir. Zira eski Medeni Kanun’da yer alan işçi kelimesinden, hizmet sözleşmesi ile çalışmayı taahhüt edenlerin değil; bir eser sözleşmesi ile inşaatlardaki elektrik ve su tesisatının döşenmesi, kapı ve pencerelerin takılması gibi belli işlerin bağımsız olarak görülmesini taahhüt edenlerin (zanaatkârların) anlaşılması gerektiği hukukumuzda genel olarak kabul edilmekteydi⁵⁴. Bu gibi kimseler yaptıkları eser sözleşmesinden dolayı, alacaklarını, ancak kendi edimleri ifa ettikten sonra talep etmek imkânına sahiptirler. Yani bir nevi emekleri ve malzemeleri karşılığında kredi vermektedirler. İşte kanun koyucunun da amacı bu gibi kimselerin ortaya çıkardıkları değerler nedeniyle oluşan alacaklarını alamamalarını önlemektir⁵⁵.

⁵³ Zira 4857 s.lı İş Kanunu’nun 32. maddesi gereğince işçilerin alacakları kısa sürede (günlük, haftalık ya da aylık olarak) muaccel olmaktadır. İşçiler ücretleri almak için inşaatın bitmesini beklemek durumunda değildirler. Kaldı ki, işçilerin ücretleri İcra ve İflas Kanunu’nun 140 ve 206. maddeleri gereğince imtiyazlı alacaklardır. Haciz veya işverenin iflası durumunda, diğer alacaklılara nazaran birinci sırayı işgal edeceklerdir. Bütün bunlar yapı alacaklısı olarak inşaatın yapılmasında hizmet sözleşmesi ile fiilen çalışan işçilerin değil, “zanaatkarlar”ın kabul edilmesi gerektiğini ortaya koymaktadır (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.976). Aynı görüş için bkz. SÜMER, s. 603-604; AKKANAT, s. 283; BIÇAKÇI, s. 539-540; AYAN, s. 233 vd.; ALTAY/ESKİOCAK, s. 284; BAYGIN, s. 220. Nitekim yeni Medeni Kanun’un 893. maddesinin gerekçesinde de “... 3 üncü bentte “müteahhit” sözcüğü yerine “yüklenici”, “işçi” yerine de bilinçli olarak *kaynak Kanunda olduğu gibi “zanaatkarlar” kelimesi kullanılmıştır. Bununla ipotek isteyebilecek kişilerin, işçiler gibi hizmet akdi ile değil, eser sözleşmesi ile çalışan kişiler olması gerektiği anlatılmak istenmiştir*” denmek suretiyle, “işçi” terimi yerine “zanaatkar” teriminin bilinçli olarak tercih edildiği açıkça belirtilmiştir. Bkz. **Türk Medeni Kanunu’nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun ve Gerekçeleri**, s. 585 vd.

⁵⁴ GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 1054 vd.; AYAN, s. 233 vd.; ALTAY/ESKİOCAK, s. 282.

⁵⁵ BIÇAKÇI, s. 540; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 976.

Zanaatkârların mutlaka doğrudan doğruya taşınmaz maliki ile eser sözleşmesi ilişkisi içinde bulunmaları gerekmez. Asıl yükleniciye karşı inşaat işlerini eser sözleşmesi gereğince yerine getiren zanaatkârlar da inşaat alacaklısıdır. Bunların kanuni ipotek kurulmasına ilişkin hakları asıl yüklenicinininkinden bağımsızdır. Asıl yüklenici yapı alacağı için bir ipotek kurdurmuş olsa bile, zanaatkâr kendi yapı alacağı için taşınmaz üzerinde ayrı bir ipotek kurdurabilir⁵⁶. Bununla beraber, ipoteğin tescilini talep edebilecek olan zanaatkârların, yine kanunun lâfzına bağlı kalınarak sadece malikten veya yükleniciden alacaklı olan zanaatkârlarla sınırlandırılmaması, bu kavrama ayrıca alt yükleniciden alacaklı olan zanaatkârların da dâhil olduğunu kabul etmek gerekir. Aksinin kabulü, muhtemelen Kanun'un ruhu ile bağdaşmayacak bir eşitsizlik yaratır⁵⁷.

B. Yapı Alacağı

Yapı alacağı, eser sözleşmesi gereğince, “bir taşınmaz üzerinde yapılan yapı veya diğer işlerde malzeme vererek veya vermeden” emek sarf etmeleri sebebiyle, yüklenici ve zanaatkârlar için doğan alacaktır⁵⁸.

Yapı kapsamına ev, apartman vb. gibi yapılar girdiği gibi, yapıya ilişkin ameliyeler de bu kapsamda değerlendirilmektedir. Örneğin, yolun kaldırımlarının yapılması, taşınmazın çevresine duvar çekilmesi, kanal açma, köprü yapma, tünel, viyadük inşası yapı kavramına giren işlerdir⁵⁹. Menkul inşaat ise, TMK. nun 893/3. maddesi kapsamında yapı sayılmaz⁶⁰.

Yapı alacağının konusunu, malzeme ve emek veya sadece emek ile taşınmaz üzerinde meydana gelen yapıya ait değişiklikler oluşturmaktadır⁶¹. O halde yapı alacaklısının bu kanuni haktan yararlanması için, yapıda emek harcamış olması şarttır. Bu emek malzeme verme ile birleşebileceği gibi, herhangi bir malzeme katkısı olmadan da olabilir⁶². Ne var ki, emek veya emek ve malzemenin somut olarak inşaatı bir değer artışı meydana getirmiş olması gerekir⁶³.

Yukarıda da belirtmiş olduğumuz üzere, yapıya yalnız malzeme vererek (örneğin tuğla satımı) katkıda bulunanlar inceleme konumuz olan kanuni ipotek hakkından yararlanamazlar. Çünkü yalnız malzeme tedarik etmek somut olarak inşaatı bir de-

⁵⁶ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 977; BAYGIN, s. 220.

⁵⁷ CAN, s. 55.

⁵⁸ REİSOĞLU, s. 50; SÜMER, s. 607.

⁵⁹ ALTAY/ESKİOCAK, s. 284.

⁶⁰ AYAN, s. 235.

⁶¹ YALÇINDURAN, s. 209.

⁶² BIÇAKÇI, s. 542.

⁶³ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 977.

ğer artışı meydana getirmez. Ne var ki, doktrinde sırf o inşaat için imal edilen bir malzemenin verilmesinin yapı alacağını sağlayacağı belirtilmektedir⁶⁴. Örneğin, İsviçre Federal Mahkemesi yapıya taze beton yollayan malzeme sahibinin yapı alacaklılarının kanuni ipotek hakkına sahip olacağını belirtmiştir. Aslında bu kişi sadece malzemeyi inşaatla getirmekle yetinmiş ve inşaatla fiilen katkıda bulunmamıştır, ancak ısmarlanan malzeme sırf o inşaat için imal edilmiştir. Bu imalatın makine ile ve çok basit bir şekilde gerçekleştirilmiş olması ve başkaca inşaatlarda da kullanılabilmesi bu olguyu değiştirmez. Zaten bu beton derhal kullanılmazsa, sertleşir ve kullanılmaz hale gelir. Bunun hazır tutulması, yapı işinin bir parçası olarak nitelendirilebilir⁶⁵.

Bundan başka, malzemenin verilmesinin yanı sıra montajının yapılması da söz konusu ise, bundan doğan alacak da kanuni rehin hakkıyla güvence altına alınabilir. Örneğin, bir asansörün satışıyla birlikte yapıya monte edilmesi de öngörülmüş ise, bundan doğan alacak yapı alacaklısı ipoteginden yararlanır⁶⁶.

C. Yapı Alacağının Kapsamı

Kural olarak, kanuni ipotek hakkı ile teminat altına alınan alacak miktarının tapu kütüğünde gösterilmesi gerekir. Bu sebeple inşaat alacağının kapsamı belli olmalıdır⁶⁷. Asıl yüklenici ve diğer çalışanlar için bu alacağın miktarı TBK.m.480 hükmüne göre “götürü olarak” veya TBK.m.481 hükmüne göre “yaklaşık olarak” belirlenir. Ancak malik ile doğrudan doğruya bir eser sözleşmesinin tarafı olmayan alt yüklenicilerin, yapı alacaklarının kapsamı doktrinde tartışmalıdır.

Bir görüşe göre⁶⁸, bu miktar inşaat sahibinin asıl yüklenici ile kararlaştırdığı miktarı geçemez. Zira kanunun amacı iyiniyet sahibi taşınmaz malikini miktarı belirli olmayan alacaklarla karşı karşıya bırakmak pahasına alt yükleniciyi korumak değil, sadece malikin inşaat karşılığı ödemeyi taahhüt ettiği parayı belli bir usulle alt yüklenicilerin de hakkını koruyarak paylaşmaktır⁶⁹. Ancak REİSOĞLU ve ERTAŞ bu imkânı sadece iyiniyetli taşınmaz maliklerine tanımaktadırlar. Zira alt yüklenicilere fazla para ödememek için eser sözleşmesinde inşaat işinin bedelini düşük gösteren taşınmaz maliki, TMK.m.2’ye aykırı davranmıştır, hakkını kötüye kullandığı için artık hukuki himaye görmeyecektir⁷⁰.

⁶⁴ YALÇINDURAN, s. 209; BIÇAKÇI, s. 543; ALTAY/ESKİOCAK, s. 284.

⁶⁵ BIÇAKÇI, s. 543; ALTAY/ESKİOCAK, s. 284; BAYSAL, s. 165, KARAHASAN, s. 254. ALTAY/ESKİOCAK, s. 284.

⁶⁶ ALTAY/ESKİOCAK, s.284.

⁶⁷ SÜMER, s.607.

⁶⁸ REİSOĞLU, s. 38; SÜMER, s. 607; DUMAN, s. 749.

⁶⁹ REİSOĞLU, s. 50; SÜMER, s. 607; BIÇAKÇI, s. 544; YALÇINDURAN, s. 209.

⁷⁰ REİSOĞLU, s. 37.

Diğer görüşe göre ise⁷¹, alt yüklenicilerin her biri yapmış oldukları işten dolayı doğan alacakları için kanuni ipotek hakkından yararlanabileceklerdir ve bu asıl yüklenicinin alacak hakkı ile sınırlı olmayacaktır⁷². Öyle ki, malikin asıl yükleniciye olan borcunu ödemesi halinde bile, alt yüklenicinin kanuni ipotek hakkı devam edecektir. Öyleyse alt yüklenicinin yapı alacağının bağımsızlığı neticesi olarak, kendi alacak miktarının asıl yüklenicinin alacağı ile sınırlı olmadığını kabul etmek gerekir. Aksine bir çözüm zaten yapıya katkıda bulunan kişinin, katkıda bulunduğu değer in güven altına alınmaması sonucunu doğurur ki, bu tamamen maddenin amacına ters düşer⁷³. Kanaatimizce de, TMK.nun 893/3 hükmü karşısında ipoteğe konu olan alacağın kapsamı alt yüklenicinin alacağına göre belirlenmelidir. Aksi görüşün kabul edilmesi, kanunun açık ifadesi ile çelişki teşkil edecektir.

Ne var ki, bu halde de taşınmaz maliki inşaatın meydana getirilmesinde alt yüklenici kullanılması durumunda, inşaat bedelini iki ve hatta bazen üç defa ödemek tehlikesi ile karşı karşıya kalabilecektir. Hem asıl yüklenici hem de alt yüklenici(ler) birbirilerinden bağımsız olarak bu ipotek hakkının tescilini talep etme imkânına sahip olabildiklerinden, inşaatın yapımına katılmış bulunan yüklenicilerin tamamının alacağını elde edememiş olması ihtimalinde, asıl yüklenicinin alacağının kapsamına alt yüklenicilerin alacakları da dâhil olmasına rağmen, aynı edim için birden fazla ipotek hakkının tescil edilmesi gündeme gelebilecektir⁷⁴.

İki defa ödeme yapma tehlikesi, taşınmaz malikinin asıl yükleniciye olan borcunu ödemiş fakat asıl yüklenicinin alt yüklenicilere ödeme yapmamış olması ihtimalinde de ortaya çıkmaktadır. Gerçi bu durumlarda taşınmaz maliki alt yüklenicilere yapacağı ödemelerle ilgili olarak asıl yükleniciye rücu etme imkânına sahiptir; fakat asıl yüklenicinin ödeme güçlüğü içerisinde olduğu durumlarda böyle bir imkâna sahip olması onun açısından ekonomik bir değer ifade etmeyecektir⁷⁵.

Malikin bu şekilde iki defa ödeme yapması tehlikesine karşı eser sözleşmesinde daha dikkatli olması için kendisine üç imkân tanınmıştır: Malik, eser sözleşmesine, alt yüklenicilerin bedellerini kendisinin ödeyeceğini veya bu ödemeyi üçüncü bir kişinin (örneğin bankaların) yapacağını yahut sözleşmenin hüküm doğurması için asıl

⁷¹ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 977. Bu görüşü savunanlar, “alt yüklenicilerin alacaklı olduğu miktarın inşaat sahibinin asıl yüklenici ile kararlaştırdığı miktarı geçemeyeceği” şeklindeki görüşün yerinde olmadığını, zira bu görüşün inşaat sahibinin asıl yükleniciye olan borcunu yerine getirmiş olması halinde, alt yükleniciye kanuni ipotek hakkı tanınması fikri ile bağdaştıramayacağını iddia etmektedirler.

⁷² SÜMER, s. 607.

⁷³ BIÇAKÇI, s. 544.

⁷⁴ AKKANAT, s. 292; BAYSAL, s. 159-160.

⁷⁵ AKKANAT, s. 292.

yüklenicinin alt yükleniciye olan borcunu ödemiş olması kaydını koyabilir⁷⁶. Ancak İsviçre’de hâkim görüş malikin iki defa ödeme yapma riskine karşı korunabilmesi için yeni bir kanuni düzenlemenin gerekli olduğu şeklindedir⁷⁷.

Yapı işlerinin taşınmaz malikin haberi olmadan üçüncü bir kişi tarafından (örneğin, kiracı tarafından) yaptırılmış olması halinde ise, üçüncü kişi ile eser sözleşmesi kurmuş olan yüklenici ve zanaatkârların yapı alacaklarından dolayı kanuni ipotek haklarının olup olmaması hususu da doktrinde tartışmalıdır. Baskın görüşe göre, taşınmaz malikin yapı işlerini yaptırmak için herhangi bir sözleşme ilişkisine girmedigi, herhangi bir yetki vermediği, yapılan işleri önceden veya sonradan bir davranışın bulunmadığı, başka bir deyişle yapı işlerinin malikin iradesine veya başkaca davranışlarına bağlanamayacağı durumlarda, diğer objektif şartlar bulunsan bile, yapı alacaklarının kanuni ipotek hakları yoktur⁷⁸.

Yapı alacaklısı ipoteğinin oluşması için, malik ile aralarında bir eser sözleşmesinin olmasının şart olmadığı, önemli olanın taşınmaz üzerindeki değer artışı olduğu görüşünde olan yazarlar ise⁷⁹, taşınmaz üzerindeki yapı yetkisiz bir kişi tarafından yaptırılmış olsa bile, yapı alacaklılarının hiç olmazsa TMK.m.723 kapsamındaki tazminat alacaklarını güvence altına almak bakımından, kanuni ipotek haklarının varlığını kabul etmek gerektiği görüşündedirler⁸⁰.

Buraya kadar yapmış olduğumuz açıklamalar, yapının tamamlanmış ve alacak hakkının doğmuş olması hallerine ilişkindir. İnşaat bitmeden evvel, malikin TBK.m.484 çerçevesinde tam tazminat ödemek suretiyle mukaveleyi feshetmesi ya da inşaatın malikin kusuru nedeniyle tamamlanamaması halinde ise, yapı alacaklılarının “bir taşınmaz üzerinde yapılan yapı veya diğer işlerde malzeme vererek veya vermeden” emek sarf ettikleri işlere tekabül etmeyen kısım için, kanuni ipotek hakkından faydalanabilmeleri mümkün değildir.

REİSOĞLU bu konuda, TMK.nun 807/3. maddesinin “bir taşınmaz üzerinde

⁷⁶ **BIÇAKÇI**, s. 544. **AKKANAT** ise, taşınmaz malikin iki defa ödeme yapma riskinin ortadan kaldırılabilmesi için, sadece taşınmaz maliki ile doğrudan akdi ilişki için bulunan yapı alacaklılarına ipotek hakkının tescilini talep hakkı verilmesi, alt yüklenicilerin ise asıl yüklenicinin taşınmaz malikine karşı sahip olduğu alacak hakkı üzerine kanuni bir rehin hakkı tanınmak suretiyle korunması gerektiği görüşündedir. Bkz. **AKKANAT**, s. 304. **BAYSAL**, s. 161.

⁷⁷ **BAYSAL**, s. 161.

⁷⁸ **REİSOĞLU**, s. 45; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 978; **BAYSAL**, s. 167.

⁷⁹ **BIÇAKÇI**, s. 542; **ACAR**, s. 360. İsviçre Federal Mahkemesi’nin son içtihatları da (BGE 95 II 221= JdT 1970 I 143) bu yöndedir (**OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 979). Ancak İsviçre Medeni Kanunu m. 837’de yapılan değişiklikle, taşınmazda kiracı, hizmetli veya başka bir hakka sahip olanların yaptırdığı inşaat nedeniyle inşaatçı ipoteğinin kurulması, malikin yapılan inşaat işine izin vermesi şartıyla mümkün kılınmıştır (**OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 979).

⁸⁰ **BIÇAKÇI**, s. 545; **YALÇINDURAN**, s. 209-210.

yapılan yapı veya diğer işlerde malzeme vererek veya vermeden” emek sarf edilen işlere ilişkin olduğu, kanunumuzun alacağın ipotekle teminat altına alınmasını emek sarf edilen işin taşınmazın değerini doğrudan doğruya artırması şartına bağlı kıldığı, temeli eser sözleşmesine dayansa bile, doğrudan doğruya taşınmazın değerinin artmasına tesir etmeyen tazminat alacakları için yapı alacaklısı ipoteğinin tesis edilemeyeceği görüşündedir⁸¹. Biz de bu görüşe aynen katılmaktayız.

IV. Yapı Alacaklılarının Kanundan Doğan İpotek Hakkının Tescili

A. Tescilin Şartları

TMK.nun 895. maddesi, inşaatçı ipoteğinin tescilini sırasıyla “belirli bir süre içinde yapılması”, “alacağın tanınmış olması” ve “alacaklıya başkaca teminat verilmemiş olması” şartlarına bağlamaktadır. Aşağıda bu şartların her birini ayrı ayrı inceleyeceğiz.

1. Tescili Talep Hakkının Tabi Olduğu Süre

TMK.nun 895. maddesi; “Zanaatkarların ve yüklenicilerin kanuni ipotek hakları, çalışmayı veya malzeme vermeyi yükledikleri andan başlayarak tapu kütüğüne tescil olunabilir.” hükmünü ihtiva etmektedir. İşbu maddenin incelenmesinden de anlaşılacağı üzere, yüklenici ve zanaatkarların kanuni ipotek haklarını tapu siciline kaydet-tirebilmeleri için, eser sözleşmesinin kurulmuş olması yeterlidir. İşe başlamış olmak şart değildir⁸². Zira kanun koyucu işe eylemli olarak başlamayı aramamaktadır. Belirtmeliyiz ki, kanun koyucu bu hükümle yapı alacaklılarını korumayı amaçlamıştır.

Yapı alacaklıları tapu kütüğünde, tescil tarihine göre derece aldıklarından, işin yapım süresi boyunca kurulacak diğer rehinli alacaklardan etkilenmeyeceklerdir⁸³. Ancak bu hakkın en geç işlerin bitirilmesinden itibaren üç ay içinde kullanılması şarttır⁸⁴. Bu husus TMK.nun 895/2. maddesinde; “Tescilin yüklenilen işin tamamlanmasından başlayarak üç ay içinde yapılmış olması gerekir.” şeklinde ifade edilmiştir⁸⁵.

⁸¹ REİSOĞLU, s. 52-53.

⁸² REİSOĞLU, s.83; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.981; KARAHACIOĞLU/DOĞRUSÖZ/ALTIN, s.168; ÖĞÜTÇÜ/DOĞRUSÖZ, s. 210; AYAN, s. 237; SÜMER, s. 610; ALTAY/ESKİOCAK, s. 286; YALÇINDURAN, s. 211.

⁸³ REİSOĞLU, s. 84; BIÇAKÇI, s. 553; YALÇINDURAN, s. 211.

⁸⁴ AKKANAT, s. 286; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 980; KAPLAN, s. 163; BAYGIN, s. 221; BAYSAL, s. 171, KARAHASAN, s. 254; AYBAY/HATEMİ, s. 285.

⁸⁵ Nitekim Yargıtay 15. Hukuk Dairesi de 18.2.2008 tarihli, 2006/6606 Esas ve 2008/960 Karar sayılı kararında; “...Dava, eser sözleşmesine dayalı alacağın tespitiyle, kanuni ipotek tesisi ve ilgili tapulara tescili istemiyle açılmıştır. -Davalı, husumet yöneltilemeyeceği gibi hak düşürücü sürenin geçtiğini, tescil koşullarının oluşmadığını belirterek davanın reddini savunmuştur. -Mahkemece, davanın kısmen kabulüyle, davacının dava dışı Orteks-Orkide Yatırım ve İnş. San. ve Tic. A.Ş. den

Yine yapı alacaklısının rehin tescili ile ilgili talebini bu üç aylık süre içerisinde tapu memuruna yöneltmesi yeterli olmayıp; aynı zamanda bu süre içerisinde tescilin de gerçekleştirilmiş olması zorunludur. Üç aylık bu süre hukuki emniyetin temini amacıyla getirilmiş olup, kanuni rehin hakkının malik lehine bir ölçüde yumuşatılmasına da etkili olmaktadır⁸⁶.

Ne var ki uygulamada herhangi bir dava açıldıktan sonra ön inceleme duruşmasının bile en erken 5-6 ay sonra yapılabildiği bilinen bir gerçektir. Bu durumda, alacağın gerçek miktarının tespitinin, kanuni ipoteğin tescili için öngörülen 3 aylık hak düşürücü süre içerisinde yapılamayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Malik lehine öngörülen bu yumuşama, yapı alacaklısı ipoteğinin uygulanabilirliği imkânını tamamen ortadan kaldırdığından, doktrinde ve Yargıtay Kararlarında, davanın uzaması halinde, yapı alacaklısının kanuni ipoteğin tesciline ilişkin 3 aylık hak düşürücü süreyi kaçırmaması ve hak kaybına uğraması ihtimali göz önünde bulundurularak, yapı alacaklısının mahkemeden TMK.m.1011 uyarınca geçici tescil şerhi verilmesini talep edebileceği kabul edilmiş ve uygulama bu yönde şekillenmiştir⁸⁷. Geçici tescil, mahkemeden kesin tescilde olduğu gibi, işe başlandığı günden itibaren istenebilir. İşin bitmiş sayıldığı günü takip eden üç ay içinde geçici tescilin talep edilmiş olması icap eder.

Geçici tescil talebinden maksat, süratli bir müdahale ile yüklenici ve zanaatkarlara sağlanan kanuni himayenin ortadan kalkmasına mani olmak olduğuna göre,

195.000,00 YTL alacağının bulunduğu tespitine, bu bedeli karşılamak üzere Türk Medeni Kanunu'nun 893/3. maddesinde davalı adına kayıtlı bağımsız bölümler üzerine davacı lehine kanuni ipotek hakkının tapuya tesciline karar verilmiş, karar taraflar vekillerince temyiz edilmiştir. Davaya konu alacak, davalının inşaatlarının yapımını yükümlenen dava dışı Orteks-Orkide Ltd. Şti. ile davacı arasında imzalanan 22.07.2003 günlü 7625 adet kapı kanadı imali ve montajı sözleşmesinden kaynaklanmıştır. Kısaca, davacı alt yüklenicidir. -Türk Medeni Kanunu'nun 893/3. maddesi hükmüne, bir taşınmaz üzerinde yapılan yapı veya diğer işlerde malzeme vererek veya vermeden emek sarf ettikleri için malzeme ve emek karşılığı olarak malik veya yükleniciden alacaklı olan alt yükleniciler kanuni ipotek hakkının tescilini isteyebilir. Aynı Yasa'nın 895. maddesi hükmüne de, tescilin yüklenilen işin tamamlanmasından başlayarak üç ay içinde yapılmış olması ve tescilin yapılabilmesi için alacağın malik tarafından kabul edilmiş veya mahkemece karara bağlanmış olması şarttır. .Somut olaya gelince, alt yüklenici davacının alacak miktarı hususunda taraflar uyuşmadıkları gibi mahkemece de karara bağlanmış değildir. Kısaca alacağın miktarı tartışmalıdır. Alacağın dayanağı imalat 22.01.2004 tarihinde teslim edildiğine göre bu tarihten itibaren üç aylık süre içinde geçici tescil istenildiği iddia olunmadığından işbu davada üç aylık süre de açılmadığından dinlenebilme koşullarının gerçekleştiğinden söz edilemez. Bu halde açıklanan tüm bu nedenlerle davanın reddine karar verilmesi gerekirken hukuki yorumlamada yanılığa düşülerek kabul edilmesi usul ve yasaya aykırı olmuş, kararın bozulması uygun bulunmuştur.” demek suretiyle aynı hususa değinmiştir (www.kazanci.com, 15.09.2015).

⁸⁶ AKKANAT, s. 286.

⁸⁷ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 981; BAYSAL, s. 173; KOSTAKOĞLU, Cengiz; İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, 9. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, 2015, s. 927.

hakim, 3 aylık hak düşürücü sürenin geçtiğini gösteren delil ve emareler olmadıkça, alacağın esas ile ilgili derinlemesine bir inceleme yapmadan geçici tescile derhal hükmetmelidir.

Bu üç aylık hak düşürücü sürenin işlerin bitmiş sayıldığı gün başlayacağını belirtmiş idik. İşin bitip bitmediği hususu eser sözleşmesinde yer alan işin bitirilmesi tarihine bakarak belirlenmez. Diğer bir ifadeyle eser sözleşmesi yönünden işin daha önceki bir tarihte bitirilmesi gerekse bile, bu tarih esas alınmaz. Yine malikin binada oturmaya başlaması da işin bittiği anlamına gelmez. Çünkü malikin bitmemiş bir evde oturması da mümkündür⁸⁸. Yüklenicinin fatura göndermiş olması da, zaruri olarak, işin tamamlandığının delili sayılamaz⁸⁹.

İşin bitmiş sayılması için, yapı alacaklısının borç altına girdiği eser sözleşmesinin konusuna giren bütün işlerin yapılması, tamamlanması gerekir⁹⁰. Belirtmeliyiz ki, borç altına girdiği eser sözleşmesinin konusuna giren bütün işleri tamamlamayan yapı alacaklısı tescil talebinde bulunamaz. Nitekim Yargıtay 15. HD. de 16.6.2005 t.li, 2004/6312 E. ve 2005/3626 K. sayılı kararında; *“...Davacı yüklenici her ne kadar dava dilekçesinde sözleşmeye aykırı olarak ve kötüniyetle davalılar tarafından kurulan kat irtifakının da iptalini istemiş ise de 2.3.2003 tarihli oturumda alınan imzalı beyanı ile davadaki asıl taleplerinin tapunun iptali ile kooperatif adına tesciline ilişkin olduğunu açıklamış bulunmalarına, inşaat sözleşmeye uygun olarak ikmal edilmediğinden sözleşme hükmü gereği davacının dava tarihi itibarıyla tescil talebinde bulunmaya hakkı olmadığından anlaşılmasına, şartları oluştuğunda tescil talebi ile ilgili dava açıldığında bağımsız bölümlerin sözleşmeye uygun olarak paylaşımının yapılacağına ve ayrıca kurulan kat irtifakına yönelik itirazın tescil için açılacak dava ile birlikte adli yargı yerinde çözüleceğinin de tabii bulunmasına, TMK.nun 895. maddesi uyarınca koşulları oluşmadığından davacının kanuni ipotek tesisi ile ilgili talebinin reddedilmesinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre...hükümün değişik bu gerekçe ile ONANMASINA ...karar verildi.”* demek suretiyle aynı hususa değinmiştir⁹¹.

Ne var ki, sonradan istenen ek çalışmalarla, yüklenicinin kasten yapmadığı bazı önemsiz işlerin yapılmamış olması işin bitmemiş sayılmasını gerektirmez; meğerki bu işler inşaatın tamamlanmış sayılabilmesi için vazgeçilmez bir fonksiyona sahip olsun⁹². Bu bağlamda, yapı alacaklısının bilerek sona bıraktığı ufak tefek eksiklikler, toplama ve düzeltme işlemleri vb. işin tamamlanmadığı anlamına gelmez. Aksi halde sürenin tespiti, tek taraflı yapı alacaklısının iradesine kalmış olur. Bu konuda

⁸⁸ REİSOĞLU, s. 86-87; BIÇAKÇI, s.553; YALÇINDURAN, s. 211.

⁸⁹ REİSOĞLU, s. 87.

⁹⁰ BIÇAKÇI, s. 553.

⁹¹ www.kazanci.com, 15.09.2015.

⁹² ÖĞÜTÇÜ/DOĞRUSÖZ, s. 210; YALÇINDURAN, s. 211; AKKANAT, s. 286; BAYSAL, s. 171.

objektif ölçülere dayanarak TMK.nun 895. maddesinin konuluş amacına uygun karar vermek gerekir⁹³.

Eser sözleşmesi gereğince işler tamamlanmamış olduğu halde, yüklenicinin çalışmayı bırakmış olması, “işin bitmiş sayılması” olarak yorumlanamaz. Bu takdirde yüklenici, işi bitirmemek suretiyle üç aylık müddetin geçmesi imkânını her ne kadar elinde bulundurursa da, inşaat sahibi, temerrüt hükümlerinden istifade ederek, kötüniyetle yaratılmak istenen bu duruma son verebilir. Örneğin malik, TBK.m.123 vd. hükümlerinden faydalanarak yükleniciyi temerrüde düşürdüktan sonra, -temerrüde düşen borçlu kendisine verilen süre içinde borcunu ifa etmemişse veya yükleniciye süre verilmesini gerektirmeyen bir durum söz konusu ise-, TBK.m.125/2 hükmü gereğince borcun ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini yükleniciye hemen bildirebilir. Bu tarihten itibaren iş son bulmuş sayılır ve üç aylık süre de işlemeye başlar⁹⁴.

Aynı şekilde, sözleşmenin, işin bitmesinden evvel inşaat sahibi tarafından feshi halinde de (TBK.m.484), üç aylık müddet yüklenicinin fiilen çalıştığı son günden itibaren değil, fakat sözleşmenin feshi tarihinden başlar. Aksi takdirde, mesela hava şartları veya grev yüzünden yüklenicinin üç ay çalışmaması halinde, inşaat sahibi, TBK.m.484 gereğince tek taraflı iradesiyle sözleşmeyi feshederek yüklenicinin kanuni ipotek hakkını tescil ettirmesini önleyebilir⁹⁵.

Öte yandan kanun metninin içeriğinden, üç aylık tescili talep süresinin her yapı alacaklısının kendi üstlendiği yapı işinin tamamlanmasından itibaren başlayacağı anlaşılmalıdır. Yani işin bitimi her yapı alacaklısı yönünden, işi bitirdiği tarih dikkate alınarak ayrı ayrı belirlenmelidir⁹⁶. Örneğin, doğrama işinin yapımını yüklenen kimse için, üç aylık süre kendisine düşen bu işi bitirdiği günden itibaren başlar⁹⁷. Yani yapı alacaklısının tescil talebinde bulunabilmesi için, yapı işinin tamamının bitirilmesini beklemesine gerek yoktur. Aksi bir düşüncenin kabul edilmesi halinde, yapının tamamlanmasından evvel, hatta başlangıcında işini bitiren yapı alacaklıları, işleri daha sonra bitenlere nazaran tescil bakımından daha uzun bir zamana sahip olacaklardır. Bu durum ise, hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuracaktır. Kanun koyucunun böyle bir neticeyi amaçlamadığı açıktır. Bu nedenle işi biten elektrikçi ya da marangozun eser sözleşmesinin tamamının yerine getirilmesini beklemeksizin kendileri tarafından yapılan işin bitirilmesinden itibaren üç ay içinde tescil isteminde bulunmaları gerekir⁹⁸.

⁹³ ALTAY/ESKİOCAK, s. 286; BAYSAL, s. 171.

⁹⁴ REİSOĞLU, s. 87; BIÇAKÇI, s. 554; YALÇINDURAN, s. 212.

⁹⁵ REİSOĞLU, s. 87; BIÇAKÇI, s. 554; YALÇINDURAN, s. 212.

⁹⁶ AKKANAT, s. 286; BIÇAKÇI, s. 554.

⁹⁷ BIÇAKÇI, s. 554.

⁹⁸ ÖĞÜTÇÜ/DOĞRUSÖZ, s. 210.

Yapı maliki ile yüklenici arasında aynı yapı ile ilgili birden çok ve bağımsız eser sözleşmesi yapıldığı ve her sözleşme için ayrı ödeme koşulları belirlendiği takdirde, tescil süresi her sözleşme için ayrı ayrı hesaplanır⁹⁹. Bu gibi durumlarda işin tamamlanıp tamamlanmadığı hususu da her sözleşme bakımından ayrı ayrı değerlendirilir. İnşaatın yapılmasında birden fazla alt yüklenici bulunması halinde de aynı hususlar geçerlidir¹⁰⁰.

Öte yandan üç aylık sürenin işlemleri bakımından, her yapı alacaklısının durumu diğerinden bağımsızdır. Yani, bazılarının süreyi geçirmesi, süreyi henüz geçirmemiş olanların tescil talebinde bulunmalarını etkilemez¹⁰¹.

Bu üç aylık süre hak düşürücü süre olduğundan¹⁰² yapı malikinin kabulü ile hatta mahkemece de uzatılamaz. Bu nedenle üçüncü kişilerin hukukunu koruma bakımından malikin kabulü veya mahkeme kararı bulunması halinde dahi tapu sicil memuru böyle bir isteği reddetmek zorundadır. Ayrıca, bu sürenin bazı nedenlerden dolayı durması (BK.m.153) veya kesilmesi (BK.m.154) söz konusu olamaz¹⁰³.

⁹⁹ REİSOĞLU, s. 85; ÖĞÜTÇÜ/DOĞRUSÖZ, s. 210; YALÇINDURAN, s. 211-212.

¹⁰⁰ YALÇINDURAN, s. 212.

¹⁰¹ SÜMER, s.610; AYAN, s.237.

¹⁰² Nitekim Yarg. HGK. da 16.06.1973t., 1-15E. ve 510K. s.lı kararında; "...Davacı lehine Medeni Kanun'un 807'nci maddesinin 3'ncü fıkrasına göre kanuni ipotek tesisine dair dava, dava dışı İsmail aleyhine 963 yılında açılmıştır. Davacı inşaatı en geç 1958 yılında bitirmiştir. Medeni Kanun'un 921. maddesine dayanarak alacağı için Tapu Siciline geçici bir şerh verilmesi hususunda herhangi bir talebi olmamıştır. Ancak 1963 yılında İ. Aleyhine açtığı davada kanuni ipotek isteğinde bulunmuştur. Davacı ile dava dışı İsmail arasındaki akdi münasebet ne olursa olsun, dava, yapılan inşaat dolayısıyla sarf edilen para için kanuni ipotek tesisine taalluk etmesi sebebiyle evvela bu hakkın mevcut şartlar dahilinde tescilinin mümkün olmadığı, mümkün ise, bu hakkın mevcudiyetinin sonuçlarından davalının sorumluluk derecesinin bu davada her şeyden önce halli gerekeceğinden konu evvela bu yönden incelenmiştir. Medeni Kanun'un 807. maddesinin 3'üncü fıkrasına dayanarak kanuni ipotek hakkının iş yapan veya müteahhit tarafından işin bittiği tarihten itibaren üç ay içerisinde istenmesi gerekir. Aynı Yasa'nın 809. maddesi bunu amirdir. Hak düşürücü bir süre olması sebebiyle bu süre içerisinde sözü geçen hak için istekte bulunulmaz veya aynı Yasa'nın 921. maddesine dayanılarak geçici tescil istenmez ise müteahhit bu süre geçtikten sonra bu hakkını kullanamaz. Dolayısıyla üçüncü kişilere bu hususu dermeyer ederek bir istekte bulunamaz. Yukarıda belirtildiği gibi davacı arsa üzerinde inşaatı 1958 yılında bitirmiştir. Tescil davası 1963 yılında açılmıştır. O halde Medeni Kanun'un 809'uncu maddesi gereğince istek hüküm altına alınmaz ve bu sebepten davacının dayandığı dava dışı İ. Aleyhine aldığı karar bu davada delil kıymetini kaybetmiş olur. O ilam ancak İ.yi bağlayacağından gayrimenkul üzerinde davacı lehine tesis edilen bu ipotek üçüncü şahıs mevkiinde olan davalıya karşı ileri sürülerek rüçhanlı olduğu iddia edilemez. Yukarıda açıklandığı veçhile davalı kanuna dayanarak bu şekilde def'ide bulunabileceğinden bu yönden davanın reddine karar verilmesi gerekir. -Bu itibarla açıklanan gerekçeyi de ihtiva eden özel daire bozma kararına uyularak davanın reddine karar verilmesi gerekirken kabulüne müncer evvelki kararda direnilmesi Usul ve Kanun'a aykırı olduğundan davalının yerinde görülen bozma isteğinin kabulü ile direnme kararının (BOZULMASINA) çoğunlukla karar verildi" demek suretiyle aynı hususa değinmiştir (Bkz. ALTAY/ESKİÖCAK, s. 287).

¹⁰³ REİSOĞLU, s. 87; ÖĞÜTÇÜ/DOĞRUSÖZ, s. 211; BIÇAKÇI, s. 554; YALÇINDURAN, s. 212.

Son olarak belirtmeliyiz ki, sürenin geçmesi ile yapı alacağı değil, yapı alacağının tescilini talep hakkı son bulur¹⁰⁴. Dolayısıyla süreyi geçiren yapı alacaklısı zamanaşımı süresi içerisinde genel mahkemelerde dava açmak suretiyle alacağını talep etme hakkına sahiptir.

2. Alacağın Tanınmış Olması

Yapı alacaklılarının kanuni ipotek hakkına esas teşkil eden alacağın malik tarafından tanınmış olması, yani alacağın ihtilaflı (çekişmeli) olmaması gerekmektedir. Bu husus TMK.nun 895/3. maddesinde; *“Tescilin yapılması için alacağın malik tarafından kabul edilmiş veya mahkemece karara bağlanmış olması şarttır.”* şeklinde ifade edilmiştir. İşbu maddenin incelenmesinden de anlaşıldığı üzere, tescil için alacağın tanınması iki yolla olur. Bunlar; “alacağın malik tarafından kabul edilmesi” veya “mahkemece hüküm altına alınması”dır. Aşağıda bu şartlardan her biri ayrı ayrı incelenecektir.

a. Alacağın Malik Tarafından Kabul Edilmesi

TMK.m.895’te yer verilen, taşınmaz malikinin alacağı tanınmasından maksat, malikin bir borç ikrarında bulunması değildir. İfade olunmak istenen, taşınmaz üzerinde ipoteğin ne miktar için bir yük teşkil edeceğinin veya yapılan işin değerinin taşınmaz maliki tarafından kabul edilmesidir. Malik bu anlamda yapı alacağını tanımlı, yapı alacaklısı ipoteğinin tescili mümkündür¹⁰⁵.

Kural olarak, kanuni ipotek hakkı ile teminat altına alınan alacak miktarının tapu kütüğünde gösterilmesi gerekir. Bu sebeple yapı alacağının kapsamı belli olmalıdır. Asıl yüklenici ve diğer çalışanlar için, bu alacağın miktarı TBK.m.480 gereğince “götürü bedel” olarak belirlenmiş olabilir veya 481’e göre “belirlenmemiş” olabilir ya da “yaklaşık (takribi) bedel” olarak belirlenmiş olabilir.

Bedelin götürü olarak tespit edildiği durumlarda, alacağın malik tarafından kabulü bir özellik göstermez, kabulün yazılı biçimde olması yeterlidir. Bu konuda esas sorun, yapı alacaklısının bedelinin kesin olarak saptanmadığı durumlarda işin başında ipoteğin tescilinin istemesinde ortaya çıkar. Doktrinde böyle durumlarda, yapı işleri tam olarak bitmeden önce bedeli tam olarak hesaplamaya imkân olmadığından, kesin tescil değil ancak geçici tescil yaptırılabilirliği görüşünü savunanlar mevcuttur¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Bu sürenin hesabında, TBK.nun 92 ve 93. maddeleri, TMK.m.5 gereğince uygulanır (Bkz. **RE-İSOĞLU**, s. 87).

¹⁰⁵ **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 980; **BAYGIN**, s. 221.

¹⁰⁶ Bkz. **WIELAND** (çev. İ.H. Karafaki), Kanunu Medenide Ayni Haklar, Ankara 1950, s. 684 (**BIÇAKÇI**, s.555); **AKKANAT**, s.287; **UYGUR**, Turgut; Açıklamalı-İçtihatlı İnşaat Hukuku

Doğrudan doğruya kendisine eser sözleşmesiyle bağlı bulunan yüklenici ve zanaatkârların alacak miktarlarını kesin ya da yaklaşık olarak tayin etmek malik için mümkündür. Ancak, yapı alacaklısı ipoteği, yalnız malikle eser sözleşmesi imzalayanlara değil, müstakil olarak alt yüklenici ve zanaatkârlara da tanınmıştır. Alt yüklenici ve zanaatkârlar asıl müteahhide bağlı olarak çalıştıklarından, malikin bunların varlığından dahi haberdar olmaması mümkündür. Malikin, onları asıl müteahhide bağlayan eser sözleşmesinin mahiyet ve şartlarını bilmesine ve dolayısıyla yaklaşık olarak dahi alacaklarının miktarını, ipotek haklarına esas teşkil etmek üzere tespit etmesine imkân yoktur¹⁰⁷. Böyle durumlarda da, kesin tescil değil, ancak geçici tescil yaptırılabilir ve alt yüklenici ile zanaatkârlara dava açarak alacakların kesin miktarını tespit ettirmek için süre tanınabileceği kabul edilmelidir.

Alt yüklenici ve zanaatkârlar lehine tanınan kanuni ipotek hakkının tescili için, alacağın asıl yüklenici tarafından kabul edilmesinin yeterli olup olmadığı hususunda REİSOĞLU, “alt müteahhit ve zanaatkarlar lehine kanuni ipotek hakkının tescili için, alacağın birinci müteahhit tarafından kabul edilmesinin yeterli olmadığı, zira birinci müteahhidin, kanuni ipotek hakkıyla takyid edilecek gayrimenkul üzerinde hiçbir hakkı olmadığı, oysa gayrimenkule müteallik haklar üzerinde tescil, terkin vs. yoluyla yapılacak her türlü değişikliğin TMK.m.1013-1014 gereğince, prensip itibarıyla gayrimenkul malikinin beyanına bağlı olduğu, dolayısıyla alt yüklenici ve zanaatkarlar lehine yapılacak tescillerde de alacağın malik tarafından kabul edilmesi gerektiği” görüşündedir¹⁰⁸.

Kanaatimizce de, alt yüklenici ve zanaatkârların yapmış olduğu işlerden doğan alacaklarının da malik tarafından tanınmış olması gerekir. Alt yüklenicinin alacağı, malik tarafından kanuni ipotek yoluyla temin edilirse, ipoteye teşkil etmek üzere tanınan alacağın miktarına itiraz eden asıl yüklenicinin, ipotegin terkin edilmesini isteme hakkı yoktur. Zira alt yüklenici lehine ipotek tescil edilmesi asıl yükleniciye zarar vermemektedir¹⁰⁹.

Malikin yapı alacaklısının alacağını tanımaktan kaçınması durumunda ise, aşağıda inceleneceği gibi, alacaklının kanuni ipotegin tescili konusunda hüküm elde etmek için dava açması ve bu arada 3 aylık hak düşümü süresi geçmeden yapı alacağı ipotegini tapuya tescil ettirmesi zorunluluğu vardır.

Eser ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara: Adalet Matbaacılık, 1993. **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR** ise, yapı alacaklılarının mahkeme kararı ile, TST.m.50 hükmüne dayanarak, ipotek hususunda MK.m.1011 uyarınca geçici tescil şerhi verdirtebilecekleri görüşündedir. (**OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 981).

¹⁰⁷ REİSOĞLU, s. 94.

¹⁰⁸ REİSOĞLU, s. 94.

¹⁰⁹ REİSOĞLU, s. 94-95; SÜMER, s. 607- 608.

b. Alacanın Mahkemece Hüküm Altına Alınması

Malikin yapı alacaklısının alacağını tanımaktan kaçınması durumunda, alacaklı kanuni ipoteğin tescili konusunda hüküm elde etmek için hâkime müracaat edebilecektir. Bu durumda mahkeme, alacanın gerçek miktarını hüküm altına alacaktır¹¹⁰.

Yapı alacaklısının, bu konudaki tespit davasının dinlenebilmesi için zorunlu olan menfaat şartının varlığı açık olduğu gibi, TMK.m.895 hükmü de kendisine bu hakkı tanımaktadır.

Açılacak davada, yapı maliki ile birlikte borcun muhatabı olan yüklenici de taraf olarak gösterilmelidir. Zira yapı alacaklısının sözleşmeden kaynaklanan bir alacağı varsa bu alacanın muhatabı ve borçlusu sözleşmenin tarafı olan yüklenicidir. Yapı maliki sözleşmenin tarafı olmadığından, yüklenicinin taraf olarak gösterilmediği davalarda, mahkemece alacanın gerçek miktarının tespit edilebilmesi çoğu kez mümkün olamayacak veya tespit edilen alacak davanın tarafı olmayan yükleniciyi bağlamayacağından Mahkemece tescil kararı verilemeyecektir. Nitekim Yargıtay 15. Hukuk Dairesi de, 02.11.2012 t.li, 2011/7124 E. ve 2012/6793 K. s.lı kararında¹¹¹; "... TMK'nın 895/III. maddesinde, 'tescilin yapılması için alacanın malik tarafından kabul edilmiş veya mahkemece karara bağlanmış olması gerekir' düzenlemesine yer verilmiştir. -Somut olayda davacının alacağı, dava dışı yüklenici ile imzaladığı taşeronluk sözleşmesi uyarınca yaptığı imalatlardan kaynaklanmaktadır. Sözleşmeler ancak tarafları arasında hak ve borç doğururlar. Davacının sözleşmeden kaynaklanan bir alacağı varsa bu alacanın muhatabı ve borçlusu sözleşmenin tarafı olan dava dışı yüklenicidir. Davacı, borcun muhatabı olan dava dışı yüklenici aleyhine dava açarak alacağını ilama bağlatmadığı gibi, davacının dava dışı yükleniciden olan alacağı davalı arsa sahiplerince kabul de edilmemiştir. Eldeki davada yüklenici taraf olmadığından bilirkişilerce belirlenen alacanın yükleniciyi bağladığı ve yüklenici yönünden alacanın karara bağlandığı kabul edilemez. Belirlenen alacak, davalı arsa sahiplerince kabul edilmiş de değildir. Bu durumda mahkemece şartları oluşmayan davanın reddi gerekirken, delillerin takdirinde ve yasa hükümlerinin yorumlanmasında hataya düşülerek yazılı şekilde davanın kabulü doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir." demek suretiyle aynı hususa değinmiştir.

Bu davalar, basit yargılama usulüne tabidir. Uygulamada Yerel Mahkemelerce yapı alacaklısı ipoteğine ilişkin davaların değişik iş esasına kaydedildiği hususu ile karşılaşılmalıdır. Kanaatimizce bu uygulama son derece hatalıdır. Bu husustaki davaların esasa kaydedilerek, basit yargılama usulü ile çözümlenmesi gerekmektedir. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi de aynı görüştedir¹¹².

¹¹⁰ REİSOĞLU, s. 96; SÜMER, s. 608; BIÇAKÇI, s.555; YALÇINDURAN, s. 212; AYBAY/HATEMİ, s. 285.

¹¹¹ www.legalbank.com, 20.09.2015.

¹¹² Bkz. Yargıtay 15. HD.nin 29.11.2010 t.li, 2010/5423E. ve 2010/6471K. lı kararı.

Yine uygulamada Mahkemeler tarafından geçici tescilin süresi tayin olunurken, üç ay-beş ay gibi sabit bir zamanla tahdit yerine, mesela “esas davanın (alacak davasının) kesinleşmesinden yirmi gün sonraya kadar” şeklinde hükümler kurulmalıdır. Hükümün bu şekilde kurulmasıyla, kesin tescilin icra olunacağı ana kadar yapı alacaklılarına koruma sağlanacaktır. Zira geçici tescil hakim tarafından tayin edilen sürenin dolmasıyla tapu memuru tarafından re’sen terkin edileceğinden, kesin tescilin icra olunacağı ana kadar yapı alacaklılarına koruma sağlayacak bir geçici tescil süresi belirlenmelidir.

3. Yeterli Teminat Gösterilmemiş Olması

Yapı alacaklılarının kanuni ipotek hakkının tescilinin istenebilmesi için malik tarafından yeterli teminat gösterilmemiş olması gerekmektedir. Bu husus TMK.nun 895/4. maddesinde; “*Malik yeterli güvence gösterirse tescil istenemez.*” demek suretiyle açıkça ifade edilmiştir.

Malik tarafından, iddia edilen alacak için yeterli sayılabilecek oranda bir teminat gösterilirse, artık kanuni ipotek hakkının tescili istenemez¹¹³. Kanun koyucu teminat gösterilmesi bakımından yapı alacaklılarına bir talep hakkı tanımamıştır. Alacağın, ipotek tescili veya teminat gösterme yollarından biriyle garanti edilişinde, seçme hakkı malike aittir. Yüklenici ve zanaatkârlar, ancak, kanuni ipotek hakkının tescilini talep edebilirler. Malikin teminat göstermesini isteyemezler¹¹⁴.

Teminatın ne şekilde olacağı da yasada açıkça belirtilmemiştir. Ancak doktrinde teminatın aynı ya da şahsi teminat olabileceği kabul edilmektedir¹¹⁵. Bu durumda para veya kıymetli evrakın depo edilmesi veya mali durumu iyi olan kişilerin kefil olarak gösterilmesi teminat mahiyetindedir. Buna karşılık ödeme gücü kuvvetli olan başka şahısların bonoda imzaları bulunsun bile, malikin bono vermesi yeterli teminat sayılmaz¹¹⁶.

Teminat miktarının yüklenici ve diğer çalışanların alacağını karşılamaya yetecek miktarda olması gerekir. Teminatın yeterliliği konusunda anlaşma olmazsa bunu hâkim tayin eder¹¹⁷.

İnşaat alacaklısı olan yüklenici ve diğer çalışanların kusuru olmaksızın teminat azalmışsa, üç aylık tescil süresi geçmiş olsa bile, malikten yeniden teminat göstermesi

¹¹³ AYAN, s. 236; YALÇINDURAN, s. 213; KAPLAN, s. 163; AYBAY/HATEMİ, s. 285.

¹¹⁴ REİSOĞLU, s. 99; AKKANAT, s. 287.

¹¹⁵ REİSOĞLU, s. 99; BIÇAKÇI, s. 556; SÜMER, s. 609; AYAN, s. 236; YALÇINDURAN, s. 213; AKKANAT, s. 218.

¹¹⁶ BIÇAKÇI, s. 556.

¹¹⁷ YALÇINDURAN, s. 213; BAYSAL, s. 173.

istenebilir¹¹⁸. Malik teminat göstermek suretiyle, daha önce tescil edilmiş olan kanuni ipoteklerin terkinini de talep edebilir¹¹⁹.

Bizim de kanaatimiz bu şekilde olmakla beraber, doktrinde “üç aylık süre dolduktan sonra, malikten yeniden teminat göstermesinin talep edilemeyeceği” görüşünde olanların da mevcut olduğu görülmektedir. Örneğin, BIÇAKÇI konu hakkındaki görüşünü; “*Yapı alacaklısı tarafından da kabul edilen teminat ileride değerinden düşüp de yeterlilik niteliğini kaybederse, üç aylık sürenin dolmamış olması koşulu ile, yapı alacaklısı yeniden yasal ipotek hakkının tescilini isteyebilir. Örneğin teminat olarak gösterilen hisse senetleri değerden düşmüş veya kefil ödemededen aciz hale gelmiş olabilir. Bu durumda malik isterse ek teminatlar da gösterebilir.*” şeklinde beyan etmiştir¹²⁰. Kanaatimizce, yapı alacaklısı tarafından da kabul edilen teminatın ileride değerinin düşmesi halinde, üç aylık tescili talep süresinin dolmuş olması, yapı alacaklılarının malikten yeniden teminat göstermesini talep etme hakkını ortadan kaldırmayacaktır. Aksi takdirde malik, teminat yolunu seçmekle, yapı alacaklılarını rehin hakkına nazaran çok daha fazla riskli bir garantiyi kabule zorlamış olur ki, bu sonuç, kanunun teminat gösterme imkânını sağlamakta güttüğü amacı aşar niteliktedir¹²¹.

Öte yandan belirtmeliyiz ki, malik, kanuni ipotek tescil ettirmek hakkına sahip her yapı alacaklısına ayrı ayrı teminat göstermek zorundadır. Dolayısıyla asıl yükleniciye malik tarafından teminat verilmiş olması, alt yüklenicinin bu konudaki hakkını etkilemez¹²².

B. Tescil

Bir rehin hakkının tapu siciline tescili için kural olarak resmi şekilde yapılmış bir rehin sözleşmesi bulunması ve ayrıca taşınmaz malikin tescil isteğini bildirmesi gerekir (TMK.m.1013)¹²³. Ancak malik, alacaklısı adına tescil yapılmasını istemekten kaçınırsa, o zaman alacaklı Mahkemeden tescile karar verilmesini isteyebilmek yetkisine sahiptir¹²⁴.

Yapı alacaklılarının ipotek hakkında ise bu kural uygulanmaz¹²⁵. Yapı alacaklıları ipoteğinde iktisap nedeni kanundan doğar. Başka bir deyişle, TMK.nun 895.

¹¹⁸ SÜMER, s. 609; YALÇINDURAN, s. 213; AKKANAT, s. 288.

¹¹⁹ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 981, SÜMER, s. 609; YALÇINDURAN, s. 213; AKKANAT, s. 288; BAYGIN, s. 222.

¹²⁰ BIÇAKÇI, s.556.

¹²¹ REİSOĞLU, s. 100.

¹²² REİSOĞLU, s. 101; BIÇAKÇI, s.557; SÜMER, s.609.

¹²³ ÖĞÜTÇÜ/DOĞRUSÖZ, s. 211; BIÇAKÇI, s. 557; YALÇINDURAN, s. 213.

¹²⁴ BIÇAKÇI, s. 557; YALÇINDURAN, s. 213

¹²⁵ ÖĞÜTÇÜ/DOĞRUSÖZ, s. 211.

maddesi gereğince yapı alacaklıları, prensip itibariyle eser sözleşmesini imzaladıkları andan işin bitimini takip eden üç aylık müddetin sonuna kadar taşınmaz mal rehni- nin tesisi için bir hukuki sebebe sahiptir. Yapı ipotekinin tescili için resmi bir ipotek sözleşmesi yapılması gerekmez. Kanun hükmü burada resmi rehin sözleşmesi yerine geçmektedir¹²⁶.

Öte yandan yapı alacaklısı ipotekinde tescil isteğini bildiren kişi de taşınma- zın maliki değildir. Yapı ipotekinde tescil beyanının yapı alacaklısı olan yüklenici, alt yüklenici veya zanaatkar tarafından yapılması gerekir. Tescil için malikin rıza- sına ya da tescil isteğini açıklayan beyanına da ihtiyaç yoktur¹²⁷. Bu husus TMK. nun 1013/2. maddesinde ifadesini bulmuştur. Şöyle ki, TMK.nun 1013/2. maddesi; “Edinen kimse, kanun hükmüne, kesinleşmiş mahkeme kararına veya buna eşdeğer bir belgeye dayanıyorsa, bu beyana gerek yoktur.” hükmünü ihtiva etmektedir. Bu fıkradaki “kanun hükmüne” ibaresinin geniş yorumlanması, aynı hakkın tescil ile doğduğu hallere dolayısıyla yapı alacaklısı ipotekine de uygulanması gerekir.

Tescil talebi eser sözleşmesinin akdedilmesinden itibaren her an yapılabilir. Ne var ki, tapu siciline yapılacak her kaydın doğrulanması gerekli olduğundan talepte bulunan yapı ipoteki alacaklısının tescil istemine, yapı sözleşmesini ve yapı malikinin alacağın miktarını kabul eden belgesini ya da alacağı saptayan mahkeme ilamını ek- lemesi gerekir (TMK.m.895).

Bu belgeler tam olmalı, açıkça alacak hakkının tüm kapsamını belirtmelidir. Yani, bu alacağın bir eser sözleşmesinden doğduğu, iş bitmiş ise bunun tarihi, bitme- miş ise devam ettiği belgede açıkça gösterilmelidir. Yoksa sadece bir borç ikrarını gös- teren belge, kanuni ipotek hakkının tescili için yeterli değildir¹²⁸. Tapu memurunun bu belgelerin geçerliliğini re’sen araştırması gerekir¹²⁹.

Yapı alacaklısının kanuni ipotek hakkını tescil ettirmek için tapuya yukarıda belirttiğimiz belgelerle ve tek başına başvurması yeterlidir. Bu başvurma, basılı örnek- lerin yapı alacaklısı tarafından doldurulması ve altının imzalanması ile yapılır.

Tescil edilen yapı alacaklısı ipoteki, tapu memuru tarafından re’sen taşınmazın malikine tebliğ edilir (TMK.m.1019).

¹²⁶ REİSOĞLU, s. 103; ÖĞÜTÇÜ/DOĞRUSÖZ, s. 211; KARAHACIOĞLU/DOĞRUSÖZ/ ALTIN, s. 168; BIÇAKÇI, s. 557.

¹²⁷ REİSOĞLU, s.111; ÖĞÜTÇÜ/DOĞRUSÖZ, s.211; KARAHACIOĞLU/DOĞRUSÖZ/AL- TIN, s.169; ALTAY/ESKİÖÇAK, s. 287; YALÇINDURAN, s.214. Bu belgelerin yasal ipotek hakkının kurulması için yeterli olduğu, malikten ayrıca bir irade beyanı istenmesinin ve vermez ise Mahkemeye başvurmanın gereksiz vakit kaybı olacağı ve yapı alacaklısının hakkını zedeleye- ceği kabul edilmektedir (BIÇAKÇI, s.558). BIÇAKÇI, s.558.

¹²⁸ REİSOĞLU, s. 104; BIÇAKÇI, s.557; YALÇINDURAN, s.213.

¹²⁹ REİSOĞLU, s. 104; SÜMER, s.610.

Usulüne uygun bir tescil işleminin yapılmasıyla birlikte ipotek hakkı kurulmuş olur (TMK.m.1022). İşçi ve yüklenici ipoteklerinin tescilinde kütüğün rehin haklarına ait düşünceler kısmında “inşaatçı ipoteği” olduğu belirtilir (TST.m.35).

Yargıtay’ımızın yapı alacaklısı ipoteğinin ancak tescille hüküm ifade edeceğine ilişkin içtihadı şöyledir:

“Medeni Kanun’un 807/3. maddesi her ne kadar (müteahhide kanuni ipotek tescil hakkı) tanınmış ise de hak tesis edilmedikçe o gayrimenkulün diğer akdi ipotek sahiplerinin haklarını kullanmalarına engel olamayacağı gibi onların kullandıkları bu haktan dolayı kanuni ipotek hakkını haiz kişiye satış bedelinden bu paranın tediyesi için bir sebep teşkil etmez”¹³⁰.

SONUÇ

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, 743 sayılı (mülga) Türk Medeni Kanunu’nu ile genel olarak kıyaslandığında, bazı kurumların günümüz koşullarına daha uygun hale getirildiği, bazılarının ise uygulamanın ihtiyaçlarına cevap vermesi nedeniyle aynen korunduğu görülmektedir. Bu bağlamda 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nda makalemizin konusunu oluşturan yapı alacaklıları ipoteği yönünden önemli bir değişikliğe gitmeye ihtiyaç duyulmamıştır. Yalnızca yapı alacaklıları ipoteğinden yararlanabilecek kişiler açısından bir değişiklik getirilmiştir ki, esasen bu değişiklik, eski MK döneminde doktrinde bu maddeye verilen anlama da uygun düşmektedir.

Yeni kanunda ipoteğin tescilini talep edebilecek olan kişilerin, “*malik veya yükleniciden alacaklı olan alt yüklenici ile zanaatkarlar*” olarak ifade edildiği görülmektedir (TMK.m.893/3). Öncelikle belirtmeliyiz ki, kanun metninde her ne kadar yükleniciler yapı alacaklıları arasında zikredilmemekte ise de, yüklenicilerin de yapı ipoteği alacaklısı sıfatını kazanacaklarına şüphe yoktur. Bu husus doktrinde de oybirliği ile kabul edilmektedir. Kaldı ki “alt” kelimesi kanun metnine sonradan bir komisyon hatası olarak girmiştir. Yoksa kanun koyucunun amacı, yüklenicileri yapı alacaklısı ipoteğinden mahrum bırakmak değildir. Malikten alacaklı olmayan alt yüklenicilere tanınan kanuni ipotek hakkından, malikle sözleşme ilişkisi içerisinde olan asıl yüklenicilerin yararlanabileceğine şüphe duymamak gerekir.

Yapı alacaklısı ipoteğinden faydalanabilmek için, “*bir taşınmaz üzerinde yapılan yapı veya diğer işlerde malzeme vererek veya vermeden emek sarfetmiş olmak*” gerekmektedir. O halde yapı alacaklısının bu kanuni haktan yararlanması için, yapıda emek harcamış olması şarttır. Bu emek malzeme verme ile birleşebileceği gibi, herhangi bir malzeme katkısı olmadan da olabilir. Ne var ki, emek veya emek ve malzemenin somut olarak inşaatda bir değer artışı meydana getirmiş olması gerekir. Bu durum

¹³⁰ Yarg. 11. HD.nin, 11.10.1971t., 6201E. ve 4652K. s.lı kararı (ALTAY/ESKİOCAK, s. 288).

bir satış sözleşmesine dayanarak, inşaata yalnızca malzeme temin edenlerin yapı alacaklısı ipoteğinden faydalanamayacakları sonucunu ortaya koymaktadır. Zira bu kimseler taşınmaz üzerinde yapılan yapı veya diğer işlerde malzeme temin etmiş olsalar da, herhangi bir emek sarf ettiklerinden bahsedilemeyecektir. Oysa kanun koyucu, malzeme vererek veya vermeden emek sarf etmiş olmayı yapı alacaklısı ipoteğinin tesis edilmesi bakımından esaslı unsur olarak öngörmüştür.

Öte yandan, sadece yapının projesini çizen ya da planını yapan mimar ya da mühendisin de yapı alacaklısı ipoteğinden faydalanamayacağı kanaatindeyiz. Zira bunların yapı için yaptıkları iş, yüklenici ve zanaatkârlar gibi bir emek gücünü gerektirmez ve bedenen inşaata bağlı değildir. Kaldı ki, mimar ya da mühendislerin yaptıkları işin inşaatta bir değer artışı meydana getirdiğinden de bahsedilemeyecektir. İnşaatta değer artışı meydana getirmeyen bir işten doğan alacağın yapı alacaklısı ipoteğinden faydalanamayacağı açıktır.

Bununla beraber çoğu zaman, mimar ve mühendisle taşınmaz maliki arasındaki sözleşme bir hizmet ya da vekâlet sözleşmesi niteliğindedir. Oysa ki, ipotek isteyebilecek kişilerin, eser sözleşmesi ile çalışan kişiler olması gerekmektedir. Her ne kadar yapı alacaklısı ipoteğine ilişkin kanun metninde yapı alacağının mutlaka eser sözleşmesinden kaynaklanması gerektiği belirtilmemiş ise de, kanunun gerekçesinde *“eski Medeni Kanun maddesinde yer alan “işçi” sözcüğü yerine “zanaatkâr” sözcüğünün seçilmesinin bilinçli olduğu”* dile getirilmiştir. Kanaatimizce bununla ipotek isteyebilecek kişilerin, işçiler gibi hizmet sözleşmesi ile değil, eser sözleşmesi ile çalışan kişiler olması gerektiği vurgulanmıştır. Bu husus, yapı alacaklılarının kanuni ipotek hakkından söz edilebilmesi için, alacak hakkını doğuran sözleşmenin mutlaka eser sözleşmesi niteliğinde olması gerektiği şeklindeki görüşümüzü güçlendirmektedir.

Bir diğer tartışılmalı husus da yapı alacağının kapsamıdır. Asıl yüklenici ve diğer çalışanlar için bu alacağın miktarı BK.m.480 hükmüne göre “götürü usulle” veya BK.m.481 hükmüne göre “yaklaşık olarak” belirlenir. Bedelin götürü olarak tespit edildiği durumlarda, yapı alacağının kapsamı baştan belirlenmiş demektir. Bu konuda esas sorun, yapı alacaklısının bedelinin kesin olarak saptanmadığı durumlarda işin başında ipoteğin tescilinin istemesinde ortaya çıkar. Doktrinde böyle durumlarda, yapı işleri tam olarak bitmeden önce bedeli tam olarak hesaplamaya imkân olmadığından, kesin tescil değil ancak geçici tescil yaptırılabilceği görüşü ağırlı olarak savunulmaktadır.

Malik ile doğrudan doğruya bir eser sözleşmesinin tarafı olmayan alt yüklenicilerin yapı alacaklarının kapsamı ise, doktrinde tartışılmalıdır. Asıl yüklenici ve alt yükleniciler yapı alacaklarına birbirinden bağımsız olarak sahiptirler, bu nedenle alacağını tahsil edememiş asıl yüklenici ve alt yükleniciler ayrı ayrı ipotek hakkının tescilini talep edebileceklerdir. Bu durumda aynı edim için birden fazla ipotek hakkının tescili tehlikesi söz konusu olabilir. Ortada malik açısından ise çoğu zaman

tek bir inşaat işi vardır. Böyle bir olasılıkta, alt yüklenicinin yapı alacağının asıl yüklenicinin yapı maliki ile kararlaştırdığı miktarı geçemeyeceği görüşü ağırlıklı olarak savunulmakta ise de, TMK.nun 893/3 hükmü karşısında ipoteğe konu olan alacağın kapsamının alt yüklenicinin alacağına göre belirlenmesi gerektiği, aksine bir düşüncenin kanunun açık ifadesine aykırılık teşkil edeceği kanaatindeyiz.

Ne var ki, böyle bir durumda taşınmaz malikinin inşaat bedelini hem asıl yükleniciye hem de alt yükleniciye ödemek tehlikesi ile karşı karşıya kalabileceği ihtimali ortaya çıkmaktadır. İsviçre’de hâkim görüş bu tehlikenin kanun değişikliği yoluyla giderilebileceği şeklindedir. Türk hukukunda ise, yeni bir Medeni Kanun hazırlanmasına rağmen bu konuda herhangi bir düzenleme yapılmadığı görülmektedir. Kanaatimizce bu tehlikenin önüne geçilebilmesi için, kanun metninde bir değişiklik yapılarak sadece taşınmaz maliki ile doğrudan sözleşmesel ilişki için bulunan yapı alacaklılarına ipotek hakkının tescilini talep hakkı verilmesi, alt yüklenicilere ise asıl yüklenicinin taşınmaz malikine karşı sahip olduğu alacak hakkı üzerinde kanuni bir rehin hakkı tanınması yerinde olacaktır.

Kanuna göre yapı alacağı taşınmaz maliki tarafından tanınmamış veya bir mahkeme hükmü ile tespit edilmemiş ise, ipoteğin tescili mümkün olmayacaktır. Bu sebeple malikin yapı alacaklısının alacağını tanımdan kaçınması durumunda, alacaklı kanuni ipoteğin tescili konusunda hüküm elde etmek için hâkime müracaat edebilecektir. Bu durumda mahkeme, alacağın gerçek miktarını hüküm altına alacaktır.

Ancak TMK.m.895/3 hükmünde yer alan, *“tescilin yapılabilmesi için alacağın malik tarafından kabul edilmiş veya mahkemece karara bağlanmış olması gerekir.”* şeklindeki ifade ile, yapı alacağının kesin bir şekilde tescil edilebilmesi için gerekli olan koşullar sayılmaktadır. Başka bir deyişle, yapı alacağı “malik tarafından kabul edilmiş” ya da “mahkemece karar bağlanmış” ise, yani alacaklının elinde bir mahkeme ilamı var ise, bu alacağın tapu siciline kesin bir şekilde tescil edilmesi talep edilebilir.

Ne var ki, uygulamada, yapı alacağı malik tarafından genellikle kabul edilmektedir. Hal böyle olunca, yapı alacaklısı alacağının gerçek miktarının mahkemece karara bağlanması ve yapı alacağının kesin bir şekilde tesciline karar verilmesi için yargı yoluna müracaat etmek zorunda kalmaktadır. Yargı kararı ile alacağın gerçek miktarının tespit edilebilmesi ve kesin tescil kararı verilmesi ise, TMK.m.895/2 hükmünde kanuni ipotek hakkının tescili için öngörülen 3 aylık hak düşürücü süre içinde gerçekleştirilememekte ve hak kayıpları söz konusu olmaktadır. Gerçekten de bugün yeni açılan bir davanın ön inceleme duruşması bile en erken 5-6 ay sonra yapılabildiğinden, TMK.nun 895/2 maddesindeki 3 aylık tescil isteme süresi içinde, mahkemeden alacağın varlığı ile ilgili bir ilam getirilemeyeceği açıktır.

Doktrinde ve Yargıtay kararlarında, yapı alacaklısının kanuni ipoteğin tescili-

ne ilişkin 3 aylık hak düşürücü süreyi kendisinden kaynaklanmayan sebeplerle kaldırması ve hak kaybına uğraması durumunun adil olmayacağı göz önüne alınarak, yapı alacaklısının 3 aylık yasal süre içinde mahkemeden Tapu Sicili Tüzüğü m.50 ve TMK.m.1011 uyarınca geçici tescil şerhi verilmesini talep edebileceği, dava sonunda alacağının varlığının sabit hale gelmesiyle birlikte bu geçici tescilin mahkemece kesin tescile dönüştürülebileceği kabul edilmiş ve uygulama bu yönde şekillenmiştir. Zaten aksine bir uygulamanın kabul edilmesi halinde, yapı alacaklısı ipoteğine ilişkin hükümler, 3 aylık kısıtlı süre dolayısıyla hiçbir olayda uygulanamaz ve kadük kalmış olur.

Bu noktada ifade etmeliyiz ki, geçici tescil talebinden maksat, süratli bir müdahale ile yüklenici ve zanaatkarlara sağlanan kanuni himayenin ortadan kalkmasına mani olmaktır. Yerel mahkemece, 3 aylık hak düşürücü sürenin geçtiğini gösteren delil ve emareler olmadıkça, işin esasına ilişkin olarak derinlemesine bir inceleme yapmadan geçici tescile derhal hükmedilir.

KAYNAKÇA

I. ESERLER

- ACAR**, Faruk; *Rehin Hukukunda Taşınmaz Kavramı ve Özellikle Belirlilik İlkesi*, Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 2008.
- AKINCI**, Sami; *Türk Hukukunda Gemi İpoteği*, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1958.
- AKKANAT**, Halil; *Taşeronluk Sözleşmesi*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2000.
- ALTAY**, Sümer/**ESKİOCAK**, Ali; *Türk Medeni Hukukunda Taşınmaz Rehni*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2007.
- ARAL**, Fahrettin/ **AYRANCI**, Hasan; *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 11. Baskı*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2015.
- AYAN**, Mehmet; *Eşya Hukuku III, Sınırlı Ayni Haklar*, 7. Baskı, Konya: Mimoza Yayınevi, 2015.
- AYBAY**, Aydın/**HATEMİ** Hüseyin; *Eşya Hukuku*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014.
- BAYGIN**, Cem; *Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler*, İstanbul: Beta Yayınları, 1999.
- ÇELİK**, Nuri/ **CANIKLIOĞLU**, Nurşen/ **CANBOLAT**, Talat; *İş Hukuku Dersleri, İstanbul: Beta Yayınları, 2015.*
- DAYINLARLI**, Kemal; *İnşaat Sektöründe Müşavir Mühendislik Sözleşmesi*, Ankara: Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 1998.
- DUMAN**, İ. Hasan; *Açıklamalı İçtihatlı İnşaat Hukuku*, 2. Baskı, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2008.
- EREL**, N. Şafak; *Eşyaya Bağlı Borç*, Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1982.

- ERİŞEN**, Muhammet; Alt Müteahhitlik Sözleşmesi, Ankara: Adalet Yayınevi, 2011.
- GÖKYAYLA**, Emre; Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009.
- GÜRSOY**, Kemal Tahir/**EREN**, Faruk/**CANSEL**, Erol; Türk Eşya Hukuku (Zilyetlik, Tapu Sicili/Mülkiyet/Sınırlı Aynî Haklar), Gözden Geçirilmiş İkinci Baskı, Ankara: AÜHF Yayınları, 1984.
- HELVACI**, İlhan; Eski Medeni Kanunumuzla Karşılaştırmalı Olarak Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı, 1. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2008.
- KARAHACIOĞLU**, Ali H./**DOĞRUSÖZ**, Edip M./**ALTIN**, Mehmet; Türk Hukukunda Rehin, Ankara: Üçbilek Matbaası, 1996.
- KARAHASAN**, M. Reşit; Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku, Genişletilerek Yenilenmiş Bası, İstanbul: Arıkan Basımevi, 2007.
- KOSTAKOĞLU**, Cengiz; İcraatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, 9. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, 2015.
- KÖPRÜLÜ**, Bülent/**KANETİ**, Selim; Sınırlı Aynî Haklar, Genişletilmiş ve Yenilenmiş 2. Baskı, İstanbul: İÜHF Matbaası, 1982-1983.
- OĞUZMAN**, M. Kemal/**SELİÇİ**, Özer/**OKTAY-ÖZDEMİR**, Saibe; Eşya Hukuku, Yenilenmiş ve Mevzuata Uyarlanmış 18. Baskı, İstanbul: Filiz Kitapevi, 2015.
- ÖĞÜTÇÜ**, Tahir A./**DOĞRUSÖZ**, Edip M.; Rehin Hukuku, Ankara: Ulucan Matbaası, 1982.
- REİSOĞLU**, Safa; Türk ve İsviçre Hukukunda Müteahhit ve İşçilerin Kanuni İpotek Hakkı, Ankara: Sevinç Matbaası, 1961.
- TANDOĞAN**, Haluk; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. 2, 1989 Yılı Dördüncü Tıpkı Basımdan Beşinci Tıpkı Basım, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010.
- Türk Medeni Kanunu**, Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun ve Gerekçeleri, Ankara 2002.
- UYAN**, Göktürk; İsviçre-Türk Hukukunda Mimari Proje Düzenleme Sözleşmesinin Hukuki Niteliği, İstanbul: Beta Yayınları, 2006.
- UYGUR**, Turgut; Açıklamalı-İcraatlı İnşaat Hukuku Eser ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara: Adalet Matbaacılık, 1993.
- YALÇINDURAN**, Türker; Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmeleri, Ankara: Yetkin Yayınları, 2000.
- YAVUZ**, Cevdet; Türk Medeni Kanunu, Borçlar Kanunu ve Diğer Mevzuat, 12. Bası (Hazırlayanlar: YAVUZ, Cevdet/ERLÜLE, Fulya/SAĞLAM, İpek), İstanbul: Beta Yayınları, 2014.
- YAVUZ**, Cevdet; Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı (Hazırlayanlar: YAVUZ, Cevdet/ÖZEN, Burak/ACAR, Faruk), İstanbul: Beta Yayınları, 2014.
- WIELAND** (çev. İ.H. Karafaki), Kanunu Medenide Aynî Haklar, Ankara 1950.

II. DİĞER KAYNAKLAR

BAYSAL, Başak; “Yapı Alacaklısı İpoteğine İlişkin Başlıca Hukuksal Sorunlar”, Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan, Seçkin Yayınları, Ankara 2006, s.149-178.

BIÇAKÇI, Levent; “Yapı Alacaklısı İpoteği”, Doğumunun 100. Yılında Atatürk’e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:CLV-XLVII, Sayılar:1-4, İstanbul 1982, s. 537-567.

CAN, Mertol; “*Yeni Medenî Kanun’un İnşaatçı (Yapı) İpoteği Hakkındaki Hükümleri İle İpoteğin Kendi Adına Tescilini Talep Edebilecek Kişiler Bakımından Bir Değişiklik Yapılıp Yapılmadığı Meselesi*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.VIII, S.1- 2, Haziran-Aralık 2004, s.49-56.

CANBOLAT, Talat; “Alt İşveren Kavramı ve Uygulama Sorunları”, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, 1997, s.14-30.

EREN, Fikret; “*İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları*”, İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici - İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, (Ankara, 18 - 29 Mart 1996), B. 2, Ankara 2001/XI, s.59-86.

KAPLAN, İbrahim; “*İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu ve Yerine Getirilmemesinin Sonuçları*”, İnşaat Sözleşmeleri Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1996, s.105-172.

KILIÇ, Mehmet; “*4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nun Tapu Sicili Hukukunda Getirdiği Yenilikler*”, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara 2006, s. 619-639.

KILIÇOĞLU, Ahmet; “*Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu*”, AÜHFD, C. 32, Sa. 1-4, 1975.

SÜMER, Binnur; “*Müteahhit ve Diğer Çalışanların Kanuni İpotek Hakkı*”, Prof. Dr. Halil Cin’e Selçuk Üniversitesinde 10. Hizmet Yılı Armağanı, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Konya 1995, s.601-619.

CISG'DA VE DİĞER ULUSLARARASI HUKUK UYUMLAŞTIRMASI METİNLERİNDE ÖNCELENMİŞ SÖZLEŞMEYE AYKIRILIK

(Anticipatory Breach Under the CISG and Other Instruments of
Harmonization in International Law)

Ar. Gör. Erhan KANIŞLI*

ÖZET

Sözleşmenin kurulması ile ifa zamanı arasında ortaya çıkan bazı durumlar nedeniyle bir tarafın sözleşmeyi ileride ihlal edeceğinin anlaşılması durumunda, diğer tarafın ifa menfaati korunmalı ve çeşitli imkanlara başvurabilmesi gerekmektedir. Bu durumda, henüz gerçekleşmiş aktüel bir sözleşmeye aykırılık bulunmamakta; diğer bir deyişle öncelenmiş sözleşmeye aykırılık hali gündeme gelmekte ve buna göre, bir tarafın hareketlerinden veya beyanlarından yükümünü ifa etmeyeceği belli olmakta ya da objektif olgulardan hareketle sözleşmenin ihlal edileceği anlaşılmaktadır. CISG m. 71, 72 ve 73'de düzenlenmiş olan öncelenmiş sözleşmeye aykırılık kurumunda iki temel yaptırım öngörülmüştür; ifayı askıya alma hakkı ve sözleşmeden dönme hakkı. İfa menfaati tehlikeye düşen tarafın hangi imkanı kullanacağı sözleşme ihlalinin ağırlığına ve ifa zamanında ihlalin gerçekleşme ihtimaline göre değişebilmektedir. Kuşkusuz, bu imkanlarla birlikte, söz konusu tarafın CISG m. 74 vd. uyarınca tazminat talep etme hakkı da bulunmaktadır. Ancak önemle belirtelim ki, öncelenmiş sözleşmeye aykırılık halinde bir tarafa tanınan bu imkanlar karşısında, diğer tarafın da menfaati gözetilerek, yeterli teminat göstermesi durumunda ona söz konusu yaptırımları engelleyebilme olanağı tanınmıştır.

Anahtar kelimeler: Uluslararası Ticaret Hukuku, Satım Sözleşmesi, CISG, PECL, PICC, DCFR, Uluslararası Hukuk Uyumlaştırması Metinleri, Sözleşme Hukuku, Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılık, Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İfayı Askıya Alma Hakkı, Sözleşmeden Dönme, Tazminat.

Abstract

In cases where it becomes apparent that either party will commit a breach of contract due to certain circumstances emerged between conclusion of the contract and the time of performance, other party's expectation interest should be

* İstanbul Kemerburgaz Üniversitesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı

preserved, and accordingly diverse remedies ought to be granted him. In such cases, in substance, there is no any kind of actual breach, i.e., the breach is deemed to have been anticipated. Anticipatory breach of contract may come into existence where one party to contract has evinced his intention (by declaration or conduct) not to perform his obligation or, considering the objective factors, it becomes clear that an obligation would not be fulfilled. In the event of anticipatory breach which is reflected in CISG art. 71, 72, 73, two basic remedies is provided for; suspension of performance and avoidance of contract. Which remedy the aggrieved party would exercise may differ as to how serious the breach is and how certain the anticipation is. Of course, along with these remedies, the party whose expectation interest is damaged has the right to demand compensation as per CISG art. 74 et seq. However, it should be noted that in case of anticipatory breach, on the one hand the CISG confers on the aggrieved party legal remedies, on the other hand breaching party, having regard to his interests, has an opportunity to preclude these remedies from being rendered by providing adequate assurance.

Keywords: International Commercial Law, Contract for Sale of Goods, CISG, PECL, PICC, DCFR, Instruments of Harmonization in International Law, Contract Law, Anticipatory Breach, Effects of Anticipatory Breach, Suspension of Performance, Avoidance of Contract, Damages.

GİRİŞ

Uluslararası ticarete mal ve hizmetlerin ülke sınırlarını aşan değişim ilişkilerine konu olması, ulusal sözleşme ilişkilerinde karşılaşılamayacak olan çeşitli faktörleri gündeme getirmektedir. Bu bağlamda, sözleşme ilişkisine uygulanabilecek birden çok ulusal hukukun söz konusu olabilmesi, bu hukukun nasıl belirleneceğine ilişkin önsel bir saptama yapılmasının zorluğu ve uyuşmazlığa uygulanacak ulusal hukuk kurallarının uluslararası ticaretin gereksindiği pratiklik ve çabukluk isterleriyle bağdaşmaması gibi sorunlar serbest piyasanın etkin işleyebilmesine engel olmakta ve tarafların güven ortamından uzak bir şekilde sözleşme yapmalarına yol açmaktadır. Bu endişelerden hareketle, 20. yüzyılda belirli alanlarda birçok hukuk uyumlaştırması çalışması yapılarak sözleşme taraflarına uygulanacak yeknesak kurallar öngörülmüştür. Uluslararası satım hukuku özelinde hazırlanmış ve 1988 tarihinde yürürlüğe girmiş olan Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması¹ (CISG) bu çalışmalardan biri olup, Common Law ve Civil Law çevrelerinin bu alandaki düzenlemelerini başarılı bir şekilde harmanlayarak kendisinden sonraki birçok uyumlaştırma metinlerine de rehberlik etmiştir.

CISG uyarınca, bir tarafın, sözleşmeden, ticari teamüllerden ve Antlaşmadan

¹ United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Antlaşma'nın İngilizce metni için bkz. <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/V1056997-CISG-e-book.pdf#p151-162-e.pdf> (çevrimiçi son erişim 20.09.2014). Antlaşma'nın Türkçe metni için bkz. 7.4.2010 tarih ve 27545 sayılı Resmi Gazete <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2010/04/20100407.htm> (çevrimiçi son erişim 20.09.2014).

kaynaklanan yükümlerini tam ve doğru bir şekilde yerine getirmemesi halinde, diğer tarafın ortaya çıkan sözleşmeye aykırılık karşısında çeşitli hukuki talepleri gündeme gelmektedir. Başka bir anlatımla, taahhüt edilen edim sözleşmeye uygun olarak ifa edilmemişse söz konusu borcu sona erdirememekte ve buna bağlı olarak da alacaklı, ifa menfaatine kavuşabilmek amacıyla başlıca; aynen ifa, tazminat ve sözleşmeyi ortadan kaldırmak gibi imkanlara sahip olmaktadır. Hukuki sebeplerden hareketle, imkansızlık, temerrüt ya da kötü ifa şeklinde bir ayırımın kabul edilmediği CISG sisteminde, her türlü yükümlülük ihlali kusurdan bağımsız olarak sözleşmeye aykırılık oluşturmaktadır.

Tarafların yükümlerini ifa zamanında yerine getirmemesinin sonuçları ve bu durumda kullanılabilecek hukuki imkanlar, alıcı için CISG m. 45-52’de, satıcı için de CISG m. 61-65’te kaleme alınmıştır. Bunlara ek olarak, tazminat talep etme hakkı da her iki taraf için CISG m. 74 vd. maddelerinde düzenlenmiştir.

CISG m. 71, 72 ve 73’de ise bu çalışmanın konusu olan ve kaynağını Common Law’dan alan öncelenmiş sözleşmeye aykırılık² (*anticipatory breach*, *Vorweggenommene Vertragsverletzung*) kurumu öngörülmüştür. Buna göre, bir tarafın sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelen bir sebepten dolayı, ifa zamanında edim yükümlünü yerine getirmeyeceğinin anlaşılması halinde, sözleşme ihlali öncelenmiş olmaktadır. Dolayısıyla ifa menfaati tehlikeye düşen tarafa, genel sözleşmeye aykırılıkta olduğu gibi, burada da çeşitli hukuki imkanlar tanınmaktadır.

Sözleşmenin ileride ihlal edileceğinin vadeden önce anlaşılması durumları, ihlalin niteliği ve yoğunluğu göz önüne alınarak iki ayrı hükümde düzenlenmiştir; bu bağlamda, CISG m. 71’e göre ifayı askıya alma hakkı, CISG m. 72’ye göre ise sözleşmeden dönme hakkı kullanılabilmektedir.

Çalışmanın ilk bölümünde bu iki temel düzenlemeye çerçeve olması amacıyla

² Antlaşmanın resmi Türkçe metninde “öne alınmış sözleşmeye aykırılık” kavramı kullanılmış olmasına rağmen, kurumun orijinal ismi olan “*anticipatory breach*” ifadesi esas alındığında, “öncelenmiş sözleşmeye aykırılık” kavramının tercih edilmesinin daha isabetli olacağı kanaatindeyiz. Keza İngilizce ve Almanca metinde kullanılmış olan ifadeler de bu tercihi desteklemektedir. Türk doktrinine bakıldığında ise, CISG konusunda en değerli ve en kapsamlı yayını yapan **Atamer**, “öncelenmiş sözleşmeye aykırılık” ifadesini (**Atamer, Yeşim M.**: Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, 1. Bası, İstanbul 2005, s. 410 dn. 694); **Baçoğlu**, “öncelenmiş borca aykırılık” ifadesini (**Baçoğlu, Başak**: Öncelenmiş Borca Aykırılığın Sonuçları, İÜHFMC. LXVI, S.2, 2008, s. 288); **Serozan**, “öncelenmiş dönme hakkı” (**Serozan, Rona**: Borçlar Hukuku Genel Bölüm C. 3, Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Gözden Geçirilmiş 6. Bası, İstanbul 2014, § 18 N. 8) ve **Yelkenci** ise “öne alınmış sözleşme ihlali” ifadesini kullanmıştır (**Yelkenci, Işıl**: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Alıcının Sözleşmeden Dönmesi, İstanbul 2014, s. 130). Öncelenmiş sıfatı, öncelemek fiilinden türemekte olup, Türk Dil Kurumu Sözlüğüne göre öncelemek, “bir şeyi önceden yapmak, geri bırakmamak, öne almak, takdim etmek” anlamına gelmektedir (bkz. <http://tdk.gov.tr/>)

öncelenmiş sözleşmeye aykırılık kurumu ana hatlarıyla aktarılacak; ikinci bölümünde CISG m. 71'de düzenlenmiş olan ifayı askıya alma hakkı incelenecek ve sonraki bölümde de CISG m. 72'de öngörülen sözleşmeden dönme hakkı ele alınacaktır. Dördüncü ve son bölümde ise, öncelenmiş sözleşmeye aykırılık kurumunun diğer özel hukuk uyumlaştırması metinlerindeki görünümüleri CISG ile karşılaştırmalı olarak ortaya konulacaktır³.

I. Genel Hatlarıyla Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılık

Sözleşmenin kurulması ile ifa zamanı arasındaki süreçte meydana gelen çeşitli durumlar, bir tarafın ileride sözleşmeyi ihlal edeceğinin anlaşılmasını sağlayabilir. Bu durumda, henüz vade tarihi gelmeden ortaya çıkan ve makul şüpheyi haklı gösterecek bir sözleşmeye aykırılık ihtimali karşısında, sözleşmenin diğer tarafının ifa menfaati gözetilmeli ve bu amaç doğrultusunda, onun çeşitli hukuki imkanlara başvurabilmesi gerekmektedir. Diğer bir deyişle, taraflar arasında aktüel herhangi bir sözleşmeye aykırılık hali söz konusu olmasa bile, CISG m. 71, 72 ve 73'te belirtilen şartların varlığı halinde, sözleşmeye aykırılık için öngörülmüş yaptırımlar vadeden önce kullanılabilir. Burada dikkat edilirse, gelecekte gerçekleşeceği belli olan bir ihlal için, imkanların şu anda devreye girmesi söz konusudur⁴.

Şu halde öncelenmiş sözleşmeye aykırılık, geniş bir bakış açısıyla, bir tarafın vadeden önce üzerine düşen yükümün hepsini ya da önemli bir bölümünü yerine getirmeyeceğini beyan etmesi (açık ya da örtülü olarak) veya bir tarafın ifa etmeyeceği ya da edemeyeceğinin birtakım objektif faktörlerden anlaşılması halinde gündeme gelmektedir⁵. Esas olarak Common Law sistemine ait olan bu kurum çerçevesinde,

³ CISG m. 73 ise, teslim etme yükümünün art arda ifa edildiği sözleşmelere özgü bir düzenleme olduğundan, hem ifayı askıya alma hakkının hem de sözleşmeye dönme hakkının incelendiği bölümlerde ve konuyla ilgisi bağlamında açıklanmaya çalışılacaktır.

⁴ **Sclechtriem, Peter/Schwenzer, Ingeborg:** Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG) Second Edition Oxford 2005; Art. 71 para. 17; **Azeredo da Silveira, Mercedes:** Anticipatory Breach under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Nordic Journal of Commercial Law, S. 2, 2005, s. 2; **Vilus, Jelena:** Provisions Common to the Obligations of the Seller and the Buyer, General Principles of European Contract Law, in International Sale of Goods: Edited by Petar Sarcevic and Paul Volken, Oceana 1986, Chapter 7, S. 241; **Saidov, Djakhongir:** Anticipatory Non-Performance and Underlying Values of the UNIDROIT Principles, 11 Unif. L. Rev. n.s., 2006, s. 795; **Lookofsky, Joseph:** International Encyclopaedia of Laws-Contracts, J. Herbots editor / R. Blanpain general editor, Suppl. 29, Kluwer Law Int., the Hague 2000, s. 147.

⁵ **Liu, Chengwei:** Suspension or Avoidance Due to Anticipatory Breach: Perspectives from Articles 71/72 CISG, the UNIDROIT Principles, PECL and Case Law, 2005, B. 1; **Schwenzer, Ingeborg/Kee, Christopher/Hachem, Pascal:** Global Sales and Contract Law, Oxford University Press, 2012, § 47.137; **Erdem, Ercüment:** Viyana Satım Antlaşmasında Sözleşmeden Dönme, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, Cilt 1, s. 869; **Treitel, H. Guenter.:** An Outline of the Law of Contract, 6th Edition, Oxford University Press, 2004, s. 346; **Beatson, J;** Anson's Law of Contract, 28th Edition, Oxford University Press, 2002, s. 570; **Saidov, s. 795; Rowley, A. Keith:**

Antlaşmada iki temel hukuki imkan öngörülmektedir; ifayı askıya alma (*suspension*) ve sözleşmeden dönme (*avoidance*)⁶.

A Brief History of Anticipatory Repudiation in American Contract Law, University of Cincinnati Law Review Vol. 69, Winter 2001, s. 567; **Baçoğlu**, s. 301. Yalnız hemen işaret edelim ki, bu kurumun işlemesi için doğal olarak sözleşmenin kurulması ile edimin muacceliyet zamanı farklı olmalıdır (müccel bir borç söz konusu olmalıdır); yani ancak ifanın vadeye bağlandığı satım sözleşmelerinde sözleşmeye aykırılık öncelenebilecektir. Zaten Uluslararası satım ilişkileri ve uygulaması dikkate alındığında, hemen hemen bütün sözleşmelerde ifa için, sözleşmenin kurulmasından sonra belirli bir süreye ihtiyaç duyulduğu bir gerçektir. Dolayısıyla eğer sözleşmenin kurulması anında borç muaccel oluyorsa, yani sözleşmede belirlenmiş ya da belirlenebilir bir ifa zamanı bulunmuyorsa, öncelenmiş sözleşmeye aykırılık hükümleri de uygulama alanı bulmayacaktır. Bunun dışında, edimin ifa edileceği vade, taraflarca açık ya da örtülü olarak düzenlenmiş olabileceği gibi edimin niteliği gereği de söz konusu olabilir.

- ⁶ **Azeredo da Silveira**, s. 2; **Liu**, s. B. 1 para. 3; **Bernstein, Herbert/Lookofsky Joseph**: Understanding the CISG in Europe, Second Edition, Copenhagen 2003, s. 132; **Ziegel, S. Jacob**: Report to the Uniform Law Conference of Canada on Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Article 71-72, 1981, Art. 71 para. 1; **Strub, M. Gilbey**: The Convention on the International Sale of Goods: Anticipatory Repudiation Provisions and Developing Countries, International and Comparative Law Quarterly, S. 38, 1989, s. 477; **Robertson, W. Davidson**: The Doctrine of Anticipatory Breach of Contract, Louisiana Law Review, Vol. 20, 1959-1960, s. 119; **Rowley**, s. 571; **Seliazniova, Tatsiana**: Prospective Non-Performance or Anticipatory Breach of Contract (Comparison of the Belarusian Approach to CISG Application and Foreign Experience), Journal of Law and Commerce Vol. 24, Fall 2004, s. 113; **Baçoğlu**, s. 304, 305. Kuşkusuz, bu iki imkan ile birlikte alacak hakkı tehlikeye giren tarafın tazminat talep etme hakkı da bulunmaktadır (CISG 74 vd.). Öte yandan, ifa menfaati tehlikeye giren tarafın öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa kısmi olarak dayanıp sözleşmenin bir kısmını ayakta tutabilme imkanı yoktur (**Baçoğlu**, s. 301). Common Law sisteminde öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın ne zaman gerçekleştiği konusunda ileri sürülmüş iki temel yaklaşım bulunmaktadır. Bunlardan ilkinde göre vadeden önce diğer tarafın sözleşmeye aykırılığı aslında sözleşme amacını tehlikeye düşürerek (*implied duty not to impair contractual expectations*) diğer tarafın güvenine boşa çıkarmıştır ve bu nedenle de sözleşmeye aykırılık öncelenmemiş, bilakis “burada ve şimdi” gerçekleşmiştir (*Actual Breach Theory*). Common Law çevresinde vadeden önce ifa edilmeyeceğinin anlaşılması durumları için ilk dönemlerde bu yaklaşım esas alındığı görülmektedir (**Campbell, Colin P.**: The Doctrine of Anticipatory Breach, Central Law Journal, C. 60, S. 4, 1905, S. 64 vd.; **Robertson**, s. 121; **Liu, Qiao**: Inferring Future Breach: Towards a Unifying Test of Anticipatory Breach of Contract, Cambridge Law Journal, 2007, s. 593; **Saidov**, s. 797). Aşağıda görüleceği üzere öncelenmiş sözleşmeye aykırılık kurumunun ilk yargısal örneği olan “*Hochster v. De la Tour* (1853)” davasında bu teoriden hareket edilmiştir (bkz. Bölüm. III, A. dn.). Keza bu meyanda önem taşıyan 1872 tarihli *Frost v. Knight* kararında da sözleşme kurulduktan bir süre sonra edimini ifa etmeyeceğini açıkça bildiren tarafın sözleşme amacını boşa çıkardığı kabul edilmiştir. Buna karşılık daha sonraları benimsenen ve hala büyük oranda geçerli olan diğer yaklaşıma (*Non-Actual Breach Theory*) göre ise, vadeden önce ifa edilmeyeceğinin anlaşılması durumunda aslında ileride ifa zamanında oluşacak olan bir ihlalin “şu anda” anlaşılması söz konusudur. Fakat ifa menfaati tehlikeye düşen tarafın vadeyi beklemesi halinde zararının artarak olacağı ve bu belirsiz süreçte sözleşme ile bağlı kalmasının ondan beklenememesi nedeniyle yaptırımlar daha önceye çekilmektedir. Yalnız önemle belirtelim ki, bu yaklaşımın uygulanması için, sözleşmenin ihlal edileceğine ilişkin somut belirti ile vade zamanında gerçekleşecek olan ihlal arasında yoğun bir nedensellik ve güçlü bir ihtimal derecesi bulunmalıdır. Bunun dışında, şu anda söz konusu olan somut tehlikenin ifa zamanında sözleşmenin esaslı şekilde ihlal edileceğini anlaşılır kılması aranmaktadır (**Liu, Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılık**, s. 594 vd.). Öncelenmiş sözleşmeye aykırılık yaklaşımını benimseyen bazı Common Law mahkeme kararları için bkz. *Clea Shipping Corp v.*

Kuşkusuz, sözleşmenin tasfiyesi sonucunu doğuracak olan dönme yaptırımını ile sözleşmenin devamını sağlayan ve ifa menfaati tehlikeye giren tarafa kendi ifasını askıya alma imkanı veren yaptırım arasında; amaç, nitelik ve sözleşmeye etki bakımından önemli farklar bulunmaktadır. Bu öneme bağlı olarak da, CISG, bu iki hukuki imkanı ayrı maddelerde düzenlemiş ve uygulanabilmeleri için farklı yoğunlukta şartlar öngörmüştür.

Doğası gereği geçici bir defa hakkı olan ifanın askıya alınması imkanı için, yükümlerin esaslı bir kısmının ifa edilmeyeceğinin anlaşılması (CISG m. 71); kullanıldığı an itibarıyla kalıcı (geri dönülemez) sonuçlar doğuran sözleşmeden dönme hakkı için ise esaslı ihlal şartı aranmıştır. Öncelenmiş sözleşmeye aykırılıkta sözleşmeden dönme hakkı, genel olarak CISG m. 72'de; ve özel olarak, satıcının teslim yükümünün önemli edimler şeklinde art arda ifa edileceğinin kararlaştırıldığı sözleşmeler için ise CISG m. 73'de kaleme alınmıştır⁷. Biz bu çalışma çerçevesinde esas olarak hem satıcı hem de alıcı için geçerli olan genel öncelenmiş sözleşmeye aykırılık hükümlerini (CISG m. 71 ve 72) ele alacak, bu iki hükmün belirli bir duruma özgü uygulaması mahiyetindeki CISG m. 73'e ancak konunun kapsamına girdiği hallerde değineceğiz.

Öncelenmiş sözleşmeye aykırılık kurumu, Antlaşmada her ne kadar ihlalin özelliği, niteliği ve sağladığı imkan dikkate alınarak farklı hükümlerde düzenlenmiş olsa da, bu kurumun yapısı gereği, öngörülen hükümler birbirini tamamlamakta ve hatta birçok durumda aynı anda uygulanabilmektedir⁸. Söz gelimi, sözleşmeye göre önce alıcıya malları teslim edecek ancak ödemeyi daha sonra alacak olan satıcı, teslim tarihinden önce alıcının iflas ettiğini öğrenirse, bu durumda hem CISG m. 71 uyarınca malları teslim etmekten kaçınma hakkına sahip olacak, hem de CISG m. 72 bağlamında alıcının bedeli ödeyemeyecek olması esaslı bir ihlal olduğundan vadeden önce sözleşmeden dönme hakkı kazanacaktır. Hatta satıcının art arda teslim yükümü altına girdiği bir sözleşmenin bulunması durumunda, alıcının bu ihlali gelecek teslimler açısından da CISG m. 73 f. 2 anlamında satıcıya sözleşmeden dönme hakkı tanıyabilecektir. Öte yandan, evleviyet kuralı (*argumentum a fortiori*) gereği

Bulk Oil International Ltd (1984), White and Carter v. Mc Gregor (1962). Şu halde Antlaşma sisteminin ikinci yaklaşımı benimsediği açık bir şekilde görünmektedir. Öte yandan Common Law sisteminde, her iki yaklaşımda da, ifa menfaati tehlikeye giren taraf, dilerse vadeden önce meydana gelen sözleşmeye aykırılığa dayanıp hemen tazminat talep edebilmekte, ya da dilerse sözleşme ilişkisinde kalarak vadeyi bekleyebilmektedir. Yalnız her halükarda söz konusu tarafın zararı azaltma külfeti bulunmaktadır. **Beatson**, s. 572, 573; **Rowley**, s. 571.

⁷ **Schlechtriem/Schwenzer/Hornung**, Art. 71 para. 5; **Azeredo da Silveira**, s. 2; **Bernstein/Lookofsky**, s. 133.

⁸ **Schlechtriem/Schwenzer/Hornung**, Art. 72 para. 9; **Azeredo da Silveira**, s. 20; **Liu**, B. 2.1; **Bianca C. M./Bonell M. J.**: Commentary on the International Sales Law The 1980 Vienna Sales Convention, Giuffrè Milan 1987, Art. 72 para. 1.1; **Robertson, W. Davidson**: The Doctrine of Anticipatory Breach of Contract, Louisiana Law Review, Vol. 20, 1959-1960, s. 119.

CISG m. 72’nin kapsamına giren olaylarda, ifa menfaati tehlikeye düşen taraf, isterse sözleşmeden dönme yerine daha yumuşak bir yaptırım olan ifayı askıya alma hakkını kullanabilir⁹; özellikle CISG m. 72’nin aradığı esaslı ihlal şartının gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda tereddütleri olan tarafın öncelikle ifasını askıya almayı seçip karşı hamleyi beklemesi birçok durumda kendi yararına olabilecektir¹⁰.

Bu noktada gözden kaçırılmaması gereken önemli bir husus; vadeden önce sözleşmenin ihlal edileceğinin belli olmasına rağmen, CISG m. 71, 72 ve 73 uyarınca hakları olan tarafın, dilerse bu imkanlara başvurmuyup vade günü geldiğinde genel sözleşmeye aykırılık hükümlerini (alıcı için CISG m. 45-52; satıcı için m. CISG 61-65) işletebilecek olmasıdır¹¹. Diğer bir ifadeyle, karşı tarafın ifa zamanında sözleşmeye aykırı davranacağı, söz konusu hükümlere göre anlaşılır nitelikteyse bile ifa menfaati tehlikede olan taraf, kendine düşen yükümleri yerine getirerek sözleşmeye devam etmeyi ve ifa zamanını beklemeyi tercih edebilir. Ancak bazı olasılıklarda CISG m. 77’de işaret edilen karşı tarafın zararını azaltma külfetinin, o tarafı vadeden önce sözleşmeden dönmeye zorlayabileceği burada ayrıca not edilmelidir¹².

Buraya kadar yapılan açıklamalardan kanaatimizce şöyle bir tespit yapmak mümkündür: aslında öncelenmiş sözleşmeye aykırılık kurumu, birbiriyle çatışan iki temel ilkeyi bir ölçüde uzlaştırmaya çalışmaktadır. Bunlar, (i) ahde vefa (*pacta sunt servanda*); yani sözleşme taraflarının değişen şartlara rağmen edimlerini kararlaştırılan şekilde yerine getirme yükümü ve (ii) sözleşmenin kurulması anında karşılıklı edimler arasındaki fonksiyonel bağlılığın, ifa aşamasında cereyan eden olgular nedeniyle sürdürülmesinin hakkaniyetle bağdaşmaması (sözleşme adaleti). Gerçekten de, CISG sistemine bakıldığında her iki ilkenin çeşitli normatif görünümüne rastlamak mümkündür. Ancak burada göz önünde bulundurulması gereken nokta, normal bir sözleşmeye aykırılıkta, ihlalin gerçekleşip gerçekleşmediği yahut bu ihlalin esaslı olup olmadığı yönünde yapılacak değerlendirme tamamen somut olgulardan

⁹ Schlechtriem/Schwenzer/Hornung, Art. 72 para. 10; Azeredo da Silveira, s. 20; Bianca/Bonell/Bennett, Art. 72 para. 3.2.

¹⁰ Azeredo da Silveira, s. 20; Liu, B. 2.2; Sekreteryä Şerhi, Commentary on the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods prepared by the Secretariat, (“Secretariat Commentary”), UN DOC. A/CONF. 97/5, <http://www.globalsaleslaw.org/index.cfm?pageID=644>, Art. 72 para. 3.

¹¹ Schlechtriem/Schwenzer/Hornung, Art. 72 para. 4; Liu, B. 5.1 (b); Treitel, s. 346; Rowley, s. 568; Başoğlu, s. 301.

¹² Schlechtriem/Schwenzer/Hornung, Art. 71 para. 19; Azeredo da Silveira, s. 18, 19; Liu, B. 4.1.; Davies, W. E. D: Anticipatory Breach and Mitigation of Damages, U. W. Australian Law Review, S. 5, 1960-1962, S. 576; Rowley, s. 568; Başoğlu, s. 305. Yalnız dikkat edilmelidir ki, CISG m. 77 hiçbir koşulda, sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasını yüküm anlamında zorunlu kılmamaktadır. Bu maddede belirtilen zarar azaltma külfetinin ihlali durumunda, sadece tazminat miktarında indirimle gidilmektedir. Atamer, s. 438 dn. 848; Kanışlı, Erhan: CISG Uyarınca Alıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılık Halinde Satıcının Hakları, İstanbul 2013, s. 42; Sekreteryä Şerhi, Art. 77 para. 3.

beslenebilecekken, öncelenmiş sözleşmeye aykırılık durumunda prospektif bir varsayımında bulunulacak olmasıdır¹³. Bu husus CISG m. 71 f. 1'deki *"tarafardan biri, sözleşmenin kurulmasından sonra, karşı tarafın; (a) ifa veya ödeme kabiliyetindeki ciddi bir yetersizlik nedeniyle, veya (b) sözleşmeyi ifaya hazırlanmasındaki veya sözleşmenin ifası sırasındaki davranışları nedeniyle yükümlülüklerinin esaslı bir kısmını ifa etmeyeceğinin anlaşılması durumunda, kendi yükümlülüklerinin ifasını askıya alabilir."* ve CISG m. 72 f. 1'deki *"sözleşmenin ifa tarihinden önce, taraflardan birinin sözleşmeyi esaslı şekilde ihlal edeceği aşikar ise, diğer taraf sözleşmenin ortadan kalktığını beyan edebilir"* ifadelerinden anlaşılmaktadır.

Diğer taraftan, alacak hakkı bu nedenlerden dolayı tehlikeye giren tarafın belirlenen hakları kullanabilmesi için, ne derece bir ihtimalin yeterli olacağı ve daha da önemlisi, bu ihtimal derecesinin sübjektif mi, yoksa objektif bir inandırıcılığı mı doğurması gerektiği gibi konular da söz konusu hükümlerin uygulanması açısından gözden uzak tutulmaması gereken noktalardandır. Yalnız hemen işaret edelim ki, bu hükümlerde, bir tarafa henüz kesin olarak gerçekleşmemiş bir ihlale rağmen yaptırım kullanabilme imkanı verilmesi karşısında, aynı zamanda çatışan menfaatleri dengelemek adına, öncelenmiş sözleşmeye aykırılıkta bulunan tarafı koruma gayesi de güdülmüştür. Şöyle ki, hem CISG m. 71, hem de CISG m. 72 uyarınca ifasını askıya alan ya da sözleşmeden dönmeyi düşünen taraf, kural olarak karşı tarafa makul bir bildirimde bulunmalı ve bu bildirim neticesinde diğer tarafın yeterli bir teminat göstermesi halinde de kendi edimini ifa etmelidir; böylelikle sözleşme ilişkisi devam edecektir¹⁴. Sözleşmeye aykırılık tehdidi yaratan durumun ortadan kalkması halinde de aynı sonuç geçerlidir. Yani burada da ne ifayı askıya alma hakkı, ne de sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilmesi mümkündür¹⁵.

Her ne kadar söz konusu hükümlerin uygulanabilmesi geleceğe dönük bir varsayımına dayanacak olsa da, Antlaşmanın belirlediği çıta hayli yüksektir. Buna göre, ifa menfaati tehlikeye uğrayan tarafın sübjektif korkuları, tereddütleri ve üstün körü değerlendirmeleri öncelenmiş sözleşmeye aykırılık için yeterli görülmemekte, bunun yerine, ihlalin gerçekleşeceği konusunda yüksek derecede bir ihtimal bulunmalı ve bu ihtimal benzer iş çevrelerindeki makul anlayışa göre kabul edilebilir olmalıdır¹⁶. Yine bu çerçevede önem kazanan bir diğer husus, kendi ifasından haksız yere kaçınan ya da şartlar oluşmadığı halde sözleşmeden erken dönen tarafın sözleşmeyi ihlal etmiş

¹³ **Liu, B. 3.2; Bridge, Michael:** Issues Arising Under Articles 64, 72 And 73 of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Journal of Law and Commerce, 2005-2006, s. 413.

¹⁴ **Schlechtriem/Schwenzer/Hornung,** Art. 71 para. 36, 37; **Saidov,** s. 799; **Liu, B. 3.1.**

¹⁵ **Schlechtriem/Schwenzer/Hornung,** Art. 71 para. 36, 37; **Liu, B. 3.1.**

¹⁶ **Schlechtriem/Schwenzer/Hornung,** Art. 71 para. 17; **Schlechtriem, Peter/Petra, Butler:** UN Law on International Sales, the UN Convention on the International Sale of Goods, Springer 2009, para. 262; **Liu, B. 3.3; Azeredo da Silveira,** s. 24.

sayılacak olmasıdır¹⁷. Yani, CISG m. 71 ve 72 kapsamında yanlış değerlendirme yapmanın yükü, bu imkanları temelsiz kullanan tarafın üzerinde bulunmaktadır.

CISG m. 71 ve 72’de düzenlenen öncelenmiş sözleşmeye aykırılık kurumunun amaca uygun ve sağlıklı bir şekilde incelenbilmesi için, bu kurumun karakteristik özellikleri yanında, ayrıca CISG ifa engelleri sisteminin taşıyıcı temellerinin de her daim akılda tutulması gerekmektedir¹⁸. Zira CISG’ın genel sözleşmeye aykırılık kurumu için öngördüğü sistematik anlam yapısı, bizzat öncelenmiş sözleşmeye aykırılık için de geçerlidir. O halde, bu çalışmanın kapsamıyla sınırlı olarak belirtmek gerekirse; sözleşmeden, ticari teamüllerden veya Antlaşmadan doğan her türlü yüküm ihlali, tıpkı genel sözleşmeye aykırılık kurumunda olduğu üzere, burada da öncelenmiş sözleşmeye aykırılık yaratabilecektir. Bilindiği üzere, CISG sisteminde sözleşmeye aykırılık kurumu, hukuki olgulardan hareketle imkansızlık, temerrüt ve kötü ifa şeklinde türlere ayrılmamış, bunun yerine hukuki sonuç perspektifi esas alınarak, her türlü sözleşme ihlalinin tek potada değerlendirilmesine imkan veren yeknesak sözleşmeye aykırılık (*breach of contract*, *Vertragsverletzung*) kavramı benimsenmiştir¹⁹. Öte yan-

¹⁷ **Schlechtriem/Schwenzer/Hornung**, Art. 71 para. 25, Art. 72 para. 34; **Liu**, B. 3.2; **Azeredo da Silveira**, s. 16; **Vilus**, s. 243.

¹⁸ Burada ayrıca CISG’tan ciddi anlamda etkilenecek hazırlanmış diğer uluslararası özel hukuk uyumlaştırması metinleri olan PICC (*Principles of International Commercial Contracts*, 1994), PECL (*The Principles of European Contract Law*, 1995)’in özellikle tarafların irade beyanları yorumlanırken (CISG m. 8 f. 3), Antlaşma maddeleri yorumlanırken (CISG m. 7 f. 1) ve Antlaşmada düzenlenmemiş konularda boşluk doldurma faaliyeti gerçekleştirilirken (CISG m. 7 f. 2) gözden uzak tutulmaması gerekmektedir (PICC ve PECL’in Antlaşma hükümlerinin uygulanmasında ne tür işlev göreceği konusundaki görüşler için bkz. **Atamer**, s. 87 ve 120; **Atamer, Yeşim M.**: İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistematize Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan Bir Sistematik, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, 1. Baskı, İstanbul, Eylül 2010, s. 227 vd.; **Yelkenci**, s. 21. PICC ve PECL’i da içine alan hukuk uyumlaştırması çalışmalarının tarihsel gelişimi ve Ius Commune’yi tekrar canlandırma amacının etrafında bir değerlendirmesi için bkz. **Oğuz, Arzu**: Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku (Lex Mercatoria)- Unidroit İlkeleri’nin Lex Mercatoria Niteliği, AÜHFHD C. 50, S. 3, 2001, s. 32 vd.; **Oğuz, Arzu**: Sözleşmeler Hukuku Alanında Hukukun Birleştirilmesi, AÜHFHD C. 49, S. 1-4, 2000, s. 44 vd.). Öncelenmiş sözleşmeye aykırılık kurumu çerçevesinde ise, her ne kadar söz konusu metinlerle CISG arasında önemli paralellikler göze çarpsa da bazı noktalarda farklılıklar mevcuttur. Bu çalışmanın ana ekseninden sapmamak için PICC, PECL ve DCFR (*Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference*, 2009)’nin bu konudaki düzenlemeleri ve farklılıkları ileride ayrı bir başlık altında incelenecektir (bkz. Aşağıda Bölüm IV).

¹⁹ **Serozan, Rona**: CISG’a ve TBK’na Göre Alıcının Dönme Hakkının Sınırları, İÜHFHD, C. 70, S. 2, 2012, s. 207; **Serozan, Rona**: Yürürlükteki İfa Engelleri ve Haksız Fiiller Hukukunun Yetersizlikleri ve Bu Yetersizliklerin Aşılmasında Giderek Önemi Artan Kavramlar: Sözleşmenin Müspet İhlali ve Culpalı In Contrahendo, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 18, 1990, s. 33; **Atamer**, s. 287; **Erdem, Ercüment**: Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Vienna Satım Sözleşmesi), BATİDER 1992, s. 76; **Kanışlı**, s. 45; **Yelkenci**, s. 23; **Dayıoğlu, Yavuz**: CISG Uygulamasında Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları ve Özellikle Alıcının Tazminat Talep Etme Hakkı, 1. Baskı, İstanbul 2011, s. 32.

dan, Antlaşma'da yükümlerin, asli edim yükümü, yan edim yükümü ya da davranış yükümü şeklinde bir ayırıma tabi tutulmadığı burada tekrar hatırlanmalıdır. Ayrıca, CISG'ın her türlü sözleşmeye aykırılıkta kusurdan bağımsız sorumluluk ilkesiyle çalıştığı da ayrıca not edilmelidir²⁰. Bunun dışında, genel sözleşmeye aykırılık halinde gündeme gelen aynen ifa talebi, tazminat talebi ve sözleşmeden dönme hakkı şeklindeki üçlü yaptırım sistemi, öncelenmiş sözleşmeye aykırılıkta; ifayı askıya alma, tazminat ve sözleşmeden dönme şeklinde bir görünüm kazanarak uygulanmaktadır²¹. Öncelenmiş sözleşmeye aykırılık durumunda talep edilen tazminatta ise yine CISG m. 74 vd. hükümleriyle çalışılacaktır²².

Burada üzerinde durulması gereken bir diğer husus, CISG m. 6 uyarınca, tarafların öncelenmiş sözleşmeye aykırılık hükümlerinin uygulanmayacağı yönünde sözleşmelerinde düzenleme yapabilme imkanlarının bulunmasıdır²³.

Antlaşma sisteminde, sözleşmeye aykırılık halinde hangi tarafın hangi maddi olguyu ispatlaması gerektiğine dair herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak doktrinde kabul edilen yaygın görüşe göre, ispat yükü dağılımının Antlaşmanın temelinde yatan genel ilkelere hareketle belirlenebilmesi mümkündür (CISG m. 7 f. 2)²⁴. Buna göre, bir normda belirtilen maddi olguların gerçekleştiğinin ispat yükü, bu olgulara bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak doğduğunu iddia eden tarafa aittir²⁵. Dolayısıyla, öncelenmiş sözleşmeye aykırılık halinde, ifa menfaati tehlikeye

²⁰ **Atamer**, s. 312; **Kanıslı**, s. 86; **Yelkenci**, s. 206; **Dayıoğlu**, s. 76.

²¹ Kuşkusuz ifa menfaati tehlikeye giren taraf dilerse vadeyi bekleyebilir ve böylece aynen ifa talebinde de bulunabilir.

²² **Schlechtriem/Schwenzer/Hornung**, Art. 72 para. 35; **Schlechtriem, Peter**: Calculation of Damages in the Event of Anticipatory Breach under the CISG, s. 1/13; **Lookofsky**, s. 150; **Azere do da Silveira**, s. 16; **Liu**, B. 5.2; **Robertson**, s. 124; **Erdem**, VSA, s. 871; **Treitel**, s. 348.

²³ **Butler, E. Allison**: A Practical Guide to the CISG: Negotiations Through Litigation, Suppl. 2, 2007, Chapter 8 (Damages, Defenses, and Other Contractual Issues), § 8.07; **Uncitral Digest of Case Law on the United Nations Convention on the International Sale of Goods**, United Nations Publication, New York, 2012, Art. 71 para. 4; Oberlandesgericht Köln, Germany, 8 January 1997, CLOUT Case No. 311.

²⁴ **Ferrari, Franco**: Burden of Proof Under the United Nations Convention on Contracts for International Sale of Goods (CISG), International Business Law Journal, 2000, s. 666; **Atamer**, s. 243 (ve dn. 629'da anılan yazarlar). Dolayısıyla bu konuda iki temel görüş belirmekte olup, birine göre, ispat yükünün kime ait olduğu CISG anlamında harici bir boşluk teşkil ettiğinden bu konunun ulusal hukuka göre çözülmesi gerekmektedir. Yine bu görüş içinde, ispat yükü sorununun maddi hukuk ya da usul hukuku alanına dahil olup olmadığı konusunda da bölünme göze çarpmaktadır. Öte yandan, baskın görüşe göre ise, aslında ispat yükü dağılımının bir örneği CISG m. 79'da öngörüldüğünden, bu konunun Antlaşmada düzenlenmiş olduğu sonucuna varılmalıdır; ve dolayısıyla, bu yöndeki bir boşluk genel ilkelere göre doldurulmalıdır. Hatta mahkeme kararlarının çoğunluğunda da bu görüşün benimsendiği görülmektedir. **Ferrari**, s. 666, 667.

²⁵ **Ferrari**, s. 667; **Atamer**, s. 258. Burada belirtilen ispat yükü kuralı norm teorisine dayanmakta olup, bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Umar, Bilge/Yılmaz, Ejder**: İspat Yükü, 2. Bası, İstanbul 1980, s. 49 vd.; **Serozan, Rona**: Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2013, § 10 N. 29 vd.

düşen tarafın, ifa zamanında sözleşmenin ihlal edileceğinin şu an anlaşılır olduğunu (ya da aşıkâr olduğunu) ve bu çıkarımın kaynakladığı maddi olgunun varlığını ispat etmesi gerekmektedir²⁶.

II. İfayı Askıya Alma Hakkı (CISG m. 71)

A. Amacı ve Özellikleri

CISG sisteminde, satıcı ve alıcının değişim ilişkisi içinde bulunan edim yükümleri, prensip olarak aynı anda ve karşılıklı olarak ifa edilmek zorundadır²⁷. Ancak uluslararası ticaretin doğası gereği ve çeşitli risk faktörlerinin hesaba katılmasıyla, edimlerin ifa zamanı birbirinden farklı olarak düzenlenebilmektedir. Aynı şekilde, satıcı ve alıcı tarafın pazarlık güçlerindeki farklılık da, bir tarafı, diğer tarafın daha sonra ifa etmesine katlanmak zorunda bırakabilmektedir. Dolayısıyla, belirli şartların varlığı ve karşı edimin ciddi bir tehlike içinde olması durumunda, önce ifa yükümlüsü olan tarafın korunma ihtiyacı kendisini hissettirmektedir²⁸. Bu husus CISG m. 71'de düzenlenmiş olup, önce ifa yükümlüsü olan tarafa bir defa hakkı tanınarak menfaatler durumu bir ölçüde gözetilmeye çalışılmıştır. Bu amaç doğrultusunda da, şayet taraflardan birinin, sözleşmenin kurulmasından sonra ve ifa zamanından önce belirli olgular nedeniyle yükümlerinin esaslı bir kısmını ifa etmeyeceği anlaşılırsa, diğer taraf kendi yükümlerinin ifasını askıya alabilecektir²⁹. Dikkat edilirse, bura-

²⁶ Butler, § 8. 07 (A). 1.

²⁷ Schlechtriem/Schwenzer/Hornung, Art. 71 para. 6; Atamer, s. 120; Kanışlı, s. 28.

²⁸ Schlechtriem/Schwenzer/Hornung, Art. 71 para. 6; Schwenzer/Kee/Hachem, § 42.36; Liu, B. 3.1. *Hornung*'a göre CISG 71 tarafların aynı anda ifa edecekleri durumlarda da uygulanabilir (Art. 71 para. 6). Öte yandan CISG sisteminde aynı anda karşılıklı ifa ilkesinin doğal gereği olan ödemezik defi hakkı (*Right to Withhold Performance, Aussetzung der Vollziehung*) açıkça zikredilmemiştir. Ancak Antlaşmadaki çeşitli hükümlerden (CISG m. 58, 71, 80, 81 f. 2, 85, 86 f. 1) hareketle bu hakkın CISG m. 7 f. 2 anlamında genel bir ilke olduğu (aksiyom) genel kabul görmektedir. Bkz. Schwenzer/Kee/Hachem, § 42.07; Oberster Gerichtshof Austria, 08-Nov-2005, CISG Online No. 1156; Oberlandesgericht Stuttgart Germany, 20-Dec-2004, CISG Online No. 997. Öte yandan aynı anda ifa edilmesi gereken edimlere ilişkin defi hakkının, PICC m. 7.1.3, PECL m. 9:201 ve DCFR m. 3:401'de hükme bağlandığı görülmektedir.

²⁹ Bu imkanın Türk hukukunda birebir karşılığı bulunmamakla birlikte, aynı amaca daha sınırlı bir alanda hizmet eden ifa güçsüzlüğü kurumundan genişletici yorumla ya da son çare olarak örnekseme yoluyla yararlanılması mümkündür. İfa güçsüzlüğü TBK m. 98'de şu şekilde kaleme alınmıştır; "(1) karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmede, taraflardan birinin borcunu ifada güçsüzlüğe düşmesi ve özellikle iflas etmesi ya da hakkındaki haciz işleminin sonuçsuz kalması sebebiyle diğer tarafın hakkı tehlikeye düşerse bu taraf, karşı edimin ifası güvence altına alınıncaya kadar kendi ediminin ifasından kaçınabilir. (2) hakkı tehlikeye düşen taraf, ayrıca uygun bir sürede istediği güvence verilmezse sözleşmeden dönebilir". Burada düzenlenmiş olan ifa güçsüzlüğü *Serozan*'ın deyimiyle bir "güvenlik defi" görevi görmek ve vadeden önce meydana gelen beklenmedik olgular nedeniyle alacak hakkı tehlikeye giren tarafa güvence verilene kadar kendi ediminin ifasını askıya alma hakkı vermektedir. Diğer bir deyişle, maddenin *ratio legis* sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan beklenmedik olayların karşılıklı edim dengesini bozması durumunda alacak hakkı

da sözleşme ilişkisi yine devam etmekte ve fakat kendi ediminin ifasından kaçınma hakkı olan tarafın bu hareketi sözleşmeye aykırılık oluşturmamaktadır³⁰. Bununla birlikte, burada sözleşmeyi ihlal edeceği anlaşılan tarafa, ifa etmesi hususunda bir nevi baskı oluşturma amacı da göze çarpmaktadır³¹. Öte yandan, ifanın yerine geti-

tehlikeye giren tarafa ilk olarak savunma anlamında ifadan kaçınma hakkı, daha sonra ise atak amacıyla sözleşmeden dönme hakkı verilmesi gerektiği düşüncesine dayanmaktadır (**Serozan, Borçlar**, § 6 N. 23). Dolayısıyla maddede geçen “*özellikle iflas etmesi ya da hakkındaki haciz işleminin sonuçsuz kalması*” durumları örnek olarak sayılmış olup, maddenin uygulama alanını gösteren kilir kavram ifa güçsüzlüğüdür. Aynı görüşü paylaştan **Eren ve Oğuzman/Öz**’e göre ise, ifa güçsüzlüğü muacceliyetten önce bir edimin ifası için yeterli ekonomik imkanlardan sürekli bir yoksunluğu ifade etmektedir (**Eren, Fikret**: *Borçlar Hukuku Genel Hükümleri*, 14. Baskı, Ankara 2012, s. 996; **Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut**: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1, Gözden Geçirilmiş 11. Bası*, İstanbul 2013, s. 358.). Keza **Kaniti** de bu hükmün borçlunun sözleşmenin kurulmasından sonra malvarlığında meydana gelen ve ifanın yerine getirilemeyeceği sonucunu doğuran ekonomik kötülüştür. Tehlikeye somut ekonomik yetersizliklerden kaynaklansın (**Kaniti, Salamon**: *Akdin İfa Edilmediği Def’i*, İstanbul 1962, s. 143). Ancak önemle belirtelim ki, **Eren**’e göre ifa güçsüzlüğü esas itibarıyla *clausula rebus sic stantibus* ilkesinden ayrılmı olarak incelenmelidir. Çünkü TBK m. 98’de işaret edilen husus, işlem temelinde meydana gelen bir değişiklik olmayıp daha çok bir tarafın risk alanında ortaya çıkan ekonomik güçsüzlüktür (**Eren**, s. 997). Buna karşın **Kaniti** ve **Serozan**’a göre söz konusu kural işlem temelini çökmesi kurumuna dayanmakta ve bu nedenle de ifa güçsüzlüğü kavramının kapsamına diğer tarafın alacak hakkını tehlikeye düşürecek her türlü ifa engeli girebilmelidir (**Kaniti**, s. 143; **Serozan, Borçlar**, § 6 N. 23). Öte yandan TBK m. 98’inde sadece önce ifa yükümlüsü olan tarafa değil, aynı anda ifa yükümlüsü ya da daha sonra ifa yükümlüsü olan taraf için de uygulanabileceği savunulmaktadır (**Eren**, s. 997; **Serozan, Borçlar**, § 6 N. 25; **Oğuzman/Öz**, s. 360). Kuşkusuz edimlerin aynı anda ifasının öngörüldüğü bir sözleşmede muacceliyet anında bir tarafın kendi edimini ifa etmemiş veya ifasını teklif etmemiş olması durumunda diğer tarafın ödemezlik def’i ileri sürme hakkı da bulunmaktadır. Ancak bu noktada gözden kaçırılmaması gereken husus, TBK m. 97’de edimlerin muaccel olması gerekirken ve sadece ifadan kaçınma hakkı tanıdığından, TBK m. 98’de bu şartın aranmaması ve ayrıca sözleşmeyi ortadan kaldırma imkanının da öngörülmüş olmasıdır. Öte yandan önce ifa yükümlüsünün geçici bir def’i hakkıyla korumanın bir başka yolu da MK m. 2 f. 2’den hareketle söz konusu taraftan edimin ifasını talep etmenin hakkın kötüye kullanılması sayılmasıdır. Ancak bunun için karşı tarafın açıkça ifa etmeyeceğini ya da edemeyeceğini beyan etmiş olması gerektiği ileri sürülmektedir (**Kaniti**, s. 141). Özetle, TBK m. 98’den hareketle ve genişletici yorum yoluyla Türk Hukukunda da CISG m. 71’e koşut bir düzenleme elde etmek mümkündür. Yalnız hemen işaret edelim ki, TBK m. 98’de dönme hakkı verilirken CISG m. 71’de sadece ifayı askıya alma hakkı söz konusudur. Ayrıca, CISG m. 71’in aksine, TBK m. 98’e göre alacak hakkı tehlikeye düşen tarafın teminat talep etme hakkı olmayıp, o ancak karşı tarafın teminat vermesi durumunda ifaya devam etmek zorunda kalacaktır (**Kaniti**, s. 145; **Eren**, s. 1000; **Serozan, Borçlar**, § 6, N. 23; **Oğuzman/Öz**, s. 359). Öte taraftan TBK m. 98 uyarınca sözleşmeden dönülmesi halinde tazminat istemine de yer yoktur. Halbuki, bu imkan CISG m. 74 vd. kapsamında kullanılabilmektedir. Son olarak belirtilmesi gereken bir diğer husus da, TBK m. 98’de belirtilen aciz halinin sözleşme kurulduktan sonra gerçekleşmiş olması gerektiğidir. Aksi takdirde, önce ifa yükümlüsü olan taraf, sözleşmenin kurulması anında mevcut olan bir duruma ilişkin yanıldığını ya da aldatıldığını ileri sürebilecektir (**Kaniti**, s. 143).

³⁰ **Schlechtriem/Schwenzer/Hornung**, Art. 71 para. 22; **Schwenzer/Kee/Hachem**, § 42.32; **Huber, Peter/Mullis, Alastair**: *The CISG, A New Textbook for Students and Practitioners*, Sellier European Law Publishers, 2007, s. 342; **Uncitral Digest**, Art. 71 para. 1.

³¹ **Uncitral Digest**, Art. 71 para. 7.

rimleyeceği tehlikesi doğuran olgular incelenirken, herhangi bir tarafın kusurlu olup olmaması önem taşımamaktadır³². Dolayısıyla, söz konusu tehlike, her iki tarafın risk alanından ya da nötr alandan kaynaklansa dahi CISG m. 71 uygulanacaktır.

Burada dikkat edilmesi gereken bir diğer husus, CISG m. 71’de belirtilen ifayı askıya alma hakkının, esaslı bir kısmının ifa edilmeyeceği anlaşılan her türlü edim yükümü için kullanılabilecek olmasıdır. Yani, alıcı ve satıcının, sözleşmeden, teamüllerden ve Antlaşmadan kaynaklanan her türlü yükümü bu maddenin kapsamına girebilmektedir³³. Ancak her zaman akılda tutulması gereken temel ilke, ifa edilmeme tehlikesi olan edim ile ifası askıya alınacak olan edim arasında karşılıklılık (sinallagma, *Austauschverhältnis*) ilişkisinin bulunması gerekliliğidir. Diğer bir deyişle, esaslı kısmı ifa edilmeyecek olan edim ile önce ifa yükümlüsü olan tarafın edimi arasında, “karşılıklı amaçsal bir ilişki” söz konusu olmalıdır³⁴.

Antlaşmanın hazırlık sürecinde, CISG m. 71’de düzenlenen öncelenmiş sözleşmeye aykırılık hükmü ile ilgili çeşitli tartışmalar yaşanmıştır. Bu tartışmaların ana eksen; alacağı tehlikeye giren önce ifa yükümlüsünün, CISG m. 71’deki hakkı kullanma konusunda çok geniş bir takdir yetkisi olduğu ve bu hükmün, hakkın kötüye kullanılmasına kapı açabilecek nitelikte kaleme alındığı noktasındadır³⁵. Hakikaten de, birçok yazarın ileri sürdüğü üzere, söz konusu maddenin uygulama alanı oldukça geniş bir yelpazeyi kaplamakta ve önce ifa yükümlüsü olan tarafa, subjektif değerlendirmeye yaparak edimini yerine getirmekten kaçınma imkanı vermektedir. Fakat bu potansiyel tehlike, yine aynı maddede belirtilen ve objektif olgulara kaynaklık edecek olan şu hallerle önlenmeye çalışılmıştır³⁶: “(a) ifa veya ödeme kabiliyetindeki ciddi bir yetersizlik nedeniyle, veya (b) sözleşmeyi ifaya hazırlanmasındaki veya sözleşmenin ifası

³² **Azeredo da Silveira**, s. 6; **Schlechtriem/Butler**, para. 258; **Kanışlı**, s. 101. CISG m. 79 uyarınca diğer tarafın tazminat sorumluluğunun bulunmadığı hallerde dahi bu hak kullanılabilir. **Kanışlı**, s. 101; **Huber/Mullis**, s. 340.

³³ **Schlechtriem/Schwenzer/Hornung**, Art. 71 para. 4; **Azeredo da Silveira**, s. 6.

³⁴ **Schlechtriem/Schwenzer/Hornung**, Art. 71 para. 4; **Schwenzer/Kee/Hachem**, § 42.12; **Azeredo da Silveira**, s. 6; **Saidov**, s. 818.

³⁵ **Schlechtriem**, *Uniform Sales Law*, s. 93; **Saidov**, s. 801; **Ziegel, Jacob S.**: The Remedial Provisions in the Vienna Sales Convention: Some Common Law Perspectives: in Galston/Smit ed., *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Matthew Bender 1984, Ch. 9, s. 9-34; **Liu**, B. 1 para. 4; **Strub**, s. 477; **Seliazniova**, s. 116; Bu konuda UNCITRAL çalışma grubu toplantılarında cereyan eden çeşitli tartışmalar için bkz. **Strub**, s. 489 vd. Öte yandan hazırlık çalışmalarında CISG m. 71’de ilk olarak ifayı askıya alma hakkının kullanılabilmesi için diğer tarafın yükümlerinin esaslı bir kısmını ihlal edeceği yönünde “ciddi bir gerekçe” (*good grounds*) bulunması yeterli görülmüşken bazı temsilcilerden gelen itirazlar üzerine bu eşik biraz daha yukarıya alınarak şu anki “anlaşılır olma” (*become apparent*) halini almıştır. Bkz. **Ziegel, Report**, Art. 71 para. 4.

³⁶ **Schlechtriem/Schwenzer/Hornung**, Art. 71 para. 6; **Schlechtriem/Butler**, para. 262; **Erdem, Ercüment**: Milletlerarası Ticaret Hukuku ile ilgili Makaleler, 1.Bası, İstanbul 2008, s. 83; **Vilus**, s. 244; **Liu**, B. 3.1.

sırasındaki davranışları nedeniyle yükümlülüklerinin esaslı bir kısmını ifa etmeyeceğinin anlaşılması durumunda...“ (CISG m. 71). Görüldüğü üzere, ifasını askıya almak isteyen tarafın subjektif korkuları ve tereddütleri bu madde çerçevesinde yeterli sayılmamakta, söz konusu hakkın kullanılabilmesi için birtakım objektif belirtilerin bulunması gerekmektedir.

Öte yandan, üzerinde durulması gereken bir diğer nokta, yükümün esaslı kısmının ifa edilmeyeceği sonucunun sadece ifa hareketlerinden değil, ifaya hazırlık hareketlerinden de anlaşılabilir olmasıdır. Söz gelimi, satıcının teslim edeceği malların üretimine başlamakta çok geç kalmış olması³⁷ veya satıcının üretici ile arasındaki sözleşmeden kaynaklanan şartlara uygun olarak malları alıcıya teslim edemeyecek olmasının anlaşılması³⁸ gibi durumlarda, teslimden önce bedel ödeme yükümlüsü olan alıcının bu ifadan kaçınma hakkı yerinde görülmüştür³⁹. Benzer şekilde, alıcının akreditif açtırmamış olması da, satıcıya malları kararlaştırılan günde taşıyıcıya teslim etmekten imtina etme hakkı verebilmektedir⁴⁰. Öte taraftan dikkat edilmesi gereken, buradaki ifa hareketleri ve ifaya hazırlık hareketleri ayırımının askıya alınacak ifa için de geçerli olduğudur. Diğer bir deyişle, diğer tarafın yükümünü yerine getirmeyeceğinin anlaşılması durumunda, önce ifa yükümlüsü olan taraf, isterse ifaya hazırlık hareketlerini bile durdurabilir⁴¹. Örneğin, alıcının FOB teslim şartlı sözleşme uyarınca taşıyıcı ile sözleşme yapmamış olması, önce ifa yükümlüsü satıcıya söz konusu mallara ilişkin üretimi durdurma hakkı verebilecektir⁴².

CISG m. 71 f. 2'de ise, ifaya askıya alma hakkının yollanacak borçlara özgü bir düzenlemesi öngörülmüş ve satıcının bu hakkı, malların taşıyıcıya teslimi ile henüz alıcıya teslim edilmediği zaman aralığında kullanabileceği ifade edilmiştir. Söz konusu madde şu şekildedir: “*Satıcı, I. fıkradaki nedenlerin ortaya çıkmasından önce, malları göndermiş olduğu takdirde, malların alıcıya verilmesini, alıcının elinde kendisine bu malları edinme hakkı veren bir belge bulursa dahi engelleyebilir. Bu fıkra hükümleri, sadece alıcı ve satıcı arasında mallar üzerindeki haklara ilişkindir.*”

Önce ifa yükümlüsü, kendi edimini yerine getirmekten kaçınma hakkını diğer

³⁷ **Schlechtriem/Schwenzer/Hornung**, Art. 71 para. 6.

³⁸ OLG Hamburg, Germany, 23 June, 1998, 19 U 127/97 (CLOUT Case No. 338)

³⁹ OLG Linz, Austria, 23 May, 1995, 1R 64/9534; OGH, Austria, 6 February, 1996, 10 Ob 518/95 (CLOUT Case No. 176).

⁴⁰ Oberster Gerichtshof, Austria,, 6 February, 1996 (CLOUT Case No. 176); Başka bir karara konu olan olayda, daha önce belirlenen sürede alıcının teminat mektubu temin edememesi satıcının ifayı askıya alma hakkını kullanması sonucunu doğurmuştur. Bkz. Arbitration Court of the Chamber of Commerce and Industry of Budapest Arbitral award VB/94124, 17 November 1995, <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/951117h1.html>>

⁴¹ **Schlechtriem/Schwenzer/Hornung**, Art. 71 para. 6; **Schlechtriem**, *Uniform Sales Law*, s. 93; **Strub**, s. 495; **Azeredo da Silveira**, s. 9.

⁴² **Azeredo da Silveira**, s. 9.

tarafın ifa zamanına kadar kullanabilmektedir⁴³. Zira, sonra ifa edecek olan tarafın ifa zamanı geldiğinde edimi yerine getirmemesi durumunda, artık öncelenmiş bir sözleşmeye aykırılık kurumuna gerek olmayacağı açıktır. Bu durumda genel sözleşmeye aykırılığa ilişkin hukuki imkanlar devreye girecektir. Başka bir anlatımla, ifayı askıya alma hakkı olan taraf, dilerse bu hakkını kullanmayıp, kendi edimini ifa ederek diğer tarafın sözleşmeyi ihlal etmesini bekleyebilir⁴⁴. Ancak, ifayı askıya alma hakkı kullanılır kullanılmaz askıya alma durumunun karşı tarafa derhal bildirilmesi gerekmektedir (CISG m. 71 f. 3).

Öncelenmiş sözleşmeye aykırılıkta, henüz gerçekleşmemiş bir ihlale rağmen ifa menfaati tehlikeye giren tarafa ifasını askıya alma hakkının tanınması beraberinde şu soruyu da gündeme getirmektedir: acaba sözleşmeyi ihlal edeceği düşünülen tarafın bu gidişatı değiştirebilme imkanı bulunmakta mıdır; diğer bir deyişle, CISG m. 71'in uygulanması önünde herhangi bir sınır var mıdır? Burada diğer tarafın da menfaatlerinin korunması ihtiyacına uygun olarak gündeme gelebilecek sınırlar üç öbekte toplanabilir; (i) yükümün esaslı bir kısmının ifa edilmeyeceği tehlikesinin ortadan kalkması, (ii) yükümü ihlal edeceği düşünülen tarafın yeterli teminat vermesi ve (iii) alacak hakkını tehlikeye düşüren nedenlerin zaman içinde sözleşmenin esaslı şekilde ihlal edileceğini aşıkarak kılmasıyla birlikte ifayı askıya alan tarafın zararı azaltma külfeti nedeniyle sözleşmeden dönmek durumunda kalması⁴⁵. Önce ifa yükümlüsü olan taraf, ilk iki durumda ifaya devam etmek zorunda kalırken, son halde edimi ifa etmeyip sözleşmeyi ortadan kaldıracabilmektedir⁴⁶.

Bu çerçevede değinilmesi gereken bir diğer husus, CISG m. 71'deki şartlar mevcutsa, ifayı askıya alma hakkının CISG m. 73'de düzenlenen art arda teslim yükümü öngörölmüş sözleşmelerde de uygulanabilecek olmasıdır⁴⁷.

⁴³ **Schlechtriem/Schwenzer/Hornung**, Art. 71 para. 19; **Liu**, B. 3.1.

⁴⁴ **Schlechtriem/Schwenzer/Hornung**, Art. 71 para. 19.

⁴⁵ **Schlechtriem/Schwenzer/Hornung**, Art. 71 para. 24; **Schwenzer/Kee/Hachem**, § 42.46; **Liu**, B. 3.1; Landgericht Stendal, Germany, 12 October, 2000, 22 S 234/94, <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/001012G1.html>> Yalnız önemle belirtelim ki, üçüncü halde gerçek anlamda bir sınırlama durumu söz konusu değildir. Zira, her ne kadar bazı hallerde (örneğin sözleşme konusu mallara ilişkin piyasadaki fiyat artışı vb.) ifayı askıya almış olan tarafın CISG m. 77 bağlamında (zararı azaltma külfeti) vadeyi beklemeden sözleşmeden dönmesi gerekse de, esas olarak bu yönde bir yükümü bulunmamaktadır. Dolayısıyla o isterse vadeye kadar ifayı askıya almayı tercih edebilir. Bu durumda, CISG m. 77'de belirtilen zararı azaltma külfetine aykırı davranmış olmasının sonucu ise, diğer taraftan talep ettiği tazminatın zararın artmasını önleyemediği oranda indirime uğramasıdır. **Atamer**, s. 438 dn. 848; **Kanışlı**, s. 42; **Huber/Mullis**, s. 292; **Sekreteryä Şerhi**, Art. 77 para. 3.

⁴⁶ CISG 71 kapsamında kullanılan ifayı askıya alma hakkı ve karşı taraftan yeterli teminat sağlayabilme imkanı önce ifa yükümlüsü olan tarafın menfaatlerini koruyabilecek nitelikte olduğundan ulusal hukuklardaki aynı amaca özgü kurumlara başvurulma olanağı ortadan kalkmaktadır. Bkz. **Schlechtriem/Schwenzer/Hornung**, Art. 71 para. 25a.

⁴⁷ **Schwenzer/Kee/Hachem**, § 42.36; **Azeredo da Silveira**, s. 20; **Liu**, B. 3.1. Rechtbank van Koophandel, Hasselt, Belgium, 01-Mar-1995, CISG Online No. 373.

Son olarak belirtelim ki, ifayı askıya alma hakkı, hiçbir şekilde ilgili tarafa CISG m. 75 anlamında ikame alım veya ikame satım hakkı vermemektedir. Zira, CISG m. 75 ve 76, sadece fiili zararın belirlenmesi yöntemi olarak ve sözleşmeden dönme hakkının kullanılması durumunda işlev görmektedir⁴⁸.

B. Şartları

1. Yükümlerin İfa Edilmeyeceğinin Anlaşılması

CISG m. 71'e göre, önce ifa yükümlüsünün ifadan kaçınma hakkı ancak karşı tarafın yükümlerinin *"esaslı bir kısmını ifa etmeyeceğinin anlaşılması durumunda"* kullanılabilir. Burada "anlaşılma" (*become apparent, sich herausstellt*) gereğinden kasıt; önce ifa yükümlüsünün ifayı askıya alma hakkına kaynaklık eden sözleşmenin ihlal edileceği şüphesi ile ileride gerçekleşecek sözleşmeyi ihlal olgusu arasındaki örtüşmenin yüksek bir ihtimal derecesinde olmasıdır⁴⁹. Burada ifa menfaati tehlikeye giren tarafın salt yüzeysel korkuları, temelsiz endişeleri ve subjektif çıkarımları bu kesinlik derecesi açısından yeterli görülmemektedir⁵⁰. Dolayısıyla CISG m. 71 çerçevesinde bulunması gereken "anlaşılma durumu" mutlak bir kesinlik düzeyinde olmasa bile en azından söz konusu yükümlerin esaslı bir kısmının ihlal edileceğine ilişkin yüksek derecede bir ihtimali gerekli kılmaktadır. Bu ihtimal derecesinin bulunup bulunmadığı ise benzer iş çevrelerindeki makul anlayışa göre tespit edilecektir. Diğer bir deyişle, yükümlülüğün ihlali tehlikesi CISG m. 8 f. 2 gereğince önce ifa yükümlüsü ile aynı konumda ve aynı koşullarda bulunan makul bir kişinin verdiği anlama göre incelenecektir⁵¹.

Bu bağlamda dikkati çeken başka bir nokta, CISG m. 71'de belirtilen "anlaşılmaz olma" ile CISG m. 72'deki "aşıkâr olma" kriteri arasında kesinlik derecesi bakımından herhangi bir yoğunluk farkının bulunup bulunmadığıdır. Bu konuda çeşitli görüşler bulunmakla birlikte, hem mahkeme kararlarında hem de ağırlık doktrin görüşlerinde kabul edilen, CISG m. 72'de öngörülen kriterin CISG m. 71'dekine

⁴⁸ **Azeredo da Silveira**, s. 9; **Huber/Mullis**, s. 342.

⁴⁹ **Schlechtriem/Schwenzer/Hornung**, Art. 71 para. 15, 17; **Azeredo da Silveira**, s. 5; **Liu**, B. 3.3; **Bernstein/Lookofsky**, s. 132; **Schlechtriem/Butler**, para. 270.

⁵⁰ **Schlechtriem/Schwenzer/Hornung**, Art. 71 para. 15, 17; **Azeredo da Silveira**, s. 5; **Liu**, B. 3.3; **Strub**, s. 493; **Schwenzer/Kee/Hachem**, § 42.41; **Sekreteryä Şerbi**, Art. 71 para. 3.

⁵¹ **Schlechtriem/Schwenzer/Hornung**, Art. 71 para. 15, 17; **Schlechtriem**, *Uniform Sales Law*, s. 94; **Azeredo da Silveira**, s. 5; **Liu**, B. 3.3; **Strub**, s. 494; **Vilus**, s. 242. Oberster Gerichtshof Austria, 12-Feb-1998, CISG Online No. 349. Ancak birçok yazara göre, burada anılan objektif standarda rağmen çoğu zaman bu hak ifa menfaati tehlikeye giren tarafın subjektif değerlendirmesiyle kullanılacaktır. Bkz. **Azeredo da Silveira**, s. 5; **Liu**, B. 3.1; **Vilus**, s. 243.

oranla daha yüksek olduğudur⁵². Bu konu aşağıda CISG m. 72 incelenirken daha ayrıntılı açıklanmaya çalışılacaktır.

Bu çerçevede gözden kaçırılmaması gereken bir diğer husus, ifayı askıya alma hakkının kullanılabilmesi için yükümün esaslı bir kısmının ihlal edileceğinin ne zaman anlaşılır olması gerektiğidir. Burada temel ölçüt, söz konusu durumun her halükarda sözleşmenin kurulmasından önce veya kurulması sırasında önce ifa yükümlüsü tarafından anlaşılmamış olmasıdır⁵³. Bu itibarla CISG m. 71 uyarınca olması gereken, ifaya ilişkin tehlikenin sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelmesi değil, sözleşmenin kurulmasından sonra anlaşılmasıdır (*become apparent, sich heraus-tellt*). Yalnız eğer ifa menfaati tehlikeye giren taraf söz konusu yükümün ifa edilmeyeceği tehlikesini sözleşme kurulurken biliyorsa ya da CISG m. 8 f. 2’ye göre ondan bu durumu bilmesi bekleniyorsa ifayı askıya alma hakkı kullanılamayacaktır⁵⁴.

2. Yükümlerin Esaslı Bir Kısmının İhlali

CISG m. 71’e göre ifayı askıya alma hakkı ancak karşı tarafın yükümlerinin esaslı bir kısmını (*a substantial part, ein wesentliche Teil*) ifa etmeyeceğinin anlaşılması halinde gündeme gelecektir. Antlaşmanın Türkçe metnindeki “esaslı kısım” ibaresi CISG m. 25’deki (ve CISG m. 72) “esaslı ihlal” ibaresine benzerliği nedeniyle yanlış anlaşılmaya hayli müsaittir⁵⁵. Aynı tehlike Almanca metinde de dikkat çekmektedir⁵⁶. Buna karşın İngilizce metinde, CISG 71 için “*substantial*”, CISG 72’de ise “*fundamental*” sıfatları kullanılarak bu yanlış anlaşılmanın önüne geçilmiştir⁵⁷. Dolayısıyla söz konusu maddeler yorumlanırken bu önemli farkın göz önünde tutulması yerinde bir tercih olacaktır⁵⁸.

⁵² Schlechtriem/Schwenzer/Hornung, Art. 71 para. 17; Azeredo da Silveira, s. 5; Liu, B. 4.4; Strub, s. 494.

⁵³ Schlechtriem/Schwenzer/Hornung, Art. 71 para. 13, 14; Schwenzer/Kee/Hachem, § 42.45; Azeredo da Silveira, s. 4; Liu, B. 3.3.

⁵⁴ Schlechtriem/Schwenzer/Hornung, Art. 71 para. 13, 14; Azeredo da Silveira, s. 4; Liu, B. 3.3; Schlechtriem/Butler, para. 260. Bu noktada dikkat edilmesi gereken bir diğer husus, CISG 71’in uygulama alanına giren durumlarda ulusal hukuklardaki yanıltma, aldatma ve korkutma hükümlerine yer olmamasıdır. Schlechtriem/Schwenzer/Hornung, Art. 71 para. 16; Schlechtriem, *Uniform Sales Law*, s. 93.

⁵⁵ Aslında hem Antlaşmanın İngilizce metninde yer alan *substantial* ve *fundamental* şeklindeki ayırımı hem de CISG m. 71 ve 72’de sözleşme ihlalinin ağırlık derecesi bakımından öngörülmüş olan farka uygun olması açısından Türkçe metinde “esaslı bir kısmı” yerine “önemli bir kısmı” ifadesi kullanılsaydı çok daha isabetli olurdu.

⁵⁶ CISG m. 25; “Eine von einer Partei begangene Vertragverletzung ist *wesentlich*, ...”, CISG m. 71; “... dass die andere Partei einen *wesentlichen* Teil ihrer Pflichten nicht erfüllen wird”.

⁵⁷ Antlaşmanın resmi dilleri CISG m. 101’de şu şekilde belirtilmiştir; “...metin aynı derecede mutabek olmak üzere Arapça, Çince, İngilizce, Fransızca, Rusça ve İspanyolca tek bir nüsha halinde tanzim edilmiştir”.

⁵⁸ Söz konusu bu semantik farklılığın pratikte kolayca ayırt edilemeyeceği görüşü için Bkz. Schlechtriem, *Uniform Sales Law*, s. 93.

“Esaslı bir kısım” ifadesinin tam olarak ne anlama geldiğinin anlaşılması için öncelikle yanıtlanması gereken soru; ihlal edileceği düşünülen yükümün hangi kısmının esaslı sayılacağıdır. Doğal olarak bu sorunun doğuracağı bir diğer soru da, söz konusu esaslılığın nitelik ve/veya nicelik olarak nasıl belirleneceğidir. Kuşkusuz her halükarda hakim, somut olayın koşullarını göz önünde bulundurarak ve tarafların menfaatlerini değerlendirerek yorum yapacaktır. Ancak söz konusu ifadenin anlamının belirlenmesinde dikkat edilmesi gereken önemli nokta şudur: her şeyden önce, ifayı askıya alma hakkının kullanılabilmesi için yükümün ihlalinin, CISG m. 72'deki gibi esaslı olma zorunluluğu yoktur. Yani burada sözleşmeden dönme gibi ağır bir yaptırımı haklı çıkaracak oranda bir ihlal tehlikesi şart koşulmamaktadır⁵⁹. Bununla birlikte, alıcı ve satıcı arasındaki sözleşme tümel bir bakışla göz önünde bulundurulmalı ve yükümün esaslı bir kısmının tehlikeye düşüp düşmediği belirlenirken, ilgili yükümün önce ifa yükümlüsü olan taraf için taşıdığı önem dikkate alınmalıdır⁶⁰. Ayrıca söz konusu yüküme ilişkin ifa zamanı ya da ifa yeri gibi modaliteler de bu bağlamda gözden uzak tutulmamalıdır. Aynı şekilde, gerçekleşeceği anlaşılan yüküm ihlalinin oluşmasında ifayı askıya alma hakkı olan tarafın, CISG m. 80 anlamında herhangi bir etkisinin olup olmadığı da araştırılmalıdır⁶¹.

2. Yüküm İhlaline İlişkin Objektif Nedenler

CISG m. 71 f. 1 (a)'da düzenlenen hüküm, ifayı askıya alma hakkının uygulama alanını objektif bir temele oturtmayı amaçlamaktadır⁶². Dolayısıyla önce ifa yükümlüsünün vade zamanı geldiğinde kendi ifasını askıya alabilmesi için; diğer tarafın kendine düşen yükümünün esaslı bir kısmını yerine getirmeyeceği, onun ifa veya ödeme kabiliyetindeki ciddi bir yetersizlikten ya da ifaya hazırlık veya ifa sırasındaki hareketlerinden anlaşılması gerekmektedir. Bu iki olgunun hangi tarafın risk alanından kaynaklanmış olduğunun bu madde açısından bir önemi yoktur.

⁵⁹ Schlechtriem/Schwenzer/Hornung, Art. 71 para. 8; Azeredo da Silveira, s. 6; Lookofsky, s. 148. Söz gelimi satıcının teslim edeceği malların esaslı olmayan bir kısmının ayıplı olacağının anlaşılması alıcıya ifayı askıya alma hakkı vermeyecektir. Sekreteryä Şerhi, Art. 71 para. 5; Schlechtriem/Butler, para. 263.

⁶⁰ Schlechtriem/Schwenzer/Hornung, Art. 71 para. 9; Schlechtriem, Uniform Sales Law, s. 93. Burada ayrıca, alacağı tehlikeye düşenin ihlal tehlikesi içinde olan edime verdiği önemin sözleşme kurulurken diğer taraf açısından anlaşılabilir nitelikte olması gerekmektedir (Azeredo da Silveira, s. 5). Kanaatimizce yazarın bu görüşünün hareket noktası CISG m. 25'te aranan sözleşmenin esaslı şekilde ihlal edileceğinin sözleşmenin kurulması anında öngörülebilir olması gereğidir. Öte yandan göz önünde bulundurulması gereken bir diğer husus, aslı edime bağlı yan edimlerin veya yan yükümlerin söz konusu madde çerçevesinde esaslı bir kısım sayılamayacak olmasıdır. Schlechtriem/Schwenzer/Hornung, Art. 71 para. 8.

⁶¹ Schlechtriem/Schwenzer/Hornung, Art. 71 para. 9. Aslında bu sonuca hakkın kötüye kullanılması yasağı ile de ulaşılabilir.

⁶² Azeredo da Silveira, s. 6; Liu, B. 3.2.

a) İfa veya Ödeme Kabiliyetindeki Ciddi Bir Yetersizlik

Sözleşmeye öncelenmiş olarak aykırı davranan tarafın ifa veya ödeme kabiliyetindeki ciddi yetersizliğinin diğer tarafa ifadan kaçınma hakkı verebilmesi geniş bir olasılık tayfında söz konusu olabilmektedir. Söz gelimi, tarafların iş yerlerindeki grevler, iflas, ambargo, satıcının fabrikasında çıkan yangın, ithalat veya ithalat yasakları, alıcının akreditif açtırmamış olması, satıcının benzer mallar için kurulmuş diğer sözleşmelerdeki alıcılara ayıplı mal teslim etmesinin halihazır sözleşmedeki alıcı tarafından öğrenilmesi, FOB gereği malların yükleneceği gemide yeterli ambar bulunmaması, satıcının mali durumunun malları üretemeyecek derecede kötüleşmesi, alıcı ve satıcı arasındaki başka bir sözleşmedeki ihlalin halihazır sözleşmedeki edim yükümünü ifa kabiliyeti açısından ciddi bir yetersizlik doğurması vb. örnekler verilmektedir⁶³.

Mahkeme uygulamasına bakıldığında ise; alıcının yedi aylık ödemede gecikmesinin satıcıya ilerideki teslim yükümlerini askıya alma hakkı vermesi⁶⁴, içme suyu sebillerinin üretimi aşamasında ortaya çıkan işlevsel bozukluklar nedeniyle alıcının ödeme tarihinde ifadan kaçınması⁶⁵, satıcının teslim edeceği malları ifa zamanından kısa bir süre önce tedarikçiden satın almamış olması ve bu durumda malların vadede alıcıya teslim edilemeyeceğinin anlaşılması⁶⁶, satıcının üretici ile aralarındaki sözleşmede belirtilen koşullarda alıcıya mal teslim edemeyeceğinin belli olması⁶⁷, satıcının önceki teslimde ayıplı mal vermiş olması nedeniyle alıcının daha sonraki teslimat için bedel ödemeyi askıya alması⁶⁸, alıcının teminat mektubunu vaktinde temin edememesi⁶⁹ gibi örnekler verilebilir.

Yine görece yeni tarihli bir uyuşmazlıkta, Koreli satıcı ve Amerikalı alıcı arasındaki 2007 Nisan tarihli sözleşmeye göre, satıcı sipariş üzerine (ısmarlama) kadın kıyafetleri üretecek ve bunları New York'taki alıcıya dönemli edimler halinde teslim

⁶³ **Schlechtriem/Schwenzer/Hornung**, Art. 71 para. 10, 11; **Erdem**, *Makaleler*, s. 83; **Saidov**, s. 804; **Huber/Mullis**, s. 314, 342; **Azeredo da Silveira**, s. 6, 7; **Bernstein/Lookofsky**, s. 162; **Strub**, s. 495; **Kanişlı**, s. 102. Alıcının satıcı ile arasındaki diğer sözleşmelerden kaynaklanan mal bedellerini ödememiş olması, satıcı ile halihazırdaki sözleşmesi açısından ödeme kabiliyetinde ciddi bir yetersizlik olduğu sonucunu doğurabilir. **Sekreteryä Şerhi**, Art. 71 para. 3; **Schlechtriem/Butler**, para. 257.

⁶⁴ Rechtbank van Koophandel, Hasselt Belgium, 01-Mar-1995, CISG Online No. 373.

⁶⁵ Audiencia Provincial de Navarra Spain, 27-Mar-2000, CISG Online No. 575.

⁶⁶ Oberlandesgericht Hamm Germany, 23-Jun-1998, CISG Online No. 434.

⁶⁷ OLG Hamburg, Germany, 23 June, 1998, 19 U 127/97 (CLOUT Case No. 338). Benzer şekildeki kararlar için Bkz. OLG Linz, Austria, 23 May, 1995, 1R 64/9534; OGH, Austria, 6 February, 1996, 10 Ob 518/95 (CLOUT Case No. 176).

⁶⁸ Netherlands Arbitration Institute, 15-Oct-2002, CISG Online No. 740 (Arbitral Award No. 2319).

⁶⁹ Arbitration Court attached to the Hungarian Chamber of Commerce and Industry, 17-Nov-1995, CISG Online No. 250 (Arbitral Award No. VB/94124).

edecektir. Alıcı da her teslimden itibaren 15 gün içinde malların bedelini ödemeyi taahhüt etmektedir. Temmuz'da mallara ilişkin ilk teslimatın yerine getirilmiş olmasına rağmen alıcının ödeme yapmaması üzerine, satıcı diğer teslim zamanları geldiğinde alıcıdan teminat almak ister. Satıcı, alıcının “ödeyeceğim” demesi üzerine bu aylara ilişkin teslimatları da gerçekleştirir. Alıcı bu aylara ilişkin de ödeme yapmıyınca, satıcı ile alıcı arasında bir ödeme programı hazırlanır ve ancak bu programa uyulması durumunda daha sonraki teslimlerin gerçekleştirileceği kararlaştırılır. Alıcının bu ödeme programına da uymaması üzerine satıcı, geriye kalan tüm teslimatlara ilişkin ifasını askıya alarak 2008'de dava açar. Bu davada mahkeme, alıcının önceki teslimatlardaki bedel ödeme yükümüne aykırılığının satıcıya ifadan kaçınma hakkı verdiğine hükmetmiştir⁷⁰.

Öte yandan bir başka kararda, satıcının alıcıya teslim ettiği mobilyalarda ortaya çıkan ayıp üzerine, alıcı bedeli ödeme yükümünden kaçınma hakkını kullanmıştır. Satıcı, alıcının ifayı askıya almasının haksız olduğu gerekçesiyle diğer aylara ilişkin teslimatları askıya alır. Mahkeme bu davada alıcının ifadan kaçınma hakkını yerinde bulurken, satıcının ileri tarihli teslimatlara ilişkin ifayı askıya alma hakkı olmadığına hükmetmiştir⁷¹.

b) İfaya Hazırlık ve İfa Süresindeki Hareketler

CISG m. 71 f. 1 (b) gereğince, eğer bir tarafın ifaya hazırlık veya ifa süresindeki hareketlerinden yükümünün esaslı bir kısmını ihlal edeceği anlaşıyorsa, önce ifa yükümlüsü olan diğer taraf kendi edim yükümünün ifasından kaçınabilecektir. Önemle belirtelim ki, ifa hareketleri ve ifaya hazırlık hareketleri ayırımı aslında sadece kronolojik bir süreci ifade etmekte ve sınırlarını tam anlamıyla belirlemenin zor olduğu bu iki olgu, aynı edim yükümünün içinde bulunmaktadır⁷². Söz geli-

⁷⁰ U.S. District Court, S.D. of New York, USA, 29-May-2009, CISG Online No. 1892. Bir başka karar konu olayda, Fransız satıcı ile Venezuelalı alıcı arasında tarafların iradeleriyle CISG'a tabi kıldıkları münhasır distribütörlük sözleşmesi bulunmaktaydı. Buna göre, alıcı sözleşme uyarınca belirli tarihlerde art arda teslim alacağı parfümlerin Venezuelalı'da dağıtımını üstlenmekteydi. Ne var ki, alıcının daha önceki teslimatlardaki geç ödemeleri karşısında satıcı, sözleşmede kullanıldıktan 6 ay sonra etkili olacağı düzenlenmiş olan olağan fesih hakkını kullandı. Satıcı ayrıca, bu 6 aylık süre içerisinde ifa edilmesi gereken teslimleri de aynı gerekçeyle askıya aldı. Mahkeme satıcının ifayı askıya alma hakkının yerinde olduğuna karar verdi. Cour de Cassation France, 20-Feb-2007, CISG Online No. 1492.

⁷¹ Landgericht München I Germany, 06-Apr-2000, CISG Online No. 665.

⁷² Öte yandan, bizim de dahil olduğumuz Cermen Hukuk çevresinde, ifayı sağlama ve ifaya hazırlık hareketleri çoğunlukla ifaya bağımlı (yardımcı) yan yüküm (*ancillary duty*, *Nebenpflicht*) olarak telakki edilmekte ve ihlali halinde bağımsız olarak ifa talebine konu olmamaktadır. Bu durumda zarar gören ancak doğan zararın tazmin edilmesini isteyebilmektedir (**Kocayusufpaşaoğlu, Necip:** Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, 6. Tıpkı Bası, İstanbul 2014, § 2 para. 14; **Serozan, Rona:** Borçlar Hukuku Özel Bölüm, 2. Bası, İstanbul 2006, s. 116 vd.; **Buz,** s. 113, 114; **Aral, Fahrettin:** Kötü İfa, Ankara 2011, s. 42; **Kanıslı,** s.

mi, satıcının daha sonra alıcıya teslim etmek için ara satıcı (alıcı) sıfatıyla üreticiden mal satın alması, CISG anlamında malın teslimi ve mülkiyetini geçirme şeklindeki edimin ifasına hazırlık mahiyetinde kabul edilmekte, yoksa yan edim yükümü sayılmamaktadır. Şu halde, bu maddede geçen ifadenin yorumlanması için, satıcı ve alıcı arasındaki sözleşme, teamüller ve tarafların yükümlerini düzenleyen maddeler göz önünde bulundurulmalıdır (CISG m. 30 ila 34, CISG m. 53, 54, 60 ve 65)⁷³.

Bu çerçevede, bir tarafın malların taşınması için taşıyıcı ile sözleşme yapmamış olması, belgelerin teslim edilmemesi, akreditif açılmaması, daha önceki tarihli bir teslimat için satıcının ayıplı mal teslim etmesi, satıcının henüz lisans hakkı edinmemiş olması, ifa fiiline uygun olmayan taşıma aracı seçilmesi, satıcının alıcı ile arasındaki sözleşme konusuna ilişkin ham maddeleri temim etmemiş veya sözleşmede belirtilenden farklı şekilde temin etmiş olması gibi örnekler verilebilir⁷⁴. Kuşkusuz bu örnekler ait olduğu somut olay bağlamında değerlendirilmiş olduğundan, bir olgunun CISG m. 71 anlamında ifayı askıya alma hakkı sağlayıp sağlamayacağı da daima kendi özel bağlamına göre incelenmelidir.

C. Bildirimde Bulunma

CISG m. 71 f. 3’e göre “malların gönderilmesinden önce veya sonra sözleşmenin ifasını askıya alan taraf, askıya alma keyfiyetini derhal karşı tarafa bildirmek ve karşı tarafın sözleşmeyi ifa edeceğine dair yeterli teminat göstermesi durumunda ifaya devam etmek zorundadır”. Bu madde kapsamında karşı tarafa bildirimde bulunulması gereğinin temelinde yatan düşünce şudur: önce ifa yükümlüsü taraf karşı edime ilişkin somut bir ihlal tehlikesine dayanarak kendi ifasını askıya alırken ve fakat sözleşmeye aykırı davranmazken, diğer tarafın bu belirsiz durumu açıklığa kavuşturarak askıya alınan ifaya kavuşması menfaati de gözetilmelidir⁷⁵. Bu amaç doğrultusunda da, söz-

62 dn. 102.). Bu konuda sonuç olarak aynı kapağa çıkan bir diğer görüşe göre ise, ifaya hazırlık hareketleri ve ifaya dair sair işlemler yan yüküm olarak değil, asli edim yükümünün bir parçası olarak değerlendirilmelidir (**Kuntalp, Erden**: Karışık Muhtevalı Akit (Karma Sözleşme), Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 2. Bası, Ankara 2013, s. 140). CISG’da ise edim yükümleri asli veya yan edim yükümleri olarak tasnif edilmemekte; buna bağlı olarak ifayı sağlama veya ifaya hazırlık hareketlerinin de ilgili olduğu edim yükümünün içeriğine dahil olduğu kabul edilmektedir. Dolayısıyla bunların ihlali halinde yaptırımların asıl edimden bağımsız olarak kullanılma imkanı yoktur. **Atamer**, s. 132; **Kanışlı**, s. 62.

⁷³ **Azeredo da Silveira**, s. 7. Antlaşmada zikredilmiş bazı ifaya hazırlık hareketleri şu şekildedir; CISG m. 32 (gönderilecek ve götürülecek borçlarda malların taşınması sürecinde yapılması gerekenler, örneğin taşıyıcı ile sözleşme yapılması, malların sigorta edilmesi vs.), CISG m. 34 (satıcının mallara ilişkin belgeleri teslim etmesi), CISG m. 54 (alıcının sözleşmede veya mevzuatta öngörülmüş olan, semenin ödenmesini sağlayacak önlemleri alması ve formaliteleri gerçekleştirilmesi), CISG m. 65 (alıcının malların şeklini, ölçüsünü ve diğer niteliklerini belirlemesi).

⁷⁴ **Schlechtriem/Schwenzer/Hornung**, Art. 71 para. 12; **Azeredo da Silveira**, s. 7, 8; **Bernstein/Lookofsky**, s. 162; **Schlechtriem/Butler**, para. 258, 259.

⁷⁵ **Schlechtriem/Schwenzer/Hornung**, Art. 71 para. 22, 23; **Azeredo da Silveira**, s. 13; **Liu**, B. 5.1. (b).

leşmeyi ihlal edeceği düşünülen tarafa yeterli teminat göstererek sözleşme ilişkisini tekrar eski hale getirme imkanı verilmektedir. Maddede geçen “derhal (*immediately, sofort*)” ibaresinin “önlenebilir bir gecikme olmadan” şeklinde anlaşılması gerektiği ileri sürülmektedir⁷⁶.

İfayı askıya alan tarafın göndereceği bu bildirim CISG m. 27’ye tabi olup; “*koşullara uygun araçlarla yapılmışsa, bu açıklamanın iletimindeki bir gecikme veya hata veya ulaşmamış olması açıklamada bulunan tarafı ona dayanmak hakkından yoksun bırakmaz*”. Fakat hemen belirtelim ki, diğer tarafın vereceği teminatla ilgili taraflar arasında müzakereler gündeme gelebileceğinden bildirimin varması aynı zamanda ifasını askıya alan taraf için da yararlı olacaktır⁷⁷. Bildirimin içeriği konusunda ise CISG’da herhangi bir ifade yer almamakta ancak doktrinde bunun bir bilgi verme yükümü olduğu ileri sürülmektedir⁷⁸. Ayrıca ilgili bildirimin sadece ifanın askıya alındığı manasında bir uyarı niteliğinde mi olduğu, yoksa ifanın askıya alınmasının altındaki gerekçelerin de karşı tarafa bildirilmesi mi gerektiği konusunda farklı görüşlere rastlamak mümkündür⁷⁹. Kanaatimizce de her ne kadar zorunlu olmasa dahi, milletlerarası dürüstlük kuralı ve sözleşmeyi ayakta tutma ilkesi gereği, söz konusu bildirimde karşı tarafa anlaşılır bir şekilde ifanın askıya alınma nedenlerinin aktarılması kuşkusuz onun teminat gösterebilmesi ve bu teminatın yeterliliği açısından amaca uygun olacaktır⁸⁰.

CISG m. 71 bağlamında bildirimde bulunmanın ifayı askıya alma hakkının geçerliliği için bir şart olup olmadığı konusu tartışmalıdır. Burada bir görüş, bildirimde bulunmamanın ifayı askıya alma hakkının kullanılmasını engellemeyeceğini ancak karşı tarafın zararını tazmin etmek yükümü doğuracağını savunmaktadır⁸¹. Zira, zamanında bildirimde bulunulmuş olsaydı yeterli teminat bulabilecek olan tarafın, ifayı askıya alma durumundan haberdar edilmediği için ifa menfaati zarar

⁷⁶ **Schlechtriem/Schwenzer/Hornung**, Art. 71 para. 20. Söz konusu bildirimin ifayı askıya alma hakkı gerçekleşmeden önce yapılması da mümkündür. Diğer bir deyişle, önce ifa yükümlüsü olan taraf henüz kendi ediminin ifa zamanı gelmiş olmasa dahi bu konuda bildirimde bulunabilmesinde sakınca yoktur (Art. 71 para. 20).

⁷⁷ **Schlechtriem/Schwenzer/Hornung**, Art. 72 para. 23; **Azeredo da Silveira**, s. 13; **Liu**, B. 5.1. (c).

⁷⁸ **Schlechtriem/Schwenzer/Hornung**, Art. 71 para. 20; **Liu**, B. 5.1. (b).

⁷⁹ **Azeredo da Silveira**’ya göre, ifayı askıya alan tarafın gönderdiği bildirimde herhangi bir gerekçe belirtme zorunluluğu bulunmamaktadır (**Azeredo da Silveira**, s. 13); ancak **Liu**’ya göre ise bu konularda en azından şüphelerin neden kaynaklandığı bildirilmelidir. **Liu**, B. 5.1. (b).

⁸⁰ **Liu**, B. 5.1. (c).

⁸¹ **Schlechtriem/Schwenzer/Hornung**, Art. 71 para. 21; **Bianca/Bonell/Bennett**, Art. 71 para. 2.5; **Schwenzer/Kee/Hachem**, § 42.28; **Bernstein/Lookofsky**, s. 162; **Schlechtriem/Butler**, para. 266. Netherlands Arbitration Institute Arbitration, 15-Oct-2002, 2319, CISG Online No. 780 (bu kararda bildirim gönderilmemiş olması tazminat nedeni olarak görülürken ifayı askıya alma hakkının bu durumdan etkilenmeyeceği belirtildi).

görebilmektedir⁸². Buna karşın hakim görüş ve çoğunluk mahkeme kararları ise, bildirim göndermenin önce ifa yükümlüsü olan tarafın ifasını askıya alabilmesi için şart olduğunu; bunun yerine getirilmemesi durumunda ise, hem karşı tarafa tazminat ödeyeceğini hem de CISG m. 71'e dayanamayacağından sözleşmeyi kendisinin ihlal etmiş olacağını ileri sürmektedir⁸³.

Bu noktada üzerinde durulması gereken bir diğer husus, bir tarafın ifa etmeyeceğini beyan etmesi durumunda, ifasını askıya alan tarafın yine de bildirimde bulunmasının gerekip gerekmediğidir. Doktrindeki bir görüşe göre, bu durumda dahi ifadan kaçınma hakkını kullanan tarafın karşı tarafı bilgilendirmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Zira aksi takdirde, CISG m. 71 maddesindeki bu gereğin böyle bir durumda bildirimde bulunmama imkanı veren CISG m. 72 karşısında anlamsız kalacağı ifade edilmektedir⁸⁴. Kanaatimizce bu görüşün kafa karıştırıcılığı bir yana, göz ardı ettiği husus şudur: CISG m. 72 uyarınca vadeden önce ifa menfaati tehlikeye giren tarafa sözleşmeden dönme gibi ağır bir yaptırım tanınırken, karşı tarafın ifa etmeyeceğine dair bir beyanı olduğu takdirde diğer tarafa bildirimde bulunmama imkanı verildiği dikkate alınır; bu imkanın, hem sözleşmenin ortadan kalkması sonucunu doğurmayan, hem de ancak söz konusu hakkın kullanılmasından (ifanın askıya alınması) sonra bildirim yapılmasını öngören CISG m. 71'de, evleviyet mantığı (a fortiori) gereği kabul edilmesi gerekmektedir. Kaldı ki sözleşmeden dönme hakkının beyan edildikten sonra geri alınamamasına karşın, ifayı askıya alma hakkı için bunun mümkün olması da bu görüşü destekler niteliktedir. Özetle, sözleşme ilişkisini temelden etkileyecek olan CISG m. 72'de tanınan bu imkanın CISG m. 71 için tanınmaması açık bir çelişki olacaktır⁸⁵.

⁸² **Schlechtriem/Schwenzer/Hornung**, Art. 71 para. 21. Dolayısıyla bu akıl yürütmeden çıkarılabilecek sonuç, bildirimde bulunmanın aslında karşı tarafın malvarlığı değerlerine zarar vermemeye yönelik bir davranış yükümü olduğudur. Keza yazar da aynı paragrafta bu görüşü dile getirmektedir.

⁸³ **Schlechtriem**, *Uniform Sales Law*, s. 94; **Liu**, B. 5.1. (b).; **Azeredo da Silveira**, s. 13; Amtsgericht Frankfurt am Main, Germany, 31-Jan-1991, CISG Online No. 34; Landgericht Stendal, Germany, 12-Oct-2000, CISG Online No. 592, 22 S 234/99; Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry Arbitration, 27-Jul-1999, CISG Online No. 779. Bu görüşün tutarlı bir sonucu olarak, ifayı askıya alan tarafın bildirimde bulunmaması durumunda, diğer taraf, eğer zamanında bildirimde bulunulsaydı yeterli teminat bulabileceğini ileri sürerek tazminat talep edebileceği gibi aynı zamanda temelsiz ifadan kaçınarak sözleşmeye aykırılıkta bulunan tarafa karşı sözleşmeden de dönebilecektir (kuşkusuz esaslı ihlalin varlığına bağlı olarak). **Schlechtriem**, *Uniform Sales Law*, s. 94, 95.

⁸⁴ **Liu**, B. 5.1. (b).

⁸⁵ Kuşkusuz ifa menfaati tehlikeye giren taraf, diğer tarafın ifa etmeme beyanı (*repudiation*) üzerine dilerse CISG m. 72 f. 3'e dayanarak sözleşmeden dönebilir.

D. Yeterli Teminat Gösterme

Önce ifa yükümlüsü olan tarafın ifayı askıya aldığını bildirmesiyle birlikte, diğer taraf sözleşmeyi ifa edeceğine dair yeterli teminat göstererek sözleşme ilişkisini eski haline getirebilir. Böylece ifayı askıya alanın ifaya devam etmek zorunluluğu doğarken, diğer tarafın da ifa menfaati korunmuş olmaktadır. Yükümünün esaslı bir kısmını ihlal edeceği düşünülen tarafın vereceği teminatın yeterli kabul edilebilmesi için; (i) ya söz konusu yükümün söz konusu tehlikelerden ve tereddütlerden arı bir şekilde ifa edileceği yönünde diğer tarafı ikna edebilmesi (ii) ya da önce ifa yükümlüsünün edimini yerine getirmesine rağmen karşı edime kavuşamaması durumunda ortaya çıkacak zararların tazmin edileceği güvencesini içermesi gerekmektedir⁸⁶.

İlk imkanın seçilmesi durumunda, söz konusu teminat somut göstergelerle ve gerçekçi taahhütlerle yükümün ihlal edileceği konusundaki şüphelerin ve tehlikeli durumların üstesinden gelineceği güvencesini verebilmelidir. Yoksa sadece “edimin ifa edileceği” ya da “elinden gelenin yapıldığı” şeklindeki beyanlar bu bağlamda kabul edilmeyecektir⁸⁷. Yalnız işaret edelim ki, her ne kadar tehlikeye düşen edimin ifa zamanı henüz gelmemiş olsa da, edimin derhal ifa edilebileceğinin önerilmesi de yeterli bir teminat sayılacaktır⁸⁸.

Teminatın hangi şekilde ya da ne içerikte verileceği konusunda herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır (şahsi ya da aynı teminat olabilir); dolayısıyla banka teminat mektubu, kefil, rehin, akreditif, alacağın inançlı temlik, üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesi veya ifa uğruna edim gibi imkanlar bu çerçevede kabul edilecektir⁸⁹. Söz konusu teminatın, yükümün ihlali tehlikesini ortadan kaldıracak derecede yeterli olup olmayacağını, ilk olarak önce ifa yükümlüsü olan taraf değerlendirecektir⁹⁰. Ancak, taraflar arasında teminata ilişkin uyuşmazlık çıkması halinde hakimin devreye gireceği burada ayrıca not edilmelidir. Kuşkusuz, bu durumda teminatın yeterliliğini değerlendirecek olan hakim, somut olayın özelliklerini, sözleşmesel risk dağılımını, menfaatler durumunu göz önünde bulundurarak ve CISG m. 8 f. 2’den hareketle makul anlayışı esas alarak tümel bir bakış geliştirmelidir⁹¹.

Bu noktada üzerinde durulması gereken bir diğer husus, söz konusu teminatın, ifa edilmeme tehlikesi bulunan edimin mutlaka tam ve doğru olarak (zamanında, ye-

⁸⁶ **Schlechtriem/Schwenzer/Hornung**, Art. 71 para. 38; **Schlechtriem**, *Uniform Sales Law*, s. 94; **Azeredo da Silveira**, s. 14; **Saidov**, s. 814; **Liu**, B. 5.2; **Strub**, s. 495.

⁸⁷ **Schlechtriem/Schwenzer/Hornung**, Art. 72 para. 20; **Azeredo da Silveira**, s. 14; **Liu**, B. 5.2; **Schlechtriem/Butler**, para. 267; **Strub**, s. 496.

⁸⁸ **Azeredo da Silveira**, s. 14.

⁸⁹ **Schlechtriem/Schwenzer/Hornung**, Art. 71 para. 38; **Schwenzer/Kee/Hachem**, § 42.47; **Azeredo da Silveira**, s. 14; **Liu**, B. 5.2; **Schlechtriem/Butler**, para. 267; **Strub**, s. 496.

⁹⁰ **Schlechtriem/Schwenzer/Hornung**, Art. 72 para. 20.

⁹¹ **Schlechtriem/Schwenzer/Hornung**, Art. 71 para. 39; **Saidov**, s. 815; **Liu**, B. 5.2.

rinde ve gereği gibi) yerine getirileceği güvencesini içermesi gerekip gerekmediğidir. **Bennet** ve **Honnold**’ın haklı olarak belirttiği gibi, teminatın CISG m. 71 anlamında yeterli sayılabilmesi için, söz konusu bütün tehlikeleri ortadan kaldıracak şekilde, kayıtsız şartsız tam bir ifanın gerçekleşeceğine ilişkin güvence vermesi gerekmemektedir⁹². Diğer bir deyişle, eğer söz konusu teminat, yükümün “esaslı kısmına” ilişkin tehlikeyi ortadan kaldırıyorsa, bu yeterli kabul edilmelidir. Söz gelimi, satıcının, malları kararlaştırılan nitelik ve nicelikte ancak birkaç gün geç teslim edeceğini söylemesi, her ne kadar sözleşmenin ihlali sayılsa da, CISG 71 anlamında bu, yükümün esaslı bir kısmının ihlali olarak görülmeyecektir⁹³. Benzer şekilde, malları önce teslim etmekle yükümlü satıcıya karşı alıcının bedeli ödemeyeceğini bildirmesi üzerine, satıcı ifayı askıya almışsa; alıcının daha sonra fikrini değiştirip kararlaştırılan bedeli zamanında ödeyeceğini belirtmesi yeterli bir teminat addedilecektir⁹⁴. Görülüyor ki, teminatın yeterliliği konusunda dikkat edilmesi gereken nokta, CISG m. 71’de belirtilen, yükümün esaslı bir kısmının ifa edileceği konusunda güvence verilip verilmediğidir. Ancak hemen belirtelim ki, ortada öncelenmiş sözleşmeye aykırılık nedeniyle meydana gelmiş bir zarar varsa, bu, teminatın verilip verilmemesinden bağımsız olarak tazminat talebine konu olacaktır⁹⁵.

Yükümün esaslı bir kısmını ifa etmeyeceği düşünülen tarafın hiç ya da yeterli teminat vermemesi durumunda ne olacağı doktrinde tartışmalıdır. Bu noktada, teminat verilmemiş olmasının ileride sözleşmenin esaslı ihlaline mi neden olacağı, yoksa mevcut tehlike durumunu değiştirmediğinden sadece ifayı askıya alma hakkının kullanılmasının devamını mı sağlayacağı önemli bir problem olarak karşımıza çıkar. **Bennett**’ ve **Honnold**’a göre, yeterli teminat verilmemesi sözleşmenin CISG m. 72 anlamında esaslı ihlal edileceğini direkt aşıkarak kaldığından, önce ifa yükümlüsü olan taraf bu durumda derhal sözleşmeden dönebilecektir⁹⁶. Buna karşın **Hornung** ve **Schlechtriem** ise, teminat verilmemiş olmasının CISG m. 71’deki ifayı askıya alma hakkını, kendiliğinden CISG m. 72’deki sözleşmeden dönme hakkına dönüştürmeyeceğini ileri sürmektedir. Bu düşüncenin tutarlı bir sonucu olarak da, teminat verilmemesi durumunda ifasını askıya almış tarafın, diğer tarafın ifa zamanına kadar

⁹² **Bianca/Bonell/Bennett**, Art. 71 para. 3.4; **Honnold**, s. 434. Aynı görüşte olan diğer yazarlar; **Liu**, B. 5.2; **Strub**, s. 496.

⁹³ **Bianca/Bonell/Bennett**, Art. 71 para. 3.4; **Honnold**, s. 434, 435; **Liu**, B. 5.2; **Strub**, s. 496.

⁹⁴ **Bianca/Bonell/Bennett**, Art. 71 para. 3.4; **Liu**, B. 5.2.

⁹⁵ **Bianca/Bonell/Bennett**, Art. 71 para. 3.4; **Honnold**, s. 435; **Azeredo da Silveira**, s. 16; **Liu**, B. 5.2; **Strub**, s. 496.

⁹⁶ **Bianca/Bonell/Bennett**, Art. 71 para. 3.7; **Honnold**, s. 436; bu görüşteki bir diğer yazarlar için bkz. **Ziegel**, *Report*, Art. 71 para. 2; **Liu**, B. 5.2; **Rowley**, s. 634. **Hornung**’a göre’e bu durumda, süre elverdiği takdirde bildirimde bulunulması şartı öngören CISG m. 72 f. 2’nin mi yoksa teminat verilmemesinin aslında ifa etmeme beyanı (*repudiation*) sayılıp CISG 72 m. f. 3’ün mü uygulanacağı tereddüt doğurmaya elverişli bir konudur.

ifadan kaçınmaya devam etmekten başka çaresi bulunmamaktadır⁹⁷. Bize göre ikinci görüşün üstün tutulması daha isabetli olacaktır, zira CISG m. 71 anlamında ifayı askıya alma hakkı veren yükümün ihlali tehlikesi, CISG m. 72'de öngörülmüş olan esaslı ihlal tehlikesinden derece olarak alt kademede yer almakta; ve salt teminat verilmemiş olması, ihlalin yoğunluğunun artmasına ve buna paralel olarak da sözleşmeden dönme hakkının tanınması sonucunu doğurmaya yetmemelidir⁹⁸.

E. Sonuçları

İfayı askıya alma hakkının kullanılmasının ne gibi sonuçlar yaratabileceği ve tarafların sözleşme ilişkisine ne gibi etkileri olabileceği, yukarıda açıklanan çeşitli olasılıklara göre değişebilecektir. Bu itibarla, evvela CISG 71 uyarınca kendi edimini yerine getirmekten kaçınan tarafın, bu hakkını ne zamana kadar kullanabileceği ortaya konulmalıdır. Önce ifa yükümlüsü olan tarafın ifayı askıya alma hakkı; (i) karşı edime ilişkin tehlikenin ortadan kalkmasıyla veya (ii) diğer tarafın yeterli teminat sağlamasıyla sona ermektedir⁹⁹.

Öte yandan, ifanın askıya alındığı süreçte sözleşmenin esaslı şekilde ihlal edileceği aşikar hale gelmişse, ifa menfaati tehlikeye düşen taraf, o andan itibaren CISG m. 72'ye dayanarak sözleşmeden dönebilecektir. Yani bu durumda, ifayı askıya alan taraf dilerse CISG m. 71 uyarınca edimini yerine getirmemeye devam edebilecek ya da dilerse sözleşmeden dönebilecektir. Ancak bazı hallerde, karşı tarafın zararını

⁹⁷ **Schlechtriem/Schwenzer/Hornung**, Art. 71 para. 40; **Schlechtriem**, *Uniform Sales Law*, s. 96. Aynı görüşte bkz. **Ziegel**, s. 9-35; **Azeredo da Silveira**, s. 22. Ancak gönderilen bildirimde teminat verilir verilmeyeceğine dair diğer taraftan hiçbir cevap gelmemesinin, bazı durumlarda, CISG m. 72 f. 3 anlamında örtülü bir ifa etmeme beyanı sayılabileceği ve dolayısıyla direkt sözleşmeden dönme hakkı verebileceği burada ayrıca not edilmelidir. **Schwenzer/Kee/Hachem**, § 42.49.

⁹⁸ Ancak kanaatimizce, ifa askıya alındığı anda sözleşmenin esaslı ihlali tehlikesi bulunmamasına rağmen, geçen askı süresi boyunca bu tehlikenin artması durumunda (doğal olarak diğer tarafın da ifa zamanına daha çok yaklaşmış olacağından), söz konusu ihlal tehlikesi esaslı ihlale evrilmiş sayılabilir. Bu durumda, ifa menfaati tehlikeye uğrayan tarafın CISG m. 72 uyarınca sözleşmeden dönebilmesi engellenmemelidir.

⁹⁹ **Schlechtriem/Schwenzer/Hornung**, Art. 71 para. 24; **Liu**, B. 3.1; **Uncitral Digest**, Art. 71 para 1; **Sekreteryä Şerhi**, Art. 71 para. 14. İfayı askıya alma hakkının sınırları çerçevesinde önem kazanan bir diğer husus, CISG m. 65'te zikredilen önceden anlaşılmasına rağmen alıcının kararlaştırılan tarihte veya satıcının talebi üzerine malların niteliklerini belirlememiş olması durumunda gündeme gelmektedir. Bu maddede belirtilen yüküm esas itibarıyla teslim alma yükümünün ifasına hazırlık hareketi olduğundan alıcının bu borcunu ihlal etmesi ileride teslim alma yükümünün de ihlal edileceği sonucunu doğurabilecektir (**Kanışlı**, s. 43). Ancak bu muhtemel sözleşme ihlaline rağmen satıcının CISG m. 71 anlamında ifayı askıya alma hakkı bulunmamaktadır. Çünkü CISG m. 65 uyarınca satıcıya bu durumda alıcı yerine geçerek malın niteliklerini belirleme hakkı verilmiştir. Diğer bir deyişle, satıcıya tanınan malların niteliklerini belirleme hakkı kendi ediminin ifasından kaçınma hakkını engellemektedir. **Schlechtriem**, *Tazminat*, s. 10.

azaltma külfeti söz konusuysa, ifayı askıya alan tarafın CISG m. 77 uyarınca sözleşmeden dönmesi gerekmektedir¹⁰⁰.

Bu noktada bir kez daha tekrarlamakta fayda olan husus, diğer tarafın yükümünün esaslı bir kısmını ifa etmeyeceğinin anlaşılması durumunda, önce ifa yükümlüsü olan tarafın sadece ifa hareketlerini değil ayrıca ifaya hazırlık hareketlerini de durdurabileceğidir¹⁰¹.

İfayı askıya alma hakkının kullanılmasını engelleyen diğer hallerin gerçekleşmesi durumunda ise; yani tehlikeli durumun ortadan kalkması veya yeterli teminat verilmesi halinde, ifayı askıya almış taraf ifaya devam etmek zorunda kalmaktadır. Yalnız hemen belirtelim ki, ifaya devam edilmesi halinde sözleşme ilişkisi eski haline gelmiş olsa bile, ifanın askıya alındığı süre oranında önce ifa yükümlüsünün ifası ertelenmiş kabul edilecek ve sözleşmeye aykırı davranmamış olacaktır¹⁰². Diğer bir deyişle, taraflardan birinin belirli bir süre ifayı askıya almış olması sözleşmesel zaman dizgesinde ister istemez o oranda değişikliğe yol açmaktadır. Burada karşımıza çözümümü gerekli şu sorun çıkar; söz gelimi, malların üretimi için gerekli faaliyetleri alıcıdan gelecek teminatı beklerken iki ay askıya alan satıcı, alıcının yeterli teminat vermesi üzerine acaba derhal ifayla yükümlü olacak mıdır? Doktrinde bizim de katıldığımız görüşe göre, ifaya devam etmekle yükümlü olan tarafa, askıya aldığı ifa veya ifaya hazırlık hareketlerinin niteliğine göre makul bir süre verilmesi gerektiğidir¹⁰³.

İfayı askıya alan taraf bu nedenle bir zarara uğramışsa diğer taraftan tazminat talep edebilir. Bu talep, genel tazminat kuralı CISG m. 74’e tabi olup, hem fiili zararı hem de yoksun kalınan karı kapsamaktadır¹⁰⁴. Şayet CISG m. 71 ve CISG m. 72’nin birlikte uygulanabilmesi söz konusuysa ve ediminin ifasından kaçınan taraf daha sonra sözleşmeden dönmüşse, bu durumda ayrıca CISG m. 75 veya 76’ya da dayanılabilecektir¹⁰⁵.

¹⁰⁰ Schlechtriem/Schwenzer/Hornung, Art. 71 para. 19; Azeredo da Silveira, s. 19; Liu, B. 4.1; Davies, s. 576.

¹⁰¹ Schlechtriem/Schwenzer/Hornung, Art. 71 para. 6; Strub, s. 495; Sekreteryä Şerbi, Art. 71 para. 8.

¹⁰² Schlechtriem/Schwenzer/Hornung, Art. 71 para. 8; Liu, B. 4.1; Schlechtriem/Butler, para. 264; Huber/Mullis, s. 342; Kanışlı, s. 101; Uncitral Digest, Art. 71 para 1; Sekreteryä Şerbi, Art. 71 para. 9; Önce ifa yükümlüsü olan tarafın CISG m. 71 çerçevesinde ifayı askıya alma hakkını kullanmasının tek tarafı olarak sözleşmedeki ifa zamanını değiştireceği yönünde bkz. Landgericht Stendal, Germany, 12-Oct-2000, CISG Online No. 592.

¹⁰³ Schlechtriem/Schwenzer/Hornung, Art. 71 para. 8, 24; Azeredo da Silveira, s. 15; Bianca/Bonell/Bennett, Art. 71 para. 3.6; Schlechtriem/Butler, para. 264.

¹⁰⁴ Schlechtriem, Tazminat, s. 1; Azeredo da Silveira, s. 16; Liu, B. 5.2; Kanışlı, s. 102; Sekreteryä Şerbi, Art. 71 para.16. Örneğin satıcının ifayı askıya alması nedeniyle tedarikçiden mal alması ve daha sonra bu mal için daha çok fiyat ödemek zorunda kalması bu açıdan düşünülebilir. Huber/Mullis, s. 344.

¹⁰⁵ Schlechtriem, Tazminat, s. 2; Liu, B. 5.2.

Burada üzerinde durulması gereken bir diğer husus da, önce ifa yükümlüsü olan tarafın CISG m. 71'deki şartlara aykırı olarak ifayı askı alması durumunda ne olacağıdır. Hiç kuşkusuz, şartların oluşmamasına rağmen temelsizce ifadan kaçınan taraf, ifa zamanı geldiğinde edimini yerine getirmediği için sözleşmeyi ihlal etmiş olacaktır¹⁰⁶. Ayrıca bu ihlalin belirli durumlarda CISG m. 25'e göre esaslı olması da mümkündür. Dolayısıyla, bu durumda karşı taraf aynen ifa talebinde bulunabilecek, sözleşmeden dönme hakkını kullanabilecek ve bu haklarıyla birlikte tazminat isteyebilecektir. Diğer taraftan, hakkı olmadığı halde ifa etmekten kaçınan tarafın bu hareketi diğer tarafın sözleşmeyi ihlal etmesine de sebep olabilir¹⁰⁷. Bu durumda önce ifa yükümlüsü olan taraf CISG 80 uyarınca, *“diğer tarafın yükümlülüklerini ifa etmemesine, ifa etmeme durumu kendi eyleminden veya eylemsizliğinden kaynaklandığı ölçüde”* dayanamayacaktır.

F. Özel Olarak: Malların Taşınması Sırasında İfayı Askıya Alma Hakkı

Malların tesliminin gönderilecek borç olarak kararlaştırıldığı ve satıcının önce ifa etmekle yükümlü olduğu satım sözleşmelerinde, alıcının yükümlerinin esaslı bir kısmını ifa etmeyeceğinin anlaşılması durumunda satıcıya ifasını durdurabilme hakkı (*stoppage in transitu*) verilmektedir. Bu husus CISG m. 71 f. 2'de şu şekilde düzenlenmiştir; *“Satıcı, 1. Fıkradaki nedenlerin ortaya çıkmasından önce, malları göndermiş olduğu takdirde, malların alıcıya verilmesini, alıcının elinde kendisine bu malları edinme hakkı veren bir belge bulursa dahi engelleyebilir. Bu fıkra hükümleri, sadece alıcı ve satıcı arasında mallar üzerindeki haklara ilişkindir”*.

Satıcının ifayı askıya alabilmesi için söz konusu maddeye göre, alıcını yüküm ihlali tehlikesinin malların taşıyıcıya teslim zamanından sonra ve alıcının fiilen malların zilyetliğini teslim almasından önce ortaya çıkmış olması ve satıcının ifayı askıya alma hakkını bu zaman aralığında kullanmış olması gerekmektedir¹⁰⁸. CISG m. 71 f. 2'nin uygulanması açısından, mallara ilişkin hasar ya da mülkiyet geçişinin herhangi bir önemi bulunmamaktadır¹⁰⁹. Dolayısıyla, alıcının elinde taşıma senedi olsa ya da mülkiyeti kazanmış da olsa satıcı bu hakkını kullanabilecektir. Fakat hemen işaret edelim ki, alıcının malların mülkiyetini üçüncü kişiye devretmiş olması olasılığında satıcının bu hakkı sonuç doğurmayacaktır¹¹⁰. Nitekim CISG m. 71 f. 2'de, *“bu fıkra*

¹⁰⁶ Schlechtriem/Schwenzer/Hornung, Art. 71 para. 25; Azeredo da Silveira, s. 16; Liu, B. 3.2; Vilus, s. 242; Sekreteryä Şerhi, Art. 71 para. 5; Oberlandesgericht Köln, Germany, 08-Jan-1997, CISG Online No. 217.

¹⁰⁷ Schlechtriem/Schwenzer/Hornung, Art. 71 para. 25.

¹⁰⁸ Schlechtriem/Schwenzer/Hornung, Art. 71 para. 29; Azeredo da Silveira, s. 10; Liu, B. 3.4; Vilus, s. 243.

¹⁰⁹ Schlechtriem/Schwenzer/Hornung, Art. 71 para. 29; Azeredo da Silveira, s. 10; Liu, B. 3.4; Schlechtriem/Butler, para. 265.

¹¹⁰ Schlechtriem/Schwenzer/Hornung, Art. 71 para. 29; Azeredo da Silveira, s. 10; Liu, B. 3.4;

hükümleri sadece alıcı ve satıcı arasında mallar üzerindeki haklara ilişkindir” denilerek bu hususa işaret edilmiştir. Bununla birlikte, üçüncü kişinin kötü niyetli olmasının malların mülkiyeti açısından doğuracağı sonuçlar devletler özel hukuku kuralları tarafından işaret edilen ulusal hukuka göre belirlenecektir.

Satıcının malların alıcıya verilmemesi yönünde, taşıyıcıya ya da malların bulunduğu ambar veya depo işletmecisine yönergede bulunması durumunda, bu kişilerin yönergeye uymak zorunda olup olmadığı satıcı ile aralarındaki sözleşmeye göre çözüme kavuşturulacaktır¹¹¹. Bu sözleşme de, her halükarda ya uluslararası bir sözleşmeye ya da ulusal hukuka tabi olacaktır. Dolayısıyla taşıyıcının yahut ilgili başka bir kişinin satıcının ifayı askıya almak amacıyla yönelttiği direktife uymak mecburiyeti bulunmamaktadır. Ancak öte yandan, bu kişilerin bu yöndeki bir direktifi yerine getirmeleri durumunda, malların alıcısı tarafından dermeyeran edilecek tazminat veya diğer hukuki taleplere maruz kalabilecekleri de burada ayrıca not edilmelidir¹¹².

Özetle, satıcının bu hakkı kullanabilmesi CISG m. 71’deki şartlarla birlikte, ayrıca malların taşınmasını yapan ya da geçici olarak malları elinde bulundurma yetkisi bulunan kişilerle arasındaki sözleşmeye bağlıdır. Şu halde, bu kişilere talimat vererek ifayı askıya alma hakkını kullanamayan satıcının tek umarı, malların bulunduğu yerdeki ulusal kurallar elveriyorsa geçici hukuki koruma yöntemlerine başvurmasıdır¹¹³.

III. Sözleşmeden Dönme Hakkı (CISG m. 72)

A. Amacı ve Özellikleri

Yukarıda belirtildiği üzere, CISG sisteminde esas olarak, Common Law çevresinde benimsenen aktüel sözleşmeye aykırılık ve öncelenmiş sözleşmeye aykırılık şeklindeki temel ayırım kabul edilmiştir¹¹⁴. Hukuki yaptırımlar konusunda ise, bu iki sözleşmeye aykırılık kurumu açısından herhangi bir fark bulunmamaktadır. Bunun tek istisnası, öncelenmiş sözleşmeye aykırılık durumunda aynen ifa talebine yer olmamasıdır; ki zaten henüz talep edilebilir (muaccel) hale gelmeyen bir borcun aynen ifasını istemenin mümkün olmaması doğaldır.

Burada öncelenmiş sözleşmeye aykırılık kurumu ile ne anlaşılması gerektiğini

Vilus, s. 243; Lookofsky, s. 149; *Sekreteryä Şerhi*, Art. 71 para. 11; *Schlechtriem/Butler*, para. 265.

¹¹¹ *Schlechtriem/Schwenzer/Hornung*, Art. 71 para. 34; *Azeredo da Silveira*, s. 11; *Liu*, B. 3.4; *Lookofsky*, s. 149; *Sekreteryä Şerhi*, Art. 71 para. 12.

¹¹² *Schlechtriem/Schwenzer/Hornung*, Art. 71 para. 34; *Azeredo da Silveira*, s. 11; *Liu*, B. 3.4; *Schlechtriem/Butler*, para. 265.

¹¹³ *Azeredo da Silveira*, s. 12. Bu madde kapsamında da satıcının CISG m. 71 f. 3’e kıyasen bildirimde bulunma yükümü bulunduğu yönünde bkz. *Bernstein/Lookofsky*, s. 162.

¹¹⁴ Bu ayırımın Common Law bağlamında taşıdığı özellikler için bkz. Yukarıda Bölüm I dn. 6.

bir kez daha belirtmek gerekirse; sözleşmeye aykırılığın öncelenmesi, genel bir söylemle, bir tarafın vadeden önce üzerine düşen yükümün hepsini ya da önemli bir bölümünü yerine getirmeyeceğini beyan etmesi (açık ya da örtülü olarak) veya bir tarafın ifa etmeyeceği ya da edemeyeceğinin birtakım objektif faktörlerden anlaşılması durumlarında söz konusu olmaktadır¹¹⁵. Dolayısıyla ifası vadeye bağlanmış, diğer bir deyişle borcun doğum zamanı ile ifa zamanının farklı olduğu satım sözleşmelerinde, taraflardan birinin vadeden önce sözleşmeyi ihlal edeceğinin anlaşılması durumunda, ifa menfaati tehlikeye düşen taraf, şartların varlığı halinde CISG m. 71'de düzenlenen ifayı askıya alma hakkını (geçici defi) ya da CISG m. 72'de öngörülmüş olan sözleşmeden dönme hakkını kullanabilecektir. Ancak alacak hakkı tehlikeye giren tarafın hangi hakkı kullanabileceği, sözleşmeye aykırılığın yarattığı tehlikeye ve bu durumun sözleşme ilişkisine olan etkisine göre değişmektedir. Şayet, söz konusu taraf önce ifa etmekle yükümlüyse ve diğer tarafın yükümünün esaslı bir kısmını ifa etmeyeceği anlaşılmışsa, bu durumda sadece ifaya askıya alma hakkı ileri sürülebilecektir. Öte yandan, CISG m. 72'de ise, tarafların ifa sırası bu noktada herhangi bir önem arz etmemekte, ancak söz konusu tehlikenin ileride sözleşmenin esaslı ihlaline sebep olacağının belli olması şartı aranmaktadır¹¹⁶. CISG m. 72'de bu husus, *“sözleşmenin ifa tarihinden önce, taraflardan birinin sözleşmeyi esaslı şekilde ihlal edeceği aşikar ise, diğer taraf sözleşmenin ortadan kalktığını beyan edebilir”* şeklinde ifade edilmiştir¹¹⁷.

¹¹⁵ Bkz. Yukarıda Bölüm I.

¹¹⁶ **Schlechtriem/Schwenzer/Hornung**, Art. 72 para. 4; **Bianca/Bonell/Bennett**, Art. 72 para. 1.6.

¹¹⁷ Öncelenmiş sözleşmeye aykırılık kurumunu tam anlamıyla karşılayabilen bir hüküm Türk hukukunda bulunmamakla birlikte, TBK'nın çeşitli hükümlerinde vadeden önce alacak hakkı tehlikeye düşen tarafı koruyan düzenlemelere rastlamak mümkündür. Bu bağlamda TBK m. 332, 390, 436, 473, 500 f. 2 hükümleri örnek olarak verilebilir. Doktrinde öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın ne tür bir sözleşmeye aykırılık olduğu yönünde çeşitli fikirler ileri sürülmüş olup, bu çalışmanın amacı dolayısıyla bu görüşleri sadece belirtmekle yetineceğiz. Bir görüşe göre, edimin muacceliyet tarihinden önce tam veya gereği gibi ifa edilmeyeceğinin borçlu tarafından açıklanması ya da çeşitli olgulardan anlaşılması durumunda, diğer taraf henüz vade gelmemiş olsa bile temerrüt hükümlerine (TBK m. 117 vd.) dayanabilecektir (**Eren**, s. 1001; **Baçoğlu**, s. 290 dn. 10'daki yazarlar). Bu sonuca farklı bir görüşle varan **Kaneti**'ye göre, ifa zamanından önce ileride ifa edilmeyeceğinin açıklanması üzerine, diğer taraftan kendi edimini yerine getirmesini beklemek dürüstlük kuralına (MK m. 2) aykırılık teşkil edeceğinden, borçlu temerrüdü hükümleri çerçevesinde sözleşmeden dönme hakkı kullanılabilirdir (**Kaneti**, s. 141). **Oğuzman/Öz**'e göre ise, bu durumda borçlunun sorumlu olduğu ifa imkansızlığı söz konusu olmakta ve dolayısıyla karşılıklı edim yükümleri sona ererek borçlunun tazminat ödeme yükümü doğmaktadır (**Oğuzman/Öz**, s. 495). Öte taraftan hakim görüş, öncelenmiş sözleşmeye aykırılık hallerinin sözleşmenin müspet ihlali sayılacağını ileri sürmektedir (**Tandoğan, Haluk**: Türk Mes'uliyet Hukuku, İstanbul 2010, s. 401 vd.; **Serozan, Borçlar**, § 18 N. 8). Bu görüşe göre, borçlunun beyanı veya hareketlerinden vadeden önce ifa etmeyeceğinin anlaşılması halinde *“sözleşmenin temel amacının (ifaya) ulaşılmasını tehlikeye sokan ve güven temelini çökerten”* bir durum ortaya çıkmakta ve buna bağlı olarak da, sözleşmenin müspet ihlali çerçevesinde alacaklının süre vermeden sözleşmeden dönme ve ayrıca tazminat talep etme hakkı bulunmaktadır (**Serozan, Borçlar**, § 18 N. 8). Diğer bir deyişle, öncelenmiş sözleşmeye aykırılık kurumu esas itibarıyla MK m. 2 (güven ilkesi)'den kaynaklanan edim yükümünden bağımsız borç ilişkisinin ihlali sayılmalı ve

Bilindiği üzere, CISG sisteminde sözleşmeye aykırılık durumunda başvurulacak en ağır yaptırım olan (*ultima ratio*) sözleşmeden dönme hakkı, ancak ihlalin belirli bir ağırlığı (esaslı ihlal) olması durumlarında söz konusu olmaktadır. Nitekim, serbestçe sözleşme yapma iradelerini kullanan tarafların birbirlerine karşı olan ahde vefa yükümü, sözleşmenin olabildiğince ayakta tutulmasını ve sözleşme ihlal edildiği takdirde, öncelikle bu amacı destekleyecek yaptırımların kullanılmasını gerektirmektedir. Öte yandan bilhassa uluslararası satım ilişkilerinde sözleşmeden dönülmesi halinde gündeme gelebilecek işlem maliyetlerinin ve masraf kalemlerinin fazlalığı da bu hususu doğrular niteliktedir¹¹⁸. Ancak bazı sözleşmeye aykırılıklarda “*taraflardan birinin sözleşme ihlali, diğer tarafı, sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde yoksun bırakacak bir olumsuzluğa sebep oluyorsa*” (CISG m. 25) diğer tarafa sözleşme ilişkisinden sıyrılabilme imkanı verilmelidir. Keza CISG m. 72’de gözetilen menfaat de tam anlamıyla bu olup; sözleşmenin kurulması anında kurulan edim karşı-edim arasındaki dengenin daha sonra meydana gelen bir ifa engeli nedeniyle bozulması halinde, ifa menfaati tehlikeye düşen tarafa ifa zamanından önce sözleşmeden dönme hakkı bahşedilmektedir. Böylelikle söz konusu taraf, ifa zamanından önce sözleşme-

buradan hareketle sözleşmenin müspet ihlali kurumuna altlanmalıdır (**Serozan, Dönme**, s. 342). Yalnız belirtelim ki, şayet öncelenmiş sözleşmeye aykırılık, borçlunun risk alanında gerçekleşmeyen olaylara dayanıyorsa, burada sözleşmenin müspet ihlali söz konusu olmayıp, işlem temelinin çökmesi durumuyla karşılaşmaktadır. Bu halde ya uyarılma ya da sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilmesi mümkündür. Diğer taraftan, bilindiği üzere, sözleşmenin müspet ihlali ise, kusurlu olmadığını ispat eden borçlu tazminat ödemeyecektir (**Serozan, Borçlar**, § 18 N. 9). Görüleceği üzere, Türk hukukunda CISG m. 72’ye koşut bir hüküm bulunmamakta ve ileri sürülen görüşlere bakıldığında ise, borçlu tarafa, yeterli teminat sağlayarak sözleşmeyi ayakta tutma imkanı verilmemektedir. Keza İsviçre-Türk hukukunun kendine özgü farklılıkları dikkate alındığında da, CISG m. 72 ile işlevsel olarak denk bir hüküm bulmak zorlaşmaktadır. Ancak artık uluslararası satım hukukumuzun bir parçası olan CISG hükümlerinden MK m. 1 uyarınca yorum ve boşluk doldurma faaliyetlerinde yararlanmak mümkündür (**Serozan, CISG**, s. 208; **Başoğlu**, s. 310). Kanaatimizce bu boşluğu Türk hukuku bağlamında doldururken, TBK’nın hem genel hem özel kısmında dağınık ve uygulamaları kesişecek şekilde düzenlenmiş sözleşmeye aykırılık türlerinden hareketle ve mekanik-mantıksal bir yöntemle soruna yaklaşılmamalı, aksine somut ilişkinin özellikleri esas alınarak, somut olay adaleti sağlanacak şekilde tümevarım yöntemi izlenmelidir (kavram hukukçuluğu ve menfaat değerlendirme hukukçuluğu arasındaki yöntem farklılıkları için bkz. **İşıktaç, Yasemin/Metin, Sevtap**: Hukuk Metodolojisi, 4. Baskı, İstanbul 2013, s. 69 vd.; **Serozan, Medeni**, I. § 5 N 9 vd.; **Kuntalp**, s. 51; hukuk bilimindeki mantıksal araçlar için bkz. **Serozan, Rona**: Hukukta Yöntem, Yaşar Üniversitesi Dergisi, Özel Sayı (Armağan), Vol. 8, C. 3, 2013, s. 2433 vd.). Bu düşüncenin tutarlı bir sonucu olarak da, öncelenmiş sözleşmeye aykırılık durumunda, belirli şartlarda her türlü yaptırımı (CISG’daki gibi) alacaklıya sağlayabilecek olan temerrüt hükümleri uygulanmalıdır. Gerçekten de, hukuki sonuç perspektifinden hareket edildiğinde, mevcut sözleşmeye aykırılık türleri içinde yaptırımlar açısından alacaklının seçim imkanının en bol olduğu kurum borçlu temerrüdüdür. Ancak CISG m. 72 ile örtüşen bir düzenleme elde etmek amacıyla boşluğu doldurmak için, **Serozan**’ın ve **Başoğlu**’nun ileri sürdüğü üzere, yukarıda belirtilen TBK hükümlerinden, MK m. 2’den ve CISG m. 72’den “toplu hukuki kıyas yoluyla” temel bir ilke üretmek mümkündür (**Serozan, Borçlar**, § 18 N. 9; **Başoğlu**, s. 309 vd.).

¹¹⁸ **Atamer**, s. 395; **Saidov**, s. 799; **Kanışlı**, s. 66; **Seliazniova**, s. 113.

nin esaslı olarak ihlal edeceğinin aşikar olması halinde, sözleşmeden dönerek ekonomik belirsizliklerden kurtulabilecek ve bu sözleşme ile sınırlanmış başka tasarruflarda bulunabilme özgürlüğünü elde edebilecektir¹¹⁹.

Bu çerçevede önem kazanan bir diğer husus, öncelenmiş sözleşmeye aykırılık halinde sözleşmeden dönülebilmesi hakkının sadece ani edimli satım sözleşmelerinde değil; CISG m. 73'de öngörülmüş art arda teslim borcu içeren satım sözleşmelerinde (dönemsel edimli) de geçerli olduğudur¹²⁰. Bu maddeye göre, dönme hakkının sadece esaslı şekilde ihlal edilen belirli bir teslim ile ilişkin kullanılmasının yanında, şayet söz konusu esaslı ihlal tehlikesi gelecekteki teslimleri de ilgilendiriyorsa, dönme hakkı müstakbel teslimatlar için de geçerli olabilecektir. Hatta o kadar ki, eğer münferit teslimata ilişkin sözleşmeye aykırılıklar daha önce yerine getirilenleri sözleşme amacı çerçevesinde faydasız kılıyorsa, geçmişe yönelik bir dönme hakkı da kullanılabilir¹²¹.

CISG'nin hazırlanması aşamasında özellikle gelişmekte olan ülkelerden gelen itirazlardan kaynaklanan tartışmalardan etkilenerek kaleme alınan CISG m. 72, söz konusu endişeleri belirli ölçüde uzlaştıran bir madde olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu kapsamdaki tartışmaların düğümlendiği noktalar; öncelenmiş sözleşmeye aykırılık kurumunun sadece ilgili tarafın beyan veya hareketleriyle sözleşmeyi ihlal edeceğinin anlaşılması ile sınırlı olup olmayacağı ve sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasından önce bildirimde bulunulmasının zorunlu olup olmayacağıdır¹²². Hiç kuşkusuz bu tartışmaların temelinde yatan düşünce, öncelenmiş sözleşmeye aykırılık yüzünden ifa menfaati tehlikeye düşen taraf karşısında, aynı zamanda sözleşmeyi ihlal

¹¹⁹ **Schlechtriem/Schwenzer/Hornung**, Art. 72 para. 4, 5; **Bianca/Bonell/Bennett**, Art. 72 para. 2.1; **Atamer**, s. 409; **Saidov**, s. 798; **Bridge, Michael**: Avoidance for Fundamental Breach of Contract under the UN Convention on the International Sale of Goods, *International and Comparative Law Quarterly*, C. 59, S. 04, 2010, s. 927; **Azeredo da Silveira**, s. 24; **Liu**, B. 2.1; **Yelkenci**, s. 131.

¹²⁰ **Schlechtriem/Schwenzer/Hornung**, Art. 72 para. 9; **Schlechtriem**, *Uniform Sales Law*, s. 96; **Bianca/Bonell/Bennett**, Art. 73 para. 3.3; **Liu**, B. 4.4; **Vilus**, s. 246.

¹²¹ CISG m. 73: "(1) Malların art arda teslim edilmesinin öngörüldüğü bir sözleşmede, taraflardan birinin münferit teslimatlardan birine dair yükümlülüklerini ifa etmemesinin bu teslimata dair sözleşmenin esaslı şekilde ihlalini teşkil etmesi halinde, karşı taraf, bu teslimata ilişkin olarak sözleşmenin ortadan kalktığını beyan edebilir. (2) Taraflardan birinin münferit teslimatlardan herhangi birine dair yükümlülüklerinden birini ifa etmemesi, karşı taraf açısından, gelecek teslimatlara ilişkin olarak sözleşmenin esaslı şekilde ihlal edileceğine dair ciddi bir gerekçe teşkil ettiği takdirde, karşı taraf, makul bir süre içerisinde sözleşmenin ileriye dönük olarak ortadan kalktığını beyan edebilir. (3) münferit bir teslimata ilişkin olarak sözleşmenin ortadan kalktığını beyan eden alıcı, aynı zamanda, gerçekleşmiş teslimatlara ve gelecekteki teslimatlara ilişkin olarak da sözleşmenin ortadan kalktığını beyan edebilir, yeter ki teslimatlar arasındaki bağlantı nedeniyle bunlar artık sözleşmenin kurulması sırasında taraflarca öngörülen amaç doğrultusunda kullanılamayacak olsun".

¹²² **Schlechtriem**, *Uniform Sales Law*, s. 95; **Strub**, s. 489 vd.; **Bianca/Bonell/Bennett**, Art. 72 para. 1.3; **Azeredo da Silveira**, s. 18; **Seliazniowa**, s. 115.

edeceği anlaşılan tarafın da menfaatlerinin korunması gerektiğidir. Bu endişelerden hareketle de, CISG m. 72’de, çatışan menfaat durumları bir ölçüde uzlaştırılmaya çalışılmış ve sözleşmeyi esaslı şekilde ihlal edeceği aşıkâr olan tarafa, şayet süre elveriyorsa bildirimde bulunulması gerektiği ve söz konusu tarafın yeterli teminat göstermesi halinde sözleşmenin ortadan kalkmasını engelleyebileceği ifade edilmiştir¹²³. CISG m. 72 f. 2 şu şekildedir; “*sözleşmenin ortadan kalktığını beyan etmek niyetinde olan taraf, süre elverdiği takdirde karşı tarafa, yükümlülüklerinin ifasına dair yeterli teminat göstermesine olanak tanımak amacıyla, keyfiyete ilişkin makul bir bildirimde bulunmalıdır*”.

Yukarıda çeşitli vesilelerle değinildiği üzere, öncelenmiş sözleşmeye aykırılık halinde sözleşme ilişkisine son verilerek tazminat istenebilmesi imkanı Common Law sistemine dayanmaktadır. Bu kuruma kaynaklık eden ilk karar 1853 tarihli *Hochster v. De la Tour*¹²⁴ kararı olup, öncelenmiş sözleşmeye aykırılık kurumu, daha sonra verilen birçok karara da konu olmuş ve zaman içinde gelişerek kökleşmiştir. Öyle ki, bu kurumun ilk zamanlardaki yapısı sadece bir tarafın edimini ifa etmeyeceğini açıkça beyan etmesi (*outright refusal*) şeklindeyken, zamanla bir tarafın davranışlarının da bu anlama geleceği kabul edilmiş (*repudiation*) ve son olarak da her türlü ifa engelini bu sonucu doğurabileceği benimsenmiştir (*anticipatory breach*)¹²⁵. Bu çerçevede denilebilir ki, CISG 72’de de bu kurumun son hali esas alınmış ve iki tür sözleşmeye aykırılık tek bir maddede düzenlenmiştir. Yani hem bir tarafın hareketlerinden ve beyanlarından ileride ifa etmeyeceğinin belli olması (CISG 72 f. 3), hem de somut

¹²³ **Schlechtriem/Schwenzer/Hornung**, Art. 72 para. 13; **Schlechtriem**, *Uniform Sales Law*, s. 95; **Azeredo da Silveira**, s. 24.

¹²⁴ Karara konu olay şu şekildedir: davacı turist rehberi (*Albert Hochster*) ile davalı (*Edgar Frederick De la Tour*) arasında imzalanan sözleşmeye göre, davacı, davalı tarafa Haziran 1’de başlayıp 3 ay sürecek olan tatili için rehberlik etmeyi taahhüt etmiştir. Mayıs 11’de davalı fikrini değiştirmiş; rehberlik hizmetini istemediğine ve herhangi bir tazminat ödemeyeceğine ilişkin bildirimde bulunmuştur. Bunun üzerine turist rehberi, Mayıs 22’de sözleşmeye aykırılıkta bulunulduğuna ve menfaat kaybından dolayı tazminat istemine ilişkin dava açmıştır. Davalı taraf ise, savunmasında henüz sözleşmede kararlaştırılan vadenin gelmediğini, dolayısıyla ortada herhangi bir ihlal bulunmadığını ileri sürmüştür. Mahkeme bu uyuşmazlıkta, davacı *Hochster*’i haklı bularak sözleşmenin vadeden önce ortadan kalktığını vurgulamış ve davacının tazminat talebinin yerinde olduğuna hükmetmiştir. Mahkemeye göre, davalı *De la Tour*, kendi edimini ifa etmeme niyetini açıkça ifade ederek (*repudiation*) sözleşmeye aykırılıkta bulunmuştur. Dolayısıyla davacı tarafın vadeye kadar beklemeden oluşan zararını tazmin ettirebileceği öngörülmüştür (*Hochster v. De la Tour*, 1853, 2 E & B 678). Bu kararın ayrıntılı metni için bkz. <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/1853/J72.html>

¹²⁵ **Schlechtriem/Schwenzer/Hornung**, Art. 72 para. 6; **Liu**, *Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılık*, s. 581 vd.; **Campbell**, s. 68. **Schwenzer/Kee/Hachem**, § 42.137; **Seliazniova**, s. 113; Common Law sisteminde, bir tarafın ifa etmeyeceğini vadeden önce dile getirmesi (*repudiation*), aynı zamanda sözleşmeyi sona erdirmek için diğer tarafa yapılan bir icap olarak da görülmektedir. Bu icabın diğer tarafça kabul edilmesi halinde ise sözleşme ortadan kalkmaktadır. Bkz. **Bridge**, *AB*, s. 413.

objektif olgulardan hareketle edimin ifa edilmeyeceğinin anlaşılması (CISG 72 f. 1), tek çatı altında birleştirilerek öncelenmiş sözleşmeye aykırılık sayılmıştır¹²⁶.

Son olarak üzerinde durulması gereken nokta, ifa menfaati tehlikeye düşen tarafın, CISG 72'nin şartlarının varlığı halinde, eğer CISG 77 anlamında bir zorlama yoksa, mutlaka sözleşmeden dönmek zorunda olmamasıdır. Yani, ilgili taraf sözleşmeden dönmeyip vadeyi bekleyebilir ve genel (aktüel) sözleşmeye aykırılık yaptırımlarına başvurabilir¹²⁷. Öte yandan, şayet ilgili taraf önce ifa etmekle yükümlüyse, dilerse sözleşmeden dönmeyip sadece ifayı askıya alma hakkını (CISG m. 71) da kullanabilir¹²⁸.

B. Şartları

1. Sözleşmenin Esaslı Şekilde İhlal Edilecek Olması

İfa zamanından önce bir tarafın ifa etmeyeceğinin anlaşılması halinde, diğer tarafın CISG m. 72 uyarınca sözleşmeden dönebilmesi için, sözleşmenin esaslı bir şekilde ihlal edileceğinin aşikar olması gerekmektedir. Sözleşmenin esaslı ihlalinin sebepleri CISG m. 72 anlamında önemli olmayıp, CISG m. 71'dekinin aksine, burada kapsam alabildiğine geniş tutulmuştur. Şöyle ki, CISG m. 71 uyarınca, yükümün esaslı bir kısmının ihlal edileceğinin ifa veya ödeme kabiliyetindeki ciddi bir yetersizlikten ya da ifa sırasındaki veya ifaya hazırlık hareketlerinden kaynaklanması halinde ifanı askıya alınabileceği düzenlenmişken, CISG m. 72'de, bu olguları da içine alacak şekilde geniş bir olasılık alanı öngörülmüş ve ihlalin esaslı olması şartı aranmıştır¹²⁹. Esaslı ihlalin düzenlendiği CISG m. 25 şu şekildedir; *“tarafardan birinin sözleşme ihlali, diğer tarafı, sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde yoksun bırakacak bir olumsuzluğa sebep oluyorsa, esaslıdır; meğerki, böyle bir sonucu sözleşmeyi ihlal eden taraf öngörmemiş ve aynı konum ve koşullar içindeki makul bir kişi de öngöremeyecek olsun”*. Bu bağlamda, ileride gerçekleşeceği belli olan ihlalin sözleşmeyi adeta konusuz bırakacak derecede ciddi olması gerekmektedir. Sözleşmenin esaslı ihlali; hiç ifa etmeme, zamanında ifa etmeme, dar anlamda gereği gibi ifa etmeme (sözleşmeye uygun mal teslim etmeme) ve belgelerle ilgili sözleşmeye aykırılık durumlarından kaynaklanabilecektir.

¹²⁶ Schlechtriem/Schwenzer/Hornung, Art. 72 para. 8; Liu, B. 4.3; Sekreteryâ Şerhi, Art. 72 para. 2.

¹²⁷ Schlechtriem/Schwenzer/Hornung, Art. 72 para. 24; Campbell, s. 68; Bridge, AB, s. 416; Schwenzer/Kee/Hachem, § 47.152; Başoğlu, s. 301; Liu, B. 4.1.

¹²⁸ Bianca/Bonelli/Bennett, Art. 72 para. 3.2; Azeredo da Silveira, s. 20; Liu, B. 5.1. Uygulamada çoğu zaman bu iki imkânın bir arada kullanılabileceği dikkate alındığında, tek bir bildirimle her iki maddenin kümülatif olarak uygulanması sağlanabilir. Şöyle ki, ifa menfaati tehlikeye düşen taraf, ifayı askıya alma hakkını kullandıktan sonra gönderdiği bildirimde, şayet yeterli teminat gelmediği takdirde sözleşmeden döneceğini beyan edebilir. Liu, B. 5.1 (a).

¹²⁹ Schlechtriem/Schwenzer/Hornung, Art. 72 para. 10; Azeredo da Silveira, s. 26; Erdem, VSA, s. 869, 870.

Öte yandan, CISG m. 71'deki gibi, burada da kusurun veya söz konusu ihlalin taraflardan herhangi birinin risk alanından kaynaklanmış olmasının herhangi bir önemi yoktur¹³⁰. CISG m. 72 çerçevesinde varlığı aranacak temel ölçüt, söz konusu sözleşme ihlalinin ifa zamanında gerçekleşmiş olsaydı esaslı ihlal sayılıp sayılamayacağıdır¹³¹. Yani burada ifa zamanı dikkate alınarak, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın esaslı olup olmadığı çıkarımı yapılmaktadır. Bu bağlamda, alıcının akreditif açtırmamış olması¹³², alıcının daha önceki teslimatlar için ödeme yapmaması¹³³, satıcının sezonluk malları zamanında teslim edemeyecek olması¹³⁴, satıcının belirlenen kesin vadede yükümünü ifa edemeyeceğinin belli olması¹³⁵, satıcı tarafından üretilen mallara ilişkin lisans hakkının kaybedilmesi¹³⁶, satıcının üretim yapacağı işletmesinin yanması, ambargo, ithalat ve ihracat engelleri¹³⁷, satıcının üretici ile arasındaki tek satıcılık sözleşmesinin feshedilmesi nedeniyle söz konusu mallarla ilgili sözleşme yapamayacak olması¹³⁸, satıcının üretim planlarından ve taslaklarından malları ayıplı üreteceğinin anlaşılması ve tehlike karşısında yeterli teminat sağlamamış olması¹³⁹ gibi örnekler CISG m. 72'nin uygulama alanı çerçevesinde akla gelmektedir¹⁴⁰.

Sözleşmenin ifa zamanında esaslı ihlal edilecek olması şartı, yukarıda belirtilen her iki tür öncelenmiş sözleşmeye aykırılık hali için geçerlidir; yani somut olayın

¹³⁰ **Schlechtriem/Schwenzer/Hornung**, Art. 72 para. 10; **Azeredo da Silveira**, s. 6; **Erdem**, *VSA*, s. 870; **Schlechtriem/Butler**, para. 258.

¹³¹ **Schlechtriem/Schwenzer/Hornung**, Art. 72 para. 10; **Atamer**, s. 409, 410; **Erdem**, *Makaleler*, s. 84; **Azeredo da Silveira**, s. 28; **Liu**, B. 4.3; **Bridge**, *AB*, s. 413; **Başoğlu**, s. 304, 305; **Kanışlı**, s. 103; **Yelkenci**, s. 131.

¹³² Supreme Court of Queensland, Australia, 17 November 2000 (CLOUT case No. 631); CIETAC Arbitration, 01-Oct-2007, CISG Online No. 1931.

¹³³ Oberlandesgericht Düsseldorf, Germany, 14 January 1994 (CLOUT case No. 130).

²⁸ Landgericht Krefeld Germany, 28-Apr-1993, CISG Online No. 101; Landgericht Berlin Germany, 30-Sep-1992, CISG Online No. 70; U.S. District Court, S.D. of New York USA, 29-May-2009, CISG Online No. 1892.

¹³⁴ **Liu**, B. 4.3

¹³⁵ **Schlechtriem/Schwenzer/Hornung**, Art. 72 para. 10.

¹³⁶ **Schlechtriem/Schwenzer/Hornung**, Art. 72 para. 10; **Atamer**, s. 410.

¹³⁷ **Schlechtriem/Schwenzer/Hornung**, Art. 72 para. 10; **Azeredo da Silveira**, s. 26; **Liu**, B. 4.3; **Atamer**, s. 410; **Sekreteryä Şerhi**, Art. 72 para.2.

¹³⁸ **Atamer**, s. 410.

¹³⁹ Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry Arbitration, 25-Apr-1995, CISG Online No. 206.

¹⁴⁰ Alıcının sadece bir teslimat için ödeme yapmamış olması satıcıya ileriki teslimatlar için sözleşmeden dönme hakkı vermeyeceği yönünde bkz. Zürich Handelskammer, Switzerland, 31 May 1996 (Arbitration Award No. 273/95). Öte yandan, alıcının CISG m. 65 anlamında malların niteliklerini belirleme yükümünü yerine getirmemesi üzerine satıcının öncelenmiş sözleşmeye aykırılığa dayanarak sözleşmeden dönemeyecek olmasının; zira söz konusu maddede satıcıya alıcı yerine malların niteliklerini belirleyebilme imkanı tanınmış olmasının altı bir kez daha çizilmelidir (bkz. Yukarıda dn. 99).

özelliklerinden objektif bir çıkarsamayla sözleşmenin ileride ifa edilmeyeceğinin anlaşılması (CISG m. 72 f. 1) ve bir tarafın hareket veya beyanlarından yükümlerini ifa etmeyeceğinin belli olması (CISG m. 72 f. 3) esaslı ihlale yol açacak olmalıdır. Yalnız hemen işaret edelim ki, ikinci olasılığın yapısı gereği (CISG m. 72 f. 3), her halükarda söz konusu beyan ya da davranışlar sözleşme ihlalinin direkt esaslı olacağı sonucunu doğuracaktır¹⁴¹. Zira Antlaşma sisteminde, hiç ifa etmemenin sonucu sözleşmenin esaslı ihlalidir.

Öte yandan, burada dikkat edilmesi gereken bir diğer nokta, bir tarafın yükümlerini ifa etmeyeceğini beyan etmesinin açık ya da örtülü şekilde olabileceğidir¹⁴². Dolayısıyla, ilgili tarafın davranışlarından, örtülü olarak kendi ifasını reddettiği (*repudiation*) anlamını çıkarırken daraltıcı yorum yapılması yerinde olacaktır. Aksi takdirde, öncelenmiş sözleşmeye aykırılık yaratan birçok olgunun sözleşme tarafının bir davranışı neticesinde gerçekleştiği ve bu durumun ifa etmeme beyanı olarak görülmesi gerektiği; dolayısıyla, sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasından önce bildirimde bulunulmasının gerekmediği şeklinde sakıncalı bir sonuca ulaşılma tehlikesi vardır¹⁴³. Hatta böyle bir akıl yürütmenin diğer tehlikeli sonucu, ifayı reddettiği düşünülen tarafı, yeterli teminat vererek sözleşmeyi ayakta tutma imkanından da yoksun bırakmasıdır. Bu bağlamda, satıcının kendisini artık sözleşmeyle bağlı görmediğini ve malları başka bir alıcıya satacağını beyan etmesi¹⁴⁴, sözleşmenin düzeltilmesini istemesi¹⁴⁵, bir tarafın sözleşmenin kurulmadığı yönündeki iddiaları, sözleşmede belirlenen mal bedelinin artırılması talebi, ifa için uzunca bir ek süre istenmesi¹⁴⁶, satıcının teslimle ilişkin ifa tarihi vermekten kaçınması ve alıcıya başka yerden mal bulmasını tavsiye etmesi¹⁴⁷, satıcının sözleşme konusuna uygun malları piyasada bulabilmesinin imkansız olduğunu söylemesi¹⁴⁸ gibi örnekler CISG m. 72 f. 3'ün uygulama alanına girmektedir.

Son olarak üzerinde durulması gereken nokta, bir tarafın ifa etmeyeceğini beyan

¹⁴¹ **Schlechtriem/Schwenzer/Hornung**, Art. 72 para. 27; **Bridge**, *Fundamental Breach*, s. 927; **Azeredo da Silveira**, s. 27; **Liu**, B. 4.4; CIETAC Arbitration, 01-Oct-2007, CISG Online No. 1931.

¹⁴² **Schlechtriem/Schwenzer/Hornung**, Art. 72 para. 28; **Azeredo da Silveira**, s. 27; **Liu**, B. 4.4; **Robertson**, s. 124; **Rowley**, s. 569.

¹⁴³ Keza **Schlechtriem** de aynı tehlikeye işaret ederek, bu istisnanın çoğu durumda en çok dayanılan argüman olacağı görüşündedir. Böylelikle, her ne kadar CISG m. 72 çerçevesinde direkt dönme hakkının kullanılması belirli şartlarla sınırlandırılmış gibi gözükse de, CISG m. 72 f. 3 nedeniyle bu kural kolayca dolanılma tehlikesiyle karşı karşıyadır. **Schlechtriem**, *Uniform Sales Law*, s. 95.

¹⁴⁴ **Azeredo da Silveira**, s. 27. U.S. District Court, Northern District of Illinois, United States, 7 December 1999 (CLOUT case No. 417).

¹⁴⁵ **Schlechtriem/Schwenzer/Hornung**, Art. 72 para. 28; **Azeredo da Silveira**, s. 27.

¹⁴⁶ **Schlechtriem/Schwenzer/Hornung**, Art. 72 para. 28; **Azeredo da Silveira**, s. 27.

¹⁴⁷ CIETAC Arbitration, 29-Mar-1996, CISG Online No. 2279.

¹⁴⁸ CIETAC Arbitration, 30-Jan-1996, CISG Online No. 1032.

etmesinden sonra bu beyanı geri alıp alamayacağıdır. Burada, şayet diğer taraf bu beyana güvenerek CISG m. 72 anlamında sözleşme ilişkisinden sıyrılmaya yönelik önemli sayılabilecek çalışmalara başlamışsa, söz konusu beyanın geri alınamayacağı kabul edilmektedir¹⁴⁹. Dolayısıyla bir tarafın ifa etmeyi reddetme beyanı sonrasında, diğer taraf, bu hukuki görünüşe güvenerek sözleşme konusu üzerinde başka tasarruflarda bulunma çalışmalarına başlamamışsa, söz gelimi sadece kendi ediminin ifasını askıya almakla yetinmişse, sözleşmeyi ihlal edeceğini beyan eden tarafın bu beyanını geri alarak yükümün ifasını teklif etmesi halinde, diğer taraf bu ifayı kabul etmek zorunda kalacaktır¹⁵⁰.

2. Esaslı İhlalin Aşıkâr Olması

CISG m. 72 f. 1'e göre sözleşmeden dönülebilmesi için, ayrıca sözleşmenin ifa zamanından önce esaslı şekilde ihlal edileceğinin aşıkâr (*clear, offensichtlich*) olması gerekmektedir. Yani bir tarafın ifa edemeyeceğinin ya da etmeyeceğinin anlaşılması halinde, diğer tarafın, ifa zamanı geldiğinde sözleşme çerçevesinde beklemekte haklı olduğu menfaatten önemli ölçüde yoksun kalacağı aşıkâr olmalıdır. Burada belirtilen "aşıkâr olma" kriterinin niteliği ve CISG m. 71'de ifade edilen "anlaşılır olma" (*become apparent, sich herausstellt*) kriterinden daha ağır olup olmadığı konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır.

Schlechtriem'a göre ifade ediliş tarzı açısından farklılık bulunsa bile, aslında iki kriterin de temel dayanağı aynı şeye işaret etmektedir: yani aslında her iki maddede de kastedilen, aynı şartlar altındaki makul bir kişinin somut tehlikeden hareketle, ifa zamanında sözleşmenin ihlal edileceği çıkarımında bulunabilmesidir. Bu nedenle iki ayrı ihtimal derecesi belirlemek pratik bakımdan fayda sağlamayacaktır¹⁵¹.

Öte yandan, hem mahkeme uygulamasında hem de doktrinin çoğunluğunca kabul edilen görüş; söz konusu iki maddede belirtilen farklı sıfatların, ayrı iki ihtimal derecesine işaret ettiğini savunmaktadır¹⁵². Yani bu görüşe göre, CISG m. 72'deki aşıkâr olma kriteri, olasılık merdiveninde CISG m. 71'deki "anlaşılır olma" kriterinin üst basamağında yer almaktadır. Dolayısıyla, sözleşmeden dönme hakkının tanınması için, sözleşmenin ifa zamanında esaslı şekilde ihlal edileceği ihtimalinin çok yüksek

¹⁴⁹ *Schlechtriem/Schwenzer/Hornung*, Art. 72 para. 27 dn. 80; *Honnold*, s. 438 dn. 3; *Robertson*, s. 123. Burada çelişkili davranış yasağının bir görünümü söz konusudur.

¹⁵⁰ *Schlechtriem/Schwenzer/Hornung*, Art. 72 para. 32; *Azeredo da Silveira*, s. 27; *Robertson*, s. 123; *Rowley*, s. 568. Keza, beyan muhatabı olan tarafın, beyanı geri alan tarafın ifa teklifini reddetmesi aynı zamanda hakkın kötüye kullanılması sayılacaktır.

¹⁵¹ *Schlechtriem*, *Uniform Sales Law*, s. 96.

¹⁵² *Schlechtriem/Schwenzer/Hornung*, Art. 72 para. 12; *Azeredo da Silveira*, s. 24, 25; *Saidov*, s. 805; *Huber/Mullis*, s. 345; *Kanışlı*, s. 103; *Yelkenci*, s. 132; *Liu*, B. 4.4; *Bernstein/Lookofsky*, s. 132, 133; *Rowley*, s. 634.

olması gerekmektedir¹⁵³. Aslında bu görüş kerteriz alındığında, tarafların menfaat durumlarının daha iyi dengelendiği sonucuna varılabilecektir. Zira bir tarafa, henüz ifa zamanı gelmeden sözleşme ilişkisinin tasfiyesine neden olacak sözleşmeden dönme hakkı tanımak için, daha yoğun bir ihtimal derecesi aramak mantıklıdır. Benzer şekilde, CISG m. 72'de belirtilen bu çıtanın yüksekte tutulması, aynı zamanda, satıcının vadeden önce sözleşme ihlalinin düzeltibilme hakkının (CISG m. 34 ve 37) boş dönmelerini de engeller. (*right to cure*, *Behebung der Vertragsverletzung*)¹⁵⁴.

Bu bağlamda gözden kaçırılmaması gereken bir diğer husus, sözleşmenin esaslı şekilde ihlal edileceğinin aşikar olup olmadığının, benzer iş çevrelerindeki makul anlayışa göre (CISG m. 8 f. 2) objektif olarak değerlendirilecek olmasıdır¹⁵⁵. Öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın CISG m. 72 f. 1'de düzenlenmiş türünde bu yönde bir değerlendirme yapmak gerekiyken; CISG m. 72 f. 3'de belirtilen ifa etmeme beyanının (*repudiation*, *Ablehnung*) varlığı halinde, sözleşmenin vadede ifa edilmeyeceğinin zaten aşikar hale geldiği kabul edilir¹⁵⁶.

C. Bildirimde Bulunma

CISG m. 72 f. 2 uyarınca, “sözleşmenin ortadan kalktığını beyan etmek niyetinde olan taraf, süre elverdiği takdirde karşı tarafa, yükümlülüklerinin ifasına dair yeterli teminat göstermesine olanak tanımak amacıyla, keyfiyete ilişkin makul bir bildirimde bulunmalıdır”. Dikkat edilirse, bu madde gereğince karşı tarafa bildirimde bulunma, sözleşmeden dönme hakkının kullanılması için bir ön şart mahiyetindeyken; buna karşın, CISG m. 71'de düzenlenen bildirim yükümü ise, ifayı askıya alma hakkı kullanıldıktan sonra gündeme gelmektedir¹⁵⁷.

¹⁵³ Schlechtriem/Schwenzer/Hornung, Art. 72 para. 12; Azeredo da Silveira, s. 24, 25; Saidov, s. 805; Huber/Mullis, s. 345; Kanıslı, s. 103; Yelkenci, s. 132; Liu, B. 4.4. Landgericht Berlin Germany, 30-Sep-1992, CISG Online No.70 (bu kararda mutlak kesinlik gerekli olmayıp, kuvvetli bir ihtimalin varlığı yeterli görüldü). Hatta bu görüş uyarınca, CISG m. 73'de belirtilen “ciddi bir gerekçe” (*reasonable belief*) kriteri, CISG m. 72'deki “aşikar olma” (*clear*) kriterinden daha alt kademedeki bir ihtimal derecesini imlemektedir. Bu yöndeki bir karar için bkz. Schiedsgericht der Börse für Landwirtschaftliche Produkte—Wien, Austria, 10-Dec-1997, CISG Online No. 351 (Arbitration award No. S2/97).

¹⁵⁴ Atamer, s. 410; Yelkenci, s. 132.

¹⁵⁵ Schlechtriem/Schwenzer/Hornung, Art. 71 para. 15, 17; Azeredo da Silveira, s. 5; Liu, B. 3.3; Strub, s. 494; Beatson, s. 570; Vilus, s. 242. Oberster Gerichtshof Austria, 12-Feb-1998, CISG Online No. 349.

¹⁵⁶ Schlechtriem/Schwenzer/Hornung, Art. 72 para. 27; Azeredo da Silveira, s. 27; Liu, B. 4.4; CIETAC Arbitration, 01-Oct-2007, CISG Online No. 1931. Öte yandan, ifa menfaati tehlikeye giren tarafın, sözleşmenin esaslı ihlal edileceği ihtimalinin, CISG m. 72 anlamında sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkı verecek kadar yüksek olup olmadığı konusunda şüpheleri varsa; bu durumda, ilk olarak ifayı askıya alması ve diğer tarafa bildirimde bulunması, bu yönde yanlış bir değerlendirme yapma riskini de azaltacaktır. Azeredo da Silveira, s. 20; Liu, B. 5.1. (b).

¹⁵⁷ Bianca/Bonell/Bennett, Art. 72 para. 3.2; Liu, B. 5.1.

Öte yandan, sözleşmeden dönme hakkını kullanmayı düşünen tarafın, karşı tarafa bu niyetini bildirmesi gerekliliğinin iki temel amacı bulunmaktadır. Bunlardan ilki, yukarıda değinildiği üzere, ifa menfaati tehlikeye düşen tarafın bu bildirim neticesinde yeterli teminat verilmemesi durumunda, sözleşmeyi ortadan kaldırarak başka sözleşmeler yapabilme tasarrufunu kazanabilmesidir¹⁵⁸. Zira uluslararası ticarette belirsiz geçen her anın birçok maliyeti de beraberinde getireceği bilinmektedir. Bununla birlikte, diğer tarafın sözleşmeyi esaslı ihlal edip etmediği konusunda evvelce söz konusu olan şüpheler ve ihtimal hesapları, bildirimin sonuçsuz kalması durumunda önemi kaybeder¹⁵⁹. Bildirim yükümünün diğer bir amacı ise, sözleşmeyi esaslı şekilde ihlal edeceği düşünülen tarafın yeterli teminat sağlayarak sözleşmenin ortadan kalkmasını engelleyebilmesidir¹⁶⁰.

Bildirimde bulunan taraf, öncelenmiş sözleşmeye aykırılık konusunda dayandığı olguları ve ihlal tehlikesine ilişkin tereddütlerini açıklamalıdır¹⁶¹. Buna ek olarak, söz konusu bildirim, diğer tarafın yeterli teminat sağlayabilmesi için makul süre içermelidir¹⁶². Bu bildirim, CISG m. 27’ye tabi olup; “*uygun araçlarla yapılmışsa, bu açıklamanın iletimindeki bir gecikme veya hata veya ulaşmamış olması açıklamada bulunan tarafı ona dayanmak hakkından yoksun bırakmaz*”. Bu çerçevede, yukarıda da değinildiği üzere, kural bu olmakla birlikte, uluslararası ticarete dürüstlük kuralı ve sözleşmeyi ayakta tutma ilkesine uygun olarak bu bildirimin diğer tarafa varması, aslında her iki tarafın da lehinedir¹⁶³. Hatta *Hornung*’a göre, bildirim üzerine taraflar arasında cereyan eden teminata ilişkin görüşmeler, ek sözleşme yapma müzakereleri şeklinde düşünülmeli ve dolayısıyla, CISG’in sözleşmenin kurulması başlıklı ikinci kısmındaki hükümler uygulanmalıdır. Bu nedenle, gönderilen bildirimin etkili olabilmesi için karşı tarafa varması gerekmektedir (CISG m. 15 f. 1 ve CISG m. 18 f. 2)¹⁶⁴.

CISG m. 72 gereğince karşı tarafa bildirim gönderilmesi şartının iki istisnası bulunmaktadır. Bunlar; (i) sürenin elvermemesi ve (ii) karşı tarafın yükümünü

¹⁵⁸ Bkz. Yukarıda Bölüm III, A.

¹⁵⁹ **Azeredo da Silveira**, s. 29; **Liu**, B. 5.1 (b). Bildirimle birlikte karşı tarafa yeterli teminat sağlama imkanı verilmesi esasen CISG 47’deki ek süre verme beyanı ile (*nachfrist*) bir bakıma aynı işlevi görmektedir. Her ikisi de sözleşmenin ayakta tutulması ilkesine hizmet etmektedir. Bunun dışında, birinde henüz vadesi gelmemiş bir yüküme ilişkin sözleşmenin esaslı şekilde ihlal edilip edilmediği belirsizliği bertaraf edilirken diğerinde bu sonuç muaccel olmuş bir yüküm için söz konusudur. **Azeredo da Silveira**, s. 31.

¹⁶⁰ **Schlechtriem/Schwenzer/Hornung**, Art. 72 para. 13; **Schwenzer/Kee/Hachem**, § 47.146; **Azeredo da Silveira**, s. 29.

¹⁶¹ **Schlechtriem/Schwenzer/Hornung**, Art. 72 para. 13; **Schwenzer/Kee/Hachem**, § 47.147; **Liu**, B. 4.4.

¹⁶² **Schlechtriem/Schwenzer/Hornung**, Art. 72 para. 15; **Schlechtriem/Butler**, para. 274.

¹⁶³ Bkz. Yukarıda Bölüm II, C.

¹⁶⁴ **Schlechtriem/Schwenzer/Hornung**, Art. 72 para. 23 ve orada dn 69.

ifa etmeyeceğini açık ya da örtülü olarak beyan etmesi (*Repudiation, Ablehnung*)¹⁶⁵. Sürenin elvermesinden ne anlaşılması gerektiği, söz konusu edimin özelliklerine, ifa zamanına ve benzer ticari işlerdeki makul anlayışa göre tespit edilecektir¹⁶⁶. Dolayısıyla, ifa menfaati tehlikeye düşen tarafın, diğer tarafa bildirim göndermesi, somut durumun şartlarına göre ondan haklı olarak beklenebilir olmalıdır. Şu halde genel kural, sürenin elverdiği ve karşı tarafın ifa etmeme beyanında bulunmadığı her durumda, bildirimde bulunulması gerektirir. Hiç kuşkusuz, günümüz iletişim teknolojileri düşünüldüğünde, sürenin elvermediği bir olasılık çok nadir ortaya çıkacak gibidir¹⁶⁷. Ancak bazı hallerde pekala sürenin elvermemesiyle karşılaşılabilir. Söz gelimi, sözleşme konusu mallara ilişkin çok hızlı fiyat değişimleri bulunmaktaysa, sezonluk mallar söz konusuysa veya öncelenmiş sözleşmeye aykırılık ile ifa zamanı arasındaki süreç bildirimde bulunulması açısından çok kısaysa, sürenin elvermediği kabul edilmektedir¹⁶⁸.

D. Yeterli Teminat Gösterme

Öncelenmiş sözleşmeye aykırılık nedeniyle ifa menfaati tehlikeye giren tarafın bu durumu bildirmesiyle birlikte, karşı taraf, makul süre içinde yükümlerinin ifasına dair yeterli teminat göstererek sözleşme ilişkisinin devamını sağlayabilir¹⁶⁹. Bu durumda, sözleşmeden dönmeyi düşünen taraf, bu hakkını kullanamayacağı gibi, şayet ifasını askıya almışsa, ifaya da devam etmek zorundadır¹⁷⁰.

Sözleşmeyi esaslı ihlal edeceği düşünülen tarafın vereceği teminat; yükümlerinin ifa edileceği ya da ifa edilmemesi durumunda, diğer tarafın malvarlığında meydana

¹⁶⁵ Bir kararda, satıcının piyasadaki hammadde sıkıntısı nedeniyle sözleşme konusu malları üretmesinin imkansız olduğunu ancak yine de değişik kaynaklardan araştırma yapmaya devam edeceğini, yalnız olasılığın her halükarda çok düşük olduğunu alıcıya iletmesi durumunda; hakem heyeti, alıcının bildirimde bulunmadan sözleşmeden dönmelerini haklı buldu CIETAC Arbitration, 30-Jan-1996, CISG Online No.1032.

Ayrıca *Schlechtriem*'e göre, çoğu durumda bu hükme dayanılarak bildirimsiz sözleşmeden dönme hakkına başvurulma ihtimali yüksektir (*Schlechtriem, Uniform Sales Law*, s. 94). Aynı tehlikenin, sürenin elvermediğinin ileri sürülmesi halinde de mevcut olduğu, dolayısıyla her iki durum için de "aynı şartlardaki makul kişi" standardının uygulanması gerektiği yönünde bkz. *Strub*, s. 499. 1986, s. 95.

¹⁶⁶ *Schlechtriem/Schwenzer/Hornung*, Art. 72 para. 16, 17; *Liu*, B. 5.1 (c).

¹⁶⁷ *Schlechtriem/Schwenzer/Hornung*, Art. 72 para. 16; *Azeredo da Silveira*, s. 30; *Strub*, s. 498, 499. *Atamer*, s. 411; *Yelkenci*, s. 132.

¹⁶⁸ *Schlechtriem/Schwenzer/Hornung*, Art. 72 para. 16; *Schlechtriem, Uniform Sales Law*, s. 95; *Huber/Mullis*, s. 347; *Azeredo da Silveira*, s. 30.

¹⁶⁹ İfa menfaati tehlikede olan tarafın, bildirimde makul süre tanımamış olması halinde ne olacağı belirsizdir. Bu durumda, ya bildirim geçersiz addedilecek ya da bildirimdeki sürenin yerine varsayimsal makul bir süre uygulanacaktır. *Bridge, AB*, s. 419; *Schlechtriem/Schwenzer/Hornung*, Art. 72 para. 22.

¹⁷⁰ Bkz. Yukarıda Bölüm II, D.

gelen zararın tazmin edileceği konusunda güvence içermelidir¹⁷¹. Burada teminatın özellikleri ve yeterliliği hususunda tekrardan kaçınmak adına geride yaptığımız açıklamalara atıf yapmakla yetiniyoruz¹⁷². Dolayısıyla CISG m. 71 kapsamında teminat için aktarılanlar, aynen CISG m. 72'deki teminat için de geçerlidir. Fakat bu noktada bazı farklılıkların da gözden kaçırılmamasında yarar vardır.

Bunlardan ilki, söz konusu teminatın, ifa edilmeyeceği düşünülen edimin mutlaka tam ve doğru olarak (zamanında, yerinde ve gereği gibi) yerine getirileceği güvencesini içermesi gerekip gerekmediği konusunda ortaya çıkmaktadır. CISG m. 71 uyarınca verilecek teminat, "yükümlerin esaslı bir kısmının ifasına" ilişkin olduğunda yeterli kabul edilirken; CISG m. 72'deki teminatın, maddede belirtilen eşikle bağdaşacak şekilde, "sözleşmenin esaslı ihlal edilmeyeceği" konusunda güvence vermesi gerekmektedir¹⁷³. Bu farkın altında yatan temel düşünce, CISG m. 71 ve 72'de ihlalin yoğunluğuna ilişkin iki ayrı kriterin öngörülmüş olmasıdır. Bu bağlamda, söz gelimi bir tarafın verdiği teminat, sözleşmenin esaslı şekilde ihlal edilmeyeceğini temin etmesine ve bu sayede CISG m. 72 anlamında yeterli kabul edilecek olmasına rağmen, aynı teminat CISG m. 71 çerçevesinde yeterli sayılmayabilir. Buna bağlı olarak da, ifa menfaati tehlikeye giren taraf, sözleşmeden dönmese bile ifayı askıya alabilecektir¹⁷⁴. Hiç kuşkusuz, kavramsal anlamda belirgin olan bu ayırım, somut yaşam pratikleri dikkate alındığında bu kadar net olarak ortaya çıkmayacaktır. Dolayısıyla, önsel bir genelleme yerine, hakim, her halükarda somut olayın şartlarından yola çıkarak yorum yapacaktır.

CISG m. 72 çerçevesinde önem kazanan bir diğer husus, yükümlerini ifa etmeyeceğini beyan eden tarafa karşı, sözleşmeden dönülmesinden önce herhangi bir bildirimde bulunulması gerekmediğinden, onun yeterli teminat vererek sözleşmenin ortadan kalkmasını engelleme imkanının olmamasıdır¹⁷⁵. Bu imkan, ancak diğer taraf henüz sözleşme ilişkisini sonlandırmaya yönelik hareketlere başlamamışsa söz konusu olabilecektir¹⁷⁶. Zira, daha önce yapılan ifa etmeme beyanının geri alınabilmesi ancak bu durumda mümkündür.

Öte yandan üzerinde durulması gereken bir husus, teminatın hiç verilmemesi ya da yeterli olmaması durumunda ne olacağıdır. Öncelenmiş sözleşmeye aykırılıkta bulunan taraf; (i) teminat vermeyeceğini açıklarsa, (ii) verilen makul süre içinde teminat

¹⁷¹ Schlechtriem/Schwenzer/Hornung, Art. 71 para. 38; Azeredo da Silveira, s. 31; Liu, B. 5.2; Strub, s. 495.

¹⁷² Bkz. Yukarıda Bölüm II, D.

¹⁷³ Honnold, s. 434, 435; Bianca/Bonell/Bennett, Art. 71 para. 3.4; Liu, B. 5.2; Strub, s. 496; Bridge, AB, s. 418.

¹⁷⁴ Honnold, s. 435; Bianca/Bonell/Bennett, Art. 71 para. 3.4; Liu, B. 5.2.

¹⁷⁵ Schlechtriem/Schwenzer/Hornung, Art. 72 para. 26; Strub, s. 478; Bridge, AB, s. 417.

¹⁷⁶ Schlechtriem/Schwenzer/Hornung, Art. 72 para. 27 dn. 80.

vermezse ya da (iii) teminatı yetersiz kabul edilirse, bu durum, tıpkı CISG m. 72 f. 3'deki gibi, sözleşmenin ifa zamanında esaslı şekilde ihlal edileceğini aşıkâr (*clear, offensichtlich*) hale getirecektir¹⁷⁷. Böylece diğer taraf, sözleşmeden dönme hakkını kullanarak sözleşmeyi ortadan kaldıracak ve tazminat talep edebilecektir.

E. Sonuçları

Vadeden önce bir tarafın sözleşmeyi esaslı şekilde ihlal edeceğinin anlaşılması durumunda, diğer tarafın önünde esas olarak iki yol bulunmaktadır; (i) eğer süre elveriyorsa, sözleşmeden dönme hakkını ileri sürmeden önce mutlaka durumu karşı tarafa bildirmek ve onun yeterli teminat sağlayabilmesi için makul bir süre vermek; (ii) eğer süre elvermiyorsa, direkt sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmek. Öte yandan, öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın bir diğer sonucu da tazminat talep etme hakkıdır¹⁷⁸.

Şu halde, CISG kapsamında öncelenmiş sözleşmeye aykırılık halinde (tıpkı aktüel sözleşmeye aykırılık olduğu gibi), bir yandan taraflar arasındaki malvarlıksal kaymaların eski hale getirilmesi amaçlanırken, diğer yandan malvarlıklarında meydana gelen azalmaları ya da yoksun kalınan karları telafi etme amacı güdülmektedir¹⁷⁹.

1. Sözleşmeden Dönme

Sözleşmeden dönme hakkının başat özelliği, sözleşmenin kurulması anında belirlenmiş olan edimler arasındaki fonksiyonel ve amaçsal bağlılığın daha sonra gerçekleşen bir ifa engeli yüzünden bozulması halinde, sözleşmenin kurulmasından önceki durumu sağlayarak edimler arası dengeyi tekrar oluşturmaktır¹⁸⁰. Böylece, sözleşme ilişkisinden sıyrılan taraf, kendi edimine ilişkin başka tasarruflarda bulunma özgürlüğüne kavuşabilmektedir.

CISG sisteminde sözleşmenin kendiliğinden ortadan kalkması mümkün olmadığından, sözleşmeden dönme hakkının CISG m. 26 uyarınca diğer tarafa yapılacak beyanla kullanılması gerekmektedir¹⁸¹.

¹⁷⁷ **Schlechtriem/Schwenzer/Hornung**, Art. 72 para. 21; **Bianca/Bonell/Bennett**, Art. 71 para. 3.7; **Liu**, B. 5.2. Ayrıca ek bir imkan olarak; eğer bildirimde verilen makul süre içinde karşı taraftan herhangi bir yanıt alınmamışsa, sözleşmeden dönmek isteyen taraf, CISG 48 f. 2'den kıyasen, karşı taraftan teminat sağlayıp sağlamayacağına dair açıklama yapmasını isteyebilir. Makul bir sürede yine cevap gelmemesi durumunda, yeterli teminatın sağlanmadığı sonucu çıkarılabilecektir. **Schlechtriem/Schwenzer/Hornung**, Art. 72 para. 19 dn. 53.

¹⁷⁸ **Schlechtriem/Schwenzer/Hornung**, Art. 72 para. 25; **Bianca/Bonell/Bennett**, Art. 72 para. 2.1; **Liu**, B. 4.1; **Treitel**, s. 348.

¹⁷⁹ **Atamer**, s. 418.

¹⁸⁰ **Serozan, Rona**: Sözleşmeden Dönme, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, İstanbul 2007, s. 40; **Aral**, s. 195; **Buz**, s. 66.

¹⁸¹ **Schlechtriem/Schwenzer/Hornung**, Art. 72 para. 30; **Liu**, B. 45.1 (b); **Atamer**, s. 410; **Erdem, VSA**, s. 871; **Yelkenci**, s. 162.

Dönme hakkının kullanılmasıyla birlikte, sözleşmenin ortadan kaldırılmasının sonuçlarını düzenleyen CISG m. 81 vd. hükümleri de uygulama alanı bulacaktır. Dolayısıyla, öncelenmiş sözleşmeye aykırılık nedeniyle sözleşmeden dönülmesinin, aktüel sözleşmeye aykırılıkta olduğu gibi iki temel sonucu bulunmaktadır. Bunlar; henüz ifa edilmemiş yükümlerin sona ermesi, ifa edilmiş edimlerin ve yararların iade edilmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır¹⁸². Şu halde, ifa menfaati tehlikeye giren tarafın sözleşmeden dönmesiyle birlikte, sözleşme ilişkisi bir tasfiye sürecine girecek ve daha önce ifa edilmiş edimler aynen ve karşılıklı olarak iade edilecektir. Bununla birlikte, iade edilecek edimlere ilişkin yararların da iadesi gerekmektedir¹⁸³. Söz gelimi, alıcının teslim edilmiş maldan elde ettiği hukuki ya da doğal semereler ve satıcının bedeli aldığı günden itibaren işletilecek olan faiz, karşı tarafa edimle birlikte geri verilmelidir. Henüz ifa edilmemiş yükümlerin sona ermesi hususunda dikkat edilmesi gereken ise, tarafların asli ve yan edim yükümlerinden kurtulmuş olmalarına rağmen, CISG m. 81 f. 1 gereğince; ikincil yükümler, uyumsuzluğun çözümüne ilişkin sözleşme hükümleri, sorumsuzluk şartları, cezai şart vb. hususların geçerliliklerini koruyacak olmalarıdır¹⁸⁴. Öte yandan, sözleşmeden dönme hakkının kullanılmakla

¹⁸² **Schlechtriem/Schwenzer/Hornung**, Art. 72 para. 34; **Schlechtriem**, *Uniform Sales Law*, s. 107; **Azeredo da Silveira**, s. 32; **Serozan**, *Dönme*, s. 59 vd.; **Atamer**, s. 411; **Buz**, s. 152 vd.; **Schlechtriem/Schwenzer/Hornung**, Art. 72 para. 12; **Azeredo da Silveira**, s. 24, 25; **Huber/Mullis**, s. 345; **Kanışlı**, s. 103; **Yelkenci**, s. 132; **Liu**, B. 4.4 96; **Erdem**, *VSA*, s. 882; **Bernstein/Lookofsky**, s. 134; **Honnod**, s. 439; **Yelkenci**, s. 160; **Butler**, § 8.03 (A); **Bridge, Michael**: The Nature and Consequences of Avoidance of the Contract Under the United Nations Convention on the International Sale of Goods, 10 International Law Review of Wuhan University 2008-2009, s. 118; **Treitel**, s. 347.

¹⁸³ **Schlechtriem/Schwenzer/Hornung**, Art. 72 para. 34; **Schlechtriem**, *Uniform Sales Law*, s. 107; **Azeredo da Silveira**, s. 32; **Atamer**, s. 421; **Bridge**, *Restitution*, s. 118; **Buz**, s. 161 vd.; **Kanışlı**, s. 82; **Yelkenci**, s. 160.

¹⁸⁴ **Schlechtriem**, *Uniform Sales Law*, s. 107; **Atamer**, s. 418, 419. Söz konusu hüküm şu şekildedir; *Sözleşmenin ortadan kaldırılması, tazminat yükümlülüğü saklı kalmak kaydıyla her iki tarafı da sözleşme ile üstlendikleri yükümlülüklerden kurtarır. Sözleşmenin ortadan kaldırılması, uyumsuzlukların çözümüne ilişkin sözleşme hükümlerini veya sözleşmenin ortadan kaldırılması sonrasında tarafların haklarını ve borçlarını düzenleyen diğer sözleşme hükümlerini etkilemez*. Burada dikkat edilmesi gereken bir diğer husus, şayet daha önce bir tarafın yeterli teminat vermiş olması halinde, bu teminatın tasfiye ilişkisi kapsamında iade edilecek edim için de geçerli olup olmayacağıdır. Söz gelimi, alıcının öncelenmiş sözleşmeye aykırılığı nedeniyle satıcının sözleşmeden dönmeden önce gönderdiği makul bildirim üzerine, alıcının bankadan teminat mektubu sağladığı bir olasılıkta; şayet ifa zamanı geldiğinde alıcının bedeli ödemesi üzerine satıcı sözleşmeden dönmüşse, acaba iade yükümleri çerçevesinde söz konusu teminat, alıcının malı geri vermemesi halinde paraya çevrilebilecek midir? Doktrinde, bu konuda ilk önce teminatın sağlandığı sözleşme kapsamında yorum yapılması gerektiği ileri sürülmüştür. Burada yorum yapılırken sorulması gereken, sözleşmedeki teminatın salt asli edim yükümlüne mi inhisar ettiği, yoksa borç ilişkisinden kaynaklanan her türlü talep hakkını mı güvence altına aldığıdır. Bu doğrultuda bir çözüme ulaşılabilmesi durumunda ise, bir görüşe göre, teminat, sözleşmenin ortadan kalkmasından sonraki iade yükümleri için de geçerli; aksi görüş, teminatın sadece dönülen sözleşme kapsamında bir anlam ifade ettiğini ileri sürmektedir (**Buz**, s. 158 vd.). Bu soruna CISG açısından bir cevap getirmek gerekirse; kanaatimizce söz konusu teminat, sözleşmeden dönülmesinden sonraki iade

birlikte hüküm ve sonuçlarını doğuracak olmasından dolayı, daha sonra geri alınması mümkün değildir¹⁸⁵.

Aktüel sözleşmeye aykırılıktan farklı olarak, öncelenmiş sözleşmeye aykırılık halinde sözleşmeden dönme hakkına uygulanacak herhangi bir zaman sınırı bulunmamaktadır. Yani, sözleşmenin esaslı şekilde ihlal edileceğinin anlaşılması akabinde gönderilen bildirimin sonuçsuz kalmasından veya diğer tarafın ifa etmeyeceğini beyan etmesinden itibaren, CISG m. 72 uyarınca sözleşmeden dönme hakkı, vadeye kadar herhangi bir zamanda kullanılabilir¹⁸⁶. Ancak kural bu olmakla birlikte, hakkın doğumu ile kullanılması arasındaki zamanın bir tarafa spekülasyon yapma şansı tanıyarak diğer tarafın menfaatlerine zarar verecek şekilde açılması dürüstlük kuralına aykırı olacağından, bu hakkın makul süre içinde kullanılması gerektiği ileri sürülmektedir¹⁸⁷. Hiç kuşkusuz, ifa menfaati tehlikeye düşen taraf sözleşmeden dönmeyip, vadeyi bekleyerek genel sözleşmeye aykırılığa ilişkin yaptırım hükümlerine de başvurabilir. Benzer şekilde, CISG m. 72'nin şartlarının varlığı halinde, evliyyet kuralı gereği, sözleşmeden dönülmeyip CISG m. 71 gereğince ifayı askıya alma hak-

yükümleri için de geçerli olmalıdır. Bu görüşümüzü şu şekilde taşıyıcı temeller üzerine oturtabileceğimizi düşünüyoruz: evvela, CISG sisteminde sözleşmeden dönme sözleşmeyi geçmişe etkili bir şekilde ortadan kaldırmamaktadır. Dolayısıyla, hem hukuk uyumlaştırması metinlerinde hem de son yıllarda yapılan ulusal kanunlarda da dikkati çektiği üzere, sözleşmeden dönme ile birlikte sözleşme ilişkisi hiç kurulmamış gibi ortadan kalkmamakta, içeriği sözleşmesel bir tasfiye ilişkisine dönüşmektedir (*dönüşüm teorisi*). Böylece, geri verme yükümleri sözleşme temelli olarak gerçekleştirilmekte ve yerine getirilmemiş olan edimler ortadan kalkmaktadır (**Buz**, s. 123 vd; **Serozan**, *Dönme*, s. 73; **Eren**, s. 1120). Aynı mekanizmanın CISG açısından da geçerli olduğu çoğu yazar tarafından kabul edilmektedir (**Schlechtriem**, *Uniform Sales Law*, s. 107; **Atamer**, s. 416, 417; **Erdem**, *VSA*, s. 882, 883; **Bridge**, *Restitution*, s. 119; **Yelkenci**, s. 169 vd). Hakikaten, CISG'in temel önermelerinden (özellikle CISG m. 7) ve dönme sonrası uygulanacak hükümlerinden (CISG m. 81 vd.) rahatlıkla bu sonuca varılabilir. Keza CISG'in yeknesak uygulanmasını teşvik etmek ve ulusal mahkemelerin yorum farklılıklarını en aza indirmek için faaliyet gösteren CISG Danışma Kurulu (Advisory Board)'nun 9 nolu kararı bu konuya değinmekte ve sonuç olarak, sözleşmeden dönmenin aynı taleplere ve sebepsiz zenginleşmeye yol açmayacak şekilde anlaşılması ve bu doğrultuda tasfiyenin sözleşmesel temelde tutulması gerektiği belirtilmiştir (**CISG-AC Opinion No. 9**, Consequences of Avoidance of the Contract, Rapporteur: Professor Michael Bridge, London School of Economics, London, United Kingdom. Adopted by the CISG-AC following its 12th meeting in Tokyo, Japan on 15 November 2008, para. 3.6, 3.7) Şu halde, sözleşmeden dönülmesiyle birlikte sözleşme ilişkisi hala devam ettiğinden, bir tarafın ifa yükümü için diğerine sağladığı teminat sona ermemekte, bilakis iade yükümü çerçevesinde devam etmektedir (dönüşüm teorisi esas alındığında bu sonucun doğal olarak ortaya çıkacağı yönünde bkz. **Serozan**, *Dönme*, s. 59 vd.). Nitekim CISG m. 81 f. 1 uyarınca sorumsuzluk kayıtlarının, tazminat ödeme gibi ikincil yükümlerin ve cezai şart gibi feri hakların devam edecek olması da aynı sonucu destekler niteliktedir. Ancak, her halükarda öncelikle teminatın düzenlendiği sözleşmeye bakılarak yola çıkılmalıdır.

¹⁸⁵ **Schlechtriem/Schwenzer/Hornung**, Art. 72 para. 34; **Atamer**, s. 411.

¹⁸⁶ **Schlechtriem/Schwenzer/Hornung**, Art. 72 para. 31; **Azereido da Silveira**, s. 28; **Yelkenci**, s. 133; **Li**, B. 4.2.

¹⁸⁷ **Schlechtriem/Schwenzer/Hornung**, Art. 72 para. 32.

kının kullanılması da mümkündür. Yalnız hemen işaret edelim ki, CISG m. 71'in, sadece önce ifa yükümlüsü olan taraf için uygulanacağı hatırd tutulmalıdır.

İfa menfaati tehlikede olan taraf, kural olarak sözleşmeden dönme hakkını kullanıp kullanmama konusunda serbest olsa da, CISG m. 77'nin gerektirdiği hallerde, ne vadeyi beklemeli ne de ifayı askıya almalıdır; zira, bu durumda sözleşmeden dönme hakkının bir an önce kullanılması gerekmektedir¹⁸⁸.

Bu noktada üzerinde durulması gereken bir diğer husus, CISG m. 72'de belirtilen şartlar gerçekleşmeden sözleşmeden dönme beyanı gönderen tarafın, bu hareketle sözleşmeyi asıl kendisinin esaslı şekilde ihlal ettiği sonucuna varılacak olmasıdır. Öyle ki, bu sefer sözleşmeyi ihlal edeceği düşünülen taraf, hukuken dayanaksız olarak sözleşmeden dönen tarafa karşı CISG m. 72'ye ya da genel sözleşmeye aykırılık hükümlerine dayanabilecek; hatta malvarlığında bu sebeple meydana gelen zararın tazmin edilmesini isteyebilecektir¹⁸⁹.

2. Tazminat

Öncelenmiş sözleşmeye aykırılığın bir diğer asal sonucu ise, zarar gören tarafın sözleşmeden dönme ile birlikte tazminat talep edebilecek olmasıdır. Burada esas amaç, zarar gören tarafın, diğer taraf sözleşmeye aykırılıkta bulunmasaydı içinde bulunacağı varsayımsal malvarlığı durumuna sokulmasıdır. Dolayısıyla, burada zarar görenin öncelenmiş sözleşmeye aykırılık halindeki malvarlığı durumu ile diğer tarafın tam ve doğru olarak ifa etmiş olsaydı zarar görenin içinde bulunacağı malvarlığı durumu karşılaştırılacaktır¹⁹⁰. Şu halde, öncelenmiş sözleşmeye aykırılık halinde de, tıpkı aktüel sözleşmeye aykırılıkta olduğu gibi, tazminatın hesaplanmasında CISG m. 74, 75 ve 76 ile çalışılacaktır. Ancak şu fark önemlidir; normal sözleşmeye aykırılıkta, sözleşmeden dönme hakkı vade tarihinden sonra gündeme geleceğinden tazminatın hesaplanmasında ihlalin gerçekleştiği tarih bakımından herhangi bir sorun çıkmazken; öncelenmiş sözleşmeye aykırılıkta, henüz vade tarihi gelmediğinden tazminat hesaplamasında hangi anın esas alınacağı tartışmalıdır¹⁹¹.

¹⁸⁸ **Schlechtriem/Schwenzer/Hornung**, Art. 71 para. 19; **Bianca/Bonell/Bennett**, Art. 72 para. 2.4; **Schwenzer/Kee/Hachem**, § 47.152; **Azeredo da Silveira**, s. 18, 19; **Liu**, B. 4.1; **Bridge, AB**, s. 417; **Davies**, s. 576; **Başoğlu**, s. 305. Burada şu hususu hatırlamakta fayda var: CISG m. 77 hiçbir koşulda sözleşmeden dönme yükümü öngörmemektedir. Bu maddede belirtilen zararı azaltma külfetinin yerine getirilmemesi halinde, sadece tazminat miktarında indirime gidilmektedir.

¹⁸⁹ **Schlechtriem/Schwenzer/Hornung**, Art. 72 para. 34; **Bianca/Bonell/Bennett**, Art. 72 para. 2.3; **Azeredo da Silveira**, s.28; **Liu**, B. 2.2; **Lookofsky**, s. 150; **Sekreteryâ Şerhi**, Art. 72 para. 3.

¹⁹⁰ **Schlechtriem/Schwenzer/Hornung**, Art. 72 para. 25; **Atamer**, s. 427; **Schlechtriem**, *Tazminat*, s. 2; **Schlechtriem/Butler**, para. 275a; **Ulus, Ayşe Elif**: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin BM Antlaşmasında ve Avrupa Borçlar Hukuku Prensiplerinde Tazminat Sorumluluğunun Sınırlandırılmasında Öngörülebilirlik İlkesi, 1. Baskı, İstanbul 2011, s. 16; **Butler**, s. 3; **Schlechtriem/Butler**, para. 275a; **Treitel**, s. 372.

¹⁹¹ **Schlechtriem**, *Tazminat*, s. 1; **Schlechtriem**, *Uniform Sales Law*, s. 98.

Birçok yazar, bu durumda sözleşmeden dönme anının esas alınması gerektiğini, ancak bu andan itibaren sözleşmeden dönen tarafın, CISG m. 77 uyarınca diğer tarafın zararını azda tutmak adına makul zamanda ve şekilde ikame alım/satım yapması gerektiğini ileri sürmektedir¹⁹². Yine bu görüşe göre, şayet ikame satım/alımın hiç ya da makul şekilde yapılmaması durumunda, soyut yöntem seçilerek söz konusu mallara ilişkin piyasadaki cari fiyat referans alınmalıdır¹⁹³. Kanaatimizce de bu formül, iki tarafın menfaat durumlarını daha iyi gözetmesine ve tazminatın daha kolay hesaplanabilmesine imkan tanınması açısından elverişlidir. Ancak burada unutulmamalıdır ki, CISG m. 75 ve 76 sadece fiili zararın belirli bir kalemi için öngörülmüştür¹⁹⁴. Dolayısıyla, çoğu zaman CISG m. 74'ün de hesaplama dahil olmasıyla karşılaşılacaktır. Şu halde izlenmesi gereken en uygun yol, sözleşmeden dönme hakkını kullanan tarafın zararının ilk olarak CISG m. 75 veya 76 çerçevesinde tazmin edilmesi; bu zararın dışında kalan fiili zarar kalemleri (taşıma masrafları, depo için ödenen kira ücretleri vb.) ve yoksun kalınan karlar için de CISG m. 74'e başvurulmasıdır. Yine her halükarda CISG m. 77 de bu hesaba dahil edilmelidir¹⁹⁵.

Öte yandan, CISG m. 75 veya 76 çerçevesinde önem kazanan husus, ikame işlem fiyatı veya cari fiyatın hangi ana göre dikkate alınması gerektiğidir. Aslında bu sorunun cevabı, CISG m. 75 anlamında “*makul süre ve şekil*” den ne anlaşılması gerektiği ile yakından ilgilidir. CISG m. 76 açısından sorunun cevabı açıktır; buna göre “*sözleşmede kararlaştırılan fiyat ile sözleşmenin ortadan kaldırıldığı andaki cari fiyat arasındaki fark*” talep edilecektir. CISG m. 75 bağlamında ise, ikame işlemin makul zamanda ve makul şekilde yapılması gerekmekte ve bu gereklilik, ikame işlem için yapılan sözleşmedeki şartlarla, ihlal edilen sözleşme şartları arasında belirli bir örtüşme aramaktadır. Yani, söz konusu ikame işlemin, dönülen sözleşmenin esaslı şekilde ihlal edilmesi nedeniyle yapıldığı anlaşılmalıdır¹⁹⁶. Bu durumda, ihlal edilen sözleşmedeki fiyat ile ikame işlem fiyatı arasındaki fark tazmin edilecektir.

Schlechtriem'e göre, sözleşmeden dönen taraf, mutlaka ihlal edilen sözleşmedeki ifa zamanı ile örtüşecek şekilde ikame sözleşme yapmak zorunda olmayıp, CISG m. 77 uyarınca, karşı tarafa en az zarar verecek zamanı seçmelidir¹⁹⁷. Yazara göre, CISG m. 76'da da aynı mantık benimsenmeli, her ne kadar maddede dönme anındaki cari fiyatın esas alınacağı söylenmekteyse de, eğer sözleşmeden dönme anı ile

¹⁹² **Schlechtriem**, *Tazminat*, s. 1 (ve orada anılan yazarlar); **Schlechtriem**, *Uniform Sales Law*, s. 98; **Schlechtriem/Schwenzer/Hornung**, Art. 72 para. 25; Treitel, s. 388; **Davies**, s. 576.

¹⁹³ **Schlechtriem**, *Tazminat*, s. 1; **Schlechtriem**, *Uniform Sales Law*, s. 98; **Treitel**, s. 388.

¹⁹⁴ **Atamer**, s. 431; **Bridge**, *Restitution*, s. 119; **Ulus**, s. 29; **Butler**, § 8.02 (A).

¹⁹⁵ **Schlechtriem**, *Tazminat*, s. 2; **Schlechtriem/Schwenzer/Hornung**, Art. 72 para. 35; **Davies**, s. 576; **Butler**, § 8.06 (C); **Sekreteryä Şerbi**, Art. 72 para. 4.

¹⁹⁶ **Schlechtriem**, *Tazminat*, s. 2; **Atamer**, s. 434.

¹⁹⁷ **Schlechtriem**, *Tazminat*, s. 4.

ifa zamanı arasında diğer tarafa daha az zarar verecek bir cari fiyat varsa, tazminat hesabında o dikkate alınmalıdır¹⁹⁸.

Son olarak üzerinde durulması gereken husus, CISG sisteminde her türlü yüküm ihlalinde kusursuz sorumluluk öngörülmüş olmasına rağmen, belirli şartların varlığı halinde zarar veren tarafın bu sorumluluktan kurtulma olanağının bulunmasıdır. Dolayısıyla, sözleşmeyi vadeden önce esaslı bir şekilde ihlal edeceği aşikar olan tarafa karşı ileri sürülen tazminat talebi, bazı hallerde sonuçsuz kalabilecektir. Buna göre, öncelenmiş sözleşmeye aykırılıkta bulunan taraf, söz konusu yüküm ihlalinin kendi etki alanı dışında kalan bir engelden kaynaklandığını, bu engelin sözleşmenin kurulması anında öngörülemeyen olduğunu ve bu engel meydana geldikten sonra bunu aşmasının ve sonuçlarından kaçınmasının kendisinden makul olarak beklenemeyeceğini ispat ederse tazminat sorumluluğundan kurtulacaktır (CISG m. 79).

IV. Diğer Hukuk Uyumlaştırması Metinlerinde Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılık

Uluslararası satım hukuku alanında yeknesak kurallar düzenlemiş olan CISG, kendinden sonraki birçok uyumlaştırma çalışmalarına da referans noktası olmuştur. Özellikle Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler’e (PICC ya da UNIDROIT İlkeleri) ve Avrupa Sözleşme Hukukunun Temel İlkeleri’ne (PECL) bakıldığında bu durum daha da iyi anlaşılmaktadır¹⁹⁹. Zira iki metinde de belirli temel öncüller merkeze alınarak çalışılmıştır. Bununla beraber, görece yeni tarihli bir çalışma olan Avrupa Özel Hukukunun İlkeleri, Tanımları ve Model Kuralları – Ortak Referans Noktalarına İlişkin Taslak (DCFR)²⁰⁰’da ise, daha geniş bir düzenleme alanı belirlenerek, Avrupa Borçlar Kanunu yaratma amacı doğrultusunda hem genel hem de özel kısmı içine alacak şekilde temel ilkeler düzenlenmiştir. Bu metinde de yıllardır süregelen uyumlaştırma faaliyetlerinin ve bunlara ilişkin doktriner birikimin izlerini görmek mümkündür. Dolayısıyla, öteki üç metin için geçerli olan öncüller aynen DCFR için de söz konusudur²⁰¹. Bu bağlamda, yeknesak bir sözleşmeye aykırılık (ya da ifa etmeme) kavramının tercih edilmiş olması, kusurdan bağımsız bir sorumluluk sistemi kurulmuş olması ve sözleşme ihlaline “hukuki olgu” açısından değil (*cause approach*), yaptırımları temel alarak “hukuki sonuç” açısından (*remedy approach*) yaklaşılması gibi örnekler verilebilir²⁰².

¹⁹⁸ **Schlectriem**, *Tazminat*, s. 7.

¹⁹⁹ Bu bölümdeki açıklamalar PICC’in 2010 tarihli son versiyonu ve PECL’in 1995 tarihli 1. Bölümü esas alınarak yapılmıştır.

²⁰⁰ *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference*, Study Group on a European Civil Code/Research Group on EC Private Law (Acquis Group) (ed.), Draft Common Frame of Reference (DCFR) – Full Edition, 2009.

²⁰¹ **Atamer**, *İfa Engelleri*, s. 231; **Azeredo**, s. 2; **Yelkenci**, s. 20.

²⁰² **Atamer**, *İfa Engelleri*, s. 231 vd.; **Serozan**, *Borçlar*, § 11 N. 17 vd.; **Havutçu**, **Ayşe**: İfa Engelleri ve İfa Engellerine Bağlanan Hukuki Sonuçlar, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk

Öncelenmiş sözleşmeye aykırılık bağlamında, PICC ve PECL'da öngörölmüş hükümlerin neredeyse aynı şekilde kaleme alınmış olması dikkat çekmektedir. Her ne kadar CISG'daki düzenlemeler bakımından kesişen noktalar bulunsun da, bu iki metni bir gruba; CISG'ı başka gruba; ve daha genel-soyut nitelikteki DCFR'i ise üçüncü bir gruba almak daha sağlıklı bir inceleme yapabilmek açısından yerinde olacaktır. Ancak söz konusu incelemenin amacına ulaşabilmesi adına; diğer bir deyişle, öncelenmiş sözleşmeye aykırılık kurumunun her bir metinde düzenlenen ayrıkları ve ortak noktalarını serimleyebilmek için, bu konuda dört metinde de geçerli olan şu ortak noktayı her zaman akılda tutmak gerekmektedir: bu da, sözleşmenin ihlal edileceğinin vadeden önce anlaşılması halinde, diğer tarafın kendi ifasını askıya alabilecek ya da şartlara göre sözleşmeden dönebilecek ve zararı oranında tazminat talep edebilecek olmasıdır²⁰³.

A. Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler (PICC)

PICC m. 7.3.3 ve 7.3.4'te düzenlenmiş olan öncelenmiş sözleşmeye aykırılık kurumunda, tıpkı CISG'daki gibi, ifa zamanında önce bir tarafın sözleşmeyi esaslı ihlal edeceğinin aşikar olması halinde diğer taraf sözleşmeden dönebilecektir (m. 7.3.3). Yani burada da sözleşmenin esaslı ihlali ve bu ihlalin aşikar olması kriterleri uygulanmaktadır. Ancak bu noktada dikkati çeken önemli bir fark, PICC uyarınca ifa menfaati tehlikeye giren tarafın, sözleşmeden dönme hakkını kullanmadan önce bildirimde bulunmasına gerek olmamasıdır. Buna bağlı olarak da, diğer tarafın teminat göstererek sözleşmeyi ayakta tutabilme şansı yoktur²⁰⁴. Bunun dışında, burada da sözleşmeden dönme hakkı diğer tarafa gönderilecek bir beyanla sonuçlarını doğurmaktadır (m. 7.3.2).

PICC m. 7.3.4'te ise, m. 7.3.3'deki aşikar olma kriteri alt dereceye düşürülerek, sözleşmenin esaslı şekilde ihlal edileceği yönünde "haklı bir kanaati" (*reasonable belief*) olan tarafın kendi edimini ifa etmekten kaçınabileceği ve bu arada diğer taraftan yeterli teminat isteyebileceği düzenlenmiştir. Yeterli teminatın makul sürede sağlanmaması halinde ise, sözleşmenin esaslı ihlali artık aşikar hale gelecek ve ifa menfaati tehlikede olan taraf sözleşmeden dönebilecektir. Görüleceği üzere, PICC'ta ifayı askıya alma hakkı CISG'taki gibi ayrı bir madde olarak ele alınmamış ve kullanılabilmesi için daha üst bir kıstas olan esaslı ihlal kıstası öngörölmüştür²⁰⁵. Oysaki CISG m. 71 gereğince, ifanın askıya alınabilmesi için esaslı ihlal şartı aranmamakta, yükümlerin

Araştırma Dergisi Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayı, 6098 Sayılı TBK Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Sempozyum No: III, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, 2. Basi, 2012, s 318, 319.

²⁰³ Azeredo, s. 33; Liu, B. 2.3.; Başoğlu, s. 308 dn. 106.

²⁰⁴ Azeredo, s. 35; Saidov, s. 810; Liu, B. 2.3.

²⁰⁵ Azeredo, s. 17; Saidov, s. 811; Liu, B. 2.3

esaslı bir kısmının ihlal edileceğinin anlaşılır olması yeterli görülmektedir. Dolayısıyla, PICC sisteminde ifayı askıya alma hakkının CISG'dakine nazaran daha zor kullanılabilceği rahatlıkla söylenebilir. Bununla birlikte, PICC m. 7.3.4 çerçevesinde de, bir tarafa ifadan kaçınma hakkı ve diğer tarafa yeterli teminat sağlayabilme imkanı tanınarak, CISG'da olduğu gibi sözleşmenin mümkün mertebe ayakta kalması (*favor contractus*) amaçlanmaktadır. Keza, ifa menfaati tehlikeye düşen tarafın m. 7.3.3'e dayanmakta tereddüt duyduğu hallerde de bu madde önemli bir alternatif olarak işlev görmektedir²⁰⁶.

B. Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri (PECL)

PECL'daki öncelenmiş sözleşmeye aykırılık kurumu ise, m. 9: 304 ve m. 8:105'de düzenlenmiş olup, m. 9: 304 uyarınca, vadeden önce sözleşmenin esaslı ihlal edileceği aşikar ise diğer taraf sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmektedir. PECL m. 8:105'te ise, diğer tarafın sözleşmeyi esaslı şekilde ihlal edeceği yönünde haklı bir kanaati olan taraf, diğer tarafa makul bir sürede yeterli teminat sağlayabilmesi için bildirimde bulunabilir ve bu sürede kendi ediminin ifasını askıya alabilir. Şayet, diğer taraf edimin gereği gibi ifasına yönelik yeterli teminat sağlamazsa, ifa menfaati tehlikeye düşen taraf sözleşmeyi ortadan kaldırabilir. Sözleşmeden dönme hakkı, gecikmeksizin diğer tarafa iletilecek bir beyanla kullanılacaktır (m. 9:303)²⁰⁷.

Bu hükümlerden anlaşıldığı üzere, PECL sisteminde öncelenmiş sözleşmeye aykırılık kurumu birkaç ufak ayırık dışında tamamen PICC'a koşut olarak düzenlenmiştir. Bu ayırıklar ise esas itibarıyla hükümlerin lafzından kaynaklanmakta, anlamları ve amaçları açısından ise kayda değer bir fark bulunmamaktadır. Örneğin, PECL m. 8:105'e göre, hem ifanın askıya alındığı süreçte hem de yeterli teminat gelmemesi üzerine sözleşmeden dönülürken, sözleşmenin ileride esaslı şekilde ihlal edileceği yönündeki makul kanaatin devam etmesi gerekmektedir. Kanaatimizce aynı sonuca yorum yoluyla PICC için de varılması mümkündür. Özetle, hem PICC hem de PECL'da, öncelenmiş sözleşmeye aykırılık halinde kullanılacak ifayı askıya alma hakkı ve sözleşmeden dönme hakkı, birbirleriyle daha sıkı ilişki içinde kaleme alınmıştır. Kuşkusuz bu iki metinde de, öncelenmiş sözleşmeye aykırılık durumunda, CISG'da olduğu gibi, genel tazminat hükümlerine başvurma imkanı mevcuttur (PICC m. 7.4.1 vd., PECL m. 9:501 vd.).

C. Ortak Referans Noktalarına İlişkin TaslaK (DCFR)

DCFR çerçevesinde öncelenmiş sözleşmeye aykırılık kurumu ise, esas olarak 4. Bölümde (ifa etmeme halinde yaptırımlar) kaleme alınmış olan m. 3:401 (karşılıklı

²⁰⁶ Liu, B. 2.3.

²⁰⁷ Azeredo, s. 35, 36; Liu, B. 2.4; Başoğlu, s. 308.

edimlerde ifayı askıya alma hakkı), m. 3:504 (öncelenmiş sözleşmeye aykırılık halinde sözleşmeden dönme) ve 3:505 (teminatın yeterli olmaması halinde sözleşmeden dönme) merkeze alınarak düzenlenmiştir.

DCFR m. 3:401 f. 2 uyarınca önce ifa yükümlüsü olan taraf, diğer tarafın ifa zamanında yükümünü ifa etmeyeceği konusunda haklı bir kanaate (*reasonable belief*) sahipse, bu durum devam ettiği sürece kendi ifasını askıya alabilmektedir. DCFR m. 3:401 f. 3'e göre ise, ifayı askıya alan taraf şartlar makul kıldığı takdirde bu durumu karşı tarafa bildirmelidir; aksi takdirde, diğer tarafın bu durumdan kaynaklanan zararını karşılamakla yükümlüdür. Görüleceği üzere, DCFR kapsamında ifayı askıya alma hakkı, hem CISG hem de PICC ve PECL'a nazaran daha kolay kullanılabilir. Zira DCFR m. 3:401'de, ne PICC ve ne PECL gibi esaslı ihlal beklentisi öngörülmüş, ne de CISG'teki gibi yükümün esaslı bir kısmının ifa edilmemesi şartı aranmıştır. Dolayısıyla, edimlerin karşılıklılık ilişkisi içinde olması ve vadeden önce bir tarafın ifa etmeyeceği konusunda haklı bir kanaate varılması, bu hakkın kullanılması için yeterlidir. Öte yandan, DCFR'de, CISG'ın aksine, hakkın kullanılmasının hemen ardından bildirim gönderme zorunluluğu bulunmamakta, şartların ilgili tarafın bildirim göndermesi açısından makul olması aranmaktadır.

Öncelenmiş sözleşmeye aykırılıkta dönme hakkı ise, DCFR m. 3:504'te düzenlenmiş olup; buna göre, sözleşmenin vadeden önce esaslı şekilde ihlal edileceği, bir tarafın hareket veya beyanlarından anlaşılıyorsa ya da meydana gelen olgular bu sonucu aşıkâr kılıyorsa, diğer taraf sözleşmeden dönme hakkını kullanabilecektir. Dikkat edilirse, burada da sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasından önce bildirimde bulunma yükümü öngörülmemekte ve dolayısıyla diğer tarafa yeterli teminat sağlama imkanı verilmemektedir. Söz konusu yüküm ve imkan, ancak DCFR m. 3:505 çerçevesinde (PICC ve PECL ile paralel olarak) mümkün olup, buna göre; sözleşmenin esaslı ihlal edileceği konusunda haklı bir kanaati olan tarafın ilk olarak bildirimde bulunması, diğer tarafın makul süre içerisinde yeterli teminat göstermesi halinde de sözleşmeye devam etmesi gerekmektedir. Bu bağlamda, sözleşmeden dönülebilmesi ancak makul sürede yeterli teminatın verilmemesi halinde mümkündür. Öte yandan, öncelenmiş sözleşmeye aykırılık halinde tazminat talep edilmesi, aynen DCFR kapsamında da mümkündür (m. 3:701 vd.)

Bu açıklamalar çerçevesinde özet ve sonuç olarak, yukarıda anılan özel hukuk uyumlaştırması metinlerinin hepsinde, vadeden önce bir tarafın sözleşmeyi esaslı şekilde ihlal edileceğinin aşıkâr olması halinde diğer tarafa sözleşmeden dönme hakkı verilmektedir. Sözleşmenin esaslı ihlalinin bu denli yüksek ihtimal dahilinde görülmediği durumlarda ise, ifa menfaati tehlikeye düşen tarafa en azından savunma imkanı verilerek ifadan kaçınma hakkı tanınmakta ve diğer tarafa da yeterli teminat sağlayarak karşı edime kavuşabilme şansı verilmektedir. Öte yandan, CISG ve diğer metinler karşılaştırıldığında çok önemli farklar gün yüzüne çıkmaktadır. Evvela,

PICC, PECL ve DCFR’a bakıldığında, öncelenmiş sözleşmeye aykırılık halinde sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasının kolaylaştırıldığı ve hızlandırıldığı görülmektedir. PICC ve PECL’ı ayrı, CISG’ı ayrı köşeye yerleştirdiğimizde ise, şu şekilde bir görüntü ortaya çıkmaktadır: CISG’ta ifayı askıya alma hakkı için “yükümün esaslı bir kısmının ihlali”; ve sözleşmeden dönme hakkı için “esaslı ihlal” şeklinde iki ayrı kriter öngörülmüşken; PICC ve PECL’da, her iki yaptırım aynı ihlal derecesine bağlanmıştır. Yalnız hemen işaret edelim ki, aynen CISG’daki gibi, PICC ve PECL’da da her iki yaptırım için farklı ihtimal dereceleri öngörülmüştür. Bu noktada gözden kaçırılmaması gereken bir diğer önemli fark da, CISG m. 71 f. 1 uyarınca ifanın askıya alınabilmesi için, yüküm ihlalinin iki objektif nedenden kaynaklanması gerektiği belirtilirken, diğer metinlerde bu yaklaşımın benimsenmemiş olmasıdır.

SONUÇ

Sözleşmenin kurulmasıyla birlikte ortaya çıkan ifa engelleri nedeniyle, bir tarafın ifa tarihinde edimini yerine getirmeyeceğinin anlaşılması halinde, sözleşmeye aykırılık öncelenmiş sayılmakta ve diğer taraf çeşitli hukuki imkanlara başvurabilmektedir. Aslında bu durumda, henüz gerçekleşmemiş ancak ileride “kuvvetli bir ihtimal” dahilinde gerçekleşecek olan bir ihlal için, sözleşmeye aykırılık halinde söz konusu olan yaptırımlar daha önce uygulanmaktadır. Yalnız önemle belirtelim ki, alacak hakkı tehlikeye düşen tarafın salt subjektif endişeleri ve tereddütleri sözleşmeye aykırılığın öncelendiği konusunda bir değerlendirme ölçütü sayılmamakta, her halükarda ihlalin ileride gerçekleşmesinin objektif olgulardan hareketle yüksek bir ihtimal derecesinde olması aranmaktadır.

Üstten bir bakışla öncelenmiş sözleşmeye aykırılık, bir tarafın ifa zamanında yükümünü ifa etmeyeceğini hareketleriyle veya beyanlarıyla daha önceden ortaya koyması ya da yükümün ifa edilmeyeceğinin vadeden önce bir takım somut olgulardan anlaşılmasıdır. Esas itibarıyla Common Law sistemine dayanan öncelenmiş sözleşmeye aykırılıkta, ifa menfaati tehlikeye düşen tarafın, ifayı askıya alma hakkı (CISG m. 71) ve sözleşmeden dönme hakkı (CISG m. 72) olmak üzere iki temel imkanı bulunmakta ve bunlar; amaç, nitelik ve sözleşme ilişkisine etkileri bakımından ayrı maddelerde kaleme alınmıştır. Bu bağlamda bir diğer imkan CISG m. 73 f. 2’de öngörülmüş olup, bu maddeye göre art arda teslimli bir sözleşmede belirli bir teslimata ilişkin sözleşme ihlali, ilerideki teslimatlar için öncelenmiş sözleşmeye aykırılık teşkil edebilmekte ve sözleşme ileriye etkili şekilde ortadan kaldırılabilmektedir. Bu noktada gözden kaçırılmaması gereken husus, bu hükümler arasında işlevsel bir bütünlüğün olduğu ve belirli hallerde aynı anda uygulanabilecek olmalarıdır. Öte yandan, ifa menfaati zarar gören tarafın her türlü öncelenmiş sözleşmeye aykırılıkta, CISG m. 74 vd. maddelerine göre tazminat talep etme hakkı da bulunmaktadır.

Öncelenmiş sözleşmeye aykırılık bağlamında önem kazanan bir diğer nokta, ifa menfaati tehlikeye düşen tarafın mutlaka söz konusu hükümlere başvurmak zorunda olmamasıdır. Yani, o taraf dilerse sözleşme kararlaştırılan ifa zamanını beklemeyi seçip, kendi edimini ifa ederek sözleşme ilişkisine devam edebilir ve vade tarihi geldiğinde genel sözleşmeye aykırılık hükümlerini işletebilir. Ancak bazı hallerde söz konusu tarafın, CISG m. 77'de öngörülmüş olan zararı azaltma külfetini uyarınca, sözleşmeden dönmek durumunda kalabileceği göz önünde tutulmalıdır.

CISG m. 71'ye göre bir tarafın ifayı askıya alma hakkını kullanılabilmesi için, diğer tarafın sözleşmenin kurulmasından sonra ve ifa tarihinden önce yükümlerinin esaslı bir kısmını ifa etmeyeceğinin anlaşılması gerekmektedir. Görüldüğü üzere, maddenin uygulanabilmesi için mevcut olması gereken iki temel şart bulunmaktadır; bunlar sözleşmenin ihlali edileceğinin anlaşılması ve yükümlerin esaslı bir kısmının ihlal edilecek olması şeklinde sıralanabilir. Ayrıca, ihlalin ifa zamanında gerçekleşeceğine dair kuvvetli ihtimal, ifa veya ödeme kabiliyetindeki ciddi bir yetersizlikten ya da ifaya hazırlık ve ifa sürecindeki hareketlerden kaynaklanmalıdır. Bu maddenin amaçladığı korumadan yararlanmak isteyen taraf, borcu önce ifa etmekle yükümlü olmalı ve söz konusu defiyi kullanmasıyla birlikte bu durumu karşı tarafa bildirmesi gerekmektedir. Burada, ifa menfaati tehlikeye düşen tarafın kendi ediminin ifasından kaçınması, sözleşmeye aykırılık sayılmamakta ve sözleşme ilişkisi devam etmektedir. CISG m. 71 uyarınca, gelecekte gerçekleşmesi beklenen bir ihlale dayanarak önce ifa yükümlüsü tarafa ifayı askıya alma hakkı verilmesi karşısında, yükümlerinin esaslı bir kısmını ihlal edeceği düşünülen tarafa da, makul süre içerisinde yeterli teminat göstererek sözleşme ilişkisini eski haline getirme imkanı verilmektedir.

Önce ifa yükümlüsü olan tarafın ifayı askıya alma hakkı şu iki halde sona ermektedir; karşı edime ilişkin tehlikenin sona ermesi ya da diğer tarafın yeterli teminat göstermesi. Bu hallerde ifayı askıya alma hakkı sona eren taraf, edimini yerine getirerek sözleşmeye devam etmek zorundadır. Yalnız burada dikkat edilmesi gereken, önce ifa yükümlüsü olan tarafın edimine ilişkin vadenin, ifanın askıya alındığı süre oranında uzayacak olmasıdır. İfa menfaati CISG m. 71 bağlamında tehlikeye düşen ve bu nedenle ifayı askıya alan taraf, zararını CISG m. 74 çerçevesinde tazmin ettirebilecektir.

CISG m. 71 f. 2'de belirtilmiş olan ifa askıya alma hakkının gönderilecek borçlara özgü düzenlemesinde, malların taşıyıcıya teslim edilmesinden sonra, alıcının yükümlünün esaslı kısmını ifa etmeyeceğinin anlaşılmasıyla birlikte, satıcı, malların alıcıya teslim edilmesini engelleyebilmektedir. Öyle ki, alıcının elinde bu malları edinme hakkı veren bir belgenin bulunması halinde dahi bu imkan kullanılabilir. Ancak söz konusu yaptırım sadece satıcı ile alıcı arasındaki mallara ilişkin sonuç doğurabilecektir.

Öncelenmiş sözleşmeden dönme hakkı ise CISG m. 72’de düzenlenmiş olup, bu maddenin uygulanabilmesi için, bir tarafın ifa zamanından önce sözleşmeyi esaslı şekilde ihlal edeceğinin aşıkâr olması gerekmektedir. Böylece ifa menfaati tehlikeye düşen taraf, sözleşmeden dönerek kendi edimine ilişkin başka tasarruflarda bulunma özgürlüğüne kavuşabilecek ve ifa zamanına kadarki ekonomik belirsizlikten kurtulabilecektir. CISG m. 72’de iki ayrı öncelenmiş sözleşmeye aykırılık hali tek maddede düzenlenmiştir. İlki, CISG m. 72 f. 1’de zikredilen, somut olgulardan hareketle sözleşmenin ifa zamanında esaslı şekilde ihlal edileceği hali olup, diğeri de CISG m. 72 f. 3’de öngörülmüş olan, karşı tarafın ifa etmeyeceğinin beyan ya da hareketlerinden anlaşılması halidir.

Görüleceği üzere, CISG m. 72 uyarınca sözleşmeden dönülebilmesi için, sözleşmenin esaslı şekilde ihlal edilecek olması ve esaslı ihlalin ifa zamanından önce aşıkâr hale gelmesi gerekmektedir. Maddede aranan “esaslı ihlal” kriteri CISG m. 71’de öngörülmüş olan “esaslı bir kısım” kriterinden daha yoğun bir ihlal durumuna işaret etmektedir. Bu noktada gözden kaçırılmaması gereken temel ölçüt, esaslı ihlal edileceği düşünülen yükümlün şayet ifa zamanında gerçekleşseydi CISG m. 25 anlamında esaslı ihlal sayılarak sözleşmeden dönme imkanı sağlayabilecek olmasıdır. İkinci şart olan aşıkâr olma kriteri ise, CISG m. 71’de belirtilmiş olan anlaşılma kriterinden daha üst basamakta bir ihtimal derecesini içermektedir. Yani mutlak kesinlik aranmasa bile, sözleşme çok kuvvetli bir ihtimalle ifa zamanında esaslı şekilde ihlal edilecek olmalıdır. İfa menfaati tehlikeye giren tarafın, bu şartların varlığı halinde sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi karşısında diğeri tarafın bu gidişatı engellemesi mümkündür. Zira CISG m. 72’de de, CISG m. 71’deki gibi, sözleşmeyi ihlal edeceği anlaşılan tarafın menfaatleri korunmuştur. Buna göre, sözleşmeden dönmeyi düşünen taraf, bu hakkı kullanmadan önce ve sürenin elvermesi şartıyla, karşı tarafa, yükümlerinin ifasına dair yeterli teminat göstermesine olanak tanımak amacıyla makul bir bildirimde bulunmalıdır. Bu bildirim üzerine, karşı taraf yeterli teminat gösterirse, sözleşmeden dönmeyi düşünen taraf bu imkanı kullanamayacak ve sözleşmeye devam etmek zorunda kalacaktır.

CISG m. 72 uyarınca sözleşmeden dönme hakkını kullanılmasıyla birlikte, sözleşmeden dönmeyi sonuçlarını düzenleyen CISG m. 81 vd. hükümleri de uygulama alanı bulacaktır. Bu noktada üzerinde durulması gereken bir diğeri husus, CISG m. 72’nin şartlarının varlığı halinde ifa menfaati tehlikeye düşen tarafın sözleşmeden dönmeyip, daha ılımlı bir imkan olan ifayı askıya alma hakkını kullanabilecek olmasıdır. Kuşkusuz bunun için söz konusu tarafın önce ifa yükümlüsü olması gerekmektedir. Öte yandan, CISG m. 72 uyarınca sözleşmeden dönülmesi bir zorunluluk olmayıp, ilgili taraf dilerse vadeye kadar bekleyip genel sözleşmeye aykırılık hükümlerine başvurabilecektir. Yalnız, karşı tarafın zararını azda tutma külfeti bağlamında bazı durumlarda ifa zamanı beklenmeden sözleşmeden dönülmesi gerekebilmektedir.

CISG m. 72 kapsamında gündeme gelecek bir diğer yaptırım, CISG m. 74 vd. maddelerine göre tazminat talep edilebilmesidir.

CISG m. 71, 72 ve 73'de düzenlenen öncelenmiş sözleşmeye aykırılık kurumu, diğer özel hukuk uyumlaştırması çalışmalarında da öngörülmüş olup, belirli farklılıklar dışında kurumun karakteristik özelliği ve anlam yapısı aynen korunmuştur. Yani CISG'ta olduğu gibi, hem PICC ve PECL'da, hem de DCFR'da, bir tarafın sözleşmeyi ihlal edileceğinin ifa zamanından önce anlaşılması durumunda, diğer tarafın menfaatleri gözetilmekte ve bu bağlamda, ifayı askıya alma hakkı, sözleşmeden dönme hakkı ve tazminat talep etme hakkı tanınmaktadır.

KISALTMALAR

Art.	: Article
B.	: Bölüm
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CISG	: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi)
DCFR	: Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (Avrupa Özel Hukukunun İlkeleri, Tanımları ve Model Kuralları – Ortak Referans Noktalarına İlişkin Taslak)
dn.	: Dipnot
f.	: Fıkra
FOB	: Gemide Masrafsız Teslim
m.	: Madde
MK	: 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu
para.	: Paragraf
PECL	: Principles of European Contract Law (Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri)
PICC	: Unidroit Principles of International Commercial Contracts (Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin Unidroit İlkeleri)
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
vd.	: ve devamı

KAYNAKÇA

Aral, Fahrettin, Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, Ankara 2011.

Atamer, Yeşim M., İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistematize Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan Bir Sistematik, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, 1. Baskı, İstanbul, Eylül 2010, s. 217-260. (Atamer, *İfa Engelleri*)

Atamer, Yeşim M., Satıcının Sözleşmeye Aykırı Davranışı Ekseninde CISG'in İfa Engelleri Sistemine Genel Bakış, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG), Editör: Yeşim M. Atamer, 1. Baskı, İstanbul, Haziran 2008, s. 221-267. (M.S.H./Atamer)

Atamer, Yeşim M., Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, 1. Bası, İstanbul 2005. (Atamer, *CISG*)

Azeredo da Silveira, Mercedeh, Anticipatory Breach under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Nordic Journal of Commercial Law, S. 2, 2005, s. 1-51.

Başoğlu, Başak, Öncelenmiş Borca Aykırılığın Sonuçları, (2008) İÜHFİM C. LXVI, S.2, s. 287-310.

Beatson, J., Anson's Law of Contract, 28th Edition, Oxford University Press, 2002.

Bernstein, Herbert/Lookofsky Joseph, Understanding the CISG in Europe, Second Edition, Copenhagen 2003.

Bianca C. M./Bonell M. J., Commentary on the International Sales Law The 1980 Vienna Sales Convention, Giuffrè Milan 1987. (Bianca/Bonell/*İşleyen*)

Bridge, Michael, Avoidance for Fundamental Breach of Contract under the UN Convention on the International Sale of Goods, International and Comparative Law Quarterly, C. 59, S. 04, 2010, s. 911-940. http://journals.cambridge.org/abstract_S0020589310000473 (Bridge, *Fundamental Breach*)

Bridge, Michael, Issues Arising Under Articles 64, 72 And 73 of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Journal of Law and Commerce, 2005-2006, s. 405-421, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bridge1.html> (Bridge, *AB*)

Bridge, Michael, The Nature and Consequences of Avoidance of the Contract Under the United Nations Convention on the International Sale of Goods, 10 International Law Review of Wuhan University 2008-2009, s. 118-128, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/bridge1.pdf> (çevrimiçi erişim, 01.08.2014) (Bridge, *Restitution*)

Butler, E. Allison, A Practical Guide to the CISG: Negotiations Through Litigation, Suppl. 2, 2007, Chapter 8 (Damages, Defenses, and Other Contractual Issues). <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/butler6.html> (çevrimiçi erişim, 01.08.2014)

Buz, Vedat, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Yetkin Yayınevi, Ankara 1998.

Campbell, Colin P., The Doctrine of Anticipatory Breach, Central Law Journal, C. 60, S. 4, 1905, s. 64-69.

- Davies, W. E. D.**, Anticipatory Breach and Mitigation of Damages, U. W. Australian Law Review, S. 5, 1960-1962, s. 576-590.
- Dayıoğlu, Yavuz**, CISG Uygulamasında Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları ve Özellikle Alıcının Tazminat Talep Etme Hakkı, 1. Baskı, İstanbul Mayıs 2011.
- Di Matteo, Larry A./Dhooge, Lucien J./Greene, Stephanie/Maurer, Virginia G./Pagnattaro, Marisa Anne**, International Sales Law A Critical Analysis of CISG Jurisprudence, 2006.
- Erdem, Ercüment**, Viyana Satım Antlaşmasında Sözleşmeden Dönme, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, Cilt 1, s. 857-894. (VSA)
- Erdem, Ercüment**, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Viyana Satım Sözleşmesi), BATİDER 1992, s. 25-105.
- Erdem, Ercüment**, Milletlerarası Ticaret Hukuku ile ilgili Makaleler, 1.Bası, İstanbul 2008 (Erdem, *Makaleler*)
- Eren, Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümleri, 14. Baskı, Ankara 2012.
- Ferrari, Franco**, Burden of Proof Under the United Nations Convention on Contracts for International Sale of Goods (CISG), International Business Law Journal, 2000, s. 665-670.
- Havutçu, Ayşe**, İfa Engelleri ve İfa Engellerine Bağlanan Hukuki Sonuçlar, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırma Dergisi Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayı, 6098 Sayılı TBK Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Sempozyum No: III, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, 2. Bası, 2012, s. 313-337.
- Honnold, O. John**, Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention, 3rd edition Kluwer Law International, Hague 1999, s. 437-440.
- Huber, Peter/Mullis, Alastair**, The CISG, A New Textbook for Students and Practitioners, Sellier European Law Publishers, 2007.
- Işıқтаş, Yasemin/Metin, Sevtap**, Hukuk Metodolojisi, 4. Baskı, İstanbul 2013.
- Kanıslı, Erhan**, CISG Uyarınca Alıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılık Halinde Satıcının Hakları, İstanbul 2013.
- Kaniti, Salamon**, Akdin İfa Edilmediği Def'i, İstanbul 1962.
- Kılıçoğlu, Ahmet. M.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 14. Bası, Ankara 2011.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm C. 1, Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, 6. Tıpkı Bası, İstanbul 2014,
- Kuntalp, Erden**, Karışık Muhtevalı Akit (Karma Sözleşme), Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 2. Bası, Ankara 2013.
- Liu, Chengwei**, Suspension or Avoidance Due to Anticipatory Breach: Perspectives from Articles 71/72 CISG, the UNIDROIT Principles, PECL and Case Law, 2005. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/liu9.html> (çevrimiçi erişim, 01.08.2014)

- Liu, Qiao**, Inferring Future Breach: Towards a Unifying Test of Anticipatory Breach of Contract, Cambridge Law Journal, 2007, s.574-603. (Liu, *Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılık*)
- Liu, Qiao**, The Test of Fundamentality in Anticipatory Breach Cases: Spirent V. Quake, Canadian Business Law Review, S. 46, 2008, s. 443-449.
- Lookofsky, Joseph**, International Encyclopaedia of Laws-Contracts, J. Herbots editor / R. Blanpain general editor, Suppl. 29, Kluwer Law Int., the Hague 2000.
- Oğuz, Arzu**, Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku (Lex Mercatoria)- Unidroit İlkeleri'nin Lex Mercatoria Niteliği, AÜHFD C. 50, S. 3, 2001, s. 11-53.
- Oğuz, Arzu**, Sözleşmeler Hukuku Alanında Hukukun Birleştirilmesi, AÜHFD C. 49, S. 1-4, 2000, s. 31-65.
- Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1, Gözden Geçirilmiş 11. Bastı, İstanbul 2013.
- Robertson, W. Davidson**, The Doctrine of Anticipatory Breach of Contract, Louisiana Law Review, Vol. 20, 1959-1960, s. 119-134.
- Rowley, A. Keith**: A Brief History of Anticipatory Repudiation in American Contract Law, University of Cincinnati Law Review Vol. 69, Winter 2001, s. 565-639.
- Saidov, Djakhongir**, Anticipatory Non-Performance and Underlying Values of the UNIDROIT Principles, 11 Unif. L. Rev. n.s., 2006, s. 795-823.
- Schlechtriem, Peter/Petra, Butler**, UN Law on International Sales, the UN Convention on the International Sale of Goods, Springer 2009.
- Schlechtriem, Peter**, Uniform Sales Law: The UN-Convention on Contracts for the International Sale Of Goods, Published by Manz, Vienna 1986. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem.html> (çevrimiçi erişim, 01.08.2014)
- Schlechtriem, Peter**, Calculation of Damages in the Event of Anticipatory Breach under the CISG. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem20.html> (çevrimiçi erişim, 01.08.2014)
- Schwenzer, Ingeborg/Kee, Christopher/Hachem, Pascal**, Global Sales and Contract Law, Oxford University Press, 2012.
- Schlechtriem, Peter/Schwenzer, Ingeborg**, Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG) Second Edition Oxford 2005. (Schlechtriem/Schwenzer/*İşleyen*)
- Sekreterya Şerhi**, Commentary on the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods Prepared by the Secretariat ("Secretariat Commentary"), UN DOC. A/CONF. 97/5, United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods, Vienna, 10 March-11 April 1980, Official Records <http://www.globalsaleslaw.org/index.cfm?pageID=644> (*Sekreterya Şerhi*) (çevrimiçi erişim, 01.08.2014)
- Seliazniova, Tatsiana**, Prospective Non-Performance or Anticipatory Breach of Contract (Comparison of the Belarusian Approach to CISG Application and Foreign Experience), Journal of Law and Commerce Vol. 24, Fall 2004, s. 111-140.

- Serozan, Rona**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm C. 3, Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/ Arpacı, Gözden Geçirilmiş 6. Bası, İstanbul 2014. (Serozan, *Borçlar*)
- Serozan, Rona**, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, 2. Bası, İstanbul 2006. (Serozan, *Borçlar Özel*)
- Serozan, Rona**, CISG'a ve TBK'na Göre Alıcının Dönme Hakkının Sınırları, İÜHFİM, C. 70, S. 2, 2012, s. 207-220. (Serozan, *CISG*)
- Serozan, Rona**, Hukukta Yöntem, Yaşar Üniversitesi Dergisi, Özel Sayı (Armağan), Vol. 8, C. 3, 2013, s. 2423-2440. (Serozan, *Yöntem*)
- Serozan, Rona**, Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2013. (Serozan, *Medeni*)
- Serozan, Rona**, Sözleşmeden Dönme, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007. (Serozan, *Dönme*)
- Serozan, Rona**, Yürürlükteki İfa Engelleri ve Haksız Fiiller Hukukunun Yetersizlikleri ve Bu Yetersizliklerin Aşılmasında Giderek Önemi Artan Kavramlar: Sözleşmenin Müspet İhlali ve Culpa In Contrahendo, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 18, 1990, s. 27-42. (Serozan, *İfa Engelleri*)
- Strub, M. Gilbert**, The Convention on the International Sale of Goods: Anticipatory Repudiation Provisions and Developing Countries, International and Comparative Law Quarterly, S. 38, 1989, s. 475-501.
- Tandoğan, Haluk**, Türk Mes'uliyet Hukuku, İstanbul 2010.
- Treitel, H. Guenter.**, An Outline of the Law of Contract, 6th Edition, Oxford University Press, 2004.
- Ulus, Ayşe Elif**, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin BM Antlaşmasında ve Avrupa Borçlar Hukuku Prensiplerinde Tazminat Sorumluluğunun Sınırlandırılmasında Öngörülebilirlik İlkesi, 1. Baskı, İstanbul 2011.
- Umar, Bilge/Yılmaz, Ejder**, İsbat Yükü, 2. Bası, İstanbul 1980.
- Uncitral Digest**, Uncitral Digest of Case Law on the United Nations Convention on the International Sale of Goods, United Nations Publication, New York, 2012, <http://www.uncitral.org/pdf/english/clout/CISG-digest-2012-e.pdf> (çevrimiçi erişim, 01.08.2014)
- Vilus, Jelena**, Provisions Common to the Obligations of the Seller and the Buyer, General Principles of European Contract Law, in International Sale of Goods: Edited by Petar Sarcevic and Paul Volken, Oceana 1986, Chapter 7, s. 239-264.
- Yelkenci, Işıl**, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Alıcının Sözleşmeden Dönmesi, İstanbul 2014.
- Ziegel, S. Jacob**, The Remedial Provisions in the Vienna Sales Convention: Some Common Law Perspectives: in Galston/Smit ed., International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Matthew Bender 1984, Ch. 9, s. 1-43.
- Ziegel, S. Jacob**, Report to the Uniform Law Conference of Canada on Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Article 71-72, 1981. (Ziegel, *Report*)

YENİ TÜRK TİCARET KANUNUN AB ŞİRKETLER HUKUKU, ABAD KARARLARI VE İÇE GÖÇLER AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

(An Assessment of New Turkish Commercial Code Within The Context Of EU Company Law, ECJ Rulings and Immigration)

Yrd. Doç. Dr. Etem KARA*

ÖZET

Daily Mail, Centros, Überseering, Inspire Art, Sevic ve Cartesio kararlarıyla ATAD; içe göçler ile dışa göçleri ayırmış, üye ülkelerin yerleşme özgürlüğünü sınırlama yetkisi, daha çok dışa göçler açısından kabul etmiştir. İçe göçler açısından ise üye ülkelerin müdahale yetkisi, kamu yararı temelinde sınırlı olarak kabul etmiş ve bu temelde yapılacak düzenlemelerin de Gebhart testi ölçülerini karşılaması gerektiğini ortaya koymuştur. Bu anlamda da üye ülkelerin içe göçler açısından bir başka üye ülkeye ait şirkete müdahale yetkisi neredeyse ortadan kaldırılmıştır. Yeni Ticaret Kanunu ile birlikte Türkiye de aday bir ülke olarak, şirketler hukukunu Birlik hukukuyla uyumlaştırmaya çalışmıştır. Ancak TTK'nin hazırlandığı dönemin kararlara göre erken bir dönem olması ve o dönem itibarıyla konunun henüz netlik kazanmaması, yapılan düzenlemeleri de etkilemiştir. Öyle ki o dönem itibarıyla de konunun bir bütün olarak değerlendirilip sonuca gidilmesi oldukça güçtür.

Abstract

With the Daily Mail, Centros, Überseering, Inspire Art, Sevic and Cartesio rulings, distinction between the “emigration” and “immigration” of the companies were emphasized and restriction by national measures on emigration was mainly accepted. However, restrictions on immigrations by national law is subject to more scrutiny, and depends on meeting the Gebhart test. Turkey as a candidate country to EU took consideration of the community law while preparing the new commercial code in order to comply. However, the time that the TTK was prepared was too early, before the ECJ decisions, as the subject matter was not clear at the time, it effected the new regulations. Such that, at the time the subject matter could not be evaluated in its entirety and was difficult to reach to results.

* Yrd. Doç. Dr., Kıbrıs Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

GİRİŞ

ABAD'ın "Daily Mail" ve "Cartesio" kararları dışa göçlerle ilgilidir. Buna karşın "Centros", "Übeersering", "Inspire Art" ve "Sevic" kararları ise içe göçlerle ilgilidir¹. ABAD dışa göçlerle ilgili verdiği kararlarda üye ülkelerin düzenleme yetkisini tanımış olmasına rağmen, içe göçlerle ilgili kararlarında yerleşme özgürlüğünü sınırlandıracak veya daha az çekici hale getirecek ulusal düzenlemeleri Kurucu Anlaşma'ya aykırı bulmaktadır. Bu nedenle içe göçler açısından üye ülkelere düşen, kararlarda ortaya konulan ölçülere uyumun sağlanmasıyla sınırlı kalmaktadır

Bu nedenle içe göçler açısından Türk hukuku incelenirken, bu kararlarda ortaya konulan ölçülerden hareket edilecek ve Türk hukuku düzenlemelerine de salt konumuzla ilgili olan boyutuyla yer verilecektir. Örneğin merkezi yurt dışında olan bir şirketin Türkiye'de hakim şirket olması Türkiye için bir içe göç teşkil etmesine ve Türk şirketleriyle bu şirketin aynı muameleye tabi tutulma zorunluluğu olacak olmasına karşısında buna ayrıca girilmeyecektir.

İçe göçler açısından üye ülkelere düşen yükümlüğünün, kararlarda ortaya konulan ölçülere uyum sağlanmakla yetinmekten ibaret olması nedeniyle Türk hukuku değerlendirilirken, Türk hukukunun ABAD kararlarıyla uyumlu olup olmadığına bakılacaktır. Bunun yanında içe göçler karşısında Türk hukukunun değerlendirilmesi ve uygulanma koşullarının belirlenmesi, dışa göçler açısından da Türkiye'nin yapacağı tercih açısından temel bir veri teşkil edecek ve böylelikle şirketler hukukunun salt Türkiye pazarıyla veya sınırlarıyla değil, Birlik pazarında faaliyet gösteren ekonominin en önemli aktörleri olan Birlik şirketleriyle de bir bütün olarak değerlendirilmesine hizmet edilmeye çalışılacaktır.

I. AB Şirketler Hukuku ve Türk Şirketler Hukuku

Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun AB şirketler hukuku müktesabatına uyum sağlama amacıyla hazırladığının tekrarına gerek bulunmamaktadır. AB şirketler hukukunda ise ABAD'ın şekillendirici etkisi de bir gerçek olarak karşımıza çıkmakta, hatta ABAD kararlarıyla bizatihi AB şirketinin ne olduğu sorusu cevap bulmakta, bu cevapla birlikte de şirketler hukukuyla ilgili AB düzenlemeleri tam anlamını bulmaktadır. Bu anlamda AB şirketler hukuku ve AB şirketler hukuku anlamında içe göçlerin ne olduğunu anlamak için ABAD kararlarına bakmak gerekmektedir

A. Türk Şirketler Hukukunun İçe Göçlerle İlgili Kararlarla Uyumuna

Türk şirketler hukukunun içe göçlerle ilgili kararlarla uyumuna bakılırken, bu

¹ Söz konusu içe göçlerle ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. KARA, Etem: Avrupa Birliği'nde Şirketlerin Sınırşan Hareketliliği, Ankara 2014, ss.88-129

konudaki en önemli kararlara konu olayların Türk hukukuna uyarlanmasında fayda bulunmakta, bu anlamda da Türk hukuku açısından oluşan resmin çok daha kolay bir şekilde ortaya konulabileceği inancını paylaşmaktayız. Bu nedenle ele alacağımız kararların tarafı olan şirketler, bir Türk şirketi olması kabulüyle hareket edilecek ve böylelikle de karar konu olaylara Türkiye'nin olduğu varsayımıyla hareket edilerek Türk hukukunun olası tutumu ortaya koyulmaya çalışacaktır.

1. Centros ve Türk Şirketler Hukuku

Kurulduğu ülke olan İngiltere'de hiçbir faaliyette bulunmamasına ve gerçekte ise tüm faaliyetlerini şube yoluyla Türkiye'de sürdürmesine rağmen Centros şirketi, şubenin tescili için Türk makamlarına başvurması halinde sonuç ne olacaktır? 6103 Sayılı Türk Ticaret Kanunun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 12. maddesinin birinci fıkrasında, merkezleri Türkiye dışında bulunan bir ticarî işletmenin² veya ticaret şirketinin şubesinin tesciliyle ilgili özel ve ayrıntılı bir düzenleme bulunmaktadır³. Bu hükme göre; "Merkezleri Türkiye dışında bulunan bir ticarî işletmenin veya ticaret şirketinin şubesinin Türkiye'de tescil edilebilmesi için, merkez işletmenin bulunduğu kaynak ülke hukukunun, işletmeler ile ticaret şirketlerinin türlerine göre şubelerinin tescilinde aradığı şartların gerçekleşmiş olması gerekir. Ayrıca, kaynak ülkede tescil için ibrazı gerekli tüm belgeler ile şirketin sözleşmesinin, anonim şirketlerde esas sözleşmenin onaylı suretleri, Türkiye'de tescili yapacak ticaret sicili müdürlüğüne verilir. Bundan başka, şube unvanı, adresi, şubeye ayrılmış sermaye tutarı, şubeyi mahkemeler dahil, özel kuruluşlar ve kamu kuruluşları nezdinde tam yetkili olarak temsil edecek kişi veya kişilerin adları, merkez işletmenin türü, işletme konusu, sermayesinin türü ve tutarı, sicil numarası, internet sitesi, tâbi olduğu hukuk, Avrupa Birliği üyesi olup olmadığı bilgileri ilgili ticaret sicili müdürlüğüne bir beyanname ile bildirilir ve gerekli belgeler eklenir. Tescil edilecek hususlarla şubenin tesciline ilişkin ayrıntılı düzenleme Türk Ticaret Kanunu'nun 26'ncı maddesine göre çıkarılacak yönetmelikte yapılır." şeklinde düzenleme altına alınmıştır.

² Türk hukukunda ticarî işletme kavramıyla ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. ARKAN, Sabih: Ticarî İşletme Hukuku, 6335 Sayılı Kanun'la Değişik Türk Ticaret Kanunu'na Göre Hazırlanmış On altıncı Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2012, ss. 25-34; BAH-TİYAR, Mehmet: Ticarî İşletme Hukuku, Yeni TTK'ya Uyarlanmış 11. Bası, İstanbul 2012, ss. 16-48; KAYIHAN Şaban / YASAN Mustafa: Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticarî İşletme Hukuku, Ankara 2012, ss. 41-49; BOZER Ali/ GÖLE, Celal: Ticarî İşletme Hukuku (6012 Sayılı TTK Çerçevesinde), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2011, ss. 7-12; ÜLGİN, Hüseyin / TEOMAN, Ömer vd: Ticarî İşletme Hukuku, Üçüncü (Tıpkı) Bası, İstanbul 2009, ss. 127-156; POROY, Reha / YASAMAN, Hamdi: Ticarî İşletme Hukuku, Güncellenmiş 13. Bası, İstanbul 2010, ss. 27-46; KARAHAN, Sami: Ticarî İşletme Hukuku, Güncellenmiş 22. Tıpkı Basım, Konya, 2011, ss. 15-22

³ Türk hukukunda merkez ve şube kavramıyla ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. ARKAN, ss. 35-41; BAH-TİYAR, Ticarî İşletme Hukuku, ss. 33-48; KAYIHAN/ YASAN, ss. 49-52; BOZER/ GÖLE, ss. 12-17; ÜLGİN/TEOMAN vd, ss. 156-166; POROY/YASAMAN, ss. 47-48; KARAHAN, ss. 22-28

Ayrıca Türk Ticaret Kanunu'nda da merkezleri Türkiye dışında olan şubelerle ilgili özel hükümler bulunmaktadır. Buna göre Kanun'un 40. maddesinin dördüncü fıkrasında “ Merkezleri Türkiye dışında bulunan ticari işletmelerin Türkiye'deki şubeleri, kendi ülkelerinin kanunlarının ticaret unvanına ilişkin hükümleri saklı kalmak şartıyla, yerli ticari işletmeler gibi tescil olunur. Bu şubeler için yerleşim yeri Türkiye'de bulunan tam yetkili bir ticari mümessil atanır. Ticari işletmenin birden çok şubesi varsa, ilk şubenin tescilinden sonra açılacak şubeler yerli ticari işletmelerin şubeleri gibi tescil olunur” ifadesine yer verilmiş; 48. maddesinin üçüncü fıkrasında da “Merkezi yabancı ülkede bulunan bir işletmenin Türkiye'deki şubesinin ticaret ünvanında, merkezin ve şubenin bulunduğu yerlerin ve şube olduğunun gösterilmesi şartır” hükmü getirilmiştir. Yine aynı kanunun 525. maddesinin birinci fıkrasında ise “ Merkezleri Türkiye dışında bulunan şirketlerin Türkiye şubelerinin müdürleri, şubeye özgü finansal tablolarının ayrıntılı şekliyle, şubesi oldukları şirketin ve varsa bu şirketin dâhil bulunduğu topluluğun, yılsonu tablolarının özetlerini ve yıllık raporlarını merkezin tabi olduğu hukuka göre gerekli olan onaylanmalarından itibaren altı ay içinde 524 üncü madde hükmü uyarınca Türkiye'de yayımlarlar” hükmüne yer verilmiştir.

6103 Sayılı Yürürlük Kanunun 12. maddesinde hüküm altına alınan hususlarla ilgili “ayrıntılı düzenlemelerin Ticaret Sicili Yönetmeliği'nde yapılacağı” belirtilmiştir⁴. Hem TTK'nın hem de Yürürlük Kanunu'nun kabul edildiği dönem itibarıyla Yeni Türk Ticaret Sicil Yönetmeliği çıkarılmamış⁵ ve yeni Tüzük 27/1/2013

⁴ 6335 Sayılı kanun ile hazırlanacak ikincil mevzuat kapsamında, tüzük yerine yönetmelik, yönetmelik yerine tebliğ çıkarılması öngörülmüştür(6335 Sayılı Kanun, m.40 ve 46/1-4, TTK. M.1527). BAHTİYAR, Mehmet: 6335 Sayılı Kanun İle Yeni TTK'da Yapılan Değişiklikler ve İşletmeler/Şirketler İçin TTK'ya Uyum Takvimi, İstanbul 2012, s.32 (6335 Sayılı Kanun)

⁵ MOROĞLU, bu durumu eleştirmekte ve tam ifadesinde de; “Türk Ticaret Kanunu Tasarısının 26. maddesinde Ticaret Sicili Tüzüğü'nün çıkarılması öngörülmüştür. Kural olarak, yâni aksi kanunla öngörülmüş olmadıkça, eski kanuna göre çıkarılmış olan tüzükler, o kanunla birlikte yürürlükten kalkar ve yeni kanuna göre yeni tüzükler yürürlüğe konulur. Bu tüzüklerin 'yürürlüğü ve uygulanma şekli' ise, Yürürlük ve Uygulama Kanununda düzenlenir. Hal böyle iken, Tasarının sadece 11. maddesinin 4. fıkrasında 'Ticaret Sicili Tüzüğünde yapılacak değişiklikler Türk Ticaret Kanununun kabulünden itibaren altı ay içinde gerçekleştirilir' şeklinde yanlış ve yetersiz bir hükme yer verilmiştir. Bir kere 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile birlikte ona müsteniden çıkarılmış olan Ticaret Sicili Tüzüğü de yürürlükten kalkacağına ve yeni kanuna müsteniden yeni bir tüzük yürürlüğe konulacağına ve Tasarılar da bunun aksine bir hüküm bulunmadığına göre, 4. fıkra da 'Ticaret Sicili Tüzüğünde yapılacak değişiklikler...'den söz edilmesi hatalıdır. İkinci olarak, 4. fıkra da Ticaret Sicili Tüzüğü'nün 'Türk Ticaret Kanunu'nun kabulünden itibaren altı ay içinde' çıkarılacağı hükmüne yer verilmiş ise de, bu sürenin Türk Ticaret Kanunu'nun (TBMM'nde) kabulünden itibaren başlatılması da çok hatalıdır. Böylece, Tasarının TBMM'nde kabulü ile kanun haline gelmeyeceği (Anayasa md. 89) ve yeni Türk Ticaret Kanunu ile Uygulama Kanunu yürürlüğe girmeden yürürlüğe giremeyecek olan söz konusu hükmün hukuken hiçbir anlam taşımayacağı gözden kaçılmaktadır. Hukuki dayanağını oluşturan kanun yürürlüğe girmeden onun tüzüğüne yürürlük kazandırılmak istenmesi hukuken yanlıştır. Bir tüzük en erken hukuki dayanağı olan kanun hükmüyle birlikte yürürlüğe girmelidir. Nitekim 6763 sayılı

tarihinde Resmi Gazetede yayınlanmıştır⁶. Çıkarılan tüzükte ise merkezi yurt dışında bulunan ticari işletmelerin Türkiye'deki şubelerinin tescili hususu da kanun hükmü doğrultusunda ayrıca düzenlenmiştir. Buna göre yapılacak başvuru ve aranacak belgeler Tüzüğün 122. maddesinden şu şekilde düzenlenmiştir: “ 1.Merkezleri Türkiye dışında bulunan ticari işletmelerin Türkiye'deki şubelerinin tescilinde aşağıdaki belgeler müdürlüğe verilir: (a) Ticari işletmenin merkezinin bulunduğu kaynak ülke hukukunun, şube açacak işletme için tescilde aradığı şartların yerine getirildiğini ve şubenin tescili için ibrazı gerekli olan belgeleri gösteren yetkili makamdan alınmış yazı ve bir nüsha Türkçe çevirisi, (b) Kaynak ülkede şubenin tescili için ibrazı gerekli tüm belgeler, (c) Merkez işletmenin güncel sicil kayıtlarını içeren belgenin ve şirketlerde şirket sözleşmesinin onaylı birer örneği ile birer nüsha Türkçe çevirisi, (ç) Merkezin yetkili organının şube açma ve şubeye Türkiye'de yerleşik tam yetkili temsilci atanmasına ilişkin kararının aslı ve bir nüsha Türkçe çevirisi, (d) Şube açacak merkezin unvanı, türü, işletme konusu, sermayesinin türü ve tutarı, kuruluş tarihi, sicil numarası, tabi olduğu hukuk, Avrupa Birliği üyesi olup olmadığı, internet sitesi, şubenin unvanı ve şubeye ayrılmış sermaye tutarı, şubeyi mahkemeler dahil, özel kuruluşlar ve kamu kurum ve kuruluşları nezdinde tam yetkili olarak temsil edecek kişi veya kişilerin adı ve soyadı, kimlik numarası ve yerleşim yeri ile şubenin adresini içeren merkezin yetkilileri tarafından imzalanmış beyannamenin aslı ve bir nüsha Türkçe çevirisi, (e) Şube açma kararında, Türkiye'deki şubeyi mahkemeler dahil, özel kuruluşlar ve kamu kurum ve kuruluşları nezdinde tam yetkili olarak temsil edecek kişi veya kişiler ile bunlara verilen yetki belirtilmemiş ise bu konulara ilişkin düzenlenen vekaletnamenin aslı ve bir nüsha Türkçe çevirisi,. (f) Şubeyi temsil edecek kişi veya kişilerin noter onaylı imza örnekleri, (g) Açılması Bakanlık veya diğer resmi kurumların iznine veya uygun görüşüne tabi olan şubeler için bu izin veya uygun görüş yazısı. 2. Merkezi Türkiye dışında bulunan ticari işletmenin Türkiye'de birden çok şubesi varsa, ilk şubenin tescilinden sonra açılacak şubeler yerli ticari işletmelerin şubeleri gibi tescil olunur”. Tescil işlemi ise Tüzüğün 123. maddesinde şu şekilde

Uygulama Kanununun 12. maddesinde bu esas benimsenmiştir. Ayrıca belirtelim ki, Tasarı'daki düzenlemenin pratik bir yararı da yoktur. Gerçekten, tüzüğü düzenlemekle görevli olan icra organının bunun hazırlıklarına tasarının kanunlaştırılmasından önce başlamasına hiçbir engel yoktur. Böyle bir hazırlık için bir kanun hükmünün de gerekli olmadığını ortaya koymuştur. MOROĞLU, Erdoğan: “*Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü Ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun Tasarısı İle Gerekçelerine Dair Değerlendirme Ve Öneriler*”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 80, Sayı: 6, 2006, ss.2386- 2386; Ayrıca 6335 Sayılı Kanun ile süre uzatılmış ve bu süre 01.07. 2012 tarihinden itibaren 6 ay olarak belirlenmiştir. İkincil mevzuat, yetkili makamlar ve yürürlüğe konulma şekli hakkında bilgi için bkz. BAHTİYAR, “6335 Sayılı Kanun”, ss.34-35

⁶ Hemen belirtelim ki eski Ticaret Sicil Tüzüğü ise sicil memurun kendisine sunulan belgeler üzerinde inceleme yapma ve bu inceleme doğrultusunda da tescil talebini karara bağlama yetkisi bulunmaktadır. BAHTİYAR, Mehmet: “*Türk Ticaret Kanunu ile Avrupa Birliği'nin Üçüncü Konsey Yönergesi Açısından Anonim Ortaklık Birleşmeleri ve Denetimi*”, Şirket Birleşmeleri (Eds. Haluk SÜMER ve Helmut PERNSTEINER), İstanbul 2004, s. 19

düzenleme altına alınmıştır: “1. Merkezi yurtdışında bulunan bir ticari işletmenin Türkiye şubesinin açılışında aşağıdaki olgular tescil edilir: (a) Merkezin ticaret unvanı ile varsa işletme adı ve ticari işletmenin merkezi, (b) Merkez işletmenin sermayesi, (c) Şubeye ayrılmış sermaye, (ç) Şubenin ticaret unvanı ile varsa işletme adı ve adresi, (d) Şubenin faaliyet konusu, (e) Ticari temsilci için yetkili organ kararı, (f) Şubeyi tam yetkili olarak temsil edecek kişi veya kişilerin adı ve soyadı, vatandaşlığı, kimlik numarası ve yerleşim yeri”.

Bu özel düzenlemeler karşısında Centros şirketinin şubesinin tescilinde, Türk hukuku açısından bir sıkıntı görülmemektedir. Burada tescilde açıklama yükümlülüklerine dair bir takım şartların yerine getirilmesinin aranmış olması, Birlik hukukuyla aykırılık iddiasını gündeme getirebilir. Ancak, On Birinci Yönerge hükümlerinin açıklama yükümlülüklerine ilişkin olması ve de açıklama yükümlülüklerini yerine getirmeyen şubelere, üye devletlerin uygun cezai düzenlemeleri getirebileceklerini ihtiva etmesi karşısında, Birlik hukukuyla çelişik bir durum söz konusu olmayacaktır⁷. Kanunun düzenlemesinde esas bakılması gereken, tam yetkili ticari mümessil şartıdır⁸ ve bu şartı Gebhard testine tutmak gerekmektedir. Buna göre tam yetkili mümessil şartının⁹, kamu yararı temelinde adil, amacı gerçekleştirmeye elverişli ve de ölçülü olduğu söylenebilir. Ancak bu şartın ayrımcılığa yer verilmeden bütün şubeler için uygulanabilir olduğunu söylemek oldukça güçtür. Nitekim merkezi Türkiye’de bulunan şubeler için bu şart aranmamakta, hükmün uygulanması da merkezi Türkiye dışında olan şubelerle sınırlı kalmaktadır. Bu anlamda, merkezi Türkiye dışında olan şubelerle ilgili tam yetkili ticari mümessil şartının Gebhard testinden geçemeyebileceği ve bu durumda da Topluluk hukukuna aykırılık teşkil edeceği kanaatindeyiz. Ekleme gerekir ki Centros şirketinin şubesinin tescili ile ilgili en önemli sıkıntıyı, MÖHUK m.9/4’ün ikinci cümlesi oluşturmaktadır. Nihayetinde hissedarları Türkiye’de ikamet eden Türk vatandaşlarından oluşan şirket, kurulduğu ülke olan İngiltere’de hiçbir faaliyette bulunmamakta ve gerçekte ise tüm faaliyetlerini şube yoluyla

⁷ On Birinci Direktif (21 Aralık 1989 Tarihli, 89/666/EEC sayılı), bir üye ülkede şube açan bir başka üye ülke hukukuna tabi belirli tür şirketlerin açıklama yükümlülüklerine ilişkindir. Direktif metni için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1989:395:0036:0039:EN:PDF> , 21.05.2015

⁸ Ticari mümessil, işletme sahibi tarafından, işlerini yönetmek ve kendisini temsilen imza atmak üzere açık veya zimni olarak kendisine yetki verilen tacir yardımcısıdır. Çok geniş yetkiye sahiptir ve bu nedenle adeta tacirin kendisi gibi adlandırılır. Bu nedenle tam yetkili ticari mümessilin yetkilerinin daha da geniş olacağı ve kanunun ifadesi karşısında da bunu sınırlamanın zor olacağı açıktır. Ticari mümessil kavramıyla ilgili açıklamalar için bkz. ; BAHTİYAR, Ticari İşletme Hukuku, ss. 176-180; POROY/YASAMAN, ss. 239-241; ÜLGEN/ TEOMAN vd., ss. 564-578; ARIKAN, ss.1 66-179; KARAHAN, ss. 297-308

⁹ Kanun koyucu, İsviçre hukukundaki düzenlemeye benzer şekilde, burada da ikametgahı Türkiye’de bulunan tam yetkili bir ticari mümessilin tayinini zorunlu kılmıştır. GÜVEN, Pelin: Ortaklıkların Merkez Değişikliğinde Birleşme Bölünme Malvarlığının veya İşletmenin Devrinde Uygulanacak Hukuk ve Uyuşmazlıkların Çözümü, Yenilenmiş İkinci Bası, Ankara 2008, s. 116

Türkiye’de sürdürmektedir. Bu durumda gerçek idare merkezi esasını uygulamanın önünde bir engel bulunmamaktadır. Dolayısıyla, Türk makamları da Danimarka makamları gibi davranabilecek ve gerçek idare merkezi esasından (fiili idare merkezi) hareketle, şirketin talebine olumsuz cevap verebilecektir¹⁰. Bu halin, Centros kararında ortaya çıkan ölçüler çerçevesinde, Birlik hukukuyla bağdaşmayacağı ve bizzatıhi Birlik hukukuna aykırılık teşkil edeceği açıktır.

2. Überseering Kararı ve Türk Şirketler Hukuku

Überseering şirketinin hisselerinin Türk vatandaşlarınca devralınması karşısında türk hukukunun tutumu ne olurdu sorusu sorulabilir. Türk hukukuna göre ise bir şirketin tabi olacağı hukuk, kural olarak statüdeki idare merkezine göre belirlenmektedir. Ancak MÖHUK’un 9/4. maddesinin ikinci cümlesinde statüdeki idare merkezi esasına bir istisna getirilmiştir. Bu istisna kuralına göre, statüdeki idare merkezi yurtdışında olan ama fiili idare merkezi Türkiye’de olan şirketlere, Türk hukuku uygulanabilecektir. Buna göre, statüdeki idare merkezi yabancı bir ülkede olan ancak fiili idare merkezi Türkiye’de olan bir şirkete, Türk hukukunun uygulanması büyük bir olasılıkla şirketin tanınmaması sonucunu doğuracaktır. Nihayetinde şirketin statüsünün Türk hukuku olarak kabulü halinde; şirketin kuruluşuna, tüzel kişilik kazanmasına, hak ve fiil ehliyetine, organizasyonuna ve şirketin temsili gibi konulara Türk hukuku uygulanacaktır. Bu halde şirket, Türk hukukuna uygun olarak kurulmadığı ve tüzel kişilik kazanmadığı; bir başka deyişle, Türk Ticaret Kanunu’nun aradığı koşulları yerine getirerek ticaret siciline tescil edilmediği için tanınmayacaktır¹¹.

Ekleme gerekir ki bir istisna kuralı olarak fiili idare merkezi kavramından anlaşılması gereken, gerçek idare merkezidir. Maddedeki ifadede, bu istisnai hükmün tek yanlı olduğu, ancak emredici olmadığı anlaşılmaktadır. Hükmün bu niteliğinin sonucu olarak, mahkeme önüne gelen bir olayda, şirketin gerçek idare merkezinin Türkiye’de olduğunun ilgililerce ispat edilmesi gerekecek ve mahkeme de gerektiğinde Türk hukukunu uygulayabilecektir¹². Bu anlamda, MÖHUK sisteminde statüdeki idare merkezi esası benimsendiği, gerçek idare merkezi ise hâkimin takdirine

¹⁰ TEKİNALP, Gülören: “Milletlerarası Özel Hukukta Ortaklıkların Merkezi Kriteri AT Hukuku ve MÖHUK”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt 29,Sayı 1-2, 1999-2000, ss. 909-921, s. 920; Bu halde ilgililer, verilen red kararının tebliğ tarihinden itibaren sekiz gün içerisinde sicil bulundığı yerdeki Asliye Ticaret Mahkemesine itiraz edebilecektir. [Yeni TTK m.34 (eTTK m.36); TSY m.39]. BAHTİYAR, “Üçüncü Konsey Yönergesi”, s. 20

¹¹ AYGÜL, Musa: Milletlerarası Özel Hukukta Şirketlere Uygulanacak Hukukun Tespiti, Ankara 2007, s.195

¹² ÇELİKEL, Aysel / ERDEM, B.Bahadır: Milletarası Özel Hukuk, Yenilenmiş 11. Bası, İstanbul 2012, s. 207; NOMER, Ergin: Devletler Hususi Hukuku, Yenilenmiş 19.Bası, Beta, İstanbul 2011,s. 193

bağlı olarak istisnaen kabul edildiği söylenebilir¹³. Ancak AB’de idare merkezi teorisi takipçisi ülkelerde olduğu gibi, TTK sisteminde de şirketin kuruluş yeri ile statüdeki idare merkezinin bir ve aynı yerde olması aranmış¹⁴, getirilen düzenlemelerde de bu esastan hareket edilmiştir. Türk Ticaret Kanununda şirketlerin idare merkezlerinin bulunduğu yerde kurulma ve ana sözleşmelerinde de idare merkezlerini gösterme zorunluluğuna ilişkin hükümler (Yeni TTK 213, 215, 354,587), bu anlayışın ürünü düzenlemelerdir. Bu anlamda Türk hukukuna göre kurulan bir şirketin, statüdeki idare merkezi de her daim Türkiye’de olacaktır¹⁵. Bu anlamda, gerçek kişilerin yerleşim yerinin “sürekli kalmak niyetiyle oturulan yer” olmasına karşın, şirket işlemlerinin yapıldığı ve işlerin yönetildiği yerin (MK m.51), yani gerçek idare merkezinin, şirket statüsünde gösterilmesi istenen yer olduğu açıktır (TTK m.213, b.3, 339, b.1,576, b.1, KoopK m.3,b.3)¹⁶.

Sonuç olarak, Überseering kararına benzer bir olay, aynı dönem itibariyle Türkiye’de yaşanmış ve davalı Türk şirketi de davacı Überseering şirketinin idare merkezinin Türkiye’de olduğunu ispat etmiş olsaydı, büyük bir olasılıkla Türk mahkemeleri de Alman yerel mahkemeleri gibi hareket edecekti. Kaldı ki Überseering kararında, şirketin idare merkezinin Almanya’da olduğunu iddia eden taraf, davalı Alman şirkettir¹⁷. MÖHUK’un 9/4. maddesinin ikinci cümlesinde ifadesini bulan istisna kuralı karşısında, Türk mahkemelerinin bugün için dahi benzer yönde karar vermesi ve Überseering konumundaki şirketlerin tüzel kişiliğini tanımama olasılığı her daim mevcuttur. Bu da Birlik hukukuna aykırılığı beraberinde getirmekte ve idare merkezi teorisi etkisi yaratan MÖHUK’un 9/4. maddesinin ikinci cümlesinde ifadesini bulan istisna kuralının da, Gebhard testinden geçme ihtimalini olanaksız kılmaktadır. Nitekim Überseering kararında ABAD, yerleşme özgürlüğünün ön şartının şirketlerin tanınması olduğu ve kamu yararı temelinde dahi olsa, bir şirketin tüzel kişiliğinin tanınmayarak taraf olma hakkından mahrum bırakılamayacağını özellikle vurgulamıştır¹⁸.

¹³ TEKİNALP, s.920; ANSAY, Tuğrul: “Yabancı Şirketlerin Serbest Yerleşmesi ve Tanınması”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (Prof. Dr. Gülören TEKİNALP’E Armağan), Cilt:23, Sayı:1-2, 2003, ss.1-18, s.16

¹⁴ ÇELİKEL/ ERDEM, s. 207

¹⁵ TEKİNALP, s. 919

¹⁶ PULAŞLI, Hasan: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa göre Yeni Şirketler Hukuku Genel Esasları, Ankara 2012, s. 63

¹⁷ Überseering Case, para. 25

¹⁸ LOWRY, John: “Eliminating Obstacles to Freedom Of Establishment: The Competitive Edge Of UK Company Law”, Cambridge Law Journal, Volume: 63, Issue:2, 2004, pp. 331-345, s. 338; WOOLDRIDGE, Frank: “Überseering: Freedom of Establishment of Companies Affirmed”, EBLR, 2003, pp. 227-235,s. 233

3. Inspire Art ve Türk Şirketler Hukuku

Centros kararında yaptığımız değerlendirmeler, Inspire art kararı içinde geçerlidir. Türk Hukukunda merkezleri başka ülkede olan şubelerle ilgili özel düzenlemeler karşısında, Inspire Art şirketinin şubesinin tescilinde Türk hukuku açısından bir sıkıntı görülmemektedir. Bu özel düzenlemelerle şubenin tescilinde, açıklama yükümlülüklerine dair bir takım şartların yerine getirilmesinin aranmış olması, Inspire Art kararında olduğu gibi, Birlik hukukuna aykırılık iddialarını gündeme getirebilir. Ancak, On Birinci Direktif hükümlerinin açıklama yükümlülüklerine ilişkin olması ve de açıklama yükümlülüklerini yerine getirmeyen şubelere, üye devletlerin uygun cezai düzenlemeleri getirebileceklerini ihtiva etmesi karşısında, Birlik hukukuyla çelişik bir durum söz konusu olmayacaktır¹⁹. Kanunun düzenlemesinde esas bakılması gereken, yine tam yetkili ticari mümessil şartıdır ve bu şartı Gebhard testine tabi tutmak gerekecektir. Buna göre tam yetkili mümessil şartı²⁰, ayrımcılığa yer verilmeden bütün şubeler için uygulanabilir olmadığından Gebhard testini geçemeyecektir. Inspire Art şirketinin tescili için burada da en büyük sıkıntıyı MÖHUK m.9/4'ün ikinci cümlesi oluşturacaktır. Bu anlamda da, Türk Centros şirketi bahsinde ifade edildiği üzere, Inspire Art şirketinin tescil talebinin reddedilmesi ve ayrıca bir şekilde sicile tescili halinde, Hollanda'da yaşanan sürecin Türkiye'de de yaşanması muhtemeldir.

Ekleme gerekir ki Inspire Art kararı, kendinden önce verilen Daily Mail, Centros ve Überseering kararlarından farklıdır. Centros kararıyla bir benzerlik kurulmaya çalışılabilirse de her iki kararın ortak noktası, ikincil yerleşme hakkından yararlanılabilmek için başka ülkede şube yoluyla faaliyette bulunmakla sınırlıdır²¹. Nihayetinde ABAD, Centros ile birlikte önceki davalarda, daha çok şirketlerin sicile kaydı ve usule ilişkin sorunlarla karşı karşıya kalmışken, bu davada ise maddi şirketler hukuku meseleleriyle karşı karşıya kalmış ve yerleşme özgürlüğüyle uyumlu olmayan maddi şirketler hukuku düzenlemelerine dair çok önemli bir karara imza atmıştır²². Böylece ABAD, şirketlerin açıklama yükümlülüğü, asgari sermaye, yöneticilerin sorumlulu-

¹⁹ On Birinci Direktif (21 Aralık 1989 Tarihli, 89/666/EEC sayılı), bir üye ülkede şube açan bir başka üye ülke hukukuna tabi belirli tür şirketlerin açıklama yükümlülüklerine ilişkindir. Direktif metni için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1989:395:0036:0039:EN:PDF>, 25.8.2015

²⁰ GÜVEN, s. 116

²¹ ZIMMER, "Daniel: *Case C-167/01, Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v. Inspire Art Ltd., judgment of 30 September 2003*", Common Market Law Review (CMLR), Volume: 41, pp.1127–1140, Netherland, 2004, s.1130; Centros ve Inspire kararının her ikisinde ikincil yerleşme özgürlüğüyle ilgili olmakla birlikte, Inspire Art kararında tanıma konusunda bir problem olmayıp yerleşme özgürlüğüyle bağdaşmayacak şekilde ek yükümlülüklerin getirilmesi söz konusudur bkz.HIRT, Hans C.: *"Freedom of Establishment, International Company Law and the Comparison of European Company Law Systems after the ECJ's Decision in Inspire Art Ltd"*, European Business Law Review, Volume :15, Issue: 5, 2004 , pp. 1189- 1122, s.1202.

²² LOWRY, s. 342

ğu, yıllık hesapların tutulması ve dosyalanması gibi Hollanda maddi şirketler hukukuna ilişkin düzenlemeleri yerleşme özgürlüğüne aykırı bulmuştur. Bu noktada, yeterince ayrıntılı hükümler içeren On Birinci Direktif düzenlemelerini aşacak şekilde ek yükümlülükler getiren Ulusal şirketler hukuku kuralları yerleşme özgürlüğüne aykırı olacak²³ ve şube yoluyla yerleşilen ülkede yönerge gereklerini yerine getiren şirketlerin, ulusal maddi şirketler hukuku karşısında, yerleşme özgürlüğü üstün tutulması gerekecektir. Kaldı ki ABAD, şirketin kurulduğu ülkede hiçbir faaliyette bulunmaksızın, işlerinin tamamını veya tamamına yakınına bir başka ülkede yürütmesinin ve sağladığı avantajlar nedeniyle kurulduğu ülke hukukunu seçmesinin, ortak pazar anlayışının doğal gereği olarak, yerleşme özgürlüğünün kötüye kullanımı teşkil etmeyeceğini²⁴, Centros'tan bir adım öne giderek açıkça ifade etmiştir²⁵.

Türk hukukunda, 4875 Sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu'nu ile Hollanda WFBV arasında benzerlik kurulabileceği bir an için akla getirilse de, bunu söylemek oldukça zordur. Bir kere kuruluş yeri teorisini benimseyen Hollanda, sahte-yabancı şirketler (pseudo-foreign) kavramı ile ilgili olarak California ve New-york'ta uygulanan sistemi, WFBV ile yasalaştırmış²⁶; böylelikle de şirket kurucularının serbest iradeleriyle şirketin tabi olacağı hukuku seçebilme olanaklarına, şirketin yakından bağlantıda olduğu, ticari faaliyetlerinin yoğunlaştığı ya da merkezin bulunduğu yer hukuku lehine müdahale ederek, bir bakıma, kuruluş yeri kıstasını idare merkezi kıstasına yaklaştırmaya çalışmıştır²⁷. Oysa 4875 Sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu'nu doğrudan yabancı yatırımları düzenlemekle birlikte, Hollanda WFBV gibi hükümler ihtiva etmemekte ve genel esasları belirlemekle yetinmektedir. Kaldı ki Kanun, Hollanda WFBV gibi, Türk hukukunun atlatılmasını önlemeyi değil, yabancı yatırımcıyı Türkiye'de yatırım yapmaya özendirmeyi ve de teşvik etmeyi amaçlamaktadır²⁸. Nitekim bu husus, Kanunun birinci maddesinde açıkça ifade edilmiştir²⁹. Bununla birlikte, kanunun bizi ilgilendiren ve bizim için ilgi çekici

²³ LOWRY, s. 342

²⁴ LOOIJESTIJN-CLEARIE, Anne: Have the dikes collapsed? Inspire Art a further breakthrough in the freedom of establishment of companies?, European Business Organization Law Review, Volume:5, Issue: 2, 2004, pp.389-418, ss. 397-398

²⁵ ANGELETTE, Benjamin: "The Revolution That Never Came and The Revolution Coming—De Lasteyrie Du Salliant, Marks & Spencer, Sevic Systems and The Changing Corporate Law in Europe", Virginia Law Review, Volume: 92, Issue:6, 2006 , pp.1189-1123, s. 1202

²⁶ ÖZEL, Sibel : "Avrupa Adalet Divanı'nın Inspire Art Kararı Üzerine Bir İnceleme", Prof. Dr. Tuğrul ANSAY'a Armağan, Ankara 2006, s. 469

²⁷ ÖZEL, s.468

²⁸ DEMİR GÖKYAYLA, Cemile / SURAL, Ceyda: "4875 Sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu ve Getirdiği Yenilikler", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 6, Sayı: 2, 2004, s. 135; Kanunun amacı ve kapsamı hakkında bilgi için bkz. EKŞİ, Nuray: *Yabancılar Hukukuna İlişkin Temel Konular*, 3. Bası, İstanbul 2011, s.154

²⁹ Kanunun birinci maddesinde "Bu Kanunun amacı, doğrudan yabancı yatırımların özendirilmesine, yabancı yatırımcıların haklarının korunması ile yatırım ve yatırımcı tanımlarında uluslararası

bulunan bir hükmü de bulunmaktadır. Buna göre “ Uluslararası anlaşmalar ve özel kanun hükümleri tarafından aksi öngörülmedikçe; yabancı yatırımcılar tarafından Türkiye’de doğrudan yatırım yapılmasının serbest olduğu, yabancı yatırımcılarla yerli yatırımcıların eşit muameleye tabi tutulacağı (m.3-a/1,2)” düzenleme altına alınmıştır. Burada bahsi geçen “eşit muameleye tabi tutulma” ilkesi ile Gebhart testinin unsurlarından olan ayrımcılık yasağı aynı paraleldedir. Kanunun Resmi Gazete’de yayın tarihi 17/06/2003 olduğu göz önünde bulundurulduğunda, şirketlerin sınır aşan hareketliliği konusunun temel ilkelerinden olan “ayrımcılık yasağı” veya “eşit muameleye tabi tutulma” ilkesinin, erken sayılacak bir dönemde yatırım hukuku düzenlemeleriyle Türk hukukuna girmiş olduğu görülmektedir.

4. Sevic Kararı , Sınırötesi Birleşmeler ve Türk Şirketler Hukuku

Sevic kararında temel olarak ifade edilen, birleşmelerde, bir başka üye ülke hukukuna tabi şirketlere eşit davranılması gerektiği ve onlara karşı ayırım yapılamayacağıdır³⁰. Kararda da belirtildiği üzere, sınırötesi birleşmeler ve diğer şirket transformasyonları, üye ülke şirketleri arasındaki işbirliği ve güçlenme ihtiyacından doğmakta, bu nedenle iç pazarın düzgün işlemesi açısından da önemli bir yerleşme özgürlüğü uygulamasını oluşturmaktadır. Yerleşme özgürlüğü güvencesi kapsamında şirketler, birleşme yoluyla ekonomik faaliyetlerini kesintiye uğratmaksızın ve yeni bir formda gerçekleştirme imkânına kavuşmakta, böylece diğer bütünleşme tiplerinin yaratacağı karmaşanın azaltılarak maliyet ve zamandan tasarruf edilebilme olanağı doğmaktadır³¹. Bu anlamda da kararın etkisi, yerleşme özgürlüğünün bir parçası olması sebebiyle, genel olarak, diğer şirket transformasyonlarını kapsayacak şekilde genişleyecektir³². Nihayetinde sadece ulusal şirketler için bölünmelere³³ ve devralmalara izin veren üye ülke hukukları da yerleşme özgürlüğüne aykırılık teşkil edebilecektir³⁴. Türk hukukunda sınır ötesi birleşmelere ilişkin açık bir düzenleme görülmemektedir.

standartlara uyulmasına, doğrudan yabancı yatırımların gerçekleştirilmesinde izin ve onay sisteminin bilgilendirme sistemine dönüştürülmesine ve tespit edilen politikalar yoluyla doğrudan yabancı yatırımların artırılmasına ilişkin esasları düzenlemektir. Bu Kanun, doğrudan yabancı yatırımlara uygulanacak muameleyi kapsayacağı” düzenleme altına alınmıştır.

³⁰ ATAD Sevic öncesinde, istikrarlı bir şekilde ayrımcılık yasağını vurguladığı ve içeriğinin ayrıntılandırıldığı hatırı sayılır ölçüde kararları bulunmaktadır. Aynı yönde görüş için bkz. ANDENAS Mads and WOOLDRIDGE, Frank: *European Comparative Companies Law*, Cambridge 2009, s. 11

³¹ Sevic case, para. 21

³² PAPADOPOULOS, Thomas: “*EU Regulatory Approaches to Cross-border Mergers: Exercising the Right of Establishment*”, *European Law Review*, Volume: 36, Issue: 1, 2011, pp.71-97, s.76-78; SIEMS, Mathias M.: “*SEVIC: Beyond Cross-Border Mergers*”, *European Business Organization Law Review (EBOR)*, Volume: 8, Issue:2, 2007, pp.307-316,s. 316

³³ SIEMS, ss. 314-315

³⁴ SIEMS, , ss. 314-316

Mevcut kanunda hüküm altına alınan birleşmeler ise, daha çok ulusal birleşmeleri kapsayacak şekilde TTK'da düzenleme altına alınmış izlenimi vermektedir. Türk Ticaret Kanunu'nda ise şirketlerinin birleşme, bölünme ve tür değiştirme yoluyla yeniden yapılandırılmalarını düzenleyen TTK 134-193 hükümleri ise Birlik'tan alınmış, ticari işletmelerin birleşme ve tür değiştirmesine ilişkin TTK m. 194 hükmü ise Adalet Komisyonu aşamasında kanun metnine ilave edilmiştir³⁵. Ancak yapılan yeni düzenlemelerde de bir üye ülke şirketinin, bir Türk şirketi ile Türk hukukuna göre birleşip birleşmeyeceğine ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır³⁶. Örneğin, birleşme sözleşmesinin içeriğini düzenleyen TTK m.146/1'de "Birleşmeye katılan şirketlerin ticaret unvanlarını, hukuki türlerini, merkezlerini; yeni kuruluş yolu ile birleşme hâlinde, yeni şirketin türünü, ticaret unvanını ve merkezinin" birleşme sözleşmesinde yer alacağı; yine inceleme hakkının kullanılmasına ilişkin TTK m.149/1'de "Birleşmeye katılan şirketlerden her biri, merkezleriyle şubelerinde ve halka açık anonim şirketler ise Sermaye Piyasası Kurulunun öngöreceği yerlerde, genel kurul kararından önceki otuz gün içinde" söz konusu sözleşme ve raporların ilgililerin incelemesine sunmakla yükümlü olduğu hususu, düzenlenmiştir. Bu hükümlerde şirket merkezlerine yer verilmişse de, bu ifadeyi merkezi yurt dışında bulunan şirketleri de kapsayacak şekilde genişletmek ve bu ifadelerden, üye ülke şirketlerinin de Türk şirketleriyle eşdeğer bir şekilde birleşmeye katılacağı sonucunu çıkarmanın oldukça güç olacağı, kural olarak, ileri sürülebilmesinde haklılık payı vardır. Ancak TTK düzenlemelerinin AB şirketler hukukuna uyumu hedeflediği ve yine TTK'nın da AB şirketler hukuku düzenlemelerinden bağımsız olarak anlamlandırmanın zor olduğu gerçeği karşısında, AB şirketlerini de aynı muamelenin uygulanması gerektiği sonucuna gitmenin önünde de bir engel bulunmaktadır.

Buna karşın bölünmeye ilişkin hükümlerden³⁷, dolayısıyla da olsa, üye ülke şirketlerinin de bölünmeye katılabilmesini olanaklı kılacak ve bu sonuca varmamızı sağlayacak nispeten daha açık bir hüküm olduğu akla gelebilir³⁸. Bölünmeye katılan şirketlerin ikinci derecede sorumluluğunu düzenleyen TTK m.176/2'de "İkinci derecede sorumlu olan şirketlerin takip edilebilmeleri için, alacağın teminat altına

³⁵ KENDİGELEN, Abuzer: Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, Birinci Baskı, İstanbul, 2011, s. 110

³⁶ Şirketlerin birleşmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. PULAŞLI, s. 85- 146; BAHTİYAR, Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, Yeni TTK'ya göre Yazılmış 7. Baskı, İstanbul, 2012, ss. 50-55

³⁷ Şirketlerin bölünmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. PULAŞLI, s.147-187; BAHTİYAR, Ortaklıklar Hukuku, ss. 55- 59.

³⁸ Bölünme ile ilgili Avrupa Birliği'nin 17.12.1982 Tarih ve 82/891/EEC Sayılı, Halka Açık Sınırlı Sorumlu Şirketlerin Bölünmesi Hakkında 6. Yönergesi bulunmaktadır. İlgili olduğu konuda üye ülke hukuklarını uyumlaştırmayı amaçlayan bu Yönerge hükümleri, model bir düzenleme teşkil etmektedir. Bununla birlikte üye ülkeler, bölünmeyi düzenlerken, Yönerge hükümlerine riayet etmesi gerekmektedir. ÇEBİ, Hakan: Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Ortaklıkların Bölünmesi, İstanbul, 2010, s.16

alınmamış ve birinci derecede sorumlu şirketin; iflas etmiş, konkordato süresi almış, aleyhinde yapılan bir icra takibinde kesin aciz vesikası alınmasının şartları doğmuş, merkezi yurt dışına taşınmış ve artık Türkiye’de takip edilemez duruma gelmiş veya yurt dışındaki merkezinin yeri değiştirilmiş ve bu sebeple hukuken takibi önemli derecede güçleşmiş, olması gerektiği ” hususu düzenlenmiştir. Söz konusu madde- nin birinci fıkrası³⁹ ile “yurt dışındaki merkezinin yeri değiştirilmiş” ifadesi birlikte değerlendirilerek, üye ülke şirketlerinin de bölünmeye katılabilmesinin mümkün olduğu söylenebilir. Bu sonuca da TTK düzenlemelerinin AB şirketler hukukuna uyumu hedeflediği ve yine TTK’nın da AB şirketler hukuku düzenlemelerinden bağımsız olarak anlamlandırılmayacağı esastan hareket edilerek ulaşmanın önünde de bir engel bulunmaktadır.

Sevic kararına konu olayda, birleşme söz konusudur ve bizim de cevabını aradığımız “Türk Sevic şirketi ile Luksemburg şirketi, Türk hukukuna göre birleşebilir mi birleşemez mi?” sorusudur. Ticaret Sicil Yönetmeliği uyarınca sicil memurunun kendisine sunulan belgeler üzerinde inceleme yapma ve bu inceleme doğrultusunda da tescil talebini karara bağlama yetkisi bulunmaktadır. Konuya ilişkin TTK’da açık bir hüküm olmaması karşısında, birleşmenin tarafı olan şirketler, tescil için Ticaret siciline başvurduğunda, sicil memuru birleşme sözleşmesinin içeriğinden, birleşmeye katılan şirketlerden birinin merkezinin Lüksemburg’ta olduğunu ve bu şirketin statüdeki merkezinin Türkiye’de olmaması nedeniyle ilgililerin incelemesine sunmakla yükümlü belgeleri sunmadığını her zaman için tespit edebilecektir. Bunun yanında söz konusu yabancı şirket, Türkiye’de ve Türk hukukuna göre bir birleşmeye katıldığından bahisle, Almanya’da olduğu gibi fiili idare merkezinin Türkiye’de olduğu argümanı gündeme gelebilecek ve şirketin fiili idare merkezinin Türkiye olması karşısında da MÖHUK m. 9/4’ün ikinci cümlesi uyarınca, birleşmenin tescili talebi reddedilebilecektir. Bu halde ilgililer, verilen red kararının tebliğ tarihinden itibaren süresi içerisinde itiraz edilebilecektir. Sicil memurunun tescil talebin reddi kararı ve bu kararla aynı yönde olabilecek mahkeme kararının, her şekilde Birlik hukukuna aykırı olacağı açıktır. Nihayetinde, Advocate Genaral Tizzano’nunda ifade ettiği üzere⁴⁰, birleşme prosedürü tamamlanıp sicile kaydedilene kadar, her iki şirket de hukuki varlığını koruyacak ve bir hukuk sujesi olarak da birleşme sürecine ilişkin tüm işlemleri yürütebilme ehliyetine sahip olacaktır. Bu nedenle, birleşmeye katılan şirketlerin varlığının son bulması, ancak birleşmenin tamamlanması ve özellikle sicile tescil edil-

³⁹ Bölünme sözleşmesi veya bölünme planıyla kendisine borç tahsis edilen şirket, bu suretle birinci derecede sorumlu bulunan şirket, alacaklıların alacaklarını ifa etmezse, bölünmeye katılan diğer şirketler, ikinci derecede sorumlu şirketler, müteselsilen sorumlu olurlar.

⁴⁰ Opinion of Advocate General Tizzano Case C-411/03 Sevic System AG, para..26-27. Tizzano’nun konuyla ilgili değerlendirmesi için bkz. <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=59892&pageIndex=0&doclang=en&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=652251>, 17.07.2015

mesi halinde mümkün olacağından, bu aşamalar tükeninceye kadar her iki şirket de yerleşme özgürlüğü güvencesi kapsamında olacaktır. Bu bağlamda Türk hukuku açısından tescil talebinin reddi, Birlik hukukuna aykırı olacaktır. Ayrıca Türk bir şirketle Türkiye'de gerçekleşecek bir birleşmeye katılan Lüksemburg şirketinin faaliyeti içe göç teşkil etmekte ve mevcut içtihatlar çerçevesinde de göç edilen ülke olan Türkiye'nin, geçerli bir şekilde bir üye ülke hukukuna göre varlık kazanmış bu şirketi tanıyarak kendi şirketleriyle aynı muameleye tabi tutma yükümlülüğü bulunmaktadır.

Hatırlatmakta fayda var ki Sevic kararında ABAD, sadece ulusal düzenlemelerin değil, sınır ötesi birleşmelere ilişkin ikincil düzenlemelerin dahi yerleşme özgürlüğüne aykırı olamayacağını ve bu özgürlükten yararlanılmasına bir ön şart oluşturamayacağını açıkça ifade etmiştir. Bunun sonucu olarak yerleşme özgürlüğünün kapsamı yargı eliyle genişletilmiş, böylelikle tüzük ve yönerge gibi ikincil düzenlemelerin de yerleşme özgürlüğüyle uyumlu olmak zorunda olduğu ortaya konulmuştur⁴¹. Bunun sonucu olarak, temel özgürlüklere işlerlik kazandırma ve onları somutlaştırma amacıyla çıkarılan ikincil düzenlemeler⁴², ABAD tarafından değerlendirilebilecek ve Kurucu Anlaşma'nın yerleşme özgürlüğüne ilişkin hükümleriyle çeliştiği ölçüde de iptal edilecektir. Böylece, yerleşme özgürlüğünün sınır ötesi birleşmeler içinde en avantajlı yasal temel oluşturduğu ortaya konulmuştur⁴³.

B. İçe Göçlerle İlgili Türk Şirketler Hukukunda Çıkacak Muhtemel Uyumsuzluklar

Türk şirketler hukukunun içe göçler yönünden AB şirketler hukukuna büyük oranda uyum sağladığı söylenebilir. Kaldı ki içe göçlerle ilgili Türk hukuku düzenlemeleri, daha çok ikincil yerleşme hakkıyla sınırlıymış gibi gözükmektedir. Buna karşın özellikle Gebhart testi ölçüleri açısından sorun yaratacak düzenlemelere de rastlanmaktadır.

1. Tam Yetkili Mümessil Şartı

Şubelerle ilgili düzenlemeler de Birlik hukukuyla ve açıklama yükümlülüğüne ilişkin On Birinci Direktif hükümleriyle uyumlu olduğu söylenebilir⁴⁴. Buna karşın

⁴¹ PAPADOPOULOS, Thomas: "The Visible Hand of EU Fundamental Freedoms: Application of the Freedom of Establishment to the Cross-Border Mergers Directive", The 8th International Conference for Young Scholars at ESSCA, 2010, http://www.essca.fr/WISH/PaperRoom/Paper%20Thomas_Papadopoulos.pdf, 13.08.2015 (The Visible Hand of EU Fundamental Freedoms), s. 7

⁴² İkincil hukuk düzenlemeleriyle ilgili geniş açıklama için bkz. GÖÇMEN, İlke: "Aurupa Birliği Hukukunda Direktiflerinin Bireyler Arasındaki İlişkilere Etkisi", Ankara 2008, ss. 33-39

⁴³ PIEPER, Johannes: European Cross-Border Merger After SEVİC, Westlaw UK, 2009, s. 6

⁴⁴ On Birinci Direktif (21 Aralık 1989 Tarihli, 89/666/EEC sayılı), bir üye ülkede şube açan bir başka üye ülke hukukuna tabi belirli tür şirketlerin açıklama yükümlülüklerine ilişkin-

aranan tam yetkili ticari mümessil şartını ise, Gebhard testine tutmak gerekmektedir. Gebhard testine göre bu şartın, kamu yararı temelinde adil, amacı gerçekleştirmeye elverişli ve de ölçülü olduğu söylenebilir. Fakat merkezi Türkiye’de bulunan şubeler için bu şartın aranmaması ve merkezi Türkiye dışında olan şubelerle sınırlı kalması nedeniyle hükmün uygulanmasının “ayrımcılığa yer verilmeden bütün şubeler için uygulanabilir olduğunu” söylemek oldukça güçtür. Dolayısıyla, tam yetkili ticari mümessil şartı, Gebhard testinden geçemeyebilecek ve bu anlamda da söz konusu düzenleme Birlik hukukuna aykırılık teşkil edecektir. Bu anlamda yapılması gereken ise söz konusu şartın tüm şubeler için aranması, merkezi Türkiye’de olan şubeler ile merkezi yurt dışında şubeler ayırımının kaldırılmasıdır. Bu ayırımın kaldırılmasında anonim şirketlerin yönetim kurulu üyelerinin sayısı ve niteliğini düzenleyen, 6335 Sayılı Kanun ile kaldırılan, eTK m. 359/1’in ikinci cümlesinde benimsenen esastan hareket edilebilir⁴⁵. Söz konusu maddenin ikinci cümlesinde “Temsile yetkili en az bir üyenin yerleşim yerinin Türkiye’de bulunması ve Türk vatandaşı olması şarttır” ifadesine yer verilmişti. Madde gerekçesinde ise bu şartın getiriliş nedeni olarak “işlem kolaylığı sağlamak, hukuki ve cezai sorumluluğa ilişkin hükümlere uygulanabilirlik kazandırmak ve şirketin, pay sahiplerinin ve alacaklıların menfaatini korumak” olduğu gösterilmiş, sonrasında da bu hüküm kaldırılmıştı. Ancak biz bu emsali Türk vatandaşı olma şartının kaldırmak suretiyle model alabiliriz. Buna göre “Temsile yetkili en az bir üyenin yerleşim yerinin Türkiye’de bulunması ve Türkçe bilmesi şarttır” esasından hareket edilerek yapılacak bir düzenleme, ölçülülük kıstası bağlamında daha yerinde bir çözüm olacaktır. Bu esasa hareket edilerek yapılacak Türk hukuku düzenlemeleri ise ayrımcılığa yer vermeyecek ve yerli yabancı ayırımına gidilmeksizin de Birlik şirketlerine de uygulanabilecektir. Böyle bir düzenleme, kamu yararı temelinde adil, amacı gerçekleştirmeye elverişli ve ölçülü de olacaktır. Dahası Gebhard testi bakımından en önemli unsuru da geçecek ve ayrımcılık içermeyecektir. Dolayısıyla şubelerle ilgili düzenlemelerde de aynı esastan hareket edilmesi, kamu yararını korumaya dönük getirilecek hükümlerde de bir bütün olarak Birliğin göz önüne alınması, daha doğru bir çözüm olacaktır. Bu yaklaşım hem iç göçler açısından Türk hukukunun Birlik hukukuyla çatışmasını önleyebilecek, hem de kamu yararını hedefleyen hükümlerin tüm şirketler için uygulanmasını sağlayacaktır. Böylece şirketlerin iç işlerine kuruluş yeri hukukunun uygulanacağı ve Türk Hukuku hükümlerinin uygulanamayacağına ilişkin olası argümanların da önüne geçilebilecektir.

dir. Direktif metni için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=O-J-L:1989:395:0036:0039:EN:PDF-> , 22.08.2015

⁴⁵ 6335 Sayılı Kanun’un 43 maddesi ile anonim şirketlerde “*Temsile yetkili en az bir üyenin yerleşim yerinin Türkiye’de olması ve Türk vatandaşı olması şarttır* (eTK m.359/1)” hükmü; yine limited şirketlerde “*şirket müdürlerinden en az birinin yerleşim yerinin Türkiye’de bulunması ve bu müdürün şirketi tek başına temsile yetkili olması gerekir*” şartı, yaptırımıyla birlikte tamamen kaldırılmıştır (eTK m.628). BAHTİYAR, “6335 Sayılı Kanun”, ss. 23-24

2. MÖHUK m.9/4'ün İkinci Cümlesi

İçe göçlerle ilgili Türk hukukunda en büyük riski, MÖHUK m.9/4'ün ikinci cümlesi barındırmaktadır. Söz konusu madde, Türk Hukuku açısından tanımama riskini her daim içerisinde barındırmaktadır. Oysaki ABAD'ın önemle vurguladığı, şirketlerin tanınmasının üye ülkeler için peşinen kabul edilmesi gereken bir ön şart olduğudur. İçe göçler açısından bu maddenin değiştirilmesi, en azından ikinci cümlesinin kaldırılması önerilebilir. Bizim önerimiz ise MÖHUK m.9/4'ün ikinci cümlesinin “Ancak, AB üyesi ülkelere ait olanlar hariç kalmak kaydıyla, fiilî idare merkezinin Türkiye’de olması hâlinde Türk hukuku uygulanabilir” yönündedir⁴⁶. Nihayetinde AB şirketler hukukuna uyum anlamında Türk hukukunun sadece AB üyesi ülke şirketlerini kendi şirketleriyle eş tutma yükümlülüğü bulunmakta ve kamu yararını gerektiren hususlarda da kendisine Birlik hukuku düzenlemeleri seçenek olarak sunulmaktadır. Buna karşın Türk hukukunun ne Uzakdoğu ne Amerikan şirketlerine ne de başka ülke şirketlerine böyle bir seçeneği sunma, bu yöndeki yetkisini kısıtlama, kamu düzenini ve kamu yarına ilişkin beklentilerini de bu ülke şirketlerinin insafına terk etme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu hususun örtülü sermaye veya kar transferi konusu açısından da üzerinde durulması gerekir.

Bunun yanında Türk yargısının Birlik hukukunun üstünlüğü ve doğrudan uygulanırlığı ilkesi çerçevesinde, içe göçlerle ilgili Birlik hukukuyla çelişik Türk hukuku düzenlemelerini bir kenara koymak ve ATAD kararlarında ortaya konulan ölçüler doğrultusunda karar verme seçeneği her daim olduğu da ileri sürülebilir. İçe göçlerle uyumla yetinmeye yarayacak bu değişiklik önerisi, şirketlerin sınıraşan hareketliliği bağlamında, edilgen olan Türk Hukukuna önemli bir yenilik getirmeyecek ve konunun dışı göçler boyutunun ise göz ardı edilmesini zorunlu kılacaktır. Bu anlamda da en önemli çıkış yolu tamamıyla kuruluş yeri anlayışının benimsenmesi⁴⁷, kanunda bulunan idare merkezi yaklaşımını çağrıştıran hükümlerin de tamamıyla çıkarılması ve bu nevi muamelelerin de sadece AB üyesi ülke şirketleriyle sınırlı olarak gerçekleştirilmesidir.

⁴⁶ Tekinalp'te, Eski MÖHUK m.8.4'e 3. bir cümle ilave edilmesi önerisinin uygulamada daha net sonuçlar vereceği kanaatindedir. Buna göre maddeye eklenecek: Ortaklığın fiilî merkezinin bir AB üyesi devlet olması halinde de 2.cümledeki istisna uygulanabilir.” İfadesinin bu konuda karşılaşılabilecek sıkıntılara son vereceği kanaatindedir. TEKİNALP, s. 921

⁴⁷ AYGÜL, Türk hukukunda kuruluş yeri teorisinin benimsenmesini ve daha somut olarakta sicil yerini bağlama noktası olarak esas alınması gerektiği kanaatindedir. AYGÜL, Şirketlere Uygulanacak Hukukun Tespiti s. 202; EROĞLU ise Türkiye'nin AB üyesi olduktan sonra kuruluş yeri teorisini uygulamak zorunda kalacağı kanaatindedir. EROĞLU, Muzaffer : “Avrupa’da Şirketlerin Sınıraşan Hareketliliği Konusundaki Gelişmelerin Değerlendirilmesi ve Konunun Türk Hukukundaki Yeri”, Maltepe Hukuk Fakültesi Dergisi”, Ekim 2008/2, ss.179-206, s. 198

3. Birleşme ve Bölünmeye İlişkin Düzenlemelere Açıklık Getirilmesi

Şubelerle ilgili açık düzenlemelere karşın birleşme ve bölünmeye ilişkin aynı açıklıkta hükümler bulunmamaktadır. Sevic kararının ortaya koyduğu ölçülerde açıktır. Bu anlamda Türk hukuku uyarınca da AB üyesi bir ülkeye, bir başka deyişle bir AB şirketi ile bir Türk şirketinin Türkiye’de ve Türk hukukuna birleşmesinin mümkün olması gerekir. Bu sonuca TTK’da mevcut birçok hükümle de ulaşılabilir. Nitekim TTK düzenlemelerinin AB şirketler hukukuna uyumu hedeflediği ve yine TTK’ya da AB şirketler hukuku düzenlemelerinden bağımsız olarak anlamlandırmanın zor olduğu gerçeği karşısında, bu sonuca gitmenin önünde de bir engel bulunmaktadır. Ancak uygulamada çıkacak sorunları ve olası karışıkları önlemek açısından, şubelerde olduğu gibi konunun aynı açıklıkta düzenlenmesinde fayda bulunmaktadır.

II. AÇIKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İÇE GÖÇLER AÇISINDAN HAYATİ ÖNEMİ

A. Genel Olarak

ABAD’ın içe göçlerle ilgili kararları Centros, Überseering, Inspire Art ve Sevic’tir. İçe göçlerle ilgili verdiği kararlarda ABAD, üye ülkelerin yetkilerini oldukça sınırlamış ve dışa göçlerde sergilediği tutumun aksine, şirketlerin yerleşme özgürlüğünden tam olarak yararlanması yönünde tavır sergilemiştir. Özellikle yerleşme özgürlüğü kapsamında, idare merkezinin bir başka ülkeye taşınmak istenmesi halinde dahi, gidilecek ülkenin buna engel teşkil edecek hükümlerinin Kurucu Anlaşma’nın 49. (Eski 43) ve 54. (Eski 48) maddelerine aykırı olacağı açıkça ifade edilmiştir. Öyle ki ABAD, yerleşme özgürlüğü uygulamasının, şirketlerin, üye ülkeler tarafından peşinen tanınmasını gerektirdiği ve bunun bir ön koşul olduğu özellikle vurgulamıştır. Bu anlamda bir şirketin tanınmaması ve dava açma hakkından yoksun bırakılması, başlı başına yerleşme hakkının hukuki temelini ortadan kaldırmak anlamına gelmektedir. Yine ABAD, yerleşme özgürlüğünün şirketlerce üye ülkenin emredici kurallarından kaçınmak ve o üye ülkenin hukukunu atlamak amacıyla kullanılıyor olmasının dahi Birlik hukukuna aykırılık oluşturmayacağını ve bu nedenle de Kurucu Anlaşma’nın (Eski) 46. maddesine dayanılarak, kamu düzeni istisnasıyla bu özgürlüğe müdahale edilemeyeceğini açıkça ifade etmiştir. Bununla birlikte ABAD, kamu yararı temelinde üçüncü kişilerin korunmasına yönelik emredici ulusal düzenlemelerin yerleşme özgürlüğü kapsamında da uygulanabileceğini kabul etmiş, ancak yerleşme özgürlüğünü kısıtlayacak bu nevi milli düzenlemelerin geçerliliğini ilk defa Gebhard kararında uygulanan ve bu adla anılan ölçülere tabi tutmuştur. Buna göre kamu yararı temelinde getirilen bir ulusal düzenlemenin Birlik hukukuyla uygun olabilmesi için; ayrımcılığa yer vermeden bütün şirketlere uygulanabilme, kamu yararı temelinde adil olma, amacı gerçekleştirmeye elverişli olma ve ölçülü olma zorunluluğu vardır. Aksi halde söz konusu ulusal düzenleme, Gebhard testini geçemeyecek ve bu nedenle de

Birlik hukukuna aykırı olacaktır. İçer göçlerle ilgili kararlarda da içer göçler ile dışa göçler ayrımı vurgulanarak, bir bakıma, içer göçler açısından üye ülkelerin şirketler üzerinde sınırlama yetkileri büyük ölçüde kaldırılmıştır. Buna karşın, dışa göçler açısından yapılabilecek sınırlamalarda ise üye ülkelere ABAD, neredeyse tam bir serbesti tanımıştır. Nihayetinde her bir ulusal düzenleme Gebhard testine tabi tutulduğunda, diğer üç ölçüyü geçse dahi “ayrımcılığa yer vermeden bütün şirketlere uygulanabilme” ölçüsünü geçemeyebilecektir. Bu da ulusal hukukların uygulanmasını zorlaştıracak ve hatta, ulusal hukukların devre dışı kalmasına yol açacaktır. Kaldı ki içer göçlerle ilgili kararlarda hukuk seçimi kolaylaşmış ve şirket kurucularına en avantajlı şirketler hukukunu seçmenin yolu açılmıştır. ABAD’ın içer göçlerle ilgili verdiği kararların istikrarlı ve temel ölçü normu niteliğinde olduğu gözden uzak tutulmamalıdır. Öyle ki ATAD, ulusal şirketler hukuku hükümleri bir yana, ikincil düzenlemelerin dahi yerleşme özgürlüğüne aykırı olamayacağını açıkça ifade etmiştir.

Bunun doğal sonucu olarak ise üçüncü kişilerin nasıl korunacağı sorunu gündeme gelmektedir Bu anlamda ise ABAD, üçüncü kişilere veya geniş anlamda şirket ilgililerine düşen; şirketin, kuruluş yeri hukukuna tabi olduğunu bilmek için gerekli gayreti göstermek ve böylece, maddi şirketler hukukuna ait hükümler bakımından da şirketin, kuruluş yeri hukukuna tabi olduğu gerçeğinden hareket etmesini⁴⁸, Beşinci⁴⁹ ve Onbirinci Yönerge⁵⁰ gibi kendileri koruyan aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin Birlik hukuku düzenlemelerine başvurmalarını önermektedir⁵¹. Bunun yanında içer göçlerde ABAD, aydınlatma yükümlülüğüyle ilgili gerekli önlemleri alma, hatta cezai düzenlemelere gitme konusunda üye ülke yetkilerini tanımakta ve bu bağlamda getirilen düzenlemeleri de Birlik hukukuyla uyumlu bulmaktadır.

B. TTK’dan Kaldırılan Hükümler

İçer göçlerde Gebhard Testi ölçüleri karşısında üye ülkelerin müdahale yetkilerinin neredeyse olmadığı AB şirketler hukukunun bir gerçeğidir. Bu gerçek karşısında üye ülkelere, aday olarak Türkiye’ye tek seçenek olarak aydınlatma yükümlülükleriyle

⁴⁸ ANGELETTE, s. 1203

⁴⁹ Bu yönerge, Belirli Tip Şirketlerin yıllık Hesaplarına İlişkin Kurucu Anlaşmanın 54(3). maddesi uyarınca çıkarılan 25 Temmuz 1978 tarihli 78/660/EEC sayılı Beşinci Konsey Yönergesi’dir (OJ 1978 L 222, s. 11)

⁵⁰ Bu yönerge ise Bir Üye Ülke Hukukuna Tabi Bir Şirketin Bir Başka Üye Ülkede Şube Açması Halinde Aydınlatma Yükümlülüğüne Dair 21 Aralık 1989 Tarihli, 89/666/EEC Sayılı Onbirinci Konsey Yönergesidir (OT 1989 L 395, s. 36)

⁵¹ Benzer şekilde “Birlik Çapında Eşdeğer Güvenceyi Sağlamak Bakımından, Üye Ülke Şirketlerin Mensuplarının Ve Diğer İlgili Kişilerin Çıkarlarını Korumaya Dönük Alınacak Tedbirlerin Koordinasyonuna İlişkin 9 Mart 1968 Tarihli, 68/151/EEC sayılı Birinci Yönerge; Belirli Tür Şirketlerin Yıllık Hesaplarına İlişkin 25 Haziran 1989 Tarihli, 78/660/EEC sayılı Dördüncü Yönergelerde mevcuttur

ilgili düzenlemeler kalmaktadır. Bu bağlamda da ABAD, aydınlatma yükümlülüğüyle ilgili gerekli önlemleri alma, hatta cezai düzenlemelere gitme konusunda üye ülke yetki tanımaktadır. Bu temelde getirilen düzenlemeleri de Birlik hukukuyla uyumlu bulmaktadır. Açık ki bir üye ülke veya aday ülkenin şirketler hukuku düzenlemelerine giderken kendi sınırlarında sadece kendi tabiiyetindeki şirketlerin değil, AB üyesi diğer ülke şirketlerinin ve SE gibi yeni yaratılan AB şirket tiplerinin de faaliyette bulunacağı, bu şirketleri de kendi şirketleriyle aynı muameleye tabi tutma zorunda olacağı gerçeğinden hareket etmek durumundadır.

Bu anlamda da 6335 sayılı Kanun ile değişiklik öncesinde, bir başka deyişle kanunun ilk halinde bu gerçekten hareketle aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin düzenlemelerde yerinde olarak katı bir şekilde hareket edildiği görünmektedir. Örneğin, tipik bir aydınlatma yükümlülüğünü düzenleyen TTK'nın 1524. maddesinin değiştirilmeden önceki hali şu şekildeydi:

“(1) Her sermaye şirketi, bir internet sitesi açmak, şirketin internet sitesi zaten mevcutsa bu sitenin belli bir bölümünü aşağıdaki hususların yayımlanmasına özgülemek zorundadır. Yayımlanacak içeriklerin başlıcaları şunlardır:

a) Şirketçe kanunen yapılması gereken ilanlar.

b) Pay sahipleri ile ortakların menfaatlerini koruyabilmeleri ve haklarını bilinçli kullanabilmeleri için görmelerinin ve bilmelerinin yararlı olduğu belgeler, bilgiler, açıklamalar.

c) Yönetim ve müdürler kurulu tarafından alınan; rüçhan, değiştirme, alım, önerilme, değişim oranı, ayrılma karşılığı gibi haklara ilişkin kararlar; bunlarla ilgili bedellerin nasıl belirlendiğini gösteren hesapların dökümü.

d) Değerleme raporları, kurucular beyanı, payların halka arz edilmesine dair taahhütler, bunlara ait teminatlar ve garantiler; iflasın ertelenmesine veya benzeri konulara ilişkin karar metinleri; şirketin kendi paylarını iktisap etmesi hakkındaki genel kurul ve yönetim kurulu kararları, bu işlemlerle ilgili açıklamalar, bilgiler, belgeler.

e) Ticaret şirketlerinin birleşmesi, bölünmesi, tür değiştirmesi hâlinde, ortakların ve menfaat sahiplerinin incelemesine sunulan bilgiler, tablolar, belgeler; sermaye arttırımı, azaltılması dâhil, esas sözleşme değişikliklerine ait belgeler, kararlar; imtiyazlı pay sahipleri genel kurulu kararları, menkul kıymet çıkarılması gibi işlemler dolayısıyla hazırlanan raporlar.

f) Genel kurullara ait olanlar dâhil her türlü çağrılara ait belgeler, raporlar, yönetim kurulu açıklamaları.

g) Şeffaflık ilkesi ve bilgi toplumu açısından açıklanması zorunlu bilgiler.

h) Bilgi alma kapsamında sorulan sorular, bunlara verilen cevaplar, diğer kanunlarda pay sahiplerinin veya ortakların aydınlatılması için öngörülen hususlar.

1) Finansal tablolar, kanunen açıklanması gerekli ara tablolar, özel amaçlarla çıkarılan bilançolar ve diğer finansal tablolar, pay ve menfaat sahipleri bakımından bilinmesi gerekli finansal raporlamalar, bunların dipnotları ve ekleri.

i) Yönetim kurulunun yıllık raporu, kurumsal yönetim ilkelerine ne ölçüde uyulduğuna ilişkin yıllık değerlendirme açıklaması; yönetim kurulu başkan ve üyeleriyle yöneticilere ödenen her türlü paralar, temsil ve seyahat giderleri, tazminatlar, sigortalar ve benzeri ödemeler.

j) Denetçi, özel denetçi, işlem denetçisi raporları.

k) Yetkili kurul ve bakanlıkların konulmasını istedikleri, pay sahiplerini ve sermaye piyasasını ilgilendiren konulara ilişkin bilgiler.

(2) Birinci fıkrada öngörülen yükümlülükler uyulmaması, ilgili kararların iptal edilmesinin sebebini oluşturur; Kanuna aykırılığın tüm sonuçlarının doğmasına yol açar ve kusuru bulunan yöneticiler ile yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna neden olur. Ceza hükümleri saklıdır.

(3) İnternet sitesinin bilgi toplumu hizmetlerine ayrılmış bölümü herkesin erişimine açıktır. Erişim hakkının kullanılması, ilgili olmak veya menfaati bulunmak gibi kayıtlarla sınırlandırılmayacağı gibi herhangi bir şarta da bağlanamaz. Bu ilkenin ihlali hâlinde herkes engelin kaldırılması davasını açabilir.

(4) İnternet sitesinin bu maddenin amaçlarına özgülenmiş kısmında yayımlanan içeriğin başına tarih ve parantez içinde "yönlendirilmiş mesaj" ibaresi konulur. Bu ibareli mesaj ancak Kanuna ve ikinci fıkrada anılan yönetmeliğe uyulmak suretiyle değiştirilebilir. Özgülenen kısımda yer alan bir mesajın yönlendirildiği karinedir. Sitenin, bir numara altında tescili ve ilgili diğer hususlar Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından bir yönetmelikle düzenlenir.

(5) Bu Kanun ve ilgili diğer kanunlarda veya idari düzenlemelerde daha uzun bir süre öngörülmedikçe, şirketin internet sitesine konulan bir içerik, üzerinde bulunan tarihten itibaren en az altı ay süreyle internet sitesinde kalır; aksi hâlde konulmamış sayılır. Finansal tablolar için bu süre beş yıldır.

(6) Yönlendirilmiş mesajların basılı şekilleri 82 nci madde uyarınca saklanır. İnternet sitesinde yer alacak bilgiler metin hâline getirilip şirket yönetimi tarafından tarih ve saati gösterilerek noterlikçe onaylı bir deftere sıra numarası altında yazılır veya yapıştırılır. Daha sonra sitede yayımlanan bilgilerde bir değişiklik yapılırsa, değişikliğe ilişkin olarak yukarıdaki işlem tekrarlanır."

Ancak 6335 sayılı Kanun'un 34. maddesi ile TTK m.1524 değiştirilmiş, kapsam daraltılarak denetime tabi anonim şirketler için bu zorunluluk muhafaza edilmiş, diğer şirketler ise kapsam dışı bırakılmıştır. Oysaki AB'de mobilitesi en yüksek şirket formunu limited şirketler teşkil etmekte, özellikle İngiliz limited şirket formuyla

kurulan şirketlere karşı kamu düzeni ve kamu yararı temelli alınacak önlemler hususu ABAD kararlarına konu olmuş bulunmaktadır. Bu nedenle AB şirketler hukuku ve özellikle iç göçler anlamında aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin düzenlemelere ağırlık verilmesi, dahası bunda katı bir tutum sergilenmesi Türk vatandaşlarının korunması açısından önemlidir. Ayrıca sınırlı sorumluluk prensibiyle korunmadan elde edilen yarar ile kamuyu aydınlatma külfeti arasında bir oransızlık da bulunmamaktadır. Bunun yanında yöneticilerin sorumluluğu da yerli ve yabancı şirketlere aynı muamele edileceği gerçeğinden hareket edilerek düzenlenmesi gerekmekte, kamu düzeni açısından da sınırlı sorumluluk ilkesinin kötüye kullanılmasının önüne geçilmesi gerekmektedir. Bu hususla ilgili de İngiliz şirketler hukuku (Company Act 2006) düzenlemelerinden yararlanılmasının ve “basiretli tacir” paralelinde maksimum özen yükümlülüğünün getirilmesinde de bir engel bulunmamaktadır⁵². Böylelikle de şirketler hukuku düzenlemeleriyle elde edilen gayeye ulaşmak kolaylaşacak, hem hissedarların ihtiyaç duyduğu güven sağlanacak hem de liyakat sahibi yöneticilerin iş başına gelmesinin önü açılacaktır.

SONUÇ

Türk şirketler hukukunun iç göçler yönünden AB şirketler hukukuna büyük oranda uyum sağladığı söylenebilir. Kaldı ki iç göçlerle ilgili Türk hukuku düzenlemeleri, daha çok ikincil yerleşme hakkıyla sınırlıymış gibi gözükmektedir. Buna karşın özellikle Gebhart testi ölçüleri açısından sorun yaratacak düzenlemelere de rastlanmaktadır. Tam yetkili mümessil şartı da bunlardan birini teşkil etmektedir. Genel olarak şubelerle ilgili düzenlemeler Birlik hukukuyla ve açıklama yükümlülüğüne ilişkin On Birinci Direktif hükümleriyle uyumlu olsa da aranan tam yetkili ticari mümessil şartını Gebhard testine tutmak gerekmektedir. Gebhard testine göre bu şartın, kamu yararı temelinde adil, amacı gerçekleştirmeye elverişli ve de ölçülü olduğu söylenebilir. Fakat merkezi Türkiye’de bulunan şubeler için bu şartın aranmaması ve merkezi Türkiye dışında olan şubelerle sınırlı kalması nedeniyle hükmün uygulanmasının “ayrımcılığa yer verilmeden bütün şubeler için uygulanabilir olduğunu” söylemek oldukça güçtür. Bu anlamda yapılması gereken ise söz konusu şartın tüm şubeler için aranması, merkezi Türkiye’de olan şubeler ile merkezi yurt dışında şubeler ayrımının kaldırılmasıdır. Bu ayrımın kaldırılmasında anonim şirketlerin yönetim kurulu üyelerinin sayısı ve niteliğini düzenleyen, 6335 Sayılı Kanun ile kaldırılan, eTK m. 359/1’in ikinci cümlesinde benimsenen esastan hareket edilerek, sadece Türk vatandaşı olma şartının kaldırılmak suretiyle “Temsile yetkili en az bir üyenin yerleşim yerinin Türkiye’de bulunması ve Türkçe bilmesi şarttır” şeklinde düzeltililebilir. Bu esastan hareket edilerek yapılacak Türk hukuku düzenlemeleri ise ayrımcılığa yer vermeyecek ve yerli yabancı ayrımına gidilmeksizin de Birlik şirketlerine de uygula-

⁵² KARA, ss.158-159

nabilecektir. Böyle bir düzenleme, kamu yararı temelinde adil, amacı gerçekleştirmeye elverişli ve ölçülü de olacaktır.

İçe göçlerle ilgili Türk hukukunda muhtemel riski, MÖHUK m.9/4'ün ikinci cümlesi barındırmaktadır. Söz konusu madde, Türk Hukuku açısından tanımama riskini her daim içerisinde barındırmaktadır. Oysaki ABAD'ın önemle vurguladığı, şirketlerin tanınmasının üye ülkeler için peşinen kabul edilmesi gereken bir ön şart olduğudur. İçe göçler açısından bu maddenin değiştirilmesi, en azından ikinci cümlesinin kaldırılması önerilebilir. Bizim önerimiz ise MÖHUK m.9/4'ün ikinci cümlesinin “*Ancak, AB üyesi ülkelere ait olanlar hariç kalmak kaydıyla, fiili idare merkezinin Türkiye’de olması hâlinde Türk hukuku uygulanabilir*” şeklinde değiştirilmesidir. Nihayetinde AB şirketler hukukuna uyum anlamında Türk hukukunun sadece AB üyesi ülke şirketlerini kendi şirketleriyle eş tutma yükümlülüğü bulunmakta ve kamu yararını gerektiren hususlarda da ABAD, kendisine Birlik hukukunun koruyucu düzenlemelerini göstermektedir. Buna karşın Türk hukukunun AB dışında ne Uzakdoğu ne Amerikan şirketlerine ne de başka ülke şirketlerine böyle bir seçeneği sunma, bu yöndeki yetkisini kısıtlama, kamu düzenini ve kamu yarına ilişkin beklentilerini de bu ülke şirketlerinin insafına terk etme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ayrıca bu husus örtülü sermaye veya kar transferi açısından da önem arz etmekte, özellikle merkezi Amerika veya uzak doğu ya da orta doğuda olan yabancı bir şirketin, irtibat bürolarıyla aracılığıyla bizatihi veya irtibat bürolarıyla yönettiği ülkemizdeki taşeronlar aracılığıyla faaliyetlerini gerçekleştirip hiçbir vergi vermeksizin de sürdürmesine Türk hukukunun izin vermesi beklenmemelidir.

Ayrıca şubelerle ilgili açık düzenlemelere karşın birleşme ve bölünmeye ilişkin aynı açıklıkta hükümler bulunmamaktadır. Bu hususu TTTK'nın kararların olgunlaşmadan önceki dönemde aramak gerekmektedir. Oysa Sevic kararının ortaya koyduğu ölçüler karşısında, AB şirketler hukukuna içe göçler açısından uyum için Türk hukukunun bir AB üyesi ülkeye veya daha doğru bir deyişle bir AB şirketi ile bir Türk şirketinin Türkiye’de ve Türk hukukuna birleşmesinin mümkün olması gerekir. Ancak bu sonuca TTK’da mevcut birçok hükümle de ulaşılması mümkündür. Nitekim TTK düzenlemelerinin AB şirketler hukukuna uyumu hedeflediği ve yine TTK’ya da AB şirketler hukuku düzenlemelerinden bağımsız olarak anlamlandırmanın zor olduğu gerçeği karşısında, bu sonuca gitmenin önünde de bir engel bulunmaktadır. Ancak uygulamada çıkacak sorunları ve olası karışıkları önlemek açısından, şubelerde olduğu gibi aynı açıklıkta düzenlemelere gidilmesinde fayda bulunmaktadır.

Hatırlatalım ki içe göçler açısından her üye ülkenin kendi şirketiyle bir başka üye ülke şirketinin eşdeğer tutma ve onları peşinen tanımak zorunluluğu karşısında; üçüncü kişilerin korunması ve ilgili ülkenin kamu düzeninin korunması bahsi gündeme geldiğinde açıklama yükümlülüklerine işaret edilmektedir. Bu anlamda ise ABAD, üçüncü kişilere veya geniş anlamda şirket ilgililerine; şirketin, kuruluş yeri

hukukuna tabi olduğunu bilmek için gerekli gayreti göstermek ve böylece, maddi şirketler hukukuna ait hükümler bakımından da şirketin, kuruluş yeri hukukuna tabi olduğu gerçeğinden hareket etmesini, Beşinci ve Onbirinci Yönerge gibi kendileri koruyan aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin Birlik hukuku düzenlemelerine başvurmalarını önermektedir. Bunun yanında iç göçlerde ABAD, aydınlatma yükümlülüğüyle ilgili gerekli önlemleri alma, hatta cezai düzenlemelere gitme konusunda üye ülke yetkilerini tanımakta ve bu bağlamda getirilen düzenlemeleri de Birlik hukukuyla uyumlu bulmaktadır. Bu bağlamda Türk hukukunda da açıklama yükümlülüklerine ağırlık verilerek sonuca gitmek gerekmekte, TTK'dan kaldırılan buna dönük hükümlerin yeniden gündeme alınması ve AB şirketler hukukunun aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin düzenlemeleriyle birlikte bir bütün olarak yeniden gözden geçirilmesinde fayda vardır.

KAYNAKÇA

- ANDENAS Mads and WOOLDRIDGE, Frank: European Comparative Companies Law, Cambridge 2009
- ANGELETTE, Benjamin: “*The Revolution That Never Came and The Revolution Coming—De Lasteyrie Du Salliant, Marks & Spencer, Sevic Systems and The Changing Corporate Law in Europe*”, Virginia Law Review, Volume: 92, Issue:6, 2006 , pp.1189-1123
- ANSAY, Tuğrul: “*Yabancı Şirketlerin Serbest Yerleşmesi ve Tanınması*”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (Prof. Dr. Gülören TEKİNALP'E Armağan), Cilt:23, Sayı:1-2, 2003, ss.1-18
- ARKAN, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, 6335 Sayılı Kanun'la Değişik Türk Ticaret Kanunu'na Göre Hazırlanmış On altıncı Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2012
- AYGÜL, Musa: Milletlerarası Özel Hukukta Şirketlere Uygulanacak Hukukun Tespiti, Ankara 2007 (Şirketlere Uygulanacak Hukukun Tespiti)
- BAHTİYAR, Mehmet: Ticari İşletme Hukuku, Yeni TTK'ya Uyarlanmış 11. Bası, İstanbul, 2012
- BAHTİYAR, Mehmet: Ortaklıklar Hukuku, Yeni TTK'ya göre Yazılmış 7. Bası, İstanbul 2012
- BAHTİYAR, Mehmet: “*Türk Ticaret Kanunu ile Avrupa Birliği'nin Üçüncü Konsey Yönergesi Açısından Anonim Ortaklık Birleşmeleri ve Denetimi*”, Şirket Birleşmeleri (Eds. Haluk SÜMER ve Helmut PERNSTEINER), İstanbul 2004
- BAHTİYAR, Mehmet: 6335 Sayılı Kanun İle Yeni TTK'da Yapılan Değişiklikler ve İşletmeler/Şirketler İçin TTK'ya Uyum Takvimi, İstanbul 2012 (6335 Sayılı Kanun)
- BOZER Ali,/ GÖLE, Celal: Ticari İşletme Hukuku (6012 Sayılı TTK Çerçevesinde), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2011
- ÇEBİ, Hakan: Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Ortaklıkların Bölünmesi, İstanbul 2010

- ÇELİKEL, Aysel / ERDEM, B.Bahadır: Milletarası Özel Hukuk, Yenilenmiş 11. Bası, İstanbul 2012
- DEMİR GÖKYAYLA, Cemile / SURAL, Ceyda: “4875 Sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu ve Getirdiği Yenilikler”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 6, Sayı: 2, 2004
- EKŞİ, Nuray: *Yabancılar Hukukuna İlişkin Temel Konular*, 3. Bası, İstanbul 2011
- EROĞLU, Muzaffer : “Avrupa’da Şirketlerin Sınırtaşan Hareketliliği Konusundaki Gelişmelerin Değerlendirilmesi ve Konunun Türk Hukukundaki Yeri”, Maltepe Hukuk Fakültesi Dergisi”, Ekim 2008/2, ss.179-206
- GÖÇMEN, İlke: “Avrupa Birliği Hukukunda Direktiflerinin Bireyler Arasındaki İlişkilere Etkisi”, Ankara 2008
- GÜVEN, Pelin: Ortaklıkların Merkez Değişikliğinde Birleşme Bölünme Malvarlığının veya İşletmenin Devrinde Uygulanacak Hukuk ve Uyuşmazlıkların Çözümü, Yenilenmiş İkinci Bası, Ankara 2008
- HIRT, Hans C.: “Freedom of Establishment, International Company Law and the Comparison of European Company Law Systems after the ECJ’s Decision in Inspire Art Ltd”, European Business Law Review, Volume :15, Issue: 5, 2004 , pp. 1189- 1122
- KARA, Etem: “Avrupa Birliği’nde Şirketlerin Sınırtaşan Hareketliliği”, Ankara 2014
- KARAHAN, Sami: Ticari İşletme Hukuku, Güncellenmiş 22.Tıpkı Basım, Konya 2011
- KAYIHAN Şaban / YASAN Mustafa: Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2012
- KENDIGELEN, Abuzer: Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, Birinci Baskı, İstanbul 2011
- LOOIJESTIJN-CLEARIE, Anne: Have the dikes collapsed? Inspire Art a further breakthrough in the freedom of establishment of companies?, European Business Organization Law Review, Volume:5, Issue: 2, 2004, pp.389-418
- LOWRY, John: “Eliminating Obstacles to Freedom Of Establishment: The Competitive Edge Of UK Company Law”, Cambridge Law Journal, Volume: 63, Issue:2, 2004, pp. 331-345
- MOROĞLU, Erdoğan: “Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü Ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun Tasarısı İle Gerekçelerine Dair Değerlendirme Ve Öneriler”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 80, Sayı: 6, 2006
- NOMER, Ergin: Devletler Hususi Hukuku, Yenilenmiş 19.Bası, Beta, İstanbul 2011
- ÖZEL, Sibel : “Avrupa Adalet Divanı’nın Inspire Art Kararı Üzerine Bir İnceleme”, Prof. Dr. Tuğrul ANSAY’a Armağan, Ankara 2006
- PAPADOPOULOS, Thomas: “EU Regulatory Approaches to Cross-border Mergers: Exercising the Right of Establishment”, European Law Review, Volume: 36, Issue: 1, 2011, pp.71-97 (Regulatory Approaches to Cross-border Mergers)
- PAPADOPOULOS, Thomas: “The Visible Hand of EU Fundamental Freedoms: Application of the Freedom of Establishment to the Cross-Border Mergers Directive”, The 8th International Conference for Young Scholars at ESSCA, 2010, http://www.essca.fr/WISH/PaperRoom/Paper%20Thomas_Papadopoulos.pdf, 15.04.2015 (The Visible Hand of EU Fundamental Freedoms)

- PİEPER, Johannes: European Cross-Border Merger After SEVİC, Westlaw UK, 2009
- POROY, Reha / YASAMAN, Hamdi: Ticari İşletme Hukuku, Güncellenmiş 13.Bası, İstanbul 2010
- PULAŞLI, Hasan: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa göre Yeni Şirketler Hukuku Genel Esasları, Ankara 2012
- SIEMS, Mathias M.: “SEVIC: Beyond Cross-Border Mergers”, European Business Organization Law Review (EBOR), Volume: 8, Issue:2, 2007, pp.307-316
- TEKİNALP, Gülören: “Milletlerarası Özel Hukukta Ortaklıkların Merkezi Kriteri AT Hukuku ve MÖHUK”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt 29,Sayı 1-2, 1999-2000
- ÜLGEN, Hüseyin / TEOMAN, Ömer vd: Ticari İşletme Hukuku, Vedat Kitapçılık, Üçüncü (Tıpkı) Bası, İstanbul 2009
- WOOLDRIDGE, Frank: “Überseering: Freedom of Establishment of Companies Affirmed”, EBLR, 2003, pp. 227-235
- ZIMMER, “Daniel: “Case C-167/01, Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v. Inspire Art Ltd., judgment of 30 September 2003”, Common Market Law Review (CMLR), Volume: 41, pp.1127–1140, Netherland 2004

ULUSLARARASI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE ESASA UYGULANACAK HUKUK BAKIMINDAN FIDIC SÖZLEŞME ŞARTLARININ VE MÖHUK m. 24/4'TE BELİRLENEN İSTİSNA KURALININ İNCELENMESİ

(Examination of the FIDIC Conditions of Contract and the Exception Rule in art. 24/4 of the Private International Law Code in respect to the Applicable Law to the Substance of International Construction Contracts)

Yrd. Doç. Dr. H. Akif KARACA*

ÖZET

Uluslararası inşaat sözleşmeleri, teknik özelliklere sahip olan, yüksek meblağlı inşaat projelerinin gerçekleştirilmesi amacıyla yapılan ve sözleşme taraflarının hak ve borçları da dikkate alındığında karmaşık nitelikli sözleşmelerdir. Bu nedenle, tarafların hukuk seçimi yapmaları öngörülebirlilik ve belirlilik açısından tarafların lehinedir. Taraflar, ayrıca, *Fidic* standart sözleşme şartlarını *incorporation* teorisi kapsamında sözleşmenin parçası haline getirebilirler. Bununla birlikte, milli mahkemelerde yapılacak yargılamalarda bu durum hukuk seçimi teşkil etmeyecektir. Milletlerarası tahkim yargılamasında ise bu standart sözleşme şartları hukuk kuralları olarak uygulanabilecektir. Tarafların hukuk seçimi yapmaması durumunda, uluslararası inşaat sözleşmelerine uygulanacak hukuk objektif bağlama kuralına göre yüklenicinin işyerinin bulunduğu ülke hukuku olacaktır. Bununla birlikte, ifa yeri ülkesinin uluslararası inşaat projelerinde taşıdığı önem istisna kuralına dayanarak ifa yeri ülkesi hukukunun uygulanmasına neden olabilecektir. Bu makalede, öncelikle, inşaat sözleşmeleri maddi hukuk düzenlemesi bakımından ele alınmış, daha sonra ise uluslararası inşaat sözleşmelerine uygulanacak hukukun hukuk seçimi yolu ile veya objektif bağlama kuralı ya da istisna kuralının uygulanması yolu ile belirlenmesi incelenmiştir.

Anahtar kelimeler: İnşaat sözleşmesi, uygulanacak hukuk, hukuk seçimi, fidic şartları, daha sıkı ilişkili hukuk

Abstract

International construction contracts has some technical particularities and they are signed to realize construction projects with exorbitant sum of money. Moreover,

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı

when the rights and obligations of the contracting parties are considered, these contracts are complex in nature. Therefore, choosing an applicable law to the contract is advantageous to the parties in terms of predictability and certainty. In addition to this, contracting parties can incorporate the Fidic standard contract conditions to the construction contract between them. However, this will not be regarded as a choice of law in national courts. In international arbitration, these contract conditions can be applied as rules of law. If the parties do not make a choice of law, according to the objective rule, applicable law of the contract will be the law of the country, where the constructor has its' place of business. However, the significance of the country of place of performance with regard to the international construction projects can result in the application of the law of the country of place of performance which is characteristic to the contract, according to the more closely connection criteria. In this article, firstly, construction contracts are studied from the point of substantive law. Then, determination of applicable law to international construction contracts through choice of law or based on objective rule or the more closely connection criteria is studied.

Keywords: Construction contract, applicable law, choice of law, fidic conditions, more closely connected law

GİRİŞ

İnşaat sektöründe, özellikle gelişmekte olan ülkelerde yapılan büyük inşaat projelerinde, yabancı ülke yüklenicilerinin teknolojik imkanları, *know-how* birikimleri, tecrübeleri ve bu projeler için gerekli finans temini iş sahibi ülkeler bakımından onları ön plana çıkarmaktadır. Öte yandan, Türk inşaat firmaları da yabancı ülkelerde büyük inşaat projeleri üstlenmektedir. Bu durum yabancılık unsuru içeren uluslararası inşaat sözleşmelerinin yapılmasını gerektirmektedir. Uluslararası inşaat sözleşmelerinin birden çok hukuk sistemiyle bağlantılı olması nedeniyle bu sözleşmelere uygulanacak hukukun belirlenmesi problemi ile karşılaşilmektedir¹.

Uluslararası inşaat projelerinin teknik boyutu ağır basan, kompleks nitelikli projeler olmaları ve uluslararası inşaat sözleşmelerinin birbirinden oldukça farklılık gösteren birden fazla hukuk sistemi ile bağlantılı olmaları nedeniyle uluslararası uygulamada da yeknesaklığı sağlamak amacıyla bu projelerin özellikleri gözetilerek hazırlanmış olan *Fidic*² sözleşme şartları gibi çeşitli standart kurallar hazırlanmıştır³. Uluslararası inşaat sözleşmelerinin önemli bir kısmı gelişmekte olan bir ülkenin hü-

¹ AKINCI, Ziya, Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İzmir, 1996, s. 1-2.

² Fidic (International Federation of Consulting Engineers): Uluslararası Müşavir Mühendisler Federasyonu

³ HÖK, Götz Sebastian, Uluslararası İnşaat Hukuku Fidic Red Book (Kırmızı Kitap) 1999 Hakkında Açıklamalar, Çev. Gökhan Erbaş, Ankara, Adalet, 2009, s. 1-2; TÜZEMEN ATİK, Ebru, "Fidic (New Red Book) Kuralları Uyarınca İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, GÜHFD, C. 18, Y. 2014, S. 2, s. 54.

kümeti ya da hükümet birimi ile gelişmiş ülkelerde kurulmuş yüklenici firmalar veya bu firmaların oluşturduğu *joint-venturelar* arasında yapılmaktadır. Hastane, köprü, boruhattı inşaatından bir şehrin bütününün inşasına kadar konusu çeşitlilik gösterebilen bu projelerin finansmanı da önem arz etmektedir. Genellikle IBRD (International Bank for Reconstruction and Development), EIB (European Investment Bank) gibi uluslararası yatırım bankalarından kredi temin edilmekte ve bu finans kuruluşları sözleşmelerin belirli formda hazırlanmasını talep edebilmektedir⁴. Dünya Bankası ve bazı diğer çok taraflı yatırım bankalarının, belli büyüklükteki projeler için kredi şartı olarak, *Fidic* şartlarının uygulanmasını istemeleri de bu kurallara yaygınlık kazandırmaktadır⁵. Tarafların aralarındaki sözleşmede *Fidic* şartlarının uygulanacağını kararlaştırmaları hukuk seçimine engel değildir. Bu durum bizatihi *Fidic* şartlarında da düzenlenmiştir⁶.

Bu makalede, öncelikli olarak inşaat sözleşmeleri maddi hukuk düzenlemesi bakımından, Türk Borçlar Hukuku ve uygulamada en çok kullanılan, *Fidic* tarafından hazırlanmış “İnşaat İşleri için Sözleşme Şartları” isimli ve Kırmızı Kitap olarak da bilinen *Fidic* şartlarının karşılaştırmalı incelenmesi yoluyla, ele alınmıştır. Bu çerçevede, inşaat sözleşmesinin tarafları, hukuki unsur ve özellikleri açıklandıktan sonra sözleşmenin tarafları olan yüklenici ve iş sahibinin borçları incelenmiştir. Daha sonra ise yüklenicinin ayıptan kaynaklanan sorumluluğu ve inşaat sözleşmesinin sona ermesi açıklanmıştır. Makalenin bundan sonraki bölümünde ise uluslararası inşaat sözleşmelerine uygulanacak hukukun belirlenmesi kanunlar ihtilafı kuralları bakımından ele alınmıştır. Bu çerçevede, tarafların hukuk seçimi yapmaları yoluyla uygulanacak hukukun belirlenmesi, *Fidic* kurallarının seçiminin hukuk seçimi teşkil edip etmeyeceği, tarafların hukuk seçimi yapmamaları durumunda uygulanacak hukukun tespiti ve istisna kuralının uygulanma şartları uluslararası inşaat sözleşmelerinin kendine has özellikleri de dikkate alınarak incelenmiştir.

I- İnşaat Sözleşmesi

1. Kavram, Tarafları ve Hukuki Unsurları

İnşaat sözleşmesi eser sözleşmesinin en çok uygulama alanı bulan türlerinden birisidir⁷. Eser sözleşmesi ise TBK m. 470'de belirtildiği üzere “yüklenicinin bir eser

⁴ MURRAY, Carol/HOLLOWAY, David/TIMSON-HUNT, Daren, Schmitthoff Export Trade: The Law and Practice of International Trade, 11th. ed., Sweet and Maxwell, 2007, s. 597-598.

⁵ KÖKSAL, Tunay, “Uluslararası İnşaat Sözleşme Modeli Olarak Fidic İnşaat İşleri Sözleşme Şartları”, Abant İzzet Baysal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 2010/1, S. 20, s. 87; TÜZEMEN ATİK, s. 55.

⁶ HÖK, s. 3

⁷ EREN, Fikret, “Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri”, İnşaat Sözleşmeleri Ortak Seminer, 18-29 Mart 1996, 2. bs., Ankara, BTHAE, 2001, s. 49; KAPLAN, İbrahim, “İnşaat

meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi taahhüt ettiği sözleşmedir.” İnşaat sözleşmesi de iş sahibinin ödeyeceği ücret karşılığında yüklenicinin inşa eseri⁸ meydana getirip teslim etmeyi üstlendiği, iki tarafa borç yükleyen, sözleşmedir⁹.

Sözleşmenin tarafları iş sahibi ve yüklenicidir. İş sahibi ödeyeceği ücret karşılığında inşa eserinin meydana getirilmesini yükleniciye tevdi eder. İş sahibi işin yönetimi için bir mühendisi ya da mimarı vekalet sözleşmesi ile görevlendirebilir. Yüklenici ise inşa eserini meydana getirmeyi borçlanmış kişidir¹⁰. Yüklenici de iş sahibi de gerçek ya da tüzel kişi olabilir. Birden fazla yüklenicinin kendi aralarında adi ortaklık sözleşmesi yaparak konsorsiyum veya joint venture oluşturmaları ve iş sahibi ile inşaat sözleşmesi yapmaları mümkündür¹¹. İş sahibi genellikle inşaat yapılacak arsanın sahibi olup, meydana getirilecek inşa eserinin kendisine teslim edileceği kişidir¹². Bununla birlikte, arsa yükleniciye de ait olabilir¹³.

İnşaat sözleşmesinin unsurları bir inşa eserinin meydana getirilmesi, bunun karşılığında ücret ödenmesi ve tarafların anlaşmasıdır. İnşaa eseri, iş sahibinin meydana getirmeyi üstlendiği bir bütün oluşturan ve maddi varlığa sahip olan sonuçtur¹⁴. Meydana getirme ise yapma edimi olup, yeni bir inşaat yapmanın yanı sıra mevcut inşaatta değişiklik veya tamiri de kapsar¹⁵. Meydana getirilecek inşa eseri karşılığı ücret ödenmesi sözleşmenin bir diğer kurucu unsurudur¹⁶. İnşaa eserinin mutlaka ücret karşılığı meydana getirilmesi gerekir. Aksi durumda vekalet sözleşmesi veya kat karşılığı inşaat sözleşmesi gibi isimli bir sözleşme yapılmış olur¹⁷. Sözleşmenin bir diğer unsuru ise tarafların asli edimleri olan meydana gelecek inşa eseri ve ödenecek

Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu”, İnşaat Sözleşmeleri Ortak Seminer, 18-29 Mart 1996, 2. bs., Ankara, BTHAE, 2001, s. 119; ZEVKLİLER, Aydın/ GÖKYAYLA, Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 14. bs., Ankara, Turhan, 2014, s. 456.

⁸ İnşaa eseri (inşaat): “Doğrudan doğruya veya dolaylı olarak toprağa bağlı olan...etrafı az çok kapalı, insan emeğiyle suni olarak yapılmış ve az çok toprağa bağlı bir şeydir.” bkz, EREN, Borçlar Kanunu Açısından..., s. 55.

⁹ EREN, Borçlar Kanunu Açısından, s. 49; KAPLAN, s. 119.

¹⁰ YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. bs., İstanbul, Beta, 2014, s. 985-986.

¹¹ Ortakların aldıkları inşaat işinin hangi kısmının hangi yüklenici tarafından yapılacağı belliye konsorsiyum; bütün yükleniciler elbirliği ile işi yapacaklarsa joint venture söz konusudur. Bkz., ÖZ, Turgut M., İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, 2. bs., İstanbul, Vedat, 2012, 44-45.

¹² KAPLAN, s. 121.

¹³ KAPLAN, s. 120.

¹⁴ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 454-456.

¹⁵ EREN, Borçlar Kanunu Açısından, s. 56; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 991; KAPLAN, s. 121; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 458.

¹⁶ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 460.

¹⁷ ÖZ, s. 53; EREN, Borçlar Kanunu Açısından, s. 56-57.

ücret konusunda anlaşmalarıdır¹⁸. Kural olarak şekle bağlı olmamakla birlikte uygulamada inşaat sözleşmeleri adi yazılı şekilde veya noter huzurunda resmi yazılı şekilde yapılmaktadır¹⁹.

İnşaat sözleşmesinin özellikleri, yüklenicinin eser meydana getirip teslim etme borcu karşısında iş sahibinin bedel ödemeyi taahhüt etmesi nedeniyle, rızai, tam iki tarafa borç yükleyen, ivazlı ve ani edimli bir sözleşme olması olarak belirtilebilir²⁰. Eser meydana getirme edimi ve ücret ödeme birbirinin karşılığı olan edimlerdir. Yüklenicinin eser meydana getirme karşılığı ücrete hak kazanması nedeniyle ivazlı bir sözleşmedir²¹. Bu sözleşme, yüklenicinin edimini teslimle yerine getirmesi nedeniyle ani edimli bir sözleşmedir. Sürekli borç doğuran bir sözleşme değildir²².

2. İnşaat Sözleşmesinde Tarafların Borçları

2.1. Yüklenicinin Borçları

2.1.1. Yüklenicinin Sadakat ve Özen Borcu

TBK m.471.1'de belirtildiği üzere yüklenici, eseri meydana getirirken iş sahibinin menfaatlerini gözetmek ve edimini sadakat ve özenle ifa etmekle yükümlüdür. İfa aşamasında sadakat ve özen borcu iç içe girmişken, ifadan önce ve sonra sadece sadakat borcu vardır. Sadakat borcu özen borcundan daha geniş olup, iş sahibinin yararına hareket etmeyi ve ona zarar verici her türlü fiilden kaçınmayı gerektirir²³. Sadakat borcunun gereği olarak ifa sırasında iş sahibinin malvarlığı değerleri korunmalıdır. TBK m. 472 gereği malzemenin iş sahibi tarafından sağlanması halinde yüklenicinin malzemeyi özenli kullanmakla²⁴ veya iş sahibince sağlanan malzemenin veya arsanın inşa eserini meydana getirmeye elverişli olmaması ya da eserin meydana getirilmesi ve teslimini engelleyecek başka bir tehlikenin varlığı halinde yüklenicinin bunu iş

¹⁸ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 992.

¹⁹ EREN, s. 57-58; KAPLAN, s. 123.

²⁰ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 994; EREN, s. 51.

²¹ EREN, Borçlar Kanunu Açısından, s. 51; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 471.

²² İnşaat sözleşmesi ani edimli bir sözleşme olmasına rağmen sürekli sözleşme görünümü vermektedir. Bunun sebebi uzun süreli inşaat sözleşmelerinde eserin meydana getirilmesinin uzun süreye yayılmasıdır. Bununla birlikte, bu durum sözleşmenin ani edimli olma niteliğini ortadan kaldırmaz. Bkz., EREN, Fikret, "İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmesinin Sonuçları" İnşaat Sözleşmeleri Ortak Seminer, 18-29 Mart 1996, 2. bs., Ankara, BTHAE, 2001, s. 64; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 469-470.

²³ ÖZ, s. 121; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 487.

²⁴ Malzemeyi özenle kullanmak "onu cins ve niteliğine uygun bir biçimde koruyup muhafaza etmeyi, diğer yandan da bu malzemeyi üçüncü kişilerin olumsuz etkilerinden korumak için değer ve özelliğine uygun her türlü tedbiri almayı ifade eder." EREN, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları, s. 70.

sahibine bildirmekle yükümlü olması da sadakat borcunun kapsamındadır. Aksi durumda, yüklenici iş sahibinin bundan doğan zararını karşılamakla yükümlüdür. TBK m. 476 ve 483.2'deki bildirim yükümlülükleri de sadakat borcunun görünümüdür²⁵. Yüklenici, inşaat sözleşmelerinde sadakat borcunun gereği olarak işin ifası sırasında öğrendiği iş sahibine ait sırları, mesela iş sahibince inşaat için yükleniciye verilen planları korumak, başka işlerde kullanmamak yükümlülüğü altındadır²⁶. Yüklenici, iş sahibini üçüncü kişilere karşı sorumlu hale getirecek her türlü fiilden kaçınmalıdır²⁷. Eser, sözleşmede kararlaştırılan özelliklere sahip olarak teslim edilse bile sadakat borcuna aykırılık durumunda iş sahibi uğradığı zararın tazminini isteyebilir. Eser tamamlanmadan bu borca aykırı hareket edilirse TBK m. 484, m. 473.2 veya m. 125'e dayanarak sözleşmeyi sona erdirebilir²⁸.

Özen borcu ise yüklenicinin "inşaat işlerinde egemen olan anlayışa göre, benzer bir inşaa eserinin ifasını yüklenen makul ve dürüst bir müteahhitten beklenen tüm dikkati sarf etmek, bilim ve tekniğin temel kurallarını uygulamak ve kullanmak²⁹" konusunda yükümlü olduğu dikkat ve çabadır. Bu borcun derecesi TBK m.471.2'de belirtildiği üzere "benzer işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken mesleki ve teknik kurallara uygun davranış" olarak objektif bir biçimde belirlenmiştir³⁰. Sadakat borcunun somutlaşmış hali olan bu özen borcu ifanın bütün aşamalarını kapsar³¹. Yüklenici, özen borcu gereği inşaa eserinin meydana gelmesi için hukuki ve fiili engellerin bulunup bulunmadığını, plan ve projenin inşaa eserinin amacına uygun olup olmadığını, malzemenin inşaa eserinin sözleşmede belirtilen nitelikleri için yeterli olup olmadığını araştırmakla yükümlüdür³². Yüklenicinin ekonomik durumunun ve uzmanlığının işi yapmaya yeterli olup olmadığını araştırması da özen yükümlülüğünün parçasıdır³³. Yüklenici, alt yüklenicinin ve elemanların seçiminde, projenin genel yönetimiyle ilgili organizasyonun amaca uygunluğunu sağlamada özen göstermelidir³⁴. Eserin meydana getirilmesinden teslimine kadar geçen sürede eserin korunması ve iş sahibinin eserin kullanımı hakkında aydınlatılması da özen

²⁵ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1001-1002; Doktrinde bazı yazarlar bu durumları özen yükümlülüğünün parçası olarak nitelendiriyor. Bu durum ifa sırasında sadakat ve özen yükümlülüklerinin iç içe geçmesinden kaynaklanabilir. Bkz. ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 491-493.

²⁶ ÖZ, s. 121.

²⁷ EREN, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları, s. 77; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1002.

²⁸ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1002; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 487.

²⁹ EREN, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları, s. 74.

³⁰ YAVUZ/ACAR/ÖZEN s. 1003.

³¹ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 488.

³² ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 490.

³³ ÖZ, s. 120.

³⁴ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 492-493.

borcunun kapsamındadır³⁵. Özen borcuna aykırılık durumunda iş sahibi zarara uğramışsa TBK m. 112 kapsamında zararın giderilmesini isteyebilir .

Fidic şartlarında yüklenicinin sadakat yükümlülüğünden açıkça bahsedilmemekle birlikte, özen yükümlülüğü m. 17.2'de düzenlenmiştir. Yüklenici, işin başlangıcından geçici kabul belgesi (teslim alma sertifikası) düzenlenene kadar, ifa boyunca, işi özenle yapmak ve malzemeleri korumak yükümlülüğündedir. İş sahibine yüklenemeyecek nitelikteki özen yükümlülüğünün ihlalinden doğan her türlü zarardan yüklenici sorumludur³⁶. Teslimden sonra da m. 4.1.c'de düzenlendiği üzere eserin kullanılması için her türlü kılavuzu ve bilgiyi verme yükümlülüğü altındadır³⁷.

2.1.2 Yüklenicinin Şahsen İfa Borcu

TBK m. 471.3'de belirtildiği üzere “yüklenici meydana getirilecek eseri doğrudan doğruya kendisi yapmak veya kendi yönetimi altında yaptırmakla yükümlüdür. Ancak, eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşıyorsa, işi başkasına da yaptırabilir.” İnşaat sözleşmeleri gibi edimin şahsen ifasında iş sahibinin genellikle yararının bulunmadığı ve her kısmının şahsen ifasının mümkün olmadığı durumlarda iş sahibi kendi yönetimi altında yardımcı kişiler veya alt yükleniciler vasıtasıyla edimini ifa edebilir³⁸. Yüklenici, işin özelliklerine göre kişisel yetenekleri önem taşımadıkça işin bir kısmının yapılmasını, iş sahibinin rızası bulunmak koşuluyla, kendi adı ve hesabına yaptığı sözleşme ile alt yükleniciye yaptırabilir³⁹. Alt yüklenici, asıl yüklenicinin kendi adı ve hesabına yaptığı bir inşaat sözleşmesi ile borcun ifasını ona bıraktığı, kendi hesabına çalışan kişidir⁴⁰. Alt yüklenici, bağımsız faaliyet gösteren bir ifa yardımcısı olup, asıl yüklenicinin gözetim ve denetimi olmaksızın kendi adına hareket eder⁴¹. Alt yüklenicilik sözleşmesi nispi ilkesi gereği yüklenici ve iş sahibi arasındaki asıl sözleşmeden bağımsızdır. İş sahibi alt yükleniciye, alt yüklenici de iş sahibine doğrudan talep ileri süremez⁴². Alt yüklenicinin kusuruyla sebep olduğu zararlardan yüklenici sorumludur. Bununla birlikte, alt yüklenici iş sahibince seçilmiş ve yüklenicinin işe uygun olmadığı bildirimine rağmen iş sahibi ısrar etmişse asıl yüklenici alt yüklenicinin sözleşmeye aykırı davranışlarından sorumlu olmaz⁴³.

³⁵ EREN, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları, s. 77; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 494.

³⁶ Madde metni için bkz. HÖK, s. 70.

³⁷ TÜZEMEN ATİK, s. 65.

³⁸ ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 499.

³⁹ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1008; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 502.

⁴⁰ EREN, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları, s. 64-65; , YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1010.

⁴¹ EREN, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları, s. 65; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 502.

⁴² ÖZ, s. 47; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 501.

⁴³ ÖZ, s. 126; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 492-493.

Fidic şartları uyarınca da esas olan yüklenicinin işi bizzat yapmasıdır. Bununla birlikte, uygulamada da sıklıkla görüldüğü üzere işin bir kısmını, mühendisin de onayını alarak, alt yüklenicilere yaptırabilir. İşin tamamını yaptırmak m. 4.4 uyarınca yasaklanmıştır.⁴⁴ Yüklenici, m. 4.4 gereği alt yüklenicinin ve çalışanlarının eylemlerinden sorumlu olacaktır. Bu konuda onaylanmış alt yüklenici veya atanmış alt yüklenici⁴⁵ için bir ayırım yapılmamıştır. Oysa, atanmış alt yüklenici için esas yüklenici gerekli denetimi yaptıysa iş sahibi sorumlu olmalıdır⁴⁶.

2.1.3. Yüklenicinin Araç Gereç ve Malzeme Sağlama Borcu

Yüklenicinin bir diğer borcu, TBK m. 471.4'de belirtildiği üzere aksine adet ve anlaşma yoksa araç gereç ve malzemeyi⁴⁷ sağlamaktır. TBK m. 472.1'deki ifadede malzemenin kural olarak iş sahibi tarafından sağlanacağı anlaşılrsa da eser sözleşmelerinin ve özellikle inşaat sözleşmelerinin yapısı bugün buna elverişli değildir. Teknik bilgisi olmayan iş sahibinin ne tür malzeme sağlanacağını bilmesi de mümkün değildir⁴⁸. Uygulamada da malzeme genellikle yüklenici tarafından sağlanmaktadır⁴⁹.

Malzemenin inşa eserinin sözleşmeye uygun şekilde meydana getirilmesine elverişli, sözleşmede kararlaştırılan veya dürüstlük kuralına göre gerekli nitelikleri taşıması, ayıplı olmaması gerekir⁵⁰. Aksi durumda, satıcının sorumluluğuna yapılan m. 472.1'deki kural gereği, ayıba karşı tekeffül kuralları değil, satıcının ayıptan sorumluluğuna ilişkin hükümler uygulanacaktır⁵¹. İnşa eserinin üzerinde yapılacağı arsa yükleniciye aitse bu malzeme değildir. İnşaat sözleşmesi ile birlikte taşınmaz satışı vardır. Arsanın ayıpları için taşınmaz satışına ilişkin kurallar uygulanacaktır⁵². *Fidic* şartları m. 7'de kullanılacak araç gereç ve malzemenin sözleşmeye uygun olması düzenlenmektedir. *Fidic* şartları uyarınca yapılacak testlerin sonucu, mühendis, ayıplı veya sözleşmeye uygun olmadığını belirterek ilgili malzeme ve araç gerecin kullanılmasını

⁴⁴ TÜZEMEN ATİK, s. 61-63.

⁴⁵ Atanmış alt yüklenici asıl yüklenici tarafından seçilmeyip mühendis ya da işsahibi tarafından seçilen alt yüklenicidir. Onaylanmış alt yüklenici ise asıl yüklenici tarafından seçilip mühendis veya işsahibince onaylanan yüklenicidir. Bkz. TÜZEMEN ATİK, s. 62.

⁴⁶ TÜREGÜN, Necip, "Fidic Açısından İnşaat Sözleşmeleri", İnşaat Sözleşmeleri Ortak Seminer, 18-29 Mart 1996, 2. bs., Ankara, BTHAE, 2001, s. 270; TÜZEMEN ATİK, s. 63.

⁴⁷ Araç gereç eserin meydana getirilmesinde kullanılan ve inşa eserine dahil olmayan iş makineleri, iskele vb. şeylerdir. Malzeme ise eserin kendisinden üretildiği tuğla, kum, çimento gibi esere dahil olan hammadde niteliğindeki şeylerdir. Bkz. EREN, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları, s. 68.

⁴⁸ ÖZ, s. 122-123; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1016-1017.

⁴⁹ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 504.

⁵⁰ EREN, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları, s. 69-70; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 505.

⁵¹ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1016; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 505.

⁵² YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1015.

yükleniciye yapacağı bildirimle reddedebilir. Yüklenici buna rağmen bu eksiklikleri gidermezse *Fidic* kuralları m. 15 uyarınca sözleşme feshedilebilir⁵³.

2.1.4. Yüklenicinin Genel Bildirim Yükümlülüğü

Yüklenici, sözleşmenin amacının gerçekleştirilmesini tehlikeye düşürebilecek grev, lokavt vb. önemli ve olumsuz durumların varlığı veya var olma ihtimali durumunda ya da sağlanan malzeme veya arsanın ayıplı olması halinde bunları iş sahibinin zarar görmemesi için ona bildirmekle ve konu hakkında onu aydınlatmakla yükümlüdür. TBK m. 472.3'de belirtilen bu bildirim yükümlülüğü esasen sadakat ve özen yükümlülüğünden kaynaklanmaktadır⁵⁴. Alt yüklenici veya ifa yardımcılarının bildiği ya da bilmesi gereken durumlar da yüklenicinin bildirim yükümlülüğünün kapsamındadır⁵⁵. Bildirim yükümlülüğünün bir diğeri de m. 482.1'de yer alan eseri meydana getirmenin masrafının yaklaşık bedeli fazlasıyla aşacak olması durumunda yüklenicinin bunu iş sahibine bildirmekle yükümlü olmasıdır. Bildirimin hemen yapılmaması ya da hiç yapılmaması durumunda yüklenici TBK m. 112 ya da ilgili maddelerde belirtilen hükümlere göre sorumlu olur⁵⁶.

2.1.5. Yüklenicinin İş Zamanında Başlama ve Devam Etme Borcu

TBK m. 473.1'den anlaşıldığı üzere yüklenicinin iş zamanında başlaması ve sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmemesi gerekir. Buna aykırı olarak ya da iş sahibine yüklenemeyecek bir nedenle meydana gelen bir gecikme yüzünden işin kararlaştırılan zamanda bitirilemeyeceği açıkça anlaşılırsa iş sahibi teslim gününü beklemeden sözleşmeden dönebilir. Bu durumda teslimde temerrüt değil, meydana getirmede temerrüt vardır⁵⁷. İş sahibi, bütün tahminlere rağmen işin zamanında bitmeyeceği anlaşılmadıkça, yükleniciye gecikmeden ifa için iltarda bulunmalı ve süre vermelidir. Verilen süre faydasız olmuşsa iş sahibi dilerse m. 473.1'e göre sözleşmeden döner, dilerse de TBK m. 125'deki diğer hakları kullanabilir⁵⁸. Teslim için sözleşmede süre kararlaştırılmamışsa veya işin özelliği gereği süre anlaşılamıyorsa, TBK m. 90 gereği sözleşme yapılır yapılmaz işe başlanmalıdır. İş benzer işlerdeki tempoyla yürütülmelidir⁵⁹. *Fidic* şartları m. 8 uyarınca iş sahibine, yüklenicinin iş zamanında başlamaması, tamamlamaması veya ifada gecikme hallerinde, sözleşmenin feshi imkanı tanınmıştır. Ayrıca, mühendis, işin ilerleme hızını kontrol edip, gerekli görürse

⁵³ TÜZEMEN ATİK, s. 59.

⁵⁴ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1017; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 506-507.

⁵⁵ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1017-1018.

⁵⁶ ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 508.

⁵⁷ ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 510.

⁵⁸ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1019-1020.

⁵⁹ ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 512; , YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1019.

müdahale edebilir. Zamanında bitirilme ve kontrol için iş belli bir programı takiben yapılır ve gecikme durumunda ceza şart ödenir⁶⁰.

2.1.6. Yüklenicinin İnşa Eserini Teslim Etme Borcu

İnşaat sözleşmesinde yüklenicinin temel borcu inşa eserini sözleşmedeki şartlara uygun bir şekilde meydana getirip teslim etmektir⁶¹. Teslim borcu TBK'da açıkça düzenlenmemiştir. Bununla birlikte, teslimden bahseden TBK m. 473.1, m. 474.1 ve m. 475 gibi maddelerden örtülü olarak borç kabul edildiği anlaşılmaktadır⁶². Yüklenicinin temel borçlarını düzenleyen *Fidic* m. 4.1'e göre "yüklenici işleri (sözleşmede belirlenen kapsamda) sözleşme ile mühendisin talimatlarına uygun olarak planlamalı, yerine getirmeli ve tamamlamalı ve aynı şekilde işlerde doğacak tüm kusurları bertaraf etmelidir." Bu düzenlemeden yüklenicinin inşa eseri meydana getirmek ve teslim etmek üzere iki asli borcu bulunduğu anlaşılmaktadır⁶³.

Teslim, tamamlanmış olan inşa eserinin iş sahibine sunulması yoluyla onun fiili egemenlik alanına geçirilerek, iş sahibinin doğrudan doğruya zilyed haline getirilmesidir⁶⁴. Tamamlanmış eser, sözleşmedeki şartlara uygun olarak meydana getirilmiş eserdir. İş sahibi, eserin kendisine sunulmasına olumlu yanıt vermezse temerrüde düşer⁶⁵. İnşaat iş sahibinin arsası üzerine yapılmışsa eserin yapıldığının bildirilmesiyle teslim borcu yerine getirilmiş olur. Kesin kabul tutanağının düzenlenmesi kural olarak teslimin yapıldığını gösterir. Çünkü, inşaatın arsanın bütünleyici parçası olması nedeniyle mülkiyet zaten geçmiştir⁶⁶. Bununla birlikte, arsanın yüklenici tarafından sağlanması durumunda teslim için inşa eserinin iş sahibi adına tescili gerekir⁶⁷.

Fidic şartlarında da teslim için eserin sözleşmeye uygun olarak, esas itibariyle tamamlanmış olması gerekir. Esas itibariyle tamamlanma iş sahibinin kullanmasına ve yararlanmasına uygun olarak inşa eserinin bitirilmesidir⁶⁸. Teslim m. 10.1'de düzenlenmiştir. Yüklenici işin tamamlandığını mühendise bildirir. Mühendis veya oluş-

⁶⁰ TÜZEMEN ATİK, s. 60-61.

⁶¹ EREN, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları, s. 63; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 475.

⁶² YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1020.

⁶³ TÜZEMEN ATİK, s. 57.

⁶⁴ EREN, İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Borçları", s. 72; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 478.

⁶⁵ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1021.

⁶⁶ ÖZ, s. 145.

⁶⁷ "Yapının yüklenicinin arsasında yapılmasının ve sonra bu arsanın...mülkiyetinin devri ile birlikte tesliminin kararlaştırıldığı sözleşmeler, aslında yalın bir inşaat sözleşmesi değil, bir inşaat taşınmaz satımı karması bir bileşik sözleşme oluşturur. Burada sadece inşaatın bitirilmesi yüklenicinin ediminin ifasını oluşturmaz, ayrıca o taşınmazın...mülkiyeti de tapuda iş sahibi/alıcıya devredilmelidir." Bkz. ÖZ, 145; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 479-480.

⁶⁸ TÜZEMEN ATİK, s. 65.

turacağı heyet tarafından yapılan tamamlama testleri neticesi eksiklikler ve kusurlar varsa yükleniciden giderilmesi istenir. Bu sürecin sonunda geçici kabul belgesi verilir. Geçici kabul belgesinin verilmesi *Fidic* şartları uygulanan sözleşmeler bakımından teslim tarihidir. Bundan sonra kesin kabul süreci başlar⁶⁹. *Fidic* şartlarında teslimle ilgili belirlenen sürelerin uzatılması ya tarafların anlaşması ya da yüklenicinin talebi üzerine m. 8.4'de⁷⁰ belirtilen nedenlerle veya diğer *Fidic* şartları ile atıfta bulunulan nedenlerin varlığı halinde mümkündür⁷¹.

İfa zamanı, çok nadir rastlanmakla beraber sözleşmede kararlaştırılmamışsa, TBK m. 90 gereği tarafların varsayılan iradeleri ve işin niteliğine göre “deneyimli uzmanın zamanında başladığı işi makul araç gereç ve işgücü kullanarak” ne kadar sürede tamamlayacağı esas alınarak belirlenir⁷². İnşa eserinin sözleşmede belirtilen tarihten sonra ya da önce teslim edilmesi ihtimali için taraflar sözleşme ile gecikme tazminatı veya pirim kararlaştırabilir⁷³ Zamanı geldiği halde eseri tamamlayıp teslim etmeyen yüklenici temerrüde düşer. Bu durumda temerrüde ilişkin genel hükümler uygulanır⁷⁴.

Fidic şartları m. 8.7'de yüklenicinin teslim borcunda temerrüde düşmesi halinde her bir gün için gecikme tazminatının ödenmesi öngörülmüştür. İş sahibi, ayrıca, sözleşmenin feshini düzenleyen m. 15'e göre sözleşmeyi sona erdirebilir. İş sahibince sözleşmenin sona erdirilmesi halinde m. 12'ye göre yüklenici o ana kadar yaptığı işlerin bedelini talep etme hakkına sahiptir. Temerrüd halinde sözleşmenin sona erdirilmesine ilişkin *Fidic* düzenlemelerinden sözleşmeden dönmenin değil feshin tercih edildiği anlaşılmaktadır⁷⁵. *Fidic* şartlarında erken teslim durumunda iş sahibi tarafından pirim ödenmesine rastlanmasa da taraflar bunu sözleşmeyle kararlaştırabilirler⁷⁶. Teslim alma ile beraber *Fidic* şartları m. 17.2 uyarınca hasar işverene geçer ve m. 11.1 uyarınca ayıbı bildirim süresi başlar. Yüklenici, işin başlamasından geçici kabul belgesinin düzenlenmesine kadar olan hasarları üstlenmektedir. Bu belgenin düzenlenmesinden itibaren hasar iş sahibine geçer⁷⁷. Eserin yok olması halinde sözleşmenin sona ermesini düzenleyen TBK m. 483.1 düzenlemesinden de hasarın teslim ile geçtiği anlaşılmaktadır.

⁶⁹ Madde metni için bkz., HÖK, s. 71-72; TÜZEMEN ATİK, s. 66-67.

⁷⁰ Bu nedenler “projede bulunmadığı halde yapılan fazladan ve ek işler, beklenmeyen istisnai nitelikteki olumsuz iklim koşulları, işsahibinden kaynaklanan gecikmeler ve engeller, yüklenicinin kusuru ve sözleşmeye aykırı davranışı olmaksızın ortaya çıkan özel durumlar olarak belirtilmiştir.” Bkz. TÜZEMEN ATİK, s. 67-68.

⁷¹ Uyulması gerekli süreler ve prosedür için bkz., m. 20.1.b, TÜZEMEN ATİK, s. 68 dn. 48.

⁷² ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 482.

⁷³ ÖZ, s. 156; EREN, İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Borçları, s. 73.

⁷⁴ ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 483.

⁷⁵ TÜZEMEN ATİK, s. 70-71.

⁷⁶ KÖKSAL, s. 101.

⁷⁷ HÖK, s. 76-77.

2.2. İş Sahibinin Borçları

2.2.1. İş Sahibinin Ücret Ödeme Borcu

İnşaat sözleşmesinde iş sahibinin başlıca borcu yüklenicinin meydana getireceği inşaa eserinin karşılığında para borcunu ödemektir⁷⁸. Ücretin miktarı sözleşmede götürü bedel veya yaklaşık tahmini bedel olarak belirlenebileceği gibi sözleşmede belirlenmemiş de olabilir⁷⁹. Götürü bedel, bedelin önceden, sözleşmede kesin olarak belirlenmesidir. Eserin bütünü için baştan toptan kararlaştırılan bir rakam olabileceği gibi birim fiyat olarak da belirlenebilir⁸⁰. Bedelin birim fiyat esasına göre götürü olarak belirlenmesi durumunda kaç birim kullanılacağıın eserin tamamlanmasından sonra ortaya çıkması nedeniyle bu alt türün götürü özelliği zayıftır⁸¹. Götürü bedel sisteminde bedelin önceden bilinmesi iş sahibi tarafından kesinlik arz etmekte ve finans kuruluşları tarafından da tercih edilmesine yol açmaktadır⁸².

TBK m. 480'de eserin öngörülenden fazla ya da az masrafı gerektirmesi halinde dahi yüklenicinin götürü bedelin artırılmasını ya da azaltılmasını isteyemeyeceği belirtilmiştir. Ahde vefa prensibinin istisnası ise aynı maddede düzenlenen başlangıçta öngörülemeyen olağanüstü durumlar neticesi, belirlenen götürü bedelle sözleşmenin ifasının mümkün olmaması ya da aşırı güçleşmesidir. Bu durumda, yüklenici, hakimden sözleşmenin uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmazsa veya karşı taraftan beklenemeyecekse sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Yüklenici, dürüstlük kuralının gerektirmesi halinde, dönme hakkı yerine fesih hakkını kullanabilir⁸³. Uyarlama, ücretin artırılması yerine sürenin uzatılması ya da edimin kapsamının daraltılması şeklinde de olabilir⁸⁴. TBK m. 480.2'deki değişen şartlara uyarlama hükmü emredici olmadığı için taraflar bunun uygulanmamasını kararlaştırabilir⁸⁵. Uzun dönemli inşaat sözleşmelerinde fiyatın sabit tutulması taraflar arasındaki menfaat dengesini bozabilecektir. Bu nedenle, özellikle *Fidic* şartlarını esas alan sözleşmelerde ayrıntılı mekanizmalara yer verilmiştir. Öngörülebilir fiyat değişimleri için endeks sepeti bazlı fiyat değişimleri esas alınabilir. Öngörülemeyen değişimler içinse sözleşmeye hardship hükümleri konulmalıdır⁸⁶.

⁷⁸ KAPLAN, s. 125.

⁷⁹ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1042.

⁸⁰ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1042.

⁸¹ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 532.

⁸² MURRAY/HOLLOWAY/TIMSON-HUNT, s. 615.

⁸³ ÖZ, s. 64.

⁸⁴ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 542-543.

⁸⁵ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1046; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 540.

⁸⁶ KÖKSAL, s. 97.

Yaklaşık bedel ise sözleşmede belirli bir fiyat aralığında belirlenir⁸⁷. İş bittikten sonra yapılacak keşifle m. 481'de belirtildiği üzere eserin değeri ve yüklenicinin giderine⁸⁸ göre iş sahibince ödenecek ücret belirlenir.⁸⁹ Bununla birlikte, bu ücret sözleşmede belirtilen fiyat aralığından fazla ya da az olamaz⁹⁰. Sözleşmede ücretin belirlenmemesi durumunda da yaklaşık ve tahmini bedelin hesaplanmasına ilişkin m. 481'deki esaslar uygulanacaktır⁹¹. Bu durumda, yapılan giderler iş sahibinin umduğundan aşırı fazla olsa dahi iş sahibi bu bedeli ödemekle yükümlüdür⁹².

Bedelin ifa zamanı kural olarak TBK m. 479.1'de belirtildiği üzere teslim anıdır. Ancak, 2. fıkrada belirtildiği üzere eser kısım kısım teslim edilecekse her kısmın tesliminde bedel muaccel olur. Bununla birlikte, büyük inşaat projelerinde bedel, genellikle teslimden önce birer aylık dönemler için iş ve masrafın değeri göz önüne alınarak düzenlenen, geçici hakediş belgeleri neticesi ödenir. Bu halde eser parça parça teslim edilmemektedir⁹³. İfa yeri ise sözleşme veya tarafların iradelerinden anlaşılıyorysa TBK m. 89 uyarınca alacaklı olan yüklenicinin yerleşim yeridir.

Fidic şartları m. 12.3'te temel olarak birim fiyat esası kabul edilmiştir. Birim fiyatın belirlenmesi m. 3.5'te yer alan tarafların uzlaşmasını sağlama mekanizmasını uygulamak suretiyle mühendisin görevlerindendir⁹⁴. *Fidic* şartları m.12.1-2'de ücretin belirlenmesi usulü ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir. Yüklenicinin temsilcisinin bu sürece katılımı ve mühendis ile uzlaşması gerekmektedir⁹⁵. *Fidic* şartları m.14 ayrıntılı ve sürelerle tabi bir ödeme sistemi düzenlemiştir. Buna göre m. 14.7'de belirtildiği üzere iş sahibi, kabul mektubunun düzenlenmesinden sonra m. 14.2'de ayrıntılı olarak düzenlenen avansın ilk taksitini, yükleniciden m. 14.3'te belirtilen her ayın sonunda düzenlenecek olan ve mühendis tarafından kontrol edilecek olan hakediş raporu alındıktan sonra m. 14.6 uyarınca düzenlenen ara ödeme sertifikasında belirlenmiş meblağı, m. 14.10-11'de düzenlendiği şekilde geçici kabul belgesinin düzenlenmesinden sonra ise yüklenicinin nihai hakediş raporunda belirlenmiş meblağı ödemekle yükümlüdür.

⁸⁷ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 543.

⁸⁸ Eserin değeri iş karşılığı yüklenicinin elde edeceği kara mesleki kurumların tarifelerine, resmi birim fiyatlarına göre hesaplanacak giderlerin ilavesi sonucu hesaplanır. Yüklenicinin giderleri ise yüklenicinin eseri meydana getirirken fiilen yaptığı giderlere göre hesaplanır. ÖZ, s. 55; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1043.

⁸⁹ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1043.

⁹⁰ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 545.

⁹¹ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 550.

⁹² YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1042.

⁹³ ÖZ, s. 95-97; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 552.

⁹⁴ Madde metni için bkz., HÖK, s. 48-49.

⁹⁵ Madde metni için bkz., HÖK, s. 50-51.

Fidic şartları m. 14.1.b uyarınca, iş sahibi, m. 13.7'de belirtilen kanun değişikliğinden kaynaklanan uyarlamalar dışında tüm vergi, ücret ve harcamalara katlanmalıdır. Hukuki düzenleme değişikliklerinden kaynaklanmak şartıyla, yükleniciyi edimini ifa etmesi esnasında etkileyen masraflardaki artış veya azalış nedeniyle sözleşme bedeli uyarlanmalıdır. Bu değişiklikler neticesi bir gecikme veya masraf artışı olursa yüklenici m. 8.4 uyarınca sürenin uzatılmasını ve bedele eklenecek bu masrafların tazminini talep edebilir. Kanun değişikliğinden kaynaklı uyarlamalara ilaveten, aksi kararlaştırılmış olmadıkça, m. 14.1.a uyarınca ücret sözleşmede yer alan hükümlerle uyumlu şekilde uyarlanabilir⁹⁶. Tarafların ücret ve diğer masrafların uyarlanmasını kararlaştırmaları halinde m. 13.8'de yer alan masraf değişikliğinden kaynaklanan uyarlamalar hükmü uygulanır. Bu hükmün uygulanması için sözleşme ekinde "uyarlama verileri tabelası" (endeks) bulunması gerekir⁹⁷. İnşaat projelerinin uzun süreli ve kompleks işler olması nedeniyle, *Fidic* şartları m. 13.1'de düzenlendiği üzere, iş ifası sırasında mühendis değişiklik yapılmasını isteyebilir⁹⁸. Değişiklik talimatı iş ünitelerinin miktarı, kalitesi ve diğer özellikleri hakkında olabilir. Madde metninde bu değişiklikler için özel bir fiyat uyarlama sistemi öngörülmemesi nedeniyle, genel hüküm olan m. 12.3 uyarınca, öngörülme ve fiyat biçilmemiş işler için mühendis yeni fiyat belirlemelidir⁹⁹.

3. Yüklenicinin Ayıp Sebebiyle Sorumluluğu

Yüklenici, eseri sözleşmede belirtilen niteliklere göre meydana getirip teslim etmek durumundadır. Aksi durumda, yüklenicinin ayıba karşı tekeffül sorumluluğu doğar¹⁰⁰. Bu sorumluluk için TBK m. 474.1'den anlaşıldığı üzere eser teslim edilmiş olmalı ve ayıplı olmalıdır. Ayıplı eser, tarafların sözleşmede üzerinde anlaştıkları özellikleri taşımayan veya dürüstlük kuralı gereği kendisinden beklenen yararı gerçekleştirilmeye elverişli olmayan eserdir¹⁰¹. Sözleşme ve dürüstlük kuralına göre inşa eserinde olması gereken niteliklerle eserde fiilen mevcut olan nitelikler arasındaki fark ayıptır¹⁰². Ayıp fiili veya hukuki, açık veya gizli, asli veya tali olabilir¹⁰³.

TBK m. 476'da belirtildiği üzere ayıp iş sahibine yükletilemeyecek nitelikte olmalıdır. Ayıp, iş sahibinin verdiği talimattan veya iş sahibince sağlanan malzeme, arsa, plan proje veya onun tavsiye ettiği alt yükleniciden kaynaklarsa, yüklenici

⁹⁶ HÖK, s. 52-53.

⁹⁷ Formülleri de içeren madde metni için bkz., HÖK, s. 54-56.

⁹⁸ HÖK, s. 56.

⁹⁹ HÖK, s. 57-58.

¹⁰⁰ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1024.

¹⁰¹ ÖZ, s. 190; Yavuz/ACAR/ÖZEN, s. 1025-1026.

¹⁰² EREN, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları, s. 79.

¹⁰³ ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 514.

m. 476'daki bildirimi yaparak sorumluluktan kurtulabilir¹⁰⁴. Sorumluluktan kurtulmak için, bildirimde rağmen, iş sahibinin verdiği talimat, sağladığı malzeme ya da arsada ısrarcı olması gerekir¹⁰⁵. Ayrıca, TBK m. 477.1'de belirtildiği üzere eser kabul edilmiş olmamalıdır. TBK m. 477.2'de belirtildiği üzere gözden geçirme ve bildirim zamanında yapılmazsa eser kabul edilmiş olur ve yüklenici sorumluluktan kurtulur. Kabulün sorumluluğu ortadan kaldırması ancak teslim sırasında açıkça göze çarpan, gizli olmayan nitelikteki ayıplardandır. Yüklenici tarafından gizlenen veya gözden geçirme aşamasında fark edilemeyecek nitelikteki ayıptan sorumluluk devam eder. TBK m. 477.3 gereği ayıbın sonradan ortaya çıkması durumunda iş sahibi bu durumu gecikmeksizin bildirmelidir. Aksi halde yüklenici sorumluluktan kurtulur¹⁰⁶. Ayıp nedeniyle yüklenicinin sorumluluğu için kusur şart değildir. Burada sebebe bağlı sorumluluk vardır¹⁰⁷.

İnşaat sözleşmeleri için önemli olan bir husus, yüklenicinin ayıp sebebiyle sorumluluğunun sonucunu düzenleyen m. 475'in son fıkrasında belirtildiği üzere iş sahibinin arsası üzerinde yapılan inşa eserinin sökülüp kaldırılması aşırı zarar doğuracaksa, iş sahibi m. 475.1'de yer alan sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz. Bunun yerine maddenin 2. veya 3. fıkralarında yer alan haklardan birini kullanacaktır. Bunlardan ilki, eseri alıkoymak ve ayıp oranında bedelden indirim istemektir. İndirim, ayıpsız olması gereken eser ile ayıplı eserin objektif piyasa değeri arasındaki, teslim anındaki, farka göre hesaplanır¹⁰⁸. İkincisi ise aşırı masraf gerektirmediği takdirde, bütün masrafları yükleniciye ait olmak üzere, eserin ücretsiz onarılmasını istemektir. Aşırı masrafın tespitinde yüklenici ve iş sahibi arasındaki menfaat dengesi esas alınır¹⁰⁹. Ayıbın giderilmesinin yapma borcu olması nedeniyle, TBK m.113'e göre zorla ifaya ilişkin dava açılabilirliği gibi borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümlere de başvurulabilir¹¹⁰. İş sahibi, bu hakların kullanılmasıyla giderilemeyen zararının¹¹¹ tazminini de yüklenicinin kusurlu olması şartıyla TBK m. 112 uyarınca isteyebilir¹¹².

Fidic şartları m. 11.1-2 uyarınca da yükleniciye atfedilebilecek bir sebeple sözleşmede belirtilen özellikleri taşımayan bir eserin teslimi durumunda, mühendis

¹⁰⁴ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1031.

¹⁰⁵ EREN, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları, s. 80.

¹⁰⁶ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 518; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1032.

¹⁰⁷ EREN, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları, s. 83.

¹⁰⁸ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 521-522; ÖZ, s. 205.

¹⁰⁹ ÖZ, s. 207.

¹¹⁰ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1040.

¹¹¹ Buradaki zarar genellikle doğrudan ayıptan kaynaklanan zarar yerine ayıplı olmanın dolaylı yol açtığı, çatının kusurlu inşa edilmesi sonucunda ev eşyalarının zarar görmesi gibi, zararlardır. Çünkü, doğrudan ayıptan kaynaklanan zararlar m. 475'deki hakların kullanılması yoluyla giderilebilirler. Bkz, ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 523.

¹¹² YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1040-1041.

yapacağı inceleme sonucunda kesin kabul belgesi vermek yerine ayıbın giderilmesi için yükleniciye başvurabilir¹¹³. *Fidic* şartlarında yüklenicinin ayıp sebebiyle sorumlu olacağı süre kesin olarak belirlenmemiştir. Sözleşmede kararlaştırılmamışsa uygulanacak hukuk tarafından tespit edilecektir. Bununla birlikte, *Fidic*'in örnek şartlarında bu süre tamamlama sertifikasının düzenlenmesinden itibaren 365 gün olarak belirtilmiştir¹¹⁴.

Yüklenici, *Fidic* şartları m. 11.4'de belirtildiği üzere mühendisin ayıp bildiriminden sonra makul bir sürede masrafları kendisine ait olmak üzere ayıpları gidermekle yükümlüdür. Aksi durumda, m. 11.4-a'ya göre mühendis masrafları yükleniciye ait olmak üzere ayıpların başka bir yüklenici tarafından giderilmesini talep edebilir. Ayrıca, iş sahibi m. 11.4-b'ye göre ücretten indirim yapılmasını da talep edebilir¹¹⁵. İş sahibi, ayıbın giderilemeyecek durumda olması veya eserden yararlanmayı önemli ölçüde engellemesi halinde, ayıbın giderilmesi yerine m. 15.2 gereği sözleşmeyi feshedebilir¹¹⁶.

4. İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi

İnşaat sözleşmelerinin sona ermesi TBK m. 482-486 tarafından düzenlenmiştir. Bu düzenlemelere göre inşaat sözleşmesini sona erdiren unsurlardan başlıcası TBK m. 482.1'de belirtildiği üzere sözleşmede yaklaşık olarak belirlenen bedelin iş sahibine yüklenemeyecek nedenlerle aşırı aşılması ya da aşılacağıının anlaşılmasıdır. Yaklaşık bedel inşaat sözleşmesinde işlem temelini oluşturur¹¹⁷. Bu durumda iş sahibi sözleşmeden dönebilir. Aşırı artışın miktarı her bir somut olaya göre belirlenmelidir. Uygulamada yüzde 10'luk bir tolerans oranı kullanılmaktadır¹¹⁸. İş sahibinin sözleşmeden dönmesi durumunda TBK m. 125'te düzenlenen sözleşmeden dönmenin sonuçları doğar. Bedelin aşırı artmasına yüklenicinin sözleşmeye aykırı hareketleri neden olmuşsa, m. 112 gereği iş sahibi müspet zararının tazminini de isteyebilir¹¹⁹. TBK m. 482.2 ise inşa eserinin iş sahibinin arsası üzerinde yapılması durumunu düzenlemiştir. Bu durumda, eser tamamlanmışsa iş sahibi ancak ücretten uygun bir indirim isteyebilir. Bu indirimde yapılan aşırı masraf gereği eserin değerinde meydana gelecek artış dikkate alınır¹²⁰. Tamamlanmadan masrafın çok artacağı anlaşıl-

¹¹³ Madde metni için bkz., HÖK, s. 33-34.

¹¹⁴ TÜZEMEN ATİK, s. 78-79; HÖK, s. 77.

¹¹⁵ Madde metni için bkz., HÖK, s. 34-35.

¹¹⁶ HÖK, s. 35.

¹¹⁷ EREN, Fikret, "İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi" İnşaat Sözleşmeleri Ortak Seminer, 18-29 Mart 1996, 2. bs., Ankara, BTHAE, Ankara, 2001, s. 89-90.

¹¹⁸ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1055.

¹¹⁹ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1057; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 564.

¹²⁰ ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 564.

mıssa iş sahibi dilerse yapılan kısım için uygun tazminat ödeyerek sözleşmeyi sona erdirir, dilerse inşa eseri tamamlandıktan sonra indirim isteyebilir¹²¹. Bu durumda, iş sahibi sözleşmeden dönmekte, ileriye etkili olarak sözleşmeyi feshetmektedir¹²². Tamamlanınca dönememenin sebebi inşaatın artık arsanın bütünleyici parçası haline gelmesi ve mülkiyetinin iş sahibine geçmesidir¹²³.

Bir diğer sona erme hali, TBK m. 484'de düzenlenen iş sahibinin tam tazminat ödeyerek sözleşmeyi feshetmesidir. Bunun için eser tamamlanmamış olmalı ve iş sahibi o ana kadar yapılmış kısmın bedelini ödemelidir. İş sahibi, ayrıca, yüklenicinin fesih nedeniyle uğradığı zararın tamamını gidermekle yükümlüdür. İş sahibinin sebep göstermesi ya da sebebin haklı sebep olması gerekli değildir¹²⁴. İleriye etkili olarak sözleşmeyi fesheden iş sahibi yüklenicinin müspet zararını gidermek zorundadır¹²⁵.

Sözleşmeyi sona erdiren sebeplerden bir diğeri ifa imkansızlığıdır. TBK m. 483.1'e göre yüklenici temerrüde düşmedikçe, eserin beklenmedik bir olay sonucu teslimden önce yok olması halinde sözleşme sona erer. Yüklenici, ücretin ve yaptığı giderlerin ödenmesini isteyemez. Malzemeye gelen hasarın yükleniciye ait olacağı düzenlenmiştir. Eserin yok olmasına yol açan ve iş sahibi ile yükleniciye yükletilemeyecek her olay beklenmeyen olaydır¹²⁶. Bu durumda kusursuz ifa imkansızlığına ilişkin TBK m. 136 hükümleri uygulanacaktır. İş sahibi yaptığı ödemeleri m. 136.2'ye göre sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca talep edebilecektir. Bir diğer imkansızlık nedeni ise TBK m. 485'de düzenlenen inşa eserinin yapılmasının iş sahibiyle ilgili beklenmedik olay nedeniyle imkansızlaşmasıdır. Bu durumda, yüklenici yaptığı işin değerini ve buna girmeyen masrafları isteyebilir. Ayrıca, iş sahibi kusurluysa tazminat isteme hakkı vardır. İş sahibi ile ilgili beklenmedik olay onun şahsında ya da hakimiyet alanında meydana gelen, sağlayacağı arsanın kamulaştırılması ya da imar planında değişiklik olması gibi maddi veya hukuki olaydır¹²⁷. TBK m. 486' da yüklenicinin ölümü ya da aczi¹²⁸ inşaat sözleşmesinin onun kişisel nitelikleri göz önünde tutularak yapılması durumunda bir ifa imkansızlığı ve sona erme sebebi olarak düzenlenmiştir. Bu halde, iş sahibi tamamlanan kısım kullanmaya elverişli ise bunu kabul etmek ve karşılığını vermekle yükümlüdür.

¹²¹ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1057.

¹²² ÖZ, s. 79.

¹²³ EREN, İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi, s. 90.

¹²⁴ Bunun nedeni iş sahibi ve yüklenici arasındaki güven ilişkisidir. İş sahibi artık hangi sebeple olursa olsun istemediği yükleniciyle arasındaki sözleşmeyi feshedebilecektir. Bkz. ÖZ, s. 233.

¹²⁵ EREN, İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi, s. 91; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 565.

¹²⁶ EREN, İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi, s. 97.

¹²⁷ EREN, İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi, s. 99.

¹²⁸ İş yapma kabiliyetini temelli kaybettiren hastalık ve sakatlık durumunda da bu hüküm uygulanır. Acze düşmek ise objektif maddi sebeplerle yüklenicinin işi bitirmesinin imkansız olmasıdır. İflas bu hüküm alanında bir imkansızlık oluşturmaz. Bkz, EREN, İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi, s. 101.

II. Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Esasa Uygulanacak Hukukun Tespiti

1. İnşaat Sözleşmelerinde Uluslararasılık Unsuru

Bir sözleşmenin hangi hallerde uluslararası nitelik kazanabileceği hususunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür¹²⁹: Bunlardan birincisi, birden fazla hukuk sistemi ile irtibatlı olmasını esas almıştır. Bir diğer görüş ise sözleşmenin uluslararası niteliğini tayin ederken sözleşme ile ilgili şahsi ve coğrafi unsurlardan hareket etmiştir. Yabancılık unsuru teşkil edecek ve sözleşmeye uluslararası nitelik kazandırabilecek şahsi veya coğrafi unsurlar olarak sözleşme taraflarının farklı vatandaşlığı, yerleşim yerine ya da mutad meskene sahip olması durumunda; sözleşmenin kuruluş yeri, ifa yeri¹³⁰ veya sözleşme konusu şey, hizmet veya ödemelerin ülke sınırlarını aşması durumunda sözleşme yabancılık unsuru taşıyacak ve uluslararası nitelik kazanacaktır. Bu alanda bizim de katıldığımız yeni görüş ve uygulama ise sözleşmenin maddi, ekonomik özelliğini esas almış ve uluslararası ticaretin yarar alanına giren her türlü sözleşmeyi şahsi ya da coğrafi olarak yabancılık unsuru taşımasa dahi uluslararası nitelikte saymıştır¹³¹.

Bu çerçevede, uluslararası inşaat sözleşmelerinde iş sahibi ve yüklenicinin yerleşim yerlerinin, mutad meskenlerinin veya işyerlerinin ayrı ülkelerde olmasının yanı sıra, bu niteliklere sahip olmasalar bile bu sözleşmelerin uluslararası ticareti ilgilendirmeleri, örneğin yabancı bir ülkeden sağlanan kredi ile inşaatın yapılması durumunda da, uluslararası inşaat sözleşmesi yapılmış olur. Kamu Hizmetleri İle İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinde Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun¹³², un 2. maddesinde de sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışı kaynaklı kredi veya teminat sağlanması da yabancılık unsurunu sağlayan hususlardan birisi olarak belirtilmiştir. Yurt dışından kredi veya teminat mektubu temininin yabancılık unsurunu sağlayacağı Milletlerarası Tahkim Kanunu¹³³ m. 2.3'de de belirtilmiştir. Kanuni düzenlemeler de göstermektedir ki, klasik manada yabancılık unsuru bulunmasa dahi uluslararası kredi temini neticesi uluslararası ticareti ilgilendiren bir durum ortaya çıktığında sözleşme uluslararası nitelik kazanmaktadır.

¹²⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. ŞANLI, Cemal, Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara, BTHAE, 1986, s. 29-31.

¹³⁰ ÇELİKEL, Aysel/ERDEM, Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, 13. bs., İstanbul, Beta, 2014, s. 324.

¹³¹ ŞANLI, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 5. bs., İstanbul, Beta, 2013, s. 5-6.

¹³² RG. T. 22.1.2000, S. 23941.

¹³³ RG. T. 5.7.2001, S. 24453

2. Hukuk Seçimi Yoluyla Uygulanacak Hukukun Tespiti

2.1. Genel Olarak

Uluslararası inşaat sözleşmelerinde projenin hazırlanmasından, teminatın verilmesi, inşaatın yapılması ve kabul belgesinin düzenlenmesi aşamalarına kadar farklı kişilerce ifa edilen edimler mevcuttur. Sözleşmenin tarafları yüklenici ve iş sahibi olmakla beraber, çoğu kez iş sahibince yetkilendirilen müşavir mühendis projeyi yönetmekte, sözleşmenin ifasını denetlemektedir. Projenin ilerleme safhalarında projede değişikliğe gidilebilmektedir. Bu nedenle bu sözleşmelerde tarafların hak ve borçları ile sözleşmeye dahil olan müşavir mühendis ve diğer kişilerin hukuki durumları da ayrıntılı olarak düzenlenmektedir¹³⁴. Uluslararası inşaat sözleşmeleri kompleks ve teknik boyutu ağır basan sözleşmeler olmaları nedeniyle sözleşme şartlarından, alınması gereken idari izinlere ve uygulanacak hukuka kadar karmaşık bir hukuki düzenlemeye sahiptirler. Sözleşme öncesi sorumluluk da diğer sözleşmelere nazaran daha fazladır¹³⁵. Uluslararası inşaat sözleşmelerinde, iş sahibi, sözleşmeye çoğunlukla kendi hukuku olan ifa yeri hukukunun uygulanmasını talep edecek, bu hukukun seçilmesi ise olası uyuşmazlık durumunda yüklenicinin aleyhine olabilecektir. Sözleşmeyi taraflar her ne kadar ayrıntılı düzenleseler de, sözleşmede düzenlenmeyen konular seçilen hukuk tarafından doldurulacaktır. İnşaatın planlanması ve yapılması aşaması arasında farklılıkların ortaya çıkabilmesi, ücretin birim fiyat esasına göre belirlenmesi durumunda inşaatın yapımı sırasında kesinleşecek olması ve çoğunlukla büyük miktarda uyuşmazlıklara neden olabilecek nitelikte sözleşmeler olmaları nedeniyle bu sözleşmeler bakımından hukuk seçiminin yapılması tarafların son derece menfaatinedir¹³⁶.

Tarafların yaptıkları sözleşmeye hangi hukukun uygulanacağını seçebilmele-ri borçlar hukuku alanındaki irade serbestisi prensibinin kanunlar ihtilafı hukuku alanındaki yansımasıdır¹³⁷. Sözleşmeye uygulanacak hukuka dair genel hüküm olan Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu¹³⁸ m. 24.1'de sözleşmenin tarafların seçtiği hukuka tabi olduğu açıkça düzenlenmiştir. Maddi hukukta irade serbestisi prensibi emredici hükümler haricindeki hükümlerin seçimiyle sınırlıyken, milletlerarası özel hukukta hukuk seçimi seçilen hukukun emredici ve tamamlayıcı hükümleri dahil bir bütün halinde sözleşmeye uygulanmasını sağlar¹³⁹. Bununla birlikte, hukuk seçi-

¹³⁴ AKINCI, s. 77-78.

¹³⁵ CARDUCCI, Guido, "Major Infrastructure Projects in EU Private International Law", *Construction Law International*, V. 14/8, 2013, s. 19.

¹³⁶ AKINCI, s. 74-75.

¹³⁷ ŞANLI, Cemal/ESEN, Emre/ATAMAN FİGENMEŞE, İnci, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 4.bs., İstanbul, Vedat, 2015, s. 252; ÇELİKEL/ERDEM, s. 324.

¹³⁸ RG. T. 12.12.2007 S. 26728.

¹³⁹ ÇİLİNGİROĞLU, Cüneyt, "Devletler Özel Hukuku Alanında Borç Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi: Subjektif Bir Bağlama Noktası Olarak Taraf İradeleri", *MHB*, C.9, S. 2, 1999, s. 104.

mi de bazı sınırlamalara tabi tutulmuştur. Milletlerarası özel hukuk alanında hukuk seçimi ya belirli maddi hukuk olayları, mesela belirli sözleşme tipleri açısından, ya da hukuk seçimi yaparak taraf menfaatinin gözetilmesini emredici normlardan kaçınmayı önlemek amacıyla sınırlandırılır¹⁴⁰. Kamu menfaatleri ya da zayıf tarafı korumak amacıyla hukuk seçimi, taşınmazlara ilişkin sözleşmeler gibi belli sözleşmeler açısından tamamen, ya da iş ve tüketici sözleşmelerinde olduğu gibi hukuk seçiminin etkisini sınırlamak yoluyla sınırlandırılabilir¹⁴¹. Bununla birlikte, makale konumuz olan uluslararası inşaat sözleşmeleri açısından böyle bir sınırlama yoktur.

Objektif olarak yabancılık unsuru taşımayan, ifa yeri, kurulma yeri, vatandaşlık, yerleşim yeri, mutad mesken, işyeri gibi unsurlardan hiç biri yabancı nitelikte olmayan sözleşmelerde hukuk seçiminin yapılabilip yapılamayacağı tartışmalıdır. Bu konuda doktrindeki bir görüş, hukuk seçiminin ancak objektif manada yabancılık unsuru taşıyan sözleşmelerde mümkün olabileceği, yabancılık unsuru taşımayan sözleşmelerde yapılacak hukuk seçiminin, maddi hukuktaki sözleşme serbestisi sınırları içerisinde, sözleşmenin parçası haline geleceğidir¹⁴². Bizim de katıldığımız doktrindeki diğer görüş ise, yabancı hukuk seçiminin bizatihi yabancılık unsurunu sağlama ya yettiğini, yabancılık unsurunun sözleşmenin birden fazla hukuk sistemi ile irtibat halinde bulunması anlamına geldiği düşünüldüğünde, yabancı hukukun seçilmesinin sözleşmeyi birden fazla hukuk sistemi ile irtibatlı hale getirdiğini ileri sürmektedir. Her ne kadar MÖHUK m.1'de kanunun uygulama alanının yabancılık unsuru taşıyan özel hukuk işlem ve ilişkileriyle sınırlı olduğu belirtilmişse de MÖHUK m. 24'te uygulanacak hukukun seçilmesi ile ilgili sınırlama bulunmamaktadır¹⁴³. Taraf iradelerine yabancılık unsuru sağlama imkanı vermek suretiyle taraf iradesini bağlama noktası haline getirmek taraf iradelerine göre uygulanacak hukuku belirlemenin *ratio legis*ine de uygun olacaktır¹⁴⁴. Ayrıca, sözleşmeye uygulanmak üzere hukuku seçilen devlet ile sözleşmenin tarafları arasında veya uygulanacak hukuk ile sözleşme arasında herhangi bir bağlantı olması ya da o hukukun seçiminde tarafların kabul edilebilir bir menfaatinin olması gerekmez. O hukukun seçimi bizatihi bağlantıyı sağlar. Taraflar kendi menfaatlerini en iyi kendileri gözetir¹⁴⁵.

¹⁴⁰ NOMER, Ergin, Devletler Hususi Hukuku, 21.bs., İstanbul, Beta, 2015, s. 312.

¹⁴¹ TARMAN, Zeynep Derya, "5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) Uyarınca Yabancı Unsurlu Sözleşmelerde Hukuk Seçimi", BATİDER, C. XXVI, S. 1, 2010, s. 154-155.

¹⁴² DOĞAN, Vahit, Milletlerarası Özel Hukuk, Seçkin, Ankara, 2010, s. 24; TEKİNALP, Gülören/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, Ayfer, Milletlerarası Özel Hukuk: Bağlama Kuralları, 11. bs., İstanbul, Vedat, s. 369.

¹⁴³ NOMER, s. 315, ÇELİKEL/ERDEM, s. 328; ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİĞENMEŞE, s. 261-262.

¹⁴⁴ ÇİLİNGİROĞLU, s. 113.

¹⁴⁵ TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 353; ÇELİKEL/ERDEM, s. 328.

Tarafların hukuk seçimi yapmamaları durumunda sözleşmede açıkça düzenlenmeyen konular sözleşmeye uygulanmak üzere objektif bağlama kuralına göre tespit edilecek hukuk tarafından doldurulacaktır. Taraf iradeleri de geçerliliğini seçilen hukuktan alır. Hukuk seçimi yapılmadığında ise uygulanacak hukuk *lex fori*'nin kanunlar ihtilafı kuralları tarafından tespit edilecektir. Bu durum ise taraflar açısından belirsizlik yaratabilir¹⁴⁶. Öte yandan, hukuk seçimi olmadan sözleşmenin müzakere edilebilmesi dahi zordur. Çünkü, sözleşmeye uygulanacak hukukun sözleşme üzerinde sınırlandırıcı bir çok etkisi vardır. Sözleşme, kendisine uygulanacak hukukun emredici hükümlerine aykırı olamaz¹⁴⁷. Bu gibi nedenlerle, sözleşmelerde taraf menfaati ağır bastığı için, objektif bağlama kuralından önce, basiretli bir tacir gibi davranmakla yükümlü olan tarafların kendi haklarını en iyi koruyacak hukuku bilecekleri öngörülerek, taraflara hukuk seçme imkânı tanınmıştır¹⁴⁸. Ayrıca, irade serbestisi neticesi sözleşmeye uygulanacak hukukun seçimi yoluyla, uyumsuzluk hangi ülke mahkemesinde çözümlerse çözülsün, sonucun öngörülebilir olması sağlanarak da taraf menfaatine hizmet edilmektedir¹⁴⁹.

Taraflar, hukuk seçimini MÖHUK m. 24.1 uyarınca açık ya da örtülü olarak yapabilecekleri gibi seçilen hukukun sözleşmenin bir kısmına ya da tamamına uygulanmasını seçmeleri de mümkündür. Bu durum Sözleşmesel Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma I Tüzüğü¹⁵⁰'nün hukuk seçimini düzenleyen 3. maddesinin 1. fıkrası ile de uyumludur. Açık hukuk seçimi, sözleşme hükümlerinden, yoruma gerek duyulmadan, hangi hukukun uygulanacağını anlaşılmıştır¹⁵¹. Örtülü hukuk seçimi ise, tarafların sözleşmede hukuk seçimi konusunda açık iradelerini beyan etmemiş olmalarına rağmen, “sözleşme hükümlerinden veya halin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde” hangi hukukun seçildiğinin anlaşılmasıdır¹⁵². Örtülü hukuk seçiminde de tarafların hukuk seçimi yönünde gerçek iradeleri mevcuttur. Bununla birlikte, bu irade sözleşme hükümlerinden yola çıkarak anlaşılabilir. Sözleşmedeki belirtilerin çoğunluğu aynı hukuka işaret etmeli, birbirini bertaraf etmemelidir¹⁵³. Örtülü hukuk seçimine örnek olarak, Lloyd deniz sigortası sözleşmesi gibi,

¹⁴⁶ ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGENMEŞE, s. 253-254.

¹⁴⁷ FOX, William, *International Commercial Agreements: A Primer on Drafting, Negotiating and Resolving Disputes*, 4th. ed., Wolters Kluwer, 2009, s. 130.

¹⁴⁸ TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 349; ÇELİKEL/ERDEM, s. 345.

¹⁴⁹ ÖZEL, Sibel, “Sözleşmesel İlişkide MÖHUK m. 24.II'de Öngörülen Objektif Bağlama Kuralının Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”, MHB, Y. 22, 2002, s. 57; Tarman, s. 147.

¹⁵⁰ Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I), Official Gazette of European Union, 4.7.2008, L177.6.

¹⁵¹ ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGENMEŞE, s. 254.

¹⁵² NOMER, s. 317.

¹⁵³ TARMAN, s. 149; NOMER, s. 318-319.

prensip olarak belli bir hukuka tabi olan standart sözleşme şartlarının kullanılmış olması, taraflar arasında daha önce yapılan benzer sözleşmelerde aynı ülke hukukunun seçilmiş olması ya da aynı devlet mahkemelerinin yetkilendirilmiş olması verilebilir. Bunlara ilaveten, sözleşmenin diğer unsurları da gözetilmek şartıyla yetki sözleşmesinden tarafların uyuşmazlığı yetkili kıldıkları mahkemenin ülkesinin hukukuna tabi kılmak istediklerinin anlaşılması ya da sözleşmede bir hukukun belli kurallarına atıf yapılmış olması örtülü hukuk seçimine işarettir¹⁵⁴. Yetki sözleşmesi hukuk seçimine işaret etmekle birlikte, tek başına yeterli değildir. Sözleşmenin kuruluş yeri ve ifa yeri ile yetki sözleşmesi ile yetkilendirilen mahkemenin bulunduğu ülkenin örtüşmesi durumunda ise bu durum hukuk seçimine güçlü karine teşkil eder¹⁵⁵. Örtülü hukuk seçiminde hukuk seçimine dair işaretler birbiriyle çelişmemeli, birbirini yok eden nitelikte olmamalıdır¹⁵⁶. Örtülü hukuk seçimi mümkün olmakla beraber, tarafların iradelerinin tahmin edilmesi yoluyla, sözleşmeyi yaptıkları sırada hangi hukuku seçecekleri varsayımından hareketle, farazi hukuk seçiminin tespiti mümkün değildir¹⁵⁷.

Kısmi hukuk seçimi, yani sözleşmenin farklı kısımlarına farklı hukukların uygulanmasının seçilmesi, MÖHUK m. 24.2 uyarınca mümkün olmakla beraber, bu imkan sözleşmenin içeriği itibarıyla hukuki ve ekonomik açıdan bölünebilir olup olmamasına bağlıdır¹⁵⁸. Kısmi hukuk seçimi, sözleşmenin ve uygulanacak hukukun mantiki tutarlılığını ortadan kaldırmamalı, sözleşmenin genel, çekirdek hükümleri aynı hukuka tabi tutulmalıdır. Örneğin, sözleşmenin ifası, yorumu veya ayıba karşı tekeffül¹⁵⁹ ya da bir endeks maddesinde kısmi hukuk seçimi mümkünken, sözleşmenin ihlali taraflar bakımından ayrı ayrı hukuklara tabi kılınmamalıdır¹⁶⁰. Kısmi hukuk seçimi, uyuşmazlık çıkması durumunda uyuşmazlığın çözümünde seçilen hukuklar arası ahengin sağlanamayacağı¹⁶¹ ve karşılıklı edimler içeren sözleşmelerde tarafların hak ve borçlarının adil ve uyumlu şekilde aynı hukuka tabi olmasını engellediği¹⁶² gerekçeleriyle eleştirilmiştir. Bununla birlikte, konumuz olan uluslararası inşaat sözleşmeleri gibi, ifası uzun zaman alan ve ev sahibi ülke hukukuyla sıkı ilişkili olan, zaman zaman da, örneğin boru hattı ya da tünel inşası gibi, farklı ülkelerde ifası gereken sözleşmelerde kısmi hukuk seçimi tavsiye edilebilir¹⁶³.

¹⁵⁴ GIULIANO, Mario/LAGARDE, Paul, Council Report on the Convention on the Law Applicable to Contractual Relations, Official Journal of the European Communities, C. 282.1, 1980, s. 17; aynı yönde NOMER, s. 319.

¹⁵⁵ TARMAN, s. 150.

¹⁵⁶ FAWCETT, James/CARRUTHERS, Janeen M., Cheshire, North and Fawcett Private International Law 14th. ed., OUP, 2008, s. 705; NOMER, 318.

¹⁵⁷ ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİĞENMEŞE, s. 255; konu hakkında ayrıntılı bilgi ve farazi hukuk seçiminin eleştirisi için bkz TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 358-360.

¹⁵⁸ ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİĞENMEŞE, s. 255; TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 354.

¹⁵⁹ TARMAN, s. 151.

¹⁶⁰ GIULIANO/LAGARDE Report, s. 17; FAWCETT/CARRUTHERS, s. 691.

¹⁶¹ ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİĞENMEŞE, s. 256.

¹⁶² TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 354.

¹⁶³ ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİĞENMEŞE, s. 256.

Hukuk seçiminin zamanı açısından bir sınırlama getirilmemiştir. Üçüncü kişilerin hakkı korunmak şartıyla sonradan hukuk seçimi yapılabilir veya değiştirilebilir. Aksi kararlaştırılmadıkça, hukuk seçiminin sözleşmenin kuruluşu anından beri etkili olacağı kabul edilmelidir. Sözleşmenin iki farklı hukuka tabi olması tarafların menfaatine değildir¹⁶⁴. Tarafların sonradan hukuk seçimi yapabilmeleri gibi şartlı hukuk seçimi –floating choice of law- yapmaları da geçerlidir. Örneğin, taraflar davanın açılacağı mahkeme ülkesinin hukukunun sözleşmeye uygulanacağını kararlaştırabilirler. Yapıldığı andan itibaren geriye etkilidir¹⁶⁵. Bu tür bir seçimin mümkün olduğunu tarafların seçtikleri hukuku ileride değiştirebilmeleri veya hukuk seçimi yoksa mahkeme aşamasında hukuk seçimi yapabilmeleri de desteklemektedir¹⁶⁶. Sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukukta sonradan yapılacak değişikliklerin etkisi ise o hukukun intikal hükümlerine göre değerlendirilecektir. İntikal hükümlerine göre geçmişe etkili olmadıkça sözleşmenin yapıldığı tarihteki hukuk uygulanacaktır. Geçmişe etkili olması durumunda doğabilecek olumsuzlukları engellemek için taraflar sözleşmenin, yapıldığı andaki hukuka tabi olacağını kararlaştırabilirler. Bununla birlikte, değişiklikler kamu düzenine ilişkinse sözleşmeye koyacakları bu hüküm uygulanmaz¹⁶⁷.

Uluslararası inşaat sözleşmeleri çok defa şemsiye sözleşme niteliği taşır. Tarafları ve konusu aynı olmayan fakat aynı proje kapsamında yapılan birden fazla sözleşme bulunmaktadır. Örneğin, iş sahibi ülke, tünelin inşaatlarını kısım kısım farklı yüklenicilere ihale etmiş olabilir; yükleniciler ise çeşitli alt yüklenicilerle sözleşme yapmış olmalarının yanı sıra malzeme ve araç gereç temini için farklı sözleşmeler, projeyi finanse etmek için bankalarla kredi sözleşmeleri yapmış olabilirler. Tarafları ve konusu birbirinden farklı, fakat aynı inşaat projesi kapsamında yapılan bu tür sözleşmeler projenin uyumlu bir şekilde yürütülmesi, sözleşmelerdeki edimler arası uyumun sağlanması için aynı hukuka tabi tutulmalıdır¹⁶⁸.

2.2. Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde *Fidic* Sözleşme Şartlarının Seçilmesinin *Lex Mercatoria* ve *Incorporation* Teorisi Işığında Uygulanacak Hukuk Açısından Değerlendirilmesi

Ortacağ'dan beri özellikle serbest ticaret şehirlerinde tacirler arası uygulanan çeşitli prensipler bulunmakla ve 18. ve 19. yüzyıllardaki kanunlaştırma hareketlerinde bunların bazıları milli hukuk sistemlerinin parçası haline getirilmiş olmakla beraber, *lex mercatoria* teorisinin uluslararası ticari ilişkilere uygulanabilir bir hukuk rejimi

¹⁶⁴ NOMER, s. 321.

¹⁶⁵ TARMAN, s. 152; NOMER, s. 322.

¹⁶⁶ TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 355.

¹⁶⁷ ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGENMEŞE, s. 260.

¹⁶⁸ ŞANLI, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması, s. 50-51.

olarak ortaya konulması Schmitthoff'un "Uluslararası Ticaret Hukuku: Yeni Tacir Hukuku" isimli ve 1961 tarihli ve devam eden makaleleriyle gerçekleşmiştir¹⁶⁹. Makalede tacir hukukunun temel kaynağının pozitif hukuk kurallarından ziyade uluslararası ticaret uygulaması kapsamında geliştirilmiş ve yaygın olarak benimsenmiş örf-adet, teamül ve ticari uygulamalar olduğu belirtilmiştir¹⁷⁰. *Lex mercatoria*, herhangi bir milli hukuk sistemine atıfta bulunmaksızın, uluslararası ticaret uygulaması içerisinde geliştirilmiş genel prensipler ve örf ve adet kuralları bütünüdür¹⁷¹.

Milli hukuk sistemlerinin sınırlamalarından kurtulmak, uluslararası ticaretin pratiğinin çeşitli hukuk sistemleri arasında temel olarak benzerlik göstermesi ve milli hukuk sistemlerinin gelişen uluslararası ticaret uygulamalarına cevap vermekte yetersiz kalması ticaret hukukunun uluslararasılaştırılmasının sebeplerini teşkil etmektedir. Taraflar *lex mercatoria*'yı seçmekle aynı zamanda sözleşme taraflarından birinin hukuk sisteminin sözleşmeye uygulanmasını da engellemiş olmaktadır¹⁷². *Lex mercatoria* herhangi bir milli hukuk sistemine dayanmamakta, bağlayıcılığını onlardan almamaktadır. Dayandığı temel ilkeler, sözleşmelerde hukuk seçimine imkan veren irade muhtariyeti prensibi ile ahde vefa ilkesi ve onun doğal sonucu olan mahkeme ve hakem heyeti kararlarının bağlayıcı olmasıdır¹⁷³.

Lex mercatoria teorisinin ortaya konduğu ilk dönemlerde, yukarıda da belirtildiği üzere, *lex mercatoria*'nın uluslararası ticaret alanında gelişen örf-adet kuralları ve ortak prensipler doğrultusundaki uygulamalar olduğu ileri sürülmüştür. Doktrinde, günümüzde *lex mercatoria*'nın kaynağı olarak, hukukun genel prensipleri, yeknesak kurallar, uluslararası organizasyonlar tarafından geliştirilen uluslararası ticarete ilişkin kurallar, örf-adet ve teamüller, standart sözleşmeler ve hatta yayınlanmış hakem kararları, ileri sürülmektedir¹⁷⁴. Bu durum da göstermektedir ki, *lex mercatoria*'nın kapsamı, teoriyi ilk ortaya koyanların tanımladıkları şekilde ticari örf-adet ve uygulamaların ötesine geçmiştir. Bu çerçevede, bir camiada uzun süredir yaygın olarak uygulanması yanında bağlayıcı olduğuna dair bir ortak inanç da bulunması gereken

¹⁶⁹ SCHMITTHOFF, Clive M., "International Business Law: A New Law Merchant", II Current Law and Social Problems, 1961, in Clive M. Schmitthoff's Select Essays on International Trade Law", Ed. Chia-Jui Cheng, Martinus Nihoff Publishers, London, 1988, s. 20-37. Yazarın konu ile ilgili diğer makaleleri için de atıf yapılan bu esere bakınız.

¹⁷⁰ ÖZEL, Sibel, Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, İstanbul, Legal, 2008; SCHMITTHOFF, s. 20.

¹⁷¹ GOLDMAN, Berthold, "The Applicable Law: General Principles of Law: Lex Mercatoria" in Contemporary Problems in International Arbitration", ed. Julian D. M. Lew, Springer, s. 116.

¹⁷² ÖZEL, Milletlerarası Ticari Tahkimde..., s. 143.

¹⁷³ SCHMITTHOFF, s. 31; FOX, s. 32.

¹⁷⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. LANDO, Ole, "The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration", International and Comparative Law Quarterly, V. 34, 1985; s. 748-752; CUNIBERTI, Gilles, "Three Theories of Lex Mercatoria" Colombia Journal of Transnational Law, V. 52, 2014, s. 381.

örf adet kurallarının¹⁷⁵ yanı sıra ICC gibi ticari kuruluşların ortaya koydukları *Inco-terms* ya da Akreditif'e dair yeknesak kurallar, *Fidic* gibi meslek odalarının hazırladığı, konumuz açısından ehemmiyetli olan *Fidic* standart sözleşmeleri ya da BM ya da AB bünyesinde oluşturulmuş uluslararası ticaret alanında ortak anlayış ve uygulama geliştirmek isteyen çeşitli komisyonların ortaya koydukları *Unidroit* Sözleşme İlkeleri veya Avrupa Birliği Sözleşme İlkeleri *lex mercatoria*'nın parçasını teşkil etmektedir.

Konumuz açısından önemli olan ve yukarıda incelenen *Fidic* sözleşmeleri gibi standart sözleşmelerle hukuk kuralları kendiliğinden, o sektörün şartları çerçevesinde gelişme göstermekte, taraflar kendi aralarındaki sözleşmenin içeriğini düzenlerken bu sözleşmeleri temel almakta veya en azından bu sözleşme şartları müzakerelerde başlangıç teşkil etmektedir.¹⁷⁶ Standart sözleşmeler, bir sektörde faaliyet gösteren aktörler arasında kullanılan, özel olarak geliştirilmiş ve o endüstrinin aktörlerinin çoğunluğuna aşina olduğu hukuk kuralları tarafından düzenlenmekle birlikte¹⁷⁷, bizim de katıldığımız görüşe göre, *lex mercatoria*'nın kaynakları açısından en tartışmalı kısmını teşkil etmekte ve standart sözleşmelerin *lex mercatoria*'nın parçası olması için ticari teamül haline gelecek kadar o endüstri içerisinde yaygın olarak kullanılmaları gerekmektedir.¹⁷⁸

Bu standart sözleşmeler, sözleşme prensipleri ve yeknesak kurallar ile herhangi bir hukuk sistemi esas alınmadan dünya genelinde kullanılmak amacıyla tarafsız kuralların tesisi amaçlanmıştır. Bu yönleriyle, ilgili ülke tarafından yasa haline getirilmedikleri sürece, herhangi bir milli hukuk sisteminin parçası değildirler. Bu kurallar, ancak, sözleşme taraflarının sözleşmeyi hukukun genel prensipleri veya *lex mercatoria*'ya tabi tuttuklarını kararlaştırmaları halinde uygulanırlar¹⁷⁹. Uluslararası ticari sözleşmelerde *lex mercatoria*'nın seçilmesi, uyumsuzluğun mahkemelerde çözülecek olması durumunda bir milli hukuk seçimi ile tamamlanmalıdır. Tarafların sözleşmede tahkim kloxuna yer vermeleri durumunda ise ayrıca milli bir hukuk seçimine gerek kalmayacaktır¹⁸⁰.

Bu durumun sebebi, ulusal hukuk sistemlerinin kanunlar ihtilafı düzenlemelerinde MÖHUK ve Roma I Tüzüğü'nde de görüleceği üzere seçilen hukukun bir ülke hukuku olması gerektiği düzenlenmişken, tahkim kurumlarının düzenlemeleri, IC-SID Konvansiyonu m. 42.1'de ve ICC tahkim kuralları m. 17.1'de görüleceği üzere ya da UNCITRAL Model Kanunu m. 28 ve MTK örneğinde olduğu gibi ulusal hukuk sistemlerinin milletlerarası tahkim kanunlarının düzenlemelerinde uygulanacak

¹⁷⁵ ÖZEL, Milletlerarası Ticari Tahkimde..., s. 148-149.

¹⁷⁶ ÖZEL, Milletlerarası Ticari Tahkimde..., s. 149.

¹⁷⁷ CUNIBERTI, s. 378.

¹⁷⁸ CUNIBERTI, s. 381.

¹⁷⁹ ÖZEL, Milletlerarası Ticari Tahkimde..., s. 147-148.

¹⁸⁰ CUNIBERTI, s. 374; SCHMITTHOFF, s. 31-32.

hukuk olarak “hukuk kuralları”na atıf yapılmış olmasıdır. Kanunlar ihtilafı kuralında sadece “hukuk” tabiri kullanılıyorsa bir ulusal hukuk sistemi seçilmelidir. Buna karşın, “hukuk kuralları” tabiri kullanılıyorsa *lex mercatoria* uygulanacak hukuk olarak seçilebilir¹⁸¹.

Bununla birlikte, hakemler, *lex mercatoria*’yı ancak açıkça seçilmiş olması durumunda ya da sözleşmede hukuk seçimi bulunmamış olması halinde uygulayabilirler. Hakemler, tarafların milli bir hukuk seçimi yönündeki iradelerini bertaraf edemezler¹⁸². Doktrinde, ulusalüstü bir hukuk sistemi olarak tanımlanan *lex mercatoria* için kullanılan hukuk sistemi ifadesinin yanıltıcı olduğu, kapsamının kolayca tespit edilemediği ve bir sözleşme kapsamında ortaya çıkabilecek bütün hususları düzenlemesinin mümkün olmadığı ve bu nedenle bir ulusal hukuk sistemi tarafından tamamlanması gerektiği ileri sürülmüştür¹⁸³. Kanaatimizce, hakemler, doktrinde de belirtildiği üzere *lex mercatoria*’nın uyuşmazlığı çözerken yetersiz kalması durumunda, uyuşmazlığın ilgili kısmı için, kanunlar ihtilafı kuralları vasıtasıyla bir milli hukuk sisteminin kurallarını uygulayabilirler¹⁸⁴.

Uluslararası ticari sözleşmelerde tarafların sözleşmeye uygulanmak üzere *lex mercatoria*’yı seçebilmeleri, yukarıda belirtildiği üzere, ancak milletlerarası tahkim yargılaması bakımından geçerlidir. Milli mahkemelerde yapılan yargılamalarda bu kurallar, tarafların seçmesi halinde milletlerarası özel hukuk alanındaki ifadesiyle *incorporation* yoluyla, sözleşmenin hükümleri haline gelirler. Bu durum, kanunlar ihtilafı kapsamında bir hukuk seçimi değildir¹⁸⁵. Hukuk seçimi ile yabancı hukukun belli maddelerinin ya da *lex mercatoria*’yı oluşturan çeşitli yeknesak kural ya da standart sözleşmelerin sözleşmenin parçası haline gelmesi karıştırılmamalıdır. *Incorporation* halinde taraflar kısayoldan anlaştıkları hususları sözleşmede ifade etmektedirler¹⁸⁶. Kanunlar ihtilafı anlamında hukuk seçiminde o hukukun belli kurallarından ziyade, bir bütün halinde seçilmesi söz konusudur. *Incorporation*’da ise *lex mercatoria*’yı oluşturan yukarıda belirttiğimiz kaynaklar, örneğin *Fidic* standart sözleşme şartları, sözleşme hükmü haline getirilir¹⁸⁷.

Milli mahkemelerde yapılacak yargılamalarda *lex mercatoria*’yı oluşturan kuralların sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak kararlaştırılamamasının sebebi, kanunlar

¹⁸¹ ÖZEL, Milletlerarası Ticari Tahkimde..., s. 151.

¹⁸² MANIRUZZAMAN, A.F.M., “The Lex Mercatoria and International Commercial Contracts: A New Challenge for International Commercial Arbitration”, *American University Law Review*, V. 14/3, 1999, s. 706.

¹⁸³ MANIRUZZAMAN, s. 670-671; CUNIBERTI, s. 392; FOX, s. 33.

¹⁸⁴ MANIRUZZAMAN, s. 683.

¹⁸⁵ ŞANLI, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması, s. 56.

¹⁸⁶ FAWCETT/CARRUTHERS, s. 701.

¹⁸⁷ EKŞİ, Nuray, “Kanunlar İhtilafında Incorporation”, MHB, S. 19-20, 1999-2000, s. 266-267.

ihtilafı kurallarına göre, seçilecek hukukun bir devlet hukuku olmasının gerekmesidir. *Lex mercatoria* gibi uygulama alanı ülke ile sınırlanmamış kurallar m. 24 anlamında devlet hukuku değildir. Bu nedenle, hukuk seçimi teşkil etmezler¹⁸⁸. Doktrinde ifade edildiği üzere, "...objektif olarak emredici ve tamamlayıcı hükümleri ile bütünlüğü bulunan bir hukuk düzeni dışında yapılan hukuk seçiminin, hukuk güvenliği açısından ancak iç hukuktaki sözleşme serbestisi anlamını taşıdığı kabulü doğru olur.¹⁸⁹" *Incorporation* yoluyla sözleşmenin parçası haline getirilen bu kuralların uygulanma imkanı sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen ya da seçim olmaması durumunda hakimlerce kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenecek olan milli hukuka göre tespit edilir. Milli hukuk *incorporation*'a izin vermiyorsa bu kurallar sözleşmenin parçası haline gelemeyiz. Ayrıca, sözleşmeye uygulanacak hukukun emredici hükümlerine aykırı olmamak zorundadırlar. Aksi halde, geçerli olmayacaklardır¹⁹⁰.

Uluslararası inşaat sözleşmelerinin hazırlanmasında taraflar, yaygın olarak, *Fidic* standart sözleşmelerinden faydalanmakta, taraflar bu sözleşmelerde yer alan kurallarla hukuki ilişkilerini düzenlemektedirler. Taraflar, bu sözleşmelerde yer alan kuralları kabul etmekle inşaat sözleşmeleri alanında deneyimli ve uzman olan kişilerin deneyim ve uzmanlıklarından faydalanmaktadır¹⁹¹. *Fidic* standart sözleşmelerinde yer alan kuralların tahkim yargılamasında uyuşmazlığın çözümünde kullanılabilirliğine karşılık, devlet yargılamasında uygulanacak hukuk teşkil etmeleri mümkün değildir. Tarafların herhangi bir milli hukuk sistemine dahil olmayan *Fidic* şartlarını sözleşmelerinin bir parçası haline getirmeleri durumunda dahi hukuk seçimi yapabilecekleri bizatihi *Fidic* şartları m. 1.4. tarafından düzenlenmiştir¹⁹². Bununla birlikte, *Fidic* şartları veya benzer standart sözleşme şartlarının *incorporation* yoluyla sözleşmenin bir parçası haline getirilmesi kanunlar ihtilafı hukuku anlamında bir hukuk seçimi olmamakla birlikte, bu şartlar, sözleşmeye uygulanacak hukuk sisteminin emredici hükümlerine aykırı olmadığı sürece uygulanabilirler. Uluslararası inşaat sözleşmelerinde *Fidic* şartlarının sözleşmenin parçası haline getirilmesi durumunda, taraflarca seçilen ya da objektif bağlama kuralına göre tespit edilecek milli hukuk ancak *Fidic* şartlarının düzenlemediği konular bakımından uygulanacaktır.

3. Objektif Bağlama Kuralına Göre Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi

3.1. Genel Olarak

Sözleşme statüsünün belirlenmesinde taraflara hukuk seçimi imkanı tanınması-

¹⁸⁸ NOMER, s. 315.

¹⁸⁹ TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 356.

¹⁹⁰ EKŞİ, s. 276, ŞANLI, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması, s. 56.

¹⁹¹ EKŞİ, s. 280.

¹⁹² HÖK, s. 3.

na rağmen, tarafların hukuk seçimi konusunda anlaşılamamaları ya da bilerek seçmeleri halinde uygulanacak hukuk objektif bağlama kuralına göre tespit edilecektir. Sözleşmeye uygulanacak hukukun tespitinde bağlama noktası olarak sözleşmenin yapıldığı yer, ifa yeri, tarafların vatandaşlığı, yerleşim yeri veya mutad meskeni, en sıkı ilişkili hukuk, *lex fori* gibi unsurlar önerilmiştir¹⁹³. Uygulanabilecek bağlama noktalarının fazlalığı sözleşme statüsünün tespitini de zorlaştırmaktadır. Akdin kuruluş yeri tesadüfi olması nedeniyle¹⁹⁴, ifa yeri ise önceden bilinebilir olmasına rağmen, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde edimlerin ifa yerlerinin farklı olması nedeniyle eleştirilmiştir. Bununla birlikte, bu eleştiri borçlunun mutad meskeni veya yerleşim yerinin uygulanacak hukukun tespitinde esas alınması durumunda da geçerlidir¹⁹⁵. Bu mesele, İsviçre Federal Mahkemesi tarafından karakteristik edim kriterinin geliştirilmesiyle aşılmıştır¹⁹⁶. Karakteristik edim teorisinin esas alınması durumunda da, mukayeseli hukuktaki gelişmeler dikkate alındığında, ifa yeri yerine, İsviçre MÖHUK¹⁹⁷'nin 117. maddesinde ve Roma I Tüzüğü'nün 4. maddesinde de kabul edildiği üzere karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni, karine olarak, en yakın bağlantıyı tespit eden hukuk olarak kabul edilmektedir¹⁹⁸. Karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni veya işyerinin en sıkı ilişkiyi sağlamasının nedeni olarak ise sosyo-ekonomik açıdan sözleşmenin en çok bu yerle ilişkili olması ileri sürülmüştür. Karakteristik edim borçlusu sözleşmenin ifası için gerekli hazırlıkları, üretimi, ticaretinin koordinasyonunu bu ülkede yapmaktadır¹⁹⁹.

Tarafların hukuk seçimi yapmamış olması durumunda uygulanacak hukukun tespitinde kullanılacak objektif bağlama kuralını düzenleyen MÖHUK m. 24.4'te sözleşmesel ilişkiye sözleşmeyle "en sıkı ilişkili hukukun" uygulanacağı belirtilmiştir. En sıkı ilişkili hukukun tespitinde ise karakteristik edimi merkeze alan bir karine mevcuttur. Uygulanacak hukukun belirlenmesinde öncelikli olarak sözleşmenin ticari veya mesleki faaliyet için kurulup kurulmadığına göre bir ayrıma gidilmiştir. Kanunda karineyle en sıkı ilişkili olduğu belirtilen hukuk, ticari veya mesleki faaliyetler için kurulan sözleşmeler bakımından "karakteristik edim borçlusunun işyeri", birden çok işyeri varsa "sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri", işyeri yoksa yerleşim yeri hukukudur. Ticari veya mesleki olmayan faaliyetler için yapılan sözleş-

¹⁹³ TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 362.

¹⁹⁴ TEKİNALP, Gülören, "Akdi İlişkide Objektif Genel Kural ve En Yakın İrtibatlı Hukuk Uygulanması", Prof. E. E. HIRCH'in Hatırasına Armağan, Ankara, 1986, s. s. 446.

¹⁹⁵ NOMER, s. 313.

¹⁹⁶ NOMER, s. 323-324.

¹⁹⁷ İngilizce metin için bkz. Switzerland's Federal Act on Private International Law, www.andreasbuscher.law.ch 17.03.2016

¹⁹⁸ ÇELİKEL/ERDEM, s. 325.

¹⁹⁹ DEMİRKOL, Berk, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, 2.bs., İstanbul, Vedat, 2014, s. 321.

melerde ise karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni hukuku uygulanacaktır. Bu hukuk, sözleşmenin kurulduğu ana göre tespit edilecektir. Bununla birlikte, MÖHUK m. 24.4'ün son cümlesinde, halin bütün şartlarına göre sözleşmeyle karinede belirtilen hukuktan daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması durumunda o hukukun uygulanacağını belirten bir istisna kuralına yer verilmiştir. Doktrinde de haklı olarak belirtildiği üzere, m. 24.4 düzenlemesi karineler vasıtasıyla öngörülebilirliği, karinenin bertaraf edilmesini sağlayan daha sıkı ilişkili hukuk kuralıyla da esnekliği sağlamaktadır²⁰⁰.

Karakteristik edim borçlusunun işyeri veya mutad meskeninin en yakın bağlantıyı sağlamasının gerekçesi olarak ise karakteristik edimin taraflardan birinin ekonomik faaliyeti nedeniyle ifa edilen edim olduğu ve kural olarak ilgili ekonomik faaliyette bulunan tarafın ekonomik işlevini sürdürdüğü yerde ifa edilecek olması ileri sürülmüştür. Bu nedenle, hukuk sistemine bağlanırken bu şahsın mutad meskeni ya da işyeri bağlantı noktası olacaktır²⁰¹. Doktrinde, eski MÖHUK düzenlemesinde yer alan ifa yeri bağlama noktası yerine, sözleşmeye uygulanacak hukukun tespitinde mutad mesken ya da işyeri bağlama noktasının kullanılmasının yukarıda belirtilen nedenlerle daha gerçekçi ve karakteristik edim borçlusunun menfaatine olduğu, mutad mesken hukukunun ifa yeri hukukuna göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili olduğu ileri sürülmüştür²⁰². Mutad meskenin, bağlama noktası olarak, ifa yerine tercih edilmesinin bir diğer sebebi ise ifa yerinin, özellikle taraflarca tespit edilebilmesi nedeniyle, kolayca değişebilen bir bağlama noktası olmasıdır. Karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni veya ticari faaliyetlerde işyerinin bağlama noktası olarak kullanılması ifa yerinin sebep olduğu değişkenliğin önüne geçmektedir²⁰³.

Objektif bağlama kuralının belirlenmesinde karine olarak yer alan karakteristik edim borçlusu kavramındaki karakteristik edim, akdi karakterize eden, ona ağırlığını veren edimdir. Karine olarak para ediminin karşısındaki edim karakteristik edimdir²⁰⁴. Bir sözleşme ilişkisinde çeşitli borçlar bulunmakla birlikte, bu borçların arasında sözleşmenin yapılmasının sebebi olan ve sözleşmenin sosyo-ekonomik amacını gerçekleştirecek olan edim karakteristik edimdir. Böylece, karakteristik edim sözleşmeyi parçası olduğu sosyo-ekonomik çevreye bağlamaktadır²⁰⁵. Karakteristik edim, sözleşmenin yapılma nedeni olan, borç ilişkisinde açık şekilde üstün rolü oynayan,

²⁰⁰ BAYATA CANYAŞ, Aslı, AB ve Türk Hukuku Uyarınca Sözleşmeye Uygulanacak Hukuka İlişkin Genel Kural, Adalet, Ankara, 2012, s. 149.

²⁰¹ ÇELİKEL/ERDEM, s. 332.

²⁰² ÇELİKEL/ERDEM, s. 336-337.

²⁰³ TEKİNALP, "Akdi İlişkide...", s. 444.

²⁰⁴ Karakteristik edim kavramı ve çeşitli sözleşme tipleri açısından karakteristik edim örnekleri için bkz. NOMER, 326-327.

²⁰⁵ ÖZEL, Sözleşmesel İlişkide MÖHUK m. 24/II'de Öngörülen Objektif Bağlama Kuralının, s. 582.

sözleşmeye damgasını vuran edimdir. Sözleşmenin diğer sözleşmelerden ayırt edici yönünü belirten, sözleşmenin adını oluşturan eylemi gerçekleştiren kişinin edimidir. Bu çerçevede, mesleki veya ticari faaliyetler kapsamında yapılan sözleşmelerde o mesleği icra eden veya ticari faaliyeti gerçekleştiren kişinin edimi karakteristik edimdir²⁰⁶. Karakteristik edim, uluslararası ticari sözleşmelerde taraflardan birinin ekonomik faaliyeti nedeniyle ifa edilen, sözleşme ilişkisinde rizikolu olarak kabul edilen edimdir²⁰⁷.

Bu çerçevede, konumuz olan uluslararası inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin edimi inşaatı meydana getirmek ve teslim etmek, iş sahibinin edimi ise bunun karşılığında ücret ödemektir. Bu nedenle, ekonomik faaliyet nedeniyle ve paranın karşılığında yerine getirilen karakteristik edim yüklenicinin edimidir. İsviçre MÖHUK m. 117.2.c'de inşaat sözleşmelerinde karakteristik edimin yüklenicinin edimi olduğu açıkça düzenlenmiştir. Objektif bağlama kuralındaki karineyi esas aldığımızda, uluslararası inşaat sözleşmelerine uygulanacak hukuk, karakteristik edim borçlusu olan yüklenicinin işyerinin bulunduğu yer hukuku olacaktır. Objektif bağlama kuralını düzenleyen m.24.4'ün son cümlesinde yer alan ve sözleşmeyle karine olarak en sıkı ilişkiyi sağlayan karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni ya da işyeri hukukundan "daha sıkı ilişkili" hukukun bulunması durumunda, sözleşmeye bu hukukun uygulanacağını düzenleyen ve konumuz olan uluslararası inşaat sözleşmeleri açısından özel önem arz eden istisna kuralı aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

Eski MÖHUK²⁰⁸ düzenlemesi, yukarıda da belirtildiği üzere İsviçre MÖHUK'u ve Roma I Tüzüğü'ne aykırı olarak, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni yerine karakteristik edimin ifa yerini bağlama noktası olarak kabul etmişti. Bu durum, mutad mesken hukukunun karakteristik edim borçlusunun menfaatinin daha iyi gözetildiği ve mutad mesken bağlama noktasının tercih edilmesi durumunda karakteristik edime verilen değer daha iyi ortaya çıkacağı gerekçesiyle eleştirilmekteydi²⁰⁹. Doktrinde, sözleşmeye uygulanacak hukukun tespitinde, taraf menfaatinin gözetilmesi gereken temel menfaat olduğu, ifa yerinin ise öncelikle işlem menfaatine hizmet ettiği, tespitinin zor olduğu ve ifa yerinin tespitinde vasıflandırma problemleriyle karşılaşılabilceği ileri sürülmekteydi. İfa yeri ile yerleşim yeri veya mutad mesken bağlama noktaları karşılaştırıldığında, taraf menfaati açısından kişinin hayat ilişkilerinin yoğunlaştığı ve hukukunu en iyi bileceği mutad meskeninin uygulanacak hukuku tespitte bağlama noktası olarak kullanılması gerektiği; öte yandan, mutad meskenin fiili bir durum olması nedeniyle vasıflandırma problemi yaşanmayacağı ve tespitinin kolay olduğu ileri sürülmüştür²¹⁰.

²⁰⁶ DEMİRKOL, s. 251.

²⁰⁷ TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 365.

²⁰⁸ RG. T. 22.5.1982 S. 17701.

²⁰⁹ ÇELİKEL/ERDEM, s. 339-340.

²¹⁰ AKINCI, Ziya, Tarafların Yetkili Hukuku Belirlememeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, DEÜHF Yayınları, 1992, s. 46; TEKİNALP/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 363.

Taraf menfaatinin sözleşmeler alanındaki en önemli yansıması hukuk seçimi imkanı ve sosyal amacın bulunduğu sözleşmelerde zayıf tarafın korunmasına yönelik düzenlemelerdir²¹¹. Buna karşın, uluslararası ticari sözleşmelerde her iki taraf da işinin, mesleğinin gereği bu sözleşmeyi yapmaktadır. Bir tarafın diğerine nazaran öncelikle korunan bir menfaati olmadığı gibi zayıf tarafın korunmasının gerektiği sözleşme tiplerinden de değildir²¹². Bu nedenle, uluslararası inşaat sözleşmeleri gibi sözleşmelerde taraf menfaatinin hareketle işyeri hukukunun uygulanması gerektiği görüşüne katılmamaktayız.

3.2. Objektif Bağlama Kuralı ve Muhtemel Bağlama Noktalarının İnşaat Sözleşmeleri Açısından Doğurabileceği Problemler

Doktrinde, eski MÖHUK düzenlemesinde bağlama noktası olarak kullanılan ifa yeri hukukunun uygulanmasının en çok problem oluşturduğu alanlardan birisinin uluslararası inşaat sözleşmeleri olduğu belirtilmiştir. Bu durumun gerekçesi olarak şunlar ileri sürülmüştür: Uluslararası inşaat sözleşmelerinde karakteristik edim borçlusu yüklenici olmakla birlikte, yüklenicinin edimini ifa ettiği yer inşaatın yapıldığı yerdir. Bu yer ise çoğunlukla sözleşmenin diğer tarafı olan iş sahibinin bulunduğu yer olmaktadır. Bu nedenle, bağlama noktası olarak ifa yerinin kabul edilmesi durumunda, iş sahibinin hukuku olaya uygulanmaktadır. Bu durumun neticesi olarak ise karakteristik edim borçlusu olan yükleniciye daha yakın olan, onun menfaatini koruyan hukuk yerine iş sahibinin menfaatini koruyan hukuk sözleşmeye uygulanmaktadır. Bu problemin sebebi, ifa yeri bağlama noktasının sözleşmelerde esas olan taraf menfaatini korumak yerine, işlem güvenliğini gerçekleştirmeyi amaçlamasıdır. Oysa, taraf menfaatinin gerçekleştirilebilmesi için karakteristik edim borçlusunun edimini ifa ettiği yer hukukunun değil, karakteristik edim borçlusunun menfaatini daha iyi koruyacak olan, daha yakın ilişkili olduğu, daha iyi bildiği mutad meskeninin bulunduğu yer hukukunun uygulanması daha doğrudur²¹³.

İfa yerinin doğurabileceği problemlere örnek olarak, anahtar teslim fabrika inşaatlarında inşaatın önemli kısmının yüklenicinin merkezinin bulunduğu ülkede yapıldıktan sonra, sadece monte edilmek üzere inşaat yeri ülkesine getirilmesi durumu verilmiş ve bu durumda sözleşmenin ağırlık merkezi dikkate alınarak yüklenicinin işyeri hukukunun uygulanması gerektiği ifade edilmiştir²¹⁴. İfa yerinin doğurabileceği problemlere verilen bir başka örnek ise, alt yüklenicilik sözleşmesi şeklinde yapılan uluslararası inşaat sözleşmelerinde uygulanacak hukukun tespiti sırasında ortaya çıkabilecek sorunlardır. İsviçreli yüklenici firmanın Libya'da gerçekleştireceği inşaat

²¹¹ GÜNGÖR, Temel Milletlararası Özel Hukuk Metinlerinde..., s. 219.

²¹² GÜNGÖR, Temel Milletlararası Özel Hukuk Metinlerinde..., s. 221.

²¹³ AKINCI, s. 90-91; aynı yönde ÇELİKEL/ERDEM, s. 348.

²¹⁴ AKINCI, s. 91 dn. 225

projesinde Türk firmasıyla alt yüklenicilik sözleşmesi yapması durumunda, alt yüklenicilik sözleşmesi bakımından yüklenici ve karakteristik edim borçlusu olan Türk firmasının işyerinin bulunduğu Türk hukuku yerine ifa yeri olan Libya hukukunun uygulanması ne Türk ne de İsviçreli yüklenicinin beklentisine uygun olacak ve yararını sağlayacaktır. Bu çerçevede, doktrinde, eski MÖHUK düzenlemesinde yer almayan “daha sıkı ilişkili hukuk” bağlama noktasının istisna kuralı olarak kanuna eklenmesi teklif edilmiştir²¹⁵. Öte yandan, alt yüklenicilik sözleşmesi şeklindeki uluslararası inşaat sözleşmelerine uygulanacak hukuk tespit edilirken, yüklenicinin işyerinin bulunduğu yerin bağlama noktası olarak kullanılması durumunda ise iş sahibi ile yüklenici arasındaki esas inşaat sözleşmesi yüklenicinin işyeri hukukuna, yukarıdaki örnekte İsviçre hukukuna, yüklenici ile alt yüklenici arasındaki sözleşme ise alt yüklenicinin işyeri hukukuna, yukarıdaki örnekte Türk hukukuna, tabi olacaktır²¹⁶. Kanaatimizce, bu durum ise proje kapsamındaki anlaşmalar ve bu anlaşmalarda yer alan edimlerin hukuki rejiminin farklı hukuklara tabi olacak olması nedeniyle projenin uyumunun bozulmasına neden olabilecektir. Bütün bu örnekler de göstermektedir ki, objektif kural gereği bağlama noktası olan mutad mesken bağlama noktasının direkt uygulanması yerine, her bir somut olay bakımından olayın bütün özellikleri dikkate alınarak inceleme yapılması ve istisna kuralında belirtildiği üzere daha sıkı ilişkili hukukun tespitini sağlayacak bir bağlama noktası varsa, örneğin ifa yeri gibi, olayın şartlarına göre bu bağlama noktasının kullanılması daha uygun olacaktır.

Diğer eser sözleşmelerinde eserin yapıldığı yer fazla önem taşımamakta, bu nedenle yüklenicinin işyeri hukuku uygulanmaktadır. Bu çerçevede, *Kegel*, iç düzen menfaatinden bahsederek, inşaat sözleşmelerinde işin yapıldığı yer hukukunun dikkate alınmasının ve taşınmaz üzerinde yapılacak inşaatın taşınmazın bulunduğu ülke hukukuna tabi olmasının doğru olacağını ifade etmiştir²¹⁷. Bu görüş, doktrinde haklı olarak, nisbi nitelikte olan sözleşmelere uygulanacak hukuk tespit edilirken aynı nitelikli uyuşmazlıklara uygulanacak hukukun tespitinde kullanılan bağlama noktasının kullanılmasının hatalı olduğu, taşınmazlarla ilgili uyuşmazlıklarda taşınmazın bulunduğu yer hukukunun uygulanmasının kamu düzeni ile ilgili olduğu gerekçeleriyle eleştirilmiştir²¹⁸. Taşınmaza dair sözleşmelerde sözleşmenin konusu taşınmaz iken inşaat sözleşmelerinde sözleşmenin konusu inşaatın yapılmasıdır²¹⁹. Kanaatimizce de, taşınmazın bulunduğu yer ile ifa yeri aynı yer olmakla beraber, uluslararası inşaat sözleşmelerinde taşınmazın bulunduğu yerin bağlama noktası olarak kullanılması yanlıştır.

²¹⁵ Bkz., AKINCI, s. 85 dn. 215.

²¹⁶ AKINCI, s. 79.

²¹⁷ KEGEL, G., “Die Bankgeschäfte im deutschem internationalen Privatrecht” in *Cedachnisschrift für Rudolf Schmidt*, Berlin, 1966, s. 223, AKINCI, s. 79 dn 192’den naklen.

²¹⁸ AKINCI, s. 80-81.

²¹⁹ GIULIANO/LAGARDE Report, s. 21.

3.3. Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri Açısından İstisna Kuralının Değerlendirilmesi

3.3.1. İrtibat Noktalarının Objektif Kurala Göre Tespit Edilen Ülkeden Başka Bir Ülkede Yoğunlaşması

Makalemizin bundan önceki kısımlarında, sözleşmeye uygulanacak hukukun tespitinde kural olarak karakteristik edim borçlusunun mutad meskeninin veya işyerinin uygulanacak hukuku tespit etmede bağlama noktası olarak kullanılması gerektiğini, bu çerçevede, uluslararası inşaat sözleşmelerinde objektif kurala göre uygulanacak hukukun yüklenicinin işyerinin bulunduğu ülkenin hukuku olduğunu, ancak, bu durumun uluslararası inşaat sözleşmeleri açısından çeşitli problemlere yol açabileceğini, örnekleriyle beraber açıklamıştık. Makalemizin bu kısmında ise uluslararası inşaat sözleşmeleri bakımından istisna kuralının hangi hallerde uygulanabilir olup olmadığını açıklayacağız.

En sıkı ilişkili hukukun uygulanması kural olmakla ve bu hukukun belirlenmesi için karineler maddede yer almakla birlikte m. 24.4.'ün son cümlesinde bir istisna kuralına yer verilmiştir. İstisna kuralına göre, halin bütün şartlarına göre, sözleşmeye, karinelere göre belirlenecek en sıkı ilişkili hukuktan da “daha sıkı ilişkili” bir hukuk varsa bu hukuk uygulanacaktır. Bu düzenlemeyle, kanun koyucu, sözleşmeler bakımından en sıkı ilişkili hukuka dair karineyle tespit edilecek hukuktan daha sıkı ilişkili bir hukukun var olma ihtimalini dikkate almaktadır. Daha sıkı ilişkili hukuk, en sıkı ilişkili hukuka karine teşkil eden karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni veya işyeri bağlama noktasının bu karineyi gerçekleştirmemesi durumunda uygulanır. Daha sıkı ilişkili hukukun varlığı ortaya konulduğunda mutad mesken veya işyeri hukukunun en sıkı ilişkiyi sağladığı karinesinin de aksi ispat edilmiş olur²²⁰.

Doktrinde de belirtildiği üzere, en sıkı ilişkili hukuka dair kanunda yer alan karine ile belirlenecek hukuktan başka bir hukukun sözleşme ile daha sıkı ilişkili olması demek, somut olayda, bu hukukun en sıkı ilişkili hukuka faraziye oluşturması anlamına gelmektedir²²¹. İstisna kuralı, bir başka hukukun, objektif kuralda yer alan karineye göre tespit edilecek hukuktan, açıkça sözleşmeyle daha irtibatlı olması durumunda uygulanır²²². Karakteristik edimin tespit edilememesi durumunda ise, karakteristik edim en sıkı ilişkili hukukun tespitinde bir karine, vasıta teşkil ettiğinden dolayı tekrar bütün bağlantı noktalarının değerlendirilmesi yoluyla en sıkı ilişkili hukukun tespiti yoluna gidilir²²³.

²²⁰ BAYATA CANYAŞ, s. 177.

²²¹ GÜNGÖR, Gülin, Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusundaki Yakınlık Yaklaşımı, Ankara, Yetkin, 2007, s. 237.

²²² GÜNGÖR, Gülin, “The Principle of Proximity in Contractual Obligations: The New Turkish Law on Private International Law and International Civil Procedure”, Ankara Law Review, V. 5, N. 1, 2008, s. 19.

²²³ BAYATA CANYAŞ, s. 162.

İstisna kuralının uygulanmasının ön şartı sözleşmenin objektif bağlama kuralına göre tespit edilecek hukuktan başka bir ülkenin hukukuyla daha yakın bağlantılarının bulunmasıdır. Objektif bağlama kuralına göre tespit edilecek hukukla istisna kuralına göre tespit edilecek hukukun karşılaştırılması ve bu hukuka ilişkin bağlantıların açıkça daha fazla olması gerekir. Doktrinde verilen bir örnek, karakteristik edim borçlusunun işyerinin *off-shore* bir ülkede olması ve bu ülkenin sözleşme ile işyerinin orada bulunmasından başka hiçbir bağlantısının bulunmamasıdır²²⁴. Sözleşmenin çoğu unsurunun belli bir ülke hukuku çerçevesinde oluşmasına rağmen, borçlunun mutad meskeni veya işyerinin sözleşme ilişkisinin taşıdığı özelliklerden kopuk olarak başka bir ülke hukukunu işaret etmesi durumunda, somut olayın şartlarına göre, istisna hükmüne dayanarak sözleşmenin unsurlarının işaret ettiği daha sıkı ilişkili hukuk uygulanacaktır²²⁵.

Bununla birlikte, istisna hükmünün dar yorumlanması gerekmektedir. Somut olayla mutad mesken veya işyerinin bulunduğu ülke hukuku sıkı bir bağa sahipse hakim daha sıkı ilişkili hukuku araştırmamalıdır. Her somut olayda daha sıkı ilişkili hukukun araştırılması objektif kuralın istisna haline getirilmesine yol açar. Bu ise objektif bağlama kuralının kabulünün amaçladığı hukuki öngörülebilirliği ve kesinliği ortadan kaldırır. İstisna kuralına başvurmak için o ülke hukuku ile sözleşme ilişkisi arasında önemli bir yakınlık olmalıdır. Sadece birkaç unsurun tek ülkede toplanması yeterli olmayacaktır²²⁶. İstisna kuralının düzenleme amacı objektif kuralı anlamsız kılmak değil, uç olaylarda objektif kuralın uygulanmasının yol açabileceği sakıncaları gidermektir²²⁷.

Daha sıkı ilişkili hukuk, somut bir bağlama noktası olmaktan ziyade uygulanacak hukukun belirlenmesinde bir yol haritası teşkil etmektedir. Sözleşmenin kuruluş yeri, ifa yeri, tarafların ortak mutad meskeni veya ortak yerleşim yeri, sözleşmede yer alan yetki anlaşması, işyeri, sözleşmenin dili gibi sözleşme açısından önemli unsurlar daha sıkı ilişkili hukukun tespitinde irtibat noktaları olarak esas alınır. Bununla birlikte, örtülü hukuk seçimine benzer bir şekilde bu unsurların birden fazlasının aynı hukuka işaret etmesi gerekir²²⁸. Sözleşme ile ilgili çeşitli irtibat noktalarının, objektif bağlama kuralında belirtilen mutad mesken ya da işyeri hukuku karinesinden, başka bir ülke hukukunun uygulanmasını gerektirecek derecede o ülkede yoğunlaşması ge-

²²⁴ ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice, "Sözleşmeye Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları", MHB, Y. 30, S. 1-2, 2010, s. 69.

²²⁵ DEMİRKOL, s. 320.

²²⁶ DEMİRKOL, s. 327-328.

²²⁷ DEMİRKOL, s. 329.

²²⁸ NOMER, s. 325.

rekmetedir²²⁹. Bu yoğunlaşmanın tespitinde temel alınabilecek bazı kriterler vardır. Ortak kişisel irtibatlar ortak olmayan irtibatlarla göre daha önemlidir. Ortak tabiiyetle ifa yerinin birleşmesi ya da ifa yeri ile sözleşmenin kuruluş yerinin birleşmesi veya ifa yeri ile yetkili mahkemenin bulunduğu yerin birleşmesi, somut olayın özelliklerine göre karineyi bertaraf edip en yakın irtibatı sağlayabilecektir²³⁰. İstisna kuralının uygulanmasında dikkat edilmesi gereken bir husus ise, sözleşmenin hukuki niteliğinden değil, somut olayın özelliklerinden hareketle bir hukuki ilişkinin karakteristik edim borçlusunun hukukundan başka bir hukuk sistemi ile daha sıkı ilişki içinde olması gerekmektedir²³¹.

İstisna kuralı gereği, objektif kuralın somut olayda sözleşmenin diğer irtibat noktalarına göre sözleşmeden izole olması, bu irtibat noktalarının çoğunluğunun bir ülkeyi işaret etmesi ve objektif kuralın karinede yer almaktan başka sözleşmeyle bir irtibatının bulunmaması durumunda irtibatların yoğunlaştığı ülke hukuku uygulanacaktır. Doktrinde bu duruma örnek olarak, bir satış sözleşmesinde objektif kuralın satıcının mutad meskeni hukukuna işaret etmesine rağmen, akdin ifa yeri, kuruluş yeri ve alıcının mutad meskeni aynı ülkede olursa, bu irtibat noktalarının toplandığı ülkenin hukukunun, daha sıkı ilişki kuralına dayanılarak uygulanabileceği belirtilmektedir²³². Objektif irtibat noktasının yer ve zaman itibarıyla sözleşmeden izole olmasına verilen bir diğer örnek ise uzun süreli sözleşmelerdir²³³. Bu bağlamda, ifası uzun zaman alan sözleşmelerde, sözleşme kurulduktan sonra ortaya çıkan vakalarda dikkate alınmalıdır. Sözleşmenin kurulmasından kısa süre sonra işyeri değişmişse, objektif kurala göre bağlama noktası olarak kullanılması gereken kuruluş anındaki işyerinin sözleşme ile bir bağlantısı kalmayacaktır²³⁴. Uluslararası inşaat sözleşmeleri de ifası uzun zaman alan sözleşmelerdir. Sözleşmenin ifa yeri ile iş sahibinin mutad meskeni ya da işyerinin bulunduğu ülke prensipte aynı olmaktadır. Bu gerekçeler de, çok defa tesadüfi olan kuruluş yeri ile örtüşme dahi, istisna kuralına dayanılarak, ifa yeri ülkesinin hukukunun uygulanmasını haklı kılmaktadır. İstisna kuralının uygulanması açısından yetkili mahkeme ile ifa yerinin örtüşmesi durumunda da objektif bağlama kuralına göre uygulanacak hukukun sözleşmeden izole olması durumu ortaya çıkabilecektir.

Öte yandan, hukuk seçimini incelerken belirttiğimiz üzere büyük inşaat projelerinde şemsiye akit niteliğinde inşaat sözleşmesi ve bu proje ve inşaat sözleşmesinin ifası ile ilgili çeşitli sözleşmeler bulunmaktadır. Örneğin, tünel ya da otoyol inşaatın-

²²⁹ GÜNGÖR, Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinde..., s. 238.

²³⁰ GÜNGÖR, Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinde..., s. 216-217.

²³¹ DEMİRKOL, s. 332.

²³² TEKİNALP, Akdi Borç İlişkisi, s. 448.

²³³ GÜNGÖR, The Principle of Proximity, s. 239; BAYATA CANYAŞ, s. 158.

²³⁴ DEMİRKOL, s. 334.

da projenin belirli parçaları çeşitli alt yüklenicilere yaptırılmaktadır. İnşaat projesinin gerçekleştirilmesi için çeşitli araç gereç ve malzeme temini için satım sözleşmeleri yapılmaktadır. Öte yandan, projenin finansı için sözleşmeler yapılmaktadır. Yukarıda da belirtildiği üzere edimler ve sözleşmeler arası uyumun sağlanması için bütün sözleşmelere aynı hukukun seçilmesi tavsiye edilmektedir. Yabancı bir şirket tarafından iş sahibinin taşınmazının bulunduğu ülkede yapılan inşaat projesinde çok defa alt yükleniciler o ülkeden olacaktır. Aynı şekilde, araç, gereç ve malzeme sağlanması için yapılan satış sözleşmelerinde satıcılar taşınmazın bulunduğu ülkede olacaktır. Bu durumda, esas inşaat sözleşmesine yüklenicinin ülkesinin hukuku uygulanırken, alt yüklenicilik sözleşmelerine alt yüklenicinin ülkesi olan taşınmazın bulunduğu ifa yeri ülkesi hukuku uygulanacaktır. Bu örnekler de göstermektedir ki, uluslararası inşaat sözleşmelerine ifa yeri hukukunun uygulanması, projenin somut şartlarına bağlı olarak, hukuki bütünlüğün sağlanması açısından daha yerinde olabilecektir.

3.3.2. Karakteristik Edim Teorisinin Gerekçelendirilmesi Bakımından İstisna Kuralının İncelenmesi

Uluslararası inşaat sözleşmelerinde uygulanacak hukuku tespit ederken, sözleşmeye uygulanacak hukukun tespitinde karakteristik edim teorisini ve bu çerçevede karakteristik edim borçlusunun mutad meskeninin uygulanacak hukukun tespitinde bağlama noktası olarak kullanılmasını ileri süren İsviçreli hukukçuların bu teorilerini gerekçelendirirken ileri sürdükleri görüşlerden hareket edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bu teoriyi ortaya koyan, *Schnitzer* ve onu takip eden yazarlar tarafından karakteristik edimin belirlenmesinde sözleşmenin ağırlık merkezinin yanı sıra sözleşmenin sosyal ve ekonomik işlevinin de dikkate alınması gerektiği ileri sürülmüştür. Sözleşmeyi parçası olduğu sosyal ve ekonomik çevreyle ilişkilendirerek, sözleşmenin bu hukuk düzeninin sosyal ve ekonomik hayatında yerine getirdiği işlev dikkate alınmak suretiyle uygulanacak hukukun tespitine gidilecektir²³⁵. Bu bağlamda, ekonomik ve sosyolojik açıdan esaslı edimin yerine getirildiği sosyal düzen, yani karakteristik edim borçlusunun ticari işini gerçekleştirdiği yer hukuku uygulanacaktır. Bu yerde prensip olarak şirketin merkezi, şubesi veya kişinin işyerinin bulunduğu yerdir. Teori karakteristik edim borçlusunun işini yürüttüğü yer hukukunun uygulanması olarak somutlaşmaktadır²³⁶.

²³⁵ SCHNITZER, A. D., "Les Contrats Internationaux en Droit International Prive Suisse", Rec. Des Cours, 1968/I, s. 578-581; P.M. Patocchi, "Characteristic Performance: A New Myth in the Conflict of Laws? Some Comments on a Recent Concept in the Swiss and European Private International Law of Contract" in: Etudes de Droit International en l'honneur de Pierre Lalive, Bale, 1993, s. 121, D'OLIVEIRA, H.U.J., "Characteristic Obligation in the Draft EEC Obligation Convention", AJCL, 1977, V. XXV, 308-309'den naklen SARGIN, Fügen, "Karakteristik Edim Teorisine Eleştirel Bir Yaklaşım", AÜHFD, C. 50, S. 2, 2001, s. 45.

²³⁶ SCHNITZER, s. 578-579'den naklen SARGIN, s. 52.

Schnitzer, karakteristik edim teorisine göre karakteristik edimin yerleştirilmesi ni yaparken borcun mahalli olarak, karakteristik edimin yerine getirilmesi gereken yeri belirtmektedir. Bununla birlikte, bu yeri, borcun fiilen ifa edildiği yer olarak değil, karakteristik edim borçlusunun ticari veya mesleki faaliyetini yürüttüğü yer olarak tespit etmiştir²³⁷. Aşağıda da açıklayacağımız üzere, kanaatimizce, bu durum fiili ifa yerinin karakteristik edim borçlusunun işyeri ile aynı olduğu durumlarla sınırlandırılmalıdır. İsviçre Federal Mahkemesi de önceleri karakteristik edimin fiili ifa yerini sözleşmeyle bir bütün olarak en yakın irtibatı sağlayan irtibat noktası olarak değerlendirdiği halde, daha sonraları, ifa yerinin kararlaştırılmadığı ya da tarafların borçlarını ifa etmedikleri hallerde bu prensip uygun görülmediğinden, karakteristik edim borçlusunun ikametgahı veya işyeri hukukunun sözleşmeye uygulanması gerektiği yönünde görüşünü değiştirmiştir. Sonrasında da, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nda yer aldığı üzere ikametgah yerine mutad mesken hukukunun uygulanmasına geçilmiştir²³⁸.

Teorinin gerekçelendirilmesinden de anlaşıldığı üzere sözleşmeye karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni hukukunun, ticari işlerde işyerinin hukukunun uygulanmasında, ifa için gerekli hazırlıkların bu yerde yapılması, işin bu yerde ifa edilmesi ve sözleşmenin ekonomik işlevi ile bu sosyal çevrenin, hukuk düzeninin daha sıkı ilişkili olduğu görüşünden hareket edilmektedir. Bu görüşün gerekçelendirilmesine katılmakla beraber, bu gerekçelendirmenin doğal sonucu olarak, fiili ifa yeri ile karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni ya da işyerinin ayrıştığı durumlarda, istisna hükmüne dayanarak işin fiilen ifa edildiği yer hukukunun uygulanması gerektiği kanaatindeyiz. Uluslararası inşaat sözleşmeleri gibi, kural olarak karakteristik edim borçlusu olan yüklenicinin işyerinin bulunduğu ülkeden başka bir ülkede ve uzun bir sürede ifa edilen, ayrıca bu ülkeyle aşağıda inceleyeceğimiz üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kuralları kısmında da görüleceği üzere, hukuki anlamda da çok kapsamlı ilişkisi olan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusu olan yüklenicinin işyerinin bulunduğu ülke yerine işin fiilen ifa edildiği yer hukukunun istisna kuralına dayanılarak uygulanması gerektiği kanaatindeyiz. Karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni veya işyerinin sözleşmenin sosyo-ekonomik çevresini teşkil etmesi nedeniyle sözleşme ile en sıkı ilişkiyi tespit ettiğini kabul etmekle beraber, uluslararası inşaat sözleşmelerine uygulanacak hukuk tespit edilirken inşaatın temel olarak yapıldığı yer ekonomisine katkı sağladığı, inşa eserinin yapıldığı yerde kullanıldığı, inşa eserinin yapılmasında kullanılan malzeme ve araç gerecin inşa eserinin yapıldığı yer olan ifa yeri ülkesinden temin edildiği, özetle inşaat sözleşmesinin neredeyse bütün sosyo-ekonomik çevresinin inşaatın yapıldığı yer olduğunun dikkate alınması gerektiği kanaatindeyiz.

²³⁷ GÜNGÖR, Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinde..., 173.

²³⁸ GÜNGÖR, Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinde..., s. 173.

1990 yılından beri, sözleşmeye uygulanacak hukuku tespit ederken Roma Konvansiyonu ve Roma I Tüzüğü esaslarına göre hareket eden İngiliz hukukunda da, doktrinde, sözleşmenin ifa yerinin karakteristik edim borçlusunun işyerinden ayrı ülkede bulunduğu sözleşmelerde ifa yerinin esas alınması gerektiği, istisna kuralına dayanılarak bu hukukun sözleşmeyle daha sıkı ilişkili olacağı belirtilerek savunulmaktadır. Bu görüşü, Roma Konvansiyonu ve Tüzüğü'nde yer alan ve birden çok işyeri bulunması durumunda sözleşmeyle daha sıkı ilişkili işyerinin bulunması durumunda, yani sözleşme esas işyerinden farklı bir işyeri tarafından ifa edilecekse, bu işyerinin bulunduğu ülke hukukunun uygulanması gerektiği düzenlemesinin de desteklediği, haklı olarak, ileri sürülmektedir²³⁹. Bu çerçevede, kanaatimizce, gerek karakteristik edim teorisinin temel gerekçelendirilmesi gerek MÖHUK m. 24.4'te yer alan ve birden çok işyeri bulunması halinde sözleşmeyle daha sıkı ilişkili olan, sözleşmenin esas ifa edildiği, işyeri hukukunun uygulanması düzenlemesi uluslararası inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin işyeri ile ifa yerinin farklılaşması durumunda ifa yeri hukukunun daha sıkı ilişkili hukuk istisnasına dayanarak uygulanmasını teorik olarak desteklemektedir.

ICC'nin uluslararası sözleşmelere uygulanacak hukuk için oluşturduğu komisyon da, tarafların hukuk seçimi yapmamaları durumunda prensip olarak karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni hukukunun uygulanacağını belirtmekte, bununla birlikte inşaat sözleşmeleri gibi bazı sözleşme tiplerinde daha yakın irtibatlı hukuk gerekçesine dayanarak bu prensibe istisna getirmektedir. Buna göre, inşaat sözleşmelerinde ilişkinin ağırlık merkezinin inşaatın yapıldığı yer olduğu ifade edilerek ifa yeri hukukunun uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür²⁴⁰. Türk doktrininde de uluslararası inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin işyeri hukuku yerine sözleşmenin ifa edildiği, inşaatın yapıldığı yer hukukunun uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre, yüklenicinin işyeri hukukuna öncelik tanımak, ancak, yüklenicinin işyerinde ifa edilen sözleşmeler bakımından haklı sayılacaktır. Sözleşme ile ifa yeri hukuku arasındaki bağlantı, özellikle ifa yeri ülkesinde sözleşmenin icrası ile ilgili doğrudan uygulanan kuralların varlığı halinde, hukuki anlamda da ortaya çıkar²⁴¹. Yüklenicinin uluslararası inşaat sözleşmesini ifa ettiği yerin sözleşmeyle yakın bağlantılı olduğu açıktır. Yüklenici inşaat sözleşmesini yerine getirirken işin ifa edildiği yer hukukunu dikkate almaktadır. İşin ifa edildiği yer sözleşmeyle tesadüfi bağlantı noktası olan bir hukuk değildir²⁴².

²³⁹ DICEY, MORRIS, COLINS: The Conflict of Laws, 14th edition, 2006, par 32 127; FAWCETT/CARRUTHERS, s. 715-718; aynı yönde ÖZEL, Sözleşmesel İlişkide MÖHUK m. 24 II'de Öngörülen Objektif Bağlama Kuralının..., s. 585; SARGIN, s. 53.

²⁴⁰ LANDO, Ole, "Conflict of Law Rules for Arbitration", Festschrift für Konrad Zweigert, Tübingen, 1981, s. 102, AKINCI, s. 77 dn 183'den naklen.

²⁴¹ SARGIN, s. 75.

²⁴² ÖZEL, Sözleşmesel İlişkide MÖHUK m. 24.II'de Öngörülen Objektif Bağlama Kuralının, s. 602.

İnşaatın yapıldığı yer hukukunun uygulanmasını desteklemek amacıyla doktrinde ileri sürülen bir diğer görüş ise inşaatın yapıldığı yerin inşaat sözleşmesi ile en sıkı ilişkili hukuk olduğu, objektif bağlama kuralı gereği yüklenicinin işyeri hukukunun uygulanmasının milletlerarası özel hukuk hakkaniyetine aykırı olduğu ve bu durumda örtülü kanun boşluğu olduğu iddiasına dayanarak bu boşluğu doldurmak için hakim kanunlar ihtilafı kuralı oluşturması gerektiğidir²⁴³. Kanunlar ihtilafı kurallarının temel amacı olan milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinin gerçekleştirilmesi, sözleşme ile en sıkı ilişkili hukukun uygulanması suretiyle olmaktadır. Bununla birlikte, sözleşmeye uygulanacak hukuk bağlamında m. 24.4'te yer alan daha sıkı ilişkili hukukun uygulanmasının sebebi, zaten en sıkı ilişkili hukuk için karine teşkil eden mutad mesken veya işyeri hukukunun bu karineyi gerçekleştirmemesi, dolayısıyla mutad mesken hukuku veya işyeri hukukundan daha sıkı ilişkili hukukun tespiti ve sözleşmeye uygulanması yoluyla milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinin sağlanmasıdır. Bu nedenle, inşaat sözleşmelerinde ifa yeri hukukunun uygulanması bakımından örtülü kanun boşluğundan hareket eden görüşe katılmamaktayız.

4. Kuralın Kapsamı Dışında Kalan Haller: Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları ve İfanın Gerçekleştirilme Biçimi ve Tedbirler

Sözleşme statüsü sözleşme öncesi kusurlu davranıştan sözleşmenin kuruluşuna, ifa ve ifa engellerinden sözleşmenin sona ermesine kadar sözleşmeyle ilgili bütün hususlara uygulanır. Bununla birlikte, sözleşme statüsünün uygulanmasının bazı istisnaları bulunmaktadır. Bu istisnalardan bazıları, uygulanacak hukukun *lex fori*'nin kamu düzenine açıkça aykırı olması durumunda hakim kanunlarının uygulanması ve *lex fori*'nin doğrudan uygulanan kurallarının uygulama alanlarına giren konularda ise o ülke mahkemelerinde görülen bütün uyuşmazlıklarda *lex fori*'nin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanması gibi genel istisnalardır. Bunun yanında, MÖHUK m. 31'de düzenlenen üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kurallarının ve m. 33'de düzenlenen ifanın gerçekleştirilme biçimi ve tedbirlere ilişkin ifa yeri ülkesinin kurallarının uygulanması da sözleşme statüsünün uygulanmasının istisnalarını oluşturmaktadır. Biz bu kısımda, üçüncü ülkelerin doğrudan uygulanan kuralları ve ifanın gerçekleştirilme biçimi ve tedbirlere ilişkin ifa yeri ülkesi kurallarının uygulanmasını uluslararası inşaat sözleşmeleri bakımından taşıyabilecekleri özellikleri dikkate alarak inceleyeceğiz.

Doğrudan uygulanan kurallar, ülkelerin sosyal, ekonomik, kültürel politikalarını uygulamak amacıyla çıkarttıkları, amaçları itibariyle kamu düzeni ve kamu menfaatini gerçekleştirmeyi hedefleyen kurallardır²⁴⁴. Belirtilen nitelikteki politikaların

²⁴³ DEMİRKOL, s. 351-352.

²⁴⁴ ERDEM, Bahadır, "5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da Düzenlenen Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk", Koç Üniversitesi, Avru-

özel hukuk ilişkileri alanındaki yansıması olan bu kurallar, ilgili ülkeler bakımından taşıdıkları önem itibarıyla, ülke ile belirli bağlantıları bulunan durumlarda, sözleşmeye uygulanacak hukuk her ne olursa olsun uygulanırlar²⁴⁵. Hem özel hem de kamu hukuku karakterine sahip, devletin ve toplumun üstün yararlarının korunması amacıyla özel hukuk ilişkileri alanında etki gösteren kurallardır²⁴⁶.

Lex fori'nin doğrudan uygulanan kuralları MÖHUK m. 6 gereği, sözleşme statüsünden bağımsız olarak, o ülke mahkemelerinde görülen her türlü davada alanlarına giren durumlarda uygulanacaklardır. *Lex causae*'nin doğrudan uygulanan kuralları ise, yukarıda belirttiğimiz üzere, sözleşme statüsü emredici ve yedek kurallarıyla bir bütün halinde uygulandığından dolayı, sözleşme statüsünün parçası olarak uygulanacaklardır. *Lex fori* ve *lex causae* haricinde, üçüncü ülke hukukunda bulunan doğrudan uygulanan kurallar ise, m. 31'de belirtildiği üzere, bu ülke ile sözleşme ilişkisi arasında sıkı ilişki bulunmak şartıyla, bu kuralların uygulanma amacı, kapsamı ve sonuçları dikkate alınarak uygulanacaklardır.

Lex fori'nin doğrudan uygulanan kurallarında kanunlar ihtilafı kuralı dikkate alınmaksızın uygulama amaçları ve alanlarına giren konularda bu kurallar doğrudan uygulanırken, üçüncü ülkelerin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanması için öncelikli olarak sözleşmeye uygulanacak hukukun tespit edilmesi gerekecektir. Sözleşmeye uygulanacak hukukun, sözleşmeyle sıkı ilişkili üçüncü bir ülkenin hukukunda bulunan ve sözleşme ilişkisi çerçevesinde ihtilaf çözülürken etki tanınması gereken kurallara aykırı olup olmadığı belirlenecektir. Aykırılık durumunda ise, üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kuralları uygulanacaktır²⁴⁷. Sözleşmeler alanında taraf menfaatinin korunması çerçevesinde taraflara tanınan hukuk seçimi serbestisi, sözleşmeyle ilgili üçüncü bir devletin kamusal ve sosyal nitelikli menfaatlerinin ihlal edilmesini gerektirmez. Bu ihlalin engellenmesi için bu ülkenin doğrudan uygulanan kuralları dikkate alınmaktadır²⁴⁸.

Lex fori ve *lex causae*'nin doğrudan uygulanan kurallarının yanı sıra sözleşmeyle sıkı ilişkili üçüncü ülke hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının da uygulanmasının sebebi, uluslararası ticari sözleşmelerin günümüzde, en önemlisi ifa yeri ülkesi olmak üzere, sözleşmenin karşı tarafının ikametgahının, mutad meskeninin

pa'da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, Hukuk Fakültesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Araştırma Merkezi Konferans Yayınları Serisi-2, İstanbul, 2010, s. 102.

²⁴⁵ ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 70-71.

²⁴⁶ ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 91.

²⁴⁷ ERKAN, Mustafa, "MÖHUK m. 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış" GÜHFD, C. XV, S. 2, 2011, s. 86.

²⁴⁸ ERKAN, s. 100.

bulunduğu veya sözleşme konusu malların bulunduğu ülke gibi bir çok ülke ile ilişkili olmalarıdır²⁴⁹. İfa yeri ülkesi başta olmak üzere sözleşme ile sıkı ilişkili olabilecek belirtilen ülkelerin hukuklarında bulunan doğrudan uygulanan kural niteliğindeki, kambiyo mevzuatına, dış ticaret rejimine, teknoloji transferine, yabancı personel istihdamına dair kurallar sözleşmenin ifasını imkansız kılabilir ya da sözleşmeyi geçersiz hale getirebilir²⁵⁰. Bu kuralların uygulanmaması durumunda ilgili ülkenin temel hukuk politikalarına aykırılık doğabileceğinden, verilecek kararın o ülkede tenfizinde sorunlarla karşılaşılabilir. Bu nedenle, sözleşmeyle sıkı ilişkili üçüncü ülkelerin doğrudan uygulanan kurallarının da dikkate alınması gerekir²⁵¹. Öte yandan, taraflar hukuk seçimi neticesinde sözleşmeyi sözleşme ile hiçbir bağlantısı bulunmayan bir ülkenin hukukuna tabi kılabilirler. Böyle bir durumda da sözleşmenin yukarıda belirtilen objektif kriterlerle bağlı olduğu ülke hukuklarına etki tanınması gerekebilir²⁵². Bununla birlikte, dikkat edilmesi gereken bir diğer husus o ülkenin sözleşmeyle sıkı ilişkili olmasının yetmeyeceği, sözleşme ilişkisi çerçevesinde üçüncü ülkenin korunmaya değer üstün bir kamu menfaatinin bulunması gerektiğidir²⁵³.

Doktrinde, maddede yer alan üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınır ifadesinden bu kuralların bağımsız olarak uygulanacağını anlaşılmaması gerektiği, bunun bir bağlama kuralı niteliğini taşımadığı, ancak sözleşme statüsü kapsamında bir fiili durum olarak dikkate alınıp, örneğin sözleşmenin ifası noktasında bir mücbir sebep vb. teşkil ediyorsa bunların yansıma etkisinin kabul edilip, bu kapsamda uygulanmaları gerektiği belirtilmiştir²⁵⁴. Bizim de katıldığımız görüşe göre ise etki tanımak uygulamakla aynı sonucu doğurur. Her ikisi de o kuralın emrettiği hukuki sonucun kabulü anlamını taşır²⁵⁵. Maddenin ikinci cümlesinde yer alan “söz konusu kurallara etki tanıyıp tanınamamak ve uygulayıp uygulamamak” ifadesinin de bu sonu çıkacak şekilde yorumlanması gerektiği kanaatindeyiz.

MÖHUK'un mehzazı niteliğinde sayılabilecek Roma Konvansiyonu m. 7'de, kanunumuzdaki gibi, üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanması için bu kuralların sözleşme ile sıkı ilişkili olması yeterli kabul edilirken, AB üyesi ülkeler arasındaki görüş farklılıkları nedeniyle bazı ülkelerin Konvansiyon'un 7. maddesine çekince koyması ve özellikle Konvansiyon'daki düzenlemenin yaratabileceği belirsizlik nedeniyle, Konvansiyon'un yerini alan Roma Tüzüğü m. 9'da sıkı ilişkinin aşıkâr biçimde olmasının yanı sıra doğrudan uygulanan kuralları dikkate alınacak

²⁴⁹ ERKAN, s. 106.

²⁵⁰ ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGENMEŞE, s. 291.

²⁵¹ ERKAN, s. 100-101; KOCASAKAL, s. 86.

²⁵² ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 73.

²⁵³ ERKAN, s. 105.

²⁵⁴ ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 76; NOMER, s. 335.

²⁵⁵ ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGENMEŞE, s. 290.

üçüncü ülkenin ancak ifa yeri ülkesi olabileceği düzenlenmiştir. Ayrıca, ifa yeri ülkesinin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilmesi için bunların sözleşmeyi geçersiz kılacak derecede olmaları gerekmektedir²⁵⁶. Doktrinde, bu durum haklı olarak, ifa yeri dışında tarafların yerleşim yeri veya mutad meskeni ya da sözleşme konusu malların veya borçlunun banka hesabının bulunduğu ülkelerdeki ithalat ihracat yasalarına ilişkin veya döviz mevzuatına ilişkin doğrudan uygulanan kuralların da edimin ifasını engelleyecek nitelikte olabilecekleri nedeniyle eleştirilmiştir²⁵⁷.

MÖHUK m. 31'de Roma Tüzüğü'nde yer alan ifa yeri sınırlaması bulunmaktadır. Ayrıca, uluslararası inşaat sözleşmeleri bakımından istisna kuralına dayanarak ifa yeri ülkesi hukukunun uygulanması ihtimali üzerinde durduğumuzdan dolayı bu durumun konumuz açısından ehemmiyeti bulunmamaktadır. Bununla birlikte, yukarıda belirttiğimiz açıklamalar çerçevesinde, ifa yeri ülkesi başta olmak üzere üçüncü ülkelerin doğrudan uygulanan kurallarının özellikle sözleşmenin ifası üzerindeki etkileri dikkate alındığında, uluslararası inşaat sözleşmeleri açısından ifa yeri ülkesinin doğrudan uygulanan kurallarının önemi ortaya çıkmaktadır. Niteliği itibarıyla projenin gerçekleştirilmesi için yoğun malzeme ve nitelikli araç gereç gerektiren, projenin finansı için gayet yüksek miktarda kredilere ihtiyaç duyulabilen, yabancı uyruklu personel istihdam edilebilen, çoğunlukla gelişmekte olan ülkelerde yapılan ve bu nedenle teknoloji transferinin yapıldığı uluslararası inşaat sözleşmelerinde ifa yeri ülkesinin doğrudan uygulanan kurallarının önemi bir kat daha artmaktadır. Uluslararası inşaat sözleşmelerinin ifasında ifa yeri ülkesinin doğrudan uygulanan kurallarının taşıdığı bu önem de ifa yeri ülkesi ile sözleşme arasındaki sıkı bağlantıyı ortaya koymaktadır.

Uluslararası inşaat sözleşmeleri açısından ifa yeri ülkesinin bir diğer önemi ise m. 33 gereği "ifa sırasında gerçekleştirilen fiil ve işlemler ile malların korunmasına ilişkin tedbirlerin" bunların gerçekleştirildiği yer hukukuna, yani ifa yeri hukukuna, tabi kılınmasına ilişkin düzenlemedir. İnşaat sözleşmelerini incelerken yüklenicinin borçlarından birinin araç, gereç ve malzemeyi koruma borcu olduğunu, bu borcun yanı sıra inşaatın üzerine yapıldığı taşınmazın da korunması gerektiğini belirtmiştik. Bunun yanı sıra yüklenicinin ayıba karşı tekeffül sorumluluğu bulunmaktadır. Eserin teslimi sırasında mühendis tarafından denetlenmesi ve ayıbın tespiti sırasında da ifa yeri ülkesinin kuralları önem arz edecektir. Bu çerçevede, yüklenici edimini ifa ederken ifa yeri ülkesinin bu nitelikteki kurallarını uygulamak zorundadır. Bu durum da ifa yeri ülkesinin hukukunun uluslararası inşaat sözleşmeleri açısından taşıdığı önemi ortaya koymaktadır.

²⁵⁶ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için ERKAN, s. 102-103; ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 84-86.

²⁵⁷ ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 86.

SONUÇ

Uluslararası inşaat sözleşmeleri, teknik nitelikleri ağır basan, ifası çoğunlukla uzun zaman alan, kapsamı itibarıyla karmaşık ve sözleşme bedelinin oldukça yüksek olduğu, temel tarafları olan yüklenici ve iş sahibinin yanı sıra müşavir mühendisin de sözleşmenin ifasında önemli rol üstlendiği sözleşmelerdir. İnşaat sözleşmelerinde yüklenicinin edimi inşa eserini meydana getirmek ve teslim etmek, iş sahibinin edimi de buna karşılık ücreti ödemek olmakla birlikte, yukarıda ayrıntılı incelendiği üzere, yüklenicinin edimini ifa ederken bir çok alt borçları, yükümlülükleri ve sorumlulukları mevcuttur.

Karmaşık nitelikli bu sözleşmelerde uygulanacak hukukun taraflarca seçilmesi, ileride uyuşmazlığın görüleceği mahkemenin kanunlar ihtilafı kurallarının ya da hakem heyetinin uygulayacağı kanunlar ihtilafı kurallarının ortaya koyabileceği muhtemel belirsizliği engellemesi, tarafların hak ve borçlarının tabi olacağı hukuku önceden bilmeleri ve yukarıda ayrıntılı olarak incelenen diğer nedenlerle, taraflar için elzemdir. Uygulanması gereken bir husus ise uygulamada uluslararası inşaat sözleşmeleri hazırlanırken sıklıkla başvurulmuş ve günümüzde *lex mercatoria*'nın bir parçası olarak kabul edilebilecek olan *Fidic* Standart Sözleşme şartlarının seçilmesinin, özellikle devlet mahkemelerinde, kanunlar ihtilafı hukuku anlamında bir hukuk seçimi teşkil etmediğidir. Bunun sebebi, devletlerin kanunlar ihtilafı kurallarında uygulanacak hukukun bir ülke hukuku olmasının gerektiğinin belirtilmesidir. Devlet yargılamasında, *Fidic* şartları, ancak *incorporation* teorisi kapsamında sözleşmenin bir parçası haline gelebilecektir. Uygulanacak hukuk olarak değerlendirilemeyeceklerdir. Bununla birlikte, yukarıda incelendiği üzere, birçok tahkim kurumunun düzenlemelerinde ve devletlerin tahkim kanunlarında, tahkim yargılamasında sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlığın "hukuk kurallarına" göre çözüme bağlanabileceği ifade edildiği için *Fidic* standart sözleşme şartlarının *lex mercatoria*'nın parçası olarak uygulanacak hukuku teşkil etmeleri mümkündür.

Devlet yargılamasında *Fidic* sözleşme şartları, uygulanacak hukuku teşkil etmemekle birlikte, *Fidic* şartlarının sözleşmenin parçası haline getirilmesi, kanatımızca, *lex fori*'nin kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenecek hukukun ortaya koyabileceği belirsizlikleri engelleyecek niteliktedir. Bunun sebebi ise, kanunlar ihtilafı kuralları gereği uygulanacak hukukun ancak, sözleşme şartlarında hüküm bulunmaması ya da sözleşme şartlarının uygulanacak hukukun emredici hükümlerine aykırı olması durumunda uygulanacak olmasıdır.

Objektif bağlama kuralı bakımından uluslararası inşaat sözleşmelerine uygulanacak hukuk, karakteristik edim borçlusu olan yüklenicinin işyerinin bulunduğu yer hukuku olacaktır. Sözleşmelerde taraf menfaati esas olmakla beraber, ticari nitelikli uluslararası inşaat sözleşmelerinde bir menfaat çatışması ve diğer tarafın menfaatine tercih edilmesi gereken bir menfaat olduğu kanaatinde değiliz. Ayrıca, uluslararası

inşaat sözleşmelerinin taşıdıkları kendilerine has özelliklerin, bir çok zaman, objektif kural yerine istisna kuralına dayanarak ifa yeri hukukunun uygulanmasını gerektirdiği kanaatindeyiz.

İstisna kuralına göre, objektif karineye göre uygulanacak hukuk olan yüklenicinin işyerinin bulunduğu ülkeye nazaran, sözleşmeyle ilgili irtibatların başka bir ülkede yoğunlaşması durumunda o ülke hukuku uluslararası inşaat sözleşmesine uygulanacaktır. Objektif bağlama noktasının sözleşme ile irtibatlı diğer bağlama noktalarına göre sözleşmeden izole olması özellikle, uluslararası inşaat sözleşmeleri gibi, ifası uzun zaman alan sözleşmelerde görülebilecektir. Yetki sözleşmesi tek başına yeterli olmamakla beraber, yetkili mahkeme ile sözleşmenin ifa yerinin aynı ülkede birleşmesi ya da uluslararası inşaat sözleşmelerinde olduğu gibi sözleşmenin diğer tarafı olan iş sahibinin mutad meskeni veya işyerinin bulunduğu ülke ile sözleşmenin ifa yeri ülkesinin çoğunlukla aynı ülke olması, çok defa tesadüfi olmasına rağmen kuruluş yerinin de ifa yeri ülkesini işaret etmesi durumunda, bütün bu bağlantı noktalarının somut olay çerçevesinde ifa yerinde toplanması, yüklenicinin işyeri hukukunun sözleşmeden izole olmasına yol açacak ve bu hukuk yerine ifa yeri hukukunun istisna kuralına dayanarak sözleşmeye uygulanmasını gerektirecektir.

Karakteristik edim teorisinin gerekçelendirilmesinde, yukarıda ayrıntılı incelenildiği üzere, sözleşmenin sosyal ve ekonomik çevresi dikkate alınmış, sözleşmenin bir ülkenin sosyal ve ekonomik hayatında oynadığı öneme işaret edilmiştir. Bu çerçevede, ekonomik açıdan esaslı olan karakteristik edimin yerine getirildiği sosyal düzen olan karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni veya işyeri hukukunun uygulanması gerektiğine işaret edilmiştir. Teorinin gerekçelendirilmesinin, ifa yeri ile yüklenicinin işyerinin çoğunlukla ayrı olduğu uluslararası inşaat sözleşmelerinde, istisna kuralına dayanarak ifa yeri ülkesi hukukunun uygulanmasını gerektirdiği kanaatindeyiz. Gerek MÖHUK m. 24.4'te gerek Roma Tüzüğü'nde yer alan karakteristik edim borçlusunun birden fazla işyeri varsa sözleşmenin daha sıkı ilişkili olduğu, yani sözleşme konusu edimi ifa edecek işyerinin bulunduğu, ülke hukukuna tabi olması gerektiğini düzenleyen hükmünde, bu görüşü destekler nitelikte olduğu kanaatindeyiz.

İfa yeri ülkesi başta olmak üzere üçüncü ülkelerin hukuklarının doğrudan uygulanan kuralları sözleşme ile sıkı ilişkili olmak şartıyla uygulanacaktır. Uluslararası inşaat sözleşmelerinde ifa yeri ülkesinin doğrudan uygulanan kuralları özel önem arz etmektedir. Bu sözleşmelerin ifa edilebilmesi için yoğun malzeme ve nitelikli araç gereç gerekmekte, inşaat projesi çoğu defa yurt dışındaki bankalardan sağlanan, gayet yüksek miktartlı kredilerle finanse edilebilmekte, nitelikli yabancı uyruklu personel istihdamı gerekmekte ve inşaat projesi çoğunlukla gelişmekte olan ülkelerde yapıldığı için teknoloji transferine ihtiyaç duyulmaktadır. Bu hususların tamamı ise ifa yeri ülkesinin doğrudan uygulanan kurallarının kapsamında olan dış ticaret rejimi, kambiyo mevzuatı vb. tarafından düzenlenmektedir. Uluslararası inşaat sözleşmele-

rinde ifa yeri ülkesinin doğrudan uygulanan kurallarının taşıdığı önem de, sözleşmeye uygulanacak hukukun bütünlüğü de dikkate alınmak suretiyle, ifa yeri ülkesinin hukukunun sözleşme ile sıkı ilişkisini ortaya koymaktadır.

BİBLİYOGRAFYA

- AKINCI, Ziya, Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İzmir, 1996.
- AKINCI, Ziya, Tarafların Yetkili Hukuku Belirlememeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, DEÜHF Yayınları, 1992.
- BAYATA CANYAŞ, Aslı, AB ve Türk Hukuku Uyarınca Sözleşmeye Uygulanacak Hukuka İlişkin Genel Kural, Adalet, Ankara, 2012.
- CARDUCCI, Guido, “Major Infrastructure Projects in EU Private International Law”, *Construction Law International*, V. 14/8, 2013.
- ÇELİKEL, Aysel/ERDEM, Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, 13. bs., İstanbul, Beta, 2014.
- ÇİLİNGİROĞLU, Cüneyt, “Devletler Özel Hukuku Alanında Borç Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi: Subjektif Bir Bağlama Noktası Olarak Taraf İradeleri”, MHB, C.9, S.2, 1999, s. 103-120.
- CUNIBERTI, Gilles, “Three Theories of Lex Mercatoria, *Colombia Journal of Transnational Law*”, V. 52, 2014, s. 369-434.
- DEMİRKOL, Berk, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, 2.bs., Vedat, İstanbul, 2014.
- DICEY, MORRIS and COLLINS, *The Conflict of Laws*, 14th ed., 2006.
- D’OLIVEIRA, H.U.J., “Characteristic Obligation in the Draft EEC Obligation Convention”, *AJCL*, 1977, V. 25.
- EKŞİ, Nuray, “Kanunlar İhtilafında Incorporation”, MHB, S. 19-20, 1999-2000, s. 263-291.
- EREN, Fikret, “Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri”, İnşaat Sözleşmeleri Ortak Seminer, 18-29 Mart 1996, 2. bs., Ankara, BTHAE, 2001, s. 45-58.
- EREN, Fikret, “İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları” İnşaat Sözleşmeleri Ortak Seminer, 18-29 Mart 1996, 2. bs., Ankara, BTHAE, 2001, s. 59-86.
- EREN, Fikret, “İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi” İnşaat Sözleşmeleri Ortak Seminer, 18-29 Mart 1996, 2. bs., Ankara, BTHAE, Ankara, 2001, s. 87-103.
- ERKAN, Mustafa, “MÖHUK m. 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış” *GÜHFD*, C. XV, S. 2, 2011, s. 81-121.

- FAWCETT, James/CARRUTHERS, Janeen M., Cheshire, North & Fawcett Private International Law, 14th ed., OUP, 2008.
- FOX, William F., International Commercial Agreements: A Primer on Drafting, Negotiating and Resolving Disputes, 4th ed., Wolters and Kluwer, 2009.
- GOLDMAN, Berthold, "The Applicable Law: General Principles of Law: Lex Mercatoria" in Contemporary Problems in International Arbitration", ed. Julian D. M. Lew, Springer, 1986, s. 113-125.
- GIULIANO, Mario/ LAGARDE, Paul, Council Report on the Convention on the Applicable Law to Contractual Obligations", Official Journal of the European Communities, C. 282.1, 1980.
- GÜNGÖR, Gülin, Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı, Ankara, Yetkin, 2007.
- GÜNGÖR, Gülin, "The Principle of Proximity in Contractual Obligations: The New Turkish Law on Private International Law and International Civil Procedure", Ankara Law Review, V. 5, N.1, 2008, s. 1-21
- HÖK, Götz Sebastian, Uluslar arası İnşaat Hukuku Fidic Red Book (Kırmızı Kitap) 1999 Hakkında Açıklamalar, Çev. Gökhan Erbaş, Ankara, Adalet, 2009.
- KAPLAN, İbrahim, "İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu", İnşaat Sözleşmeleri Ortak Seminer, 18-29 Mart 1996, 2. bs., Ankara, BTHAE, 2001, s. 105-171.
- KÖKSAL, Tunay, "Uluslararası İnşaat Sözleşme Modeli Olarak Fidic İnşaat İşleri Sözleşme Şartları", Abant İzzet Baysal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 2010/1, S. 20, s. 86-109.
- LANDO, Ole, "The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration", International and Comparative Law Quarterly, V. 34, 1985; s.747-768.
- MANIRUZZAMAN, A.F.M., "The Lex Mercatoria and International Commercial Contracts: A New Challenge for International Commercial Arbitration", American University Law Review", V. 14/3, 1999, s. 657-734.
- MURRAY Carole/HOLLOWAY, David/TIMSON-HUNT, Daren, Schmitthoff Export Trade: The Law and Practice of International Trade, 11th ed., Sweet&Maxwell, London, 2007.
- NOMER, Ergin, Devletler Hususi Hukuku, 21. bs., Beta, İstanbul, 2015.
- ÖZ, M. Turgut, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, 2. bs., İstanbul, Vedat, 2012.
- ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice, "Sözleşmeye Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları" MHB, Y. 30, S. 1-2, 2010.
- ÖZEL, Sibel, Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, Legal, İstanbul, 2008.

- ÖZEL, Sibel, “Sözleşmesel İlişkide MÖHUK m. 24.II’de Öngörülen Objektif Bağlama Kuralının Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”, MHB, Y. 22, 2002, s. 577-617.
- PATOCCHI, P. M., “Characteristic Performance: A New Myth in the Conflict of Laws? Some Comments on a Recent Concept in the Swiss and European Private International Law of Contract” in: *Etudes de Droit International en L’honneur de Pierre Lalive*, Bale, 1993.
- SARGIN, Figen, “Karakteristik Edim Teorisine Eleştirel Bir Yaklaşım”, AÜHFD, C. 50, S. 2, 2001, s.37-94.
- SCHMITTHOFF, Clive M., “International Business Law: A New Law Merchant”, *Current Law and Social Problems*, 1961, V. II, in Clive M. Schmitthoff’s *Select Essays on International Trade Law*, Ed. Chia-Jui Cheng, Martinus Nihoff Publishers, London, 1988, s. 20-37.
- SCHNITZER, A. D., “Les Contrats Internationaux en Droit International Prive Suisse”, *Rec. Des Cours*, 1968/I.
- ŞANLI, Cemal, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, 5. bs., Beta, İstanbul, 2013.
- ŞANLI, Cemal/ESEN, Emre/ATAMAN FİGENMEŞE, İnci, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 4. bs., Vedat, İstanbul, 2015.
- ŞANLI, Cemal, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk*, Ankara, BTHAE, 1986.
- TARMAN, Zeynep Derya, “5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) Uyarınca Yabancılık Unsuru Taşıyan Akdi Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi”, *BATİDER*, C. XXVI, S. 1, 2010, s. 143-159.
- TEKİNALP, Gülören, “Akdi İlişkide Objektif Genel Kural ve En Yakın İrtibatlı Hukuk Uygulaması”, Prof. E. E. HIRSCH’in Hatırasına Armağan, Ankara, 1986, s. 443-450.
- TEKİNALP, Gülören/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, Ayfer, *Milletlerarası Özel Hukuk: Bağlama Kuralları*, 11. bs., Vedat, İstanbul, 2011.
- TÜREGÜN, Necip, “Fidic Açısından İnşaat Sözleşmeleri”, *İnşaat Sözleşmeleri Ortak Seminer*, 18-29 Mart 1996, 2. bs., Ankara, BTHAE, 2001, s. 249-285.
- TÜZEMEN ATİK, Ebru, “Fidic (New Red Book) Kuralları Uyarınca İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu”, *GÜHFD*, C. 18, Y. 2014, S. 2, s. 53-84.
- YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 10. bs., İstanbul, Beta, 2014.
- ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, Emre, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 14. bs., Ankara, Turhan, 2014.

ÖRTÜLÜ KAZANÇ AKTARIMI YASAĞININ TK'YA TABİ ŞİRKETLER/ŞİRKETLER TOPLULUĞU VE SERPK İLE İLİŞKİSİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Vakıa Üzerinden Bir Deneme

(The Examination of the concealed gain transfer ban for the
ompanies subject to the Commercial Code and its relation
with the Capital Market Law)

An event study

Prof. Dr. Arslan KAYA*

ÖZET

Örtülü kazanç aktarım yasağı, vergi ziyaına sebep olması dolayısıyla öncelikle transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı konulu olarak vergi mevzuatında düzenlenmiş, bilahare yatırımcı pay sahipleri bakımından önemi dolayısıyla sermaye piyasası kanunda özel olarak hükme bağlanmıştır. Ticaret Kanununa tabi şirketler bakımından bu konuda açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, şirketler topluluğunu düzenleyen hükümler arasında, hakimiyetin hukuka aykırı biçimde kullanılması üst başlığı altında esasen örtülü kazanç aktarımı niteliğindeki işlemlere, daha üst bir kavram olan bağlı şirketi kayba uğratacak işlemler başlığı altında yer verilmiştir. Hükümde, bağlı şirketi kayba uğratacak işlemlerin yıl içinde denkleştirilmesine ve denk bir istem hakkı tanınmasına imkan verilmek suretiyle, yasada bir ölçüde kaybın telafisi durumunda dava imkanı da bir ölçüde ortadan kaldırılmıştır. Mevcut düzenleme dolayısıyla ortaya çıkan temel sorun, TK'ya tabi şirketlerde örtülü kazanç aktarımının bunlarla sınırlı olup olmadığı, şirketler topluluğu dışında bu yasağın söz konusu olup olamayacağı, daha da önemlisi bağlı şirketin halka açık olması durumunda SerPK 21 hükmü ile TK 202 hükmünün nasıl ve hangi ölçü kapsamında uygulanacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Aşağıdaki makalede ana hatları ile bu sorunlar incelenmiş ve çözüm önerileri ele alınmıştır.

Anahtar kelimeler: Örtülü kazanç aktarımı yasağı, şirketler topluluğu, hakim şirket, bağlı şirket, denkleştirme, halka açık şirket.

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Abstract

Concealed gain transfer ban has been regulated firstly in the Tax Code as it causes loss of tax, then regulated peculiarly in the Capital Market Law because of its importance for investor shareholders. There isn't any explicit law concerning companies subject to the Commercial Code but under the provisions regulating company corporations, in the abuse of the dominance headline, the concealed gain transfer ban was actually included as transactions causing loss to the associated company. In the provision, it's possible to adjust and balance the loss caused to the associated company and a possibility for the associated company to claim an adjustment within the year, therefore the means for an action are restricted or even removed. Hence, the main problem arising is whether the concealed gain transfers are limited with these for companies subject to the Commercial Code, whether this ban can be applicable to other companies but the company corporations, even more important how the art. 21 of the Capital Market Law will be applied if the associated company is public. In this study these problems are examined generally and some solutions are suggested.

Keywords: Concealed gain transfer, Company Corporation, Holding Company, Associated Company, Adjustment, Public Company

I. VAKIA

1. Hakim Şirket - Bağlı Şirket İlişkisi

(A) AŞ, (A1) AŞ de % 60 ve (A2) AŞ'de ise % 55 pay sahibidir. (A) AŞ, (A1) AŞ ve (A2) AŞ'nin başkan dahil, yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunu belirlemektedir.

(A1) AŞ ve (A2) AŞ yıllık işlem hacimlerinin % 95 ve üzeri bir bölümünü (A) AŞ ve ona bağlı diğer şirketlerle gerçekleştirmektedir. Bu iki şirket ayrıca (A) AŞ'ye "Genel Merkez Masraf Payı" adı altında yıllık ödemelerde bulunmaktadır. Bu ödemelerin; Ar-Ge Hizmet Gideri, Bilgisayar Hizmet Gideri, Genel Yönetim Hizmet Gideri, Teknoloji ve Yatırım Hizmetleri ve Art Direktör kalemlerinden oluştuğu görülmektedir.

(A) AŞ ile (A1) AŞ arasında ayrıca marka lisans sözleşmesi de bulunmaktadır. Buna göre, (A1) AŞ, (A) AŞ'ye ait bazı markaları ticaret hayatında kullanması karşılığında (A) AŞ'ye kendi karının % 2'sini aktarmak durumundadır.

Yukarıda sıralanan hususlar (hisse çoğunluğu, yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunu belirleme, şirketler arası/grup içi işlem hacminin büyüklüğü, masraflara katılma ve sınai haklardan faydalanma) da göstermektedir ki, (A1) AŞ ve (A2) AŞ ile (A) AŞ arasında, (A) AŞ lehine bir kontrol ilişkisi vardır. Dolayısıyla anılan şirketler (A1) AŞ ve (A2) AŞ, (A) AŞ tarafından yönlendirilen 'Gruba' başkaca şirketlerle birlikte dahildir ve (A) AŞ ile anılan şirketler arasında teknik ve hukuki anlamda bir Hakim Şirket-Bağlı Şirket ilişkisi mevcuttur.

2. Grup Şirketlerle (B) AŞ Arasındaki Ortaksal ve Sözleşmesel İlişki

(1) Şirketlerden (A) AŞ, (A1) AŞ ve (A2) AŞ ile (B) AŞ arasındaki ilişki 1982 tarihli bir “*ortaklararası sözleşme*” ile tesis edilmiştir. Sözleşmede esas itibarıyla (B) AŞ’nin iştiraklerden (A1) AŞ ve (A2) AŞ’den hisse alımı düzenlenmiş, ayrıca iştirak edilen şirketlerin ana mukavelelerindeki kar dağıtımına ilişkin maddenin değiştirilmesi özellikle hüküm altına alınmıştır. Bu tür bir yapılanmada/hisse alımında ciddi anlamda bedel ödeyen (B) AŞ’nin asıl amacının kazanç payı almak olduğu açıktır. Nitekim, şirket ana sözleşmesinde değişiklik öngörülen kar payı ile ilgili maddede şirketlerin belirli oranda kar dağıtması ve bir ölçüde imtiyazlı olarak kardan (B) AŞ’ye pay verilmesi hüküm altına alınmış gözükmektedir.

(2) Şirketlerden (B) AŞ “*ortaklararası sözleşme*” uyarınca (A1) AŞ’de % 30 ve (A2) AŞ’de % 25 oranında hisse sahibidir. Anılan şirketlerin yönetim kurullarında başkan vekili sıfatıyla birer üyesi bulunmaktadır. Dolayısıyla (A) AŞ ile karşılaştırıldığında azlık hissedarı konumundadır.

(B) AŞ, 2002 yılından bu yana anılan şirketlerdeki hissedarlığı ve hissedarlık hakları dolayısıyla (A1) AŞ ve (A2) AŞ’ye karşı, uzun yıllardan beri kar dağıtımı yapılmaması ve ayrıca (A) AŞ ve bu şirketin hakim ortaklarının lisans, tedarik sözleşmeleri ve benzeri diğer sözleşmeler üzerinden kar/kazanç transferi yapılarak (B) AŞ’nin kar payı hakkının yok sayıldığı, azaltıldığı ve zarara uğratıldığından bahisle çeşitli davalar yürütmektedir.

Bu verilere bağlı olarak olarak; sermayenin/malvarlığının korunmasına yönelik müesseselerden olan örtülü kazanç aktarımı/transer fiyatlandırmasının Türk Ticaret Kanunu’na (=TK) tabi şirketlerde uygulanıp uygulanmayacağı, TK’daki grup şirket düzenlemesinin buna bir etkisinin olup olmadığı, gruba bağlı şirketler arasındaki bu tür işlemlerin, şirketler topluluğu yapılanması olmadığı hallere göre farklı bir değerlendirme yapılmasını gerektirip gerektirmediği, ***daha da özelde bağlı şirketin halka açık bir ortaklık olması varsayımında*** 6332 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’ndaki (=SerPK) (RG. 30.12.2012/28513) örtülü kazanç aktarımını düzenleyen m.21’in TK hükümleri, TK’daki şirketler topluluğu düzenlemeleri ve özellikle TK 202/1-3 karşısındaki durumu, düzenlemeler arasında normlar arası ilişki sorunlarının incelenmesini gerektirmektedir.

II. Örtülü Kazanç Aktarımına Yönelik Hukuki Altyapı

1. Örtülü Kazanç Aktarımının Anlamı, Yasak İşlem Olma Niteliği

Bir şirketin yönetim, denetim veya sermaye bakımından dolaylı veya dolaysız olarak ilişkili bulunduğu diğer bir teşebbüse veya şahsa emsallerine göre ***bariz şekilde*** farklı fiyat, ücret ve bedel uygulamak, şirketin karını veya malvarlığını azaltıcı işlem-

lerdir. Piyasa değerinin altında mal ya da hizmet satılması yahut tersine mal veya hizmetin piyasa değerinin üzerinde satın alınması, gerçekte şirketin malvarlığını ve pay sahiplerine dağıtılması gereken karı azaltırken, çoğu halde azalan oranda da malvarlığının/şirket karının üçüncü gerçek veya tüzel kişilere doğrudan veya dolayısıyla aktarılması sonucunu doğurur. Bu suretle üçüncü gerçek veya tüzel bir şahsa servet transferi gerçekleştirilir.

Gerçekte sağlanmayan bir hizmet sağlanmış gibi, satılmayan bir mal satılmış gibi gösterildiği için yahut mal ya da hizmete ihtiyaç olmamasına rağmen bunun alınması veya sağlanması, alınan mal veya sağlanan hizmetin emsallerine kıyasla alım veya satıma göre yüksek ya da düşük olması, örneğin, bir markanın gereğinden fazla bir fiyatla lisansa konu edilmesi gibi durumlarda muhataba örtülü bir kazanç sağlandığı, bir servet transfer edildiği içindir ki, uygulama ve özel hukuk öğretisinde bu tür işlemler “örtülü kazanç dağıtımı/aktarımı”, “örtülü kazanç aktarımı *yasağı*” veya vergi hukuku uygulaması ve öğretisinde ise daha ziyade “*servet transferi*” ya da “*transfer fiyatlandırması*” olarak adlandırılır.

Belirtmek isteriz ki, örtülü kazançla ilgili olarak klasik yaklaşımla başlangıçta sadece işlem bazında, bir şirketin doğrudan veya dolaylı ilişkili olduğu bir diğer teşebbüs veya şahsa emsallerine göre **bariz şekilde** fiyat, ücret veya bedel uygulamak olarak adlandırılırken, geline aşamada yasak işlemlerin türleri ve kapsamı genişlediği gibi, bir şirketin muhatap şahıslar karşısında yerine göre pasif kalması, yapması gereken bir eylem veya işlemde bulunmaması, alması gereken bir aksiyonu almaması, hatta giderek ilişkili olan şahısların işlem sürecine farklı görünümde katılarak işlemden haksız nemalanması da örtülü kazanç aktarımı kapsamında değerlendirmeye başlanmıştır¹.

Bu bağlamda ve genişleyen anlamı ile örtülü kazanç dağıtımına, vakıdaki işlemler ve uygulamalar yanında örnek olarak, sınırlı sayıda olmamak üzere şu işlemleri anmak mümkündür:

- Şirket yöneticilere ücret, huzur hakkı ve benzeri adlar altında tanınan mali hakların/ hak tanımı adı altında yapılan sair ödemelerin alışılmışın/mutadın ve emzallerinin üzerinde ve çok yüksek olması,
- Yavru şirkete hakim şirketin ya da hakim şirkete bağlı diğer yavru şirketlerin, yavru şirketçe ihtiyaç duyulmayan mal veya hizmet satmaları,

¹ SerPK m. 21 hükmünün, 2499 sayılı eski SerPK (RG. 30.07.1981/17416) 15/son fıkrasına kıyasla aldığı şekil ve detay, gerekse aynı zamanda önemli bir kısmı örtülü kazanç aktarımı örneği olabilecek TK 202 hükmündeki örneksime yöntemindeki sayılanlar, kavramın gereksiz biçimde genişleyen kazuistik obezitesini göstermektedir. İlkel düzenleme yerine, vergi hukukundan mühlhem ve ayrıca 6362 sayılı SerPK'nın hazırlanmasında Alman Hukukunun etkisiyle bir ölçüde benimsenen kazuistik yöntemin ve Kanunun buna bağlı olarak şişmanlayan kapsamının hukuku sağlıklı olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu yöntemin ayrıca, şirket yöneticilerinin çalışmasını engelleyen ve cesaretlerini kıran yönü de mevcuttur.

- Yavru şirkete hakim şirketin ya da hakim şirkete bağlı diğer yavru şirketlerin bariz yükseltilmiş fiyatlarla mal veya hizmet satmaları,
- Yavru şirkete hakim şirketin ya da hakim şirkete bağlı diğer yavru şirketlerin pazar koşullarından yüksek faizlerle kredi kullandırması, borç vermesi,
- Yavru şirkete yapılan yer tahsisi, kira ve benzeri işlemlerin pazar koşullarının üzerinde fiyatlarla yapılması,
- Ana şirketin yavru şirkete, örneğin bir markasını çok yüksek bedelle kullan-dırma temelli bir sözleşme ile kullandırması,
- Rekabet ve ihale mekanizmasını işletmeden veya göstermelik olarak işleterek ya da buna ihtiyaç dahi duymadan hammadde veya ihtiyaç kalemlerinin sü-rekli aynı yerden ve tek elden/tek el üzerinden alınması,
- Aynı konum ve şartlarda bulunan ve asgari koşullarda eşit davranılması ge-reken müşterilerden bazılarına, örneğin, regüle bir farklı fiyat uygulanması, giderek müşterilerin temerrüdüne bağlı olarak adil olmayan farklı işlemler ya-pılması, biri dava ve takip edilirken diğeri hakkında hukuki takibat yapılma-ması²,
- Objektif şartlar yok iken ilişkili bulunan bir kişi lehine, örneğin, bir alım veya ihaleden çekilme,
- Örneğin, bir ithalat veya ihracat işleminde, sürece işlem veya şahıs bazında *işlevsiz* biçimde dahil olunması (ithalat veya ihracat sürecine hiç bir katkısı bulunmayan süjelerin dahil edilmesi) ve bu suretle maliyetin artırılması³,

² Örneğin, regüle bir piyasada faaliyet gösteren aktörlerden olan bir şirketin, hizmetinden yararlan-an tüm şirketlere düzenleyici kurum tarafından belirlenen bir hizmet bedeli oranı uygularken, buna uymayan veya uymadığı için biriken hizmet bedelleri için bazı şirketlere dava veya tahkim yoluyla etkin hukuki tedbirlere başvurmaması, ancak kendisine hakim olan şirketin gerçek kişi or-taklarının ortak olduğu bir şirkete herhangi bir takibatta bulunmaması, buna mukabil, yıllarca biriken bedelin yasal olarak takibi zorunluluğu doğduğu durumda da talep etmesi gereken top-lam bedel ile ilgili olarak pazarlık yoluna gitmesi ve iskonto yapmaması örtülü kazanç aktarımı olarak değerlendirilebilir bir uygulamadır. Bu tür bir harekette, basiretli ve dürüst bir tacir ola-rak yapılması gereken bir hareketin, faaliyetin yapılmaması ya da muhatapların eşit şartlara tabi tutularak yapılması gerekenin yapılmaması ve dolayısıyla geniş anlamda kazanç kaybına sebep olunması durumu söz konusudur.

³ Örneğin, ithalat yoluyla bir satın alma işleminde, bir dış ticaret şirketi üzerinden yapılan ka-ğıt ithalatında, **hiçbir ekonomik ve haklı bir sebep olmaksızın araya ikinci bir şirketin gir-mesi, faturalandırma sürecine dahil olması durumunda, kağıt ve baskı malzemesi maliyet miktarının artması, araya giren şirketin ortaklarının ithalatı yapan şirketin birlikte veya ayrı ayrı hakim ortakları olması durumuyla ilgili olarak Yargıtay 7. Ceza Dairesi bu ikinci araçların varlığının, satın alma politikası açısından makul, bir sebebe dayanmaması sebe-biyle işlemde örtülü kazanç aktarımı görmüştür.** Yargıtay 7. Ceza Dairesi'nin, 2011/12736 E., 2012/8459 K. nolu İstanbul 7. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 06/07/2011 tarih ve 2010/1043 E. ve 2011/826 K. nolu kararı hakkındaki değerlendirmesi şöyledir: "yapılan incelemede; 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 15/son madde fıkrasında "....." hükmü bulunmakta olup, anılan yasanın 47/A-6 madde fıkrası uyarınca da "Bu kanunun 15 inci maddesinin son fıkrasında

belirtilen işlemlerde bulunarak karı veya mal varlığı azaltılan tüzel kişilerin yetkilileri ve bunların fiillerine iştirak edenler ..." in cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır.

Kanun metninden anlatılacağı üzere, "örtülü işlem" kanunda açıkça tanımlanmamış, ancak, "... emsallerine göre bariz şekilde farklı fiyat, ücret ve bedel uygulamak gibi örtülü işlemler..." ifadesi kullanılarak örtülü işlemlere örnek verilmiştir. Bu şekilde *örnekleme yoluyla sayma yöntemi, örtülü işlemlerin yalnızca emsallerine göre bariz şekilde farklı fiyat tespit edilmesi halinde suç olarak kabul edilebileceği algısını ortadan kaldırdığı gibi*, böyle bir ilişki olmasaydı hiç yapılmayacak veya farklı bir şekilde yapılacak olan muvazaalı işlemlerin de bu madde kapsamında suç olarak değerlendirilmesini mümkün hale getirmiştir. Başka bir anlatımla, ilişkili şirketlerle yapılan işlemlerde sadece emsallenden bariz şekilde farklı fiyat uygulanması değil, normal şartlarda yapılmayacak olan bir işlemin, sırf aradaki ilişkinin/bağlantının varlığından ötürü yapılması halinde de bu madde kapsamında suç olarak değerlendirilmesini gerektirecektir.

Anılan madde hükmü dikkate alındığında, ilişkili şirketlerle yapılan ve halka açık anonim ortaklığın karını ve/veya mal varlığını azaltan her türlü örtülü/muvazaalı işlemin bu madde kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, "emsallerine göre bariz şekilde farklı fiyat, ücret ve bedel uygulamak" tabirinin yasada yazılı sınırlayıcı olmayan örtülü işlem örneklerinden biri olduğu, bu sebeple örtülü işlemin fiyat farklılığından başka bir şekilde gerçekleşmesi durumunda "emsallerine göre bariz şekilde farklı fiyat ..." in suçun unsuru olarak kabul edilmesine imkan bulunmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

Dosyadaki tüm bilgi ve belgeler incelendiğinde; (...) grubu bünyesinde bulunan ve halka açık anonim ortaklık statüsünde olan (...) A.Ş. ve (...) A.Ş. nin gazete kağıt ve baskı malzemesi ihtiyacı için ithalatı gerçekleştiren yine (...) grubu bünyesinde bulunan (...) Dış Ticaret A.Ş. (1997-2007 dönemi) ile (...) A.Ş. (2006-2007 dönemi)'nin bu alımları bir çok kez doğrudan üretici/satıcı firmalar yerine, (...) grubunun/alesinin sahibi olduğu/kontrolü altında bulundurduğu, off-shore ülkelerde kurulu olan ve yine (...) grubunda fiili olarak görev yapan kişilerin yönetici olarak görüldüğü, personeli ve müstemilatı olmaması sebebiyle herhangi bir operasyonel yetkisi bulunmayan, ithalat sürecine fiili olarak herhangi bir katkısı olmayan ve bir katma değer yaratmayan off-shore şirketler (S. Ltd. ve Sh. Ltd.) gereksiz yere aracı kılınarak üretici/satıcı birim fiyatlarından daha yüksek bedellerle ithal edilmesi neticesinde halka açık anonim ortaklıklar olan (...) ve (...) nin karının/mal varlığının azaltıldığı anlaşılmaktadır.

Somut olayda, gazete kağıdı ve baskı malzemesi alımı/ithalatı işlemlerinde, (...) grubunun kontrolünde olan, dolayısıyla halka açık anonim ortaklıklar (...) ve (...) ile ilişkili olan yun dışında kurulu iki şirketin, ikinci bir aracı olarak dolaylı işlemler için kullanıldıkları ve örtülü/muvazaalı işlemler ile halka açık şirketler olan (...) ve (...) nin karının/mal varlığının azaltılarak, örtülü kazanç aktarımı yapıldığı anlaşılmaktadır.

Burada, emsallerinden bariz şekilde farklı fiyat uygulanması hususu aranmayacaktır. Çünkü, normal şartlarda bu off-shore şirketler, (...) grubunun/alesinin kontrolü altında/ilişkili olmasaydı hiçbir şekilde ithalata dahil edilmeyeceklerdi. Dolayısıyla, halka açık anonim şirketler olan (...) ve (...) den (...) grubuna/alesine kaynak aktarımını gizlemek amacıyla ithalat sürecine hiç bir katkısı bulunmayan off-shore şirketlerin dahil edilmesi Sermaye Piyasası Kanunu 15 madde fıkrası kapsamında başlı başına yeterli örtülü/muvazaalı bir işlemdir. Kaldı ki bu örtülü işlemler sonucunda (...) grubu/alesi lehine fakat, halka açık anonim ortaklıklar olan (...) ve (...) aleyhine olarak aktarılan miktarların büyüklüğü dikkate alındığında, normal şartlarda hiçbir şekilde yapılmayacak olan bu işlemlerin, aradaki ilişki/bağlantı nedeni ile yapılması emsallere göre bariz farklılığı da ortaya koymaktadır.

Tüm bu anlatılanlar ve dosya kapsamına göre; sanıkların üzerlerine atılı bulunan suçun maddi ve manevi unsurlarının gerçekleştiği ve atılı suçun sanıklar tarafından işlendiği sabit olduğu halde, mahkemeye sunulan 17.05.2011 tarihli bilirkişi heyet raporunun çoğunluk görüşüne göre; "halka açık anonim şirketin faaliyetine yönelik ihtiyaç malzemelerin[in] ilk elden üretici firmalardan temini yerine, bahsi geçen şirket hissedarları ile irtibatlı off-shore firmalarına kazanç aktarmak suretiyle temin edildiği, eylemin halka açık anonim ortaklığın mal varlığını normale göre azaltıcı

Açıktır ki, örtülü kazanç dağıtımı grup şirketlerde, yavru şirketlerin sermayesinin artmasını engeller. Şöyle ki; eğer yavru şirket, hakim şirket ya da hakim şirkete bağlı diğer yavru şirketlerle pazar koşullarında, yani halihazırda yapılmış olanlardan daha ucuza işlemler yapıyor olsaydı, pasifi daha az olacak, dolayısıyla safi karı artacaktı. Safi karın artması ise, pay sahiplerinin daha fazla kar payı alması, daha sonra ayrılacak ihtiyat akçelerinin, yedek akçelerin artması anlamına gelmektedir. Bu akçelerin eklenmesinin şirketin öz sermayesini artıracığı açıktır. Bunun önemi özellikle, hakim şirketteki ortaklık yapısı ile yavru şirketlerdeki ortaklık yapısının aynı olmadığı, yavru şirketlerde hakim şirket veya şahsa yakın olmayan pay sahiplerinin/azınlık pay sahiplerinin bulunmasında özel önem arz etmektedir. Zira bu vakiada olduğu üzere ya da benzer bir çok uygulamada, azınlık pay sahiplerinin hiç veya uzun süre kardan pay alamamaları söz konusu olmaktadır.

Örtülü kazanç aktarımı işlemlerinin, Kanunlarda açık bir düzenleme olsun veya olmasın yasak olduğu, yasaklayıcı bir kanun hükmüne aykırılık sebebiyle bu tür işlemlere hukuken yerine göre kısmen veya tamamen **butlan yaptırımının gündeme geleceği veya örtülü kazanç aktarımının başta** temsil yetkisinin kötüye kullanılmasının özel bir görünümü niteliği taşıdığı durumlar olmak üzere belirli şartlarda **iptal müeyyidesinin söz konusu olabileceği, yapanların sorumluluğuna gidileceği, giderek cezai sonuçlarını olması gereği açıktır.** Geçersizlik müeyyidesinin, şartların oluşması durumunda bu tür işlemlere temel oluşturan genel kurul veya yönetim kurulu kararları bakımından da gündeme gelebileceği kuşkusuzdur.

Genel bir yaklaşım ile belirtmek gerekirse, bağlı bir şirket bünyesinde **belirli bir yöntem dahilinde yapılacak bu tür işlemlerle kârı yanında, mal varlığı da azaltılır.** Görünürde ilk temettü kazancına yansımakla birlikte, **esasen sorun** temettüden çok **“mal varlığının (sermayenin) korunması” genel ilkesi** çerçevesinde ele alınması gereken bir sorundur. Örtülü kazanç aktarımının yasaklanması ile esasen geniş anlamda **anonim şirketin mal varlığı korunmaktadır, son tahlilde ve özelde de yıllık kar miktarının örtülü işlemlerle azaltılmasının önüne geçilerek pay sahiplerinin, özellikle de azınlıkta kalanların yeterli ve gerekli oranda kâr payı almaları sağlanır.**

Ayrıca belirtmek gerekir ki, “örtülü kazanç aktarımı”nın varlığının tespiti, esasında, işlemi gerçekleştirenlerin kendilerine duyulan güveni kötüye kullandıklarını da gösterir. Zira anonim ortaklık yöneticileri ve hatta kontrol sahiple-

bir mahiyet taşıdığı, suçun maddi unsurunun işlemin yapıldığı anda tamamlandığı ve emsallerine göre bariz şekilde farklı fiyat unsurunun da gerçekleştiği” belirtilmiş olmasına rağmen, yasal ve yeterli olmayan azınlık görüşüne itibar edilerek, emsallerine göre bariz şekilde farklı fiyat veya bedel uygulandığı yönünde delil bulunmadığı ve atılı suçun unsurlarının oluşmadığı gerekçe gösterilerek atılı suçun unsurlarında yanılgıya düşülmek suretiyle sanıkların mahkumiyetleri yerine yazılı gerekçelerle beraatlerine karar verilmesi, Yasaya aykırı olup... BOZULMASINA, ...oybirliğiyle karar verildi.”

ri, kendilerine ait olmayan bir mal varlığını, özel bir hukuki ilişki çerçevesinde, ekonomik veya hukuki açıdan, başkaları adına yönetmekte ve işletmektedirler. Bu sebeptendir ki, **kendilerine emanet edilen bu mal varlığını, kendi şahsi çıkarları doğrultusunda kullanmamaları gereği,** temel bir hukuk prensibi niteliğindedir.

2. Hukuki Altyapı ve Tarihi Süreci, Düzenlemelerin Amacı

a) Örtülü kazanç dağıtımının **şirketler hukuku ve vergi hukuku** olmak üzere iki boyutu vardır. Konu şirketler hukuku bakımından ise, kapalı (TTK'ya tabi) ve halka açık şirketler (SerPK'ya tabi) bakımından ayrı ayrı düşünülmek durumundadır.

b) Devlet olmanın bir gereği ve hassasiyeti sebebiyle, diğer bir çok müessese gibi [yeniden yapılanma (bölünme, birleşme) uygulamaları gibi ...] örtülü kazanç aktarımı konusu da öncelikle vergi hukuku alanında gündeme gelmiş ve vergi mevzuatında düzenlenmiştir. Bunun doğal sonucu olarak da Türkiye'de, örtülü kazanç dağıtımı Yargıtay da dahil olmak üzere tüm bileşenler tarafından şimdiye kadar daha ziyade vergi hukuku boyutunda tartışılmıştır. Kurumlar Vergisi Kanununun 13 üncü maddesine göre, kurumlar, ilişkili kişilerle (örneğin, gruba bağlı şirketlerle veya hakim şirket ile) karşılaştırılabilir veya emsal fiyatlar üzerinden işlemler yapmalıdır. Farklı fiyatlara işlem yapılmış olması halinde, kural olarak vergi matrahı düzeltilerek, yeni matrah üzerinden vergi tahakkuk ettirilir. Vergi hukuku zaviyesinden örtülü kazanç dağıtımı, şirket kazancının vergilendirilmeden şirket dışına aktarılmasını ifade etmektedir. Dolayısıyla örtülü kazanç dağıtımı vergi kaybına yol açtığı için Vergi Hukukunda arzu edilmemekte, kontrole tabi tutulmaktadır ⁴.

⁴ Örtülü kazanç aktarımı KVK'nın 13 üncü maddesinde "*Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı*" başlığı altında şöyle düzenlenmektedir. Düzenleme vergiye ve verginin tahsiline yöneliktir; bir maddi hukuk düzenlemesi değildir.

"(1) Kurumlar, ilişkili kişilerle emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak tespit ettikleri bedel veya fiyat üzerinden mal veya hizmet alım ya da satımında bulunursa, kazanç tamamen veya kısmen transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılmış sayılır. Alım, satım, imalat ve inşaat işlemleri, kiralama ve kiraya verme işlemleri, ödünç para alınması ve verilmesi, ikramiye, ücret ve benzeri ödemeleri gerektiren işlemler her hal ve şartta mal veya hizmet alım ya da satımı olarak değerlendirilir.

(2) İlişkili kişi; kurumların kendi ortakları, kurumların veya ortaklarının ilgili bulunduğu gerçek kişi veya kurum ile idaresi, denetimi veya sermayesi bakımından doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunduğu ya da nüfuzu altında bulundurduğu gerçek kişi veya kurumları ifade eder. Ortakların eşleri, ortakların veya eşlerinin üstsoy ve altoyu ile üçüncü derece dahil yansoy hısımları ve kayın hısımları da ilişkili kişi sayılır. Kazancın elde edildiği ülke vergi sisteminin, Türk vergi sisteminin yarattığı vergilendirme kapasitesi ile aynı düzeyde bir vergilendirme imkânı sağlayıp sağlamadığı ve bilgi değişimi hususunun göz önünde bulundurulması suretiyle Bakanlar Kurulunca ilan edilen ülkelerde veya bölgelerde bulunan kişilerle yapılmış tüm işlemler, ilişkili kişilerle yapılmış sayılır.

(3) Emsallere uygunluk ilkesi, ilişkili kişilerle yapılan mal veya hizmet alım ya da satımında uygulanan fiyat veya bedelin, aralarında böyle bir ilişkinin bulunmaması durumunda oluşacak fiyat veya bedele uygun olmasını ifade eder. Emsallere uygunluk ilkesi doğrultusunda tespit edilen

c) Bunun yanında vergi mevzuatını takiben sermaye piyasası mevzuatına da baktığında, örtülü kazanç aktarımına kanunun amacı gereği özel bir önem verilmekte ve ayrıca vergi mevzuatındaki parametrelerden ayrı olarak bir maddi hukuk düzenlemesi yapılmakta, daha sonra da buna müeyyide şeklinde hukuki ve cezai sonuçlar bağlanmaktadır. Nitekim bu bağlamda mevzuatımızda da, SerPK'nun amacını ve kapsamını belirleyen maddelerde **sermaye piyasasının işleyişinin güvenceye alınması ve özellikle tasarruf sahiplerinin haklarının ve menfaatlerinin korunması** amacıyla özellikle vurgu yapılmaktadır. Sermaye piyasası mevzuatına tabi olan anonim ortaklıkların yönetsel suiistimalleri sebebiyle, özellikle kontrolün dışında kalan azınlık pay sahiplerinin, bir başka deyişle sermaye piyasası yatırımcısı olan tasarruf sahiplerinin uğrayabilecekleri zararların önlenmesi, SerPK'nın öncelikli amacı ve bu kapsamda SPK'nın da en önde gelen görev ve yetkilerindendir.

Anonim ortaklık azınlık pay sahiplerinin maruz kalabilecekleri hak ihlalleri arasında, **şirket kaynaklarının şirket tüzel kişiliğinin ve tüm pay sahiplerinin menfaatine olmayacak bir şekilde kullanılması suretiyle, şirketin mal varlığı toplamının azaltılması, böylelikle pay sahiplerinin/tasarruf sahiplerinin ellerindeki hisse senedi şeklindeki menkul kıymetlerin değerinin düşmesi veya alabilecekleri temettü miktarının azalması en önde gelen konudur.**

fiyat veya bedellere ilişkin hesaplamalara ait kayıt, cetvel ve belgelerin ispat edici kâğıtlar olarak saklanması zorunludur.

(4) Kurumlar, ilişkili kişilerle yaptığı işlemlerde uygulayacağı fiyat veya bedelleri, aşağıdaki yöntemlerden işlemin mahiyetine en uygun olanını kullanarak tespit eder:

a) Karşılaştırılabilir fiyat yöntemi: Bir mükellefin uygulayacağı emsallere uygun satış fiyatının, karşılaştırılabilir mal veya hizmet alım ya da satımında bulunan ve aralarında herhangi bir şekilde ilişki bulunmayan gerçek veya tüzel kişilerin birbirleriyle yaptıkları işlemlerde uygulayacağı piyasa fiyatı ile karşılaştırılarak tespit edilmesini ifade eder.

b) Maliyet artı yöntemi: Emsallere uygun fiyatın, ilgili mal veya hizmet maliyetlerinin makul bir brüt kâr oranı kadar artırılması suretiyle hesaplanmasını ifade eder.

c) Yeniden satış fiyatı yöntemi: Emsallere uygun fiyatın, işlem konusu mal veya hizmetlerin aralarında herhangi bir şekilde ilişki bulunmayan gerçek veya tüzel kişilere yeniden satılması halinde uygulanacak fiyattan, makul bir brüt satış kârı düşülerek hesaplanmasını ifade eder.

ç) Emsallere uygun fiyata yukarıdaki yöntemlerden herhangi birisi ile ulaşma olanağı yoksa mükellef, işlemlerin mahiyetine uygun olarak kendi belirleyeceği diğer yöntemleri kullanabilir.

(5) İlişkili kişilerle yapılan mal veya hizmet alım ya da satımında uygulanacak fiyat veya bedelin tespitine ilişkin yöntemler, mükellefin talebi üzerine Maliye Bakanlığı ile anlaşarak belirlenebilir. Bu şekilde belirlenen yöntem, üç yılı aşmamak üzere anlaşmada tespit edilen süre ve şartlar dahilinde kesinlik taşır.

(6) Tamamen veya kısmen transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılan kazanç, Gelir ve Kurumlar Vergisi kanunlarının uygulamasında, bu maddedeki şartların gerçekleştiği hesap döneminin son günü itibarıyla dağıtılmış kâr payı veya dar mükellefler için ana merkeze aktarılan tutar sayılır. Daha önce yapılan vergilendirme işlemleri, taraf olan mükellefler nezdinde buna göre düzeltilir. Şu kadar ki, bu düzeltmenin yapılması için örtülü kazanç dağıtan kurum adına tarh edilen vergilerin kesinleşmiş ve ödenmiş olması şarttır.

(7) Transfer fiyatlandırması ile ilgili usûller Bakanlar Kurulunca belirlenir.”

Anonim ortaklık uygulamasında sıklıkla karşılaşılan şirketin, kontrolü elinde bulunduran kişi veya grubun şahsi menfaatleri doğrultusunda yönetilmesinden kaynaklanan sorunların önlenmesine yönelik olarak Ticaret Kanunu'nda yer alan yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin kurallar veya Türk Ceza Kanunu'nda bulunan "güveni kötüye kullanma" düzenlemelerinin tek başına yeterli olmadığı, etkin sonuçlar doğuran farklı hukuki taleplere imkan veren başka mekanizmaların özel hükümlerle veya genel hükümlerden hareketle getirilmesi gereği açıktır.

Nitekim tüm bu ihtiyaçlar sebebiyledir ki, **eski SerPK. m. 15/son hükmü** "örtülü kazanç aktarımı"na ilişkin ilk düzenleme olarak bu özel kurallar arasında yer almıştır. Hüküm uyarınca, "*Halka açık anonim ortaklıklar; yönetim, denetim veya sermaye bakımından **dolaylı veya dolaysız** olarak ilişkili bulunduğu diğer bir teşebbüs veya şahısla emsallerine göre bariz şekilde farklı fiyat, ücret ve bedel uygulamak gibi **örtülü işlemlerde bulunarak karını ve/veya mal varlığını azaltamaz.***" Hüküm açıklıkla, **anonim ortaklıktaki kontrol dışında kalan pay sahiplerinin haklarını ve menfaatlerini, özel bir yönetsel uygulamaya (grup şirketler/ilişkili kişiler ile yapılan işlemlere) karşı korumaktadır.**

d) Görüldüğü üzere, örtülü kazanç dağıtımı Vergi Hukukunda olduğu gibi, Şirketler Hukukunda da arzu edilmemektedir. Örtülü kazanç aktarımı şirketler hukukunda özellikle arzu edilmez; zira, Şirketler Hukukuna hakim olan "*Sermayenin Korunması İlkesi*" gereği, şirket sermayesinin artmasının engellenmemesi ya da azalmasına yol açılmaması gerekmektedir. Şirketin sermayesi, o şirketin alacaklılarının ve dolaylı yoldan da olsa (örneğin tasfiye değeri gibi) hissedarlarının güvencesi niteliğindedir. Ayrıca şirket sermayesi arttıkça, şirketin kredibilitesi de artmakta ve şirket işlem hacmini, yatırım kapasitesini artırabilmektedir. Nitekim bunun somut ve açık ilk pozitif hukuk göstergesini anonim şirketin bir alt tipi olarak düzenlenen halka açık anonim ortaklıklar bakımından eski SerPK m. 15/son hükmünde görmekteyiz.

Ancak, eski SerPK m.15/son hükmü, uygulamadaki süreçte amaçlanan ihtiyaçları karşılamakta yetersiz kalmıştır. Kanun koyucu, uygulamadaki kötüye kullanım örneklerini de dikkate alarak, SerPK'nın 21 inci maddesinde konuyu daha geniş bir açıdan düzenleme yolunu tercih etmiştir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, eski SerPK m. 15/son hükmü klasik yaklaşımı yansıtırken, yani çerçeveyi bir şirketin doğrudan veya dolaylı ilişkili olduğu bir diğer teşebbüs veya şahsa emsallerine göre **bariz şekilde** fiyat, ücret veya bedel uygulaması şeklinde çizerken, gelinen aşamada SerPK'nın 21 inci maddesi ile neredeyse kazuistik bir yöntem belirlenmiş, yasak işlemlerin türleri ve kapsamı genişlediği gibi, bir şirketin anılan şahıslar karşısında yerine göre pasif kalması, yapması gereken bir eylem veya işlemde bulunmaması, alması gereken bir aksiyonu almaması, hatta giderek ilişkili olan şahısların işlem sürecine katılarak işleminden haksız nemalanması da örtülü kazanç aktarımı kapsamında değerlendirmeye başlanmıştır.

e) Örtülü kazanç dağıtımı, TK'ya tabi şirketler bakımından, bu isimle olmasa da TBMM'de 13/01/2011 tarihinde kabul edilen ve 01/07/2012'de yürürlüğe giren yeni Ticaret Kanunumuzun 202. (şirket nezdinde tazminbakımından) ve 206. (alacaklılar nezdinde tazmin bakımından) maddeleri üzerinden, şirketler topluluğuna özgü olarak bir yasal düzenlemeye kavuşmuştur. Anılan maddeler, hakim şirketin yavru şirketler üzerindeki hakim konumunu hukuka aykırı bir biçimde kötüye kullanmasını düzenler. Buna göre hakim şirket, talimatla veya talimatsız yavru şirketlerin kaybına yol açmışsa, bu kaybı yavru şirketler nezdinde denkleştirme ya da tazmin zorunda kalacaktır. Bu maddelere göre tazmin davası, yavru şirket hissedarları ve alacaklılar tarafından da açılabilecektir. Hissedarlar, şirketin zarara uğraması haricinde şahsi zararları olmuşsa, bu zararlarının tazminini de hakim şirketten isteyebilecektir.

Madde genel anlamda Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu (=AktG) madde 311 ve 317'den esinlenmiştir. Almanya uygulaması da örtülü kazanç dağıtımını bu madde altında ele almaktadır ⁵.

Örtülü kazanç dağıtımı, İsviçre'de de öncelikli olarak vergi hukuku penceresinden ele alınmaktadır. Ancak İsviçre ve Almanya'da konuya ilişkin yasal zeminin olması, bu konuda teorinin gelişmesine faydalı olmuştur.

İsviçre'de örtülü kazanç dağıtımı, İsviçre Borçlar Kanununun 678. maddesinin II. fıkrasında ele alınmıştır ⁶. Düzenlemenin özünde, "*Sermayenin Korunması İlkesi*" bulunur. Şirketler topluluğu düzleminde ele alındığında anılan maddeye göre, *yavru şirket, hakim şirket veya ona bağlı şirketlerle yaptığı işlemler karşılığı hiç ya da uygun bir bedel alamadıysa ya da bu işlemleri grup dışı üçüncü kişilerle yapması halinde daha uygun bedeller elde edecek idiyse, bu takdirde örtülü kazanç dağıtımından söz edilir*. Örtülü kazanç dağıtımının kabulünde emsal bedeller ile alınan bedeller arasında bulunan farkın büyüklüğüne ve yavru şirketin mali durumuna bakılır. Son şart, yavru şirketin iflasın eşiğinde olması anlamında değildir ve doktrinde de eleştirilmektedir. Bu şart daha çok, alacaklıların çokluğu, borçların fazlalığı, dolayısıyla sermayenin alacaklılara karşı sorumluluk temelinde erimiş olmasını kasteder.

İsviçre'de hakim görüş, örtülü kazanç dağıtımına ilişkin işlemlerin yasada öngörülen yedek akçe, ihtiyat akçesi miktarlarına ve bunlar ile kar dağıtımına ilişkin yine yasada öngörülen usullere aykırılık yarattığı, bu aykırılığın iade borcu doğurduğu

⁵ Beschluss des Gerichtshofs (Vierte Kammer) vom 10. Mai 2007 in der RS C-492/04. Alman Hukuku'nda şirketler topluluğu oluşturmaksızın hakimiyetin kullanıldığı hallerde hakim ortağın örtülü kazanç aktarımı dolayısıyla tabi olduğu iade borcu ise Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu m. 57'de ifadesini bulan pay bedelinin iadesi yasağına dayandırılmaktadır. Bkz. **Uwe Hüffer**, § 57, Aktiengesetz, 10. Auflage, München 2012, N. 8 vd.

⁶ Burada da İsviçre kanun koyucusu konuyu şirketler topluluğu oluşturmeyen halleri de kapsayacak bir biçimde düzenlemiş bulunmaktadır.

yönündedir. Burada iade borcu aslen kanundan doğmaktadır. Ancak dogmatik temeline bakıldığında işlemin yasanın emredici ilkelerine aykırılığı, yasak işlem olması nedeniyle butlanı sebepsiz zenginleşmenin ve dolayısıyla iade borcunun kaidesini teşkil eder ve yine ticaret hukukuna hakim “işlemin ayakta tutulması” prensibinden hareketle butlan yaptırımı işlemin tamamına değil, emsali aşan kısmına sirayet ettirilir (Karşl. TK. 1530/1). Hukuk metodolojisi bakımından kullanılan yöntem “*geltungserhaltende Reduktion*” olarak ifade olunmaktadır. Bir diğer ifadesiyle işlem hukuki geçerlilik kazanacağı ölçüde hakim tarafından düzeltilmektedir. İsviçre öğretisinde Kurer⁷ ve Behnisch⁸ ise, örtülü kazanç dağıtımı işlemlerinin tamamının butlanla malul olduğunu ileri sürerler. Dayanak noktaları ise, İsviçre Borçlar Kanunu 706 b maddesidir. Buna göre, sermayenin korunmasına ilişkin yasada öngörülen hükümler emredici niteliktedir ve bunlara aykırı alınan yönetim kurulu ve genel kurulu kararları geçersizdir.

3. Sorunun Yürürlükteki TK’ya Tabi Şirketler Bakımından Değerlendirilmesi

Bu noktada özellikle belirtmek isterim ki, mer’i TK’da Alman ve İsviçre Kanunları ve SerPK’da olduğu gibi açık düzenlemelerin yokluğu, TK’ya tabi şirketler bakımından, örtülü kazanç aktarımının yapılması işlemine hukuki ve cezai sonuçların bağlanamayacağı, daha da önemlisi grup şirket yapısında hakim şirket-bağlı şirket ilişkisinde örtülü kazanç nitelikleme ve uygulamasına, TK 202 ve 206 hükümlerinden hareketle giderek *farklı* hukuki veya cezai müeyyide tatbiki imkanının bertaraf edildiği anlamına gelmez.

a) Örtülü Kazanç Aktarımına Bağlı Taleplerin TK 202 ve 206 Hükümü Karşısında Değerlendirilmesi

Kanaatimizce, TK 202 hükmü esasen örtülü kazanç teşkil eden, bağlı şirketi zarara uğratacak işlemlere cevaz vermiş, hukuka uygun saymış değildir. Kural, TK 202/1 a hükmü uyarınca, hakim şirketin hakimiyetini bağlı ortaklığı kayba (=örtülü kazanç aktarımının özel anlamı sebebiyle bu kavramdan daha geniş bir kavram) uğratacak şekilde kullanamayacağıdır; bu tür bir kullanım esasen ve doğrudan, başlangıçtan itibaren hukuka aykırıdır. Nitekim TK 202, TK 203 vd. hükmü ile birlikte okunduğunda ifade olunan bu husus daha da açık bir hal almaktadır. Kanun 203

⁷ **Kurer Peter**, Kommentar zum Schweizerischem Privatrecht, Obligationenrecht II, Basel/Frankfurt a.M. 1994, N. 34 zu OR 678. (von **Büren, Roland**, Der Konzern, Schweizerisches Privatrecht, VIII. Bd., 6. Hb., Basel/Frankfurt a.M. 1997, s. 158’den naklen)

⁸ **Behnisch Urs**, Verdeckte Gewinausschüttungen und Steuerstrafrecht, Der Schweizer Treuhaender 1993, S. 380 (von **Büren, Roland**, Der Konzern, Schweizerisches Privatrecht, VIII. Bd., 6. Hb., Basel/Frankfurt a.M. 1997, s. 158’den naklen).

vd. maddelerinde kayba uğratacak işlemleri bir tam hakimiyet halinde dahi, alacaklıları göz önünde bulundurarak hukuka aykırı saymakta, denkleştirme ve devamlı tazminat yükümü öngörmektedir; tam hakimiyet halinde değişen tek husus, kayba sebebiyet veren talimatları takip eden bağlı şirket yönetim kurulunun sorumluluğuna gidilememesi olmaktadır. Ancak, TK 202 hükmünde, AktG 311 hükmü dolayısıyla Alman Hukuku'nda yapılan kimi bazı yorumların aksine⁹ süresi içinde ve yasadaki şartlara uygun denkleştirme veya denk talep hakkı tanınması ile bu hukuka aykırılığın giderilebileceğine ilişkin özel, sınırlı ve sadece bağlı şirketlerle yapılan işlemlere özgü bir imkan tanınmıştır. Bu imkan esasen, süje ve işlem bazında sınırlanarak belirlenen kayba uğratan işlemlerin örtülü kazanç niteliğinde işlemler olma vasfını değiştirmemektedir.

Kaldı ki, soruna maddi hukuk zaviyesinden değil de usul hukuku açısından bakmak da mümkündür: Sorun bir hukuka aykırılık veya hukuka uygunluk sebebi olmayıp, *söz konusu olan dava hakkının/imkanın tehiri* şeklinde de değerlendirilebilir. Dava imkanı doğduğunda (denkleştirmenin yapılmadığı veya denk istem hakkının tanınmadığı durumlarda) ise, TK 202 ve 206 hükümlerinde pay sahipleri ve alacaklılar bakımından, özel ve özgü maddi hukuk talepleri, dava ve takip imkanı tanınmış bulunmaktadır.

Ancak, bunun haricinde grup şirket yapısında, grup içi veya dışı hizmetlerde, hizmet fiilen sağlanmamışsa, hizmeti alan şirket/şirketlerin söz konusu hizmete ihtiyacı yoksa, hizmetin alınmış olması halinde hizmet bedeli emsallere uygunluk ilkesine uygun değilse, yapılan işlemin şirketin malvarlığını azalttığı, pay sahiplerinin müktesep kar payı hakkının ihlal edildiği açıktır. Denkleştirme sağlanmadığı veya denk istem hakkı tanınmadığı veya bunların maddi hukuk ve usul hukukuna uygun sağlanmadığı ölçüde **bu işlemlerin yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu doğuracağı, ayrıca cezai müeyyideye bağlı olacağı da kuşkusuzdur**. Şüphesiz yapılan bu işlemler sebebi ile TK'daki klasik dava türü olarak pay sahiplerinin haklarının doğrudan veya şirket üzerinden korunması amacıyla sorumluluk davası da açılabilir.

Bu klasik enstrümanlar dışında, şirket malvarlığının korunması prensibin-

⁹ Alman Hukuku'nda anılan 311. maddenin yorumu hususu tartışmalıdır. Tartışmanın görülebileceği kadarıyla iki tarafı bulunmaktadır. Fiili şirketler topluluğunun daha geniş bir biçimde uygulanması taraftarı olan yazarlar anılan hükmü şu şekilde okumak eğilimindedir: "Denkleştirme yapıldığı sürece bağlı şirket kayba uğratılabilir". Diğer taraftan basit bir hakimiyet ilişkisinin kısıtlı ve münferit işlemler dolayısıyla, yani sistematik olmayan bir etki imkanı vermesi gerektiğini düşünen yazarlar anılan hükmü şu şekilde anlamak eğilimindedir: "Hakim şirket, bağlı şirketi kayba uğratabilir; uğratırsa süresi içerisinde kaybı denkleştirmek durumundadır; denkleştirmede hallerde ise tazminat davalarının muhatabı olur". Görülebileceği kadarıyla anılan son görüş Alman Hukuku'nda ağırlık kazanmış bulunmaktadır. Örnek kabilinden bkz. **Habersack**, AktG 311, **Emmerich/Habersack**, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 7. Auflage 2013, N. 9; **Altmeppen**, AktG 311, MüKo zum Aktiengesetz, 4. Auflage 2015, N. 405 ve **Bödeler**, AktG 311, **Henssler/Strohn**, Gesellschaftsrecht, 2. Auflage 2014, N. 36.

den hareketle, genel kurul ve/veya yönetim kurulu kararlarının butlanı veya iptali İsviçre Uygulaması başlığı altında belirtilen Kurer ve Behnisch görüşü üzerinden söz konusu olabilir¹⁰. Şüphesiz giderek **yapılan işlemin yokluğunun ve batıl olduğunun tespiti, iptalinin de gündeme gelebileceği, esasen ve akabinde örtülü kazanç aktarımı suretiyle malvarlığı azalan şirkete iadenin (talebe veya olaya göre tümüyle ve kayıp miktarında) söz konusu olacağı, genel hükümlerin ve TK'nın buna imkan verdiği de açıktır. İade talebi şüphesiz talebe ve ispata bağlı olarak** mahkemece yersiz görülecek işlemlerin yapılmamış ya da yerinde olan işlemlerin pazar koşullarında yapılmış olması halinde ortaya çıkacak farkı anılan şirketlere iadesi şeklinde olacaktır.

Özellikle grup şirket yapılanması fiili hakimiyet yerine **“ortaklar arası sözleşme”** kapsamında gerçekleşmiş ise, bu sözleşmede transfer yasağını düzenleyen açık hüküm olsun veya olmasın, yapılan örtülü kazanç aktarımı işleminin bu sözleşmenin amacına aykırı olduğuna da kuşku yoktur. Nitekim vakıada belirttiğimiz üzere, örneğin şayet ortaklar arası sözleşme kar payına özel önem atfettiği ve (B) AŞ'nin yavru şirkete iştirakinin temel sebebi de kardan pay almak olduğu için, yavru şirketin faaliyet dönemi içinde örtülü kazanç aktarımı sonucunu doğuran grup içi hizmet sözleşmeleri ile şirketin kar dağıtamaz, yedek akçe ayıramaz hale getirilmesi, şirketin malvarlığını azaltan, müktesep kar payı hakkını ihlal etmesi sebebi ile batıl bir işlem olması yanında, bu durumun “Ortaklararası Sözleşme”ye aykırılık oluşturacağı, sözleşmeye aykırılık sebebiyle de (B) AŞ'ye talep hakkı verdiği kuşkusuzdur¹¹.

¹⁰ İsviçre Uygulaması başlığı altında belirtilen Kurer ve Behnisch görüşü üzerinden, Genel Kurul ve Yönetim kurulu kararlarının yokluğu/butlanı iddia olunabilir. Ancak belirtmek gerekir ki, bu iddianın dinlenmesi ihtimali, özellikle Türk Vergi Hukuku uygulaması ve mahkemelerin kamuyu koruma yöndeki eğilimleri göz önüne alındığında, zayıf olabilir.

Yukarıda teorik altyapı başlığı altında kısaca belirtildiği üzere, Vergi Hukukunda **transfer fiyatlandırması yoluyla** örtülü kazanç dağıtımı, matrahın normal bedeller üzerinden yukarı doğru düzeltilmesine yol açar. Eğer örtülü kazanç dağıtımına ilişkin işlemler yok hükmünde kabul edilecek olurlarsa, matrahın düzeltilmesi ancak aşağı doğru mümkün olacak, bu ise vergi kaybının artması sonucunu doğuracaktır.

Ancak, belirtmeliyim ki, bu vergi hukukuna özgü bir çıkarımdır; hukuk davası bakımından kısmen önemi haizdir. İade istemi bağlamında, örtülü kazanç aktarımının şirketin malvarlığını azaltıcı bir işlem olduğundan bahisle yokluğunun/butlanının da dilekçede (terditli olarak) belirtilmesine bir mani yoktur.

¹¹ Bilindiği üzere “Ortaklararası Sözleşmeler” tarafların ortaklık ilişkisine girmeden önce akdettikleri ve bir ortaklığın şekillendirilme biçimine ilişkin sözleşmelerdir. Bu bağlamda somut vakıada örneğin, taraflar için karın nasıl dağıtılacağı hususu baştan itibaren önem arz etmekte, madde özü itibarıyla tarafların, karın doğru ve düzgün dağıtımına ilişkin hassasiyetini vurgulamaktadır. Ancak vakıada örtülü kazanç teşkil eden işlemler şirketlerin pasiflerini “şişirmiş”, safi karlarını düşürmüş ve ancak kalan miktardan sözleşmede anılan yüzdelerle rakamları dağıtma imkanı kalmıştır. Kaldı ki böyle bir ortaklararası sözleşme olmasaydı dahi, şirketlerde ortakların gelir beklentisi olması ve bu beklentinin boşa çıkarılmaması gerekliliği öğretide genel kabul görmektedir. Aynı zamanda şirket ortak bir gayeye ulaşmak için birden fazla kimsenin bir araya gelmesidir. Bu ortaklardan birinin, diğerlerinin ve şirketin zararına hareket etmesi sadece Borçlar Kanunumuzun 527. maddesi gereğince bile düşünülemez. Dolayısıyla ortaklararası sözleşmeye dayanarak açılacak bir davada zaman aşımı ve husumet problemleri de önemli ölçüde aşılabılır.

Kanımca, grup şirket yapısında, grup içi hizmetlerde, hizmet fiilen sağlanmazsa, hizmeti alan şirket/şirketlerin söz konusu hizmete ihtiyacı yoksa, hizmetin alınmış olması halinde hizmet bedeli emsallere uygunluk ilkesine uygun değilse, kısaca “**örtülü kazanç aktarımı**”nın varlığının tespiti durumunda, **işlemi gerçekleştirenlerin kendilerine duyulan güveni kötüye kullanmış olacakları da açıktır.** “Ortaklararası Sözleşme” ile yavru şirkete katılan (B) AŞ’nin hem ortaksal yapıdan hem de ortaklararası sözleşmeden beklentisi ve amacı, iştirak edilen şirketin esas sözleşmesine ve ilgili diğer düzenlemelere uygun olarak faaliyet göstermesi, kardan ortaklığı ölçüsünde kazanç payı almaktır. Bu beklenti, şirketin esas faaliyet amacının ortaklar bakımından ifadesidir. Somut olayda şirket kaynaklarının hakim ortaklar ve seçtikleri yöneticiler tarafından özen borcuna aykırı olarak, şirket maksat ve mevzuu dışında kullanılması, iştirak edilen şirketin malvarlığının azaltılması, hakim ortaklığa menfaat sağlamaları aynı zamanda güveni kötüye kullanmanın somut örneğini oluşturur.

Sonuç olarak belirtmek gerekir ki, örtülü kazanç aktarımı, tanımı itibariyle, bir şirketi kayba uğrattırken şirket dışı üçüncü şahıslara yarar sağlayan işlemlerdir. Bu türden işlemlerin şirketler hukuku tarafından arzu edilir türden işlemler olduğunu söylemek güçtür; her ne kadar TK’da örtülü kazanç aktarımını açıkça yasaklayan bir hüküm olmasa da, anılan sonuca sermayenin, alacaklıların ve azlığın korunması ilkeleri ve bunlara bağlı normlar üzerinden varmak mümkündür. Bu noktada TK 202 hükmü önem arz eder. Anılan hüküm, hakim şirketin bağlı şirketin kaybını denkleştirdiği sürece, örtülü kazanç aktarımı yapılabileceği yönünde okumak, maalesef, mümkündür. Ancak burada temsil edilen görüş uyarınca, TK 202 hükmü hakim şirkete bağlı şirket üzerinde sınırlı bir etki imkanı tanır ve bu sınır en başta pozitif hukuk kuralları ile çizilmiş vaziyettedir. Dolayısıyla anılan hükmün, denkleştirildiği sürece bağlı şirketin kazancının hakim şirkete aktarılabilceği şeklinde anlaşılması mümkün değildir.

b) Sorunun SerPK 21 Hükümü Karşısında Değerlendirilmesi

Bu noktada son olarak örtülü kazanç aktarımı sorununu özellikle halka açık anonim ortaklıklar bakımından da değerlendirmek gerekir. Yukarıda izah edildiği üzere, SerPK m. 21 ile halka açık anonim ortaklıklar bakımından örtülü kazanç aktarımı sorunu açık bir düzenlemeye kavuşturulmuş durumdadır. Buna göre örtülü kazanç aktarımının muhatabı, elde ettiği menfaati iade ile yükümlüdür ve hatta anılan madde ile (SerPK 21/4, 94) cezai (SerPK 110) bir takım yaptırımlar da öngörülmüştür. Diğer taraftan, yine yukarıda izah olunduğu üzere, TK 202 hükmü de örtülü kazanç aktarımını yasaklamakta ve fakat, en azından iade davasının açılmasını denkleştirmenin yapılmamış olması şartına bağlamakla davayı tehir etmektedir. Bu noktada iki hüküm çelişmektedir ve bu çelişkinin bağlı şirketin bir halka açık anonim ortaklık olması halleri bakımından giderilmesi gereklidir.

Soruna dikkat çekmesi bakımından Okutan-Nilsson'un görüşü anılmalıdır¹²: Yazar anılan eserinde SerPK ile TK arasında bir özellik-genellik ilişkisi kurmakta ve TK 330 hükmüne dayanarak SerPK'yı özel hüküm olarak görmekte ve iki sistemin yukarıda anılan çelişkilerini SerPK lehine çözmektedir. Kanaatimce Okutan-Nilsson'a ulaştığı sonuç bakımından katılmak mümkündür; fakat sonuca varmakta kullanılan yöntem dolayısıyla şu çekinceleri ifade etmek gerekir:

Öncelikle belirtmek gerekir ki, yazar tarafından yaslanılan TK 330 hükmü, içerisinde yer aldığı kısım bakımından, yani anonim şirketler bakımından SerPK ile TK arasında bir öncelik-sonralık ilişkisi yaratmaktadır. Diğer bir ifadesiyle bu hükmün, şirketler hukuku başlangıç hükümlerinde yer alan, yani başka bir kısımda yer alan TK 202 hükmü ile SerPK 21 hükmü arasında bir öncelik-sonralık ilişkisi yaratması güçtür.

Kanaatimce SerPK 21 hükmünü TK 202 hükmünün önüne alan, öncelikle uygulanmasını sağlayan sebepler iki hükmün de maddi uygulama alanları arasındaki farklılıktan kaynaklanmaktadır. Şöyle ki, TK 202 hükmü "hakim şirket bağlı şirketi karını azaltmaya yönelmez" demekle örtülü kazanç aktarımı işlemlerini de kapsama almaktadır. Ancak bu hüküm bağlı şirket bakımından kaleme alınmış bir hükmüdür. Hükmün unsurlarının tamamlanması için bağlı şirketin kayba uğramış olması yeterli gelecektir. Ancak örtülü kazanç aktarımı tanımı itibariyle bir şirketi kayba uğratan her işlemi değil, aynı zamanda şirket dışı bir üçüncü şahsa da haksız menfaat sağlayan işlemleri kapsar¹³. Diğer bir ifadesiyle her örtülü kazanç aktarımı bağlı şirketi kayba uğratar; fakat her kayba uğratan işlemde hakim şirket veya diğer bağlı şirketler menfaat elde etmiş demek değildir. Dolayısıyla TK 202 hükmü maddi uygulama alanı bakımından daha genel bir hükümken, SerPK 21 hükmü örtülü kazanç aktarımını düzenlemiş olması itibariyle daha özel hükmüdür. Diğer bir ifadesiyle iki hüküm arasındaki öncelik-sonralık ilişkisi süjenin kimliğinden, yani bağlı şirketin halka açık olmasından değil, TK hükmünün örtülü kazancı da kapsayan ve fakat daha geniş bir kümeyi içine alan ve daha genel bir hüküm olmasından kaynaklanmaktadır.

Devamla şunu da ifade etmek gerekir, ki kanaatimce bu husus daha önemlidir: TK 202 hükmü, yukarıda da anıldığı üzere, hakim şirkete bağlı şirket üzerinde sınırlı bir etki alanı tanımaktadır. Hakim şirket, bağlı şirketi münferit işlemleri yapmaya sevk edebilmektedir; bu işlemler bağlı şirketi kayba uğratacak nitelikte iseler, hakim şirketin kaybı denkleştirmesi kendisine karşı bir dava açılmasını engellemektedir. Ancak burada şu husus öne çıkar: TK 202 hükmünün bağlı şirket nezdinde sağladığı etki imkanı her halükarda pozitif hukuk

¹² **Gül Okutan Nilsson**, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, İstanbul 2009, s. 250.

¹³ **Emmerich/Sonnenschein**, Konzernrecht, München 1992, s. 335.

kurallarının çizdiği çerçeve ile sınırlıdır¹⁴; bu çerçevenin dışına taşacak şekilde bir etki etme fiilinin denkleştirilmek suretiyle geçerli hale gelmesi söz konusu olmaz; bu şekilde bir etki, denkleştirilsin denkleştirilmesin, hukuka aykırıdır. Hal böyleyken, şu soruyu sormak icap eder: Bir halka açık anonim ortaklığa yöneltilmiş ve örtülü kazanç aktarımını açıkça yasaklayan SerPK 21 hükmü (örneğin Kurumsal Yönetim Tebliği'nde taraf işlemlerine ilişkin m.9,10 hükümleri..) mevcut iken, hakim şirket halka açık bağlı ortaklığı kazanç aktarmaya yöneltebilecek midir? Kanaatimce, bu soruya olumlu yanıt vermek imkanı yoktur; hakim şirketin halka açık anonim ortaklığı bu yönde etkilemesi pozitif hukukun yasak ettiği bir işlemi yapmaya sevk etmesi ile aynı anlama sahip olacaktır ki, kanaatimce TK kanun koyucusu bu sonucu hedeflememiştir.

¹⁴ Emmerich/Sonnenschein, s. 338.

REKABET İHLALLERİNDEN DOĞAN TAZMİNAT DAVALARINDA ZAMANAŞIMI SÜRESİ VE BAŞLANGICI

(Period of Limitation and Its Beginning in Actions For
Damages For Breach of The Competition Law)

Arslan KAYA*
İlhan YİĞİT**

ÖZET

Rekabet ihlalleri dolayısıyla zarara uğrayanların açacakları tazminat davalarında karşılaştıkları en büyük sorun, bu davaların tâbi olacağı zamanaşımı süresi ile başlangıcıdır. BK m. 72'deki zamanaşımı sürelerinin kısıklığı, buna karşılık Rekabet Kurulu'nun ihlallere yönelik karar alma sürecinin ve idare mahkemesindeki dava aşamasının uzunluğu, zarar görenleri tereddütte bırakmaktadır. 4054 sayılı Kanun m. 16'da idari para cezalarının öngörülmesi dolayısıyla tazminat davalarına, BK m. 72'nin atfıyla 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 20. maddesinde öngörülen zamanaşımı süreleri uygulanmalıdır ve zamanaşımı başlangıcı süresi de Kurul kararının kesinleşmesinden başlatılmalıdır.

Anahtar kelimeler: Rekabet ihlalleri, tazminat, tazminat davaları, zamanaşımı, zamanaşımı başlangıcı, zamanaşımı süresi.

Abstract

The main problem when bringing an action against the breach of the competition law is the limitation of action and its beginning. The limitation of action being short according to art. 72 of the Code of Obligations but the resolution process of the Competition Board and the lawsuit process in the administrative court being too long in return cause hesitance at the sufferer. To actions for damages should be applied the imitation of actions stipulated in the law no 5326 art. 20 with the attribution of art. 72 of the Code of Obligations and the limitation of action should start after the finalization of the Competition Board's decision.

Keywords: Breach of the Competition law, Damages, Action for damages, limitation of action, beginning of limitation of action, period of limitation

* Prof. Dr., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

** Yard. Doç. Dr., İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

Rekabet ihlallerinden doğan tazminat davalarında zamanaşımı ile ilgili olarak, hangi sürenin dikkate alınması gerektiği ile sürenin ne zaman başlayacağı sorusu/sorunu önemlidir. BK m. 72'de öngörülen iki (2) yıllık zamanaşımı süresinin kısa olması, aynı zamanda 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'la (RKHK) yetkilendirilen Rekabet Kurulu ("Kurul") soruşturmalarının uzun bir sürece yayılması ve Kurul kararlarının kesinleşmesinin genellikle iki (2) yıllık süreyi aşması karşısında zarar gören teşebbüsler, dava açıp açmamakta genellikle bir ikilem yaşamaktadırlar. Davayı kaybetme ihtimalinde yüklenilecek dava masrafları ile vekâlet ücretinin varlığı, bu karar verememe olgusunu pekiştirmektedir. Anılan nedenlerle, bu sorunlara değinilmesi ve bir çözüm önerisi sunulması faydalı olacaktır.

I. Tazminat Davalarının Tâbi Olacağı Zamanaşımı Süresi

Tazminat davalarına ilişkin olarak ilk değinilmesi gereken husus, açılacak davaların hangi zamanaşımı süresine tâbi olacağını belirlemektir.

A. Genel Olarak

4054 sayılı RKHK'un 4, 6 ve 7. maddelerinde rekabeti ihlâl eden davranışlar düzenlenmiş ve bunların yasak oldukları belirtilmiştir. Rekabeti ihlâl eden davranışlara, Rekabet Kurulu tarafından idari para cezası (RKHK m. 16, 17, 27/a) verildiği gibi bunların özel hukuk alanına ilişkin sonuçları da bulunmaktadır.

Rekabet sınırlamasının özel hukuk alanındaki sonuçları ise RKHK'un 56 ila 59. maddeleri arasında yer almaktadır. İhlâl teşkil eden eylemler neticesinde zarar görenlerin açacakları tazminat davalarının tâbi olacağı zamanaşımı süresi ise bu Kanun'da ayrıca düzenlenmemiştir. Bu durum karşısında, RKHK m. 57 vd. hükümleri uyarınca açılacak tazminat davalarına, hangi zamanaşımı süresinin uygulanacağını tespiti ile zamanaşımı süresinin başlangıcının ne olacağını belirlenmesi özel önem arz etmektedir. Öğreti ve uygulama RKHK'da düzenlenen rekabet ihlalleri temelinde birer haksız fiil oldukları için Borçlar Kanunu'nun zamanaşımına ilişkin hükümleri uygulanacağı konusunda hemfikir gözükmektedir¹.

Ancak, aşağıda ayrıntılı olarak inceleneceği ve değerlendirileceği üzere, bu tespit sorunu tüm yönleriyle ve adil bir şekilde çözmemektedir. Rekabet ihlallerinin özel hukuk sonuçlarının özel olarak düzenlediği RKHK m. 57 ve devamı hükümler de de görüldüğü üzere, söz konusu haksız fiillerin kendine özgü nitelikleri olduğu gibi,

¹ **Metin Topçuoğlu**, Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları, Ankara 2001, s. 314; **Dilek Cengiz**, Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem ve Bu Eylemin Hukuki Sonuçları, İstanbul 2006, s. 415. Tutumlu, zamanaşımı açısından özel bir düzenlemenin bulunmadığı hâllerde eBK m. 60 hükmünün uygulama alanı bulacağını söylemektedir. **Mehmet Akif Tutumlu**, Türk Borçlar Hukukunda Zamanaşımı ve Uygulaması, Ankara 2008, s. 35.

rekabet hukukunun regüle bir alan olması sebebiyle, yine söz konusu fiillerin rekabet hukukuna aykırı olup olmadığını tespit ve tayin bakımından Rekabet Kurulu, şikâyet üzerine veya re'sen yetkili bağımsız idari otorite olarak devreye girmektedir. Bu sebeptendir ki, rekabet ihlallerinde uygulanacak zamanaşımı süresinin ve başlangıcının de lege lata ve de lege feranda incelenmesi ve değerlendirilmesi özel bir önem arz etmektedir.

B. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'ndaki Zamanaşımı Düzenlemesi

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 72 uyarınca “*Tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten itibaren başlayarak iki yılın ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Ancak tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır. ...*”.

818 sayılı eBK m. 60'a göre ise “*Zarar ve ziyan yahut manevi zarar namıyla nakdi bir meblağ tediyesine müteallik dava, mutazarrır olan tarafın zarar ve failine ittilat tarihinden itibaren bir sene ve her halde zararı müstelzim fiilin vukuundan itibaren on sene mürurundan sonra istima olunmaz./ Şu kadar ki zarar ve ziyan davası, ceza kanunları mucibince müddeti daha uzun bir müruru zamana tabi cezayı müstelzim bir fiilden neşet etmiş olursa şahsi davaya da o müruru zaman tatbik olunur. ...*”.

BK m. 72'deki zamanaşımı süreleri; normal, azamî ve istisnâ olmak üzere üç türdür. Normal olan süre iki (2) yıllık süredir ve zararın ve tazminat yükümlüsünün öğrenildiği tarihten itibaren başlar. Azamî süre ise, haksız fiilin işlendiği tarihten itibaren başlayan 10 yıllık süredir. Nihaî olarak dikkate alınması gereken istisnâ süre, ceza kanunlarının öngördüğü zamanaşımı süresidir.

Ceza davası zamanaşımı süresi on yıldan fazlaysa bu zamanaşımı süresi hem normal hem de azamî zamanaşımı süreleri bakımından etkili olur; yani bu ikisinin de yerini alır. Buna karşılık ceza davası zamanaşımı süresi on yıldan kısa ise azamî süre aynen kalır, yalnız iki (2) yıllık zamanaşımı süresi, ceza davası zamanaşımı süresi kadar uzar ².

Ceza davası zamanaşımı süresinin uygulanabilmesi için fiilin suç teşkil etmesi yeterlidir; bu suç hakkında takibat yapılmış olması önemli değildir³. Ceza zamanaşımından yararlanılabilmesi için mutlaka soruşturma ya da kovuşturma yapılmış ya da yapılıyor olması şart olmadığı içindir ki, şikâyet süresinin

² M. Kemal Oğuzman/ M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2, Gözden Geçirilmiş 10. Bası, İstanbul 2013, s. 75, 76.

³ Oğuzman/ Öz, s. 76.

kaçırılması veya soruşturma/kovuşturma yapılmamış olması, ceza zamanaşımının uygulanmasına engel olmayacaktır⁴. Bununla birlikte ceza mahkemesinde dava açılmış ve mahkeme de fiilin suç teşkil etmediğine karar vermişse, artık hukuk mahkemesi ceza davası zamanaşımı süresini dikkate almayacaktır. Ancak, ceza mahkemesi fiilin suç teşkil ettiğine karar vermişse, artık mahkeme bununla bağlı olacak ve ceza davası zamanaşımı süresini uygulayacaktır. Eğer, bir ceza mahkemesince fiilin suç teşkil edip etmediği konusunda henüz bir karar verilmemişse, hukuk hâkimi, ceza kanunlarını dikkate alıp fiilin suç teşkil edip etmediğini belirleyerek ceza davası zamanaşımı süresini uygulayabilecektir⁵.

Görüldüğü üzere her iki maddede (TBK m. 72, eBK m. 60), istisnâ olan ceza zamanaşımı süresinin uygulanabilmesi, ceza kanunları uyarınca cezayı gerektiren bir fiilin işlenmiş olmasına bağlıdır.

C. 4054 Sayılı Kanun'da Yasaklanan Eylemlerin TBK m. 72 Anlamında Cezayı Gerektirir Bir Fiil Olup Olmadıkları

Bu kapsamda RKHK'daki eylemlerin ve bunun sonucunda verilen idarî para cezalarının, TBK m. 72'de yer alan cezayı gerektirir fiillerden olup olmadığının tartışılması gerekmektedir.

1. RKHK m. 16 ve 17'deki İdarî Para Cezalarının Tâbi Olacağı Zamanaşımı Süreleri

Bilindiği üzere RKHK m. 16 ve 17'de idarî ve nisbî idarî para cezaları düzenlenmiştir. Kanun'un 16. maddesinin 3. fıkrasıyla RKHK 4, 6 ve 7. maddeye aykırı davranan teşebbüslere, teşebbüs birliklerine veya birliklerin üyelerine nihai karardan bir önceki veya bunun hesaplanmasının mümkün olmaması durumunda nihai karar tarihine en yakın malî yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından tespit edilen yıllık gayrisafi gelirlerinin yüzde onuna kadar idarî para cezası verileceği düzenlenmiştir. Kanun'un 17. maddesiyle de nisbî idarî para cezaları düzenlenmiş bulunmaktadır. Görüldüğü üzere Kanun'a gerek esas gerek usul bakımından muhalefet edilmesi, idarî para cezasını gerektirmektedir.

Bu idarî para cezalarının tâbi olduğu zamanaşımına ilişkin hâlihazırdaki RKHK'da herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Kanundaki "Para Cezaları ve Süreli Para Cezalarında Zamanaşımı" başlıklı 19. madde, 23.01.2008 tarihli 5728 sayılı Kanun'un 578. maddesiyle ilga edilmiştir. Mülga 19. madde uyarınca, Kurul'un para

⁴ Şikâyet süresinin kaçırılmasının/geçmesinin ceza zamanaşımının uygulanmasını engelleyemeyeceği yönünde bkz. **Murat Oruç**, Haksız Rekabette Maddi Tazminat Davası, s. 141.

⁵ **Oğuzman/ Öz**, s. 76.

ve süreli para cezaları verme yetkisi beş (5) yıllık zamanaşımı süresine tâbi bulunmaktaydı. Ancak bu hüküm yürürlükten kalktığı için idarî para cezaları bakımından zamanaşımı sürelerinin hangi kanuna tâbi olacağı hususu değerlendirilmelidir. 5728 sayılı Kanun'un gerekçesine bakıldığında, artık RKHK'da öngörülen idarî para cezalarının, 30.03.2005 tarih ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 20. maddesinde düzenlenen soruşturma zamanaşımına ilişkin sürele tâbi olacağı açıktır ⁶.

5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 20. maddesinde ise soruşturma zamanaşımı süresi para cezasının miktarına bağlı olarak farklı şekilde belirlenmiş ve ayrıca nisbî idarî para cezası gerektiren hâllerde zamanaşımı süresinin sekiz (8) yıl olacağı ifade edilmiştir. RKHK 16/III'te m. 4, 6 ve 7. maddelere aykırılıklar nisbî idarî para cezasını gerektirdiğinden, Kabahatler Kanunu uyarınca sekiz (8) yıllık soruşturma zamanaşımı süresine tâbi olacağı açıktır.

2. 5326 Sayılı Kabahatler Kanunu'ndaki Zamanaşımı Sürelerinin Rekabet İhlalleri Dolayısıyla Açılan Tazminat Davalarında Uygulanabilirliği

TBK m. 72 ile birlikte düşünüldüğünde, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu m. 20'de yer alan sekiz (8) yıllık sürenin rekabete aykırılık dolayısıyla açılan tazminat davalarında uygulanıp uygulanmayacağı meselesi önem taşımaktadır. Bu da yukarıda belirttiğimiz üzere, Kabahatler Kanunu'nun ceza kanunu niteliğinde olup olmadığı ve idarî para cezasını gerektiren fiillerin cezayı gerektirir bir fiil teşkil edip etmediği sorunlarının irdelenmesini gerektirecektir.

İdari para cezaları 5326 sayılı Kabahatler Kanunu kapsamında değerlendirilen yaptırımlardır. Bilindiği üzere, 765 sayılı eski Türk Ceza Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde "cürümler" ve "kabahatler" şeklinde iki ana bölümden oluşmaktaydı. Daha sonra kanun koyucunun benimsediği suç siyaseti gereği Türk Ceza Kanunu içerisinde düzenlenmiş olan kabahatler için 30 Mart 2005 tarihinde 5326 sayılı ayrı bir Kabahatler Kanunu kabul edilmiştir. Konunun ayrı bir kanunla düzenlenmesinin sebebi değişen ekonomik koşulların, idarenin faaliyet alanını çok genişletmiş olması ve buna paralel olarak da idarenin birtakım kamusal faaliyetlerinin genişlemesidir.

⁶ 5728 sayılı Kanun'un Genel Gerekçe kısmının IV numaralı başlığının son paragrafında bu husus aynen "Özellikle ekonomik hayata ilişkin düzenlemeler kapsamında oldukça sık bir şekilde idarî nitelikte ceza yaptırımlarına yer verilmektedir. Bu bağlamda yürürlüğe konan kanunlarda veya kanun hükmünde kararnemelerde kazuistik hükümlere yer verilmektedir. Bu kazuistik düzenlemeler arasında bir sistem birliğinin varlığından söz edilemez. Bunlar arasında bir abehksizlik bulunmaktadır. Bu nedenle, idarî nitelikteki yaptırımlarla ilgili olarak genel bir kanun olarak Kabahatler Kanunu kabul edilmiştir. Bu Kanunda, idarî yaptırımları gerektiren fiiller yani kabahatler açısından kanunilik ilkesi, zaman bakımından uygulama ve sorumluluk esasları, zamanaşımı, idarî yaptırımların hukukî niteliği, çeşitleri ve sonuçları, bu yaptırımların yerine getirilmesi rejimi gibi konular, bir sistematik çerçevesinde düzenlenmiştir. Ayrıca, idarî yaptırım kararlarına karşı kanun yolu da düzenlenmiştir. Kabahatler Kanununda idarî yaptırımlarla ilgili olarak belirlenen genel hükümler nedeniyle, bu hükümlerin özel kanunlarda tanımlanan kabahatler hakkında da uygulanması gerekmektedir" şeklinde ifade edilmiştir. Bkz. www.tbmm.gov.tr.

Bunun doğal sonucu olarak idarî ceza hukuku önem kazanmış, idareye kovuşturma ve cezalandırma yetkisi tanıyan yeni yasalarla birlikte ayrı bir Kabahatler Kanunu'na ihtiyaç duyulmuştur.

İdarî para cezaları, idare hukukuyla bağlantılı olmakla birlikte, asıl olarak ceza hukuku kapsamında düşünülmelidir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin idarî yaptırımlara yönelik tavsiye kararında da belirtildiği üzere, devlet idaresinin büyümesi ve belirli eylemlerin ceza kanunu kapsamından çıkarılması yönündeki eğilim, idarî otoritelere belli yaptırımlar konusunda tasarrufta bulunabilme yetkisinin tanınması sonucunu doğurmuştur⁷. Bu durum, ceza kanunu kapsamından çıkarılan kabahatlerin, ceza hukuku kapsamında olduğunu değiştirmemiştir. Adli ya da idarî olarak nitelendirilmeleri, sadece “suç” tanımında değişiklik oluşturmakta, bu fiillere yaptırım olarak “ceza”nın uygulanmasını engellemektedir. Dolayısıyla bir fiilin kabahat olarak tanımlanmış olması, onun cezayı gerektirir bir fiil olma vasfını ve bu anlamda ceza hukuku karakterini değiştirmemektedir.

Nitekim bu durumun Anayasa Mahkemesi tarafından da kabul edildiği görülmektedir. Yüksek Mahkeme 01.03.2006 tarih ve 2005/108 E., 2006/35 K. sayılı kararında; “Zira 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun İkinci Kısımında “Çeşitli kabahatler” başlığı altında düzenlenen fiilleri, ağırlıklı olarak 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 526. ve devamı maddelerinde düzenlenmiş olan kabahatler oluşturmaktadır. 5252 sayılı Yasa’nın 7. maddesiyle, çeşitli yasalarda hafif hapis veya hafif para cezası olarak öngörülen yaptırımlar idari para cezasına dönüştürülmüştür. **Yaptırımın adının yasa ile “idarî” olarak değiştirilmesinin, bu tür yaptırım uygulanacak eylemlerin gerçekte ceza hukuku alanına giren suç olma özelliklerini etkilemeyeceği açıktır**” demek suretiyle kabahatlerin esas itibarıyla ceza hukuku karakteri ve cezayı gerektirir fiiller niteliği taşıdığını ve Kabahatler Kanunu’nun ceza kanunları kapsamında olduğunu net bir şekilde ortaya koymuştur (Mahkemenin 09.03.2006 tarih ve 34/37; 06.04.2006 tarih ve 54/47 sayılı kararları da aynı yöndedir).

Kabahatler Kanunu’nun Genel Gerekçesinde de ifade edildiği üzere, haksızlık ifade eden fiiller arasında suç veya kabahat olarak bir ayırım yapılması sadece nicelik açısından geçerlidir. “Bu bakımdan, esasen hukuka aykırı olan ve haksızlık ifade eden fiiller arasında suç veya kabahat olarak bir ayırım yapılması, bir nitelik farkı oluşturmamaktadır. Söz konusu tasnif, haksızlıklar arasındaki nicelik farkına dayanmaktadır. Bu tasnif, haksızlıklar arasında sadece bir işlem farklılığı doğurmaktadır”.

Diğer taraftan Kabahatler Kanunu’nda Türk Ceza Kanunu’nun birçok hükmüne atıf yapıldığı görülmektedir (örnek olarak bkz. 5326 sayılı Kanun 5, 6, 10, 12, 13. madde hükümleri). Görüldüğü üzere Kabahatler Kanunu, ceza hukukunun bir parçasıdır ve bu nedenle kabahatler cezayı gerektirir fiiller, Kabahatler Kanunu da ceza kanunları olarak kabul edilmelidir.

⁷ İsmail Yalçın, Tüm Yönleriyle Kabahatler Hukuku, Ankara 2007, s. 87.

3. Konuya İlişkin Avrupa Birliği Düzenlemesi

Avrupa Birliğinin İşleyişine Daire Anlaşma (Treaty on the Fuctioning of the European Union) m. 101 ve 102’de rekabeti sınırlayan davranışlar (teşebbüsler arasındaki danışıklı ilişkiler ve hâkim durumun kötüye kullanılması) belirtilmiş ve bunların yasak olduğu düzenlenmiştir. Ancak, tazminat davaları ve bu davalara ilişkin usulî sorunlar Anlaşma’da yer almamıştır.

Avrupa Birliği rekabet hukukunda da tazminat davalarının tâbi olacağı zama-naşımı süresine dikkat çekilmiş ve bu konuda Yeşil Kitap’ta⁸ (2005 yılı) iki öneri getirilmiştir. Bunlardan ilki Komisyon veya bir üye ülke rekabet otoritesince soruşturma başlatılması durumunda zamaşımı süresinin durması noktasındadır. İkinci öneri ise zamaşımı süresinin, rekabet ihlâli hakkındaki rekabet otoriteleri kararının kesinleşmesinden itibaren işlemeye başlamasıdır⁹. Hemen belirtelim ki buradaki kesinleşmeden kasıt, yargı yolunun tükenmesidir¹⁰. Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın Manfredi kararında belirtilen endişeleri dikkate aldığı iddia edilen¹¹ White Paper’da¹² (2008) ise, devam eden ve tekrarlanan ihlaller bakımından zamaşımının bu fiiller sona erdikten başlaması gerektiği ile zarar görenin, zararı ve ihlâli makul sınırlar içinde öğrenmesi gerektiği tarihe kadar zamaşımı süresinin başlamaması gerektiği yönünde öneriler getirilmiştir. White Paper’da, Green Paper’dan farklı olarak, zamaşımı için özel bir süre öngörülmüş, iki (2) yıl olarak belirlenen bu sürenin rekabet otoritesinin kararının kesinleşmesinden başlaması gerektiği önerilmiştir¹³.

Avrupa Birliği, nihaî olarak 26 Kasım 2014 tarihinde 2014/104/EU numaralı Directive of The European Parliament and of the Council on Certain Rules Governing Actions for Damages Under National Law for Infringements of the Competition Law Provisions of the Member States and of the European Union¹⁴ adlı Direktifi¹⁵ yürürlüğe koymuştur.

Direktif, Avrupa Birliği ya da üye ülkeler rekabet kurallarını ihlâl eden davranışlar sonucunda açılacak tazminat davalarına ilişkin birçok esasa ve usule ilişkin ko-

⁸ Belirli bir alanda bir öneri sunarak Avrupa düzeyinde bir tartışma ve danışma sürecini başlatmak amacıyla Avrupa Komisyonu tarafından hazırlanan belgelerdir.

⁹ Green Paper, 2005, s. 11.

¹⁰ Work Paper, 2008, s. 73.

¹¹ **Harun Gündüz/ Tuğçe Koyuncu**, “ABD, AB ve Türk Rekabet Hukukunda Tazminat Davalarının Önündeki Usulî Engeller”, *Rekabet Dergisi*, C. 12, S. 3, s. 114.

¹² Yeşil Kitaptaki tartışma ve danışmaların sonuçları ise Beyaz Kitapta yer alır. Gündüz,

¹³ White Paper, 2008, s. 8, 9. Getirilen bu son öneriye yöneltilen eleştiriler için bkz. **Gündüz/ Koyuncu**, s. 159. Türk hukukunda benzer yönde bir öneri için bkz. **İ. Yılmaz Aslan**, *Rekabet Hukuku*, 4. Baskı, Bursa 2007, s. 797.

¹⁴ Direktif metni için bkz. eur-lex.europa.eu.

¹⁵ Direktifler, Avrupa Birliği’nin ikincil mevzuatı kapsamında yer alıp, üye ülkeleri bağlayıcı düzenlemelerdir.

nularda düzenlemeler getirmektedir. Zamanaşımı meselesi ise Direktif m. 10'da ele alınmıştır. Buna göre zamanaşımı süresi; ihlâlin sona ermesinden ve davacının ihlâli öğrenmesinden başlamak kaydıyla, beş (5) yıldan az olmamalıdır. Aynı maddenin 4 numaralı paragrafında ise, tazminat davalarıyla ilgili konularda üye ülke rekabet otoriteleri soruşturma başlatmışsa, zamanaşımı süresi durmalıdır; eğer üye ülke mevzuatı müsaitse zamanaşımı süresi kesilmelidir. Duran zamanaşımı süresi ise, rekabet otoritesi kararının kesinleşmesi üzerine başlamalıdır.

Görüldüğü üzere, anılan Direktif uyarınca artık Avrupa Birliği üye ülkelerinde, rekabet ihlallerinden doğan tazminat davalarında süre, ihlâlin sona ermesinden ve davacının ihlâli öğrenmesinden başlamak üzere, en az beş (5) yıl olacak ve rekabet otoriteleri soruşturma başlatmışsa, soruşturmanın kesin bir kararla sonlamasına kadar, zamanaşımı süresi duracaktır. Üye ülkelerin mevzuatları uygunsa, rekabet otoritelerinin başlattıkları soruşturma, zamanaşımı süresini kesebilecektir.

4. Türk Rekabet Hukuku Uygulaması ve Doktrini

Rekabet ihlalleri kaynaklı tazminat davalarında uygulanacak zamanaşımı süresine ilişkin doktrinde değişik görüşler ileri sürülmüştür. Bir kısım görüşler, zamanaşımı sürelerine BK m. 72'deki iki (2) yıllık sürenin uygulanması gerektiğini¹⁶ kabul ederken, diğer bir görüş ise Kabahatler Kanunu'ndaki zamanaşımı sürelerinin tazminat davalarında da dikkate alınmasının zorunlu olduğunu belirtmektedir¹⁷.

Konuya ilişkin davalar Yargıtay'ın önüne henüz gelmeye ve yüksek mahkeme, bu konuda ilginç kararlar vermeye başlamıştır. Yargıtay'ın zamanaşımına ilişkin olarak üç (3) kararına elden ulaşmış bulunmaktayız.

Bunlardan ilki, Yargıtay, 11. Hukuk Dairesi'nin, 25.03.2014 tarih ve 2012/15359 E., 2014/5834 sayılı kararıdır. Kararda Daire, eBK m. 60'daki (TBK m. 72) normal zamanaşımı süresini (bir yıl) uygulayan yerel mahkeme kararını onamıştır. Dairece onanan yerel mahkeme kararında aynen;

“Mahkemece, iddia, savunma, toplanan kanıtlar ve tüm dosya kapsamına göre, davanın, davalının GSM sektöründeki hakim durumunu kötüye kullanması sebebine dayalı maddi ve manevi tazminat istemine ilişkin olduğu, davacının 2008 yılında dava dışı kuruma şikayette bulunduğu. Rekabet Kurulu'nun 23.12.2009 tarihli kararıyla, şikayeti yerinde bularak davalının piyasadaki hakim durumunu kötüye kullanıldığını kabul ettiği, kararın 20.04.2010'da taraflara tebliğ edildiği, davalı eyleminin hukuki niteliğinin haksız fiil oldu-

¹⁶ Birçoğu yerine bkz. İlhan Yiğit, Rekabet İhlallerinden Doğan Tazminat Sorumluluğu, İstanbul 2013, s. 330.

¹⁷ Cengiz, s. 417-421.

ğu, zamanaşımı süresinin 1 yıl bulunduğu, BK'nın 60.maddesine göre sürenin zarara ve faille ittila tarihinden başlayacağı, somut olayda "fail" yönünden bir sorun bulunmadığı, temel uyumsuzluğun "zarara ittila" tarihi olduğu, zararı öğrenmenin net-kesin tutarı öğrenme değil, zararın varlığından esaslı unsurlarıyla haberdar olunması anlamına geldiğı, 2008 tarihi itibarıyla zarar ve failin belli olduğu, davacı da buna dayanarak Rekabet Kurulu'na başvurduğu, 29.12.2010 tarihinde açılan davada, BK'nın 60. maddesi gereğince bir yıllık zamanaşımı süresinin gerçekleştiğı, 4054 sayılı Kanun'un yetkili kıldığı Rekabet Kurulu tarafından hakim durumun kötüye kullanılmış olduğunun saptanmasının ve ön mesele olarak sonucunun beklenilmesi gereğinin zamanaşımının başlangıcını belirleme yahut dava açılabilmesi için kabul edilmiş bir zorunluluk bulunmadığı, tazminata hükmedilmesi için halli gereken ön mesele olduğu, kaldı ki Kurul kararı, "dava açılması için" bir ön koşul olarak kabul edilmesi halinde dahi davanın açıldığı tarih itibarıyla henüz bir uygulanabilir bir karar olmadığı, karar tarihi itibarıyla Rekabet Kurulu kararının kesinleşmediğı, Danıştay incelemesinin devam ettiğı, zamansız açılmış dava bulunduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir"

denilmektedir. Görüldüğü üzere yerel mahkeme kararını onayan Yargıtay, bu kararıyla, dolaylı olarak, zamanaşımı süresinin TBK m. 72 (eBK m. 60) hükmündeki iki yıla tâbi olacağını, başlangıcının da Kurul'a başvuru olduğunu kabul etmiş gözükmektedir.

Ancak Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 2015 yılında verdiği kararlarla bu görüşünden dönmüştür. Bu kararlardan ilki, Dairenin 30.03.2015 tarih ve 2014/13926 E., 2015/4424 sayılı kararıdır. Kararda Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 4054 sayılı Kanun'un 16/3. maddesinde, aynı Kanun m. 4, 6 ve 7'de yasaklanmış fiiller için nisbi idarî para cezasının öngörüldüğünü, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu m. 20/4'te nisbi idarî para cezaları için sekiz (8) yıllık zamanaşımı süresinin öngörüldüğünü, eBK m. 60/2'de cezayı gerektirir fiillerde zamanaşımı süresinin, daha uzun olması kaydıyla, ceza davası zamanaşımı süresinin uygulanacağını düzenlendiğini ileri sürerek, rekabet ihlallerinden kaynaklı zamanaşımı süreleri bakımından 5326 sayılı Kanun'daki sürelerin dikkate alınması gerektiğini belirtmiş ve yerel mahkemenin zamanaşımı sebebiyle davayı reddeden kararını bozmuştur.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin konuya ilişkin diğer bir kararı ise 27.10.2015 tarih ve 2015/3450 E., 2015/11139 K. sayılı kararıdır. Bu kararında da 11. Hukuk Dairesi, aynı gerekçelere dayanmış, zamanaşımı nedeniyle davayı reddeden yerel mahkeme kararını bozmuştur. Daire, kararında aynen;

"Davacı vekili, davalı tarafın 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesinde yasaklanan "hâkim durumun kötüye kullanılması" eylemi sebebiyle aynı kanunun 57. ve 58. maddeleri uyarınca tazminat talep

etmektedir. Söz konusu eylem 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinde "Bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması hukuka aykırı ve yasaktır." şeklinde düzenlenmiş olup, Kanun'un 16/3. maddesinde "Bu Kanun'un 4, 6 ve 7'nci maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunanlara, ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onuna kadar idarî para cezası verilir" denilmek suretiyle, söz konusu eylem için nispi idari para cezasının öngörüldüğü anlaşılmaktadır.

Dava konusu eylem sebebiyle, davacı tarafın 22.11.2005 ve 06.03.2006 tarihli şikâyetleri üzerine Rekabet Kurulu'nca soruşturma açılarak 05.06.2007 tarih 07-47/506-181 sayılı kararı ile "ceza tertibine gerek bulunmadığına" ilişkin karar verilmiş ve davacı tarafından bu kararın iptali istemi ile Danıştay 13. Dairesi'nde 2007/13574 Esas sayısı ile dava açılmıştır. Davalı şirketin müdahil olarak katıldığı davada Rekabet Kurulu'nun anılan kararın iptaline karar verilmiş ve bu karar 15.12.2011'de kesinleşmiştir. Ayrıca Rekabet Kurulu'nun 26.08.2009 tarih 09-38/949-236 sayılı kararı ile dava konusu olay yeniden değerlendirilerek davalı şirketin idari para cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiştir.

30.03.2005 tarih ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 2. maddesinde, "idari yaptırım" gerektiren eylemlerin "kabahat" niteliğindeki suçlar olarak nitelendirildiği anlaşılmaktadır. 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 16. maddesinde ise "idari para cezası" idari yaptırım türleri arasında sayılmıştır. Yine aynı Kanunun "Soruşturma Zamanaşımı" başlıklı 20/4. maddesinde ise "nispi idari para cezasını gerektiren kabahatlerde zamanaşımı süresi sekiz yıl" olarak belirlenmiştir.

Dava ve olay tarihinde yürürlükte bulunan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun "Müruruzaman" başlıklı 60/2. maddesinde yer alan "Şu kadar ki zarar ve ziyan davası, ceza kanunları mucibince müddeti daha uzun müruru zamana tabi cezayı müstelzim bir fiilden neşet etmiş olursa şahsi davaya da o müruru zaman tatbik olunur" hükmü uyarınca, kanun koyucu, ceza zamanaşımının BK'daki zamanaşımından daha fazla olduğu durumlarda, hukuk davasına da ceza davasına ilişkin zamanaşımının uygulanması gerektiğini ifade etmektedir.

Somut olayda, davacı tarafın tazminatı gerektiren olayı öğrenerek Rekabet Kurumu'na başvurduğu 22.11.2005 ve 06.03.2006 tarihleri ile bu davaya

esas 20.03.2012 dava tarihi birlikte değerlendirildiğinde dava zamanaşımı süresinin dolmadığı anlaşılmaktadır. Davalı tarafın zamanaşımı def'inin yukarıdaki hükümler doğrultusunda değerlendirilmesi gerekirken, yerel mahkemece davanın zamanaşımı sebebiyle reddi kararı doğru görülmemiş, hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir”

şeklinde, hüküm kurmuştur.

Görüldüğü üzere Yargıtay, rekabet ihlallerinden kaynaklı tazminat davalarında zamanaşımı süresinin, Kabahatler Kanunu'na tâbi bulunacağını, dolayısıyla sekiz (8) yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiğini kabul etmiştir.

5. Görüşümüz

İdarî para cezası gerektirir fiiller için, haksız fiil sorumluluğu açısından da ceza zamanaşımının işlemesi gerektiği tabiidir. Nitekim, doktrinde rekabet ihlallerinden doğan tazminat davalarında BK m. 60/2 (yeni BK m. 72) hükmündeki ceza zamanaşımının uygulanabileceğine dair görüşler de bulunmaktadır¹⁸. Ayrıca Yargıtay da, yukarıda verilen kararlarında da Kabahatler Kanunu m. 20/3'te düzenlenen zamanaşımı süresini uygulamıştır.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'na tâbi olması ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun da ceza kanunları arasında bulunması nedeniyle rekabet hukukuna aykırılıktan doğan tazminat davalarının ceza zamanaşımına tâbi olduğu açıktır. Kabahatler Kanunu'nun 20. maddesinin üçüncü fıkrasında ise “*Nispi idari para cezasını gerektiren hallerde zamanaşımı süresi sekiz yıldır.*” hükmüne yer verilmiştir.

İşin esasında, doktrinde ve Yargıtay kararlarında vurgulandığı üzere, bir eylemin hem cezaî hem de özel hukuk sonucu varsa, bunların tâbi olduğu zamanaşımı süresinin de aynı olması gerekir. Bir fiilin devlet tarafından cezalandırılabilirdiği süre, özel hukuka ilişkin tazminat davalarına da tesir etmelidir. Zarara uğrayanların daha az bir zamanaşımı süresine tâbi kılınması, devletin o fiili cezalandırabilmesine, buna karşılık kişilerin haklarını mahkemelerde arayamamalarına neden olur ki bu kabul adaletsizlik ve mantıksızlık doğurur. Bu nedenle kanun koyucu, TBK m. 72 ile ceza davası zamanaşımı ve tazminat davası zamanaşımını uyumlu hâle getirmek istemiştir. Nitekim Oğuzman/Öz, hukuka aykırı bir fiilin cezalandırılabilirdiği sürece haksız fiil sorumluluğunun da devam etmesinin tutarlılık bakımından gerekli olduğunu, ceza davası açılması zamanaşımına uğramadan tazminat davası açma hakkının zamanaşımına uğramasının uygun olmayacağını ifade etmektedir¹⁹.

¹⁸ Cengiz, s. 417-421.

¹⁹ Oğuzman/ Öz, s. 75. Aynı yönde bkz. Mehmet Erdem, Özel Hukukta Zamanaşımı, İstanbul

Anılan gerekçelerle, rekabet ihlallerinden (RKHK m. 4, 6) doğan tazminat davalarında, zamanaşımı süresi, Kabahatler Kanunu m. 20/3'teki sekiz (8) yıllık zamanaşımı süresine tâbi olacaktır.

II. Rekabet İhlâline Dayalı Tazminat Davalarında Zamanaşımı Süresinin Ne Zaman Başlayacağı Sorunu

Rekabet ihlalleri dolayısıyla açılan tazminat davalarında önem taşıyan bir diğer husus da, zamanaşımı süresinin ne zaman başlayacağı, bir diğer deyişle sürenin, Rekabet Kurulu kararının kesinleşmesinden sonra mı hesaplanması gerektiğidir.

Bu konuda, RKHK m. 57 vd. hükümlerinde herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla sorunun, rekabet ihlallerinin niteliği ve Yargıtay uygulaması kapsamında ele alınması gerekecektir.

A. Konuya İlişkin Avrupa Birliği Düzenlemesi

Avrupa Birliği, 26 Kasım 2014 tarihinde 2014/104/EU numaralı Directive of The European Parliament and of the Council on Certain Rules Governing Actions for Damages Under National Law for Infringements of the Competition Law Provisions of the Member States and of the European Union adlı Direktifi m. 10'da konuyu ele almıştır.

Anılan madde uyarınca zamanaşımı süresi; ihlâlin sona ermesinden ve davacının ihlâli öğrenmesinden başlamamak kaydıyla, beş (5) yıldan az olmamalıdır. Aynı maddenin 4 numaralı paragrafında ise, tazminat davalarıyla ilgili konularda üye ülke rekabet otoriteleri soruşturma başlatmışsa, zamanaşımı süresi durmalıdır; eğer üye ülke mevzuatı müsaitse zamanaşımı süresi kesilmelidir. Duran zamanaşımı süresi ise, rekabet otoritesi kararının kesinleşmesi üzerine başlamalıdır.

B. Türk Rekabet Hukuku Uygulaması ve Doktrini

Tespit edebildiğimiz kadarıyla bu konuda ilk olarak Aslan görüş belirtmiştir. Yaza göre, tazminat davalarında zamanaşımı süresi genel hükümlere tâbidir. Rekabet ihlâlinin varlığı, tazminat davalarının ön koşuludur ve kanuna aykırılık rekabetin ihlali ile ortaya konulmuş olacaktır. Bir danışıklı ilişkinin rekabete aykırı olup olmadığını belirlemek komplike bir analizi gerektirir ki kişilerin bu konuda değerlendirme yapmaları çoğu zaman mümkün değildir. Anılan nedenle bu konuda uzman kuruluş olan Rekabet Kurulu'nun kararıyla hukuka aykırılık ispatlanmış olacaktır. Bununla birlikte Kurul'un karar vermesi ve bu kararın kesinleşmesi iki veya üç yılı bulmak-

2010, s. 137. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da, 18.11.1981 tarih ve 4-231/744 sayılı kararında aynı sonuca varmıştır. Karar için bkz. **Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**.

tadır. Dolayısıyla tazminat davalarının, Rekabet Kurulu kararından sonra açılması olanağı bulunmamaktadır. Bu olanak oluşturulsa, tazminat davalarının birçoğu gereksiz olacak, mahkemeler üzerindeki iş yükü hafifletilecektir. Yazar, durumu bu şekilde ifade ettikten sonra RKHK'ya zamanaşımına ilişkin bir hükmün konulması gerekliliğinden bahsederek aynen,

“Bu kanunda yer alan tazminat davaları, ilgili kanunlardaki zamanaşımı sürelerine tâbidir, eğer Rekabet Kurulu ihlâl ile ilgili soruşturma açmış ise zamanaşımı süresi Rekabet Kurulu kararına karşı gidilebilecek yargı yollarının tükenmesi anından sonra bir yıl daha devam eder”

şeklinde bir öneri getirmiştir. Aslan, fiilin hukuka aykırılığının Rekabet Kurulu kararı ile öğrenildiğinin kabul edilmesi durumunda bir yıllık normal zamanaşımı süresinin yargı yolları tükenen Kurul kararından sonra başlayabileceğinin de düşünülebileceğini belirtmektedir²⁰.

Konuyu Yiğit, Yargıtay'ın Kurul kararı alınmaksızın mahkemelerin davaya bakamayacağı veya devam edemeyeceği kararlarından yola çıkarak, TBK m. 153/b.6'yı uygulanabilir kabul ederek, zamanaşımı süresinin Kurul kararının kesinleşmesinden sonra başlatılmasının düşünülebileceğini ileri sürmüştür. Ancak Yiğit devamla, Kurul kararlarında ihlâl maruz kalanların zararlarının çoğunlukla değerlendirilmediğini, failin Kurul kararıyla bilinebileceğinin ileri sürülmesinin her zaman doğru olmadığını, davaların Kurul kararına tâbi tutulmasının hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabileceğini ileri sürerek, zamanaşımı sürelerinin başlangıcının TBK m. 72'deki esas çerçevesinde belirlenmesi gerektiğini ifade etmiş, öneri olarak da 4054 sayılı Kanun'a bu konuda daha uzun bir zamanaşımı süresinin konulabileceğini belirtmiştir²¹.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 30.03.2015 tarih ve 2014/13296 E., 2015/4424 K. ile 27.10.2015 tarih ve 2015/3450 E., 2015/11139 K. sayılı kararlarında, zamanaşımı süresinin başlangıcı konusunda net bir görüş belirtmemiştir. Ancak 11. Hukuk Dairesi, sekiz (8) yıllık zamanaşımı süresinin, davacının Rekabet Kurulu'na başvuru tarihinden itibaren hesaplanması gerektiğini belirterek, dolayısıyla zamanaşımı süresinin Rekabet Kurulu'na başvuru tarihi itibarıyla başlayacağını kabul etmiştir²².

²⁰ **Aslan**, s. 797. Doktrinde, zararın Rekabet Kurulu'nun kararının ilgililere tebliği ile öğrenileceği ifade edilerek zamanaşımı süresinin bu andan itibaren başlaması gerektiği de lege lata olarak ileri sürülmektedir. **Hilal Utku/ Belit Polat/ Seda Deniz**, “Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Davalarında Usul Sorunları”, *Rekabet Dergisi*, C. 13, S. 1, Ocak-Şubat-Mart 2012, s. 126, 127.

²¹ **Yiğit**, s. 333-335.

²² Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 27.10.2015 tarih ve 2015/3450 E., 2015/11139 K. sayılı kararına üye Hafize Gülgün Vuraloğlu, karşı oy vermiştir. Sayın Vuraloğlu, Kurul kararı olmaksızın ihlâl maruz kalanların, ortada bir hukuka aykırı bir ihlâlin varlığı noktasında karar vermelerinin mümkün olmadığını, bu nedenle Kurul kararı kesinleştikten sonra, ceza zamanaşımı süresinin başlaması gerektiğini belirtmiştir.

Ancak Yargıtay, bu son kararlarıyla, önceden verdiği kararlarındaki esaslardan ayrılmıştır. Gerçekten de önceden Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, rekabet ihlallerine dayalı tazminat davalarının Kurul kararının kesinleşmesinden itibaren açılacağını kabul etmiştir.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 23.06.2006 tarih ve 2005/3755 Esas, 2006/7408 Karar sayılı kararında²³ ise aynen,

“... Mahkemece de davalının eylemlerinin 4054 sayılı Yasaya aykırı olduğu kabul edilerek tazminata hükmedilmiştir. Hükme dayanak yapılan 4054 sayılı Yasa'nın 4 üncü maddesindeki rekabeti bozma, engelleme ya da kısıtlama niteliğindeki eylemlerin ve aynı Yasanın 6. maddesindeki “hâkim durumun kötüye kullanılması” hâllerinin varlığı hâlinde 4054 sayılı Yasa'nın ... maddelerinde ihlâlin nasıl engelleneceği ve yetkili birim tespit edilmiştir. Böyle bir durumda, Rekabet Kurulu'nun harekete geçeceği 4054 sayılı yasanın ... maddelerinde Kurulun soruşturma usulü ve Kurul kararlarına karşı ancak Danıştay'a başvurulabileceği anılan Yasa'nın 55 inci maddesinde belirlenmiştir.

4054 sayılı Yasanın 57 ve 58 inci maddelerinde ise rekabeti önleyici eylemlerin tespitinden sonraki tazminat talepleri düzenlenmiş, tazminat taleplerinde adli yargı görevlidir. Tazminata karar verebilmek için, ilgili anlaşma veya uygulamanın 4054 sayılı Yasa'ya aykırı olup olmadığının saptanması zorunludur ki, bu tespit için öncelikle Rekabet Kurulu ve Kurul kararlarına karşı da Danıştay görevlidir. Bu nedenle mahkemece, öncelikle davacının bu davadan önce 4054 sayılı Yasa'ya göre Rekabet Kurulu'na başvurup başvurmadığının araştırılması, başvurmuşsa, davalı eylemlerinin 4054 sayılı Yasaya aykırılığının tespiti yönünden, bu başvuru neticesinin kesinleşmesini bekleyerek sonuca göre karar vermesi, Rekabet Kurulu'na davadan önce başvuramıyorsa eldeki bu davanın Rekabet Kurulu'na başvurma olmadan dinlenemeyeceği ve henüz dava açma zamanı gelmediği nazara alınarak karar vermesi gerekirken, bu hususları yerine getirmeden işin esasına girilerek, yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmadığından kararın davalı yararına bozulmasına karar vermek gerekmiştir...”

şeklinde hüküm kurmuştur.

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, 01.11.1999 tarih ve 3350/6364 sayılı kararında²⁴ ise,

“... davada yer alan talebin açıklanan niteliği gözetildiğinde, tazminata ka-

²³ Karar için bkz. **Pelin Güven**, Rekabet Hukuku, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2008, s. 777.

²⁴ Karar için bkz. **Erdoğan Moroğlu/Abuzer Kendigelen**, İçtihatlı-Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, 9. Baskı, İstanbul 2010, s. 1447.

rar verilebilmesi için öncelikle 4054 sayılı Yasanın yetkili kıldığı “Rekabet Kurulu” tarafından hâkim durumun kötüye kullanılmış olduğunun saptanması gerekir. Mahkemeye bu yön gözetilerek, davacı tarafın anılan yasa kapsamında Rekabet Kurumuna başvuruda bulunup bulunmadığının araştırılması, böyle bir müracaat yoksa yapılacak başvurunun ön mesele olarak sonucunun beklenmesi gerekirken bu husus düşünülmeden yazılı şekilde karar verilmesinde isabet görülmemiştir...”

gerekçesiyle bozmuştur.

Görüldüğü üzere Yargıtay, önceki kararlarında tazminat davalarının ancak Kurul kararından sonra açılabileceğini kabul etmekle tazminatın talep edilebilmesinin koşulunun Kurul kararı olduğunu ifade etmektedir. Bilindiği üzere zamanaşımı, alacağın veya talep hakkının talep edilebilirliği mümkün olduğu sürece söz konusudur. Bir hakkın talep hakkını henüz içermemesi durumunda, örneğin, alacağın müeccel olması hâlinde, artık zamanaşımı süresi de başlamayacaktır. Yargıtay anılan kararlarıyla, zamanaşımı süresinin ancak Kurul kararının yargı süreci sona ermesinden, yani kesinleşmesinden sonra başlaması gerektiğini net bir şekilde ortaya koymaktadır. Gerçekten de kararlara yakından bakıldığında, Kurul’un rekabeti ihlal eder davranışları tespit eden kararının kesinleşmesinden önce mahkemelerin davaya bakamayacakları sonucu ortaya çıkacaktır. Zarara uğrayanların Kurul’a başvurusunun zorunlu olduğu ve bu konuda kesinleşmiş bir karar olmaksızın dava açamayacakları gerçeği karşısında, bu kararlar çerçevesinde düşünüldüğünde, zamanaşımının Kurul kararından bağımsız olarak düşünülmesi mümkün gözükmemektedir.

Ayrıca Yargıtay, rekabet ihlâlinden bağımsız olarak verdiği ve artık istikrar kazanan kararlarında, haksız fiilin aynı zamanda cezayı müstelzim bir fiil olması hâlinde eBK m. 60/1’deki sürenin uygulanabilmesi bakımından, ceza kovuşturması devam ettiği sürece zamanaşımı süresinin işlemeyeceğine, eBK m. 60/1’deki bir (1) yıllık sürenin de ceza kararının kesinleşmesinden sonra başlayacağına karar vermiştir²⁵.

C. Görüşümüz

Rekabet ihlâlüne dayalı tazminat davalarında zamanaşımının ne zaman başlayacağı sorununa rekabet ihlâli teşkil eden davranışların genel özellikleri ile haksız fiil teşkil eden davranışlardan farlılıklarının belirlenmesi suretiyle yaklaşmak gerektiği kanaatindeyiz. Dolayısıyla TBK m. 72’deki bilme olgusunun, rekabet ihlâli teşkil eden davranışlarda göstereceği hususiyet önem kazanmaktadır.

²⁵ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 10.03.2010 tarih ve 4-111/137, 22.02.2012 tarih ve 2011/4-460 E., 2012/89 K.; Yargıtay 4. Hukuk Dairesi’nin 13.06.2012 tarih ve 5367/10302, 13.06.2012 tarih ve 6502/10323, 27.06.2012 tarih ve 5648/11203 sayılı kararları için bkz. **Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**.

1. Rekabet İhlâli Teşkil Eden Davranışların Genel Özellikleri

Rekabet ihlâli teşkil eden eylemler, genelde tek bir davranış olarak değil, bir plân dâhilinde olmak üzere belli bir süreyi kapsayan eylemler süreci şeklinde gerçekleşirler; dolayısıyla devam eden tek bir davranış olarak nitelendirilmeleri mümkündür. Ayrıca, bu tür eylemlerin, hem varlığı hem de Kanuna aykırılığı konusunda net bir tespitle bulunmak mümkün değildir.

Rekabete aykırı davranışların varlığı noktasında en büyük tereddüt, özellikle RKHK m. 4'te düzenlenen ihlâl hâlleridir. Teşebbüsler arasındaki danışıklı ilişki, son derece gizli bir anlaşmaya veya uyumlu eyleme dayanmakta, davranışlar arkasında yatan teşebbüsler arasındaki bağlantı (anlaşma, uyumlu eylem yahut teşebbüs birliği kararı), Kurul gibi uzman kuruluşların derinlemesine ve özel yetkiyi gerektirir incelemeleri olmaksızın tespit edilememektedir.

Aynı zorluk, RKHK m. 6 bakımından da söz konusudur. Bu konuda örneğin hâkim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilen mal vermeyi reddetme eyleminin, rekabet ihlâli oluşturabilmesinin unsurları ele alındığında, bu tür eylemlere maruz kalanların durumu daha net bir şekilde anlaşılacaktır. Kurul ve Danıştay kararlarına bakıldığında mal vermeyi reddetmenin ihlâl teşkil edebilmesi için; mal vermeyi reddeden şirketin hâkim durumda bulunması, mal vermeyi reddetme davranışının olması, bunun objektif haklı gerekçelere dayanmaması ve rekabeti kısıtlayıcı etkisinin ortaya çıkması gerekecektir. Zarara uğrayan kişilerin, bu unsurların tamamının somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit edebilmeleri, son derece zordur. Özellikle, reddetme eyleminin objektif haklı gerekçelere dayanmaması şartının, hâkim teşebbüse ilişkin ciddi ve ayrıntılı araştırma yapılmaksızın gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespit edilmesi neredeyse imkânsızdır. İşte burada, Kurul'un soruşturma açması ve inceleme yaparak karar vermesi, ihlâlin varlığını belirleme bakımından son derece önem arz etmektedir.

Nitekim Yargıtay da, yukarıda yer verdiğimiz kararlarında (Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 23.06.2006 tarih ve 2005/3755 E., 2006/7408 K.; Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 01.11.1999 tarih ve 3350/6364 sayılı kararları), tazminat davalarında Rekabet Kurulu'na başvuruyu şart koşması ve hatta Kurul kararı olmaksızın açılan davaların mevsimsiz olduğunu belirtmesi de bu hususu doğrulamaktadır.

2. Rekabet İhlâli Teşkil Eden Davranışların TBK'da Değinen Haksız Fiillerden Ayrıldığı Noktalar

Türk Borçlar Kanunu'nun haksız fiile ilişkin zamanaşımı süresini (TBK m. 72), zararın ve failin öğrenilmesinden itibaren başlatması, fiile temel teşkil eden eylemlerin hukuka aykırı olduğunu zarara uğrayanların ilk etapta tespit etmelerinin son derece kolay olduğu gerçeğine dayanmaktadır. Gerçekten de TBK'nın ortaya koyduğu

varsayım, bir kişinin son derece basit bir değerlendirmeye hukuka aykırı görebileceği davranış üzerine oturtulmuştur. Bu varsayıma temel teşkil eden davranışlar; bir kişinin başkasının malına zarar vermesi, diğerini yaralaması gibi genel davranış kurallarına aykırılık teşkil eden eylemlerdir. Haksız fiilde hukuka aykırılığın, genel davranış kurallarına aykırılık şeklinde ortaya çıkacağı doktrin tarafından oybirliğiyle kabul edilmektedir. İşte mesele, genel davranış kurallarına aykırılık olduğundan, bunun hukuka aykırılığının bilinmesi de son derece kolaydır ve o yüzden zamanaşımı süresi, zararın ve failin öğrenilmesinden itibaren başlatılmıştır.

Aynı varsayım, rekabet ihlalleri bakımından söz konusu değildir. Rekabet ihlallerinin gösterdiği karmaşık yapı, ihlalin unsurlarının belirlenmesinin ayrıntılı bir analizi gerektirmesi ve rekabet hukukunun yeni bir hukuk dalı olması hasebiyle teşebbüsler nezdinde tam olarak algılanamaması gibi sebepler, zarara uğrayanlar bakımından karşılaşılan güçlüklerdir. Yaşanan bu zorluklar, ihlalin varlığının ve şartlarının oluştuğunun tespit edilmesini önemli kılmaktadır. Bu noktada da, Rekabet Kurulu'nun ve idare mahkemelerinin (RKHK m. 55) kararları, son derece önem arz etmektedir.

Haksız fiil hukukunda, iki yıllık zamanaşımı süresinin zararın ve failin öğrenilmesinden itibaren başlatılması (TBK m. 72), fiilin hukuka aykırı olduğunun bilinmesi şartının dışlandığı anlamına gelmemektedir. eBK m. 41'deki "haksız bir surette", TBK m. 49'daki "hukuka aykırı bir fiille" şeklinde ifade edilenler, haksız fiilin bir unsurudur. eBK m. 41'in kenar başlığı "mesuliyet şeraiti"dir. Dolayısıyla tazminat davası açacakların, ilk olarak değerlendirmeleri gereken konu, fiilin hukuka aykırılığı, haksız olduğu noktasında olacaktır. Bu tür bir inceleme yapmaksızın, bir başkası tarafından zarara uğrayan herkesin, zararı ve faili tespit ettikten sonra dava açması gerektiğini ileri sürmek, hem eBK ve TBK'nın sistematğine hem de hayatın olağan akışına aykırıdır. İşin esasında, yukarıda belirttiğimiz üzere, eBK m. 60'ta ve TBK m. 72'de zamanaşımı başlangıcının, zararın ve failin öğrenilmesinden itibaren başlatılması, davacıların genel davranış kurallarına aykırılık şeklinde ortaya çıkan eylemlerin, hukuka aykırılığını, haksız bir surette işlendiğini rahatlıkla değerlendirebilecekleri varsayımına dayanmaktadır. Bu varsayımın geçerli olmadığı her tür olasılıkta, fiilin hukuka aykırılığının tespiti, zamanaşımı süresinin başlangıcı bakımından özellikle önem taşımaktadır.

3. Zamanaşımı Süresinin Kurul Kararının Kesinleşmesinden İtibaren Açılması Gerekliği

Yukarıda değindiğimiz üzere rekabet ihlali teşkil eden davranışlar; son derece karmaşık bir yapı göstermektedir. Üstelik zarara uğrayan teşebbüslerin, fiilin hukuka aykırılığını değerlendirebilmeleri ve tespit edebilmeleri, her zaman imkân dâhilinde değildir. Rekabet ihlaline ilişkin soruşturmanın re'sen başlatıldığı ve yürütüldüğü

hallerde bu açmaz daha barizdir. Kaldı ki, bir an için dava açıldığını varsaydığımızda dahi, Rekabet Kurulu'nun ihlâlin yokluğuna karar vermesi ve kararın mahkeme yoluyla kesinleşmesi yahut Kurul'un ihlâlin varlığına ilişkin kararının mahkeme kararıyla iptali her zaman mümkündür. Bu ihtimal, teşebbüsleri tereddüt içerisinde bırakmakta ve dava sonucundaki yargılama masrafları, dava açmamaya onları yöneltebilecektir. Dava açma konusunda asıl caydırıcı etkenlerden biri de zamanaşımı süresi ve başlangıcı ile ilgili belirsizliktir.

Oysaki rekabet hukukunun etkin bir şekilde uygulanabilmesi için tazminat davaları önem taşımaktadır. Rekabet Kurulu'nun bütün rekabete aykırılıkları tespit etmesi ve her biri için kapsamlı incelemeler yapması, mevcut yapı içerisinde mümkün gözükmemektedir. İşte burada kişilerin, ihlâller karşısında tazminat davaları açabilmeleri teşvik edilmelidir. Bu bağlamda, uzun zamanaşımı süreleri ile zamanaşımı sürelerinin başlangıcının rekabet otoriteleri kararı ile ilişkilendirilmesi söz konusu teşvikin somut desteklerinden birini oluşturacaktır.

Üstelik Yargıtay da (Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 23.06.2006 tarih ve 2005/3755 E., 2006/7408 K.; Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 01.11.1999 tarih ve 3350/6364 sayılı kararları), tazminat davalarında Rekabet Kurulu'na başvuruyu şart koşmuş ve hatta Kurul kararı olmaksızın açılan davaların mevsimsiz olduğuna hükmetmiştir. Bununla birlikte Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 30.03.2015 tarih ve 2014/13296 E., 2015/4424 K. ile 27.10.2015 tarih ve 2015/3450 E., 2015/11139 K. sayılı kararlarında, doğrudan olmasa da zamanaşımı sürelerinin Rekabet Kurulu'na başvuruyla birlikte başlayacağını belirtmiştir. Bu son iki kararıyla Daire, önceki kararlarından kısmen dönmüş gibi gözükmemektedir. Zira ilk kararlar dikkate alındığında tazminat davalarının ancak Kurul kararından sonra açılabileceği izlenimi doğmaktadır. Bununla birlikte son iki kararda davalar, Kurul kararı gerekmeksizin açılabilecektir. 11. Hukuk Dairesi'nin bu son iki kararı, beraberinde konumuz dışında olan başka konuların da tartışmaya açılması sonucunu doğuracaktır. Şöyle ki tazminat davalarına bakan mahkemelerin, Rekabet Kurulu kararıyla bağlı olup olmayacakları meselesi gündeme gelecektir. Yargıtay'ın bu son yaklaşımı paralelinde artık mahkemelerin, Kurul kararını beklemelerinin gerekmediği şeklinde bir sonuca varılması da mümkündür.

Tüm bunlarla birlikte, yukarıda yer verdiğimiz gerekçeler kapsamından, rekabet ihlâlinin kaynaklı tazminat davalarına ilişkin zamanaşımı süresinin, Kurul kararının kesinleşmesinden sonra başlaması gerektiği kanaatindeyiz. Bu kanaatimiz, soruşturmanın re'sen başlatılması ve dava hakkı olan kişinin, dava açma şartlarının varlığına kesinleşen kararlarla birlikte muttali olması durumunda evleviyetle geçerlidir. Esasen, 4054 sayılı Kanun'da herhangi bir özel hüküm bulunmaması, TBK m. 72'de cezayı gerektirir fiiller için zamanaşımı süresinin ceza zamanaşımına bağlanması da, vardığımız bu sonucu desteklemektedir ²⁶.

²⁶ Esasen, Yargıtay 11. HD'nin son iki kararındaki (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 30.03.2015 ta-

Ancak de lege ferenda, 4054 sayılı Kanun'da tazminat davaları için uzun bir sürenin belirlenmesi (beş yıl olabilir) ve bu sürenin Kurul kararının kesinleşmesinden itibaren başlatılması yönünde bir düzenleme, bu tartışmaların önemli ölçüde ortadan kaldırılması bakımından isabetli olacaktır.

rih ve 2014/13296 E., 2015/4424 K. ile 27.10.2015 tarih ve 2015/3450 E., 2015/11139 K. sayılı kararları) sayın Hafize Gülgün Vuraloğlu'nun (bir kararda sayın Mustafa Acır ile birlikte) nitelikli muhalefet şerhi de bu sorunu önemli ölçüde ortaya koymaktadır. Bu görüşlerde özetle; "818 sayılı BK'nun 60/2. maddesine göre somut olayda ceza zamanaşımı uygulanacak olup, bu konuda sayın çoğunluğun kararına iştirak ediyorum. Ancak Dairemiz değerli çoğunluğunun, zamanaşımının davacının Rekabet Kurumu'na başvurduğu tarihte işlemeye başladığına dair görüşüne katılmıyorum. Zamanaşımı süresinin başlangıcına esas teşkil eden öğrenme anı "zararın varlığını ve hem de zarardan sorumlu olan şahsın kimliğini" öğrenme anıdır. Öğrenme olgusu ne zaman ve hangi koşullar çerçevesinde gerçekleşmiş sayılmalıdır? Zararın öğrenilmesinden maksat, zarar verici olayın (fiilin) varlığının öğrenilmesi değil, zararın varlığı, niteliği, tam kapsamı, boyutu ve esaslı unsurları hakkında, zarardan sorumlu şahıs aleyhine dava açmaya, bu davayı güçlü bir şekilde desteklemeye ve davayı sağlam gerekçelere dayandırmaya imkan sağlayacak derecede yeterli bilgiye sahip olunması demektir. Bunlar kesin bir şekilde öğrenilmedikçe, zarar gören, dava yoluyla talep edebileceği tazminatın hukuki dayanağını ve şartlarını doğru değerlendiremez ve sonuçta dava açıp açmama konusunda sağlıklı bir karar veremez. Haksız fiil için, davacıya yönelik fiilin "hukuka aykırı" olması gerekir. Ülkemizde, rekabete aykırılık tarzında ortaya çıkan fiillerde, fiilin rekabet hukuku kurallarına ve bu konudaki kanun hükümlerine aykırı olup olmadığını, yani fiilin "hukuka aykırılık" unsurunu taşıyıp taşımadığını belirleyecek yegane makam ise Rekabet Kurumu bünyesindeki Rekabet Kurulu'dur. Bu halde, fiilin hukuka aykırılığını saptama konusunda yetkili tek merci olan Rekabet Kurulu tarafından ortada rekabet kurallarını ihlal eder nitelikte "hukuka aykırı bir fiil" bulunduğu tespit edilmeden zarar gören şahsın yine de kendi anlayış ve kavrayış biçimine göre durumu takdir (!) ederek dava açmasını beklemek söz konusu olamaz. Bu durumda zararın öğrenilmesi anının Rekabet Kurulu kararının tebliğ anı olarak kabul edilmesi düşünülebilir. Ancak Yasa'nın 55. maddesine göre Kurul kararı hakkında Danıştaya başvurulabilir. Danıştayca karar onanabilir, gerekçe ilave edilerek veya gerekçe değiştirilerek onama kararı verilebilir. Gerekçe ilavesi ve gerekçenin değiştirilmesi halinde bu gerekçelerin de doğru dava açılması için bilinmesi gerekir. Diğer taraftan kararın bozulması da mümkündür. Bu halde ise beyhude yere dava açılmış olacaktır. Bu nedenlerle doğru temele dayanan bir davanın açılabilmesi için Kurul kararının kesinleşmesi gerekir. Nitekim, Yargıtay uygulamasında 4054 sayılı Yasa hükümlerine göre tazminat talep edilebilmesinin koşulu Kurul kararı olmasıdır. (Dairemizin 23.06.2010 gün ve 2005/3755-7408 sayılı, 05.10.2009 gün 2008/5575-10045 sayılı kararları-19. Hukuk Dairesi'nin 01.11.999 gün 999/3350-6364 sayılı kararı.) Somut olayda ceza verilmesine ilişkin Kurul kararı 26.08.2009 tarihli'dir. (Ceza tertibine yer olmadığına dair ilk kararı Danıştay 13. Dairece iptal edilmiş ve 15.12.2011'de kesinleşmiştir.) Açıklanan nedenlerle ceza zamanaşımının uygulanması gerektiğine ve zamanaşımının dolmadığına ve bu nedenle netice olarak, kararın davacı yararına bozulmasına dair karara katılmıyorum. Zamanaşımının başlangıç tarihi bakımından sayın çoğunluğun görüşüne katılmıyorum."

SÖZLEŞMENİN UYARLANMASINDA SONRADAN DEĞİŞEN ŞARTLAR VE ÖNGÖRÜLEMEZLİK İLKESİ

(Changing Conditions in The Adaption of The Contract and The Principle of Unpredictability)

Ar. Gör. Ümmühan KAYA*

ÖZET

Sözleşmeler hukukuna hâkim olan en önemli ilkelerden biri ahde vefa ilkesidir. Bu ilkeye göre sözleşmenin tarafları her durumda sözleşmeye riayet etmeli, ona sadık kalmalıdır. Bu ilkenin sınırını ise sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması oluşturur. Sözleşmenin kurulduğu andaki şartlar sonradan esaslı olarak değişirse taraflar sözleşmenin uyarlanmasını talep edebilirler. Uyarlamanın söz konusu olabilmesi için en önemli şartlardan bir diğeri de bu değişikliğin öngörülemez olmasıdır. Sözleşmenin uyarlanması taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinin olduğu ayakta tutulması esasına dayanır.

Anahtar kelimeler: Sözleşmenin Uyarlanması, Öngörülemezlik İlkesi, Değişen Şartlar, Clausula Rebus Sic Stantibus, Ahde Vefa İlkesi.

Abstract

Pacta sunt servanda is one of the most important principles which predominate law of contracts. According to this principle contracting parties should in any case conform to the contract, should abide by it. Rebus sic Stantibus constitute the boundary of this principle. If conditions at the moment of signing of the contract afterwards essentially change parties may claim the contract's adaption. Apart from this, the unpredictable qualification of the change is one of the most important clause to be able to discuss about adaption. Adaption of contract is based on the basis of sustaining the contractual relationship between parties as far as possible.

Keywords: Adaption of Contract, The Principle of Unpredictability, Changing Conditions, Clausula Rebus Sic Stantibus, Pacta Sunt Servanda.

* Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

GİRİŞ

Sözleşme özgürlüğü ilkesi uyarınca taraflar sözleşmenin içeriğini diledikleri gibi belirleyebilirler. Serbestçe belirlenen sözleşme (sinallagmatik sözleşmeler) hükümlerinin taraflar arasında edim-karşı edime¹ ilişkin bir denge unsurunu barındırdığı kabul edilir². Bu ilke beraberinde tamamlayıcısı olan ahde vefa ilkesini (pacta sunt servanda) getirmektedir. Hukuki güvenliği sağlamak amacıyla taraflarca belirlenmiş sözleşme hükümlerine tarafların bağlı kalması beklenir³. Ancak, bazen sözleşmenin

¹ Serbest piyasa ekonomisinin hâkim olduğu Alman, İsviçre ve Türk hukuk sistemlerinde sözleşmenin taraflarından birinin diğerine nazaran daha fazla yükümlülük altına girmesi yasaklanmış değildir. Yani bu sistemlerde edim ve karşı edimin birbirine eşit olması zarureti söz konusu olmaz. Tarafların sözleşme özgürlüğü ilkesi uyarınca belirledikleri bedel, adil ve doğru bedeldir (BUZ, Vedat; “*Gabin Halinde Edimler Arasındaki Aşırı Oransızlığın Giderilerek Sözleşmenin Ayakta Tutulması*”, **BATİDER**, C. XIX, S. 4, 1998, s. 59, 60).

² CASHIN-RITAINE, Eleanor; “*Emprevizyon, Hardship ve İşlem Temelinin Çökmesi: Pacta Sunt Servanda ve Alman-Fransız Hukuki İlişkilerinde Sözleşmelerin Uyarlanmasına Giden Yollar*”, Çev. Başak Baysal, **İÜHFMD**, C. 63, S. 1-2, 2005, s. 324; TEICHMANN, Arndt (Bearbeitet von GSELL, Beate/GRÖSCHLER, Peter); **Bürgerliches Gesetzbuch Schuldrecht Band 5/1a: § 311, 311a-c, 313, 314**, 13. Aufl., Stuttgart 2014, § 313 N. 3; SEROZAN, Rona; “*Karşılıklı Sözleşmelerde Baştan Dayatılmış veya Sonradan Oluşmuş Edimler Arası Dengesizliğin Uyarlama Yoluyla Düzeltilmesi*”, **M. Kemal OĞUZMAN’ın Anısına Armağan**, İstanbul 2000, s. 1013; EREN, Fikret; **6098 Sayılı Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 18. Baskı, Ankara 2015, s. 298; ARAT, Ayşe; **Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması**, Ankara 2006, s. 29.

³ LARENZ, Karl; **Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung**, 3. Aufl., München und Berlin 1963, s. 161; BISCHOFF, Jacques; **Vertagsrisiko und Clausula Rebus Sic Stantibus**, Zürich 1983, s. 7-8; LEMBKE, Gerd; **Vorhersehbarkeit und Geschäftsgrundlage: Eine Untersuchung über die Bedeutung der Vorhersehbarkeit und der Erkennbarkeit für den Rechtsbehef des Fehlens oder Wegfalls der Geschäftsgrundlage**, Duisburg 1991, s. 101; TEICHMANN/ GSELL/GRÖSCHLER, § 313, N. 1; THILO, Emile; “*Laesio Enormis ve Clausula Rebus Sic Stantibus ile Bir Para Borcunda Mücbir Sebep Hakkında Not*”, Çev. Bülent N. Esen, **İÜHFMD**, C. 1, S. 3, 1935, s. 346; TUNÇOMAĞ, Kenan; “*Alman Hukukunda Borcun İfasında Aşırı Güçlük (Muamelenin Temeli) ile İlgili Objektif Görüşler*”, **İÜHFMD**, C. 32, S. 2-4, 1966, s. 885; EREN, s. 481-482; KAPLAN, İbrahim; **Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi**, 2. Baskı, Ankara 2007, s. 117; BAYSAL, Başak; **Sözleşmenin Uyarlanması**, İstanbul 2009, s. 5; TOPUZ, Seçkin; **Türk-İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda Denge Bozulması ve İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahale**, Ankara 2009, s. 64, 65; İMRE, Zahir; “*Türk Medeni Hukukuna Göre Hâkimin İktisadi Meseleler Karşısında Durumu*”, **K. Fikret Arık’a Armağan**, Ankara 1973, s. 187; BAYGIN, Cem; **Yabancı Para Üzerinden Borçlanmalar ve Hukuki Sonuçları**, İstanbul 1997, s. 137, 138; SELİÇİ, Özer; **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, İstanbul 1976, s. 196; TEZCAN, Mehmet; **Clausula Rebus Sic Stantibus İlkesi ve Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2004, s. 5; ARAT, s. 51. Sözleşme ilişkisinin sonucunda taraflar bu sözleşmeden bir yarar elde etmeyi umar, ancak zarar ihtimali de her koşulda göz önünde bulundurulmalıdır. Sözleşmenin ifasında değişik etkenler sonucu taraflardan biri zarara uğrarsa bu taraf sözleşmeyle bağlı kalmak istemediğini ileri süremez, ahde vefa ilkesi uyarınca zarara da uğrasa bu ilişkiyi devam ettirmek zorundadır (GÜRİSOY, Kemal Tahir; **Hususi Hukukda Clausula Rebus Sic Stantibus (Emprevizyon Nazariyesi)**, Ankara 1950, s. 90; OFTINGER, Karl; “*Cari Akitlerin Temellerinde Buhran İcabı Tahavvül (Clausula Rebus Sic Stantibus Hakkında)*”, Çev. Bülent Davran, **İÜHFMD**, C. 8,

kurulduğu sıradaki şartlar ilerleyen zamanlarda öyle değişir ki artık borçludan edimini ifa etmesini beklemek, sözleşme adaletine (dolayısıyla dürüstlük kuralına) aykırılık teşkil eder⁴. Bu durumda, bir yanda her ne olursa olsun sözleşmeye sadık kalmayı gerektiren ahde vefa ilkesi yer alırken diğer yanda ise değişen şartlar neticesinde taraf edimleri arasındaki adillik ölçüsünün kaybolması söz konusudur. Birbirine aykırı görünen bu iki ilke sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması yoluyla bağdaştırılabilir⁵. Bir başka perspektiften düşünüldüğünde, sözleşmenin uyarlanması ve sözleşmeye güven ilkeleri birbirini bertaraf eden ilkeler değildir. Zira tarafların değişen şartlar karşısında yerine getirmek durumunda kaldıkları yükümlülük, sözleşmeye güvenerek planladıkları ve üstlendikleri yükümlülüğün önemli ölçüde farklılık arz ettiğinden burada sözleşmeye güven ilkesi de anlamını yitirmektedir⁶.

Nihayetinde sözleşmenin uyarlanması, imkânsızlık söz konusu olmadığı müddetçe geçerliliğini sürdüren sözleşme ilişkisinin, imkânsızlık boyutuna ulaşmadan önce hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda (borçludan borcun ifasının dürüstlük

S. 3-4, 1942, s. 612; ERZURUMLUOĞLU, Erzan; **Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Borçluya Yüklenemeyen Nedenlerden Dolayı Edimin Yerine Getirilememesi**, Ankara 1970, s. 68).

⁴ OERTMANN, Paul; **Die Geschäftsgrundlage**, Leipzig 1921, s. 138; TEKİNAY, Selahattin Sulhi; AKMAN, Sermet; BURCUOĞLU, Haluk; ALTOP, Atilla; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, İstanbul 1993, s. 368; EREN, s. 481; OĞUZMAN, Kemal; ÖZ, Turgut; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 12. Baskı, C. I, İstanbul 2014, s. 203, 580-581; KAPLAN, s. 117-119; SEROZAN, **Edimler Arası Dengesizlik**, s. 1014-1018; TUNÇOMAĞ, **Aşırı Güçlük**, s. 885; GÜLEKLİ, Yeşim; “*Aşırı İfa Güçlüğü ve Alacaklının Tasavvurunun Boşa Çıkması Halinde İşlem Temelinin Çökmesi Öğretisi*”, **İÜMHAD**, C. 15, S. 18, 1989-1990, s. 43; SCHWARZ, Andreas B.; “*Harbin Hususi Akitler Üzerindeki Tesiri*”, Çev. Hikmet Belbez, **Adliye Dergisi**, S. 2, 1944, s. 190; AKMAN, Sermet; “*Karşılaştırmalı olarak Alman ve İsviçre-Türk Hukuklarında Yüksek Oranlı Enflasyonun Para Borçlarına Etkisi ve Bu Konudaki Yargısal Kararlar*”, **İBD**, C. 63, S. 10-12, 1989, s. 626; DOĞANAY, İsmail; “*Sözleşme Yapıldıktan Sonra Devalüasyon Sebebiyle Para Değerinde Meydana Gelen Büyük Değişiklikler, Akdin Yerine Getirilmesine Mani Olur mu?*”, **Yargıtay Dergisi**, C. I, S. 4, 1975, s. 27; DURAL, Mustafa; **Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (BK 117)**, İstanbul 1976, s. 29; TEZCAN, s. 7.

⁵ BAYGIN, s. 138; SEROZAN, Rona; **Borçlar Hukuku Genel Bölüm: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, C. III, İstanbul 2009, s. 264; DOĞANAY, s. 31-32; ATABEK, Reşat; “*Uzun Süreli Sözleşmelerde Yeni Durumlara Uyum*”, **BATİDER**, C. XII, S. 4, 1984, s. 89; ERZURUMLUOĞLU, s. 53; TEZCAN, s. 7. Y. 3. HD., 30.05.2012 T., 2012/8973 E., 2012/13817 K. sayılı karara göre; “*Gerçekten de, sözleşmeye bağlılık ilkesi, hukuki güvenlik, doğruluk, dürüstlük kuralının bir gereği olarak sözleşme hukukunun temel ilkesini oluşturmaktadır. Ancak bu ilke özel hukukun diğer ilkeleriyle sınırlandırılmıştır. Sözleşme yapıldığında karşılıklı edimler arasında mevcut olan denge sonradan şartların olağanüstü değişmesiyle büyük ölçüde taraflardan biri aleyhine katlanılamayacak şekilde bozulabilir. İşte bu durumda sözleşmeye bağlılık ve sözleşme adaleti ilkeleri arasında bir çelişki hasıl olur ve artık bu ilkeye sıkı sıkıya bağlı kalmak adalet, hakkaniyet ve objektif hüsnüniyet kaidelerine aykırı bir durum yaratır hale gelir. Hukukta bu zıtlık (Clausula Rebus Sic Stantibus-Beklenemeyen Hal Şartı- sözleşmenin değişen şartlara uydurulması) ilkesi ile giderilmeye çalışılmaktadır.*” (**Yargıtay Kararları Dergisi**, C. 38, S. 10, Ekim 2012, s. 1892-1893.)

⁶ TEICHMANN/GSELL/GRÖSCHLER, § 313, N. 3.

kuralına göre beklenemeyeceği) da sona erebileceği veya değişikliğe uğrayabileceği esasına dayanır⁷.

Taraflarca belirlenen sözleşme hükümlerinde sonradan değişen şartlara yönelik bir uyarlama hükmü varsa yahut kanunda özel olarak o sözleşmenin uyarlanması düzenlenmişse bu halde yapılacak uyarlama gerçek anlamda bir uyarlama değildir. Zira hâkim burada ya sözleşmede ya da kanunda öngörülen hükmü uygulamaktadır⁸. Örneğin savaş halinde sözleşmenin sona ereceği kararlaştırılmışsa görünürde bir uyarlama probleminden bahsedilemez. Ancak gerek sözleşmede gerek kanunda uyarlamaya ilişkin bir düzenleme bulunmuyorsa bu durumda değişen şartların sözleşmeye etki edip edemeyeceği, etki edecekse hangi şartların sözleşmenin uyarlanması sonucunu doğuracağı hususları problemin temelini oluşturmaktadır.

II. İşlem Temeli Öğretisi

Sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması sorunu Birinci Dünya Savaşı'ndan sonra Alman mahkeme kararlarına konu olmuştur. Değişen şartların sözleşmeye etkisinde ilk olarak, sözleşmenin kurulmasından sonra mevcut şartlar önemli ölçüde değişmişse bu durumda taraflar sözleşmeyle bağlı olmamalıdır, fikri ortaya atılmıştır. Clausula Rebus Sic Stantibus adıyla anılan bu teoriye göre sözleşmeler, kuruluş sırasındaki şartların büyük ölçüde değişmemiş olması örtülü şartına bağlı olarak geçerliliğini sürdürür. Şartlar önemli ölçüde değişmişse sözleşmenin aynı şartlarda uygulanmasından bahsedilemez⁹. Ancak bu teori Alman mahkemeleri tarafından kural olarak kabul edilmemiştir¹⁰. Birinci Dünya Savaşı ve sonrasındaki ekonomik kriz nedeniyle sözleşme ilişkilerindeki dengenin alt üst olmasına da göz yumamayan Alman mahkemeleri ilk önce iktisadi imkânsızlık (wirtschaftliche Unmöglichkeit) kavramını esas alarak çözüm bulmaya çalışmıştır¹¹. 1922 yılından itibaren ise sözleş-

⁷ SCHWARZ, s. 193; GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat; **Hukuki Mesuliyet Bakımından Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller**, Ankara 1977, s. 169; ARAT, s. 29.

⁸ EREN, s. 482 vd.

⁹ GÖRK, Stefan; **Deutsche Einheit und Wegfall der Geschäftsgrundlage**, München 1995, s. 6-7, 9-10; LEMBKE, s. 60; SARIAL, Enis; "*Beklenmeyen Halin Sözleşmeye Etkisi II*", **Yargı Dergisi**, Nisan 1980, s. 25; BISCHOFF, s. 109; TEICHMANN/GSELL/GRÖSCHLER, § 313, N. 5; LARENZ, s. 11; İMRE, s. 188; von TUHR, Andreas; **Borçlar Hukukunun Umumi Kısım**, Çev. Cevat Edege, C. II, İstanbul 1953, s. 692; DURAL, s. 29; TUNÇOMAÇ, **Aşırı Güçlük**, s. 888-889; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 1005; SCHWARZ, s. 190; EREN, s. 481; AKYOL, Şener; **Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasası**, 2. Baskı, İstanbul 2006, s. 85; OFTINGER, s. 616; ERZURUMLUOĞLU, s. 54; OĞUZMAN/ÖZ, s. 203; DOĞANAY, s. 30; ARAT, s. 52-54; GÜLEKLİ, s. 54-55; GÖZÜBÜYÜK, s. 169; TEZCAN, s. 12-14; ERMAN, s. 33.

¹⁰ RGZ 21, 178-180, U.v. 19.06.1888; TEICHMANN/GSELL/GRÖSCHLER, § 313, N. 23; GÖRK, s. 7; DURAL, s. 50.

¹¹ RGZ 98, 18-22, U.v. 02.12.1919; KRÜGER, Wolfgang; **Münchener Kommentar zum Bür-**

menin kurulmasından sonra değişen şartların sebep olduğu uyumsuzluklarda Alman hukukçu Oertmann tarafından geliştirilen işlem temeli kavramına yer verilmiştir¹². İşlem temeli (Geschäftsgrundlage), “sözleşmenin asıl içeriğine dâhil olmamakla birlikte sözleşmenin kurulması aşamasında ortaya çıkan ve işlem iradesinin dayanağı olan belirli koşulların varlığına veya gelecekte ortaya çıkmalarına ilişkin ortak tasavvurlar” olarak tanımlanmaktadır¹³. Sözleşmenin temelini oluşturan unsurlar, sonradan ortaya çıkan esaslı değişiklikler nedeniyle taraflardan biri için artık katlanılamaz şekilde bozulmuşsa yahut ortadan kalkmışsa bu durumda işlem temelinin çökmesinden bahsedilir¹⁴.

gerlichen Gesetzbuch: Band 2-Schuldrecht Allgemeiner Teil §§ 241-432, 6. Aufl., München 2012, § 313, N. 2; LARENZ, s. 1, 54; TEICHMANN/GSELL/GRÖSCHLER, § 313, N. 23; GÖRK, s. 10; TUNÇOMAĞ, Kenan; “Borcun İfasında Aşırı Güçlük ve Alman Yargıtayı”, **İÜMHAD**, C. I, S. 1, 1967, s. 87-108; ARAT, s. 26; TEZCAN, s. 19-20; DURAL, s. 50-51.

- ¹² MünchenerKommentar/KRÜGER, § 313, N. 22; TEICHMANN/GSELL/GRÖSCHLER, § 313, N. 24; LARENZ, s. 5, 82-83; RÖSLER, Hannes; “Alman ve Uluslararası Sözleşme Hukukunda Değişen ve Öngörülemeyen Koşullar”, Çev. Tülay AYDIN-ÜNVER, **İÜHF**, C. 66, S.1, 2008, s. 355; GÖRK, s. 10; OFTİNGER, s. 603- 604, 615; SCHWARZ, s. 194; TUNÇOMAĞ, **Aşırı Güçlük**, s. 887-888; İMRE, s. 188; ERMAN, s. 45; GÜLEKLİ, s. 58; SELİÇİ, **Sürekli Borç**, s. 194; ARAT, s. 58; TOPUZ, s. 107 vd.; ERZURUMLUOĞLU, s. 58. İngiliz hukukunda özellikle 1902 yılında taç giyme töreninin iptali ile sözleşmenin uyarlanması sorunu yargıya taşınmıştır. Taç giyme töreninin yapılacağı güzergâhta fahiş ücretlerle kiralanan pencere-ler törenin iptal edilmesi sonucunda bir uyumsuzluğa yol açmıştır. Kiraya verenlerin kira bedellerini talep etmesi üzerine çıkan uyumsuzluğa ilişkin verilen kararda kiralanan yerlerin oturmak için değil töreni izlemek için kiralandığı ve bu durumun sözleşmenin esasını teşkil ettiği belirtilmiştir. Bu sebeple kira bedellerinin ödenmemesi gerektiği sonucuna varılmıştır (SCHWARZ, s. 196; GÖZÜBÜYÜK, s. 171; ERMAN, s. 42-43; ARAT, s. 24-25; BAYSAL, s. 155-156). İsviçre doktrininde de sözleşmeye müdahale edilmesi sorunu tartışılmış ve kabul görmüştür (OFTİNGER, s. 598-604; SARIAL, II, s. 24-25). Fransa’da medeni hukuk alanında uzun yıllar doktrin de mahkemeler de ahde vefa kuralına sıkı sıkıya bağlı kalarak sözleşmenin uyarlanmasına karşı çıkmıştır. Ancak son yıllarda Fransız hukukundaki bu katı tutum yumuşamaya başlamıştır (CASHIN-RITAINE, s. 323-324, 335-338; SARIAL, II, s. 24, AKYOL, s. 86). Fransız Danıştay’ı ise değişen şartlar neticesinde sözleşmenin uyarlanmasına sıcak bakmış ve ilk olarak 1916 yılında vermiş olduğu Bordeaux belediyesine ilişkin kararda uyarlamayı kabul etmiştir (SCHWARZ, s. 192; GÖZÜBÜYÜK, s. 173). 1942 tarihli İtalyan Medeni Kanunu’nun 1467. maddesiyle genel nitelikli bir hüküm getirilerek sürekli veya ileri tarihli sözleşmelerde edimin önceden görülemeyen durumlar neticesinde aşırı derecede güçleşmesi halinde sözleşmenin feshedilebileceği düzenlenmiştir (SEROZAN, Rona; **Sözleşmeden Dönme**, İstanbul 1975, s. 368; ERMAN, s. 39). Alman mahkemeleri 1953 yılına kadar işlem temelinin çökmesine dayalı olarak çok istisnai ve münferit olaylarda borcun ifası dürüstlük kuralı uyarınca beklenemiyorsa borçlunun borcundan tamamen kurtulmasına hükmediyorlardı. Buna karşılık 1953 yılında verilen kararlar sözleşmenin mümkün olduğunca ayakta tutulması gerektiği esas alınarak sözleşmenin uyarlanabileceği kabul edilmiştir (LARENZ, s. 108 vd., 116-117).

- ¹³ CASHIN-RITAINE, s. 321; Benzer bir tanım için bkz. RÖSLER, s. 355; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 1005; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip; “İşlem Temelinin Çökmüş Sayılabilmesi İçin Sosyal Felaket Olarak Nitelenebilecek Olağanüstü Bir Olayın Gerçekleşmesi Şart mıdır?”, **M. Kemal OĞUZMAN’ın Anısına Armağan**, İstanbul 2000, s. 506; ARAT, s. 58-59; SELİÇİ, **Sürekli Borç**, s. 194-195; TEZCAN, s. 38. Sübjektif işlem temeli olarak kabul edilen Oertmann’ın tanımı için bkz. Oertmann, s. 37.

- ¹⁴ SEROZAN, **İfa Engelleri**, s. 259; BAYGIN, s. 139; TEKİNAY/ AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 1006.

Bir başka ifadeyle taraflar arasındaki hukuki işlemin üzerine inşa edildiği işlem temeli gerçek durumla uyuşmazsa bu durumda işlem temeli çökmüş kabul edilir¹⁵. İşlem temelinin çökmesi, Alman doktrininde üç ana başlık altında incelenmektedir. Bunlar; sözleşmenin kurulmasından sonra edimler arasındaki dengenin bozulması, edimin ifasının aşırı derecede güçleşmesi ve edim ile izlenen amacın boşa çıkmasıdır¹⁶.

Alman Medeni Kanunu'nda (BGB) 2002 yılında yapılan reformla işlem temelinin çökmesi § 313'de düzenlenmiştir. Nitekim bu düzenlemeden önce de Alman hukukunda BGB § 242 hükmüne yani dürüstlük kuralına dayanılarak tarafların sözleşmenin uyarlanması talep etmesine imkân tanınıyordu¹⁷. BGB § 313'e göre; "(I) Sözleşmenin temeli olan şartlar, sözleşmenin kurulmasından sonra esaslı surette değişirse ve taraflar bu değişikliği öngörmüş olsalardı sözleşmeyi hiç kurmayacak veya başka bir içerikle kuracaklarsa somut olayın tüm şartları, özellikle de akdi veya kanuni risk dağılımı, göz önüne alındığında değiştirilmemiş sözleşmeye bağlı kalınması beklenemiyorsa sözleşmenin uyarlanması talep edilebilir.

(II) Sözleşmenin temelini oluşturan esaslı tasavvurların yanlış olduğunun ortaya çıkması, şartların değişmesi ile eşdeğerdir.

(III) Sözleşmenin uyarlanması mümkün değilse veya bir taraftan beklenebilir değilse mağdur olan taraf sözleşmeden dönebilir. Sürekli borç ilişkilerinde, dönme hakkının yerine fesih hakkı geçer."

Düzenlemenin ilk fıkrasında sözleşmenin uyarlanması için gerekli olan şartlar yer almaktadır. İkinci fıkrada ise temel hatasının söz konusu olduğu durumlarda da sözleşmenin uyarlanmasının mümkün olduğu düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin sebebi, Alman hukukunda, Türk-İsviçre hukukunda olduğu gibi esaslı saik hatasına bağlı temel hatasının, hata hükümleri içerisinde düzenlenmemesidir. Bu düzenleme eksikliği, işlem temelinin çökmesinde ele alınmıştır¹⁸. Türk hukukunda bir görüşe göre temel hatası, en geç sözleşmenin kuruluş anında var olan yanlış tasavvurlara dayanırken gelecekte ortaya çıkacak olaylar için uygulama bulmaz¹⁹. Bizim de ka-

¹⁵ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 507.

¹⁶ TEICHMANN/GSELL/GRÖSCHLER, § 313, N. 70-75; CASHIN-RITAINE, s. 321-322; BAYSAL, s. 151; SEROZAN, *İfa Engelleri*, s. 266; TOPUZ, s. 108. Edimler arasındaki dengenin bozulması ile aşırı ifa güçlüğü hâlleri yakın ilişki içindedir. Çoğu zaman aşırı ifa güçlüğünün ortaya çıkmasıyla edimler arasındaki denge de bozulmuş olur (TOPUZ, s. 55; BAYSAL, s. 154). İsviçre'de baskın görüş, edimler arasındaki dengenin bozulması ve aşırı ifa güçlüğü durumlarında sözleşmenin uyarlanmasını kabul ederken sözleşme ile izlenen amacın boşa çıkması durumunda sözleşmenin uyarlanmasını kabul etmemektedir. Sözleşmeyle izlenen amacın boşa çıkması halleri temel hatası kapsamında çözüme kavuşturulmaktadır (BAYSAL, s. 155-157).

¹⁷ TEICHMANN/GSELL/GRÖSCHLER, § 313, N. 30; MünchenerKommentar/KRÜGER, § 313, N. 23; CASHIN-RITAINE, s. 321; ARAT, s. 26-27; TOPUZ, s. 107 vd.

¹⁸ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 511; ARAT, s. 92.

¹⁹ OĞUZMAN/ÖZ, s. 104-105; SEROZAN, s. 260; BAYSAL, s. 157; ARAT, s. 92.

tıldığımız diğer bir görüşe göre ise gelecekteki tüm olaylar değil, bilakis gelecekte gerçekleşmesi öngörülen belirli olaylar üzerine sözleşme kurulmuşsa ve bu olaylar gerçekleşmemişse bu durumda da hata hükümleri uygulanabilir²⁰, Alman hukukunda ise BGB § 313 düzenlemesiyle hem sözleşme kurulmadan önceki yanlış tasavvurlar hem de sözleşme kurulduktan sonra ortaya çıkan esaslı değişiklikler arasında fark gözetilmemiş, bu iki husus aynı sonuca bağlanmıştır²¹. BGB § 313'ün son fıkrasında uyarlama mümkün değilse sözleşmeden dönülebileceği, sürekli sözleşmelerde ise feshin söz konusu olacağı düzenlenmiştir²².

Uluslararası düzenlemelere de konu olan sözleşmenin uyarlanması, Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri'nin (Principles of European Contract Law (PECL)) 6:111. maddesinde şartların değişmesi başlığı altında düzenlenmiştir. Hükme göre; *“(1) Bir taraf için gerek edim masraflarının artması gerekse karşı edim değerinin azalması sebebiyle ifa daha külfetli hale gelse bile bu taraf yükümlülüklerini yerine getirmek zorundadır.*

(2) Şartların değişmesi sebebiyle sözleşmenin ifası aşırı külfetli hale gelirse, taraflar şu şartlarla sözleşmenin uyarlanması veya sona erdirilmesi amacıyla müzakerelere girişmek zorundadır:

a) şartların sözleşme kurulduktan sonra değişmiş olması

b) şartların değişmesi ihtimalinin sözleşmenin kuruluşu sırasında makul ölçüde dikkate alınabilir olmaması

c) Şartların değişme riskinin sözleşmeye göre, etkilenen tarafa yükletilmemiş olması

(3) Taraflar makul bir süre içerisinde anlaşmaya varamazlarsa, mahkeme:

a) mahkemece belirlenen tarihte ve şartlarla sözleşmeyi sona erdirebilir veya,

b) şartların değişiminden kaynaklanan kazanç ve kayıpları adil ve eşit bir biçimde taraflar arasında paylaştırarak sözleşmeyi uyarlayabilir.

²⁰ EREN, s. 391; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 509-510; DURAL, s. 58; KAPLAN, s. 141; GÜLEKLİ, s. 61.

²¹ TEICHMANN/GSELL/GRÖSCHLER, § 313, N. 78; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 508 vd.; ARAT, s. 91-92; GÜLEKLİ, s. 57.

²² BGB § 314'te ise sürekli borç ilişkilerinin önemli sebeplerle feshi düzenlenmiştir. Hükme göre; *“(1) Her bir sözleşme tarafı fesh süresine uymaksızın önemli sebeplerle sürekli borç ilişkilerini feshedebilir. Fesheden taraftan münferit olayın bütün şartları ve iki tarafın menfaati göz önüne alındığında kararlaştırılan sona ermeye veya fesh süresinin sonuna kadar sözleşme ilişkisinin sürdürülmesi beklenmiyorsa, önemli bir sebep mevcuttur.*

(2) Önemli sebep sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün ihlalinden ibaret olursa, sözleşmenin feshi bu halde bir mehil tayinini veya ihtarin sonuçsuz kalmasından sonra caizdir. Mehil tayini veya ihtar lüzumsuz olursa, § 323'ün 2. fıkrasının 1. ve 2. bendi uygulama bulur. Her iki tarafın menfaatleri göz önüne alındığında derhal feshin haklı bulunduğu özel durumlar varsa, yardım için süre belirlenmesi ve ihtar lüzumsuzdur.

(3) Hak sahibi, fesh sebebinin öğrendikten sonra uygun bir süre içerisinde sözleşmeyi feshedebilir.

(4) Tazminat talep hakkı, sözleşmenin feshi nedeniyle ortadan kalkmaz.”

Her iki durumda da mahkeme, bir tarafın müzakereyi reddetmesi veya dürüstlük kuralına aykırı olarak müzakereleri kesintiye uğratması sebebiyle uğranılan zararın tazminine hükmedebilir.”

Türk hukukunda ilk olarak Danıştay'ın 1940 tarihinde verdiği karar ile idari sözleşmelerde sözleşmenin uyarlanması kabul edildi²³. Türk hukukunda, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girene kadar sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin genel nitelikli bir hüküm bulunmamaktaydı. Bunun yanında özel borç ilişkilerini düzenleyen hükümlerde belirli sözleşmelere ilişkin olarak sözleşmenin uyarlanması imkânı söz konusuydu (örneğin; eser sözleşmesine ilişkin TBK m. 480/II, ürün kirasına ilişkin m. TBK m. 363 vb. hükümler). Sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin genel nitelikli bir hüküm olmadığından dolayı TMK m. 2'ye dayanılarak²⁴ değişen şartlar söz konusu olursa sözleşmenin uyarlanması yoluna gidilebileceği Türk hukukunda kabul edilmişti²⁵. 6098 sayılı TBK'nın yürürlüğe girmesiyle sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması sorunu en azından aşırı ifa gücüğü açısından yasal bir dayanağa kavuşmuştur.

Türk Borçlar Kanunu'nun “aşırı ifa gücüğü” başlığını taşıyan 138. maddesine göre; “Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülme-yen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifasının istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır”.

Alman hukukunda işlem temeli öğretisinin görünüm şekilleri olan edim dengesinin bozulması, aşırı ifa gücüğü ve edim ile izlenen amacın boşa çıkması durumlara

²³ Danıştay 3. Dairesi 01.04.1940 T., 62 sayılı istişari karar (GÖZÜBÜYÜK, s. 182-183; SARIAL, II, s. 25).

²⁴ İsviçre Hukukundaki yaklaşım için bkz. OFTINGER, s. 616-618.

²⁵ OĞUZMAN/ÖZ, s. 581; SCHWARZ, s. 197; ERZURUMLUOĞLU, s. 65 vd.; DOĞANAY, s. 39; BAYGIN, s. 139-140; ATABEK, s. 90; İMRE, s. 188; ARAT, s. 88-89. Y. 3. HD., 30.05.2012 T., 2012/8973 E., 2012/13817 K.; “Tarafların iradelerini etkileyip sözleşmeyi yapmalarına neden olan şartlar daha sonra önemli surette, çarpıcı, adaletsizliğe yol açan olayların gerçekleşmesi ile değişmişse, taraflar artık bu akitlere bağlı tutulmazlar. Değişen bu koşullar karşısında TMK 2. maddesinden yararlanılarak sözleşmenin yeniden düzenlenmesi imkânı hasıl olur.” (Yargıtay Kararları Dergisi, C. 38, S. 10, Ekim 2012, s. 1893.) SCHWARZ ise eser sözleşmesinde uyarlamaya ilişkin TBK m. 480/II hükmünün kıyas yoluyla diğer sözleşme ilişkilerine uygulanmasına bir engel olmadığını ileri sürmüştür (SCHWARZ, s. 198-199). Aynı yönde görüş için bkz. BURCUOĞLU, Haluk; **Hukukta Beklenmeyen Hal ve Uyarlama**, İstanbul 1995, s. 5; DOĞANAY, s. 39-40; AKMAN, s. 626. Aksi görüş için bkz. İMRE, s. 189.

rından²⁶, yalnızca aşırı ifa güçlüğü Türk hukukunda düzenlenmiş, diğer durumlara yer verilmemiştir.

Sözleşmenin kurulmasından sonra değişen şartlar neticesinde uyarlamanın söz konusu olabilmesi hukuk sistemlerinde sıkı şartlara bağlanmıştır²⁷. Öncelikle sözleşmenin kurulduğu andaki şartlar önemli ölçüde değişmiş olmalıdır. Bu değişen şartlar öngörülemez bir nitelik taşımaktadır²⁸ ve değişen durumun gerçekleşmesinde tarafların bir kusuru olmamalıdır²⁹. Borç henüz ifa edilmiş olmamalı yahut bu duruma

²⁶ CASHIN-RITAINE, s. 321; TEICHMANN/GSELL/GRÖSCHLER, § 313, N. 70; BAYSAL, s. 151; SEROZAN, *İfa Engelleri*, s. 266; TOPUZ, s. 108.

²⁷ Y. 13. HD., 13.06.2014 T., 2013/16898 E., 2014/18895 K.; “Yukarıda da değinildiği gibi, şayet bir borcun ifası imkansızlaşmış olmamakla beraber, borçlunun sorumlu olmadığı sebeplerle aşırı derecede güçleşmiş ise, bu durumun borç ilişkisine ne gibi bir etki yapacağı hususunda 818 sayılı Borçlar Kanunu’nda bir hüküm bulunmamaktaydı. 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda ise bu hususta genel bir düzenleme yer almaktadır. TBK m. 138 hükmü, “Aşırı İfa Güçlüğü” kenar başlığı altında, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan bazı durumların sözleşmenin uyarlanması veya sona erdirilmesi sebebi oluşturacağını düzenlemiştir. TBK m. 138 hükmüne göre; sözleşme taraflarından birinin hakime yapacağı başvuru üzerine talep doğrultusunda bir karar verilebilmesi için aşağıdaki şartlar bulunmalıdır.

1) Sözleşme kurulduktan sonra, tarafların edimleri arasındaki denge, borçludan sonuçları yüklenmesi istenemeyecek kadar büyük ölçüde bozulmuş olmalıdır. Şayet aşırı ifa güçlüğü sözleşme kurulduğu sırada da mevcut olup sadece taraflarca bilinmiyorsa, bu TBK m. 138 hükümlerine değil, şartları varsa yanılma (TBK m. 30 vd.) hükümlerine göre iptale konu olabilir. Sonradan ortaya çıkan ifa güçlüğüünün, mutlaka borçlunun ekonomik olarak mahvına veya ağır zararına yol açacak olması gerekmez. Maddede, “kendisinden ifanın istenmesinin dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir” olması yeterli görülmüştür. Elbette bu değerlendirmede, karşı tarafın durumu da göz önüne alınacaktır.

2) Edimlerin dengesindeki değişiklik sözleşme yapılırken öngörülemeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen (Savaş, ekonomik kriz, devalüasyon, tabii afetler, ithal ve ihrac konusunda getirilen yasak ve tahditler gibi) olağanüstü bir durumdan ileri gelmelidir. Bu husus da “Emprevizyon” olarak ifade edilebilir. Maddede her ne kadar “taraflarca öngörülmeyen” denmişse de, olağanüstü olgunun sözleşme kurulurken sadece aşırı ifa güçlüğüne düşen taraf açısından öngörülemez olması yeterli sayılmalıdır. Aşırı ifa güçlüğüne düşenin bu durumu sözleşme yapılırken öngörmediğini ispat etmesi yetmez, bu durum onun için “öngörülmesi beklenemez” olmalıdır. Kendi özensizliği veya dikkatsizliği sebebiyle bu olguyu öngörememişse, 138. maddeden yararlanamayacaktır.

3) Aşırı ifa güçlüğü yaratan olgu borçludan kaynaklanmalıdır. Olgunun kendisinin borçludan kaynaklanmaması yanında, bunun aşırı ifa güçlüğü yaratması da borçludan kaynaklanmamalıdır.

4) Edimler henüz ifa edilmemiş olmalıdır. Kural olarak ifada bulunduktan sonra aşırı ifa güçlüğünden söz ederek uyarılma veya sözleşmeden dönme yollarına başvurulamaz. Ancak, borçlu doğan haklarını saklı tutarak ifada bulunmuşsa, ifadan sonra da bu haklarını kullanabilecektir. Bu takdirde, uyarılmanın sonucuna göre veya sözleşmeden dönme halinde, ifa etmiş bulunduğu edimi sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre kısmen veya tamamen geri isteyebilecektir.” (Hukuk Türk, E.T. 02.05.2015)

²⁸ HAUSHEER, Heinz; AEBI-MÜLLER, Regina E.; **Berner Kommentar, Band: I/1, Einleitung, Art. 1-9 ZGB**, Bern 2012, Art. 2, N. 241, s. 569; RÖSLER, s. 354; SEROZAN, *Edimler Arası Dengesizlik*, s. 1024; BAYSAL, s. 144; EREN, s. 485; OĞUZMAN/ÖZ, s. 206; GÜLEKLİ, s. 48; SEROZAN, *İfa Engelleri*, s. 264-266; DOĞANAY, s. 32.

²⁹ KRAMER, Ernst A.; BRUNO, Schmidlin; **Berner Kommentar: Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR**, Band VI/1/1, Bern

ilişkin haklar saklı kalmak kaydıyla ifa edilmiş olmalıdır³⁰. Son olarak da borçludan ifanın talep edilmesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmelidir³¹. Borçludan ifanın talep edilmesinin beklenilmezliğinde (Unzumutbarkeit) en önemli değerlendirme ölçütü, risk dağılımı ilkesidir³². Uyarlama için gereken tüm şartların bir arada değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira sözleşmenin uyarlanması için gereken şartlar birbirleriyle yakın ilişki içinde bulunmaktadır. Bu nedenle bu şartlardan birinin zayıflığından kaynaklanan açık, diğerinin ağırlığıyla kapatılabilir ve bu durumda da işlem temelinin çökmesinden bahsedilir³³.

III. Sözleşmenin Kurulmasından Sonra Değişen Şartlar

A. Genel Olarak

Sözleşmenin kuruluş aşamasındaki durum sözleşmenin kurulması ile ifası arasında geçen sürede esaslı ölçüde değişmişse değişen şartlar sözleşmenin ifasına etki edecek midir? Bu soruya vereceğimiz yanıt olumlu ise hangi nitelikteki değişen şartlar sözleşmenin uyarlanmasına imkân tanıyacaktır?

Sözleşmenin kurulmasından sonra değişen şartlar, “*sözleşmenin kuruluşu safhasında mevcut olmayan ve o zamanki gerçeklerle bağdaşmayan, ancak sözleşmenin uygulanması yani ifası sırasında ortaya çıkmış olan ve sözleşme bakımından belirli bir önemi haiz bulunan olaylar*” olarak tanımlanabilir³⁴.

Değişen şartların öncelikle sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkması gerekir. Sözleşmenin kurulmasından önce var olan ancak taraflarca bilinmeyen veya yanlış tasavvur edilen şartlar sözleşmenin uyarlanmasına değil irade sakatlıklarına yol açar. Bu durum işlem temelinin çökmesi ile temel hatasına ilişkin uygulama alanını

1986, Art 18, N. 342, s. 142; OERTMANN, s. 176; LARENZ, s. 107-108; BISCHOFF, s. 216-218; RÖSLER, s. 354; MünchenerKommentar/KRÜGER, § 313, N. 75; CASHIN-RITAINE, s. 328; OFTINGER, s. 606; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 368; ATABEK, s. 91; EREN, s. 486; SEROZAN, **İfa Engelleri**, s. 265; KAPLAN, s. 150; GÜLEKLİ, s. 51; OĞUZMAN/ÖZ, s. 206; ERZURUMLUOĞLU, s. 73; AKYOL, s. 94; ARAT, s. 135; BAYGIN, s. 146; GÖZÜBÜYÜK, s. 176; SEROZAN, **Dönme**, s. 368.

³⁰ BernerKommentar/KRAMER, Art 18, N. 345, s. 142; EREN, s. 486; OĞUZMAN/ÖZ, s. 206-207; ARAT, s. 123, 124; BURCUOĞLU, s. 13; BAYGIN, s. 145.

³¹ GÜRİSOY, s. 97-104; BAYSAL, s. 144; GÜLEKLİ, s. 51-52; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 368; SEROZAN, **İfa Engelleri**, s. 266. Borçludan ifanın talep edilmesinin dürüstlük kuralına göre beklenemez olması Alman Yargıtay'ında özel bir önem atfedilmiştir. Alman Yargıtay'ı bir süre borçlu için sözleşmeyle bağlılık dürüstlük kuralına göre beklenemez olmuşsa ancak bu şartta işlem temelinin çöktüğünün kabul edilebileceğini dile getirmiştir (TUNÇOMAĞ, **Alman Yargıtay**, s. 100-103).

³² FIKENTSCHER, Wolfgang; **Die Geschäftsgrundlage als Frage des Vertragsrisikos**, München 1971, s. 44; GÖRK, s. 19; BAYSAL, s. 189 vd.; TOPUZ, s. 234-235

³³ SEROZAN, **İfa Engelleri**, s. 266; BAYSAL, s. 145.

³⁴ KAPLAN, s. 119.

belirler³⁵. Türk-İsviçre hukukunda durum bu olmakla birlikte, Alman hukukunda ise sözleşme kurulmadan önceki yanlış tasavvurlar ile sözleşme kurulduktan sonra ortaya çıkan esaslı değişiklikler aynı sonuca bağlandığından zaman faktörü bir önem taşımaz³⁶. Sözleşmenin kurulmasından sonra değişen her türlü şart sözleşmenin uyarlanmasını gerektirmez. Bunun için değişen şartın esaslı bir değişikliği içermesi gerekir³⁷. Bir değişikliğin esaslı olup olmadığına ilişkin belirleme ise konuya ilişkin asıl sorunu oluşturmaktadır. Değişen şartlarda aranması gereken en önemli özellik bu değişikliğin öngörülemez olmasıdır³⁸.

Sözleşmenin kurulmasından sonra değişen şartlar ile mücbir sebep kavramının bazı durumlarda birbirine oldukça yaklaştığı görülmektedir. Bunun sebebi ise bu iki kavrama yol açan olay gruplarının benzerlik göstermesidir. Örneğin bir sel felaketi olayın özelliğine göre bir mücbir sebep veya sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan esaslı bir değişiklik olarak değerlendirilebilir³⁹. Taraflar bir tarımsal araziden elde edilecek ürünün tamamının satışına ilişkin anlaşmışlarsa ve hasat zamanından önce sel felaketi sonucunda ürün her türlü önlemin alınmasına rağmen tamamen telef olmuşsa bu durumda mücbir sebep söz konusu olur ve borç sona erer (sonraki kusursuz imkânsızlık TBK m. 136/I). Aynı sel felaketi sonucunda ürün tamamen yok olmayıp ürünün araziden toplanması ve alıcıya teslim edilmesi satıcı açısından aşırı güçleşmişse bu durumda ise değişen şartlardan bahsedilir, borç sona ermez, borcun ifası aşırı ölçüde güçleşmiş olur (TBK m. 138).

Mücbir sebep, sözleşme taraflarından bağımsız olarak tamamen dış etkenler sonucunda ortaya çıkan, sözleşme kurulurken öngörülmesi mümkün olmayan, karşı koyulamayan ve borcun ifasını imkânsızlaştıran sebepler olarak tanımlanabilir⁴⁰. Mücbir sebep, değişen şartlara nazaran daha mutlak ve objektiftir. Aynı olay hem mücbir sebep hem de değişen şart olarak değerlendirilebilirken aradaki fark, olayın ortaya çıkış şeklinde ve sözleşmenin ifasına olan etkisinde kendini gösterir⁴¹.

³⁵ HONSELL, Heinrich; VOGT, Nedim Peter; WIEGAND, Wolfgang; **Basler Kommentar-Ob-ligationenrecht I: Art. 1-529 OR**, 5. Aufl., Basel 2011, Art. 18, N. 99; BAYSAL, s. 161; OĞUZMAN/ÖZ, s. 205-206; SEROZAN, **Dönme**, s. 370.

³⁶ TEICHMANN/GSELL/GRÖSCHLER, § 313, N. 78; KOCAYUSUPPAŞAOĞLU, s. 510.

³⁷ MünchenerKommentar/KRÜGER, § 313, N. 58; BISCHOFF, s. 189; TEICHMANN/GSELL/GRÖSCHLER, § 313, N. 68; ARAT, s. 95; BAYSAL, s. 146; ERZURUMLUOĞLU, s. 64; GÖZÜBÜYÜK, s. 159; von TUHR, s. 692; DOĞANAY, s. 32; GÜLEKLİ, s. 48; TOPUZ, s. 228.

³⁸ BAYSAL, s. 160.

³⁹ SARIAL, Enis; “*Beklenmeyen Halin Sözleşmeye Etkisi I*”, **Yargı Dergisi**, Mart 1980, s. 27.

⁴⁰ THILO, s. 349; FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. II, 2. Baskı, İstanbul 1977, s. 226; EREN, s. 557. Mücbir sebebin unsurlarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. SELİÇİ, Özer; “*Özel Hukukta Mücbir Sebep Kavramı ve Uygulanış Tarzı*”, **Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu**, Ankara 1979; SARIAL, I, s. 25; EREN, s. 558 vd.

⁴¹ SARIAL, I, s. 27; EREN, s. 558.

B. Değişen Şartların Özellikleri

1. Değişen Şartların Olağanüstü Nitelikte Olmasının Aranıp Aranmayacağı Sorunu

Sözleşmenin kurulmasından sonra değişen şartların sözleşmenin uyarlanması sonucunu doğurabilmesi için işlem temeline ilişkin hususların esaslı surette farklılaşması gerekmektedir⁴². Hangi nitelikteki olayların sözleşmenin uyarlanması sonucu doğuracağına ilişkin doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan olayların olağanüstü nitelikte olması gerekir⁴³. Öyle ki nadir de olsa karşılaşılabilecek durumlar bu kapsamda değerlendirilmez⁴⁴. Bu görüşün İsviçre hukukundaki en önemli savunucusu olan Bischoff olağanüstü olayı, sosyal felaket olarak nitelendirmektedir⁴⁵. TBK m. 138 düzenlemesinde sözleşmenin uyarlanması için “*olağanüstü durum*” şartı aranmıştır. Türk Borçlar Kanunu’nun ilk tasarı metninde “*sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülmemiş öngörülmesi de beklenmeyen bir durum*” ifadesi kullanılmıştı. Ancak bu ifadenin birçok Kurum ve Üniversite tarafından eleştirilmesi sonucunda⁴⁶ Tasarı’nın son metnine “*olağanüstü durum*” ifadesi eklenmiş ve bu şekliyle kanunlaşmıştır. Yargıtay kararlarında da olağanüstü olay şartının zikredildiği görülmektedir⁴⁷.

Sonradan ortaya çıkan olağanüstü olay toplumun tamamını yahut belirli bir kısmını etkilemiş olmalıdır, yani ferdi aşan bir mahiyet taşımalıdır. Sadece birkaç borçluyu etkileyen olaylar sözleşmenin uyarlanması için yeterli değildir⁴⁸.

Olağanüstü olaylar belirli başlıklara ayrılarak incelenebilir⁴⁹. Bunlardan ilki tabiat olaylarıdır. Sel felaketi, fırtına, deprem, kuraklık, don, çığ vb. olaylar bu tür-

⁴² BISCHOFF, s. 189; ARAT, s. 95; BAYSAL, s. 146; GÜLEKLİ, s. 48.

⁴³ OFTINGER, s. 608; CASHIN-RITAINE, s. 328; TANDOĞAN, Haluk; **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C. II, 5. Baskı, İstanbul 2010, s. 240-241; GÖZÜBÜYÜK, s. 162, 175; SARIAL, I, s. 27; ERMAN, s. 74; OĞUZMAN/ÖZ, s. 206; DOĞANAY, s. 37.

⁴⁴ GÜRSOY, s. 106.

⁴⁵ BISCHOFF, s. 184 vd.

⁴⁶ T.C ADALET BAKANLIĞI; **Türk Borçlar Kanunu Tasarısı Hakkında Gelen Görüşler (15 Şubat-10 Haziran 2005)**, Ankara 2005.

⁴⁷ Y. 3. HD., 30/05/2012 T., 2012/8973 E., 2012/13817 K. (Yargıtay Kararları Dergisi, C. 38, S. 10, Ekim 2012, s. 1894.); Y. 3. HD., 03/07/2012 T., 2012/11928 E., 2012/16705 K.; Y. HGK, 27/01/2010 T., 2010/14 E., 2010/15 K.; 20/04/2009 T., 2009/2290 E., 2009/5422 K.

⁴⁸ BISCHOFF, s. 184; GÜRSOY, s. 106-107; KAPLAN, s. 147; ERMAN, s. 74; BAYGIN, s. 144. GÜRSOY’a göre tek bir ferdi ilgilendiren olaylar sözleşmenin uyarlanmasına değil ancak sözleşmenin feshine sebep olabilir. Bu türden olaylar karşısında sözleşmenin uyarlanabileceğinin kabulü tehlikelidir (GÜRSOY, s. 107).

⁴⁹ BISCHOFF, sosyal felaket olarak nitelendirdiği değişen şartları devlete ilişkin olaylar ve tabiat olayları olmak üzere iki ana başlık altında incelemiştir. Devlete ilişkin olay gruplarını ise savaş ve savaş benzeri olaylar, genel ekonomik krizler, para değerindeki değişimler ile yürürlükteki kanun hükümlerinin değişmesi başlıklarına ayırarak ele almıştır (BISCHOFF, s. 184-189).

dendir⁵⁰. TBK m. 363 hükmünde tarımsal bir taşınmaza ilişkin ürün kiralalarında olağanüstü felaket yahut doğal olaylar nedeniyle her zamanki verim önemli ölçüde azalmışsa bu durumda kiracının kira bedelinde indirim yoluna başvurabileceği düzenlenmiştir. Bir diğer olay grubu ise sosyal olaylardır. Savaş, grev, askeri müdahale durumları da olağanüstü nitelik arz etmektedir⁵¹. En çok karşılaşılan olay grubu ise ekonomik olaylardır. Ekonomik kriz, para değerindeki değişimler, bunun başlıca örnekleridir⁵².

Bir diğer görüşe göre ise sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan olayların olağanüstü bir nitelik taşımasına gerek yoktur⁵³. Bu görüşü savunan Kocayusufpaşaoğlu'na göre temel hatasına ilişkin nitelikler, işlem temelinde de esas alınmalıdır. Temel hatasını belirlemede esas olan şart hataya ilişkin hususun “*iş hayatındaki görüşler ve dürüstlük kuralı*” açısından sözleşmenin iptalini haklı gösterecek bir önem ve ağırlığa sahip olmasıdır. Sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan olayların işlem temelini çökmesine yol açıp açmadığını değerlendirirken de “*iş hayatındaki görüşler ve dürüstlük kuralı*” çerçevesinde değişen şartların işlem temelini oluşturacak ağırlık ve öneme sahip olması, ölçüt olarak alınmalıdır⁵⁴. Temel hatası ile işlem temelini çökmesi kurumlarının uygulanması zaman itibarıyla farklılık göstermektedir. Temel hatası sözleşmenin kurulduğu sırada var olan durumlara ilişkinen işlem temelini çökmesinde sonradan ortaya çıkan durumlar söz konusudur⁵⁵. Ancak salt zaman itibarıyla ortaya çıkan bu farklılık, bu iki kurum için aynı ölçütün kullanılmasına engel olmamalıdır⁵⁶. Bu sebeple nasıl ki temel hatasında hataya düşülen olgunun niteliğinde bir olağanüstülük aranmıyorsa işlem temelini çökmüş sayılabilmesi için

⁵⁰ BISCHOFF, s. 189; GÜRSOY, s. 116; TANDOĞAN, s. 240; ARAT, s. 97; BAYSAL, s. 163; SARIAL, I, s. 26; AKYOL, s. 90; ERMAN, s. 74.

⁵¹ TANDOĞAN, s. 240; GÜRSOY, s. 117; ERMAN, s. 75; ARAT, s. 97- 98.

⁵² GÜRSOY, s. 117, 118; ARAT, s. 99; AKYOL, s. 90; ERMAN, s. 75; BAYGIN, s. 144; TANDOĞAN, s. 240.

⁵³ HONSELL/VOGT/WIEGAND, Art. 18, N. 106; BernerKommentar/KRAMER, Art 18, N. 350-352, s. 144-145; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 512-514; BAYSAL, s. 165-166; ARAT, s. 102 vd.; TEZCAN, s. 77. İşlem temelini çökmesinde olağanüstü olayı şartlar arasında saymayan diğer yazarlar; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 368; GÜLEKLİ, s. 48; BURCUOĞLU, s. 10-11; ATABEK, s. 91.

⁵⁴ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 508-512

⁵⁵ SEROZAN, *İfa Engelleri*, s. 259, 260.

⁵⁶ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 512; SEROZAN, *Edimler Arası Dengesizlik*, s. 1027-1029; BAYSAL, s. 147-150. SCHWARZ da işlem temeli kavramı ile temel hatası kavramının örtüş-tüğünü savunmaktadır. Bu nedenle de Oertmann tarafından ortaya atılan işlem temeli kavramı yeni bir kavram değildir. SCHWARZ'a göre; “*Akden inikadı sırasında âkitlerin akdi yapmak hususundaki kararlarını katileştirecek kadar onların görüşleri üzerinde müessir olmuş olan bazı vakalar hisnünü niyet icabı olarak hukuki muamelenin temeli sayılabilirler; öyle ki bütün mukavelenin hüküm ifade edip etmeyeceği onların tahakkuk edip etmemesine bağlı tutulur.*”(SCHWARZ, s. 194).

de değişen şartlarda olağanüstü bir nitelik aranmamalıdır⁵⁷. Bu sebeple ilk görüş doğrultusunda ele alınan olağanüstü olaylar, yalnızca işlem temelinin çöktüğünün tespitini kolaylaştıracak türden olaylardır, yoksa sözleşmenin uyarlanmasına sadece bu durumlar sebep olmaz⁵⁸.

Gerçekten de değişen sosyo-ekonomik şartlar ışığında günümüzde taraflar arasındaki hukuki ilişkide işlem temelinin çökmesi, istisnai nitelikten uzaklaşmıştır. Gerek taraflar arasındaki edim dengesinin bozulması gerekse edimin aşırı güçleşmesi sıklıkla karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle kanaatimizce de işlem temelinin çökmesi olgusunun istisnai niteliğini vurgulayan olağanüstü olay şartını aramaya ihtiyaç yoktur. Ancak sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan her değişikliğin, sözleşmenin akıbetine etki edeceği kabul edilemez. Olağan değişiklikler karşısında öncelikle bu değişikliğin sözleşmenin temeline etki edecek önemi haiz olup olmadığı değerlendirilecektir. Kuşkusuz olağan durum değişikliklerinde, bu durumun öngörülemez niteliği daha çok önem kazanacaktır. Zira olağanüstü olaylarda öngörülemezlik⁵⁹ unsuru daha aşikârdır .

Bu görüşün doğal sonucu olarak değişen şartların uyarlamaya sebep olabilmesi için tüm toplumu etkilemesine, ferdi aşan bir mahiyet arz etmesine gerek yoktur. Münferit bir borçluyu etkileyen şartlar da uyarlamaya sebep olabilir⁶⁰.

2. Değişen Şartların Süreklilik Arz Etmesi

Sözleşmenin kurulmasından sonra değişen şartların hangi süreyi kapsaması gerektiği, geçici durumların sözleşmenin uyarlanmasına imkân verip vermeyeceği tartışmalıdır. Değişen şartların olağanüstü bir nitelik taşıması gerektiğini ileri süren yazarlar, sözleşmenin uyarlanabilmesi için bu olağanüstü durumun devamlı olmasını aramaktadırlar⁶¹. Nitekim bu görüş doğrultusunda değişen şartlar süreklilik arz etmiyorsa olağanüstü bir olaydan da bahsedilemez⁶².

Son zamanlarda sözleşme ilişkilerinin niteliği doğrultusunda taraflar arasındaki eşitlik ilkesinin oldukça sarsılmasıyla işlem temelinin çökmesi ve buna bağlı olarak da sözleşmenin uyarlanmasının sınırları genişlemiştir. Bu nedenle salt değişen şartların sürekli olmadığından bahisle sözleşmenin uyarlanmasına karşı çıkmak isabetli

⁵⁷ BAYSAL, s. 166.

⁵⁸ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 513-514.

⁵⁹ TANDOĞAN'a göre; sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan olayların olağanüstü niteliği ile bu olayların öngörülemezliği birbirine bağlıdır. Bir olay ne kadar olağanüstü ise bu olayın öngörülmesi de o kadar güç olur (TANDOĞAN, s. 240-241).

⁶⁰ ARAT, s. 103.

⁶¹ GÜRSOY, s. 108; ERMAN, s. 74.

⁶² GÜRSOY, s. 108.

olmayabilir. Ortaya çıkan yeni durum, tüm şartlarıyla birlikte değerlendirilerek bir sonuca varılmalıdır. Bu halde olayın niteliğine göre geçici bir durum söz konusu olsa da sözleşmenin uyarlanabileceği kabul edilmelidir⁶³.

IV. Değişen Şartların Öngörülemezliği

A. Genel Olarak

Öngörülemezlik ilkesi (Unvorhersehbarkeit) sözleşmenin uyarlanmasında en temel⁶⁴ ve kilit noktayı oluşturmaktadır. Sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan esaslı olayların bir diğer özelliği de öngörülemez olmalarıdır⁶⁵. Öngörülemezlik, kişinin iş hayatının olağan akışında göz önüne almakla yükümlü olmadığı durumları ifade eder⁶⁶.

Sözleşme ilişkisini kurarken taraflar, sözleşmenin kuruluşundan sonra ortaya çıkan durumları öngörebiliyorlarsa bu durumda sözleşmenin uyarlanamayacağı esas alınmaktadır. Bu halde tarafların değişen şartlara ilişkin her türlü riski üstlenmiş olduğu kabul edilir ve sözleşme hükümleri değişen şartlarda da uygulama bulur⁶⁷. Değişen şartların öngörülemezliğini tespit ederken objektif bir değerlendirme yapılmalıdır⁶⁸. Yani objektif olarak öngörülmesi gereken bir durum tarafların basiretsizliği sebebiyle göz önüne alınmamışsa bu durumda öngörülebilir bir durumdan bahsedilir ve taraflar sözleşmenin uyarlanmasını talep edemezler⁶⁹.

Somut olayda öngörülemezliğin tespitini yaparken yalnızca değişen şartların ortaya çıkma ihtimali göz önüne alınmaz. Değişen şartlar öngörülebilir olsa da bu durumun kapsamı, şekli ve sonuçları tahmin edilemez bir nitelik taşıyabilir. Bu du-

⁶³ BAYSAL, s. 182-184.

⁶⁴ BAYSAL, s. 170, 171.

⁶⁵ HONSELL/VOGT/WIEGAND, Art. 18, N. 100-101; TEICHMANN/GSELL/GRÖSCHLER, § 313, N. 82; GÜRSOY, s. 108 vd.; BAYSAL, s. 160; TUNÇOMAĞ, *Aşırı Güçlük*, s. 898; BAYGIN, s. 145.

⁶⁶ GÜLEKLİ, s. 48; KAPLAN, s. 151; BAYGIN, s. 145, ARAT, s. 106.

⁶⁷ BernerKommentar/KRAMER, Art 18, N. 337, s. 140; BernerKommentar/HAUSHEER/AE-BI-MÜLLER, Art. 2, N. 241, s. 569; LARENZ, s. 107; LEMBKE, s. 70; OFTINGER, s. 607; BISCHOFF, s. 204; GÖRK, s. 20-21; OERTMANN, s. 174; CASHIN-RITAINE, s. 327; SE-ROZAN, *Dönme*, s. 380; BAYSAL, s. 172- 173; SELİÇİ, *Sürekli Borç*, s. 198; AKYOL, s. 90; DURAL, s. 62; KAPLAN, s. 151; GÜRSOY, s. 108; ERMAN, s. 78; ARAT, s. 106; GÜLEKLİ, s. 49; ERZURUMLUOĞLU, s. 73; BURCUOĞLU, s. 10; TOPUZ, s. 236.

⁶⁸ BISCHOFF, s. 206-207; LEMBKE, s. 130; TEICHMANN/GSELL/GRÖSCHLER, § 313, N. 86; CASHIN-RITAINE, s. 328; ERZURUMLUOĞLU, s. 73; TANDOĞAN, s. 240; GÜRSOY, s. 110; KAPLAN, s. 151; DOĞANAY, s. 37.

⁶⁹ OĞUZMAN/ÖZ, s. 206; OFTINGER, s. 607; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 1007; BAYSAL, s. 172; ERMAN, s. 78; GÜRSOY, s. 109; AKYOL, s. 90, 91; ARAT, s. 106 .

rumda da taraflar sözleşmenin uyarlanmasını talep edebilirler⁷⁰. Örneğin ekonomik sıkıntıların hissedilmeye başlandığı bir dönemde yapılan sözleşme, bu sıkıntıların büyümesi sonucu ifa edilemez bir hal almışsa acaba öngörülemezlik şartının gerçekleşmediğinden söz edilebilir mi? Dar bir çerçevede düşünüldüğünde bu ekonomik sıkıntı öngörülebilir olduğundan tarafların her türlü riski üstlenmiş olduğu ve bu nedenle sözleşmenin her şartta uygulanması gerektiği kabul edilebilir. Ancak bu durum ticari hayatın gerçekleriyle bağdaşmaz. Zira böyle bir kabul, tarafların sıkıntılı dönemlerde sözleşme ilişkisi içine girmemesi gerektiği düşüncesini de beraberinde getirir. Taraflar sözleşmenin kurulmasından sonra değişen şartları öngörmüş olsalar da bu durumun sonuçları açısından bir öngörülemezlik söz konusuysa bu halde öngörülemeyen hususlar için uyarlama talep edilebilir⁷¹. Ancak öngörülemezliğin hukuki sonuç doğurabilmesi için öngörülemeyen durumun, öngörülebilir durumdan esaslı surette sapmış olması gerekir⁷².

Değişen şartların öngörülemezliğinin tespitini yaparken ne çok esnek ne de çok katı bir tutum içerisine girilmelidir. Zira bu şartın tespitinde fazla esnek davranıldığında ahde vefa ve hukuki güvenlik ilkeleri fazlasıyla çiğnenmiş olur. Ancak tam tersi bir tutum da özellikle ticari ilişkileri felce uğratar⁷³. Bu sebeple hâkim her istisnai, değişik olayı öngörülemez kabul etmemeli, bunun yanında öngörülemezlik için katı sınırlar koymaktan da imtina etmelidir⁷⁴.

Öngörülemezliği tespit ederken genel bir ölçütten yararlanarak her olayı bu çerçevede çözmek mümkün değildir. Tam tersine her uyumsuzluğun kendi içindeki unsurları ele alınarak bir değerlendirme yapılmalıdır⁷⁵. Bu değerlendirmeyi yaparken bize yardımcı olacak bir kısım ölçütler vardır⁷⁶.

⁷⁰ BISCHOFF, s. 205; BernerKommentar/KRAMER, Art 18, N. 340, s. 141; BernerKommentar/HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 2, N. 243, s. 570; LEMBKE, s. 185-186; TANDOĞAN, s. 241; GÖZÜBÜYÜK, s. 175-176; ARAT, s. 108; SEROZAN, **Dönme**, s. 381; GÜRSOY, s. 111; BAYGIN, s. 145; KAPLAN, s. 152; BAYSAL, s. 171; ERMAN, s. 79, 80.

⁷¹ GÜRSOY, s. 111. “23.06.1919 tarihinde, yani İtalya’da sosyal ve ekonomik zorlukların baş gösterdiği ve İtalyan lîretinin düşmesinin pek muhtemel olduğu bir devrede, bir taahhüt altına giren borçlu, borcundan tamamen kurtarılmış olmamakla beraber, mahkûm edileceği tazminat miktarı tenzil olundu.”(GÜRSOY, s. 111)

⁷² GÜLEKLİ, s. 48; ARAT, s. 106.

⁷³ GÜRSOY, s. 109. Y. 3. HD., 03/07/2012 T., 2012/11928 E., 2012/16705 K. sayılı karara göre “Sözleşmeye bağlılık esas olduğundan, uyarlama daima yardımcı bir çözüm olarak düşünülmelidir. Sözleşmeye yazılan özel hükümler yorumlanıp, bunların taraflara sağladığı hak ve yararlar ile ekonomik değişikliklerin etkileri, kiralananın nitelikleri gibi somut olayın özelliği ile belirlenecek tüm objektif ve sübjektif hal ve koşullar değerlendirilmeli, uyarlama yapılması kanaatine varılırsa, sözleşmedeki intibak boşluğu, hak ve nesafet, doğruluk, dürüstlük kuralları (MK. md4, 2/1) ışığında yasa boşluğunda olduğu gibi TMK. m. 1’deki yetki kullanılarak hakim tarafından doldurulmalıdır.”(Hukuk Türk, E.T. 21.02.2015)

⁷⁴ HONSELL/VOGT/WIEGAND, Art. 18, N. 101.

⁷⁵ HONSELL/VOGT/WIEGAND, Art. 18, N. 101.

⁷⁶ GÜRSOY, s. 114.

B. Öngörülemezliğe Etki Eden Unsurlar

1. Sözleşmenin Süresi

Sözleşme süresinin uzun olması değişen şartların öngörülemez niteliğine etki etmektedir. Nitekim Clausula Rebus Sic Stantibus ilkesi uzun süreli sözleşmelerin uyarlanması üzerine kurulmuş bir ilkedir⁷⁷. Sözleşme süresi uzadıkça olayın öngörülebilme ihtimali azalır. Buna karşılık kısa süreli veya ani edimli sözleşmelerde sözleşmenin kurulmasından sonra değişen şartların öngörülemez olması düşük bir ihtimaldir⁷⁸. Ancak kısa süreli veya ani edimli sözleşmelerde olayın her koşulda öngörülebilir olduğunu kabul etmek doğru bir yaklaşım değildir. Zira sözleşme değişen şartların etkisinden kendisini kurtaramadığı durumlarda uyarlama söz konusu olabilir⁷⁹.

Uzun süreli sözleşmelerde genellikle değişen şartların öngörülemezliği kabul edilmekle birlikte böyle bir sözleşmenin kısa süreli sözleşmelere nazaran daha fazla risk içerdiği, sözleşme taraflarının bunu göze alarak borç altına girdiği bu sebeple de öngörülemeyen olayların ortaya çıkma ihtimalinin taraflarca hesaba katılması gerektiği de unutulmamalıdır⁸⁰.

2. Sözleşmenin Yapıldığı An

Değişen şartların öngörülemez niteliğini tespit etmeye bize yardımcı olacak bir diğer unsur, sözleşmenin yapıldığı andır. Sözleşmenin yapıldığı andaki şartlar sonradan ortaya çıkan olayların öngörülemez olup olmadığını değerlendirmemizi sağlar⁸¹. Sözleşmenin kurulduğu andaki şartlar ekonomik ve politik bakımdan istikrarlı bir durumda ise bu halde değişen şartların öngörülemezliği çok katı bir değerlendirme-

⁷⁷ KAPLAN, s. 159; GÜRSOY, s. 115.

⁷⁸ OFTINGER, s. 610; BAYSAL, s. 180-181; GÜRSOY, s. 115, 122-123; BAYGIN, s. 148; ARAT, s. 110. Y. 13. HD., 03.10.2012 T., 2012/16767 E., 2012/21930 K.; “Mahkemece davanın kısmen kabulüne 1/10/2009 -25/5/2010 tarihleri arasındaki süre için aylık kiranın 633.00 tl olarak belirlenmesine bu süre içerisinde davacı tarafca ödenmesi gereken toplam kira bedelinin 5.064.00 tl olarak belirlenmesine karar verilmiş, hüküm davacı ve davalı tarafından temyiz edilmiştir.

1) Taraflar arasındaki sözleşme bir yıllık sözleşmedir ve sözleşme birer yıl uzamaktadır. Uzun süreli sözleşme değildir. Uyarlama davaları ancak uzun süreli sözleşmeler için söz konusu olabilir. Kısa süreli sözleşmeler için uyarlama istenemez uyarlama şartları olmadığından davanın reddi gerekirken yazılı şekilde davanın kısmen kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.” (Hukuk Türk, E.T. 19.05.2015)

⁷⁹ HONSELL/VOGT/WIEGAND, Art. 18, N. 100; GÜRSOY, s. 115, 123; BAYSAL, s. 18-19; ARAT, s.90.

⁸⁰ BISCHOFF, s. 208; BernerKommentar/HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 2, N. 242, s. 569-570; LEMBKE, s. 80; BAYSAL, s. 182; GÜRSOY, s. 94.

⁸¹ BISCHOFF, s. 208; GÜRSOY, s. 115; BAYSAL, s. 179; ARAT, s. 110; ERMAN, s. 80.

ye tabi tutulmaz⁸². Bu kapsamda sözleşmenin yapıldığı sıradaki ekonomik durum sıkıntılı ve istikrarsız bir eğilim içindeyse bu halde sözleşme taraflarının ekonomik sıkıntılarla karşılaşma ihtimalini göze aldığı kabul edilebilirken ekonomik şartların belirli bir düzeyde seyrettiği durumlarda ise karşılaşılabilecek bir ekonomik krizin öngörülemez olduğu söylenebilir. Yargıtay, ülkemizde sık sık baş gösteren ekonomik sıkıntılar nedeniyle ekonomik krizleri (özellikle 2001 krizi), para değerindeki değişimleri öngörülebilir saymış ve bu sebeple sözleşmenin uyarlanamayacağına hükmetmiştir⁸³. Döviz kurlarının neredeyse iki katına çıktığı ve para değerindeki dalgalanmalardan dolayı özellikle kredi ve kira bedellerinin döviz üzerinden belirlendiği o dönemde, sözleşmenin bir tarafının bu şekilde ağır bir yük altında bırakılması somut olay adaletine uygun değildir. Krediyi ihtiyacı olan kişiler veya kiracılar kendilerine dayatılan döviz kurları üzerinden sözleşmeyi yapmaya mecbur bırakılmıştır. Döviz kurundaki dalgalanmalar öngörülebilir kabul edilse de bunun boyutu öngörülebilir olmadığından dolayı sözleşmenin uyarlanmasının kabul edilmesi gerekirdi.

Sözleşmenin kurulmasından sonra değişen şartlar, sözleşmenin yapıldığı anda öngörülemez bir nitelik taşıırken değişen şartın gerçekleşmesinden önce öngörülebilir bir hal alırsa sözleşmenin uyarlanmasının mümkün olup olmayacağı hususu tartışmalıdır. Bir görüşe göre, bu şartlarda taraflar yine sözleşmenin uyarlanmasını talep edebilirler⁸⁴. Bir diğer görüşe göre ise, bu durumda taraflar, sözleşmeye müdahale imkânına sahiptir, bu sebeple gerekli önlemlerin alınması gerekir. Ancak gerekli önlemler alınmasına rağmen değişen şartlar bir mağduriyet yaratırsa bu halde sözleşmenin uyarlanması talep edilebilir⁸⁵. Sözleşme hükümleri geleceğe ilişkin öngörülebilir bir durum olmadığı sürece sözleşmenin kurulduğu andaki şartlar esas alınarak belirlenir. Kanaatimizce de sözleşme kurulduktan sonraki süreçte değişen şartlar öngörülebilir bir hal alırsa taraflardan bu duruma ilişkin önlem almaları beklenir. Nitekim

⁸² BISCHOFF, s. 208.

⁸³ Y. HGK, 07/05/2003 T., 2003/13-332 E., 2003/340 K.; Y. 13. HD., 26/09/2012 T., 2012/3259 E., 2012/21304 K.; Y. 11. HD., 27/04/2006 T., 2005/2289 E., 2006/4730 K.; Y. 13. HD., 09/06/2005 T., 2005/1874E., 2005/9749 K. sayılı karara göre; “Ülkemizde yıllardır süren enflasyon esya fiyatlarındaki beklenilenin üzerindeki artışlar Türk Parası’nın yabancı paralara karşı sürekli değer kaybetmesi toplumun yaşamını ağırlaştırmakta ve huzursuzluk kaynağı olmaktadır. İşte bu açık olgu karşısında kredi veren bankaların enflasyonun rizikolarından korunmak amacıyla dövizle endeksli kredi sözleşmeleri düzenledikleri bir gerçektir. Devalüasyon ve ekonomik krizlerin bir anda oluşmadığı belli ekonomik dar boğazlardan sonra meydana geldiği de bilinen bir gerçektir. Yabancı para karşısında sürekli değer kaybeden Türk Parası yerine döviz ile sözleşme yapan ve borç altına girenlerin ülkedeki geçmişte yaşanan yüksek enflasyon ve ekonomik krizler karşısında dövizle borçlanmada bu tür artışların yaşanabileceğini öngörmesi, dövizin seyri karşısında davalının bunu tahmin etmesi gerekir. Kaldı ki davanın dayandırıldığı olaylardan sonra dövizin seyri karşısında da işlem temelinin de çökmesinden bahsedilmesi mümkün değildir. Açıklanan nedenlerle davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup, hükmün bozulması gereklidir.” (Hukuk Türk, E.T. 19.02.2015)

⁸⁴ BISCHOFF, s. 212.

⁸⁵ BAYSAL, s. 180.

Alman Federal Mahkemesi, petrol sağlamakla yükümlü borçlunun kriz nedeniyle 1973 yılında artan fiyatlar karşısında, kriz kendini hissettirmeye başladığında bir petrol rezervi oluşturarak önlem alması gerektiğini dile getirmiştir⁸⁶.

3. Sözleşmenin Taşıdığı Özellikler

Spekülatif sözleşmeler ile riskli sözleşmelerde sözleşmenin uyarlanmasının talep edilemeyeceği, zira sözleşmenin kuruluşundan sonra ortaya çıkan her türlü riskin bu sözleşmelerde taraflarca üstlenildiği kabul edilmektedir⁸⁷. Spekülatif sözleşmelerde ortada büyük bir risk vardır, taraflardan biri ya büyük oranda kazanç sağlayacak ya da zarara uğrayacaktır. Sözleşme ilişkisi bünyesinde fazlasıyla risk barındırdığı için bu sözleşmelerde uyarlamadan bahsedilemez. Bunun en güzel örneği borsa işlemleridir (örn. hisse senedi alımı)⁸⁸. Ancak bazı sözleşmeler tamamen spekülatif olmamakla birlikte, buna ilişkin unsuru bünyesinde barındırır. Örneğin uzun süreli sözleşmelerde sözleşmenin kuruluşundan sonra uzun vadede şartların değişme ihtimali daha beklenebilir bir nitelik taşır ve bu sebeple risk unsurunu barındırır⁸⁹. Ancak uyarlanmanın talep edilip edilemeyeceği sözleşmenin spekülatif karakterinin değerlendirilmesi yoluyla tespit edilmelidir⁹⁰.

Bir diğer sözleşme grubu ise riskli sözleşmelerdir. Bu sözleşmelerde amaç beklentinin tam tersine bir gelişme olursa bu durumun kötü sonuçlarını bertaraf etmektir. Bu sebeple riskli sözleşmelerde sonradan ortaya çıkan değişikliğin göze alındığı, hesaba katıldığı kabul edilmektedir⁹¹. Örneğin kefalet sözleşmesinde sözleşmenin konusu, borçlunun borcunu ödememe ihtimaline karşılık önlem alma amacıyla şahsi teminat sağlamaktır. Ancak değişen şartlar, tipik teminat sözleşmesiyle üstlenilen riskin dışında kalıyorsa ve teminat sözleşmesinin bu şartlarda bağlayıcı olmayacağı sözleşmeden anlaşılıyorsa işlem temelinin çöktüğünden bahsedilebilir⁹². Bu sözleşmelerde riskin taraflarca zımni olarak üstlenilmiş olduğu bu sebeple de uyarlama

⁸⁶ BGH, VIII ZR 221/76, U.v. 08.02.1978, BeckRS 1978 (E.T. 24.05.2015).

⁸⁷ LEMBKE, s. 78; OERTMANN, s. 175; SEROZAN, **İfa Engelleri**, s. 265; AKYOL, s. 91; TUNÇOMAĞ, **Aşırı Güçlülük**, s. 898; BAYSAL, s. 184; von TUHR, s. 693, dp. 78; GÜRSOY, s. 116; KAPLAN, s. 152; DURAL, s. 52; GÜLEKLİ, s. 51. Sözleşmenin uyarlanmasında değerlendirilen şartlardan biri de risk dağılımıdır. Ancak riskli sözleşmelerde riskin ortaya koyulması için herhangi bir değerlendirmeye ihtiyaç yoktur, zira sözleşme kendi içinde bu riski barındırmaktadır (LEMBKE, s. 78).

⁸⁸ BISCHOFF, s. 213-214; LARENZ, s. 91; BAYSAL, s. 184; BURCUOĞLU, s. 13; ARAT, s. 110-111.

⁸⁹ LARENZ, s. 89, 91; BernerKommentar/HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 2, N. 242, s. 569-570; LEMBKE, s. 80; BAYSAL, s. 184.

⁹⁰ BAYSAL, s. 184.

⁹¹ BISCHOFF, s. 215; BAYSAL, s. 184; SARIAL II, s. 27.

⁹² LEMBKA, s. 78.

yolunun kapatıldığı kural olarak kabul edilse de riskin ilgili tarafça üstlenilmiş olduğunu onaylayan bir kaydın olup olmadığı sözleşmenin yorumlanması yoluyla değerlendirilmelidir⁹³.

4. Sözleşme Taraflarının Özellikleri

Sözleşmenin kurulmasından sonra değişen şartların öngörülemezliği kişiden kişiye değişen bir olgudur. Örneğin fazla titiz davranan, her ihtimali değerlendiren, tecrübeli bir sözleşen sonradan ortaya çıkan olayları öngörüp ona göre tedbirler alırken diğer yanda her olaya iyimser bakan ve şartların değişmeyeceğine inanan, tecrübesiz bir sözleşen için öngörülemezlik ilkesi aynı çerçevede mi değerlendirilecektir⁹⁴? Bahsedilen örnekte olduğu gibi bir olayın öngörülebilir olup olmadığı tarafların deneyimine, düşünme yeteneğine göre farklılık gösterebileceğinden bu husus oldukça sübjektif unsurlar içermektedir⁹⁵. Hâkimin önüne gelen uyuşmazlıkta sözleşme taraflarının kişilik özelliklerini ayrı ayrı araştırması ve ona göre karar vermesi beklenemez. Göreceli⁹⁶ ve soyut olan bu unsurlar ancak belirli bir somutluğa ulaştığında dikkate alınabilir.

Sözleşme taraflarının özelliklerini daha objektif bir çerçevede değerlendirmemizi sağlayan ilk unsur, sözleşenin davranışının aynı meslek çevresince nasıl karşılandığıdır. Eğer sözleşmenin kurulmasından sonra yaşanabilecek gelişmelere ilişkin sözleşenin göstermiş olduğu dikkat ve özen, kendi meslek çevresince makul karşılanabiliyorsa bu durumda sonradan ortaya çıkan olayın öngörülemez olduğundan bahsedilebilir⁹⁷.

Yargıtay sözleşmenin uyarlanması, tarafların tacir olup olmamasına göre öngörülemezliği farklı değerlendirmelere tabi tutmuştur. Tacirlerin basiretli davranma yükümünden hareket eden Yargıtay, tacirler için uyarlamayı sıkı şartlara bağlamaktadır⁹⁸. Kuşkusuz tacirler, diğer kişilere nazaran sözleşme ilişkilerinde daha tecrübe-

⁹³ BISCHOFF, s. 213, 216.

⁹⁴ GÜRSOY, s. 112.

⁹⁵ BISCHOFF, s. 206; BAYSAL, s. 185.

⁹⁶ BAYSAL, s. 185.

⁹⁷ LEMBKE, s. 191; GÜRSOY, s. 112; TANDOĞAN, s. 240; ERMAN, s. 77; DOĞANAY, s. 37; ARAT, s. 107; TOPUZ, s. 237.

⁹⁸ Y. HGK, 07/05/2003 T., 2003/13-332 E., 2003/340 K. sayılı karara göre; “ Devalüasyonların ülkemiz açısından önceden tahmin edilemeyecek bir keyfiyet olmadığı, kur politikalarının güvenilir olmadığı bir gerçektir. Nitekim kira sözleşmesinin yapıldığı tarihten 1 ay sonra K. 2000 tarihli ve bundan kısa bir süre sonra da Şubat 2001 tarihli ekonomik kriz meydana gelmiştir. Devalüasyon ve ekonomik krizlerin bir anda oluşmadığı, piyasadaki belli ekonomik darboğazlardan sonra meydana geldiği bir gerçektir. Davacı tacirin ekonomik krizin işaretlerinin belli olduğu bir dönemde, K. 2000 krizinden 20 gün önce yabancı para üzerinden kira sözleşmesi yapması basiretli bir tacir olarak davranmadığı sonucuna varılmalıdır. TTK. 18/1. maddesinde A.Ş.lerin tacir oldukları açıklanmıştır.

lidir, ayrıca daha fazla dikkat ve özen göstermelidirler. Ancak salt sözleşme tarafının tacir olması bizim için tek ölçüt olmamalıdır. Bunun yanında tacirin içinde bulunduğu durum, karar verme aşaması ve durumun gerekleri de göz önüne alınmalıdır⁹⁹.

Tarafların ekonomik durumunun, öngörülemezliğin belirlenmesinde ne ölçüde etkili olduğu ya da etkili olmasının gerekip gerekmediği hususu tartışmalıdır. Bir görüşe göre daha fazla ekonomik güce sahip olan tarafın daha fazla riski üstlendiği karine olarak kabul edilmelidir¹⁰⁰. Yargıtay'ın da bu yönde vermiş olduğu kararlar mevcuttur¹⁰¹. Daha makul olan bir diğer görüşe göre ise yalnızca tarafların ekonomik gücü esas alınarak riskin üstlenildiği sonucu çıkarılamaz. Zira bir tarafın diğerine nazaran daha fazla ekonomik güce sahip olması onun ancak değişen şartları öngörmesine yardımcı olacak bir özelliktir, yoksa öngörülemezliği tamamen ortadan kaldıracak bir unsur değildir. Ayrıca işlem temelinin çökmesi teorisi doğrudan zayıf tarafı koruma amacına hizmet etmez, dolaylı yoldan bunu sağlar¹⁰². Bu sebeple ekonomik güce sahip bir sözleşmenin sadece bu niteliğinden dolayı uyarlama talep edemeyeceği anlayışı sözleşme adaletine hizmet etmez.

5. Sözleşmesel veya Yasal Risk Dağılımına Göre Riskin Aşılması Olması

Her sözleşme bir risk içerir ve bu bağlamda her bir sözleşen sözleşme ilişkisindeki şartların değişmesine dair belirli bir riski (yasal veya sözleşmesel risk) üstlenir¹⁰³. Alman hukukunda sözleşmenin uyarlanması probleminin çözümü olarak anılan risk dağılımı ilkesi (Risikozuweisung)¹⁰⁴, her ne kadar borcun ifasının beklenilmezliğinde esas alınan bir ölçüt olsa da öngörülemezlik sınırının belirlenmesinde de rol oynar-

Aynı Yasanın 20/III maddesinde de her tacirin ticaretine ait faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir. Basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümü altında objektif bir özen ölçüsü getirmekte ve tacirin ticari işletmesiyle ilgili faaliyetlerinde, kendi yetenek ve imkanlarına göre ondan beklenebilecek özeni değil aynı ticaret dalında faaliyet gösteren tedbirli, öngörülü bir tacirden beklenen özeni göstermesinin gerekli olduğu kabul edilmektedir. Gerekli tedbirleri almadan sözleşme yapan ve borç altına giren tacirin alabileceği tedbirlerle önleyebileceği bir imkânsızlığa dayanması kabul edilebilecek bir durum değildir. Ülkemizde 1958 yılından beri devalüasyonlar ilan edilmekte sık sık para ayarlamaları yapılmakta, Türk parasının değeri dolar ve diğer yabancı paralar karşısında düşürülmektedir. Ülkemizdeki istikrarsız ekonomik durum tacir olan davacı tarafından tahmin olunabilecek bir keyfiyettir. Somut olayda uyarlamanın koşullarından olan öngörülemezlik unsuru oluşmamıştır.” Benzer kararlar için bkz. Y. 11. HD. 22.05.2003 T., 2002/12723 E., 2003/5390 K.; Y. 11. HD. 17.11.2003 T., 2003/3979 E., 2003/10988 K. (Hukuk Türk, E.T. 01.01.2015)

⁹⁹ BAYSAL, s. 186, 187.

¹⁰⁰ GÜRSOY, s. 95; TANDOĞAN, s. 245.

¹⁰¹ Y. 11. HD., 02.06.2003 T., 2003/1705 E., 2003/5811 K. sayılı kararında yayın sözleşmesinde yayın bedeline ilişkin uyarlama talep eden yayımcının talebi sözleşmenin güçlü tarafını oluşturmamasından ötürü reddedilmiştir (BAYSAL, s. 188).

¹⁰² BAYSAL, s. 188.

¹⁰³ FIKENTSCHER, s. 31; KRAMER, Art 18, N. 334, s. 138-139.

¹⁰⁴ FIKENTSCHER, s. 35; MünchenerKommentar/KRÜGER, § 313, N. 59.

maktadır. Nitekim üstlenilen risk kapsamına giren değişikliklerin öngörülmesi gerektiği ileri sürülmektedir¹⁰⁵.

Değişen şartlar sonucunda ortaya çıkan durum, sözleşmesel veya yasal risk dağılımı mucibince üstlenilmişse bu durumda sözleşmenin kurulmasından sonraki süreçte şartların esaslı olarak değiştiğinden bahisle uyarılama talep edilemez¹⁰⁶. Ancak beklenmedik ve öngörülemez durum, sözleşmenin üstlendiği riski aşarsa veya onun ekonomik mahvına (Existenzvernichtung/varlığın yıkımı) sebep olursa bu durumda uyarılamanın söz konusu olabileceği kabul edilmektedir¹⁰⁷.

SONUÇ

Bir sözleşme ilişkisinde ahde vefa ilkesi ne ölçüde önemliyse sözleşme adaleti ilkesi de bir o kadar önemlidir. Sözleşmenin kurulması sırasındaki şartlar sonradan esaslı surette değişmişse bu halde ahde vefa ilkesine sıkı sıkıya bağlı kalınması sözleşme adaleti ilkesini zedeler. Bu iki ilkenin bağdaştırılabileceği orta yol, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasıdır.

Sözleşmenin uyarlanmasında değerlendirmeye, sözleşmenin kurulmasından sonra değişen şartların esaslı bir değişikliği içermesi ve bu değişikliğin sözleşmenin kurulduğu sırada öngörülemez olması şartlarından başlanır. İlk olarak sözleşmenin kurulmasından sonra değişen şartlar esaslı bir değişikliği içermelidir. Bu değişiklik, sözleşmenin temelini oluşturan unsurlar üzerinde önemli bir etkiye sahip olmalıdır. Bununla birlikte sözleşmenin temel unsurlarına ilişkin değişikliklerin olağanüstü bir nitelik taşımasına ihtiyaç yoktur. Olağan değişiklikler de işlem temelinin çökmesine sebep olabilir.

Sözleşmenin kurulmasından sonra değişen şartların, uyarılama sonucunu doğurabilmesi için öngörülemez olmaları gerekir. Zira öngörülen değişikliklerin taraflarca hesaba katıldığı ve bu sebeple de değişiklik riskinin taraflarca üstlenildiği kabul edilmektedir. Öngörülemezlik, her somut olaya göre ayrı değerlendirilmesi gereken bir özellik ihtiva eder. Sözleşmenin süresi, yapıldığı an ve niteliği ile sözleşme taraflarının özellikleri öngörülemezlik ilkesinin tespitini sağlayan unsurlardır. Riskli ve spekülâtif sözleşmelerde, sözleşmenin niteliği gereği taraflar oldukça fazla riski üstlendiğinden bu sözleşmelerin değişen şartlara uyarlanması son derece güçtür. Bunun dışında her sözleşmede taraflar belirli hususlara ilişkin değişiklik riskini üstlenirler. Bu sebeple tarafların üstlendikleri risk alanının kapsamına giren değişikliklerin taraflarca öngörülmesi gerektiği kabul edilmektedir.

¹⁰⁵ TEICHMANN/GSELL/GRÖSCHLER, § 313, N. 83.

¹⁰⁶ MünchenerKommentar/KRÜGER, § 313, N. 59; TEICHMANN/GSELL/GRÖSCHLER, § 313, N. 66; GÖRK, s. 19; GÜLEKLİ, s. 53; TOPUZ, s. 242.

¹⁰⁷ MünchenerKommentar/KRÜGER, § 313, N. 78; TEICHMANN/GSELL/GRÖSCHLER, § 313, N. 49; GÜLEKLİ, s. 53; TOPUZ, s. 242-243; SELİÇİ, *Sürekli Borç*, s. 199-200.

KAYNAKÇA

- AKMAN, Sermet; “*Karşılaştırmalı olarak Alman ve İsviçre-Türk Hukuklarında Yüksek Oranlı Enflasyonun Para Borçlarına Etkisi ve Bu Konudaki Yargısal Kararlar*”, **İBD**, C. 63, S. 10-12, 1989, s. 624-636.
- AKYOL, Şener; **Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı**, 2. Baskı, İstanbul 2006.
- ARAT, Ayşe; **Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması**, Ankara 2006.
- ATABEK, Reşat; “*Uzun Süreli Sözleşmelerde Yeni Durumlara Uyum*”, **BATİDER**, C. XII, S. 4, 1984, s. 87-103.
- BAYGIN, Cem; **Yabancı Para Üzerinden Borçlanmalar ve Hukuki Sonuçları**, İstanbul 1997.
- BAYSAL, Başak; **Sözleşmenin Uyarlanması**, İstanbul 2009.
- BISCHOFF, Jacques; **Vertragsrisiko und Clausula Rebus Sic Stantibus**, Zürich 1983.
- BURCUOĞLU, Haluk; **Hukukta Beklenmeyen Hal ve Uyarlama**, İstanbul 1995.
- BUZ, Vedat; “*Gabin Halinde Edimler Arasındaki Aşırı Oransızlığın Giderilerek Sözleşmenin Ayakta Tutulması*”, **BATİDER**, C. XIX, S. 4, 1998, s. 53-82.
- CASHIN-RITAINE, Eleanor; “*Emprevizyon, Hardship ve İşlem Temelinin Çökmesi: Pacta Sunt Servanda ve Alman-Fransız Hukuki İlişkilerinde Sözleşmelerin Uyarlanmasına Giden Yollar*”, Çev. Başak Baysal, **İÜHF**, C. 63, S.1-2, 2005, s. 321-342.
- DOĞANAY, İsmail; “*Sözleşme Yapıldıktan Sonra Devalüasyon Sebebiyle Para Değerinde Meydana Gelen Büyük Değişiklikler, Akdın Yerine Getirilmesine Mani Olur mu?*”, **Yargıtay Dergisi**, C. I, S. 4, 1975, s. 23-46.
- DURAL, Mustafa; **Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (BK 117)**, İstanbul 1976.
- EREN, Fikret; **6098 Sayılı Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 18. Baskı, Ankara 2015.
- ERMAN, Hasan; **İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller (BK. 365/2)**, İstanbul 1979.
- ERZURUMLUOĞLU, Erzan; **Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Borçluya Yüklenemeyen Nedenlerden Dolayı Edimin Yerine Getirilememesi**, Ankara 1970.
- FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. II, 2. Baskı, İstanbul 1977.
- FIKENTSCHER, Wolfgang; **Die Geschäftsgrundlage als Frage des Vertragsrisikos**, München 1971.
- GÖRK, Stefan; **Deutsche Einheit und Wegfall der Geschäftsgrundlage**, München 1995.
- GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat; **Hukuki Mesuliyet Bakımından Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller**, Ankara 1977.

GÜLEKLİ, Yeşim; “*Aşırı İfa Güçlüğü ve Alacaklının Tasavvurunun Boşa Çıkması Halinde İşlem Temelinin Çökmesi Öğretisi*”, **İÜMHAD**, C. 15, S. 18, 1989-1990, s. 43-69.

GÜRSOY, Kemal Tahir; **Hususi Hukukda Clausula Rebus Sic Stantibus (Emprevizyon Nazariyesi)**, Ankara 1950.

HAUSHEER, Heinz; AEBI-MÜLLER, Regina E.; **Berner Kommentar, Band: I/1, Einleitung. Art. 1-9 ZGB**, Bern 2012.

HONSELL, Heinrich; VOGT, Nedim Peter; WIEGAND, Wolfgang; **Basler Kommentar-Obligationenrecht I: Art. 1-529 OR**, 5. Aufl., Basel 2011.

İMRE, Zahit; “*Türk Medeni Hukukuna Göre Hakimın İktisadi Meseleler Karşısında Durumu*”, **K. Fikret Arık’a Armağan**, Ankara 1973, s. 153-194.

KAPLAN, İbrahim; **Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi**, 2. Baskı, Ankara 2007.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip; “*İşlem Temelinin Çökmüş Sayılabilmesi İçin Sosyal Felaket Olarak Nitelenebilecek Olağanüstü Bir Olayın Gerçekleşmesi Şart mıdır?*”, **M. Kemal OĞUZMAN’ın Anısına Armağan**, İstanbul 2000, s. 503-514.

KRAMER, Ernst A.; BRUNO, Schmidlin; **Berner Kommentar: Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR**, Band VI/1/1, Bern 1986.

KRÜGER, Wolfgang; **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Band 2-Schuldrecht Allgemeiner Teil §§ 241-432**, 6. Aufl., München 2012.

LARENZ, Karl; **Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung**, 3. Aufl., München und Berlin 1963.

LEMBKE, Gerd; **Vorhersehbarkeit und Geschäftsgrundlage: Eine Untersuchung über die Bedeutung der Vorhersehbarkeit und der Erkennbarkeit für den Rechtsbehelf des Fehlens oder Wegfalls der Geschäftsgrundlage**, Duisburg 1991.

OFTİNGER, Karl; “*Cari Akitlerin Temellerinde Buhran İcabı Tahavvül (Clausula Rebus Sic Stantibus Hakkında)*”, Çev. Bülent Davran, **İÜHFDM**, C. 8, S. 3-4, 1942, s. 598-622.

OERTMANN, Paul; **Die Geschäftsgrundlage**, Leipzig 1921.

OĞUZMAN, Kemal; ÖZ, Turgut; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 12. Baskı, C. I, İstanbul 2014.

RÖSLER, Hannes; “*Alman ve Uluslararası Sözleşme Hukukunda Değişen ve Öngörülemeyen Koşullar*”, Çev. Tülay AYDIN-ÜNVER, **İÜHFDM**, C. 66, S.1, 2008, s. 353-364.

SARIAL, Enis; “*Beklenmeyen Halin Sözleşmeye Etkisi I*”, **Yargı Dergisi**, Mart 1980, s. 24-28.

SARIAL, Enis; “*Beklenmeyen Halin Sözleşmeye Etkisi II*”, **Yargı Dergisi**, Nisan 1980, s. 24-30.

SCHWARZ, Andreas B.; “*Harbin Hususi Akitler Üzerindeki Tesiri*”, Çev. Hikmet Belbez, **Adliye Dergisi**, S. 2, 1944, s. 186-202.

- SELİÇİ, Özer; **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, İstanbul 1976. (Sürekli Borç)
- SELİÇİ, Özer; “*Özel Hukukta Mücbir Sebep Kavramı ve Uygulanış Tarzı*”, **Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu**, Ankara 1979, s. 61-69.
- SEROZAN, Rona; “*Karşılıklı Sözleşmelerde Baştan Dayatılmış veya Sonradan Oluşmuş Edimler Arası Dengesizliğin Uyarlama Yoluyla Düzeltilmesi*”, **M. Kemal OĞUZMAN’ın Anısına Armağan**, İstanbul 2000, s. 1013-1030. (Edimler Arası Dengesizlik)
- SEROZAN, Rona; **Sözleşmeden Dönme**, İstanbul 1975. (Dönme)
- SEROZAN, Rona; **Borçlar Hukuku Genel Bölüm: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, C. III, İstanbul 2009. (İfa Engelleri)
- TANDOĞAN, Haluk; **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C. II, 5. Baskı, İstanbul 2010.
- T.C. ADALET BAKANLIĞI; **Türk Borçlar Kanunu Tasarısı Hakkında Gelen Görüşler (15 Şubat-10 Haziran 2005)**, Ankara 2005.
- TEICHMANN, Arndt (Bearbeitet von GSELL, Beate/GRÖSCHLER, Peter); **Bürgerliches Gesetzbuch Schuldrecht Band 5/1a: § 311, 311a-c, 313, 314**, 13. Aufl., Stuttgart 2014.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi; AKMAN, Sermet; BURCUOĞLU, Haluk; ALTOP, Atilla; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, İstanbul 1993.
- TEZCAN, Mehmet; **Clausula Rebus Sic Stantibus İlkesi ve Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2004.
- THILO, Emile; “*Laesio Enormis ve Clausula Rebus Sic Stantibus ile Bir Para Borcunda Mücbir Sebep Hakkında Not*”, Çev. Bülent N. Esen, **İÜHFDM**, C. 1, S. 3, 1935, s. 344-351.
- TOPUZ, Seçkin; **Türk-İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda Denge Bozulması ve İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahale**, Ankara 2009.
- TUNÇOMAĞ, Kenan; “*Alman Hukukunda Borcun İfasında Aşırı Güçlük (Muamelenin Temeli) ile İlgili Objektif Görüşler*”, **İÜHFDM**, C. 32, S. 2-4, 1966, s. 884-905. (Aşırı Güçlük)
- TUNÇOMAĞ, Kenan; “*Borcun İfasında Aşırı Güçlük ve Alman Yargıtayı*”, **İÜMHAD**, C. I, S. 1, 1967, s. 87-108. (Alman Yargıtayı)
- von TUHR, Andreas; **Borçlar Hukukunun Umumî Kısım**, Çev. Cevat Edege, C. II, İstanbul 1953.

YARARLANILAN VERİ TABANLARI

BeckOnline

Hukuk Türk

Swisslex

ZARAR SİGORTALARINDA SİGORTACININ HALEFİYETİ

(Subrogation of Insurer in Damage Insurance)

Prof. Dr. Şaban KAYIHAN*

ÖZET

Esasen bir borçlar hukuku kurumu olan halefiyet TBK. m. 127 ile genel olarak düzenlenmiş ve her zaman üçlü hukuki ilişkilerin var olduğu durumlarda gündeme gelen bir hukuki kurumdur. Halefiyetin özünde, üçüncü kişinin asıl borçlu yerine borcu ifa etmesi veya etmek mecburiyetinde kalması olgusu söz konusu olmaktadır. Borçlunun borcunu sözleşmeden veya kanundan kaynaklanan sebeplerle ifa etmek durumunda kalan üçüncü kişi ilke olarak o oranda alacaklının yerine ikame olur ve bundan böyle onun haklarına sahiptir. Halefiyet, özel sigorta hukuku yönünden TTK. m. 1486/1 uyarınca emredici nitelikte olan TTK. m.1472 ile özel bir düzenlemeye kavuşturulmuştur. Diğer yandan 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu (KTK.) m. 95/2 ile de bir pasif sigortası niteliğinde olmak üzere, zorunlu mali mesuliyet sigortası (trafik sigortası) yönünden benzer bir düzenleme öngörülmüştür. Bununla birlikte bu iki düzenleme çeşitli yönlerden birbirinden ayrılmaktadır. Bu çalışmada halefiyet TTK. m.1472 yönünden ele alınmış, daha sonra da KTK. m. 95/2, Trafik Sigortası Genel Şartları da göz önüne alınarak incelenmiş, iki düzenleme arasındaki başlıca farklılıklar da ortaya konulmuştur.

Anahtar kelimeler: Zarar sigortası, pasif sigortası, trafik sigortası, halefiyet, sigortacının rücuu.

Abstract

Essentially, subrogation is a law of obligations institution and regulated by the Turkish Obligation Law art. 127 in general and always occurs in cases where triple legal relationship. In subrogation, the third person performs the debt willingly or has to perform instead of debtor. Third person who performs of debtor's obligation according to contract or law replaces the main creditors and has his legal rights. Subrogation, in terms of private insurance law regulated by the Turkish Commercial Code art. 1472. This article is mandatory under the Turkish Commercial Code art. 1486/1. On the other hand, 2918 numbered on Highway Traffic Act art.95 /2 envisages a similar arrangement in passive insurance. However, there are important differences between these two regulations.

* Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

In this study, subrogation examined under the Turkish Commercial Code art. 1472 firstly then examined Highway Traffic Act art.95 /2 considering the General Conditions of traffic insurance. Also, the major differences between the two regulations have been determined.

Keywords: Damage insurance, passive insurance, traffic insurance, subrogation, recourse of the insurer

GİRİŞ

Sigorta sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen (*sinallagmatik*) sözleşmelerdendir ve bu sözleşmede¹, sigorta ettirenin asıl borcu prim ödemek; sigortacının asıl borcu ise bunun karşılığında sözleşme süresince sigorta himayesini üzerine almak olarak belirir. Çalışmamızın kapsamı çerçevesinde, bu sigortaları detaylı olarak incelememiz mümkün olmamakla birlikte, zarar sigortalarında sigortacının halefiyeti başlığını kavram olarak anlayabilmek için kısa bir tasnif vermekte yarar görmekteyiz. 6102 sayılı yürürlükteki Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK.) benimsenen klasik sınıflandırma sigorta sözleşmesini, sigorta konusu menfaate göre ayrıma tabi tutmaktadır. Buna göre, sigorta sözleşmeleri, *mal sigortası* ve *can sigortası* olarak temelde ikiye ayrılır². Konusunu malvarlığı kıymetlerinin oluşturduğu sigortalar *mal sigortası*; insan hayatına yönelik riskleri güvence altına alan sigortalar ise *can sigortası* olarak isimlendirilir. Sigorta ettirenin uğradığı zararları karşılamak üzere yapılan mal sigortalarına "*zarar veya tazminat sigortaları*" adı verildiğini ifade etmek gerekir³. Zarar sigortası ise kendi içinde *aktif sigortası* ve *pasif sigortası* olarak ikiye ayrılır⁴. Örnek olarak, araç kasko sigortaları aktif sigortaları grubuna girerken zorunlu mali mesuliyet sigortası, (trafik sigortası) sorumluluk sigortaları bağlamında pasif sigortaları ayrımının içinde yer alır.

Kısa tanımını yaptığımız ve niteliğini ifade edip ayrımlarına değindiğimiz sigorta sözleşmeleri türlü sebeplerle sona erer. Bunlardan konumuzla yakından bağlantılı olmak üzere, sözleşme ile teminat altına alınmış olanı rizikonun gerçekleşmesi keyfiyetidir. İşte, sigorta sözleşmesini sona erdiren rizikonun gerçekleşmesi sebebiyle üçüncü kişilerin sorumluluğu doğmuşsa meydana gelen zarardan ötürü, aktif sigortalarında rizikonun gerçekleşmesinde kusuru olmayan sigorta ettirenin, iki ayrı kişiye

¹ Bu konudaki tartışmalar için bkz. KAYIHAN, Şaban, Sigorta Sözleşmesinde Prim Ödeme Borcu, Ankara 2004, sh. 33 vd..

² ÇEKER, Mustafa, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sigorta Hukuku, 10. Baskı, Adana 2014, sh. 17.

³ ÇEKER, Ders Kitabı, sh. 19; GÜVEL, Enver Alper / GÜVEL, Afif Öndaş, Sigortacılık, 5. Baskı, Ankara 2010, sh. 120 vd.. Ayrıca bkz. BOZER, Ali, Sigorta Hukuku, Genel Hükümler - Bazı Sigorta Türleri, Ankara 2004, sh. 43 vd..

⁴ GÜVEL / GÜVEL, sh. 121.

yöneltebileceği iki ayrı alacak hakkı ortaya çıkar⁵. Sigorta ettiren, zararın giderilmesini aralarındaki sigorta sözleşmesi gereğince sigortacıdan talep edebilir. Bu alacak hakkının konusu, sigorta tazminatıdır⁶. Sigorta ettiren, zararın giderilmesini zararın sorumlusu olan üçüncü kişilerden de talep edebilir. Bu alacak hakkının konusu ise haksız fiile dayanan sorumluluk tazminatıdır⁷.

Sigortacının sigorta ettirene karşı yerine getirmekle yükümlü olduğu sigorta tazminatı ödeme borcu, aynı zararı bir başkasının tazminle yükümlü olması sebebiyle ne azalır ne de ortadan kalkar⁸. Günümüzde genellikle vaki olduğu üzere, sigorta ettiren zararını öncelikle ödeme kabiliyeti tam olan sigortacıdan talep ve tahsil eder⁹. Bunun üzerine sigorta ettiren, zarar sorumlusuna başvurma imkânını kaybeder. Şayet sigorta ettiren hem zarar verenden hem de sigorta şirketinden tazminat almış ise bu durum hukuka aykırılık oluşturur¹⁰. Zira zarar sigortaları bakımından geçerli olan *zenginleşme yasağı* sigorta ettirenin hem sigortacıdan hem de zarar sorumlusundan talepte bulunmasını engeller. Ancak zenginleşme yasağı, zarar sorumlusunun sigorta sözleşmesi sayesinde sorumluluktan kurtulmasına da yol açmamalıdır¹¹. İşte bu noktada sigortacının *kanuni halefiyet* imkânı devreye girer ve sigortacı, sigorta ettirenin haklarına yasa gereği halef olarak ödediği sigorta tazminatını zararın sorumlusundan tahsil etme imkânına kavuşur. Böylece bir yandan, zarar sigortalarında hâkim olan zenginleşme yasağı uygulanırken diğer yandan, zarardan sorumlu olan kişinin sigorta ettirenin iradesine aykırı olarak sorumluluktan kurtulması engellenmiş olur¹². Sigorta ettirenin *“zenginleşmesinin önlenmesi”*, rizikonun gerçekleşmesini onun için çekici olmaktan çıkarır; sigortalı, rizikonun gerçekleşmesini arzulamaz ve hasarın meydana

⁵ OMAÇ, Merih Kemal, Türk Hukukunda Sigortacının Kanuni Halefiyeti, İstanbul 2001, sh. 2.

⁶ OMAÇ, sh. 2.

⁷ OMAÇ, sh. 3.

⁸ OMAÇ, sh. 3.

⁹ OMAÇ, sh. 3.

¹⁰ “Davalının aracının, davalının istihdam ettiği kişi tarafından hasara uğratılmasından sonra tamir edilerek davalıya teslim edildiği anlaşılmaktadır. Davalı aracı tamir edildiği halde, ayrıca sigorta şirketinden hasar tazminatı almıştır. Kasko sigorta nedeniyle sigortalı araçta meydana gelen hasarı ödeyen sigorta şirketi TTK’nun 1301. maddesine dayanarak sigortalının halefi sıfatıyla yaptığı ödeme için olayı meydana getiren ile onu istihdam edene karşı rücu davası açabilecektir. Nitekim davacı aleyhine İstanbul Birinci Asliye Hukuk Mahkemesi’nin 1990/608 esasında kayıtlı olarak rücu davası açıldığı anlaşılmaktadır. Bu durumda davacı hem hasarı gidermek için bir masraf yapmış ve emek harcamış ve ayrıca da sigorta şirketine ödeme yapmak zorunda kalmış olacaktır. Buna karşılık davalı hem hasara uğrayan aracını tamir ettirmiş ve bir bedel ödememiş ve hem de ayrıca sigortadan hasar tazminatı almak suretiyle sebepsiz zenginleşmiş olmaktadır.” Y. 15. HD, T. 27.4.1992, E. 1991/5571, K. 1992/2220, ÇEKER, Mustafa, “Sigortacının Rücu Hakkı”, www.cu.edu.tr/.../sigortacının%20rücu%20hakkı-mustafa%20çeker.doc (5.3.2016).

¹¹ OMAÇ, sh. 17.

¹² OMAÇ, sh. 17; BOZER, Genel Hükümler, 2004, sh. 73; ÇEKER, Sigortacının Rücu Hakkı.

gelmemesi için her türlü tedbiri alır¹³. Ayrıca sigortacının kanuni halefiyeti, sigorta tekniği açısından sigortayı daha ucuz bir hale getirmesi sebebiyle sigorta ettirenin önemli bir fayda sağlar. Zira sigorta prim oranları hesaplanırken halefiyet ilkesi nazara alınır ve primler düşük tutulur¹⁴.

İşte sigortacının halefiyeti, rizikonun gerçekleşmesi sebebiyle meydana gelen zararlar için sigorta ettirenin üçüncü bir şahsa karşı herhangi bir hukuki sebebe dayanarak sahip olduğu tazminat alacağı hakkının ödenen sigorta tazminatı miktarınca kanun icabı sigortacıya geçmesidir¹⁵.

Sigortacının halefiyeti, **zarar sigortaları** ile ilgili genel olarak TTK.'nın 1472. maddesiyle düzenlenmişken 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu (KTK.) m. 95/2 ile de bir pasif sigortası niteliğinde olmak üzere, zorunlu mali mesuliyet sigortası (trafik sigortası) yönünden benzer bir düzenleme öngörülmüştür. Bununla birlikte iki düzenleme arasında önemli farklılıklar bulunduğunu belirtmek gerekir.

Bu çalışmamızda, bizde sigortacının halefiyetini gerek 6102 Sayılı TTK. m. 1472 açısından üçüncü kişilere talep ve dava hakkının yöneltilmesi; gerekse 2918 Sayılı KTK. m. 95/2 açısından kendi sigorta ettirenine dönülmesi imkânı bakımından değerlendirdik.

Çalışmamızı girişi takiben, iki ana kısımda ele aldık. Birinci kısımda, sigortacının TTK. m. 1472 hükmü yönünden halefiyetini; ikinci kısımda da ise 2918 sayılı KTK. m. 95/2 ve ZMMS (Zorunlu Mali Mesuliyet Sigortası) Genel Şartları açısından sigortacının kendi sigorta ettirenine rücu hakkını inceledik. Çalışmamızı, sonuç bölümünde yapmış olduğumuz değerlendirmelerle nihayete erdirdik.

I. TTK. m. 1472 Açısından Sigortacının Halefiyeti

A. Genel Olarak

Halefiyet kurumu esasen bir borçlar hukuku kurumudur. TBK. m. 127 ile genel olarak düzenlenmiştir. Halefiyet daima üçlü hukuki ilişkilerin var olduğu durumlar-

¹³ OMAĞ, sh. 44; ÇEKER, Sigortacının Rücu Hakkı.

¹⁴ OMAĞ, sh. 46; BOZER, Ali, Sigorta Hukuku, Ankara 1981, sh. 107; KENDER, Rayegan, Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku, Güncelleştirilmiş 14. Baskı, İstanbul 2015, sh. 351. Rücu hakkının kullanılması neticesinde elde edilecek başarı ihtimali de prim hadlerinin belirlenmesinde etkili olur. Örnek olarak, hırsızlık sigortacısı, rücu hakkının varlığını asgari ve kısıtlı bir ölçüde nazara alır. Zira rücu edebileceği hırsızın genellikle bulunamayacağı ya da bulunsay bile ödeme kabiliyetinin olmayacağını önceden tahmin edebilir. Bu nedenle hırsızlık sigortasında rücu imkânı primlerin düşmesinde çok etkili olmaz. Buna karşılık, akdi bir sorumluluğun olabileceği hallerde, örnek olarak, yangın sigortacısının karşısında sorumlu olarak bir kiracının bulunduğu hallerde, sigortacı rücu hakkını elverişli koşullarda kullanabileceğini hesaplayarak primi düşük tutabilir. Bkz. OMAĞ, sh. 47.

¹⁵ OMAĞ, sh. 37.

da gündeme gelir. Zira halefiyetin özünde, üçüncü kişinin asıl borçlu yerine borcu ifa etmesi veya etmek mecburiyetinde kalması olgusu söz konusudur¹⁶. İlke olarak, üçüncü kişinin asıl borçlu yerine borcu ifa etmesi ile borç ilişkisi nihayete erer; borca ait teminatlar da son bulur. Bununla birlikte kanunda açıkça öngörülen bazı durumlarda üçüncü kişinin ifası borcu yalnızca dış ilişkide alacaklıya karşı sona erdirir¹⁷. Oysa iç ilişkide borç, borcu asıl ifa yükümü altında bulunan kişiye karşı devam eder. İşte kanundan doğan bu intikaller halefiyet olarak isimlendirilir¹⁸.

Halefiyet kurumunu genel olarak düzenleyen TBK. m. 127 hükmü halefiyeti iki bent olarak düzenlemiş ve bu ihtimallerde, alacaklıya ifada bulunan üçüncü kişinin, hemen takip eden durumlarda ifası oranında alacaklının haklarına halef (ardıl) olacağını öngörmüştür.

“1. Başkasının borcu için rehnedilen bir şeyi rehinden kurtardığı ve bu şey üzerinde mülkiyet veya başka bir ayni hakkı bulunduğunda takdirde.

2. Alacaklıya ifada bulunan üçüncü kişinin ona halef olacağı, borçlu tarafından ifadan önce alacaklıya bildirildiği takdirde”.

Sözü geçen hükmün son fıkrası *“diğer halefiyet hâllerine ilişkin kanun hükümleri saklıdır”* düzenlemesini öngörerek bu hususta başkaca hukuk dallarında da halefiyet olabileceğini bu durumda da evveleminde o halefiyete ilişkin kanun kurallarının uygulanması gerekeceğine işaret etmiştir. İşte konumuzu teşkil eden halefiyete ilişkin özel düzenleme TTK. m.1472 tarafından öngörülmüştür. O halde sigorta hukukuna ilişkin halefiyette bu hüküm uygulama alanı bulacaktır.

Konuyu düzenleyen TTK. m. 1472 hükmü ise aşağıdaki gibidir:

“Sigortacı, sigorta tazminatı ödemediğinde hukuken sigorta ettirenin yerine geçer. Sigorta ettirenin gerçekleşen zarardan dolayı sorumlulara karşı dava hakkı varsa bu hak, tazmin ettiği bedel kadar sigortacıya intikal eder. Sorumlulara karşı bir dava veya takip başlatılmışsa, sigortacı mahkemenin veya diğer tarafın onayı gerekmeksizin halefiyet kuralı uyarınca, sigortalısına yaptığı ödemeyi ispat ederek, dava veya takibi kaldığı yerden devam ettirebilir.”

Sigortacının kanuni halefiyetini düzenleyen söz konusu hüküm, TTK. m. 1486/1 uyarınca emredici niteliktedir. Bu nedenle taraflar, sigorta sözleşmesine konacak bir kayıtlı sigorta ettirenin hasar karşılığını hem sigortacıdan hem de zarar verenden almasını kararlaştıramazlar¹⁹. Eğer bu hükme aykırı bir düzenleme tesis

¹⁶ BOZKURT, Tamer, Ticaret Hukuku C.IV, Sigorta Hukuku, Güncellenmiş 9. Baskı, Ankara 2016, sh.173.

¹⁷ BOZKURT, s.173.

¹⁸ BOZKURT, s.173.

¹⁹ OMAĞ, sh. 55.

edilirse sadece bu düzenleme değil sözleşmenin tümü geçersiz olur. Bu düzenleme haklı olarak eleştiriye konu edilir²⁰. Gerçekten, kısmi butlanı uygulayıp, sözleşmeyi ayakta tutma ilkesini uygulama imkânı varken bu özel düzenleme ile sigorta ettirenler aleyhine bir durum ortaya çıkmaktadır. Kanaatimizce sigorta hukukunun kurallarını, ilke olarak sigorta ettirenler lehine olabilecek yarı emredici nitelikte kabul ettiğimizde, uygulamada, bu ve benzeri durumlarda sözleşmenin tümünü batıl saymak yerine, halefiyeti ortadan kaldırmaya yönelik koşulları geçersiz sayarak halefiyet prensibine bu ihtimalde de işlerlik kazandırılabilir. Bu itibarla halefiyeti ortadan kaldırmaya yönelik şartları ihtiva eden bir sigorta sözleşmesinin tamamen geçersiz olduğunu düzenlemek, sigorta hukuku yönünden doğru değildir.

Hemen belirtelim ki sigortacının halefiyeti, zarar sigortaları için benimsenmiş olup, can sigortalarında sigortacının halefiyet hakkı yoktur²¹. Can sigortaları, meblağ sigortası niteliği taşıdığından sigortacı, sigorta ettirene/sigortalıya uğradığı reel zararı değil de poliçede öngörülen belirli bir tutarı ödeme borcu altındadır. Bu itibarla can sigortalarında, sigortalının, sigortacıdan tazminat aldıktan sonra, zarar veren üçüncü kişilerden ikinci bir tazminat talep etmesi de hukuken mümkündür²².

Buna karşılık, hastalık sigortasında ilaç, hastane ve tedavi masrafları niteliği itibariyle zarar sigortası sayılır ve bu durumlarda, sigortacının ödediği tazminat oranında sigortalının haklarına halef olacağı ve zarardan sorumluluğu bulunan üçüncü kişilere başvuru hakkını elde edeceği kabul edilmiştir. Hastalık Sigortası Genel Şartları'nda da bu yönde hükümler bulunmaktadır. Dolayısıyla, bir can sigortası türü olduğu halde, hastalık sigortalarında yukarıda belirtmiş olduğumuz ilaç ve hastane gibi tedavi masrafları, niteliği itibariyle zarar sigortaları sayıldıkları için bu ihtimalde sigortacının sözleşmeden doğan bir halefiyet hakkının mevcut olduğu kabul edilir²³.

Sigortacının sigorta ettirenin yerine geçerek zarar sorumlusu üçüncü şahıs aleyhine sigorta ettirenin dava ve talep haklarına sahip olabilmesi için bazı şartların bir araya gelmesi gereklidir. Bu şartları takip eden başlıkta ele aldık.

B. Sigortacının Halefiyetinin Şartları

1. Geçerli Bir Sigorta Sözleşmesinin Varlığı

Sigortacının zarar sorumlusu üçüncü kişiye talep hakkını yöneltebilmesi için zarar görenin tahsil edeceği tazminatın sigorta sözleşmesine dayanan akdi bir yükümlülük gereğince ödenmesi gereklidir. Hukuken geçerli bir sigorta sözleşmesinin

²⁰ ULAŞ, Işıl, Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2012, sh. 244.

²¹ BOZER, Genel Hükümler, sh. 73.

²² ÇEKER, Sigortacının Rücu Hakkı.

²³ ÇEKER, Sigortacının Rücu Hakkı.

varlığı, sigortacının tazminat ödeme borcunun hukuki sebebidir²⁴. Eğer sigortacı, hukuken hüküm ifade etmeyen bir sigorta sözleşmesine dayanarak ödemede bulunursa TTK.'nın 1472. maddesine dayalı olarak bir halefiyetten söz edilemez²⁵. Bu takdirde, sigortacı, hataen ödeme yapmış ise ödediğini sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayalı olarak geri isteyebilir²⁶ [Bkz. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 77 vd.]. Benzer şekilde, sigorta sözleşmesinin sona ermesinden sonra gerçekleşen rizikolardan dolayı ödeme yapan sigortacının halefiyet hakkı bulunmamaktadır²⁷. Ayrıca sigorta ettirene yapılan ödemenin sigorta poliçesi ile teminat altına alınmış olan bir rizikonun meydana getirdiği zarara yönelik olmalıdır²⁸.

2. Sigorta Bedelinin Ödenmesi

Sigortacının kanuni halefiyet imkânına kavuşmasının diğer bir şartı, Kanun maddesinde açıkça ifade edildiği üzere sigorta tazminatının ödenmiş olmasıdır²⁹. Sigortacı, sigorta ettirenin zararını karşılamadığı müddetçe onun yerine geçerek dava açamaz. Sigortacı, ödemeyi bizzat sigortalıya veya onun yetkili temsilcisine yapabilir. Sigortalı, usulüne uygun olarak yapılan bir ödemeyi kabul etmeyerek alacaklı temer-

²⁴ OMAÇ, sh. 71.

²⁵ OMAÇ, sh. 73; KENDER, sh. 354.

²⁶ OMAÇ, sh. 73.

²⁷ ULAŞ, sh. 227.

²⁸ BOZKURT, sh.176.

"Sigortacı ancak sigorta poliçesi hükümleri çerçevesinde ödemekle yükümlü olduğu tazminatı ödedikten sonra, bunu TTK.'nın 1301. maddesi gereğince rizikonun gerçekleşmesine neden olan kimseden rücu isteyebilir. Bunun dışında, poliçede teminat dışı kalan hallerde yapılan ödemelerden dolayı sigortacının rücu davası açması mümkün değildir". Y.11.HD. 22.3.1985, E.1985/1696, K.1985/1936 sayılı kararı. BOZKURT, sh.176.

²⁹ BOZER, Sigorta Hukuku, sh. 110; BOZKURT, sh.175.

"Türk Ticaret Kanunu'nun 1301. maddesi, "Sigortacının sigorta bedelini ödedikten sonra hukuken sigorta ettiren kimse yerine geçeceğini" kabul etmiştir. Bu nedenle sigortacının rücu hakkını kullanabilmesi için her şeyden önce sigorta sözleşmesinde öngörülen sigorta bedelini sigortalıya ödemesi gerekir. Olayımızda; davacı sigorta şirketi, sigortalı araçta meydana gelen hasarın sigorta teminatı dışında kaldığı gerekçesiyle hasar tazminatını ödememiş ve uyuşmazlık dava konusu olmuştur; sigortalı araç maliki tarafından açılan dava ilk önce reddedilmişse de daha sonra Yargıtay tarafından bozulmuş ve bu suretle hasarın teminat içinde kaldığı anlaşılmıştır. Bu nedenle davacı sigorta şirketinin sigortalı araç malikine bir ödemede bulunması kaçınılmazdır. İşte davacı, ödemesi kaçınılmaz olacak ancak henüz kapsamı hükümlerle belirlenmemiş tazminatı istemektedir; ödemeden dava açmasının sebebi de "mahkeme ilâmıyla yapılacak ödeme tarihinde iki yıllık zamanaşımı süresinin dolacağı" olgusudur. Gerçekten davacı sigorta şirketi ödeme tarihinden sonra bu davayı açmış olsaydı halefiyet kuralı gereğince zamanaşımı savunmasıyla karşılaşılacaktı (YTBK., 17.01.1972 gün, 2/1 sayılı). Bu, TTK.'nın 1301. maddesinin ve anılan içtihadı birleştirme kararının kaçınılmaz sonucudur. Davacı sigorta şirketinin bu sonuçtan kendisini kurtarması için tek yol ödemeyi rızaen yaparak rücu hakkını sağlamasıdır. O halde mahkemenin ödeme yapılmadığından rücu hakkının doğmadığı kabul edilerek ret kararı vermesi doğrudur." Y. 4. HD, T. 11.6.1990, E. 1990/3730 K. 1990/5124, ÇEKER, Sigortacının Rücu Hakkı.

rüdüne düşmüşse sigortacı, TBK'nin alacaklı temerrüdü hükümlerine göre (TBK m. 106 vd.) sigorta tazminatını hâkimin tayin edeceği bir yere tevdi ile borcundan kurtulur ve bu andan itibaren halefiyet hakkını kazanır³⁰. Sigorta ettirenin tazminat alacağı üzerinde tasarruf yetkisi kalmadığı veya sınırlandırıldığı hallerde ise sigorta tazminatı iflas masasına ödenir ve sorumluluk tazminatının sigortacıya geçmesi bu suretle sağlanır³¹.

Belirtmek gerekir ki sigortacı tarafından sigortalısına poliçe hükümlerinde yer almayan bir ödeme yapılması halinde sigortacı halefiyet hakkı kazanamaz. *Ex gratia* (lütuf ödeme) adı verilen bu tür ödemeler, müşteriye hoş görünmek veya ileride iyi ilişkiler kurmak amacıyla yapılan ödemelerdir³². Ancak böyle bir durumda ve yapılan ödemenin yasaların emredici hükümlerine, ahlaka ve kamu düzenine aykırı olmaması koşulu ile *ex gratia* ödeme yapılırken düzenlenecek ibranamede sigortalı uğradığı zarardan kaynaklanan alacak ve dava hakkını TBK m. 183 vd. madde hükümleri gereğince sigortacıya devredebilir³³.

Sigortacının halefiyet hakkına kavuşabilmesi için gerçek hak sahibine ödeme yapmış olması gereklidir. Yargıtay kararına konu olan bir olayda, tersaneci, inşa ettiği gemiye ilişkin olarak iş sahibi lehine sigorta yaptırmıştır. Deneme yüzüşü sırasında geminin batması nedeniyle iş sahibine ödeme yapan sigorta şirketi, tersanecinin olayda kusuru bulunmasına dayalı olarak tersaneciye karşı halefiyetten kaynaklanan tazminat davası açmıştır. Başkası hesabına yaptırılan mal sigortası nedeniyle sigortalıya ödeme yapan sigortacının sigorta ettirene halefiyet davası açıp açamayacağı; yani başkası hesabına sigorta ettirenin, bu sigorta ilişkisinde üçüncü kişi sayılıp sayılamayacağını inceleyen mahkeme, sigorta sözleşmesini yapan ve primleri ödeyen sigorta ettirenin (tersanecinin) halefiyet konusunda üçüncü kişi sayılmasının mümkün olmayacağına karar vermiştir. Kanaatimizce sigorta ettiren tersanecinin üçüncü kişi sayılıp sayılamayacağı konusunda hareket noktası kendisinin sigorta sözleşmesini yapması ve primleri ödemesi hususları olmayıp; kimin menfaatinin sigortalandığı olmalıdır³⁴. Sigorta sözleşmesini akdetmiş olsa bile kendi menfaatini sigortalatmamış olan kişi, sigorta ilişkisinde üçüncü kişi sayılmalıdır. Bu nedenle kendi menfaatini sigortalamamış olan ve yaptığı sözleşme ile sigortacının kendisine halefiyet talebini engellememiş olan tersaneciye karşı sigortacı, sigorta ettirenin sahip olduğu tazminat

³⁰ OMAĞ, sh. 81.

³¹ OMAĞ, sh. 81.

³² ULAŞ, sh. 229; BOZER, Sigorta Hukuku, sh. 113.

³³ ULAŞ, sh. 230.

³⁴ Esasen Yargıtay önceki tarihli bir kararında, sigorta edilen menfaat kıstasından hareketle sigorta ettirenin zarara uğramasından sorumlu olan sigorta ettirene karşı sigortacının kanuni halefiyetten faydalanabileceği görüşündeydi. Bkz. Y. 11. HD, T. 13.2.1987, E. 6915, K. 775 ve Y. 11. HD, T. 12.5.2009, E. 2007/10949, K. 2009/5733, KENDER, sh. 362 vd..

alacağını hak eder³⁵. Aksi takdirde iş sahibi sigorta ettirenin tersaneciye karşı tazminat alacağı devam ettiğinden, meydana gelen zarar dolayısıyla çifte tazminat alma ihtimali doğacaktır ki halefiyete ilişkin hükümlerin öngörülüş amaçlarından biri de bu şekilde ortaya çıkan zenginleşme ihtimalini ortadan kaldırmaktır³⁶.

3. Sigorta Ettirenin Dava Hakkının Bulunması

Sigortacının halefiyet hakkına sahip olabilmesi için gerekli olan diğer bir koşul da sigorta ettirenin kendisine zarar verene, yani sorumlulara karşı dava hakkının bulunmasıdır³⁷. 6762 sayılı TTK'nin 1301. maddesinde bugünkü yasal düzenlemelerde yer alan sorumlular yerine üçüncü şahıslar kavramına yer verilmiş bulunmaktaydı. Bu kavram, doktrinde halefiyet ilkesi açısından tartışmalara sebep olmuş ve sorunlara yol açtığı ileri sürülmüştü³⁸. Sorunun özellikle mal sigortalarında sigorta ettiren ile sigorta ettirenin farklı kimseler olmaları durumunda sigortalıya oluşan zararı nedeni ile yapılan ödemeyi müteakip sigortacının halefiyet ilkesine dayalı olarak zarara neden olan sigorta ettirene karşı dava hakkını kullanıp kullanamayacağı konusunda ortaya çıkmış olduğu gözlenmekte idi. Doktrinde bu soruna örnek olarak, bir depo işletmecisi olan sigorta ettiren, deposunda saklanmakta olan emtianın maliki yararına mal sigortası yaptırmış ise malikin sigortalı sıfatını kazanması gösterilmektedir. Böyle bir ilişkide, sigorta ettiren depo işleticisinin o yerde çalıştırdığı adamların kusurlarından kaynaklanan bir yangın nedeniyle sigortalı emtiada hasar oluşmuşsa sigortacı, sigortalı sıfatını alan emtia malikine sigorta tazminatını ödeyecek ve yasadan ötürü malikin haklarına halef olabilecektir. Bu soruna diğer bir örnek, sigorta ettiren malikin yakınlarının (eş, ana-baba, çocuk, kardeş) kusurları ile sigortalı mala zarar vermeleri halinde sigortacının ödeme yapması ile bu kişilere halefiyetten kaynaklanan dava haklarını kullanıp kullanamayacağına ilişkin olarak verilmektedir. Kanun hükmünde üçüncü kişi kavramı yerine sorumlular kavramına yer verilmesi bu sorunları çözmeye yöneliktir.

C. Sigortacının Halefiyetinin Hüküm ve Sonuçları

1. Sigortacı Yönünden

Yaptığı mal sigorta sözleşmesi hükümleri uyarınca rizikonun gerçekleşmesi üze-

³⁵ Bu noktada 6762 sayılı TTK'nin 1301. maddesini karşılayan 6102 sayılı TTK m. 1472'de sigortacının, sigorta tazminatını ödedikten sonra, "sigorta ettiren kimse" yerine değil de "sigorta ettirenin" yerine geçeceğini söylemesi bu görüşümüzü destekler niteliktedir.

³⁶ Nitekim bu endişe, Yargıtay 11. HD'nin anılan kararına muhalif üyelerce hazırlanan karşı oyda ayrıntısıyla dile getirilmektedir.

³⁷ BOZKURT, sh.176.

³⁸ ULAŞ, sh. 234.

rine sigortalısına ödemede bulunan sigortacı, sigortalısının kendisine zarar verene karşı sahip olduğu tazminat isteme ve dolayısı ile halefiyet hakkına kanun gereği sahip olur. Burada söz konusu olan halefiyet davası, tazminat davası niteliğindedir³⁹.

Halefiyete dayalı sigorta tazminat davalarında sigortacı, selefinin yani sigorta ettireninin sahip olduğu haklardan daha fazlasına sahip değildir. Bu kapsamda sigortacı, sigorta ettirenin sahip olduğu bütün def'ileri ileri sürebilir⁴⁰. Yani halefiyete dayalı tazminat davası, davalının durumunu ağırlaştıramaz. Sigorta ettirenin tazminat alacağına hukuki temelinin haksız fiilden, kanundan veya sözleşmeden kaynaklanmış olması arasında hiç bir fark yoktur⁴¹. Ancak hukuki ilişkinin niteliği, bazı açılardan önem taşır. Örnek olarak, sigorta ettiren ile zarara sebebiyet veren kimse arasındaki hukuki ilişki dolayısıyla ispat yükü kime düşüyorsa sigortacının açtığı tazminat davasında da ispat yükü o kişiye aittir. Bu itibarla eğer sigortalı ile zarar veren arasında haksız fiil sorumluluğu söz konusu ise halefiyet kaynaklı tazminat davasında, zarar sorumlusunun kusurunu ve zararı ispat etmek sigortacıya düşer⁴². Benzer şekilde, zamanaşımı süresi ve bu sürenin başlangıç tarihi yönünden de sigorta ettiren ile zarara sebebiyet veren kişi arasındaki ilişki önemlidir⁴³. Bu itibarla TTK.'nın 1420. maddesinde öngörülen iki yıllık zamanaşımı değil; bu hukuki ilişkinin tabi olduğu zamanaşımı süresi halefiyet davasında da geçerlidir⁴⁴. Çünkü sigortacının açtığı bu dava sigorta sözleşmesinden değil; kanundan doğar. Halefiyet kaynaklı tazminat davasında zamanaşımının başlangıç süresi de sigorta ettiren için hangi tarihte başlıyorsa sigortacı için de aynı tarihte işlemeye başlar⁴⁵.

Davanın hangi mahkemede görüleceği de esas davanın açılacağı mahkemeye göre belirlenir. Halefiyet TTK. ile düzenlenen bir husus olmasına rağmen, esas davada asliye hukuk mahkemesi görevli ise bu davaya ticaret mahkemesi değil asliye hukuk mahkemesinde bakılır⁴⁶. Belirtmek gerekir ki usul hukukunca belirlenmesi gereken bu kuralların, TTK. m. 1472/1-c. 3 ile ve 1481/2'ye göre belirlenmesi, kanun yapma tekniği yönünden isabetli değildir⁴⁷.

Sigortacı tarafından ödenecek miktarın mal sigortalarındaki genel ve ana ilke

³⁹ ULAŞ, sh. 245.

⁴⁰ BOZER, Sigorta Hukuku, sh. 113.

⁴¹ KENDER, sh. 356-357; ULAŞ, sh. 238. Bazı ülkelerde sadece haksız fiil dolayısıyla üçüncü şahsın sigorta ettirene zarar vermesi halinde halefiyet ilkesi benimsenmiştir. Bu konuda bkz. BOZER, Sigorta Hukuku, sh. 109.

⁴² ULAŞ, sh. 245; BOZER, Sigorta Hukuku, sh. 114.

⁴³ BOZER, Sigorta Hukuku, sh. 114.

⁴⁴ BOZER, Sigorta Hukuku, sh. 114; KENDER, sh. 358.

⁴⁵ BOZER, Sigorta Hukuku, sh. 115; KENDER, sh. 358.

⁴⁶ BOZER, Sigorta Hukuku, sh. 116; KENDER, sh. 358.

⁴⁷ KENDER, sh. 358.

uyarınca gerçek zarara eşit olması gerektiği göz önünden uzak tutulmamalıdır. Sigortacı zararı aşan tutarda ödeme yapmışsa fazladan ödediği miktar bakımından zarar sorumlusuna karşı dava hakkına sahip olamaz. Benzer şekilde, sigortacı gerçek zarar sigorta tazminatından fazla olsa bile sadece tazmin ettiği tutarı talep edebilir⁴⁸. Nitekim bu halde, sigorta ettiren sigorta tazminatını aşan zararı için sorumlu kişiye dava açma hakkını kullanabilir⁴⁹.

Halefiyet yolu ile sigortacıya geçen hakkın kapsamını, asıl alacak olan tazminat alacağı ile bu ana alacağın ferilerini teşkil eden faiz, teminat ve ana borca bağlanmış olan imtiyaz hakları oluşturur.

2. Sigorta Ettiren Yönünden

Sigorta ettirenin sigortacısına karşı yükümlülükleri, rizikonun gerçekleşmesiyle oluşan zararını tahsil ettikten sonra da devam eder. Bu yükümlülükler, halefiyet konusu hakları korumak, bu hakları ihlalden kaçınmak ve halefiyete ilişkin bilgi ve belgeleri sigortacıya vermektir.

Sigorta ettirenin halefiyet konusu hakları koruma yükümlülüğü, TTK.'nın 1448. maddesinin ilk fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre: *“Sigorta ettiren, rizikonun gerçekleştiği veya gerçekleşme ihtimalinin yüksek olduğu durumlarda, zararın önlenmesi, azaltılması, artmasına engel olunması veya sigortacının üçüncü kişilere olan rücu haklarının korunabilmesi için, imkânlar ölçüsünde önlemler almakla yükümlüdür. Sigorta ettiren, sigortacının bu konudaki talimatlarına olabildiğince uymak zorundadır. Birden çok sigortacının varlığı ve bunların birbirlerine aykırı talimatlar vermeleri hâlinde, sigorta ettiren, bu talimatlardan zararın azaltılması ve rücu haklarının korunması bakımından en uygun olanını dikkate alır.”*

Sigorta ettiren, bu yükümlülüğü yerine getirirken Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 2 ve 3. madde hükümleri uyarınca dürüstlük, özen gösterme ve iyiniyet ilkelerine uygun davranmalıdır⁵⁰. TTK. m. 1448 uyarınca sigorta ettiren, sigortacı tarafından kendisine yöneltilen talimatlara olanaklar elverdiğince uymak zorundadır. Sigorta konusu menfaat birden çok sigortacı tarafından sigorta güvencesi altına alınmışsa bunların birbirine aykırı talimat vermeleri durumunda sigorta ettirenin kendisine yöneltilen talimatlarda zararın azaltılması ve halefiyete dayalı dava haklarının korunabilmesi bakımından en uygun olanını dikkate alması gerektiği de düzenlenmiştir. Sigorta ettiren, sigortacının hakkını gereği gibi kullanmasını sağlamak amacıyla gerekli belgeleri sigortacıya vermelidir⁵¹.

⁴⁸ **BOZER**, Sigorta Hukuku, sh. 111; **KENDER**, sh. 360-361.

⁴⁹ **BOZER**, Sigorta Hukuku, sh. 111. Ayrıca bkz. **KENDER**, sh. 361 vd..

⁵⁰ **ULAŞ**, sh. 239.

⁵¹ **BOZER**, Sigorta Hukuku, sh. 116.

TTK. m. 1448/2 ile öngörülen düzenleme gereğince, sigorta ettiren bu yükümlülüğe aykırı davranır ve bu durum, sigortacı aleyhine bir zarar oluşturursa kusurun ağırlığına göre kendisine ödenecek tazminattan indirim yapılır.

Öte yandan, TTK.'nın 1472/2 hükmünde, sigorta ettirene halefiyete konu hakları ihlalden kaçınma yükümlülüğü getirilmiştir:

“Sigortalı, birinci fıkraya göre sigortacıya geçen haklarını ihlal edici şekilde davranırsa, sigortacıya karşı sorumlu olur.”

Sigorta ettirenin sigorta sözleşmesinin kurulmasından sonra gerek rizikonun gerçekleşmesinden önce gerekse sonra zarar sorumlusu ile yaptığı anlaşma ile sigortacının halefiyet haklarını ihlal ettiği takdirde sigortacısına karşı sorumlu olur ve dolaşısıyla sigortacının kendisine yaptığı ödemeyi iade ile yükümlü olur⁵². Bu kapsamda, sigorta ettiren sorumluyu ibra edemez⁵³. Yargıtay, sigorta bedelinin sigortacıdan tahsil edilmesinden sonra sigorta ettiren tarafından sorumluya karşı dava açılmış olmasının dahi TTK. m. 1472/2 anlamında bir ihlal saymaktadır⁵⁴. Ancak sigortacının ödediği hasar miktarı ve poliçe kapsamı dışında kalan zararlar bakımından sigorta ettirenin zarar sorumlusuna karşı dava hakkının bulunduğu ve böyle bir dava açılmasının ihlal anlamına gelmeyeceği belirtilmelidir⁵⁵.

Sigortacı, halefiyet hakkını engelleyen sigortalısını ancak halefiyet hakkını engellediği oran ve miktar bakımından dava edebilme hakkına sahiptir⁵⁶.

3. Zarar Sorumlusu Yönünden

Rizikonun gerçekleşmesine neden olan zarar sorumlusu, sigorta ilişkisinden haberi olmaksızın sigortalıya iyiniyetle ödeme yaparsa sorumluluktan kurtulur⁵⁷. Zarar sorumlusunun ödemesi gereken tazminatı, zarar görene mi yoksa onun sigortacısına mı ödemesi gerektiği konusunda uyuşmazlık çıkarsa sorumlunun TBK m. 187 ve 113 uyarınca tevdi mahalli tayinini mahkemeden isteyip borcu oraya tevdi etmekle borçtan kurtulacağı doktrinde kabul edilmektedir⁵⁸.

Bunun dışında, zarar sorumlusunun sigortacıya karşı olan savunma vasıtaları, aynen kendi alacaklısına karşı yapacağı savunma vasıtalarıdır⁵⁹. Dolayısıyla zarar

⁵² ULAŞ, sh. 240.

⁵³ KENDER, sh. 363-364.

⁵⁴ ULAŞ, sh. 240.

⁵⁵ ULAŞ, sh. 240.

⁵⁶ ULAŞ, sh. 241.

⁵⁷ ULAŞ, sh. 243.

⁵⁸ ULAŞ, sh. 243.

⁵⁹ ULAŞ, sh. 243.

sorumlusunun alacaklısına karşı ileri sürebileceği tüm def'ileri sigortacıya karşı da ileri sürebilmesi mümkündür. Örnek olarak, zararın sigortalıya daha önce ödenmiş olduğunu ileri sürebilir ve takas definde bulunabilir ya da sigorta ettirenin müterafık kusuru varsa bunu ileri sürerek tazminatın indirilmesini isteyebilir⁶⁰. Diğer yandan, zararın sorumlusu, sigorta sözleşmesinin geçersizliğine veya sigortacı tarafından yapılan ödemenin hukuki dayanağının bulunmadığına ilişkin def'ileri de sigortacıya karşı ileri sürebilir⁶¹. Sigorta ettirenin alacaklıları, halefiyetten önce sigorta ettirenin zarara sebebiyet veren kimse nezdindeki alacağına haciz koydurmuş iseler, bu haciz, sigortacıya karşı da ileri sürülebilir⁶².

Sigortacının talep edebileceği temerrüt faizinin hesabında da aynı esas kabul edilmelidir. Sigorta ettiren bakımından olan temerrüt tarihi, halefiyete dayanan sigorta için de söz konusudur. Bunun sonucu olarak sigortacı, halef olarak söz konusu temerrüt tarihinden itibaren temerrüt faizine hak kazanabilir.

II. 2918 Sayılı KTK. m. 95/2 Açısından Sigortacının Halefiyeti

A. Genel Olarak

Bir sorumluluk sigortası niteliğinde olan zorunlu mali mesuliyet sigortası, 2918 sayılı KTK. m. 91 vd. hükümlerinde düzenlenmiş zarar sigortalarının pasif sigorta kısmında incelenen zorunlu bir özel sigorta türüdür. Bu sigortanın amacı, trafik kazaları nedeniyle üçüncü kişilerin uğrayacakları zararların kolayca temin edilebilmesi olduğu gibi; zarardan sorumlu olan motorlu araç işleteninin kaza riskine karşı ekonomik bakımdan korunmasıdır. Bununla birlikte, modern özel sigorta hukuku anlayışında, bu sigorta türünde zarar gören üçüncü şahsı korumak amacının birinci planda olduğunu ifade edelim.

KTK. hükümlerine göre, motorlu araç işleteni sayılan kişilerin zorunlu mali sorumluluk sigortası yaptırmaları gerekir (KTK. m. 91/1). Bu sigortaya, uygulamada "*trafik sigortası*" da denilmektedir. Bu sigorta, bir tür kaza sigortasıdır. Sigorta, kaza sigortası dalında çalışmaya yetkili olan sigorta şirketleri tarafından yapılır ve bu şirketler, zorunlu mali sorumluluk sigortasını yapmak zorundadırlar (KTK. m. 101/1).

Sigorta primleri, araçların cinsine göre sigortanın en az tutarları üzerinden yapılır (Zorunluluk, bu en az tutarlar üzerinden sigorta ettirmekle yerine getirilmiş olur.). Sigortanın en az tutarları, Ticaret Bakanlığı tarafından gerektiği zamanlarda belirlenerek yayınlanır.

Zorunlu mali mesuliyet sigortası primleri bir defada ve peşin olarak alınır ve bu

⁶⁰ BOZER, Sigorta Hukuku, sh. 113.

⁶¹ BOZER, Sigorta Hukuku, sh. 113.

⁶² BOZER, Sigorta Hukuku, sh. 114.

sigorta karşılığı olarak sigorta edilen aracın neden olacağı bir trafik kazasında üçüncü kişinin uğrayacağı (sigorta kapsamındaki) zarar, sigorta limiti dâhilinde karşılanır.

B. TTK. m. 1472 ile Düzenlenen Halefiyet ile KTK. m. 95/2 ile Düzenlenen Sigortacının Rücu Hakkının Karşılaştırılması

Sigorta hukuku ve tekniği bakımından konuya baktığımızda hemen belirtelim ki, TTK. m. 1472 halefiyet yan başlığı ile gerçekten sigortacının bazı ihtimallerde sigorta ettirenin yerine ikame olup onun haklarına kanun çerçevesinde halef olduğu düzenlenmektedir. Yukarıda detaylı olarak ele almış olduğumuz üzere, bu durumda sigorta şirketi, kural olarak sigorta ettireni ister kendi kusuru ile isterse üçüncü kişilerin kusuru ile sigorta zararına uğrasın bunu tazminle yükümlüdür. TTK. m. 1472 ile düzenlenen kanundan doğan halefiyet ilkesine göre şayet sigorta rizikosunu, sigorta ettirenin kusuru olmaksızın üçüncü kişilerin kusuru ile vuku bulmuş olursa, kendi sigorta ettirenine sigorta tazminatını ifa eden sigortacı, bu ifası oranında sigorta ettirenin yerine geçer ve onun kusurlu üçüncü kişi/kişilere başvurma hakkına halef olur. Oysa zaten sigorta rizikosunun oluşmasında kendi sigorta ettireni kusurlu ise (örnek olarak, kasko sigortasında kusurlu yan zaten sigorta ettiren ise) sigortacı bu zararı tazmin eder ve bu durumda halefiyeti ya hiç gündeme gelmez ya da üçüncü kişinin müterafik kusuru çerçevesinde gündeme gelir (karş. TBK m. 51 vd.). Öte yandan, TTK. m. 1477/1 gereğince sigortacı, sigortalının, sorumluluk konusu olayı kasten gerçekleştirmesinden doğan zararlardan zaten sorumlu olmaz. Doğal olarak bu durumun ispatı külfeti sigortacıya aittir.

Zorunlu mali mesuliyet sigortası yönünden ise sigortacının sigorta ettirenin yerine geçmesi gibi bir durum söz konusu değildir. Esasen sorumluluk sigortası niteliğinde olan bu sigorta türünde sigortacı kendi sigorta ettireni kusurlu olarak üçüncü kişiye zarar verdiği takdirde sigorta teminatı kapsamında işte bu üçüncü kişinin zararlarını tazmin eder. Bu itibarla TTK. m.1472 ile düzenlenmiş halefiyet hususu teknik ve hukuki yönden KTK. m. 95/2'de söz konusu değildir. Burada düzenlenen, esasen hangi ihtimaller gerçekleşirse sigortacı, üçüncü kişiye ödeme yaptığı oranda kendi sigorta ettirenine rücu edebilir keyfiyetidir. İşte hukuki ve sigortacılık tekniği yönünden KTK. m. 95/2'nin sigortacının kendi sigorta ettirenine rücu hakkını düzenlediğinden; TTK. m. 1472 hükmünün ise sigortacının halefiyetini düzenlediğinden bahsedebiliriz.

Ayrıca, TTK. m. 1472 prensip itibarıyla zarar sigortalarının aktif kısmına ilişkin bir düzenleme iken, KTK. m. 95/2 ile getirilen özel düzenlemenin zarar sigortalılarının pasif kısmına ilişkin bir düzenleme olduğunu görürüz.

C. KTK. m. 95/2 ile Düzenlenen Sigortacının Kendi Sigorta Ettirenine Rücu Hakkının Koşulları

1. Genel Olarak

KTK. m. 95 hükmü “*Tazminatın azaltılması veya kaldırılması sonucunu doğuran haller*” yan başlığı ile şu hükmü öngörmektedir:

“Sigorta sözleşmesinden veya sigorta sözleşmesine ilişkin kanun hükümlerinden doğan ve tazminat yükümlülüğünün kaldırılması veya miktarının azaltılması sonucunu doğuran haller zarar görene karşı ileri sürülemez.

Ödemede bulunan sigortacı, sigorta sözleşmesine ve bu sözleşmeye ilişkin kanun hükümlerine göre, tazminatın kaldırılmasını veya azaltılmasını sağlayabileceği oranda sigorta ettirene başvurabilir.”

Sözü geçen düzenlemenin birinci fıkrasına göre, sigorta şirketi, kendi sigortalısı işletenin sorumlu olduğu kusur ile zarar verdiği üçüncü kişilere sigorta sözleşmesinden ya da sigorta sözleşmesine dair kanun hükümlerinden kaynaklanan tazminatın kaldırılması veya miktarının azaltılması sonucunu doğuran halleri dermeyan edemez.

Bununla birlikte, hemen maddenin ikinci fıkrasındaki durum gündeme gelirse sigorta şirketi, zarar gören üçüncü kişi/kişilere karşı yaptığı ödemeler oranında bizzat kendi sigorta ettirenine rücu edebilir. KTK. m. 95/2 ile öngörülen düzenleme, ZMMS Genel Şartları B.4 maddesi ile de düzenlenmiştir⁶³. Bu kısımda sözü geçen genel şartlardaki ilgili düzenlemeleri, KTK. m. 95/2 çerçevesinde incelemek yerinde olur.

KTK. m. 95/2 sigortacının bazı koşulların gerçekleşmesiyle kendi sigorta ettirenine rücu imkânını öngörmektedir. Buna göre; sigorta ettirenin prim borcunu ödemiş olması, limitlerin artmasından sonra ek poliçe yaptırmaması ve sigorta süresi bittikten sonra poliçenin yenilenmemesi gibi durumlar, zarar gören üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceğinden, sigortacı, yeni limitler üzerinden veya sözleşme süresi bittikten sonra ödeme yapmış ise yükümlülüklerini yerine getirmemiş olan kendi sigorta ettirenine karşı dönme hakkını kullanabilir⁶⁴.

ZMMS Genel Şartları B.4. hükmü, sigortacının KTK. m. 95/2 çerçevesinde sigorta ettirenine rücu edebilme durumlarını belirlemeye çalışmıştır. Söz konusu genel şartları, hem sigorta hukukunun temel emredici hukuk prensipleri ve hem de KTK. m. 95/2 dairesinde ele almak icap eder. Bu çerçevede sözü geçen genel şartların öngördüğü ihtimalleri aşağıdaki şekilde inceleyelim:

⁶³ Konuyu ZMMS Genel Şartları yönünden inceleyen çalışmalar olarak bkz. **ARSLAN, Aziz Serkan**, “Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortalarından Doğan Rücu Davaları”, TBB. Dergisi, Sayı 88, 2010, sh. 211-213; **ÇELİK, Ahmet Çelik**, “Sigortacının İşletene Rücu Hakkı”, <http://www.tazminat hukuku.com/arastirma-yazilari/sigortacinin-isletene-rucu-hakki.htm>, (12. 3.2016).

⁶⁴ **ÇELİK**, Sigortacının İşletene Rücu Hakkı.

2. ZMMS Genel Şartları B.4 ile Sigortacının Sigorta Ettirenine Rücu İmkânını Düzenleyen İhtimallerin Değerlendirilmesi

a. Tazminatı gerektiren olay, işletenin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kasdi bir hareketi veya ağır kusuru sonucunda meydana gelmiş ise (B.4.a)

Belirtmek gerekir ki sigortacının ZMMS'de zarar gören üçüncü kişinin zararını sigorta teminatı çerçevesinde tazmin ettikten sonra kendi sigorta ettirenine rücu etmesi imkânı oldukça dardır. Zira bu sigortanın amacı, hâlihazırda sigorta ettiren trafikte tam kusuru ile bir üçüncü kişiye zarar ıka etse dahi bunu tazmin etmek yükümlülüğünün sağlanmasıdır⁶⁵; zira pasif sigortası niteliğindeki bu sorumluluk sigortasının temel amacı budur. Örnek olarak, kaygan zeminde ani fren yapma, hatalı sollama, mucurlu, kumlu yolda hızını kesmeme, kavşaklara ve dönemeçlere hızla girme, geçme yasağına uymama, kırmızı ışıktaki durmama ile uykusuz ve yorgun uzun süre araç kullanma gibi durumlarda, kaza yapan sürücü yüzde yüz, yani tam kusurlu bulunabilir ise de bunlar, "dikkatsiz ve tedbirsizce kurallara ve yasaklara aykırı" olarak araç kullanma kapsamında olup; kasıtlı veya kasta yakın bir ağır kusur sayılamaz. Bu nedenle, bu gibi durumlarda sigortacının sigorta ettirenine rücu hakkından söz edilemez⁶⁶.

⁶⁵ Nitekim Yargıtay da aşağıda örneklerini verdiğimiz yerleşik kararlarında isabetli olarak aynı yönde düşünmektedir:

"Dairemizin yerleşik uygulamasına göre, ağır kusur kavramı, bir özel hukuk kavramı olup, kasıt olmamakla birlikte kasta yakın bir kusurun varlığını ifade eder. Sigorta Genel Şartlarında "tam kusur"dan değil, "kasıt" ve "ağır kusur"dan söz edilmektedir. Hükme dayanak yapılan bilirkişi raporunda da belirtildiği üzere, sürücünün 2918 sayılı KTK'nın 57.maddesi hükmüne aykırı şekilde kavşaklarda geçiş önceliğine uymaksızın tedbirsiz ve dikkatsiz araç kullanması kusur oluştursa bile, dava konusu olayın oluş şekline göre "ağır kusur" değildir. Bu nedenle, sürücünün 8/8 kusurlu olması, sigorta şirketine rücu hakkı vermez." (Y. 11. HD, T. 16.1.2006, E. 2005/184, K. 2006/121).

"Sigorta Genel Şartlarında "tam kusur"dan değil, "kasıt" ve "ağır kusur"dan söz edilmektedir. Bilindiği üzere, ağır kusur kavramı, bir özel hukuk kavramı olup, kasıt olmamakla birlikte kasta yakın bir kusurun varlığını ifade eder. Bu nedenle sürücünün kasta dayanmayan tam kusuruyla verdiği zarardan dolayı, sigortacının, üçüncü kişiye ödediği tazminat nedeniyle rücu hakkı yoktur. Somut olay incelendiğinde, bilirkişi raporunda, sürücünün kırmızı ışıktaki kavşağa girmiş olması nedeniyle yüzde kusurlu olduğu sonucuna varılmış olup, yukarıda anılan ilkeler doğrultusunda sürücünün eyleminin kasıtlı bir hareket veya ağır kusur olmadığı, bilirkişi raporunda da isabetli olarak belirlendiği üzere, sürücünün kavşakta gerekli dikkati göstermeyerek kusurlu olduğunun, ancak ağır kusurunun bulunmadığının da kabulü zorunludur." (Y. 11. HD, T. 30.10.2001, E. 2001/5330, K. 2001/8413).

"Sürücü, bilirkişi raporuna göre, yolun kenarında park halinde bulunan araca çarparak trafik kazasına neden olmuştur. Bu hal kasıt veya ağır kusur olarak değerlendirilemez. Bilindiği üzere, "ağır kusur" kavramı, bir özel hukuk kavramı olup, kasıt olmamakla birlikte kasta yakın bir kusurun varlığını ifade eder. Dava konusu olayda, sürücü kusurlu olmakla birlikte, ağır kusurlu olmadığı kabulü gerekir. Aksi halde, sigorta yaptırmanın bir anlamı kalmaz." (Y. 11. HD, T. 11.5.2000, E. 2000/2961, K. 2000/4140). Kararlar için bkz. ÇELİK, Sigortacının İşletene Rücu Hakkı.

⁶⁶ ÇELİK, Sigortacının İşletene Rücu Hakkı.

YHGK tarafından bu hususta verilmiş örnek niteliğindeki kararına, burada yer verilmesi uygun olur düşüncesindeyiz⁶⁷:

“... Davalı idareye ait sigortalı araç sürücüsünün kırmızı ıfıkta geçtiğinde ve bu nedenle kusurlu olduğunda uyufmazlık bulunmamaktadır. Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyufmazlık ise; davalı araç sürücüsünün rizikonun gerçekleşmesinde “ağır kusurlu” olup olmadığı, dolayısıyla bu şekilde gerçekleşen rizikonun sigorta teminatı dışında kalıp kalmadığı, noktasında toplanmaktadır. Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında sigortacının sahip olduğu rücu hakkı (KTK.’nın 95/2 maddesinde genel olarak düzenlemeye tabi tutulmuş olup, bu düzenlemeye göre, maddenin ilk fıkrasında belirtilen ve sigortacının tazminat yükümlülüğünü azaltılması ve kaldırılmasına ilişkin haller, sigortacı tarafından üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceğinden sigortacı zarar görenin ödeme yaptıktan sonra sigorta sözleşmesine ve bu sözleşmeye ilişkin kanun hükümlerine göre tazminatın kaldırılmasını ve indirilmesini sağlayabileceği oranda kendi sigorta ettirenine rücu edecektir. Trafik ZMSS Poliçesi Genel Şartlarında yukarıda yazılı hususlar “zarar görenlerin haklarının saklı tutulması ve sigortacının işletene rücu hakkı” başlığı altında düzenlemeye tabi tutulmuştur.

Nitekim eldeki rücu davası da sigorta ettirenin sözleşmeye aykırı davranışının varlığı iddiasına dayalı olarak açılmış akdi ilişkiye dayanılmıştır. Bu nedenledir ki, öncelikle taraflar arasındaki akdi ilişkinin irdelenmesinde yarar vardır.

İhlâs Sigorta AŞ. tarafından 4021-22 070 74-222 00009123 nolu Karayolları Trafik Kanunu Zorunlu Mali Sorumluluk (Trafik) Sigorta Poliçesi ile davalı İETT’ye ait ikarus marka 1992 model 34 92-553 plakalı otobüsün Karayolları Trafik Kanunu’nun 91. maddesine tevfiikan 31.12.1997, 21.34-31.12.1998, 21.34 arası 365 gün süreyle sigorta kapsamına alındığı akdi ilişkinin böylece kurulmuş olduğu poliçe kapsamından anlaşılmaktadır. Taraflar arasında akdi ilişkiyi düzenleyen sigorta poliçesi ve atıfta bulunduğu Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk (Trafik) Sigortası Genel Şartlarının “Zarar Görenlerin Haklarının Saklı Tutulması Ve Sigortacının İşletene Rücu Hakkı” başlıklı 4. maddesi; “Sigorta sözleşmesinden veya sigorta sözleşmesine ilişkin kanun hükümlerinden doğan ve tazminat yükümlülüğünün kaldırılması veya miktarının azaltılması sonucunu doğuran haller zarar görene karşı ileri sürülemez. Ödemede bulunan sigortacı, sigorta sözleşmesine ve bu sözleşmeye ilişkin kanun hükümlerine göre, tazminatın kaldırılmasını veya azaltılmasını sağlayabileceği oranda sigorta ettirene rücu edebilir. Sigorta ettirene başlıca şu nedenlerle rücu edilir” hükmünü içermekte olup, rücu nedenlerinden birisi maddenin (a) bendinde “Tazminatı gerektiren olay, işletenin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kasdi bir hareketi veya ağır kusuru sonucunda meydana gelmiş ise” şeklinde ifade olunmuştur. Görülmektedir ki, sigorta Genel Şartlarının 4/a maddesinde sigortalının veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kasdi

⁶⁷ YHGK, T. 10.12.2003, E.2003/11-756, K.2003/743, **Kazancı İçtihat Bankası**.

bir hareketi veya ağır kusuru sonucunda meydana gelmiş bir olay nedeniyle sigortacının zarar görene ödemek durumunda kaldığı meblağı kendi sigortalısına rücu edebileceği, hükme bağlanmıştır.

Bu hükümden, sigortacının sigortalayana rücu koşulunun, tazminata konu olayın kasti bir hareket veya ağır kusurla gerçekleşmesi olduğu anlaşılmaktadır. Eldeki davada da, ağır kusurun varlığına dayanılmaktadır. Hemen burada, kusur ve ağır kusur kavramları üzerinde durulmalıdır.

Kusurun kanunlarımızda tanımı yapılmamıştır. Genel kabul görmüş tanıma göre, kusur, hukuk düzenince kınanabilen davranıştır. Kınamanın nedeni, başka türlü davranma olanağı varken ve zorunlu iken, bu şekilde davranılmayarak, bu tarzdan sapmış olmasıdır, kısacası; kusur, genel tanımıyla, hukuk düzeni tarafından bir davranış tarzının kınanması olup; bu kınama, o davranışın belirli koşullar altında bireylerden beklenen ortalama hareket tarzından sapmış olmasından kaynaklanır. Kusur kast ve ihmâl olmak üzere ikiye ayrılır. Kast hukuka aykırı sonucun bilerek ve isteyerek meydana getirilmesidir. İhmâl ise, hukuka aykırı sonucu istememekle birlikte, böyle bir sonucun önlenmesi için gerekli önlemlerin alınmaması ve gereken özenin gösterilmemesidir. Trafik kazaları, kural olarak, kusurun bu çeşidinden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle de; motorlu araçların ortaya çıkardığı sorumluluklarda kusur denilince “ihmâl türü” anlaşılmalıdır. Öğretide ve yargısal uygulamada yerleşik şekliyle sadece kusurun “ihmâl türü” kusur sözcüğü ile ifade edilmekte, “kast türü” ise yine “kast” olarak anılmaktadır. Motorlu araçların neden olduğu kazalardan doğan sorumluluklarda “kusur kavramı”nın önemli rolü bulunmaktadır. Kusur, objektif ve sübjektif olmak üzere iki yönlüdür. Kusurun sübjektif yönü; kusur ehliyetidir. Objektif yönü ise; hukuk düzeninin, somut olay için normatif nitelikte emredici bir davranış kuralları getirmesi halinde, bu kuralların kusurun belirlenmesinde, ölçü alınmasıdır. Belirli davranış kuralları getirilmemiş olması durumunda da özenin gösterilip gösterilmediğinin objektif ölçüye göre; yani ‘ kusurun objektifleştirilmesi ile belirlenmesidir. Karayolları Trafik Kanununda ve Tüzüğünde, karayolundan yararlanan motorlu araç sürücüler, yayalar ve hayvan güdücülerin hal ve hareketleri belli kurallara bağlanmıştır. Bu kurallar kusurun belirlenmesinde önemli bir unsur olup, bunlara aykırı davranış, sorumluluk hukuku açısından kusurlu davranış olarak kabul edilir. Trafik kuralları nitelik açısından iki grupta toplanır. Bunlardan ilkinde, karayolundan yararlanacakların davranış biçimi teknik ve objektif olarak tüm kapsamıyla belirlenip tanımlanmış ve objektif hukuk normu haline getirilmiştir. İkincisi ise karayolundan yararlananlara belli durum ve koşullarda özen yükleyen kurallardır. Ayrıca her kusur sorumluluk için mutlak bir değer ifade etmez. Zararın uygun sebebi olan ve zarar tehlikesi ihtimalini artıran kusurlar önemlidir. Kusur, hukuki açıdan ağır, hafif ve orta olmak üzere bir ayrıma tabi tutularak derecelendirilmektedir. Kusurun derecelendirilmesinde ölçü, nitelik olmaktan çok niceliktir. Birinden diğerine geçiş, çoğu zaman takdir ve değerlendirmeye dayalıdır.

İşte bu noktada “ağır kusur” kavramı somut olayda bu kusurun varlığından söz edilip edilemeyeceği irdelenmelidir. Ağır kusur, yargısal kararlarda “aynı durum ve koşullar altında her mantıklı insanın göstereceği en ilkel (basit) dikkat ve özenin gösterilmemesi” şeklinde tanımlanmaktadır. Başka bir anlatımla ağır kusurda; hal ve şartların yüklediği özen gösterme ve tedbir alma ödevlerine veya bir hareket tarzı emreden kurallara “tam bir aldırılmazlık” söz konusudur. Ağır kusur, bağışlanması kesinlikle olanaksız olan irade eksikliği esasına dayanır.

Yukarıda da açıklandığı gibi, trafik kurallarının büyük çoğunluğu, karayolundan yararlanan sürücü ve yayalara belli durumlarda kesin alarak belirlenmiş (objektif nitelikte bir hareket tarzı emreder. Bu kurallar karşısında kişinin bir takdir ve değerlendirmeye hakkı yoktur. Ne emredilmişse ona uymak zorunluluğu vardır; özenin ölçüsü kuralın kendisidir. Ancak, kusurun derecelendirilmesinde somut olayın özelliği de gözetilmelidir, belli bir hareket tarzını emreden mutlak nitelikteki bir trafik kuralı ihlal edilmesine rağmen, ağır kusur kavramından ayrılmak gerekebilir. Yeri gelmişken davalı sürücünün kazaya neden olan eylemin niteliği açıklanmalıdır. Karayolları Trafik Kanununun 47/b maddesiyle, aynı Kanunun 108/b maddesi sürücülerin Trafik işaretlerine uyması mükellefiyetini getirmiştir. Bu işaretlere uymama halinde sürücüler para cezasıyla cezalandırıldıkları gibi, bir kazaya sebep oldukları takdirde aynı yasanın 84/a maddesi gereğince olayda asli kusurlu sayılırlar. Somut olayda; davacı araç sürücüsünün kırmızı ışıkta geçmekte asli kusurlu olduğu tartışmasızdır. Dosyaya ibraz edilen trafik kazası tespit tutanağından olayın gerçekleşme biçimine ilişkin olarak yapılan açıklamalara göre, davalı araç sürücüsünün kırmızı ışıkta durması gerekirken, durmadığı belirginse de; bunu sırf diğer (kırmızı ışık yandığında kavşakta olup olmadığı belli bulunmayan, ancak kırmızı ışıkta, geçilmesinden sonraki aşamada gerçekleşen çarpma anında kavşakta olduğu açık bulunan) araca çarparak ona zarar vermek kastıyla yaptığını gösteren hiçbir delil bulunmamaktadır. Eş söyleyişle anılan davalının, salt söz konusu araca çarpıp, ona zarar vermek amacıyla kırmızı ışıkta geçtiğine dair herhangi bir delil yoktur. Esasen, davacı da, açıklanan nitelikte bir kastın varlığını ileri sürmemiş, kasta yaklaşan ihmalden söz etmiştir. Hal böyle olunca, davalı sürücünün, sigortalı araca çarpmak ve bu şekilde ona zarar vermek amaç ve kastı ile kırmızı ışıkta geçtiğinin kabulüne hukuken olanak bulunmamaktadır. Dolayısıyla, açıklanan eylemin, sadece bir ihmalden kaynaklandığı kabul edilmelidir. Açıklanan bu ihmal, Yasa anlamında bir asli kusuru gösterse de, ağır kusur anlamına gelmemektedir. Karayolları Trafik Kanununun koyduğu kurallara uyulması zorunludur. Ancak bu kuralların her türlü ihlali, sürücünün, kasta yakın bir kusuru olduğunu göstermemektedir. Anılan Kanunun 84. maddesinde belirtilen asli kusur hallerinin hepsinin, aynı zamanda ağır kusur olarak nitelendirilmesini gerektiren bir yasal düzenleme de bulunmamaktadır. Nitekim yukarıda açıklanan Genel Şartlar 4/a maddesinde de, asli kusurdan değil, ağır kusurun varlığından söz edilmiştir. Bu da asli kusuru aşan ağırlıkta bir kusurun arandığını göstermektedir, Kırmızı ışıkta geçmek bir dalgınlık sonucu olabileceği gibi, bir zamanlama hatasından da kaynaklanabilir.

Dolayısıyla, sırf kırmızı ışıktaki geçtiği için herhangi bir olayda asli kusurlu kabul edilmesi gereken bir sürücü, buna rağmen, o olayın kendi özel yapısı içerisinde ağır kusurlu kabul edilmeyebilir. Somut olay kendi özel yapısı çerçevesinde bir değerlendirmeye tabi tutulmaksızın, kırmızı ışıktaki geçmenin her halükarda ağır kusur oluşturacağını kabul etmek, bu hal gibi kanunda asli kusur kapsamında düzenlenen diğer tüm halleri kapsayan rizi-konun sigorta teminatı dışında bırakılması anlamına gelir ki, ne Kanunda ne de Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarında böyle açık bir düzenlemeye yer verilmemiş; kısacası “asli kusur teminat dışıdır, tali kusur teminat kapsamındadır” gibi bir ayrıma gidilmemiştir. Asli kusurun varlığı teminat kapsamında kalabileceği gibi, sonucun gerçekleşme şekli ağır kusuru gösteriyorsa, tali kusur halinde dahi teminat dışında kalma söz konusu olabilir. İşte bu nedenle, Genel Şartların 4/a maddesindeki düzenlemede, sadece kişilerin kasti hareketleri veya ağır kusurları sonucunda meydana gelmiş olma olgusuna yer verilmiştir. Buradan çıkan sonuç, nitelikleri gereği rücu davalarında, her somut olayın kendi özelliği çerçevesinde değerlendirilmesinin gerektiğidir. Somut olayda da; davalı sürücünün kusurlu olmakla birlikte ağır kusurlu olduğunu kabule yeterli bir olgunun varlığından söz edilemez. Açıklanan durum karşısında, olayda (ağır kusur) şartının gerçekleşmediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçelerle davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçelerle davanın kabulü doğru görülmemiştir. Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda dilenilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.”

Şu hale göre, söz konusu ihtimalde, KTK. m. 95/2'nin somut olarak uygulanabilmesi için her şeyden önce sigorta ettirenin kazanın oluşumundaki kusuru ya **kast derecesinde olmalı veya ağır kusur** sayılabilecek şekilde kazaya sebebiyet vermiş olması aranır (Karş. ZMMS Genel Şartları B.4.a). Bunu ispat etme külfeti ise sigortacıya düşer.

b. Tazminatı gerektiren olay, aracın ilgili mevzuat hükümlerine göre gereken ehliyetnameye sahip olmayan veya geçerliliğini yitirmiş sürücü sertifikasına sahip ya da ehliyetine geçici/sürekli el konulmuş kişiler tarafından sevk edilmesi veya trafik kurallarının ağır kusur ile ihlali sonucunda meydana gelmiş ise (B.4.b)

KTK'nin 36 ila 45. maddeleri ile sürücü belgeleri, hangi araçlarda ne tür sürücü belgesinin gerekli olacağı detaylı olarak düzenlenmiştir. Bu düzenleme tabidir ki ehliyetsiz araç kullanmaya ilişkin her durumda kazaya sebebiyet verilme halinde geçerli kabul edilemez. Bu düzenleme de kanımızca bir önceki düzenleme doğrultusunda ele alınıp değerlendirilmelidir⁶⁸.

⁶⁸ Nitekim YHGK da 2011 yılında vermiş olduğu bir kararda isabetli olarak böyle düşünmektedir: “Dava, trafik zorunlu mali sorumluluk sigortası poliçesiyle sigortalı aracın, sürücü belgesi olmayan

Kanaatimizce özellikle, oluşan kaza ile ehliyetsiz araç kullanma arasında uygun sebep-sonuç ilişkisi yani nedensellik bağı kurulabilirse bu durumda sigortacının sigorta ettirenine rücu edebileceğinin; arada nedensellik bağı bulunmuyorsa sigortacının sigorta ettirenine rücu edemeyeceğinin kabulü gerekir⁶⁹.

c. Aracın, uyuşturucu madde veya ilgili mevzuatta belirlenen seviyenin üzerinde alkollü içki almış kişilerce veya aynı mevzuatta alkollü içki alamayacağı belirtilen kişilerce alkollü içki alınmak suretiyle kullanılması sırasında meydana gelen zararlar (B.4.c)

KTK. m. 48 ile uyuşturucu veya keyif verici maddeleri almış olanlar ile alkollü içki almış olması nedeniyle güvenli sürme yeteneklerini kaybetmiş kişilerin karayolunda araç sürmeleri yasaklanmıştır. İşletenler ve özellikle yolcu taşımacılığı yapanlar, otobüs sürücülerini ve yardımcı personeli özenle seçmek, onların her türlü özelliklerini bilmek, kişilik yapılarını, davranışlarını ve yaşam biçimlerini yakından takip etmekle yükümlüdürler. Zira TBK m. 66 hükmü hem adam çalıştıranların hem de organizasyon sahiplerinin ayrıca kusursuz sorumluluğunu da düzenlemektedir. Bu doğrultuda yolcu taşıma sorumluluğunu üstlenen kişilerin kötü alışkanlıkları görmezden gelinemez ve hukuken de asla bağışlanamaz. Hususiyle uyuşturucu ve keyif verici maddeler kullandıkları, alkolik oldukları saptananların kamu yararı için derhal işlerine son verilmesi gerekir. Yola çıkarken veya mola verilen yerde birçok yolcunun can sorumluluğunu üstlenmiş bir otobüs şoförünün içki içip direksiyona geçmesi kabul edilemez nitelik taşır. Söz konusu hal, en azından böyle bir durum içinde olan kişi yönünden dolayı (ihtimali) kast derecesinde ağır bir kusur sayılmalıdır⁷⁰.

Genellikle sigorta rücu davalarında, sürücünün alkollü oluşu yeterli neden sayılmayıp, kazanın alkolün etkisi altında meydana gelip gelmediği araştırılmakta; başka bir deyişle alkollü araç sürme ile kazanın oluşu arasında “nedensellik bağı” aran-

sürücü tarafından kullanılırken, karıştığı kaza sonucu zarar gören üçüncü kişilere ödenen tazminatın rücuen tahsili istemine ilişkindir. Eldeki rücu davasında, hükme dayanak alınan Asliye Hukuk Mahkemesi'nin destekten yoksun kalma tazminatına ilişkin kararında hükmedilen tazminat miktarının hesabında sigortalı araç sürücüsünün kusur oranına isabet eden kısmın belirlenip belirlenmediği ve buna göre sonuçta sigorta şirketinin sigortalısından rücu edebileceği tazminat miktarının tespitinde sigortalı aracın sürücüsünün kazanın meydana gelmesindeki kusur oranının dikkate alınıp alınmadığı, uyumsuzluk konusudur.

Mahkemece hükme dayanak alınan, bilirkişi raporunda davacı sigorta şirketinin sigortalısına rücu edebileceği miktar belirlenirken Asliye Hukuk Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla belirlenen kusur durumu ile destekten yoksun kalma tazminatından sigortalı araç sürücüsünün kusuruna isabet eden kısım göz önüne alınarak hesaplama yapılmıştır. O halde, mahkemece, açıklanan bu rapora dayalı olarak ve hak sahiplerine ödeme yapan sigorta şirketinin ehliyetsiz araç kullanımı nedeni ile sigortalısına rücu hakkının sürücünün kusur oranı ile sınırlı olduğu da gözetilmelidir”. YHGK, T. 13.4.2011, E. 2011/17-2, K. 2011/140, Kazancı İçtihat Bankası.

⁶⁹ ÇELİK, Sigortacının İşletene Rücu Hakkı.

⁷⁰ ÇELİK, Sigortacının İşletene Rücu Hakkı.

maktadır⁷¹. Bu şekilde, oluşan kaza ile alkol veya keyif verici maddeler kullanımı arasında sebep-sonuç ilişkisi araştırılmak suretiyle bir hükme varılmaktadır. Şayet oluşan kaza, örnek olarak, alkol kullanımı olmasaydı oluşmayacaktı diyebileceğimiz durumda alkol kullanımı ile zararlı sonuç arasında nedensellik bağının oluştuğunun ve sonuç olarak sigortacının sigorta ettirenine rücu davası açabileceğinin kabulü gerekir. Nitekim hemen aşağıda bir örneğini verdiğimiz Yargıtay'ın yerleşik içtihatları da bu yöndedir⁷²:

“Dava, trafik kazasından kaynaklanan rücuen destekten yoksun kalma ve maluliyet tazminatı istemine ilişkindir. Davacı vekili sürücünün 4/8 oranındaki kusuruna göre ödediği tazminatların rücuen tahsilini talep etmiş, Nöroloji Uzmanı, Hukukçu ve İTÜ öğretim görevlisinden oluşan bilirkişi heyeti 14.7.2008 tarihli raporlarında “davalı sürücünün alkolün etkisi altında kaza yaptığı” belirtilmiştir. Mahkemenin de itibar ettiği, ceza davasında KGM fen heyetinden alınan 18.2.2005 tarihli raporda ise davalı sürücü “.....”nın 4/8, plakası belirlenemeyen araç sürücüsünün 4/8 kusurlu olduğu bildirilmiştir. 2918 sayılı KTK’nın 48. maddesinde; alkollü içki alması nedeniyle güvenli sürme yeteneklerini kaybetmiş kişilerin karayolunda araç sürmelerinin yasak olduğu ifade edilmiştir. Ayrıca Zorunlu Mali Mesuliyet Sorumluluk Genel Şartlarının B.4.d maddesinde; tazminatı gerektirir olay işletenin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin veya motorlu aracın hatır için karşılıksız olarak kendilerine verilen kişilerin uyuşturucu veya keyif verici maddeler almış olarak aracı sevk ve idare etmeleri esnasında meydana gelmiş veya olay yukarıda sayılan kişilerin alkollü içki almış olmaları nedeniyle aracı güvenli sürme yeteneklerini kaybetmiş bulunmalarından ileri geliyorsa sigortacının sigorta ettirene rücu hakkı olduğu açıklanmıştır.

Bununla birlikte Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarının B.4.d maddesinin dayanağını teşkil eden KTK’nın 48. maddesinin yasaklamayı düzenleyen ilk fıkrasında, alkollü içki almış olması nedeniyle güvenli araç sürme yeteneklerini kaybetmiş kişilerin karayolunda araç sürmeleri yasaklanmış olup, aynı maddenin 2. fıkrasındaki yönetmelik düzenlenmesine olanak tanıyan hükümde, yasaklama yetkisi yönetmeliğe bırakılmış olmadığından, Karayolları Trafik Yönetmeliğinin 97. maddesinde, yukarıda anılan yasa hükmü tekrarlandıktan ve müteakip, uyuşturucu veya keyif verici maddeler ile alkollü içkilerin oranlarının ne şekilde saptanacağı belirlendikten sonra, yasada yer alan hükmü dikkate almadan salt 0.50 promilin üstünde alınan alkol miktarına göre araç kullanma yasağı getirilmesinin yasal dayanağı bulunmadığından geçersiz bulunmaktadır. Geçersiz yönetmelik hükümlerinin yasaya aykırı bir şekilde genel şart olarak kabulü de mümkün değildir.

O halde, zararın teminat dışı kalabilmesi için kazanın meydana geliş şekli itibarıyla

⁷¹ ÇELİK, Sigortacının İşletene Rücu Hakkı.

⁷² Y. 17. HD, T. 3.3.2011, E. 2010/5019, K. 2011/1888, Kazancı İçtihat Bankası.

sürücünün salt (münhasıran) alkolün etkisi altında kaza yapmış olması gerekmektedir. Diğer bir anlatımla sürücünün alkollü olması tek başına hasarın teminat dışı kalmasını gerektirmez. Üstelik böyle bir durumda hasarın teminat dışı kaldığının ispat yükü TTK'nın 1281. maddesi hükmü gereğince sigortacıya düşmektedir.

Yargıtay'ın yerleşik uygulamalarında; sürücünün aldığı alkolün oranının doğrudan doğruya sonuca etkisi bulunmadığından, mahkemece nöroloji uzmanı, hukukçu ve trafik konusunda uzman bilirkişilerden oluşan bilirkişi kurulu aracılığıyla olayın salt alkolün etkisiyle gerçekleşip gerçekleşmediğinin, alkol dışında başka unsurlarında olayın meydana gelmesinde rol oynayıp oynamadığının saptanması, sonuçta olayın tek başına alkolün etkisiyle meydana geldiğinin saptanması durumunda, oluşan hasarın polişe teminatı dışında kalacağından davanın reddine aksi halinde kabulüne karar verilmesi gerekeceği ilkesi benimsenmektedir. (Bkz. YHGK 23.10.2002 gün ve 2002/11-768-840; YHGK 7.4.2004 gün ve 2004/11-257-212; YHGK 2.3.2005 gün ve 2005/11-81-18; YHGK 14.12.2005 gün 2005/11-624-713 sayılı ilamları). Somut olayda kazanın oluş şekli, tarihi ve yeriyile ilgili hususlarda bir çekişme bulunmamaktadır. TBK'nın 53. maddesi uyarınca Hukuk hâkimi, Ceza Mahkemesince tespit edilen kazanın oluşumunda plakası tespit edilmeyen araçında etkisi olduğuna dair maddi vaka olgusu ile bağlı olup, kesinleşen ceza davasında alınan 18.2.2005 tarihli rapor gereği davalı sürücü "....."nın 4/8, plakası belirlenemeyen araç sürücüsü 4/8 kusurlu olduğuna göre kazanın salt alkolün etkisi ile meydana geldiğinin kabulü mümkün değildir. Kaldı ki; 4/8 kusur oranına göre alınan aktüerya raporuna da davacı tarafın itirazı olmamıştır. Bu nedenle davanın reddi yerine yazılı şekilde kabulüne karar verilmesi doğru olmamıştır."

Kanımızca KTK. m. 48'e muhalefet edip yasal sınırları aşar şekilde alkol alıp bunun etkisiyle; yani aldığı alkolün sonucu olarak kazaya sebebiyet veren kişilerin, kusurları derecesi yönünden dolayı (ihtimali) kast içinde oldukları kabul edilerek hem hukuki hem de cezai sorumluluğuna bu açıdan gidilmesi yerindedir.

d. Tazminatı gerektiren olay, yolcu taşımaya ruhsatlı olmayan araçlarda yolcu taşınması veya yetkili makamlarca tespit edilmiş olan istiap haddinden fazla yolcu veya yük taşınması veya patlayıcı, parlayıcı ve tehlikeli maddeleri taşıma ruhsatı bulunmayan araçlarda, bu maddelerin parlama, tutuşma ve infilakı yüzünden meydana gelmiş ise (B.4.ç)

Sigorta ettirenler, evveleminde yolcu taşımaya ruhsatlı olmayan araçlarda yolcu taşıyorlarsa genel şartların söz konusu düzenlemesine göre; sigortacı, kaza durumunda üçüncü kişilere ödediği tazminat oranında sigorta ettirenine rücu edebilir. Belirtmek gerekir ki bu hükmün uygulanması bakımından da nedensellik bağının aranması gerekir. Salt ruhsatsız yolcu taşınması hususunda öngörülen yaptırımlar cezai olanlardır. Şayet kazanın oluşumu ile ruhsatsız kullanım arasında sebep-sonuç

ilişkisi kurulabilirse bu takdirde sigortacının sigorta ettirenine rücu hakkından bahsedilebilir.

Keza KTK. m. 65 hükmünde, taşıma sınırı üstünde yolcu ve yük alınması, garibari dışı ve dingil ağırlıklarını aşacak şekilde ve yol koşulları dikkate alınmadan yükleme yapılması yasaklanmıştır. Genel Şartlar B.4 maddesi (ç) bendinde de *“yetkili makamlarca tespit edilmiş olan istiap haddinden fazla yolcu veya yük taşınması”* rücu nedenleri arasında yer almış ise de Yargıtay kararlarına göre, sırf yükleme (istiap) sınırının aşılmış olması, sigortacıya sigorta ettirenine rücu hakkı bahşetmez. Ayrıca, kazanın oluşu ile yükleme sınırının aşılmaması arasında “sebebi-sonuç ilişkisi = nedensellik bağı” kurulabilmelidir. Bir diğer söyleyişle, kaza, yükleme sınırının aşılmaması sebebiyle meydana gelmiş olmalıdır⁷³ ki sigortacı sigorta ettirenine rücu edebilsin.

Bu izahatlarımızı esasen *“patlayıcı, parlayıcı ve tehlikeli maddeleri taşıma ruhsatı bulunmayan araçlarda, bu maddelerin parlama, tutuşma ve infilakı yüzünden meydana gelmiş olması”* ihtimali için de aynen geçerlidir.

e. Sigortalının rizikonun gerçekleşmesi halinde bu genel şartların B.1. maddesinde belirtilen yükümlülükleri yerine getirmemesinden dolayı zarar ve ziyan miktarında bir artış olursa (B.4.d)

Yollama yapılan söz konusu genel şartlar B.1’de *“Hasar ve Tazminat”* yan başlığı ve hemen altında B.1.1. ile de **rizikonun gerçekleşmesi halinde sigortalı ve/veya sigorta ettirenin yükümlülüklerini düzenlemeyi amaçlamıştır.**

Genel şartlardaki bu düzenlemeye göre sigortalı, rizikonun gerçekleşmesi halinde aşağıdaki hususları yerine getirmekle yükümlüdür:

(a) Bu sözleşmeye göre, sorumluluğunu gerektirecek bir olayı, haberdar olduğu andan itibaren on gün içinde sigortacıya ihbar etmek, kendisine yöneltilen istemi ise, derhâl sigortacıya bildirmek,

⁷³ **ÇELİK**, Sigortacının İşletene Rücu Hakkı. *“Taşıtın ruhsatında belirtilen taşıma haddinden fazla yük ve yolcu taşınması sırasında meydana gelen zararların teminat dışı kabul edilebilmesi için, riziko ile istiap haddinden fazla yük yada yolcu taşıma arasında uygun “nedensellik bağı”nın bulunması ve kazanın salt bu nedenle meydana gelmesi gerekir. Başka bir anlatımla, sadece istiap haddinin aşılmış olması, rizikonun teminat dışı olduğu sonucunu doğurmaz. Ayrıca, bu hususun davacı sigorta şirketine kesin bir şekilde kanıtlanması gerekir.”* (Y. 11. HD, T. 2.11.2004, E. 1608, K. 10733). *“Araçın ruhsatında belirtilen istiap haddinden fazla yük ve yolcu taşınması halinde oluşan hasar ve zararlar sigorta güvencesi dışında bırakılmıştır. Ancak, Dairemiz, bu istisna hükmünü uygularken, gerçekleşen riziko ile istiap haddinden fazla yük ve yolcu taşıma arasında “uygun nedensellik bağı”nın bulunmasını ve ancak kazanın salt bu nedenle meydana gelmesi koşulu ile riziko ve hasarın sigorta güvencesi dışında olduğunu kabul etmektedir. Oysa, uzman bilirkişi raporunda istiap haddinin aşılmaması ile kaza arasında doğrudan sebep-sonuç ilişkisi bulunmadığı saptandığına göre, davanın kısmen kabulü gerekir.”* (YHGK, T. 5.12.2001, E. 2001/11-1109, K. 2001/1108). Kararlar için bkz. **ÇELİK**, Sigortacının İşletene Rücu Hakkı.

(b) Sigortalı değilmişçesine zararın önlenmesi, azaltılması, artmasına engel olunması veya sigortacının poliçeden doğan rücu haklarının korunabilmesi için, imkânlar ölçüsünde önlemler almak ve bu amaçla sigortacı tarafından verilen talimatlara uymak,

(c) Rizikonun gerçekleşmesinden sonra, sözleşme uyarınca veya sigortacının istemi üzerine, rizikonun veya tazminatın kapsamının belirlenmesinde gerekli ve beklenebilecek olan her türlü bilgi ile belgeyi sigortacıya makul bir süre içinde sağlamak, ayrıca, aldığı bilgi ve belgenin niteliğine göre, rizikonun gerçekleştiği veya diğer ilgili yerlerde sigortacının inceleme yapmasına izin vermekle ve kendisinden beklenen uygun önlemleri almak ile sigortacının talebi üzerine, olayın ve zararın nedeni ile hangi hal ve şartlar altında gerçekleştiğini ve sonuçlarını tespiti, tazminat yükümlülüğü ve miktarı ile rücu hakkının kullanılmasına yararlı, elde edilmesi mümkün bilgi ve belgeleri gecikmeksizin vermek,

(ç) Zarardan dolayı dava yolu ile veya başka yollarla bir tazminat talebi karşısında kaldığı veya aleyhine cezai kovuşturmaya geçildiği hallerde, durumdan sigortacıyı derhal haberdar etmek ve tazminat talebine ve cezai kovuşturmaya ilişkin olarak almış olduğu ihbarname, davetiye ve benzeri tüm belgeleri derhal sigortacıya vermek,

(d) Sigorta konusu ile ilgili başka sigorta sözleşmeleri varsa sigortacılardan her birine rizikonun gerçekleştiğini bildirmek,

(e) Maddi hasarlı trafik kazalarında motorlu aracı tutanak düzenlemek üzere güvenli bir yere çekmek.

Yollama yapılan hükümde belirtilen yükümlülüklerin ihlal edilmesi sebebiyle ödenecek tutar artarsa, zarar görenlere bu sebeple yapılan ödeme ihlaldeki kusuru nispetinde sigortalıdan rücu tahsil edilir. Dolayısı ile bu ihtimalde de esasen sebep-sonuç ilişkisi önemli rol oynar.

Bu düzenlemeyi özel olarak KTK. m. 95/2 çerçevesinde genel olarak da sigorta ettirenin rizikonun gerçekleşmesindeki beyan yükümlülüğünü düzenleyen TTK. m. 1446, bilgi verme ve araştırma yapılmasına izin verme yükümlülüğünü düzenleyen TTK. m. 1447 ile koruma önlemlerini alma yükümlülüğünü düzenleyen⁷⁴ TTK. m. 1448 hükümleri çerçevesinde değerlendirmek ve buna göre sigortacının ZMMS’de sigorta ettirenine rücu imkânı ve oranını değerlendirmek gerekir.

⁷⁴ Bu konuda geniş bilgi için bkz. **KAYIHAN, Şaban**, “Alman ve Türk Özel Sigorta Hukukunda Sigorta Ettirenin Kurtarma Ödevi”, AÜEHFD. C. IX, S. 1-2, 2005.

f. Tazminatı gerektiren olayın aracın çalınması veya gasp edilmesi sonucunda olması halinde, çalınma veya gasp edilme olayında sigortalının kendisinin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kusurlu olduğu tespit edilirse (B.4.e)

Bildiğimiz gibi KTK. m. 107/1 “çalınan veya gasbedilen araçlarda sorumluluk” yan başlığı ile şu hükme yer vermektedir:

“Bir motorlu aracı çalan veya gasbeden kimse işleten gibi sorumlu tutulur. Aracın çalınmış veya gasbedilmiş olduğunu bilen veya gereken özen gösterildiği takdirde öğrenebilecek durumda olan aracın sürücüsü de onunla birlikte müteselsilen sorumludur. İşleten, kendisinin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerden birinin, aracın çalınmasında veya gasbedilmesinde kusurlu olmadığını ispat ederse, sorumlu tutulamaz. İşleten, sorumlu olduğu durumlarda diğer sorumlulara rücu edebilir.”

KTK. m. 107/1-c. 2 hükmünün mefhum-u muhalifinden (karşıt anlamından), işleten veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişiler çalınma ve gasp olayından bir kusurları bulunmadıklarını kanıtlayamazlarsa, sorumlu olacakları sonucuna ulaşılacaktır. Böyle olunca da sigortacının, sigorta ettirenine rücu hakkı gündeme gelir⁷⁵.

Belirtmek gerekir ki yolculuk esnasında gasp ve soygun olayları, yalnız ıssız ve boş yollarda değil; kimi zaman ana yollarda bile gerçekleşebilmektedir. Örnek olarak, araca yolcu olarak binen kişiler, kendilerince uygun bir yere gelindiğinde yolcuları ve görevlileri tehdit ederek icbarla paralarını ve değerli eşyalarını alıp kaçabilmektedirler veya yola barikat kurup otobüsü durdurmakta, gasp ve soygun fiilini işleyebilmektedirler⁷⁶.

Gasp ve soygun sırasında soyguncuların şiddet uygulaması sonucu, ölen veya bedensel zarara uğrayan yolculara veya hak sahiplerine sigorta bedeli ödeyen sigortacı, hangi nedenlerle araç işleteni sigorta ettirene rücu edebilecektir?

Hemen belirtelim ki her olayda olduğu gibi, bu tür olaylarda da sigorta ettiren işleteni sorumlu tutabilmek için “sebe-sonuç” ilişkisi yani “nedensellik bağı” aranacaktır⁷⁷.

İşleten, niçin ve hangi durumlarda sorumlu tutulabilir? Bunun araştırması her somut olaya göre yapılmalı ve TMK. m. 4 bağlamında hakkaniyete uygun sonuçlara ulaşılmaya çalışılmalıdır. Örnek olarak, belli bir hat üzerinde düzenli yolcu taşımacılığı yapan tanınmış bir otobüs firmasının sürücüsü ve yardımcıları, yol boyunca durarak kimliği belirsiz kişileri yolcu olarak otobüse alırlarsa ve bu kişiler gasp ve soygun yaparlarsa, taşımacı, yardımcı kişilerden sorumluluğu nedeniyle sonucuna katlanmak

⁷⁵ ÇELİK, Sigortacının İşletene Rücu Hakkı.

⁷⁶ ÇELİK, Sigortacının İşletene Rücu Hakkı.

⁷⁷ ÇELİK, Sigortacının İşletene Rücu Hakkı.

ve sigortacının açtığı rücu davasında tazminat ödemek durumunda kalabilir⁷⁸. Taşıyıcı taşıdığı kişi ve eşya ile ilgili gerekli önlemleri almakla ve yolcu ile eşya güvenliğini genel hukuk prensiplerine göre sağlamakla zaten yükümlüdür⁷⁹.

Netice itibarıyla, gasp ve soygun olaylarında, işletenin ve taşımacının ve eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilerin hukuken bağışlanmaz bir kusuru belirlenebiliyorsa ve ayrıca yolcuların uğradığı zararlar ile işletenin (taşımacının) ve yardımcı kişilerin ihmalleri arasında bir “sebe-sonuç” ilişkisi kurulabiliyorsa sigorta bedellerini ödeyen sigortacı, işletene ve taşımacıya karşı rücu hakkını kullanabilecek⁸⁰, aksi durumda rücu hakkına sahip olmayacaktır.

g. Bedeni hasara neden olan trafik kazalarında sigortalının veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin, tedavi veya yardım amaçlı sağlık kuruluşuna gitme, can güvenliği nedeniyle uzaklaşma gibi zorunlu haller hariç olmak üzere, olay yerini terk etmesi veya kaza tutanağı, alkol raporu vb. kazanın oluş koşullarına ilişkin gereken belgelerin düzenlenmesi yükümlülüğüne aykırı davranması halinde (B.4.f)

Bu düzenleme de esasen TTK. m. 1448’in düzenlediği ve sigorta ettirene yüklenen zararı önleme, azaltma ve sigortacının rücu haklarını koruma yükümlülüğüne ilişkindir⁸¹. Dolayısıyla nedensellik bağı ile birlikte bu düzenleme ışığında genel şartların bu hükmü uygulama alanı bulabilir kanaatindeyiz.

SONUÇ

Halefîyet kurumu esasen bir borçlar hukuku kurumudur ve TBK. m. 127 ile genel olarak düzenlenmiştir. Halefîyet kurumu daima üçlü hukuki ilişkilerin var olduğu durumlarda gündeme gelir. Çünkü halefîyetin özünde, üçüncü kişinin asıl borçlu yerine borcu ifa etmesi veya etmek mecburiyetinde kalması durumu ortaya çıkar.

Özel sigorta hukukunda halefîyete ilişkin özel düzenleme TTK. m.1472 tarafından öngörülmüştür. Halefîyette sigortacı, ifa yaptığı oranda sigorta ettirenin yerine geçtiğinden yine aynı oranda sigorta ettirenin bütün haklarına halef olmakta ve dolaşması ile sigorta ettirenin lehine öngörülen mevcut yasal karinelere de istifade emek-

⁷⁸ ÇELİK, Sigortacının İşletene Rücu Hakkı.

⁷⁹ “Taşıyıcının taşıdığı kişi ve eşya ile ilgili gerekli önlemleri alması ve özen göstermesi genel bir hukuk kuralıdır. Bu bağlamda davalı taşıdığı yolcuların güvenliğini sağlamak için kişileri ve eşyalarını denetimden geçirmekle yükümlüdür”. Y. 4. HD, T. 29.1.2003, E. 2002/10635, K. 2003/904, ÇELİK, Sigortacının İşletene Rücu Hakkı.

⁸⁰ ÇELİK, Sigortacının İşletene Rücu Hakkı.

⁸¹ Bkz. KAYIHAN, Kurtarma Ödevi, sh. 515 vd..

tedir. Sigortacının ayrıca, sigorta ettirenin üçüncü kişiden isteyemeyeceği zararları halefiyet kurumundan yararlanarak talep edebilmesi de söz konusu değildir ve üçüncü kişi borçlunun durumunu ağırlaştıramaz. Sigorta şirketi, sigorta ettiren tarafından üçüncü kişiye karşı kullanılabilen def'i gibi savunma mekanizmalarını kullanma hakkına sahip olduğu gibi, zarara sebep olan üçüncü kişi dahi sigorta ettirene karşı sahip olduğu savunma mekanizmalarını sigortacıya karşı ileri sürülebilecektir. Halefiyet kurumu zenginleşme yasağının bir sonucu olarak sadece zarar sigortaları için kabul edilmiş bir kurum olup, zenginleşme yasağına yer olmayan can sigortalarında halefiyet gündeme gelmez.

Hukuk tekniği bakımından baktığımızda halefiyet kurumuna ilişkin üçüncü kişiye rücu değil, sigorta ettirenin haklarına sahip olması şeklinde anlaşılması daha isabetli olur. Zira KTK. m. 95/2 hükmünün bu yönden TTK. m. 1472 ile önemli farklılıklar içerdiği görülmektedir. TTK. m. 1472 ile düzenlenen kanundan doğan halefiyet ilkesine göre şayet sigorta rizikosunu, sigorta ettirenin kusuru olmaksızın üçüncü kişilerin kusuru ile vuku bulmuş olursa, kendi sigorta ettirenine sigorta tazminatını ifa eden sigortacı, bu ifası oranında sigorta ettirenin yerine geçer ve onun kusurlu üçüncü kişi/kişilere başvurma hakkına halef olur. Buna karşın, zaten sigorta rizikosunun oluşmasında kendi sigorta ettireni kusurlu ise sigortacı bu zararı tazmin eder ve bu durumda halefiyeti ya hiç gündeme gelmez ya da üçüncü kişinin müterafik kusuru çerçevesinde gündeme gelir (karş. TBK m. 51 vd.). Öte yandan, TTK. m. 1477/1 gereğince sigortacı, sigortalının, sorumluluk konusu olayı kasten gerçekleştirmesinden doğan zararlardan zaten sorumlu olmaz. Doğal olarak bu durumun ispatı külfeti sigortacıya aittir.

Zorunlu mali mesuliyet sigortası yönünden ise sigortacının sigorta ettirenin yerine geçmesi gibi bir durum detaylı olarak açıkladığımız üzere söz konusu değildir. Esasen sorumluluk sigortası niteliğinde olan bu sigorta türünde sigortacı kendi sigorta ettireni kusuru ile üçüncü kişiye zarar verdiği takdirde sigorta teminatı kapsamında işte bu üçüncü kişinin zararlarını tazmin eder. Bu itibarla TTK. m.1472 ile düzenlenmiş halefiyet hususu teknik ve hukuki yönden KTK. m. 95/2'de söz konusu değildir. Burada düzenlenen, esasen hangi ihtimaller gerçekleşirse sigortacı, üçüncü kişiye ödeme yaptığı oranda kendi sigorta ettirenine rücu edebilir keyfiyettir. İşte hukuki ve sigortacılık tekniği yönünden KTK. m. 95/2'nin sigortacının kendi sigorta ettirenine rücu hakkını düzenlediğinden; TTK. m. 1472 hükmünün ise sigortacının halefiyetini düzenlediğinden bahsedebiliriz.

Ayrıca, TTK. m. 1472 prensip itibarıyla zarar sigortalılarının aktif kısmına ilişkin bir düzenleme iken, KTK. m. 95/2 ile getirilen özel düzenlemenin zarar sigortalılarının pasif kısmına ilişkin bir düzenleme olduğunu görürüz. Bu konular hukuken bu açılardan ele alınmalı ve ZMMS genel şartlarındaki gerek bu konuya ilişkin hükümler ve gerekse diğer hükümler değerlendirilirken kanunun emredici hükümleri çerçevesinde değerlendirilmelidir.

KISALTMALAR

ABD	: Anabilim Dalı
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
c.	: cümle
E.	: Esas
HD	: Hukuk Dairesi
K.	: Karar
Karş.	: Karşılaştırınız
KTk.	: Karayolları Trafik Kanunu
m.	: madde
sh.	: sahife
TBB.	: Türkiye Barolar Birliği
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TTK.	: Türk Ticaret Kanunu
S.	: Sayı
sh.	: sahife
T.	: Tarih
vd.	: ve devamı
Y.	: Yargıtay
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
ZMMS	: Zorunlu Mali Mesuliyet Sigortası

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- ARSLAN, Aziz Serkan.** *“Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortalarından Doğan Rücu Davaları”*, TBB. Dergisi. Sayı 88, 2010.
- BOZER, Ali.** Sigorta Hukuku. Ankara 1981. (Sigorta Hukuku).
- BOZER, Ali.** Sigorta Hukuku, Genel Hükümler - Bazı Sigorta Türleri. Ankara 2004. (Genel Hükümler).
- BOZKURT, Tamer,** Ticaret Hukuku C.IV, Sigorta Hukuku, Güncellenmiş 9. Baskı, Ankara 2016.
- ÇELİK, Ahmet Çelik.** *“Sigortacının İşletene Rücu Hakkı”*, <http://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/sigortacinin-isletene-rucu-hakki.htm>, (12.3.2016).

ÇEKER, Mustafa. 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sigorta Hukuku. 10. Baskı. Adana 2014. (Ders Kitabı).

ÇEKER, Mustafa. “*Sigortacının Rücu Hakkı*”, www.cu.edu.tr/.../sigortacinin%20rucu%20hakkı-mustafa%20çeker.doc, (5.3.2016). (Sigortacının Rücu Hakkı).

GÜVEL, Enver Alper / GÜVEL, Afitap Öndaş. Sigortacılık. 5. Baskı. Ankara 2010.

KAYIHAN, Şaban. Sigorta Sözleşmesinde Prim Ödeme Borcu. Ankara 2004.

KAYIHAN, Şaban. “*Alman ve Türk Özel Sigorta Hukukunda, Sigorta Ettirenin Kurtarma Ödevi*”, AÜEHFD. C. IX, S. 1-2, 2005. (Kurtarma Ödevi).

KENDER, Rayegan. Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku. Güncelleştirilmiş 14. Baskı. İstanbul 2015.

OMAĞ, Merih Kemal. Türk Hukukunda Sigortacının Kanuni Halefiyeti. İstanbul 2001.

ULAŞ, Işıl. Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku. 8. Baskı. Ankara 2012.

6362 SAYILI YENİ SERMAYE PİYASASI KANUNUNA GÖRE YATIRIMCI TAZMİN SİSTEMİ

(Investor Compensation System According To The New
Capital Market Law Numbered 6362)

Yrd. Doç Dr. Ali İhsan KAYTAZ*

ÖZET

Yatırımcı tazmin sistemi, yatırım kuruluşlarının risklerine karşı yatırımcının korunması bakımından önemli bir fonksiyona sahiptir. 6362 sayılı yeni Sermaye Piyasası Kanunu ile “Yatırımcıları Koruma Fonu”, Avrupa Birliği mevzuatına uyum hedeflenerek “Yatırımcı Tazmin Merkezi” ismi ile yeniden düzenlenmiştir. Yeni düzenlemede yatırımcı tazmin sisteminde bazı değişiklikler yapılmıştır. Bunlardan en önemlisi yatırımcı tazmin sisteminin kapsamının genişletilmesidir. Bunun yanında yatırımcıların haklarını kısa sürede alabilmeleri için süreler öngörülmüş ve tazmin sistemi tedrici tasfiyeden bağımsız olarak düzenlenmiştir. Bu çalışmada yatırımcı tazmin sisteminin tarihi gelişimi, amacı, hukuki niteliği, kapsamı ve tazmin süreci üzerinde durulmuştur.

Anahtar kelimeler: Yatırımcı, Yatırımcının korunması, Yatırımcı Tazmin Merkezi, Yatırım kuruluşu

Abstract

Investor compensation system has an important function in terms of protection of the investors against risks of investment firms. In order to the compliance with European Union legislations, Investors Protection Fund were reorganized with the name of Investor Compensation Center in the New Capital Market Law (Law Nr. 6362). The new regulation caused some changes in the Investor compensation system. The most important of these is the expansion of the scope of the investor compensation system. In addition deadlines foreseen in order to get the rights of investors in a short time and compensation system is organized independently from the gradual liquidation. In this study, the historical development, purpose, legal nature, scope and compensation process of the investor compensation system were discussed.

Keywords: Investor, Investor protection, Investor Compensation Center, Investment firm

* Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

GİRİŞ

Tasarruf sahiplerinin yatırımlarını değerlendirebilecekleri alternatiflerden birisi sermaye piyasasıdır. Özellikle küçük yatırımcılar sermaye piyasası hakkında yeterli bilgiye sahip olmadıklarından yatırımlarını daha çok bildiği, güvendiği ve getiri garantisi olan faiz gibi yatırım araçlarında değerlendirmektedirler. Ancak son yıllarda sermaye piyasası araçlarına büyük yönelim olduğu görülmektedir. Bunda sermaye piyasasında önemli bir işlevi yerine getiren yatırım kuruluşlarının¹ büyük katkısı bulunmaktadır. Yatırımcılar ancak bu kuruluşlar aracılığıyla sermaye piyasasında tasarruflarını değerlendirebilmektedirler. Bu bağlamda, yatırım kuruluşlarının, ödeme güçlüğüne düşmeleri veya iflas etmeleri halinde yatırımcının korunması, sermaye piyasasına olan güvenin sağlanması bakımından önemlidir. Dolayısıyla yatırımcıya ait nakit para veya sermaye piyasası araçları gibi yatırım kuruluşlarında mevcut olan varlıkların korunması ve sermaye piyasasına olan güvenin sağlanması için mukayeseli hukukta ve Türk hukukunda bir takım düzenlemelerin yapıldığı görülmektedir.

Nitekim, Türk hukukunda, Sermaye Piyasası Kanununun (SerPK)² temel amaçlarından birisinin “...yatırımcıların hak ve menfaatlerinin korunması için sermaye piyasasının düzenlenmesi ve denetlenmesi...” olduğu belirtilmiştir (SerPK m.1). Bu amacın gerçekleştirilmesi ve yatırımcıların piyasada güven içinde yatırım yapabilmelerinin sağlanması için bazı mekanizmalar öngörülmüştür³. Bunlardan birisi de yeni SerPK m.82 vd. hükümlerinde düzenlenen *yatırımcı tazmin sistemi*⁴. Sermaye

¹ Mülga SerPK’da “aracı kuruluşlar” şeklinde ifade edilen (Mülga SerPK m.3/I,i; 31/I) yatırım kuruluşu, aracı kurumlar ile yatırım hizmeti ve faaliyetinde bulunmak üzere kuruluş ve faaliyet esasları Kurulca belirlenen diğer sermaye piyasası kurumlarını ve bankaları ifade eder (SerPK m.3/1,f).

² 30.12.2012 tarih ve 28513 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

³ Bunlardan bazıları, yatırımcıların yanlış karar almalarını önlemeye yönelik yapılan düzenlemeler, henüz risk gerçekleşmeden yapılan denetim, gözetim gibi önleyici tedbirler, müşteri varlıklarının müşteri mülkiyetinde devam etmesi gibi yatırımcıların varlıklarını korumaya yönelik tedbirlerdir. Sermaye piyasasında yatırımcının korunması hakkında geniş bilgi için bkz., KILIÇ, Saim, Sermaye piyasasında Yatırımcının Korunması: Güvence Fonları, 1. Baskı, SPK Yayın No:95, Ankara 1997, s. 8 vd.; KÜÇÜKSÖZEN, Cemal, Sermaye Piyasasında Yatırımcının Korunması: Türk Sermaye Piyasasının Bu Açıdan Değerlendirilmesi, Sermaye Piyasası Kurulu, Yayın No: 131, Ankara, 1999, s. 5 vd.; KARABABA, Serdar, Hisse Senedi Yatırımcının Korunması, Birinci Baskı, Ankara 2001, s.17 vd.

⁴ Yatırımcı tazmin sistemi SerPK m. 82 ve devamında düzenlenmiştir. Yatırımcıların tazmininin gerçekleştirilebilmesi için *Yatırımcı Tazmin Merkezi* kurulmuştur. SerPK’nın 83’üncü maddesinin gerekçesinde, madde ile “Yatırımcıları Koruma Fonu”nun, “Yatırımcıları Tazmin Merkezi” olarak yeniden düzenlendiği, söz konusu düzenleme yapılırken de Türk Sermaye Piyasasının ihtiyaçları ve Avrupa Birliği mevzuatına, Yatırımcı Tazmin Sistemleri Hakkında Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifine uyum hedeflendiği belirtilmiştir. Nitekim Geçici madde 4 ile Kanunun yayımı tarihinden itibaren altı ay içinde Yatırımcıları Koruma Fonuna ait hak ve alacaklar ile borçların Yatırımcı Tazmin Merkezine geçeceği ifade edilmiş; Kanunun yayımı tarihinden önce tedrici tasfiyesine başlanmış olan kurumlara ilişkin dava ve bu kurumların tasfiyesine ilişkin iş ve işlemlerin Merkezi Kayıt Kuruluşu tarafından tamamlanacağı, bu iş ve işlemlere ilişkin olarak gerekli ödemelerin Yatırımcı Tazmin Merkezi tarafından yapılacağı belirtilmiştir.

piyasasına güvenin sağlanması için önemli bir düzenleme olan tazmin sistemi, yatırımcıların yatırım kuruluşlarında yer alan nakit ve sermaye piyasası araçlarını belirli limite kadar güvence altına almaktadır. Bunu gerçekleştirmek için de kamu tüzel kişiliğini haiz Yatırımcı Tazmin Merkezi (YTM) kurulmuştur (SerPK m.83/I).

Yatırımcı tazmin sistemi, ülkeden ülkeye değişmesine rağmen temel özellikleri bakımından benzerdir. Birçok ülke düzenlemesine temel teşkil eden Avrupa Birliği'ne üye ülkelerin yatırım şirketlerinin yatırımcılara yönelik yükümlülüklerini yerine getirmemesi, ödeme güçlüğüne düşmeleri veya iflas etmeleri durumlarında yatırımcıların korunması için 03 Mart 1997 tarih ve 97/9/EC sayılı Yatırımcı Tazmin Planları Üzerine Direktif (Investor Compensation Scheme)⁵ kabul edilmiştir. Komisyon, 12.07.2010 tarihinde 97/9/EC yönergesini değiştiren öneriyi kabul etmiştir⁶. ABD'de ise YTM'ye benzer, 1934 tarihli Menkul Kıymetler Borsası Kanunu (Securities Exchange Act of 1934) uyarınca SEC'ye⁷ kaydolmuş bütün broker ve dealerların üye olduğu, kar amacı gütmeyen, kamu kurumu niteliğinde olmayıp SEC'nin ve ABD Senatosunun gözetim ve denetimine tabi olarak Menkul Kıymet Yatırımcılarını Koruma Şirketi (Securities Investor Protection Corporation - SIPC) yer almaktadır⁸.

Bu çalışmada, sermaye piyasasında önemli bir görevi yerine getiren yatırımcı tazmin sisteminin tarihi gelişimi, amacı, hukuki niteliği, kapsamı ve tazmin süreci üzerinde durulacaktır.

I. YATIRIMCI TAZMİN SİSTEMİNİN TARİHİ GELİŞİMİ VE AMACI

1980'li yılların başında bankerlerin tahvil vb. menkul kıymetleri kullanarak para toplamaları ve bunu yönetememeleri Türkiye'de sermaye piyasasını etkileyecek büyüklükte bankerler krizine sebep olmuştur. Bunun sonucunda birçok banker ve banka batmış, binlerce yatırımcı zarar görmüştür. Bu durum, piyasaya ve aracılık

⁵ "Directive 97/9/EC of the European Parliament and of the Council of 3 March 1997 on Investor Compensation Schemes" (OJ L 84, 26/03/1997, s.22 vd.). Bu direktifin dışında, 2004/39/EC sayılı Finansal Ürün Piyasaları Direktifinde (MiFID-Markets in Financial Instruments Directive), birlik üyelerinin yatırımcıların korunmasına ilişkin asgari olarak sağlamaları gereken standartlar öngörülmüştür. Buna göre, üye devlet yatırım şirketlerinin yatırımcılara yönelik yükümlülüklerini yerine getirmemesi durumunda, küçük yatırımcıyı koruyan asgari bir koruma düzeninin sağlanması amaçlanmıştır.

⁶ Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 97/9/EC of the European Parliament and of the Council on Investor Compensation Schemes, http://ec.europa.eu/internal_market/securities/docs/isd/dir-97-9/proposal-modification_en.pdf, (Erişim tarihi:20.01.2016).

⁷ Securities and Exchange Commission (Menkul Kıymetler ve Borsa Komisyonu), ABD'de menkul kıymetlerle ilgili hukuki düzenlemenin yapılmasından, uygulanmasından ve idaresinden sorumlu olup, 1934 tarihli Menkul Kıymetler Borsası Kanunu ile kurulan kamusal kuruluşur.

⁸ LOSS Louis/ SELIGMAN, Joel, Fundamentals of Securities Regulations, Fifth edition, Aspen Publishers, New York 2004, s.879.

yapan kuruluşlara olan güveni sarsmıştır. Sarsılan güvenin yeniden sağlanması için 28.07.1981 tarihinde 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu kabul edilmiştir. Bu düzenleme ile sermaye piyasasının güven, açıklık ve kararlılık içinde çalışması, yatırımcıların hak ve yararlarının korunması amaçlanmıştır (Mülga SerPK m.1). Fakat anılan düzenlemeler de tek başına yatırımcının korunması için yetersiz kalmıştır. Nitekim, 1994'te meydana gelen ve sermaye piyasalarını da etkileyen ekonomik kriz, çok sayıda aracı kurumun iflasına sebep olmuş ve yatırımcılar aracı kurumlarda bulunan menkul kıymetlerini ve nakitlerini alamamışlardır. Yatırımcıların uğradığı zararların bir kısmının karşılanması için, SerPK'ya 15.12.1999 tarih ve 4487 sayılı Kanunun 23. maddesi ile eklenen 46/A hükmü ile "Yatırımcıları Koruma Fonu"nın kurulması öngörülmüştür⁹. Yeni SerPK ile Avrupa Birliği mevzuatına, Yatırımcı Tazmin Sistemleri Hakkında Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifine uyum hedeflenerek "Yatırımcıları Koruma Fonu" yeniden düzenlenmiş ve mevcut ismi de değiştirilerek "Yatırımcıları Tazmin Merkezi" adını almıştır.

Sermaye piyasasına ait düzenlenmelerin en önemli gerekçelerinden birinin yatırımcının korunması olduğu yukarıda ifade edilmişti. Her ne kadar etkin bir denetim ve gözetim sistemi ile yatırımcıların mağdur olmalarının önüne geçilmesi mümkün gibi gözükse de; bazen önlemler alındığında dahi yatırım kuruluşları ödeme gücüne düşebilmekte ve yatırımcılara karşı yükümlülüklerini yerine getirememektedir. Bu nedenle yatırımcı tazmin sisteminin temel amacı da yatırım kuruluşlarının bu tür risklerine karşı yatırımcının korunması, sermaye piyasasında güven içinde işlem yapması ve daha fazla tasarruf sahibinin tasarruflarının piyasada değerlendirilmesinin önünün açılmasıdır. Nitekim, SerPK m. 82'de, yatırım kuruluşlarının sermaye piyasası faaliyetlerinden kaynaklanan nakit ödeme ve sermaye piyasası araçları teslim yükümlülüklerini yerine getiremediğinin veya kısa sürede yerine getiremeyeceğinin tespit edilmesi halinde YTM tarafından zararlarının bir kısmının tazmin edileceği belirtilmiştir. Tazmin sistemlerinin amacına ulaşabilmesi için tazmin sisteminin kapsamının mümkün olduğunca yatırımcı lehine genişletilmesi, sistemin nasıl fonlanacağının iyi organize edilmesi ve yatırımcıların sistem hakkında bilgilendirilmesi büyük önem arz etmektedir¹⁰.

⁹ Tarihi gelişim hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., TÜRKOĞLU, Ferah, Aracı Kurumlarda Mali Durumun Bozulması ve Yatırımcıları Koruma Fonu, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Bilim Dalı, İstanbul, 2007, s.62 vd.; KÜÇÜKSÖZEN, s. 72 vd.; KARSLI, Muharrem, Sermaye Piyasası Borsa Menkul Kıymetler, Genişletilmiş 5. Baskı, İstanbul 2004, s. 36 vd.

¹⁰ ÇETİN, Nusret, Investor Protection as the Objective of Securities Regulation: Goal v Instruments, s.25 vd. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2226778 (Erişim tarihi: 9.9.2015).

II. HUKUKİ NİTELİĞİ

YTM, kamu tüzel kişiliğini haiz bir kuruluştur (SerPK m.83/I)¹¹. Kamu tüzel kişilerinin genel özellikleri, devlet tarafından kanunla veya kanunun verdiği yetkiye dayanarak¹² idare tarafından kurulması, kamu gücü ayrıcalıklarına ve yükümlülüklerine tabi olması, kamu yararının gerçekleşmesi amacıyla faaliyette bulunmalarıdır¹³. Tazmin sisteminin, kamusal niteliğinin olduğu açıktır. Kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip olan Sermaye Piyasası Kurulu (SPK) tazmin sistemi üzerinde geniş yetkilerle donatılmış ve oldukça etkindir. Örneğin, yatırımcı tazmin kararını alması (SerPK m.82), YTM'yi idare ve temsil etmesi (SerPK m.83/I), aidatları belirlemesi (SerPK m.83/II), tazmin sürecini kapatmaya karar vermesi (SerPK m.85/IV) gibi durumlar SPK'nın etkisini gösterir niteliktedir¹⁴.

YTM tarafından sağlanan korumanın hukuki niteliğine gelince; bilindiği üzere, yatırım kuruluşları zorunlu olarak YTM'ye aidatlar yatırmakta buna karşılık YTM de yatırımcıya belirli limitler dahilinde koruma sağlamaktadır. Bu bağlamda yatırımcı tazmin sisteminin özel hukuk anlamında bir sigorta ilişkisi olup olmadığının irdelenmesi gerekmektedir. Sigorta sözleşmesi, sigortacının sigorta güvencesini, sigorta ettirenin prim ödeme borcunu üzerine aldığı her iki tarafa borç yükleyen bir sözleş-

¹¹ Mülga SerPK'nın 46/A maddesinde yatırımcıları koruma fonunun tüzel kişiliğe sahip olduğu belirtilmişti. Ancak ne mülga SerPK'da ne de Yatırımcıları Koruma Fonu Yönetmeliğinde özel ya da kamu hukuku tüzel kişiliği olduğuna ilişkin bir hüküm yer almıyordu. Türkoğlu tarafından kamu tüzel kişiliğinin belirlenmesinde uygulanan kriterlerin Yatırımcıları Koruma Fonuna uygulandığında fonun bu kriterleri taşıdığı dolayısıyla bir kamu hukuku tüzel kişisi olduğu ifade edilmişti (TÜRKOĞLU, s.67-68). Yeni SerPK'nın 83. maddesinde bu tartışmaya son verilmiş, YTM'nin bir kamu tüzel kişisi olduğu açıkça belirtilmiştir (SerPK m.83/I).

¹² “Kamu tüzel kişiliği, ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulur” (AY m.123/III).

¹³ GÖZLER, Kemal / KAPLAN, Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, Güncelleştirilmiş ve Düzeltilmiş 17. Baskı, Ekin Yayıncılık, Bursa 2015, s.87; Kamu hukuku tüzel kişileri ile özel hukuk tüzel kişileri arasındaki farklar ise şunlardır: 1. Özel hukuk tüzel kişileri gerçek ve tüzel kişilerin serbest iradeleri ile kamu tüzel kişileri kanunla veya kanunun verdiği yetkiye dayanılarak kurulur. 2. Özel hukuk tüzel kişileri birbiriyle eşit durumda iken; kamu hukuku tüzel kişileri özel hukuk gerçek ve tüzel kişilerinden üstün durumdadırlar. 3. Özel hukuk tüzel kişileri özel yararları gerçekleştirmek amacıyla kurulurken kamu tüzel kişileri kamu yararını gerçekleştirmek için faaliyette bulunurlar (GÖZLER/KAPLAN, s.87-88).

¹⁴ SerPK m.85/VI'da yer alan “Bu Kanunun diğer maddelerinde düzenlenen hususlar saklı kalmak kaydıyla, tazmin kararının bildirimi ve ilanı, tazmin sürecinin işletilme usulü, haklarında tazmin kararı alınan kuruluşların YTM'ye karşı olan yükümlülükleri, bu yükümlülüklerin yerine getirilmemesi hâlinde uygulanacak yaptırımlar, yurt içi ve yurt dışında bulunan şubelerdeki yatırımcılara sağlanacak korumaya ilişkin esaslar, haklarında tazmin kararı alınanların yatırımcıları bilgilendirme yükümlülükleri, YTM'nin hak ve yükümlülükleri, YTM varlığının değerlendirilmesine ilişkin hususlar, YTM'nin mali tablo, defter ve raporları ile diğer hususlara ilişkin usul ve esaslar genel hükümler çerçevesinde Kurulca çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenir.” ifadesiyle SPK'nın tazmin sistemi üzerindeki etkisi vurgulanmıştır.

medir¹⁵. TTK m. 1401'de ise sigorta sözleşmesi şu şekilde tanımlanmıştır: “Sigorta sözleşmesi, sigortacının bir prim karşılığında, kişinin para ile ölçülebilir bir menfaatini zarara uğratan tehlikenin, rizikonun, meydana gelmesi hâlinde bunu tazmin etmeyi ya da bir veya birkaç kişinin hayat süreleri sebebiyle ya da hayatlarında gerçekleşen bazı olaylar dolayısıyla bir para ödemeyi veya diğer edimlerde bulunmayı yükümlendiği sözleşmedir”¹⁶. Dolayısıyla tazmin sistemini sigorta ilişkisi olarak niteleyebilmek için sigorta sözleşmesinin tarafları, sigorta menfaati, riziko, sigorta bedeli ve prim bakımından değerlendirmek gerekir.

Sisteme bakıldığında rizikoyu YTM üstlenmekte, yatırım kuruluşları aidat ödemekte, korumadan ise yatırımcı faydalanmaktadır. Sigorta sözleşmesi de iki taraflı bir ilişki olmasına karşın, taraflar yaptıkları sözleşme ile borcun alacaklıya değil de üçüncü bir kişiye ifasını kararlaştırabilmektedirler. “Başkası Lehine Sigorta” başlıklı TTK m.1454/I'de bu durum “Sigorta ettiren, üçüncü bir kişinin menfaatini, onun adını belirterek veya belirtmeyerek, sigorta ettirebilir. Sigorta sözleşmesinden doğan haklar sigortalıya aittir. Sigortalı aksine sözleşme yoksa, sigorta tazminatının ödenmesini sigortacıdan isteyebilir ve onu dava edebilir” şeklinde ifade edilmiştir¹⁷. Bu açıdan bakıldığında yatırım kuruluşunun sigorta ettiren, YTM'nin sigortacı ve yatırımcının ise sigortalı olduğu; yatırım kuruluşu ile YTM arasındaki sigorta ilişkisinin kanun gereği kendiliğinden kurulduğu ve dolayısıyla bir nevi başkası hesabına sigorta niteliği taşıdığı ileri sürülebilirse de aşağıda açıklandığı gibi TTK m.1401'de tanımı yapılan sigorta sözleşmesinin unsurlarının burada bulunduğunu söylemek güçtür.

Yatırımcı tazmin sistemini, öncelikle sigorta sözleşmesinin tarafları bakımından ele almak gerekir. Sigorta sözleşmesinde taraflardan birisi sigortacıdır. Sigortacı, sigorta sözleşmesi gereğince prim karşılığında rizikoyu yüklenen ve bu konuda ruhsat sahibi olan kişidir¹⁸. Sigorta şirketinin kuruluşu açısından bakıldığında, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu m.3/I'e göre, Türkiye'de faaliyet gösterecek sigorta şirketleri ile reasürans şirketlerinin anonim şirket veya kooperatif şeklinde kurulmuş olması şarttır. Oysa kamu tüzel kişisi olan YTM bir anonim şirket veya kooperatif değildir. Yine Kanuna göre, sigorta şirketleri, sigortacılık işlemleri ve bunlarla doğrudan bağlantısı

¹⁵ ÇEKER, Mustafa, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Sigorta Hukuku, Gözden geçirilmiş/genişletilmiş 12. Baskı, Adana 2015, s.55; KENDER, Rayegân, Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku, Güncelleştirilmiş On Dördüncü Baskı, İstanbul 2014, s.169.

¹⁶ Kanunda yapılan bu tanımın eleştirisi için bkz., KENDER, s. 164 vd.

¹⁷ TTK m.1478'e göre sorumluluk sigortalılarında, “Zarar gören, uğradığı zararın sigorta bedeline kadar olan kısmının tazminini, sigorta sözleşmesi için geçerli zamanaşımı süresi içinde kalmak şartıyla, doğrudan sigortacıdan isteyebilir.” İlgili hüküm uyarınca sigortalının eyleminden dolayı zarar gören kişiler, isterse zarardan sorumlu olan sigortalıya karşı haksız fiil hükümlerine göre tazminat talebinde bulunabileceği gibi doğrudan sigortacıya da başvuru yapabilecektir (ÇEKER, s.262).

¹⁸ AYHAN, Rıza, Tasarruf Mevduatı Sigortası ve Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nun Hukuki Niteliği, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.1, S.2, 1997, s.36.

bulunan işler dışında başka bir işle iştirak edemez (Sig. Kan. m.3/I,c.2)¹⁹. YTM'nin görevi ise, sadece yatırım kuruluşlarının, nakit ödeme ve sermaye piyasası aracı teslim yükümlülüklerini yerine getirememesinden kaynaklanan yatırımcıların zararlarını karşılamak değildir. Bunun yanında tedrici tasfiyeye ve özel fona dair görevleri gibi başka görevleri de mevcuttur²⁰.

Sigorta sözleşmesinin diğer tarafı ise sigorta ettirendir. Sigorta ettiren, belirli rizikolara karşı sigorta sözleşmesi yaptıran ve sigorta primini ödemekle yükümlü olan kişidir. Sigorta ettiren ile sigortalı aynı kişi olabileceği gibi bazen farklı kişiler de olabilir²¹. Tazmin sisteminde hukuki ilişkinin doğrudan tarafları, yatırım kuruluşu ile YTM olduğu görülmektedir. Ancak yatırım kuruluşlarının iradesi sözkonusu olmayıp zorunluluk esastır. Faaliyette bulunabilmeleri için sisteme katılmaları zorunludur. SPK tarafından faaliyet izni verilmesinin uygun görülmesini takiben, yetki belgesi verilmeden önce yatırım kuruluşu giriş aidatı ödemek zorundadır. Yatırım kuruluşlarının aidat ödeme yükümlülükleri ve bunun yanında YTM'nin tazmin işlemlerini yürütme görevi kanundan doğmaktadır. Bu açıklamalardan yola çıkarak, özel sigorta ilişkilerinde tarafların özgür iradeleriyle ortaya koyduğu sözleşme ilişkisinin burada bulunduğunu söylemek oldukça zordur²². Zira SerPK ve ilgili yönetmeliklerde de sigortadan bahsedilmemektedir. Yatırımcı ise yatırım kuruluşunda hesap açtığı takdirde kanundan doğan bir tarafılığı sözkonusudur²³. Risk gerçekleştiğinde, yani yatırım kuruluşlarının sermaye piyasası faaliyetinden kaynaklanan nakit ödeme veya sermaye piyasası araçları teslim yükümlülüklerini yerine getiremediğinin veya kısa sürede yerine getiremeyeceğinin tespit edilmesi hâlinde bundan yararlanacak olan prim ödeyen yatırım kuruluşu olmayıp²⁴, herhangi bir prim ödemeyen yatırımcıdır. Kanun koyucu riskleri yatırımcıya yansıtmamaktadır.

¹⁹ Kanun koyucu sigorta şirketlerinin mali imkanlarının başka işlerde kullanılmasının sonucu sigortalıların haklarının zedelenmesine engel olmak istemiştir (KENDER, s.38).

²⁰ Bkz., III, C.

²¹ Örneğin bir seyahat şirketine ait otobüs ile birlikte araçta bulunan yolcular da sigorta edilmişse, bir kaza durumunda yolcular da sigortalı sıfatıyla sigorta şirketinden tazminat talep edebilir. Bu durumda seyahat şirketi sigorta ettiren, yolcular sigortalı niteliği taşır (ÇEKER, s.63-64).

²² Yatırımcı tazmin sistemine benzeyen tasarruf mevduatı sigortasının hukuki niteliğini açıklarken Turanboy fon ile banka arasında otomatikman kurulmuş olan bir sigorta sözleşmesinin kanun gereği oluştuğunu mevduat sahibinin ise, prim ödemediği halde riskin oluşması halinde, sigortadan yararlanan (sigortalı) konumunda olacağını belirtmiştir (TURANBOY, Asuman, Tasarruf Mevduatı Sigortasının Hukuki Niteliği ve Kapsamı, BATIDER, C.XXI, S.2, Aralık 2001, s.71) .

²³ Her ne kadar hesap açtırması yeterli olsa da, hesabında nakit veya sermaye piyasası aracı olmaması durumunda YTM'den herhangi bir şey talep edemeyecektir.

²⁴ Yatırım kuruluşları YTM'den doğrudan yararlanmıyor gibi gözükse de, yatırımcı tazmin sisteminin piyasada güven tesis etmesi ve dolayısıyla daha fazla yatırımcının sermaye piyasasında fonlarını kullanmasıyla dolaylı olarak yatırım kuruluşları da istifade etmektedir.

Diğer bir husus, YTM, normal sigorta ilişkisindeki halefiyetin²⁵ ötesinde aracı kurumların tedrici tasfiyesini yaparak hem yatırımcıların bakiye alacaklarını tahsil etmekte hem de halef olmasından kaynaklanan alacağın ödenmesini sağlamaktadır²⁶. Aynı zamanda iflasının istenmesinin yararlı olup olmayacağına ilişkin önerisini de SPK'ya sunmaktadır (SerPK m.85/IV).

Tazmin sisteminde sigortalanabilir bir menfaatin olduğunu söylemek mümkündür. Sigorta güvencesi, maddi nitelik taşıyan, para ile ölçülebilen menfaatleri kapsar. Bu menfaatler, araba, ev ve işyeri gibi maddi nitelikte bir mal olabileceği gibi, bir alacak, ressamın tablosu gibi para ile ölçülebilirliği sınırlı olan değerler de olabilir²⁷. Tazmin sisteminde de yatırımcının yatırım kuruluşundan olan alacağı teminat altına alınmaktadır.

Tazmin sisteminde, sigorta korumasında olduğu gibi yatırımcıların zararlarının karşılanmasında sigorta değeri veya ödenen primler dikkate alınmaz. Yatırım kuruluşlarının nakit ödeme ve sermaye piyasası aracı teslim yükümlülüğünü yerine getiremediğinin veya kısa sürede yerine getiremeyeceğinin tespit edilmesi durumunda SPK tazmin kararı alır ve belirli limitler dahilinde ödeme yapılır.

YTM'nin sağladığı korumayı zorunlu mali sorumluluk sigortası bakımından da incelemek gerekir. Türk hukukunda Karayolları Trafik Kanununda düzenlenen zorunlu mali sorumluluk sigortasında, motorlu araçların işletilmesi sırasında üçüncü kişilere verilen zararlar güvence altına alınmaktadır. Sigorta sözleşmesi araç sahibi ile sigortacı arasında yapılmaktadır. Trafik sigortasında tazminat ödenecek kişi sigorta ettiren değil, sigorta konusu aracın zarar verdiği üçüncü kişilerdir. Zarar gören üçüncü şahıs sigorta sözleşmesine taraf olmamakla birlikte sigorta akdinden doğan belirli sınırlarda talep hakkına sahiptir²⁸. Burada sigorta sözleşmesine taraf olan sigorta et-

²⁵ Halefiyet, sigortacının ödediği tazminat oranında sigortalının haklarına halef olmasıdır (ÇEKER, s.166; KENDER, s.349 vd.). Sigortacı, rizikonun gerçekleşmesinden sonra sigortalının tazminatını ödediğinde sigortalının yerine geçer ve onun sahip olduğu haklara sahip olur. Sigortalının sorumlulara karşı dava hakkı varsa bu hak, tazmin ettiği bedel kadar sigortacıya geçer. Sorumlulara karşı bir dava veya takip başlatılmışsa sigortacı mahkemenin veya diğer tarafın onayı gerekmeksizin halefiyet kuralı uyarınca sigortalısına yaptığı ödemeyi ispat ederek dava veya takibi kaldığı yerden devam ettirebilir (TTK m.1472).

²⁶ YTM, tazmin sürecinin sonuçlarını, yatırım kuruluşunun tedrici tasfiyesinin veya iflasının istenmesinin yararlı olup olmayacağına ilişkin önerisini Kurula sunar. Kurul bankalar dışında yatırımcıları tazmin kararı verilenler hakkında tazmin sürecinin kapanmasına ilişkin kararı ile birlikte tedrici tasfiye kararı verebileceği gibi doğrudan iflas talebinde de bulunabilir (TTY m.20/I). Tazmin merkezi yatırımcının haklarına ödediği tazmin tutarı kadar halef olur (SerPK m.85/IV). Tedrici tasfiye ile tazmin sürecinde yatırımcıların tazmin edilmeyen bakiye alacakları ile tazmin merkezinin yatırımcılara halef olmasından kaynaklanan alacaklarının ödenmesi sağlanır (TTY m.20/IV).

²⁷ ÇEKER, s.64; KENDER, s.216.

²⁸ KENDER, s.225-226.

tirenin malvarlığında meydana gelecek zarar sigorta edilmektedir²⁹. Ancak tazmin sisteminde taraflar arasında bir irade uyuşması yani bir sigorta sözleşmesi mevcut olmadığı gibi; güvence altına alınan menfaat de, tamamen yatırımcıya ait sermaye piyasası aracı ve nakittir. Bu yüzden kanaatimizce zorunlu sigorta ilişkisi olduğu da ileri sürülemez³⁰.

Tazmin sistemine benzeyen bir kurum da mevduat sigortası sistemidir. Mevduat sigortası, tasarruf sahipleri tarafından bankalara yatırılan mevduatın belirli limite kadar geri ödenmesini güvence altına almak amacıyla oluşturulan bir sistemdir³¹. YTM'nin temelini teşkil eden mülga SerPK'da değişiklik yapan 4487 sayılı Kanunun gerekçesinde de Yatırımcıları Koruma Fonunun, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu (TMSF) esas alınarak ve sermaye piyasası kurumlarının özellikleri dikkate alınarak düzenlendiği belirtilmişti. Yeni Kanunun gerekçesinde bu atıfa yer verilmese de birçok özellikleri bakımından benzediği bir gerçektir. Mevduat sigortasında, mevduat sahibi ile TMSF arasında bir sözleşme mevcut olmayıp, mevduat sahibine belirli limite kadar güvence sağlanmaktadır³². Kanun gereği, mevduat hesabının açılmasıyla birlikte kendiliğinden koruma sağlanmış olur. Sigorta primlerini ödeme yükümlülüğü bankalardadır (BankK m.63/II). Sonuç olarak, TMSF, bankanın ödeyememe riskine karşı hiç prim ödememiş olan mevduat sahiplerine belirli limit dahilinde ödeme yapmaktadır. Doktrinde TMSF'nin de gerçek anlamda bir sigorta ilişkisi olup olmadığı hususunda benzer tartışmalar yer almaktadır³³.

Yukarıda bahsedilen gerekçelerle yatırımcıya sağlanan korumanın, TTK anlamında özel bir sigorta ilişkisi olduğundan bahsedilemez³⁴. Burada, yatırım kuruluşlarından kaynaklanan risklerin gerçekleşmesi durumunda, kanunun verdiği yetki çerçevesinde yatırımcıların zararlarının belirli limitler dahilinde kamu tüzel kişisi olan YTM tarafından karşılandığı, kendine özgü bir koruma sistemi mevcut olduğu söylenebilir.

²⁹ TURANBOY, s.72.

³⁰ TÜRKOĞLU, s.74.

³¹ ÇEKER, s.250; TURANBOY, s.65 vd.

³² Bankacılık sektöründe TMSF mevduat sahiplerinin mevduatlarını belirli şartlarla belirli miktara kadar güvence altına almaktadır. Bu limit 15.12.2013 tarihli 28560 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan yönetmelikle iki katına çıkarılarak 100.000 TL olmuştur. (7/11/2006 tarih ve 26339 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan, Sigortaya Tabi Mevduat ve Katılım Fonları ile Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunca Tahsil Olunacak Primlere Dair Yönetmelik, m.4/I,b)

³³ TMSF'nin hukuki niteliği hakkında doktrinde yapılan tartışmalar için bkz., TURANBOY, s.70 vd.; AYHAN, s.31 vd.; ÇEKER, s.250 vd.

³⁴ Aynı görüş bkz., TÜRKOĞLU, s.74.

III. YATIRIMCI TAZMİN MERKEZİ

YTM, yatırımcı varlıklarının yatırım kuruluşu ve/veya personelinin usulsüz işlemlerinden kaynaklanan risklere karşı korunması için önemli bir işlevi yerine getirmektedir. Bunun için YTM'nin yapısının, gelirlerinin, görev ve yetkilerinin açıklanması gerekir.

A. Yapısı ve Yönetimi

YTM'nin merkezi İstanbul'da³⁵ olup, SerPK'da yer alan tanım da ifade edildiği gibi kamu tüzel kişiliğini haiz bir kuruluştur. YTM'nin organizasyon yapısı, yönetim kuruluna bağlı hizmet birimlerinden oluşur. Bunlar, Varlık Yönetim Birimi, Finansman ve Muhasebe Birimi, Tazmin ve Tasfiye Birimi, Hukuk Birimi, Destek Hizmetleri Birimidir (YTM³⁶ m.12/II)³⁷. Bunların dışında yönetim kurulu geçici veya daimi çalışma grupları da oluşturabilir (YTM³⁸ m.12/III).

SPK, YTM'nin hesap ve işlemlerini her türlü inceleme ve denetlemeye, bilgi ve belge talep etmeye yetkilidir. YTM, ayrıca Sayıştay denetimine de tabidir. Kanun koyucu YTM'nin malvarlığının korunmasına özen göstermiştir. YTM'nin mal varlığı, amacı dışında kullanılamaz, teminat gösterilemez, kamu alacakları için olsa dahi haczedilemez, rehnedilemez, iflas masasına dâhil edilemez ve üzerine ihtiyati tedbir konulamaz (SerPK m.83/V).

YTM, SPK tarafından idare ve temsil edilir (SerPK m.83/I). YTM tarafından yürütülecek iş ve işlemler SPK personeli ve bu iş için istihdam edilecek personel tarafından yerine getirilir (SerPK m.83/I; YTM³⁹ m.6)³⁸. SPK'nın karar organı, aynı zamanda YTM'nin yönetim kurulunu oluşturur. SPK Başkanı, YTM yönetim kurulu başkanıdır. YTM'nin en üst yöneticisi olan başkan, Merkezin genel yönetimi, temsili ve yönetim kurulunca alınan kararların yürütülmesinden sorumludur. Başkan, aynı zamanda YTM'nin faaliyetleri için ihtiyaç duyulan her türlü mal ve hizmet alımı ile bunların elden çıkarılmasına ve personel istihdamına yetkilidir³⁹. Yönetim kurulu,

³⁵ YTM'nin merkezinin İstanbul olduğu YTM³⁶ m.12/I'de ifade edilmiş olsa da, aynı yönetmeliğin geçici 1. maddesinde, SPK'nın merkezinin İstanbul'a taşınmasına ilişkin iş ve işlemler tamamlanmaya kadar YTM'nin merkezinin Ankara olacağı belirtilmiştir.

³⁶ Yatırımcı Tazmin Merkezi Yönetmeliği, (RG. T. 27.2.2015, S.29280).

³⁷ Anılan birimlerin görevleri için bkz., YTM³⁸ m.13, 14, 15, 16, 17.

³⁸ YTM'de çalışacak personel Kurul tarafından görevlendirilir. Ancak YTM'nin faaliyetlerinin etkin ve verimli şekilde yerine getirilmesini sağlamak amacıyla giderleri YTM bütçesinden karşılanmak üzere dışarıdan personel de istihdam edilebilir (YTM³⁹ m.6).

³⁹ Başkan, görev ve yetkilerinin bir bölümünü mevzuata uygun olarak, sınırlarını açıkça belirlemek ve yazılı olmak kaydıyla alt kademelere devredebilir (YTM⁴⁰ m.10). Ayrıca YTM işlerinin yürütülmesinde Başkana yardımcı olmak üzere, Başkan adına ve Başkanın kendisine devrettiği yetkiler çerçevesinde işleri yürüten bir kişi Yönetim Kurulu kararı ile müdür olarak atanır (YTM⁴¹ m.11).

başkan dahil en az beş üyenin hazır bulunması ile toplanır. Kararlar en az dört üyenin aynı yöndeki oyuyla alınır (YTMY m.9/I). YTM'nin bütçesini, mali tablolarını ve faaliyet raporunu onaylamaya, taşınmaz satın alınması, kiralanması ve elden çıkarılmasına karar vermeye yetkili organ yönetim kuruludur (YTMY m.9/II).

B. Gelirleri

YTM'nin gelirlerinden birisi, yatırım kuruluşları tarafından yatırılan giriş aidatları, yıllık aidatlar ve ek aidatlardır (YTMY m.20,21,22). Yatırım kuruluşlarının yatıracığı giriş aidatı sabit olsa da yıllık aidatlar her bir aracı kuruma göre değişebilmektedir⁴⁰. Yönetmelikte aidat tutarlarının belirlenmesinde tür ve risk durumlarının dikkate alınması yerinde bir düzenleme olmuştur. Sermaye piyasasında bütün yatırım kuruluşlarının risklere karşı aynı derecede güvenli olduğu söylenemez. Bazı yatırım kuruluşlarının temeli daha sağlamken diğerleri sağlam olmayabilir. Bütün yatırım kuruluşları YTM'ye katılmak zorunda oldukları için, bu durum piyasada dürüst ve kurallara uygun davranan kuruluşların gereksiz yere prim ödediği, dolayısıyla onlar için ek maliyetler getirdiği ve diğer kurumların yanlışlıklarını telafi etmek zorunda bırakıldığı düşüncesini akla getirmektedir. Ancak tazmin sisteminin, sermaye piyasasına güvenin sağlanmasında, tasarruf sahibinin yatırımlarını bu piyasaya aktarmasında ve güvenli bir şekilde işlem yapmasında etkisi olduğu da bir gerçektir. Bu nedenle, dolaylı da olsa bütün yatırım kuruluşlarının tazmin sisteminden istifade ettiği söylenebilir.

YTM'nin gelir kaynakları sadece yatırım kuruluşlarının aidatları ve bunların değerlendirilmesinden ibaret değildir. Bunların yanında gelir kaynakları arasında; Kanun kapsamında verilen idari para cezalarının %50'si, kendisine ait malvarlığının getirisi, zamanaşımına uğraması sonucu YTM'ye aktarılan her türlü emanet ve alacaklar⁴¹, mülkiyeti YTM'ye intikal eden sermaye piyasası araçlarının satışından elde

⁴⁰ Kurul tarafından faaliyet izni verilmesinin uygun görülmesini takiben, yetki belgesi verilmeden önce yatırım kuruluşları tarafından YTM'ye 50.000 TL giriş aidatı yatırılır (YTMY m.20). Bunun gibi yıllık aidat ve ek aidat ödemeleri de vardır (YTMY m.21, 22). Yıllık aidat yükümlülükleri, Kurul, merkezi takas ve saklama kuruluşları ile diğer kuruluşlar nezdinde bir önceki yıla ilişkin bulunan veriler esas alınmak suretiyle hesaplanır. YTM'nin bildirimi üzerine Mart ayı sonuna kadar ödenir. Ek aidatlar ise, YTM'nin malvarlığının ihtiyacı karşılamaya yetmediği hallerde yatırım kuruluşlarından bir önceki yılda ödedikleri aidat tutarı toplamına kadar aidat alınabilmesidir. Ödenen bu miktar ihtiyacın ortadan kalkmasından sonra yatırım kuruluşlarının yatıracakları yıllık aidatlardan mahsup edilir. Aidatların hesaplanmasında yatırımcı blokajları ile yatırım kuruluşlarının kendi portföylerinde bulunan sermaye piyasası araçları ve portföyleri adına yapmış oldukları işlemler nedeniyle vermiş oldukları teminatlar dikkate alınmaz (YTMY m.21/son).

⁴¹ Yatırım hizmetleri ve faaliyetlerinden kaynaklanan her türlü emanet ve alacaklar, hesap sahibinin yaptığı en son talep, işlem veya herhangi bir şekilde verdiği yazılı talimat tarihinden, yatırım fonu ve değişken sermayeli yatırım ortaklıkları için ise tasfiye tarihinden başlayarak on yıl içinde talep ve tahsil edilmemesi hâlinde YTM'ye gelir kaydedilir (SerPK m.83/IV; YTMY m. 24 vd.).

edilen gelirler⁴², YTM'nin hizmetlerinin karşılığı olarak, ipotek ve varlık teminatlı menkul kıymetlerin ihraççıları ve varlık kiralama şirketleri tarafından yapılacak ödemeler (SerPK m.59/V, 61/V) yer almaktadır.

C. Görev ve Yetkileri

YTM'nin önemli görevlerinden birincisi, çalışanının da konusu olan SPK tarafından alınan tazmin kararını yerine getirmektir (SerPK m.82/I, 83/I; YTM m.5/I, a). İkincisi ise, tedrici tasfiye işlemlerini yürütmektir (SerPK m. 86/I; YTM m.5/I, a). Tedrici tasfiye, genel olarak tasfiyenin düzenlendiği TTK'da değil⁴³, SerPK'da yer almaktadır (SerPK m.86 vd.). Tedrici tasfiye, yatırım kuruluşlarının hızlı ve basit yöntemlerle tasfiye edilmesini ve diğer birçok kanun hükümlerini devre dışı bırakarak yatırımcıların haklarına kavuşabilmelerini sağlayan özel bir yöntemdir⁴⁴. Amacı ise, tedricî tasfiyesine karar verilen yatırım kuruluşlarının malvarlığını aynen veya nakde çevirmek suretiyle elde edilen bedeli tahsis ederek, tazmin süreci kapsamında yatırımcıların tazmin edilmeyen bakiye alacakları ile YTM'nin yatırımcılara halef olmasından kaynaklanan alacaklarının ödenmesini sağlamaktır (SerPK m.86/II). Ted-

Yatırım kuruluşları, bir sonraki yılda zamanaşımına uğrayacak ve tutarı 100 TL ve üzerinde olan emanet ve alacakların hesap sahiplerini başvuruda bulunmadıkları takdirde hesaplarının Tazmin Merkezine devredileceği hususunda iadeli taahhütlü mektupla uyararak ve aynı zamanda internet sitesinde de ilan etmek zorundadır. Zamanında ilan ve bildirim yükümlülükleri yerine getirilmeyen ve zamanaşımı süresi dolmuş varlıklar YTM'ye gelir kaydedilir. Burada bildirim ve ilan yükümlülüğünü yerine getirmeyen yatırım kuruluşu sorumludur (YTM m.25).

⁴² YTM'nin gelirleri arasında, YTM m.18/I, c hükmü uyarınca “*SerPK m.13/IV uyarınca Merkezde intikal eden sermaye piyasası araçlarının satışından elde edilen gelirler*” sayılmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin 22/10/2015 tarihli ve E. 2015/29, K. 2015/95 sayılı kararı ile SerPK m.13/IV, c.4,5,6 iptal edilmiştir. Ancak, 6704 sayılı Kanunun (RG. T. 26.4.2016, S.29695) 28. maddesi ile SerPK'ya geçici 10. madde eklenmiştir. Anılan maddeye göre, “*Kayden izlenmeye başlanıldığı tarihi izleyen yedinci yılın sonuna kadar teslim edilmediği için mülkiyeti YTM'ye intikal etmiş olan sermaye piyasası araçlarının iadesi ile satışlarının yapılmış olması hâlinde bunların bedellerinin ödenmesi talebiyle yapılacak başvuruların ve başvuru üzerine hak sahiplerine YTM tarafından yapılacak ödemelerin usul ve esasları, hak sahiplerince teslim edilecek sermaye piyasası araçlarının iptal ve imha esasları ile ihraççıların bu başvurulara ilişkin yükümlülükleri Kurulca belirlenir. Şu kadar ki, YTM'ye intikal eden sermaye piyasası araçlarından; ilgili mevzuat uyarınca satış yapılmamış olanlar aynen; satış yapılmış olanlar ise, Kurulca belirlenen esaslar çerçevesinde hesaplanacak satış tutarları üzerinden nakden ödenir. Yapılacak ödemelerde, ilgili tutarın 4749 sayılı Kanunun 12 nci maddesi çerçevesinde değerlendirilmesi sonucu YTM tarafından fiilen elde edilen getirinin ödenecek tutara isabet eden nemaları esas alınır. Bu madde uyarınca yapılacak ödemelere ilişkin işlemler ve bu işlemlerle ilgili oluşturulacak kayıtlar ve düzenlenecek kâğıtlar damga vergisinden müstesnadır.*” Dolayısıyla YTM m. 18/I, c hükmünde gerekli düzeltmenin yapılması gerekmektedir.

⁴³ SerPK'da tedricî tasfiye karar ve işlemlerinde TTK, İİK ve diğer mevzuatın tasfiye ile ilgili hükümlerinin uygulanmayacağı açıkça belirtilmiştir (SerPK m.86/II; TTY m.20/IV).

⁴⁴ TEVETOĞLU, Mete, Mali Durumu Bozulan Aracı Kurumlarda Alınacak Tedbirler ve Özellikle Tedricî Tasfiye, İstanbul 2006, s. 86.

rici tasfiye, tasfiye⁴⁵ kavramından farklıdır. Tedrici tasfiyenin kapsamı, normal tasfiyeye nazaran daha sınırlıdır⁴⁶. Yatırım kuruluşlarının tasfiyelerine Kurul tarafından karar verildiği takdirde, organların görev ve yetkileri tasfiye sonuçlanıncaya kadar YTM tarafından yerine getirilir. Tasfiye sürecinde ödemeler durur ve tüm malvarlığı üzerinde sadece YTM tasarruf edebilir (SerPK m.86/IV). YTM tasfiye kapsamında yer alan gerçek hak sahiplerini ve bunların alacak ve borçlarını tazmin sürecinde elde edilen bilgi ve belgelere dayanarak tespit eder (SerPK m.86/V). Tasfiye tamamlandığında, YTM durumu SPK'ya bildirerek tasfiyenin kapatılması talebinde bulunur. SPK, tedrici tasfiyenin kapatılmasına karar verir. Ancak, aktiflerin, tasfiyenin amacı kapsamındaki hak sahiplerinin alacaklarını, tazmin kapsamında yapılan ödemeleri ve tasfiye giderlerini karşılamaya yetmediğinin anlaşılması hâlinde, YTM, Kurulun uygun görüşüyle ilgililerin iflasını da isteyebilir (SerPK m.86/VIII).

Bunların dışında diğer görevleri (YTM m.5/I); mülkiyeti YTM'ye intikal eden sermaye piyasası araçlarının iadesini ve satışını gerçekleştirmek⁴⁷, Özel Fonun idare ve temsili ile Özel Fon malvarlığının yönetimini üstlenmek ve Özel Fon kapsamındaki diğer iş ve işlemleri yerine getirmek⁴⁸, yatırım hizmet ve faaliyetlerinden kaynaklanan ve zamanasına uğrayan her türlü emanet ve alacakların kendisine gelir kaydedilmesine ilişkin işlemleri gerçekleştirmek, gelirlerinin takip ve tahsili için gerekli işlemleri yapmak, malvarlığını yönetmek ve değerlendirmek⁴⁹, kendisiyle ilgili

⁴⁵ Genel olarak tasfiye, alacakların tahsil edilmesi, borçların ödenmesi, malların paraya çevrilmesi, yarım kalan işlemlerin tamamlanması ve safi mevcudun elde edilmesi sonucunda kanunda ve tasfiyeye tabi kuruluşun kuruluş senedinde gösterilen kişilere verilmesidir. Tasfiye kavramı hakkında ayrıntılı açıklama için bkz., TEVETOĞLU, s.84; MENEKŞE, Ayhan, Türk Hukukunda Tedrici Tasfiye, Ankara 1983, s.2; KERVANKIRAN, Emrullah, Anonim Şirketlerin Tasfiyesi, 1. Baskı, Ankara 2015, s.55 vd.; COŞKUN KARAMAN, Özlem, Anonim Şirketin Tasfiyesi, Birinci Baskı, Ankara 2015, s.20 vd.

⁴⁶ Tedrici tasfiye ile normal tasfiye arasındaki farklar için bkz., MENEKŞE, s. 4 vd.; TEVETOĞLU, s. 85 vd.; KERVANKIRAN, s.106 vd.

⁴⁷ YTM m.5/b maddesine göre, “*Kanunun 13 üncü maddesinin dördüncü fıkrası çerçevesinde, kayden izlenmeye başladığı tarihi izleyen yedinci yılın sonuna kadar teslim edilmediği için YTM'ye intikal eden sermaye piyasası araçlarının YTM hesabına geçmesine ve bunların satışına ilişkin işlemleri gerçekleştirmek*,” YTM'nin görevleri arasında sayılmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin 22/10/2015 tarihli ve E. 2015/29, K. 2015/95 sayılı kararı ile SerPK m.13/IV,c.4,5,6 iptal edildiğinden sözü edilen görevi de ortadan kalkmıştı. Ancak 6704 sayılı Kanunun (RG. T. 26.4.2016, S.29695) 28. maddesi ile SerPK'ya geçici 10. madde eklenmiştir (Bkz., dpn.42). Yapılan yeni düzenleme karşısında YTM'nin ilgili maddesinin tekrar düzenlenmesi gerekmektedir.

⁴⁸ Özel fon, 18.12.1999 tarihinden önce Kurulca yetki belgeleri iptal edilen aracı kurumların yatırımcılarının sermaye piyasası faaliyetlerinden doğan alacaklarının kısmen ödenmesini sağlamak amacıyla oluşturulan fondur. Bu fonun yönetim ve temsili YTM tarafından yapılır (SerPK Geçici madde 3/I; YTM m.4/I,f).

⁴⁹ YTM'nin malvarlığının değerlendirilmesine karar vermek ve aldığı kararları Finansman ve Muhasebe Birimine bildirmek Varlık Yönetim Komitesinin görevidir. Finansman ve Muhasebe Birimi Varlık Yönetim Komitesince alınan kararlar çerçevesinde operasyonel işlemleri yürütür (YTM m.14).

her türlü uyumsuzluğun adli ve idari merciler ile icra dairelerinde takibi ve çözömlenmesi amacıyla gerekli işlemleri yapmak, çalışma politikalarını belirlemek, yurtdışı muadil kurumların katıldığı uluslararası organizasyonlara üye olmak, olağan genel kurul toplantısını kanuni süresi içinde üst üste iki hesap dönemi içinde yapmayan ve yönetim kurulu üyeleri kısmen veya tamamen SPK tarafından atanmış olan halka açık ortaklıklarda genel kurulun yetkilerini kullanmaktır.

IV. TAZMİNİN KAPSAMI

Tazminin kapsamının belirlenmesi, özellikle küçük yatırımcıların yeterli seviyede korunması için önemli bir husustur. Burada kastedilen, hangi kuruluşların tazmin kapsamına girdiği, azami tazmin sınırı ve koruma kapsamında olan haklardır.

A. Tazmin Kapsamına Giren Kuruluşlar

Tazmin kapsamına, sermaye piyasası faaliyetlerinden kaynaklanan nakit ödeme ve sermaye piyasası araçlarını teslim yükümlölüklerini yerine getiremediği veya kısa sürede yerine getiremeyeceği SPK tarafından tespit edilen yatırım kuruluşları girmektedir (SerPK m.82/I). Yatırım kuruluşlarından amaç, aracı kurumlar ile yatırım hizmeti ve faaliyetinde bulunmak üzere kuruluş ve faaliyet esasları SPK tarafından belirlenen diğer sermaye piyasası kurumları⁵⁰ ve bankalardır (SerPK m.3/I,v). Yeni SerPK'da yatırım kuruluşları, AB düzenlemelerine uyum amacıyla yeniden ele alınmış ve 2004/39/EC sayılı MiFID direktifine paralel olarak mülga SerPK'da yer alan aracı kuruluş kavramı yerine yatırım kuruluşu kavramı tercih edilmiş ve kapsamı daha geniş olan "yatırım hizmetleri ve faaliyetleri" ifadesine yer verilmiştir. Yatırım kuruluşları, hem sermaye piyasası araçlarının satıldığı ilk aşamada hem de satıldıktan sonra yatırımcılar arasında el değıştirdiği ikinci el piyasada aracılık faaliyetinde bulunarak önemli bir işlevi yerine getirmektedir.

1. Aracı Kurumlar

Aracı kurum, sermaye piyasasında yatırım hizmet ve faaliyetlerinde bulunmak üzere SPK'dan izin ve yetki belgesi alan, anonim ortaklık şeklinde kurulmuş, banka ve diğer sermaye piyasası kurumları dışındaki yatırım kuruluşudur⁵¹. SerPK'da ise

⁵⁰ Aracı kurumlar ve bankalar dışında yatırım hizmeti ve faaliyetinde bulunmak üzere kuruluş ve faaliyet esasları SPK tarafından belirlenen başka sermaye piyasası kurumu şu an için mevcut değildir. Yeni kurumlar için esnek bir düzenleme yapılmıştır (ÇETİN, Nusret/TÖREMİŞ, Hatice Ebru/CANTİMUR, Zeynep, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun Sistematiik Analizi, Ankara 2014, s.92, dpn. 51).

⁵¹ MANAVGAT, Sermaye Piyasasında Aracı Kurumlar, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, İstanbul 1991, s.20; ÜNAL, O, Kürşat, Türk ve Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda Aracı Kurumlar, Ankara 1997, s.69; İNCEOĞLU, Murat, Sermaye Piyasasında Aracı Kurum-

aracı kurum, “37’nci maddenin birinci fıkrasındaki yatırım hizmet ve faaliyetlerinden (a), (b), (c), (e) ve (f) bentlerinde yer alanları münhasıran olmak üzere Kurul tarafından yetkilendirilen yatırım kuruluşunu... ifade eder.” şeklinde tanımlanmıştır (SerPK m.3/I,a)⁵². Aracı kurumlar her ne kadar SerPK’nın 37. maddesinde yer alan yatırım hizmet ve faaliyetlerinden (a) sermaye piyasası araçlarıyla ilgili emirlerin alınması ve iletilmesi, (b) sermaye piyasası araçlarıyla ilgili emirlerin müşteri adına ve hesabına veya kendi adına müşteri hesabına gerçekleştirilmesi, (c) sermaye piyasası araçlarının kendi hesabından alım ve satımı, (e) sermaye piyasası araçlarının halka arzında yüklenimde bulunularak satışa aracılık edilmesi, ve (f) bendinde yer alan sermaye piyasası araçlarının halka arzında yüklenimde bulunmaksızın satışa aracılık edilmesi faaliyetlerini münhasıran gerçekleştirmek üzere SPK tarafından yetkilendirilen yatırım kuruluşu olarak Kanunda tanımlanmış olsa da SerPK m.37 ve 38’de yer alan diğer yatırım hizmet ve faaliyetleri ile yan hizmetlerde de bulunabilirler⁵³. Bu bağlamda aracı kurumlar yukarıda belirttiğimiz yatırım hizmet ve faaliyetlerine ek olarak, bireysel portföy yöneticiliği, yatırım danışmanlığı, çok taraflı alım satım sistemlerinin ve borsa dışı diğer teşkilatlanmış pazar yerlerinin işletilmesi, sermaye piyasası araçlarının müşteri namına saklanması, yönetimi ile portföy saklanması, SPK tarafından belirlenecek diğer hizmet ve faaliyetleri sunabileceklerdir⁵⁴.

Aracı kurumlar yatırım hizmet ve faaliyetleri yanında ayrıca bir yetki belgesine sahip olmaksızın SPK tarafından belirlenen esaslar dahilinde yan hizmetler olarak müşterilerine (SerPK m.38); sermaye piyasaları ile ilgili danışmanlık hizmetleri yapabilirler. Yatırım hizmetleri ve faaliyetleri ile sınırlı olarak kredi ya da ödünç verebilir ve döviz hizmetleri sunabilirler. Bunlardan başka, sermaye piyasası araçlarına ilişkin işlemlerle ilgili yatırım araştırması ve finansal analiz yapabilir veya genel tavsiyede bulunabilirler. Aracılık yükleniminin yürütülmesi ile ilgili hizmetleri sunabilirler. Borç-

ların Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2004, s.19; KAYTAZ, Ali İhsan, Sermaye Piyasasında Aracı Kurumlara Karşı Yatırımcının Korunması, Yayınlanmamış Dr. Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk ABD, İstanbul 2010, s. 9.

⁵² Kanunda yapılan tanımda “münhasıran” ifadesi kullanılması dolayısıyla bazı faaliyetlerin (SerPK m.37/I,a,b,c,e,f) sadece aracı kurumlar tarafından yapılabileceği gibi bir anlam çıksa da SerPK m.39/IX’da yatırım ve kalkınma bankalarının aracı kurumlar için münhasıran belirtilen hususların hepsini yapabileceği, mevduat bankalarının ise SerPK m. 37/I,a,b,c’de belirtilen faaliyetlerde bulunabileceği ifade edilmektedir. Dolayısıyla bu düzenleme karşısında SerPK m.3/I,a’da yer alan tanımın tekrar gözden geçirilmesi gerekir (MEMİŞ, Tekin/TURAN, Gökçen, Sermaye Piyasası Hukuku, Birinci Baskı, Ankara 2015, s.154, dpn.191).

⁵³ Yatırım Hizmetleri ve Faaliyetleri ile Yan Hizmetlere İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ (RG T. 11.7.2013, S.28704), m. 10 vd.

⁵⁴ Yatırım hizmet ve faaliyetleri AB mevzuatı esas alınarak düzenlenmiştir. Bu bağlamda AB’nin 2004/39/EC sayılı Finansal araç piyasaları direktifinde (Markets in Financial Instruments Directive - MIFID) yatırım şirketlerinin yatırım hizmet ve faaliyetlerinin düzenlenmesinde kuruma dayalı yaklaşım yerine işleve dayalı yaklaşım tercih edilmiştir (ÇETİN/TÖREMİŞ/CANTİ-MUR, s.81).

lanma veya başka yollardan finansman sağlanmasında aracılık hizmeti verebilirler. Yine servet yönetimi ile finansal planlama yapabilirler ve SPK tarafından belirlenecek diğer hizmet ve faaliyetlerde bulunabilirler.

Aracı kurumların kurulduktan⁵⁵ sonra yukarıda açıkladığımız yatırım hizmet ve faaliyetlerinde bulunabilmeleri için SPK'dan izin almaları gerekir (SerPK m.39/I). Alınan izin sonrası yatırım hizmet ve faaliyetlerini gösteren yetki belgesi verilir (SerPK m.40)⁵⁶.

2. Bankalar

Sermaye piyasasında yatırım hizmet ve faaliyetlerinde bulunabilecekler arasında bankalar da sayılmıştır (SerPK m.39/IX). Bankadan kastedilen, Bankacılık Kanununda düzenlenen mevduat ve katılım bankaları ile kalkınma ve yatırım bankalarıdır⁵⁷. Bankaların yapabileceği yatırım hizmet ve faaliyetleri, sermaye piyasası araçlarıyla ilgili emirlerin alınması ve iletilmesi, müşteri adına ve hesabına veya kendi adına ve müşteri hesabına gerçekleştirilmesi, sermaye piyasası araçlarının kendi hesabından alım ve satımı, bu araçların müşteri namına saklanması ve yönetimi ile portföy saklanmasıdır. Belirtilen hizmet ve faaliyet alanlarının sınırlı sayıda olmadığı SerPK m.37/h'ye yapılan atıfta da görülmektedir. Anılan düzenlemeye göre Bankalar, Kurulca belirlenecek diğer hizmet ve faaliyetlerde de bulunabilirler. Yatırım ve

⁵⁵ Aracı kurumların kuruluşuna Kurul tarafından izin verilebilmesi için, anonim ortaklık şeklinde kurulmaları, paylarının tamamının nama yazılı olması, paylarının nakit karşılığı çıkarılması, sermayelerinin Kurulca belirlenen miktardan az olmaması, esas sözleşmelerinin SerPK ve ilgili diğer düzenlemelerde yer alan hükümlere uygun olması, kurucularının da SerPK'da ve ilgili diğer düzenlemelerde belirtilen şartları haiz olması, ortaklık yapısının şeffaf ve açık olması gerekir (SerPK m.43). Bunun dışında kuruculara ilişkin şartlar (SerPK m.44) ve faaliyette bulunmasına ilişkin bir takım şartlar da öngörülmüştür (SerPK m.45). Ayrıca, yatırım hizmetleri ve faaliyetleri ile yan hizmetleri sunacak yatırım kuruluşlarının kuruluşuna, kurucu, ortak ve personeline, faaliyete geçmesine, yükümlülüklerine, merkez dışı örgütlerine, dışarıdan hizmet alımına, faaliyetlerine, faaliyetlerinin durdurulmasına ve teminatlarına ilişkin ilke ve esasları belirlemek amacı ile "Yatırım Kuruluşların Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkında Tebliğ" (RG. S. 28854, T.17.12.2013) yayımlanmıştır.

⁵⁶ Yatırım hizmetleri ve faaliyetlerinde bulunmak üzere Kurulca izin verilenlere, icra edecekleri yatırım hizmetleri ve faaliyetlerini gösteren yetki belgesi ile bir veya birden fazla yatırım hizmeti ve faaliyetinde bulunma izni verilebilir (SerPK 40/I).

⁵⁷ Mevduat bankası, kendi nam ve hesabına mevduat kabul etmek ve kredi kullandırmak esas olmak üzere faaliyet gösteren kuruluşlar ile yurt dışında kurulu bu nitelikteki kuruluşların Türkiye'deki şubeleridir. Katılım bankası, Bankacılık Kanununa göre özel cari ve katılma hesapları yoluyla fon toplamak ve kredi kullandırmak esas olmak üzere faaliyet gösteren kuruluşlar ile yurt dışında kurulu bu nitelikteki kuruluşların Türkiye'deki şubeleridir. Kalkınma ve yatırım bankası ise, Bankacılık Kanununa göre mevduat veya katılım fonu kabul etme dışında; kredi kullandırmak esas olmak üzere faaliyet gösteren ve/veya özel kanunlarla kendilerine verilen görevleri yerine getiren kuruluşlar ile yurt dışında kurulu bu nitelikteki kuruluşların Türkiye'deki şubeleridir. (5411 sayılı Bankacılık Kanunu m.3)

kalkınma bankaları ise, yukarıdaki faaliyetlere ilaveten portföy yöneticiliği, yatırım danışmanlığı, sermaye piyasası araçlarının halka arzında yüklenimde bulunarak veya bulunmaksızın satışa aracılık edilmesine ilişkin hizmet ve faaliyetlerde de bulunabilirler (SerPK m.39/IX).

SPK, bankaların sermaye piyasası faaliyetlerinden kaynaklanan nakit ödeme veya sermaye piyasası araçları teslim yükümlülüklerini yerine getiremediğinin veya kısa sürede yerine getiremeyeceğinin tespit edilmesi hâlinde, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu'nun (BDDK) görüşünü aldıktan sonra yatırımcıları tazmin kararı verebilir (SerPK m.82/II, c.1). Kanun koyucu burada BDDK'nın iznini değil, görüşünü aramıştır. Dolayısıyla BDDK'nın tazmin kararı için izin vermesi gerekmez. Bunun yanında, bankacılık mevzuatı gereği, mevduat veya katılım fonu olarak kabul edilen ödeme yükümlülüklerine, SerPK'nın yatırımcıların tazminine ilişkin hükümleri uygulanmaz (SerPK m.82/II, c.2).

B. Korumanın Kapsamı

YTM tarafından sağlanan korumanın kapsamını, yatırımcılara ait olup da yatırım hizmet ve faaliyeti veya yan hizmetler ile bağlantılı olarak yatırım kuruluşu tarafından yatırımcı adına saklanan veya yönetilen nakit ödeme veya sermaye piyasası araçlarının teslim yükümlülüklerinin yerine getirilmemesinden kaynaklanan talepler oluşturur (SerPK m.84/I). Yatırımcıların daha güvenle işlem yapabilmesi için, yeni SerPK'da sermaye piyasasında işlem yapan yatırımcıların korunmasına yönelik kapsam genişletilmiştir. Buna göre, mülga SerPK'da sadece hisse senedi işlemlerinden doğan nakit ödeme ve hisse senedi teslim yükümlülükleri tazmin edilirken; yeni Kanunda yatırım hizmet ve faaliyetlerinden kaynaklanan nakit ödeme veya sermaye piyasası araçlarını teslim yükümlülükleri kapsam dahiline alınmıştır. Sermaye piyasası araçları, menkul kıymetler⁵⁸ ve türev araçlar ile yatırım sözleşmeleri de dâhil olmak üzere SPK tarafından bu kapsamda olduğu belirlenen diğer sermaye piyasası araçlarıdır (SerPK m.3/I,ş). Sonuç olarak yatırımcılar, yatırımcı tazmin sisteminden sadece hisse senetleri bakımından değil, onun dışında varant, tahvil, türev araç gibi diğer sermaye piyasası araçları bakımından da yararlanabileceklerdir.

Kanun koyucu yatırımcılara ödenecek tazmin miktarı konusunda bir üst sınır koymuştur. Bu da tazmin kapsamında olan her hak sahibi yatırımcı için yüz bin TL'dir⁵⁹. Bu tutar her yıl ilan edilen yeniden değerlendirme katsayısı oranında artırılmak-

⁵⁸ Menkul kıymetler, para, çek, poliçe ve bono dışında; paylar, pay benzeri diğer kıymetler ile söz konusu paylara ilişkin depo sertifikalarını, borçlanma araçları veya menkul kıymetleştirilmiş varlık ve gelirlere dayalı borçlanma araçları ile söz konusu kıymetlere ilişkin depo sertifikalarıdır (SerPK m.3/I,o).

⁵⁹ Yeni SerPK'nın yasalasmasından önce 2012 yılı için belirlenen miktar 70.237 TL idi. (<http://borsaistanbul.com/data/egitimklavuzlari/KLVZ03SPK.PDF>, Erişim Tarihi: 02.09.2015)

tadır (SerPK m.84/V)⁶⁰. Ancak yatırımcının hesabında nakit ve sermaye piyasası aracı varsa o takdirde bu sınıra uyulmayarak aynen ödeme ve iade gerçekleştirilmektedir (TTY⁶¹ m.15).

Azami yüz bin Türk Lirası olan tazmin miktarı, SPK'nın teklifi üzerine Bakanlar Kurulu tarafından beş katına kadar artırılabilir. Söz konusu sınır, bir yatırımcının aynı kuruluştan olan taleplerinin tümünü kapsar. Başka bir ifadeyle bu sınır belirlenirken, yatırımcının aynı kuruluştan olan hesap sayısı, türü ve para birimi önemli değildir (SerPK m.84/V).

YTM tarafından ödenecek azami miktarın üzerinde kalan tutar hak sahibi yatırımcı tarafından başka bir yatırımcıya ödenmesi amacıyla devredilmiş olması hâlinde devralana ödeme yapılmaz. Örneğin, yatırımcının yatırım kuruluşundan alacağı toplam yüz elli bin TL ise yatırımcı bunun yüz bin TL'sini YTM'den tahsil edip, kalan elli bin TL'sini üst sınıra ulaşmayan başka bir yatırımcıya devrettiğinde ona ödeme yapılmaz.

Yatırım kuruluşlarının yurt dışındaki merkez dışı örgütleri (şube, acente, irtibat bürosu) nezdindeki hesap sahipleri ile yurt dışında ihraç edilen veya çıkarılan sermaye piyasası araçlarına ilişkin tazmin kapsamına sadece merkezi saklama veya teminat tutma işlemleri Merkezi Kayıt Kuruluşu ve Takasbank'ta gerçekleştirilen nakit ödeme ve sermaye piyasası araçları teslim yükümlülükleri dahildir (TTY m.16/II).

Tazmin sisteminin kötüye kullanılmasının önüne geçilebilmesi için Kanunda bazı sınırlamalar öngörülmüştür. Aşağıda belirtilen durumlar tazmin kapsamı içinde yer almaz:

- Yatırımcıların yatırım danışmanlığından veya piyasadaki fiyat hareketlerinden kaynaklı zararları (SerPK m.84/II, c.2)⁶²,

- Bilgi suistimali ve piyasa dolandırıcılığı suçlarından veya bu suçlardan kaynaklı malvarlığı değerlerinin aklanması suçundan mahkûm olan yatırımcılara (söz konusu eylemlerle ilgili alacaklarla sınırlı olmak üzere) ait talepler⁶³,

⁶⁰ 2014 yılı için hak sahibi her bir yatırımcıya ödenecek azami tazmin tutarı yüz üç bin dokuz yüz otuz Türk Lirasıdır (TTY m.15). Yeni Kanunda belirlenen bu azami tutar AB düzenlemelerinin üzerindedir. 97/9/EC sayılı Yatırımcı Tazmin Planları Hakkında Direktife göre bu sınır, 20.000 Euro olarak belirlenmiş, yapılan çalışmalarda bu miktarın artırılması düşünülmektedir.

⁶¹ "Yatırımcıların Tazmini ile Tedrici Tasfiye Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik" (RG. T. 29.3.2014, S. 28956).

⁶² Yatırımcıların en fazla mağdur olduğu durum, sermaye piyasasındaki dalgalanmalardan ortaya çıkan zararlardır. Ancak bu durum haklı olarak tazmin kapsamının içine alınmamıştır. Zira bu yatırımın doğasında olan bir ticari risktir (MEMİŞ/TURAN, s.38).

⁶³ Belirtilen suçlar nedeniyle, hakkında suç duyurusu yapılan kimselere yapılacak ödemeler, bu suçlara ilişkin soruşturmanın başlamasından itibaren, mahkemenin vereceği kararın kesinleşmesine kadar durur (SerPK m.84/III).

- Bankacılık mevzuatı uyarınca mevduat veya katılım fonu olarak kabul edilen nakit ödeme yükümlülükleri (TTY m.16/V),

- Kanun tarafından sayılmış kişi ve kurumların talepleri (SerPK m.84/IV; TTY m.17). Bu kişi ve kurumlar, yatırımcıları tazmin kararı verilen yatırım kuruluşlarının yönetim kurulu üyeleri, yöneticileri ve şahsen sorumlu ortakları, yüzde beş veya daha fazla paya sahip ortakları, denetim kurulu üyeleri veya ilgili yatırım kuruluşları ile aynı grup içinde yer alan diğer şirketlerde benzer konumda olan kişiler ile bu kişilerin eş ve ikinci dereceye kadar kan ve kayın hısımları ile bu kişiler adına hareket eden üçüncü kişiler, sayılan gerçek ve tüzel kişilerin yüzde yirmi beş veya daha fazla paya sahip olduğu şirketler; yatırımcıları tazmin kararı verilen yatırım kuruluşları ile aynı grupta yer alan diğer şirketler; yatırım kuruluşlarının mali sıkıntıya düşmesine neden olan veya finansal durumunun bozulmasına önemli etkileri olan olaylarda sorumluluğu bulunan veya bu olaylardan menfaat sağlayan kişilerdir.

V. TAZMİN PROSEDÜRÜ

A. Talep

YTM'den talepte bulunma hakkı yatırım kuruluşunda hesabı bulunan yatırımcılara aittir (SerPK m.84/II). Yatırımcıların, taleplerini yazılı olarak YTM'ye yapması gerekir (SerPK m.85/I). Ancak, yatırım kuruluşunun ödeme yetersizliğine düşmesi ya da sermaye piyasası araçlarının tesliminde gecikmesi yatırımcının YTM'den talepte bulunması için yeterli neden değildir. Yatırımcının talepte bulunabilmesi için öncelikle SPK tarafından yatırım kuruluşlarının yükümlülüklerini yerine getiremeyeceğinin tespiti ve ardından üç ay içinde tazmin kararı alınması gerekir (SerPK m.82/I). Kanun koyucu, tedrici tasfiye öncesinde, yatırım kuruluşlarının mali yapılarının zayıfladığının tespit edilmesi halinde nakdin ödenmesi ve sermaye piyasası araçlarının teslimi olanağını sağlamıştır. SPK yatırım kuruluşları hakkında yatırımcıları tazmin kararı aldıktan sonra aynı gün durumu yatırım kuruluşuna, YTM'ye, Merkezi Kayıt Kuruluşuna, Borsa İstanbul'a, Takasbank'a, Türkiye Sermaye Piyasaları Birliğine ve Veri depolama kuruluşuna; gerekli görülen durumlarda ise BDDK'ya, Türkiye Bankalar Birliğine ve Türkiye Katılım Bankaları Birliğine bildirir (TTY m.5/III). Daha sonra yatırımcıların haklarını gösterir belgelerle başvuruları için YTM tarafından tazmin kararı üç iş günü içinde ilan edilir⁶⁴.

SPK, yatırım kuruluşunun ödemelerinin durmasına ve tüm malvarlığı üzerinde sadece YTM'nin tasarruf edebilmesine karar verebilir (SerPK m.83/III). Bu durumda yatırım kuruluşunun tüm malvarlığı üzerinde tasarruf yetkisine YTM sahip olur ve

⁶⁴ İlan, Tazmin Merkezi tarafından ülke çapında günlük olarak yayınlanan en az iki gazete ve TTSG ile Kamuyu Aydınlatma Platformunda yapılır (TTY m.32). Bu ilanda başvurusu süresi, tazmin süreci ve esasları yer alır.

ödemeler de sadece ona yapılabilir. Ancak bankaların tüm faaliyetleri YTM'nin kontrolüne geçmez. Bankalar için sadece sermaye piyasası faaliyetlerinden kaynaklanan nakit ödeme ve sermaye piyasası aracı teslim yükümlülükleri bakımından uygulanır. Anılan düzenleme yatırımcıları korumaya yönelik ve oldukça önemli bir düzenlemedir. Böylelikle hakkında tazmin kararı verilen bir yatırım kuruluşunun yöneticilerinin yatırımcı aleyhine sonuç doğuracak girişimlerde bulunmasının önüne geçilmektedir.

Yatırım kuruluşu hakkında tazmin kararının alındığı tarihteki yönetim kurulu üyeleri veya yöneticileri kararın ilanı tarihinden itibaren yedi gün içinde her türlü bilgi ve belgeyi YTM'ye vermekle yükümlüdür. Yatırımcılar başvurularını ilanda belirtilen süre içerisinde YTM'ye yazılı olarak yaparlar. Tazmin talebinde bulunma hakkı tazmin kararının ilanından itibaren bir yıl sonra zamanaşımına uğrar (SerPK m.85/I; TTY m.8). Dolayısıyla bir yıl içinde bu hakkın kullanılması gerekir. Aksi halde zamanaşımı def'i ile karşılaşılabılır. YTM yatırım kuruluşunun tazmin kapsamında yer alan gerçek hak sahiplerini, alacak ve borç tutarlarını bilgi ve belgelere dayanarak tespit eder.

Ardından alacaklı olanlar ve alacak miktarları ile borçlular ve borç miktarlarını gösteren alacaklılar cetveli tazmin kararından itibaren en geç üç ay içinde hazırlanır ve ilan edilir (TTY m.10)⁶⁵. İlgililer, alacaklılar cetveline kendi alacakları için ilan tarihinden itibaren 30 gün içinde YTM'ye itiraz edebilirler. Alacaklılar cetvelinde yer almayan alacaklar için yatırımcılar, tazmin kararının ilanından itibaren bir yıl içinde hak sahipliğinin ispatına ilişkin belgelerle yazılı olarak başvuru yapması gerekir. Aksi takdirde yapılan başvurular kabul edilmez.

Yeni Kanun, tazmin sürecinin en kısa sürede tamamlanması ve böylece mağduriyetlerin en kısa sürede giderilmesi için çeşitli süreler öngörmüştür. Bu bağlamda YTM, tazmine hak kazanan yatırımcıları mümkün olan en kısa zamanda tazmin etmek için gerekli hazırlıkları yapmak ve hak sahipleri ile tazmin tutarlarını belirledikten sonra ödemeleri gerçekleştirmekle yükümlüdür. Tazmin kapsamındaki ödemeler alacaklılar cetvelinin ilan tarihini takip eden üç ay içinde gerçekleştirilir. Ancak zorunlu görülen hallerde, bu üç aylık süre, SPK'nın onayıyla en fazla üç ay daha uzatılabilir (SerPK m.85/II; TTY m.14).

B. Tazmin Miktarının Hesaplanması

Yatırımcıların tazmin talepleri, yatırım kuruluşlarınca karşılanmayan nakit ödeme ve sermaye piyasası araçlarının iade yükümlülükleri üzerinden hesaplanır. Ön-

⁶⁵ Alacaklılar cetvelinin veya içerdiği bilgilerin temin edilebileceği yerlere, itiraz süresine ve usullerine, saklama hesaplarındaki sermaye piyasası araçlarının dağıtımı ile tazmin kapsamında yapılacak olan ödemelerin esaslarına ve başlangıç tarihlerine ve borçlu yatırımcıların bu borçlarını ödeme esaslarına ilişkin bilgiler YTM tarafından ilan edilir (TTY m.10/II).

celikle yatırımcılar adına saklanan ve halen mevcut olan sermaye piyasası araçları hak sahiplerine dağıtılır. Dağıtıma konu sermaye piyasası araçları, bulundukları her bir hesap bazında ve özellikle yerine getirilmemiş takas yükümlülükleri için mahsup edilir (TTY m.11/I).

İhtilaf konusu alacaklara ilişkin olarak sadece kesinleşmiş yargı kararları dikkate alınır. Alacaklılar cetveline 30 gün içinde itiraz eden yatırımcıların itirazlarının uygun görülmemesi halinde, itiraza konu olup yatırımcının saklama hesaplarında bulunan sermaye piyasası araçları, alacaklılar cetvelinin ilanını takip eden dördüncü ayın sonuna kadar aynı hesapta bloke tutulur. İtiraza konu olmayan alacaklar yatırımcıya ödenir. Bu süre içinde bloke sermaye piyasası araçlarına ilişkin yargı yoluna başvurulduğu yönünde yatırımcılar tarafından YTM'ye bir bilgi ulaştırılmadığı takdirde bloke edilen sermaye piyasası araçları yatırım kuruluşunun malvarlığına dahil edilir. Yargıya başvurulduğu yönünde bilgi ulaşması halinde blokaj yargı kararının kesinleşmesine kadar kaldırılmaz (TTY m.12).

Üzerinde haciz ve/veya tedbir bulunan yatırımcı hesaplarına ilişkin ödemeler tedbir veya haczin kaldırılmasına kadar, üzerinde rehin tesis edilmişse rehin hakkı son bulana kadar yerine getirilmez. Borsa İstanbul'a, Sermaye Piyasaları Birliğine veya Tahkim yoluna başvurulmuşsa uyuşmazlık sonucunun kesinleşmesi beklenir. Borsada gerçekleştirilen işlemlerde ise ilgili yatırım kuruluşunun borsada teminatı mevcutsa yatırımcı alacağı söz konusu teminattan karşılanır.

Tazmin kararından sonra dağıtım tarihine kadar gerçekleşen bedelsiz sermaye artırımını, kupon ödemesi ve benzeri işlemlerden kaynaklanan nakitler de aynen iade edilir (TTY m.13/III). Ancak, aynı kişinin yatırım kuruluşuna borcu var ise mahsup edilir. Tazmin karar tarihi ile ödeme yapılan tarih arasında geçen süreye ilişkin herhangi bir faiz ödenmez (TTY m.14/III).

Tazmin tutarı, kanuni ve akdî şartlar uyarınca yatırım kuruluşunun mahsup ve benzeri talepleri de dikkate alınarak belirlenir. Müşterek hesap söz konusu ise ödemeler, hak sahipliği oranında yapılır. Bu oran tespit edilemezse her bir yatırımcıya eşit oranda ödeme yapılır (TTY m.14/II).

Yatırım kuruluşları aidat ödeme yükümlülüklerini yerine getirmediği takdirde yatırımcı yine korumadan yararlanacak mıdır? Yönetmelikte, süresi içerisinde ödenmeyen aidatların faiziyle, İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre YTM tarafından tahsil edileceği, durumun SPK'ya ve Türkiye Sermaye Piyasaları Birliği'ne bildirileceği düzenlenmiştir (YTM m.23). Dolayısıyla aidat ödemelerine ilişkin sorunlar yatırım kuruluşu ile YTM arasındadır. Yatırımcıların tazmininin bundan etkilenmemesi gerekir.

C. Tazmin Sürecinin Kapanması

Tazmin süreci tamamlandıktan sonra, YTM'nin bildirimini üzerine SPK tazmin sürecinin kapatılmasına karar verir. Daha sonra YTM tazmin sürecinin sonuçlarını, tazmin kararı alınan yatırım kuruluşlarının tedrici tasfiyesinin veya iflasının istenmesinin yararlı olup olmayacağına ilişkin gerekçeli önerisiyle birlikte SPK'ya sunar. YTM ödediği tazmin tutarı kadar yatırımcının haklarına halef olur (SerPK m.85/IV). Dolayısıyla yatırımcının, yatırım kuruluşlarına karşı haklarını, ödediği tazmin miktarı ile sınırlı olmak üzere YTM kullanır. Ayrıca tedrici tasfiye ve iflas kararı, tazmin sürecinin işleyişini etkilemez. Mülga SerPK'da Yatırımcıları Koruma Fonunun görevi, hakkında tedrici tasfiye veya iflas kararı verilen aracı kurumların ve bankaların, yaptıkları sermaye piyasası faaliyetleri ve işlemleri nedeniyle müşterilerine karşı hisse senedi işlemlerinden doğan nakit ödeme ve hisse senedi teslim yükümlülüklerini yerine getirmektir (Mülga SerPK m.46/A). Yeni Kanunda yatırımcı tazmin sisteminin aracı kurum ya da bankanın tasfiyesi veya iflasına bağlanması uygulamasından vazgeçilmiştir. Bu bağlamda tedrici tasfiye, tazmin sisteminden bağımsız olarak düzenlenmiştir.

Yatırımcıları kısmen veya tamamen tazmin edilen yatırım kuruluşlarının tekrar yatırım hizmetleri ve faaliyetlerinde bulunabilmeleri için, tazminden doğan ve YTM tarafından yapılan tüm ödeme ve giderlerini anapara ve yasal faiziyle birlikte geri ödemeleri zorunludur (SerPK m.85/V).

SONUÇ

Yatırımcı tazmin sistemi, yatırımcıların yatırım kuruluşlarında yer alan nakit ve sermaye piyasası araçlarını belirli limitlere kadar güvence altına alarak yatırımcının korunmasını sağlayan bir sistemdir. Yatırımcıların tazminini gerçekleştiren kuruluş, kamu tüzel kişiliğini haiz YTM'dir. Sağlanan koruma, sigorta sözleşmesinin unsurları bakımından incelendiğinde, bu ilişkinin TTK anlamında bir sigorta ilişkisi olduğu söylenemez. Yatırımcı tazmin sistemi, yatırım kuruluşlarından kaynaklanan risklerin gerçekleşmesi durumunda, kanunun verdiği yetki çerçevesinde yatırımcıların zararlarının belirli limitler dahilinde kamu tüzel kişisi olan YTM tarafından karşılandığı kendine özgü kamusal nitelikte bir koruma sistemidir.

Yeni SerPK'nın 82 vd. maddelerinde düzenlenen yatırımcıların tazmini sisteminde AB mevzuatına uyum çerçevesinde önemli ve yerinde değişiklikler yapılmıştır.

Mülga SerPK m.46/A'da düzenlenen "Yatırımcıları Koruma Fonu" yerini, yeni SerPK m.83'te "Yatırımcı Tazmin Merkezine" bırakmıştır.

Bunun yanında esasa ilişkin önemli değişiklikler olarak, eski düzenlemede sadece "nakit ve hisse senedi" teslim yükümlülükleri kapsam dahilinde iken, yeni düzen-

lemede yatırım hizmet ve faaliyetlerinden kaynaklanan diğer sermaye piyasası araçları da kapsama dahil edilmiş, böylece sermaye piyasasında işlem yapan yatırımcıların daha güvenli bir ortamda işlem yapmasına olanak sağlanmıştır.

Tazmin kapsam sınırı da her yıl yeniden yapılan değerlendirme yoluyla belirlenmek üzere yüzbin TL'ye çıkarılarak, önceki düzenlemeye göre miktar artırılmıştır.

Yeni düzenlemede tazmin sürecinin en kısa zamanda tamamlanması ve böylece yatırımcı mağduriyetlerinin giderilmesi için çeşitli süreler öngörülmüştür. Tazmin sistemi, tedrici tasfiyeden bağımsız olarak düzenlenmiş ve yatırımcının kendisine sağlanan korumadan yararlanabilmesi için yatırım kuruluşunun tasfiyesi veya iflası şartı uygulamasına son verilerek, tedrici tasfiye veya iflas öncesi ödeme aşaması getirilmiştir.

KAYNAKÇA

- AYHAN, Rıza, Tasarruf Mevduatı Sigortası ve Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nun Hukuki Niteliği, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.1, S.2, 1997, s.31-40.
- COŞKUN Karaman, Özlem, Anonim Şirketin Tasfiyesi, Birinci Baskı, Adalet yayınevi, Ankara 2015.
- ÇEKER, Mustafa, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Sigorta Hukuku, Gözden geçirilmiş/genişletilmiş 12. Baskı, Karahan Kitabevi, Adana 2015.
- ÇETİN, Nusret, Investor Protection as the Objective of Securities Regulation: Goal v Instruments, s. 1-41, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2226778 (Erişim tarihi: 9.9.2015).
- ÇETİN, Nusret/TÖREMİŞ, Hatice Ebru/CANTİMUR, Zeynep, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun Sistematiik Analizi, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.
- GÖZLER, Kemal / KAPLAN, Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, Güncelleştirilmiş ve Düzeltilmiş 17. Baskı, Ekin Yayıncılık, Bursa 2015.
- İNCEOĞLU, Murat, Sermaye Piyasasında Aracı Kurumların Hukuki Sorumluluğu, Birinci Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2004
- KARABABA, Serdar, Hisse Senedi Yatırımcının Korunması, Birinci Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2001.
- KARSLI, Muharrem, Sermaye Piyasası Borsa Menkul Kıymetler, 5. Bası, Alfa Yayınları, İstanbul, 2004.
- KAYTAZ, Ali İhsan, Sermaye Piyasasında Aracı Kurumlara Karşı Yatırımcının Korunması, Yayımlanmamış Dr Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk ABD, İstanbul 2010.
- KENDER, Rayegân, Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku, Güncelleştirilmiş On Dördüncü Baskı, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2014.

- KERVANKIRAN, Emrullah, Anonim Şirketlerin Tasfiyesi, Birinci Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2015.
- KILIÇ, Saim, Sermaye piyasasında Yatırımcının Korunması: Güvence Fonları, 1. Baskı, SPK Yayın No:95, Ankara 1997.
- KÜÇÜKSÖZEN, Cemal, Sermaye Piyasasında Yatırımcının Korunması: Türk Sermaye Piyasasının Bu Açıdan Değerlendirilmesi, Sermaye Piyasası Kurulu, Yayın No: 131, Ankara, 1999.
- LOSS, Louis/ SELIGMAN, Joel: Fundamentals of Securities Regulations, Fifth edition, Aspen Publishers, New York 2004.
- MANAVGAT, Sermaye Piyasasında Aracı Kurumlar, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, İstanbul 1991
- MEMİŞ, Tekin/TURAN, Gökçen, Sermaye Piyasası Hukuku, Birinci Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2015.
- MENEKŞE, Ayhan, Türk Hukukunda Tedrici Tasfiye, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayın No:148, Ankara 1983.
- TEVETOĞLU, Mete, Mali Durumu Bozulan Aracı Kurumlarda Alınacak Tedbirler ve Özellikle Tedrici Tasfiye, İstanbul 2006.
- TURANBOY, Asuman, Tasarruf Mevduatı Sigortasının Hukuki Niteliği ve Kapsamı, BATTIDER, C.XXI, S.2, Aralık 2001, s.65-80.
- TÜRKOĞLU, Ferah, Aracı Kurumlarda Malî Durumun Bozulması ve Yatırımcıları Koruma Fonu, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Bilim Dalı, İstanbul 2007.
- ÜNAL, O, Kürşat, Türk ve Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda Aracı Kurumlar, Yaklaşım Yayınları, Ankara 1997.

AVUKATLIK SÖZLEŞMESİNDEN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARDA TÜKETİCİ HUKUKUNUN UYGULANMASI

(Applying Consumer Law To Disputes Arising From
Attorney Agreement)

Av.Burak KEÇECİOĞLU*

ÖZET

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un yürürlüğe girmesiyle birlikte vekâlet sözleşmesinin karakteristik özelliklerini taşıyan avukatlık sözleşmeleri de kanun kapsamına girmiş ve tüketici işlemi sayılmıştır. Sağlayıcı konumundaki avukatın, tüketici konumundaki müvekkile avukatlık sözleşmesinde anlaşılan konuda hukuki hizmet sağladığı sırada ayıp olarak kabul edilen önemli eksiklikler meydana gelebilmektedir. Bu çalışmada avukatlık sözleşmesinden kaynaklanan ayıplı hizmetin şartları, ayıplı hizmetin avukatlık sözleşmesinde nasıl ortaya çıkabileceği incelenecek; daha sonra ayıplı hizmet nedeniyle ortaya çıkan tüketicinin sahip olduğu seçimlik hakları ile tazminat hakkı ve avukatlık sözleşmesinde ortaya çıkan ayıptan doğan hakları kullanması için zamanaşımı süreleri ile seçimlik hakları kullanacağı tüketici mercileri incelenecektir.

Anahtar kelimeler: Avukatlık sözleşmesi, ayıp, avukat, müvekkil, tüketici, sağlayıcı

Abstract

After Consumer Protection Law no. 6502 is enacted, attorney contracts which has the characteristic features of attorney agreement is inlawed and recognized as consumer procedure. There might be significant deficiencies which is recognized as defect, during the professional service provided by the attorney and consumed by the client. In this study, conditions of defective service caused by attorney agreement and how this defective service emerges in attorney agreement will be examined. Moreover, period of limitation for consumer's choice and right to compensation which emerge out of defective service and rights based on defect in attorney agreement and consumer authorities which is used for election will be examined.

Keywords: Attorney agreement, defect, attorney, client, consumer, provider

* İzmir Barosu.

GİRİŞ

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un¹ 28.5.2014 tarihinde yürürlüğe girmesiyle birlikte tüketici hukukunda birçok değişiklik meydana gelmiştir. Bu değişikliklerden en önemlisi, “*tüketici işlemi*”nin kapsamının genişletilmesi ve belli bazı sözleşme tiplerinin tüketici işlemi sayılmasıdır. Vekâlet sözleşmesi de kanunda ismen özel olarak belirtilmiş olan tüketici işlemlerinden birisidir.

Vekâlet sözleşmesinin tüketici işlemi kapsamına alınmasıyla birlikte vekâlet sözleşmesinin karakteristik özelliklerini taşıyan sözleşmeler de kanundaki bu değişiklikten nasibini almış ve tüketici işlemi sayılmıştır. Buna göre avukatlık sözleşmesi de tüketici işlemi sayılan sözleşmeler arasında yerini almıştır.

Sağlayıcı konumundaki avukatın, tüketici konumundaki müvekkile avukatlık sözleşmesinde anlaşılan konuda hukuki hizmet sağladığı sırada ayıp olarak kabul edilen önemli eksiklikler meydana gelebilir. Ortaya çıkan ayıplı hizmet karşısında tüketici konumundaki müvekkil, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da sayılan seçimlik hakları olan azil, hizmetin yeniden görülmesi, ayıp oranında bedelden indirim ve ayıbın ücretsiz giderilmesi haklarını kullanabilir. Bunlara ek olarak, tüketici, sağlayıcıdan genel hükümlere göre maddi ve manevi tazminat da talep edebilmektedir. Tüketici, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'la birlikte ihbar külfetinin ortadan kalkması sebebiyle sadece kanunda belirtilen zamanaşımı sürelerine uyarak söz konusu seçimlik haklarını kullanabilecektir.

Her ne kadar 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un tüketiciyi koruma amacı düşüncesiyle akla, uyumsuzlukların büyük bir bölümünün tüketici tarafından tüketici mercilerine götürüldüğü gelse de sağlayıcının da uyumsuzlukları tüketici mercilerine götürebileceği unutulmamalıdır. Buna göre, sağlayıcı konumundaki avukat da tüketici işlemi olan avukatlık sözleşmesinde kararlaştırılan bedelin ödenmemesinden doğan uyumsuzlukları tüketici mercilerine götürebilecektir. Fakat çalışmamızın temeli olarak tüketici ve hakları esas alınmıştır.

Bu çalışmada öncelikle temel kavramlar olan avukatlık sözleşmesi incelenecek ve bu sözleşmede tüketici ile sağlayıcının kimler olduğu ve sağlanan hizmetin ne olduğu sorularına cevap bulunacaktır. Bu kavramların tespit edilmesinden sonra sözleşmeden kaynaklanan ayıplı hizmetin şartları ve ayıplı hizmetin avukatlık sözleşmesinde nasıl ortaya çıkabileceği üzerinde durulacaktır. Daha sonra ayıplı hizmet nedeniyle ortaya çıkan tüketicinin sahip olduğu seçimlik hakları ile tazminat hakkı açıklanmaya çalışılacaktır. Son olarak tüketicinin, avukatlık sözleşmesinde ortaya çıkan ayıptan doğan hakları kullanması için zamanaşımı süreleri ile seçimlik hakları kullanacağı tüketici mercileri olan Tüketici Hakem Heyetleri ve Tüketici Mahkemeleri incelenecektir.

¹ RG.:28/11/2013 S.28835.

I. Temel Kavramlar ve Tanımlar

A. Bir Tüketici İşlemi Olarak Avukatlık Sözleşmesi

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, tüketicilerin taraf olduğu tüketici işlemlerini esas almaktadır. Kanun'un 3. maddesinin birinci fıkrasının (1) bendine göre *"Tüketici İşlemi; Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi"* ifade eder. İnceleme konumuz bakımından tüketici işlemi(sözleşmesi²)ni, taraflardan birinin tüketici olduğu, tüketici konumundaki mü-

² Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 2. maddesinin gerekçesinde *"Kanunun kapsamının belirlendiği ikinci maddede "tüketici işlemlerinin" ve "uygulamaların" kapsam dâhilinde olduğu belirtilmiştir. Böylece, kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişilerin, tüketicilerle sözleşme imzalanmadan önce, sözleşmenin kurulması esnasında ve sözleşme imzalandıktan sonra yaptıkları uygulamalar da Kanun kapsamında değerlendirilecektir"* denilmesi sebebiyle tüketici işlemlerinin tüketici sözleşmeleri ile bir tutulduğu görülse de kanun koyucu kavram tercihini *"tüketici işlemi"*nden yana kullanmıştır.

ZEVKLİLER/AYDOĞDU da Kanun'da sözü geçen "işlem" teriminin tek taraflı işlemleri de kapsaması sebebiyle, sadece iki taraflılığı ifade eden "tüketici sözleşmesi" kavramının kullanılmasının daha isabetli olacağını vurgulamaktadır (*Zevkliler*, Aydın/Aydoğdu, Murat; Tüketicinin Korunması Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2004, s. 72). Ayrıca bkz. *Aydoğdu*, Murat; Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara 2015, s.58; *Özel*, Çağlar; Tüketicinin Korunması Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2014, s.44; *Baykan*, Renan; Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Eksik ve Aksak Yönleri İle Tadiline İlişkin Çözüm Önerileri, İstanbul 2008, s. 21; *Doğan*, Gül; "Satıcının Ayıplı Mallardan ve Sağlayıcının Ayıplı Hizmetlerden Sorumluluğu", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı:1, 2008, s. 185.

Avukatın sözleşmenin kurulmasından önce de sorumluluğu bulunmaktadır. Avukatlık Kanunun 37. maddesine göre avukat, kendisine teklif olunan işi sebep göstermeden reddedebilir. Her ne kadar Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 6. maddesinin ikinci fıkrasında sağlayıcının hizmet sağlamaktan haklı bir neden göstermeksizin kaçamayacağı hükme bağlansa da kanun koyucunun normları koyma amacına bakarak önceki kanun-sonraki kanun ilişkisine dayanarak avukat, pekâlâ kendisine teklif olunan işi sebep göstermeden reddedebilmelidir. Fakat Avukatlık Kanunun 37. maddesi ve Avukatlık Meslek Kurallarının 38. maddesinin üçüncü fıkrası, işi reddeden avukatın ret durumunu iş sahibine gecikmeden bildirmesini zorunlu tutmaktadır. Bu yükümlülük, avukatlık sözleşmesinin henüz oluşmadığı "sözleşme öncesi" bir aşamada avukata getirilen yükümlülük olarak karşımıza çıkmaktadır. Eğer avukat, iş sahibini oyalayıp belli sürelerin geçirilmesine neden olursa bundan zarar doğması durumunda sorumlu olacaktır (*Güner*, Semih; Avukatlık Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2011, s.653).

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 2. maddesinin gerekçesinde de *"...sözleşmenin kurulması esnasında... Kanun kapsamında değerlendirilecektir"* denilmesi sebebiyle avukat-müvekkil arasında avukatlık sözleşmesi görüşmeleri sırasında avukatın sorumluluğunun (culpa in contrahendo) doğması halinde müvekkil tarafından açılacak dava tüketici mahkemesinde görülecektir. Yargıtay da sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk (culpa in contrahendo) uyarınca açılan tazminat davasının da sözleşme hukukuna tabi olduğu gerekçesiyle Tüketici Mahkemelerinde görülmesi gerektiğini kabul etmektedir. Örnek karar için bkz. *"Davacıya mağazada satın almak istediği eşyaların gösterilmesi isteği ve bu isteğin kabulü, bir icap-kabul niteliğinde olup, hukuksal*

vekkilin özel amaçlarını gerçekleştirmek (hukuki hizmetten yararlanmak) amacıyla giriştiği, parayla ölçülebilir bir bedel karşılığı hukuki hizmetin sunumunu amaçlayan ve tüketicinin söz konusu hizmetten yararlandığı sözleşmeler olarak tanımlamak mümkündür³. Bu kapsama giren bir sözleşmeden, Kanun'un tüketicilere tanıdığı haklar doğmaktadır.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nda⁴ 02.05.2001 tarih ve 4667 sayılı kanun ile yapılan değişiklikle ilk defa Türk hukuk literatürüne giren "Avukatlık Sözleşmesi", taraflar arasındaki hukuki ilişkinin gereklerini en iyi şekilde ifade eden genel nitelikteki üst bir kavram olup Avukatlık Kanunu'nun on birinci kısmında (Avukatlık Kanunu m.163 vd.) "Avukatlık Sözleşmesi" başlığı ile avukat ve müvekkil (iş sahibi) arasındaki hukuki ilişki ve bu ilişkiden doğan ücrete dair hükümlerde düzenlenmektedir⁵. Avukatlık sözleşmesi, avukat vasfını kazanmış bir meslek mensubunun hukuki ilişkilerinin düzenlenmesini ve her türlü hukuki uyuşmazlıkların çözümü konularında kendilerine başvurulana kamusal nitelikli hizmet sunmasına olanak sağlayan her iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme türüdür⁶.

Avukatlık sözleşmesinin, Avukatlık Kanunu ile getirilen çok önemli özellikler nedeni ile "sui generis"⁷ bir sözleşme niteliğinde olmasına karşılık, bilinen vekâlet

işlem niteliğinde bir sonuç meydana getirmek amaçlanmaktadır. Bu aşamada davacının vücut bütünlüğüne, davalı veya yardımcıları tarafından verilen bu zararı, davalı sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk (culpa in contrahendo) uyarınca karşılamalıdır. Taraflar arasındaki uyuşmazlığın Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun kapsamında kaldığı kabul edildiğine göre davaya bakma görevi de Tüketici Mahkemesine aittir." HGK, T:01.12.2010, E:2010/13-593, K:2010/623 (Kazancı İçtihat Bankası); Eğer somut olayda tüketici işlemi değil de haksız fiil varsa, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamına giren ve tüketici mahkemesinin görevli olduğu bir uyuşmazlıktan söz edilemez (**Bulut**, Uğur; "Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumlulukta Tüketici Mahkemelerinin Görevine İlişkin Bir Yargıtay Kararı İncelemesi", Ankara Barosu Dergisi, Sayı:2, 2012, s. 338).

³ **Yavuz**, Nihat; Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, 2.Bası, Ankara 2010, s. 11 vd.; **Aydoğdu**, s.58; **OZANOĞLU** da tüketici sözleşmelerini "(kural olarak) girişimciler (müteşebbisler) ile gerçek ya da tüzel kişi tüketiciler arasında gerçekleştirilen ve girişimcilerin kendi işletmesel faaliyetleri çerçevesinde, tüketicilerin nihai özel (ticari, mesleki ya da işletmesiyle ilgili olmayan) ihtiyaçlarını karşılamak üzere bir malın mülkiyetini veya kullanım hakkını devretmeyi ya da hizmetin sağlanmasını, tüketicilerin ise bir bedel ödemeyi yükümlendikleri sözleşmelerdir." şeklinde tanımlamaktadır (**Ozanoğlu**, Hasan Seçkin; "Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Uygulanma Alanı)", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı:1, 2001, s. 65).

⁴ RG.: 7/4/1969, S.13168.

⁵ **Özkan**, Meral Sungurtekin; Avukatlık Mesleği (Avukatın Hak ve Yükümlülükleri), 4. Baskı, İzmir 2013, s.217; **Güner**, Avukatlık, s.242.

⁶ **İlgün**, Candaş; Avukatlık Ücret Sözleşmesi, 2. Baskı, Ankara 2015, s.4; **İyimaya**, Ahmet; Temsil Yoluyla Bağtlanan Avukatlık Sözleşmesi için Özel Yetkinin Varlığı Zorunlu mudur?", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:3-4, 1993, s.367; **Korkusuz**, Refik/**Korkusuz**, Halit, "Avukatlık Sözleşmesinin Özellikleri", Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 2, 2013, s.4; **Özkan**, s.220; **Güner**, Semih; "Avukatlık Sözleşmesi ve Ücreti, Ankara 2014, s.250.

⁷ **Özkan**, s.218; **Korkusuz/Korkusuz**, Sözleşme, s.4; **Müderrişoğlu**, Feridun; "Avukatlıkta Vekâ-

sözleşmesi öğeleriyle büyük ölçüde örtüştüğünü belirtmekte yarar vardır. Başka bir deyişle, her ne kadar vekâlet sözleşmesinin temel unsurları olan bir işin görülmesi, işin başkası çıkarına ve iradesine uygun yapılması ve vekilin edimin özenle görülmesinden sorumlu olması avukatlık sözleşmesinin de unsurlarını oluştursa da iki sözleşme arasında bazı farklılıklar da vardır. Buna göre, avukatlık sözleşmesi iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olmakla, aksi açıkça kararlaştırılmamış ise, ücret karşılığı yapılan bir işi konu edinirken⁸, vekâlet sözleşmesinde sözleşmede açık hüküm yok ise ya da o iş için ücret alınması geleneği bulunmuyor ise, vekillik hizmeti ücretsizdir. Bunun yanında, fiil ehliyetine sahip herkes, vekâlet sözleşmesi ile vekil sıfatını alabilirken, avukatlık sözleşmesinin bir tarafında daima bir avukat vardır. Vekilin sorumluluğu Borçlar Kanunu'nda öngörülen maddelerle sınırlı iken, avukatın sözleşmeden kaynaklanan sorumluluğu, kanun, yönetmelik, meslek kuralları ve meslek gelenekleri ile ağırlaştırılmıştır. Bunlara ek olarak, iki sözleşme arasında işe son verme ve işten çekilme ve zamanaşımı yönlerinden de farklılık bulunmaktadır⁹. Avukatlık sözleşmesine uygulanacak hükümlere baktığımızda öncelikle Avukatlık Kanunu hükümleri uygulanacak, bu hükümlerle çatışmadığı takdirde Borçlar Kanunu'nun vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümleri de tali olarak uygulanabilecektir¹⁰.

let ve Ücret Sözleşmesi ve İçtihatlar”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı:5, 1974, s.877; **İyimaya**, s.368; **Akil**, Cenk; “Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu Kararları Işığında Avukatın Görevini Özenle Yerine Getirme Yükümlülüğü”, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(1) 2012, s.18; **Günergök**, Özcan; Avukatlık Sözleşmesi, 3. Baskı, Ankara 2013, s. 36; **Gökyayla**, Emre; Avukatlık Sözleşmesinin Avukatın Azli ve İstifasıyla Sona Ermesi, Ankara 2007, s.144; **İlgün**, s.8; **Güner**, Avukatlık, s.241-242; **Burcuoğlu**, Haluk; “Avukatlık Sözleşmesi ve Avukatlık Ücreti İle İlgili Önemli Bazı Sorunlar (Avukatlık Sözleşmesi ve Avukatlık Ücreti)”, TBB Dergisi, Sayı: 49, 2003, s.49; **Zevkiler**, Aydın/**Gökyayla**; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 14. Baskı, Ankara 2014, s.620.

BAŞPINAR, ŞENOCAC, OLGAÇ, TANDOĞAN, GÜMÜŞ, ÖZEN, EREN ve BİLGE; avukatlık sözleşmesinin hukuki niteliğinin vekâlet sözleşmesi olduğunu savunmaktadır (**Başpınar**, Veysel; Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, 2. Baskı, Ankara 2004; **Şenocak**, Zarife; Avukatın Akdi Sorumluluğu, Ankara Barosu Dergisi, Sayı:2, 1998, s.6; **Tandoğan**, Haluk; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt: II, 5. Baskı, İstanbul 2010, s.413; **Olgaç**, Senai; Kazai ve İlmi İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu Akdin Nevileri, Cilt: III, Ankara 1969, s.48-49; **Gümüş**, Mustafa Alper; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt: II, 3. Baskı, İstanbul 2014, s.135; **Özen**, Atilla; Avukatlık Hukuku, Ankara 2014, s.263; **Eren**, Fikret; Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, İstanbul 2015, s.702; **Bilge**, Necip; Borçlar Hukuku Dersleri: Hususi Borç Münasebetleri, Ankara 1958, s.207). Yargıtay da eski kararlarında avukatlık sözleşmesinin vekâlet sözleşmesi temelli olduğunu kabul etmektedir. Örneğin, “*Kural olarak; iş sahibi ile avukat arasında kurulan vekalet ilişkisi, sözleşmenin yanlarının bir nedene dayandırılması gerekmeyen tek taraflı bir irade ulaştırmalarıyla her zaman fakat ileriye doğru yürürlü (ex nunc) olmak üzere sona erdirilmesi mümkündür*” 13. HD., T. 29.4.1993, E. 1993/3419, K. 1993/3651 (Kazancı İçtihat Bankası).

⁸ **Olgaç**, s.49; **Bilge**, s.208; **Eren**, s.710; **Güner**, Avukatlık, s. 245; Kural avukatlık sözleşmesinin ücretli olması ise de istisnai olarak avukat, baro yönetim kuruluna bildirerek avukatlık sözleşmesini ücretsiz de yapabilir (Avukatlık Kanunu m.164/III). Fakat avukatlık sözleşmesinin ücretsiz yapılması durumunda taraflar arasındaki uyuşmazlığa TKHK hükümleri uygulanmayacaktır.

⁹ **Özen**, s.199; **Güner**, Avukatlık, s.247-248.

¹⁰ **Burcuoğlu**, s.49; **İlgün**, s.5; **Günergök**, s.35; **Güner**, Avukatlık, s.252.

Avukatın müvekkil için, belirli bir hukuksal problem üzerinde çalışması konusunda tarafların uzlaşmaları, avukatlık sözleşmesinde objektif ve sübjektif esaslı noktalarda anlaşma bakımından yeterlidir. Avukatlık sözleşmesinde ücretin miktarının belirlenmiş olması esaslı unsur değildir¹¹. Yukarıda değinildiği gibi, ücret sonradan da kararlaştırılabileceği gibi bu yönde bir anlaşma olmadığı takdirde avukatın ücreti Avukatlık Kanunu m.164/4 uyarınca belirlenir. Avukatın işi ücret karşılığında yaptığı kural olarak kabul edilir ve bunun aksini iddia edenin iddiasını ispatlaması gerekir¹².

Temelinde vekâlet sözleşmesinin esaslı unsurlarını taşıması nedeniyle müvekkil ile avukat arasında kurulan avukatlık sözleşmesi 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanundaki tüketici işlemi kapsamına girmektedir¹³. Buna göre sağlayıcı konumundaki avukat da, tüketiciden alamadığı vekâlet ücreti için tüketici mercilerine başvurmaktadır¹⁴.

B. Tüketici

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un 3/I- k hükmüne göre "*Tüketici: Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi*"dir¹⁵. Tanımdan da anlaşılacağı üzere tüketicinin bir başkasına hizmet verme amacı olmaksızın, ticari veya mesleki amaç taşımaksızın (kendi kişisel ihtiyaçları için) sözleşme yapması gerekir¹⁶.

Avukatlık sözleşmesinde de müvekkil (iş sahibi), tüketici konumundadır¹⁷.

¹¹ Özkan, s.234; Güner, Avukatlık, s.333-334.

¹² Özkan, s.234.

¹³ İlgin, s.10; Kara, İlhan; Tüketici Hukuku, Ankara 2012, s.126; Gümüş, Mustafa Alper; 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Cilt: I, İstanbul 2014, s.9.

¹⁴ "Dosya kapsamından, taraflar arasında düzenlenen vekâlet sözleşmesi uyarınca ödenmeyen avukatlık ücretinin tahsili için başlatılan icra takibine itirazın iptali talep edilmektedir. Davanın yukarıda belirtilen niteliği ve tarafların yargılama sırasındaki iddia ve savunmaları değerlendirildiğinde, Davacının 6502 sayılı Kanunda belirtilen "Tüketici" tanımına girdiği anlaşılmakla, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında bulunan uyumsuzluğun Tüketici Mahkemesinde görülüp, sonuçlandırılması gerekmektedir"¹⁷. HD., T:25.12.2014, E:2014/24250, K:2014/1950 (Kazancı İçtihat Bankası); Avukatlık ücretinden doğan uyumsuzlukların tüketici mahkemelerinde görüleceğine ilişkin bir başka örnek olarak bkz. 17. HD., T:21.5.2014, E:2013/7-2454, K:2014/679 (Kazancı İçtihat Bankası).

¹⁵ "Tüketici" kavramı hakkında geniş bir değerlendirme için bkz. Ozanoğlu, Hasan Seçkin; "Mukayeseli Hukuk ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Tüketiciyi Koruyan Düzenlemelerin Kişi Bakımından Uygulanma Alanı (Tüketici Kavramına Mukayeseli Bir Yaklaşım)", Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 663 vd.

¹⁶ Aydoğdu, s.59; İnal, Tamer; Tüketici Hukuku Doktrin ve Yargıtay İçtihatları, 3. Baskı, Ankara 2014, s.599.

¹⁷ Kara, s.126; "Dosya kapsamından, taraflar arasında düzenlenen vekâlet sözleşmesi uyarınca ödenmeyen avukatlık ücretinin tahsili için başlatılan icra takibine itirazın iptali talep edilmektedir. Davanın yukarıda belirtilen niteliği ve tarafların yargılama sırasındaki iddia ve savunmaları değerlendirildi-

Sağlayıcının (avukatın) işlem yaparken ticari veya mesleki amaçla hareket etmesi, karşısında yer alan kişinin ise bunun tersine bir amaçla, yani mesleki veya ticari (kar gütmeye amacı olmaksızın) hareket etmesi beklenmektedir¹⁸. Bu noktada müvekkilin tacir olduğu avukatlık sözleşmelerinde tacirin, tüketici sayılıp sayılmayacağına değinmekte yarar vardır. Türk Ticaret Kanunu uyarınca (m.19/I) şirketlerin ticari amacı dışında bir amacı olmaması sebebiyle ticari şirketlerin tüketici olması olanaklı değildir¹⁹. Fakat TTK m.19 hükmünden de anlaşılacağı üzere sadece gerçek kişi tacirlerin istisnaen ticari nitelikte olmayan işlemleri (tacirin eşinden boşanmak istemesi sebebiyle avukata vekâlet vermesi) tüketici amaçlı olabilir. Ancak şirket adına yapılan işlerde kesinlikle özel amaç olamaz ve yapılan işlemler, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamı dışında kalır²⁰.

ğinde, Davacının 6502 sayılı Kanunda belirtilen “Tüketici” tanımına girdiği anlaşılmakla, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında bulunan uyuşmazlığın Tüketici Mahkemesinde görülüp, sonuçlandırılması gerekmektedir.” 13.HD., T:21.5.2014, E:2013/7-2454, K:2014/679 (Kazancı İçtihat Bankası).

¹⁸ **Aydoğdu**, s.60.

¹⁹ Bu noktada kamu tüzel kişilerinin tüketici olup olmadığı sorunu gündeme gelebilir. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun tüketici tanımında kamu tüzel kişilerinin tacir sayılıp sayılmayacakları konusunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bir an için kamu tüzel kişilerinin de, özel hukuk hükümlerine ve kendileri için konulmuş (ihale vb.) özel kurallara uyarak satın aldıkları mal veya hizmetler nedeniyle mağdur ve korunmaya muhtaç durumda oldukları ve bu açıdan TKHK kapsamında tüketici sayılmaları gerektiği düşünülebilir.

Ancak TKHK’un 3.maddesinde satıcı veya sağlayıcı kavramları tanımlanırken “kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere...gerçek veya tüzel kişiler “ ifadesi kullanmak suretiyle, kamu tüzel kişileri açıkça kapsam içine alınmıştır. Buna karşılık söz konusu maddede tüketici kavramı tanımlanırken, bu şekilde açık bir ifade kullanılmayarak sadece “gerçek veya tüzel kişi” denilmekle yetinilmiştir. Bu sebeple kanun koyucu şayet kamu tüzel kişilerini de tüketici kavramının kapsamına dahil etmek niyetinde olsaydı, tüketici kavramı tanımlanırken- tıpkı satıcı veya sağlayıcı kavramlarını tanımlarken yaptığı gibi- açıkça “ kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere “ ifadesini kullanırdı diyebiliriz.

Söz konusu hususları dikkate aldığımızda en güçlü tüketici olan ve bu nedenle de satıcı veya sağlayıcı karşısında korunmaya muhtaç durumda bulunmayan devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin TKHK anlamında tüketici kabul edilmeyeceklerdir (**Altop**, Atilla; “Türk Hukukunda, Avrupa Birliği Hukukunda ve Uygulama da Tüketici Kavramı”, İKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3 S. 1-2, (Türk-Avusturya Hukuk Haftası Özel Sayısı” Avrupa Hukuku ve Ulusal Hukuklar Bağlamında Tüketicinin Korunması Hukuku” İstanbul 03-06 Nisan 2004)Aralık 2004, s.12; Kamu tüzel kişilerinin de tüketici sayılacağı fikri için bkz. **Taşkın**, Mustafa; “Tüzel Kişilerin ve Şirketlerin Tüketicilik Vastı”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı:1, 1997, s.31).

²⁰ **İnal**, s.597; **Aydoğdu**, s.60; **Gümüş**, Tüketici, s.18; **Çağlar**, s.40; Yargıtay da tacirin, tüketici olmadığını kabul etmektedir. Örneğin, “Bir hukuki işlemin sadece 6502 Sayılı yasada düzenlenmiş olması tek başına o işlemde kaynaklanan uyuşmazlığın tüketici mahkemesinde görülmesini gerektirmez. Bir hukuki işlemin 6502 sayılı yasa kapsamında kaldığının kabul edilmesi için taraflardan birinin tüketici olması gerekir. Eldeki davada, davalı şirket, davalı avukatın vekâlet görevini kötüye kullanarak bilgisi haricinde karşı tarafla sulh olduğunu ileri sürerek maddi ve manevi tazminat istemiyle eldeki davayı açmıştır. Davacı ticari şirket olup 6502 sayılı yasa da tanımlanan tüketici vasfını taşımamaktadır. Vekâlet sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların 6502 sayılı yasa kapsamında olması için mutlak surette taraflardan en az birisinin tüketici vasfını taşıması gerekir. Somut

6502 sayılı kanunun m.3/I-k hükmüne göre tüketici olan gerçek ya da tüzel kişi müvekkillerin, fiil ehliyeti bulunmalıdır (TMK m.10 ve m.47). Gerçek kişi tüketici müvekkiller, fiil ehliyetine kısıtlı olmamaları ve ayırt etme gücüne sahip olmaları kaydıyla, ergin oldukları andan itibaren sahip olurlarken (TMK m.10)²¹, tüzel kişi tüketici müvekkiller (dernek ve vakıflar) fiil ehliyetini kanuna ve kendi kuruluş belgesine göre gerekli organlara sahip oldukları anda kazanırlar (TMK m.47)²².

Taraflardan birinin tüketici konumunda olmadığı uyuşmazlıklarda 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun uygulanmaz. Her ne kadar sağlayıcının da Kanun'da belirtilen haklardan yararlanma olanağı bulunsu da, Kanunun kuruluş amacına (ratio legis) baktığımızda ekonomik bakımdan zayıf olan tüketicilerin korunması amacının güdüldüğünü görürüz²³. Örneğin, 3. Hukuk Dairesinin 27.11.2014 tarihli kararında *“Davacı, avukat olan davalının ofisinde 01.10.2005-01.02.2008 tarihleri arasında bağlı avukat olarak çalıştığını, davalı tarafından verilen vekaletname ile çok sayıda dava ve icra takibi yürüttüğünü, ancak davalı tarafından söz konusu işler dolayısıyla vekalet ücreti ödenmediğini ve davalı tarafından 19.07.2012 tarihli azilname ile azledildiğini ileri sürerek, davalının vekilliğini yürüttüğü tüm dosyaların tespiti ile belirlenecek vekalet ücretinin fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak üzere*

*uyuşmazlıkta davacı şirket, tüketici yasasında tanımı yapılan tüketici kapsamında olmadığından, taraflar arasındaki ilişkinin 6502 sayılı yasa kapsamı dışında kaldığı anlaşılmaktadır.”*13.HD., T:15.12.2014, E:201443747, K:2014/40101 (Legal Bank Elektronik Hukuk Bankası).

²¹ Gerçek kişinin tam ehliyetsiz olması halinde tam ehliyetsiz kişi adına hareket eden yasal temsilcisi, tam ehliyetsiz adına tüketici sözleşmesi olan avukatlık sözleşmesini yapmakta ve tam ehliyetsizin taraf olduğu bir tüketici sözleşmesi meydana gelmektedir. Böyle bir sözleşmede borçlar (özellikle ücret ödeme borcu) tam ehliyetsiz müvekkildedir; bu yüzden de tüketici sıfatına o sahiptir. Bazen de yasal temsilci sözleşmenin tarafı olup ücret ödeme borcu altındayken, yapılan sözleşme ayırt etme gücünden yoksun (eksik üçüncü kişi) yararına bir sözleşme niteliği taşıyabilir. Ayırt etme gücünden yoksun kişi sözleşmenin tarafı olmadığından tüketici olarak kabul edilmemesine rağmen, yapılan sözleşmeden bir tüketici gibi yararlandığından, tüketici gibi haklara sahip olmalıdır.

Gerçek kişinin sınırlı ehliyetsiz olması halinde yasal temsilci, sınırlı ehliyetsizi temsil ederek yaptığı tüketici sözleşmesinde tüketici sayılmamakta, tüketici sıfatı sözleşme adına yapılan (sözleşmenin tarafı olan) sınırlı ehliyetsize ait olmaktadır. Buna göre kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar için dava açılabilmesi, yasal temsilcinin iznine tabi olmasa da borçlandırıcı nitelikte avukatla sözleşme yapılması yasal temsilcinin iznine tâbidir. Sınırlı ehliyetsizin yasal temsilcisinin izniyle kendisinin yaptığı veya izni olmaksızın yapıp sonradan onayını aldığı sözleşmelerde de tüketici sıfatı sınırlı ehliyetsize aittir.

²² **Aydoğdu**, s.60; Tüzel kişinin bazı hallerde geçici olarak organsız kalması mümkündür. Örneğin, dernek yönetim kurulu görevden çekilmiş olabilir. Tüzel kişi, geçici olarak organsız kaldığında hak süjesi devam eder, ancak organsız kaldığı sürece tüzel kişi fiil ehliyetinden yoksun kalır. Bu durumda sulh mahkemesi TMK m.427/I- 4 gereği malvarlığı değerlerinin idaresi için kayyım atar (**Oğuzman**, Kemal/**Seliçi**, **Özer/Oktay-Özdemir**, Saibe; Kişiler Hukuku, 14. Baskı, İstanbul 2014, s.275). Buna göre derneğin/vakfın fiil ehliyetinin geçici kaybı sonucu atanan kayyım, tüketici sözleşmesi olan avukatlık sözleşmesinde tüketici konumunda yer almaz; temsil ettiği tüzel kişi tüketici kabul edilir.

²³ **Aydoğdu**, s.64.

şimdilik 5.000,00 TL.sinin faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini istemiştir. Somut uyuşmazlıkta davacı avukatın mesleki ve ticari faaliyeti kapsamında hareket ettiği, bu nedenle tüketici Yasasında tanımlanan tüketici kapsamında olmadığı, taraflar arasındaki ilişkinin 6502 sayılı Yasa kapsamı dışında kaldığı anlaşılmaktadır. Taraflar arasındaki uyuşmazlık, Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun kapsamı dışında kaldığına göre davaya bakma hususunda Tüketici Mahkemeleri görevli değildir.” şeklinde karar verilmiştir²⁴.

C. Sağlayıcı

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun’un 3/I-ı hükmüne göre “Sağlayıcı: Kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye hizmet sunan ya da hizmet sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişi”dir.

Avukatlık sözleşmesinde avukat sağlayıcı konumundadır²⁵. Avukatlık sözleşmesinin bir tarafı olan avukatın baro levhasına kayıtlı avukat olması, Avukatlık Kanunu m. 35 ve m. 63 uyarınca öngörülen bir zorunluluktur. Buna göre avukat olmayan bir kişi ile veya avukatlık yetkilerini kullanamayacak durumda olan bir kişiyle yapılan sözleşmeye avukatlık sözleşmesi denemeyeceği ve bu ilişkiye avukatlık sözleşmesine ilişkin kurallar da uygulanamayacağı için, onun yerine var olan bir sözleşme olması nedeniyle TBK’da düzenlenen vekâlet sözleşmesi hükümleri uygulanacaktır²⁶. Hizmet sunma, avukatın mesleki faaliyeti içinde ve kazanç sağlamak üzere gerçekleştirilmelidir. Kazanç sağlama amacı olmadığına, avukat TKHK m.3/I-ı hükümleri anlamında “sağlayıcı” sıfatı taşımadığından bu gibi işlemlere TKHK hükümleri uygulanmaz²⁷. Buna göre ücret almaksızın vekâleti yürüten avukat, sağlayıcı kabul edilmekle birlikte, aldığı ücret ne kadar düşük olursa olsun sağlayıcı sayılmaktadır.

Bu noktada şu sorunun cevabını vermekte yarar vardır. Avukatlık Kanunu’nun 164. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca ücretsiz dava alan sağlayıcının tüketici ile yaşadığı uyuşmazlık TKHK hükümlerine göre mi çözülecektir?

Bu soruya olumsuz yanıt vermemiz gerekmektedir. Tüketici sözleşmelerinde amaç, ivaz karşılığı hizmet veya mal arzının sağlanmasıdır; müvekkil de, bir ücret karşılığında hizmet almak istediğinde sağlayıcı konumundaki avukat ile arasında böyle bir tüketici sözleşmesi kurulur. Karşılık (ücret) alınmaksızın hizmet sunuluyor-

²⁴ 13.HD., T:27.11.2014, E:2014/40765, K:2014/37786 (Kazancı İçtihat Bankası).

²⁵ İlgin, s.11.

²⁶ Özkan, s.225; BOZ’a göre ortada geçersiz bir avukatlık sözleşmesi olduğunda taraflar arasındaki uyuşmazlıklarda vekâletsiz iş görme hükümleri uygulanacaktır (Boz, Onur; Avukatın Malpraktis Sorumluluğu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2011, s.34).

²⁷ Aydoğdu, s.64.

sa, tüketici sözleşmesinden söz edilemez. Bu durumda ücretsiz olan avukatlık sözleşmesinden doğan uyumsuzluk genel hükümlere göre çözümlenecektir.

Her ne kadar 6502 sayılı TKHK m.3/I-ı hükmünde açıkça sağlayıcının gerçek kişi yanında tüzel bir kişi olabileceği belirtilse de avukatlık mesleğinin yürütülme biçimleri arasında tüzel kişiliğe haiz bir yürütülme biçimi olmaması sebebiyle sağlayıcı konumunda olan avukat sadece gerçek kişi olabilir²⁸.

D. Hizmet

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un 3/I-d hükmüne göre *"Hizmet: Bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan ya da yapılması taahhüt edilen mal sağlama dışındaki her türlü tüketici işleminin konusunu"* ifade eder.

Kanun'un kapsamına giren bir hizmetten söz edilebilmesi için, mal sağlama dışında bir faaliyetin bulunması (bedensel ve/veya fikrî emek ürünü olması) ve hizmetin belirli bir parasal menfaat (ücret) karşılığı yapılıyor olması gerekir²⁹.

Avukatın tüketiciye sunduğu hizmetler Avukatlık Kanunu'nun 35 vd. (Avukatlık Kanunu Yönetmeliği m.14 vd.) maddelerinde kendine yer bulmaktadır. Sayılan maddelere göre avukat, tüketiciye kanun işlerinde ve hukuki meselelerde mütalaa vermek, mahkeme, hakem veya yargı yetkisini haiz bulunan diğer organlar huzurunda gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava etmek ve savunmak, adli işlemleri takip etmek, bu işlere ait bütün evrakı düzenleme hizmetlerini vermektedir. Söz konusu hizmetlere ek olarak avukat, tüketici konumunda olan müvekkiline Avukatlık Kanunu'nun 35/A maddesi (Avukatlık Kanunu Yönetmeliği m.16) uyarınca dava açılmadan veya dava açılmış olup da henüz duruşma başlamadan önce kendilerine intikal eden iş ve davalarda, tarafların kendi iradeleriyle istem sonucu elde edebilecekleri konulara inhisar etmek kaydıyla, müvekkilleriyle birlikte karşı tarafı uzlaşmaya davet edebilme hizmetini de verebilmektedirler.

Avukatlık Kanunu'nda öngörülen tüketiciye sağladığı hizmetlerin yanında avukat, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunundan³⁰ ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunundan³¹ doğan "tekeli" niteliğindeki hizmetleri de tüketiciye sağlayabilir.

²⁸ "Tacirlik, avukatlıkla birleşmeyen işler arasındadır. Ortakları avukat olsa da "tacir" olan ve dolayısıyla hukuksal yapısı itibariyle "ticari amaç gütmeye doğal olan bir ticaret şirketinin baroya kaydedilmesi yalnız avukatların yapabileceği işlerle meşgul olması olanaksızdır" demek suretiyle "Yasa Uluslar arası Hukuk Ticaret ve Temsilcilik Hizmetleri Limited Şirketi" adıyla şirket kurmuş avukatların disiplin suçu işledikleri kabul edilmiştir" Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu Kararı T:25.1.1997, E:1997/144, K:1997/9 (Özkan, s.191).

²⁹ Zevkliler/Aydoğdu, s. 93; Doğan, s. 200.

³⁰ RG.:22/06/2012, S.28331.

³¹ RG.:4/12/2004, S. 25673.

II. Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun Uygulanma Şartı Olan Ayıplı Hizmet

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 13. maddesinin birinci fıkrasında ki *"Ayıplı hizmet: sözleşmede belirlenen süre içinde başlamaması veya taraflarca kararlaştırılmış olan ve objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşınamaması nedeniyle sözleşmeye aykırı³² olan hizmettir."* şeklindeki düzenlemeyle, avukatlık sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda söz konusu olacak ayıplı hizmetinin taşıması gereken özellikler belirtilmiştir.

Tüketici sıfatını taşıyan müvekkilin ayıplı hizmetten kaynaklanan seçimsel haklarını kullanabilmesi için;

- * Avukatın sağladığı hizmette ayıp sayılan bir eksiklik bulunmalıdır.
- * Avukatın sağladığı hizmetteki ayıp önemli olmalıdır.
- * Avukatın sağladığı hizmetin ifası sırasında ayıp mevcut olmalıdır.
- * Müvekkil bu durumu bilmemelidir³³.

Sağlayıcı sıfatını taşıyan avukat, yukarıda belirttiğimiz hizmetleri sağlarken bir takım yükümlülükler çerçevesinde hareket etmektedir. Bunlar; tüketiciyi (müvekkili) aydınlatma yükümlülüğü, tüketicinin talimatları çerçevesinde vekâlet görevini yerine getirme yükümlülüğü, tüketiciye yol gösterme ve tavsiyede bulunma yükümlülüğü, sır saklama yükümlülüğü, hesap verme yükümlülüğüdür³⁴. Avukat, tüketiciye sağladığı hizmet sırasında bu yükümlülüklerini yerine getirmediğinde ortaya ayıplı hizmet çıkmaktadır.

Yukarıda sayılan söz konusu yükümlülüklerin hepsi *"Özen Yükümlülüğü"* adlı evrensel kümenin içerisinde bulunmaktadır. Bu sebeple avukatın özen yükümlülüğünün üzerinde durulmasında fayda vardır.

Özen³⁵ yükümlülüğünün konusunu avukatın sözleşme ile üstlendiği işin so-

³² Avukat ile müvekkil arasındaki ayıplı hizmetten doğan ilişkiye değinmeden önce Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 13.maddesinde de geçen *"sözleşmeye aykırılık"* ile ayıplı ifa kavramları arasındaki bağlantıya değinmemizde yarar vardır. Başta 13. madde olmak üzere kanunda birçok maddede sık sık ayıplı ifa ile ilgili maddeler içinde sözleşmeye aykırılıktan söz edilmiştir. Bizim de katıldığımız görüşü savunan AYDOĞDU'ya göre *"sözleşmeye aykırılık"* kavramı, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da ayıplı ifa kavramı içinde yer alan bir kavram olması sebebiyle sözleşmeye aykırı ifa, ayıplı ifa içinde değerlendirilmelidir (Aydoğdu, s.127).

³³ Kara, İlhan; Tüketici Hukuku, Ankara 2012, s.397.

³⁴ Detaylı bilgi için bkz. Özkan, s.395-538.

³⁵ *"Özen"* kavramı Türkçede çeşitli anlamlara gelmektedir. Sözlüklerde *"özen"* kavramı açıklanırken *"itina"*, *"fazla dikkat etme"*, *"ebemmiyetle çalışma"*, *"dikkat"*, *"ihtimam"*, *"bir işi yaparken gösterilen hususi dikkat"*, *"bir şeyi yapmada ve sürdürmede gösterilen titizlik"*, *"bir işin elden geldiğince iyi olmasına dikkat etme"*, *"dikkatli ve özenli davranma"* gibi ifadelerle yer verilmiştir (Başpınar, Veysel; Vekil, s.122).

nuca ulaşması için gerekli girişim ve davranışlarda bulunması oluşturmaktadır. Bu yükümlülüğün kaynağı da TBK m. 506 ile Avukatlık Kanunu m. 34 hükümlerinden gelmektedir³⁶. Avukatın avukatlık sözleşmesi ile üstlendiği edimi gereği gibi ifa edebilmesi için, özen borcuna uygun hareket etmesi gerekir. Özen yükümlülüğü, bir iş görme sözleşmesi olan avukatlık sözleşmesinin yapısından doğmaktadır. Bu sebeple avukat, vekâlet sözleşmesinde ayrıca özenli davranmayı taahhüt etmese bile, bu borcu söz konusudur. Çünkü avukatın özen yükümlülüğünün, diğer borçlarına göre, özel bir yeri ve önemi vardır³⁷. Gerçekten de, özen yükümlülüğü, yukarıda belirttiğimiz gibi vekilin bütün diğer yükümlülüklerin ifasında da yer almaktadır. Öyle ki, özen yükümlülüğü, niteliği itibariyle vekilin diğer borçlarını da belirleyici durumda olup özen borcunu ihlâl eden vekilin, diğer borçlarını tam ve gereği gibi ifa etmesi hiçbir anlam taşımamaktadır. Dolayısıyla özen yükümlülüğü, asıl edimin ifası için gerekli fiil ve hareketlerin yürütülmesine yöneliktir ve yükümlülüğün ihlâli halinde, sözleşmeden doğan aslı edim yükümlerinin gereği gibi ifa edilmesi asla mümkün değildir. Görüldüğü gibi avukat diğer borçlarının gereği gibi ifası için dahi, özen yükümlülüğüne uygun davranmalıdır. Bu sebeple özen yükümlülüğü avukatın diğer yükümlülüklerin yerine getirilmesinde de önemli rol oynar³⁸.

Uygulamada sıkça karşılaştığımız avukatın özen borcuna aykırılık sebebiyle tüketiciye ayıplı hizmet sunması örneklerine baktığımızda şu örnekler verilebilir; Avukat hukuki bilgisi ile müvekkiline hakkına kavuşmasında yardımcı olduğundan müvekkili bakımından hak kaybına yol açacak, yani bir haktan vazgeçme sonucunu doğuracak işlemler için müvekkilinden yazılı talimat alması zorunluymakla birlikte almaması³⁹, yürüttüğü dava ile ilgili olarak karşı taraftan para tahsil etmiş ise bunu geciktirmeksizin müvekkiline bildirmemesi⁴⁰, davayı süresi içerisinde açmaması⁴¹, cevap

³⁶ Akil, s.12; Yargıtay'ın aksi yönde kararları mevcuttur. Örnek olarak; “*Vekil işçi gibi işini özenle yerine getirmelidir. Kasıt, ihmal veya dikkatsizlikle müvekkiline verdiği zarardan sorumludur*” 13. HD., T:27.12.1990, E:1990/5425, K:1990/9339 (Özkan, s.433, dn.117). 818 sayılı eski Borçlar Kanununun 390. maddesinde “*Vekilin mesuliyeti, umumi surette işçinin mesuliyetine ait hükümlere tabidir.*” hükmü yer alırken, yeni Türk Borçlar Kanununun 506. maddesinin üçüncü fıkrasında “*Vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır.*” denilerek, işçinin özen borcu kriteri terk edilmiştir.

³⁷ Tandoğan, s.413; Özen, s.235.

³⁸ Başpınar, Veyzel; “Avukatın Özen Borcu”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XII, Sayı. 1-2, 2008, s.39.

³⁹ Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu Kararı, T. 30.04.2010, E. 2009/687, K. 2010/176 (www.barobirlik.org.tr) (Erişim Tarihi: 15.8.2015).

⁴⁰ Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu Kararı, T. 28.01.2011, E. 2011/53, K. 2010/544 (www.barobirlik.org.tr) (Erişim Tarihi: 15.8.2015).

⁴¹ Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu Kararı, T. 05.09.2008, E. 2008/187, K. 2008/317 (www.barobirlik.org.tr) (Erişim Tarihi: 15.8.2015).

süresi geçtikten sonra zamanaşımı itirazında bulunması⁴², vekâlet verenin aksi yönde talimatı bulunmasına rağmen, vekâlet vereni aleyhine olan kararı temyiz etmemesi, temyiz süresini kaçırması veya temyiz süresi geçtikten sonra temyiz yoluna başvurmaması⁴³, açmış olduğu davada fazlaya ilişkin haklarını saklı tutmaması⁴⁴, trafik kazası sebebiyle açtığı tazminat davasında tedavi giderlerini isteyip, yoksun kalınan karı istememesi⁴⁵, davasının yürütümünü yüklediği vekâlet verenin ölümünden sonra, davayı müracaata bırakılmasını sağlamak yerine davanın red edilmesi yönünde talepte bulunması⁴⁶, üstlenmiş olduğu işle ilgili olarak tahsil ettiği kira parası ile bu alacağa ilişkin dava hakkında müvekkiline bilgi vermesi gerekirken aksine bir davranış göstermesi⁴⁷, vekâlet verence icra takibine konulmak üzere verilen senetleri kaybetmesi⁴⁸, çekte cirosu bulunmayan şirkete karşı icra takibinde bulunarak vekâlet vereni icra inkâr tazminatı ödemek zorunda bırakması⁴⁹. Buna karşılık, davanın salt yargı organının uygulama ve içtihat hatası sebebiyle kaybedilmesi halinde ayıplı hizmet ortaya çıkmamaktadır⁵⁰.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 13. maddesinin ikinci fıkrası *"Hizmet sağlayıcısı tarafından bildirilen, internet portalında veya reklam ve ilanlarında yer alan özellikler taşımayan ya da yararlanma amacı bakımından değerini veya tüketicinin ondan makul olarak beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren hizmetler ayıplıdır."* şeklinde düzenlenmiştir.

Avukatların reklam faaliyetlerinin düzenlendiği avukatlık mevzuatı hükümleri (Avukatlık Kanunu m.55, Türkiye Barolar Birliği Reklam Yasağı Yönetmeliği ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları m.7/I-a) uyarınca avukatın reklam yapması oldukça sınırlıdır⁵¹. Avukat sadece mevzuatta kendisine belirtilen şekil ve sınırlarda reklam yapabilir.

Sağlayıcı konumundaki avukat, reklamını yaparken reklam ve ilanlarında yer alan özellikler taşımıyorsa ya da yararlanma amacı bakımından değerini veya müvekkilin kendisinden özen ölçütüne göre beklediği faydaları azaltan hizmetlerde bu-

⁴² 13.HD., T:18.11.1994, E:1994/2569, K:1994/3197 (**Gümüş**, Borçlar Özel, s.163, dn.914).

⁴³ 4. HD., T:22.2.1974, E:1973/3098, K:1974/865 (**Tandoğan**, s.413, dn.35).

⁴⁴ 13. HD., T:20.6.2000, E:2000/3475, K:2000/6012 (Kazancı İçtihat Bankası).

⁴⁵ 13.HD., T:4.2.1993, E:1993/8052, K:1993/825 (**Gümüş**, Borçlar Özel, s.163, dn.918).

⁴⁶ 13. HD., T:22.4.1994, E:1993/1461, K:1994/4387 (**Gümüş**, Borçlar Özel, s.163, dn.919).

⁴⁷ Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu Kararı T:29.11.2008, E:2008/357, K: 2008/487 (www.barobirlik.org.tr) (Erişim Tarihi: 13.8.2015).

⁴⁸ 3.HD., T:28.2.1986, E:1986/7687, K:1986/1497 (**Gümüş**, Borçlar Özel, s.163, dn.923).

⁴⁹ 13. HD., T:5.7.2005, E:2005/7154, K:2005/11567 (Kazancı İçtihat Bankası).

⁵⁰ 4.HD., T:22.9.1972, E:1972/4942, K:1972/7512 (**Tandoğan**, s.414, dn.43).

⁵¹ Avukatın reklam yasağı sınırlarının mukayeseli tartışması için bkz. **Erem**, Faruk; "Reklam Yasağı", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:1, 1996, s.20-26.

lunması sonucu tüketici sıfatına sahip müvekkilin beklediği hukuki faydaları azaltan veya ortadan kaldıran eksiklikler de ayıplı hizmet sayılmaktadır⁵².

III. Sözleşmeden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Uygulanmasının Sonuçları

A. Tüketicinin Sahip Olduğu Haklar

1. Seçimlik Haklar

a. Seçimlik Hakların Hukuki Niteliği

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da tüketici sözleşmesinin devam etmesi sırasında⁵³ meydana gelen ayıplı hizmet durumunda tüketicinin sahip olduğu seçimlik hakların bir talep hakkı olduğu, bu hakkın tek taraflı ve varması gereken bir irade beyanıyla kullanılabileceği, tüketicinin bu taleplerden herhangi birisini seçmekte serbest olduğu, sağlayıcı olan avukatın, tüketicinin tercih ettiği bu talebi yerine getirmek zorunda olduğu açıkça ifade edilmiştir. Tüketici, seçimlik haklarını ne mahkemenin aracılığına nede sağlayıcının onayına gerek olmaksızın kendi iradesiyle kullanabilir. Tüketici, seçimlik haklarından hangisini seçtiğini bir kere bildirmekle seçim hakkını kullanmış olur ve artık tercihini değiştiremez. Bu sebeple, seçim hakkının bir kere kullanılmakla sona erdiği, yenilik doğuran seçim hakkını kullanmakla diğer hakları yerine artık seçtiği hakkın geçtiği kabul edilmelidir⁵⁴.

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 15. maddesinde ayıplı bir hizmet ortaya çıktığında tüketicinin kullanabileceği seçimlik haklar düzenlenmiştir. Bunlar; hizmetin yeniden ifasını talep etmek veya ücretsiz onarım gibi ifa temelli talepler ile sözleşmeden dönme veya bedelden indirim gibi yenilik doğuran haklardır. Fakat vekâlet sözleşmesi unsurlarını taşıması sebebiyle avukatlık sözleşmesi de sürekli borç doğuran bir sözleşme olması sebebiyle müvekkilin seçimlik hakları ancak sözleşmeyi feshin avukatlık hukukuna yansması olan azil, hizmetin yeniden görülmesi, ayıp oranında avukatlık sözleşmesindeki bedelden indirim ve hizmetteki ayıbın ücretsiz giderilmesi olabilir.

⁵² Aydoğdu, s.120.

⁵³ Avukatlık Kanununun 41. maddesine göre avukatın, belli bir işi takipten veya savunmadan isteği ile çekildiği zaman o işe ait vekâlet görevinin, durumu müvekkiline tebliğinden itibaren on beş gün süre ile devam edeceği hükme bağlanmıştır. Buna göre iş sahibi ile avukat arasındaki sözleşme ilişki sona erse bile, avukat yönünden bazı yükümlülükler devam etmektedir (sır saklama ya da dosya saklama yükümlülüğü gibi). Avukat, söz konusu yükümlülüklerine aykırı davrandığı zaman tıpkı sözleşmenin devamı sırasında ortaya çıkan ayıplı hizmetlerden sorumlu olduğu gibi sorumluluğu devam edecektir.

⁵⁴ Tiryaki, Betül; Tüketicinin Korunması Hukuku Açısından Ayıplı Hizmetten Doğan Sorumluluk, Ankara 2007, s.109-110; Gümüüş, Tüketici, s.139.

b. Seçimlik Hak Türleri

aa. Azil

Her ne kadar Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 15. maddesi tüketiciye seçimlik hak olarak dönme hakkını tanıdığını hükme bağlasa da, avukatlık sözleşmesinin sürekli borç doğuran sözleşme olması sebebiyle kanunda öngörülen dönme hakkı hükümlerini avukatlık sözleşmesini sona erdiren bir neden olan azil olarak yorumlamamız gerekir⁵⁵.

Ayıplı hizmet durumunda tüketicinin sağlayıcıyı azletmesi için, durumun gereği olarak haklı görülme şartının gerçekleşmesi gerekir; tüketicinin sözleşmeyi feshetme konusunda haklı görülmemesi durumunda, avukatlık sözleşmesindeki bedelden indirimle yetinecektir. Kanun'da haklı görülme hâli ayrıca düzenlenmediğinden, ayıplı işlerin değeri ile ayıpsız işlerinin değerinin karşılaştırılması bu konuda bir ölçü olabilir⁵⁶. Örneğin, başarılı bir yargılamadan sonra davanın kazanılmasına rağmen, avukatın tahsil ettiği parayı müvekkiline zamanında bildirmemesi halinde sözleşmeyi feshetme yerine bedelden indirim seçeneğinin uygulanması daha haklıdır. Eğer ayıbın daha kolay ve daha ucuz giderilmesi mümkünse, sözleşme feshedilmemelidir; ayıbı düzeltmek mümkün değilse veya çok zor ya da pahalıya mal olacaksa, bu durumda azil seçeneği tercih edilmelidir⁵⁷.

Tüketicinin tek taraflı sona erdirmeye iradesi olan azil hakkı yenilik doğurucu, ulaşması gerekli ve şekle bağlı olmayan bir beyanla açıklanır. Tüketici, Avukatlık Kanunu'nun 174. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca azil hakkını kullandığı zaman vekâlet ücretini ödemeyecek, ödemişse de geri alacaktır⁵⁸. Fakat tüketici azil hakkını kullandığı zaman avukatın ancak yaptığı işlerden dolayı emek ve mesaisi gözetilerek, hak ve nesafete göre ücret isteyebileceği kabul edilmelidir⁵⁹. Buna göre avukatın böyle bir durumda diğer haklarını da, örneğin Avukatlık Kanununun 39. ve 166. maddeler çerçevesinde, müvekkilinden aldığı belgeler, değerli evrak, tahsil vb. ni, ücret ve yapmış olduğu giderler ödeninceye kadar geri vermekten kaçınma hakkını kullanabilmesi de mümkün değildir⁶⁰.

Azil sebebiyle zarar gören müvekkilin, uğradığı maddî ve/veya manevî zararlarının tazminini talep edebilmesi de mümkündür.

⁵⁵ **Gümüş**, Tüketici, s.149.

⁵⁶ **Zevkiler/Gökyayla**, s.646.

⁵⁷ **Gümüş**, Tüketici, s.140.

⁵⁸ HGK., T:18.9..2013, E:2013/13-74, K:2013/1367 (Kazancı İçtihat Bankası).

⁵⁹ 3.HD., T:21.1.2010, E:2009/6471, K:2010/422 (Legal Bank Elektronik Hukuk Bankası); 13.HD., T:5.3.2013, E: 2012/12876, K: 2013/5157 (Kazancı İçtihat Bankası).

⁶⁰ 4. HD, T:26.6.1970, E:1970/4517, K:1970/5334 (**Özkan**, s.301, dn.164).

bb. Hizmetin Yeniden Görülmesi

Hizmetin yeniden görülmesi, tüketici konumundaki müvekkilin edimin ifa edilmesinde hâlâ menfaati olması şartıyla, eksik bırakılmış ya da kötü yapılmış hizmetlerin sözleşmeye uygun şekilde düzeltilerek yeniden yapılmasını ifade eder⁶¹. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 15. maddesinin ikinci fıkrasına göre tüketicinin hizmetin yeniden görülmesini isteme hakkı, sağlayıcı için orantısız güçlükleri beraberinde getirecek ise müvekkil bu hakkını kullanamayacaktır⁶². GÜMÜŞ'e göre tüketici tarafından hizmetin yeniden görülmesi seçimlik hakkının kullanılabilmesi için hizmetin görülmesi objektif olarak mümkün olmalı ve işlem hayatının kabulleri ile dürüstlük kuralına göre de sağlayıcının hizmeti görmesi beklenilebilir olmalıdır⁶³. Buna göre sağlayıcının yaptığı hatalı usuli işlemler sonucu kesin hüküm oluşmuyorsa tüketici, sağlayıcıdan hizmetin yeniden görülmesini isteyebilir.

cc. Ayıp Oranında Bedelden İndirim

Tüketici bu hakkı kullanmakla avukatlık sözleşmesini sona erdirmemekte veya avukattan hizmetin yeniden görülmesi istenmemekte, sadece avukatlık sözleşmesinin özüne dokunulmadan tüketici konumundaki müvekkilin edimi değişmektedir. Bu noktada amaç, avukat ile müvekkilin edimlerinin hizmetin ayıplı olması durumuna göre denkleştirilmesidir. Bedelden indirim, tazminat hakkı olmadığından, tazminata ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi mümkün değildir. Tarafların anlaşamaması durumunda, tüketici mercilerinin kararıyla bedelde indirimle gidilecektir⁶⁴. Ayıplı malların bedelinin indiriminde Yargıtay tarafından kabul edilen nisbî yöntem, hizmetler bakımından da uygulanmaktadır. Buna göre, sağlanan hizmetin değeri, ayıplı olan biçimiyle ve ayıpsız piyasa değeri şeklinde tespit edilmekte; ayıplı değer ile ayıpsız değer arasındaki fark oranı hesaplanarak, bu oran hizmet bedeline uygulanmakta, yüzde hesabıyla hizmet bedelinden indirilmesi gereken miktar bulunmaktadır⁶⁵. Örneğin müvekkil, avukatın uzman görüşü sıfatıyla alanında uzmanlığı kanıtlanmış biri yerine bilgisi ve tecrübesi yeterli olmayan birinden uzman görüşü alması sebebiyle davanın aleyhe sonuçlanması durumunda, müvekkil iki uzman görüşü bedelinin arasındaki fark oranında bedelde indirim yapılmasını talep edebilir.

Tüketici verilen hizmetin ayıplı olduğunu bilerek bu hizmeti talep etmişse, seçimlik haklarını kullanamaz. Örneğin davayı yürütecek avukatın çok bilgili ve tecrübeli olmaması sebebiyle ücrette indirim yapılmışsa, daha sonra davanın istenilen şekilde sonuçlanmaması sebebiyle bedelden indirim talep edemez.

⁶¹ Tiryaki, s.112.

⁶² Gümüş, Tüketici, s.144.

⁶³ Gümüş, Tüketici, s.144.

⁶⁴ Tiryaki, s.113; Gümüş, Tüketici, s.141.

⁶⁵ Gümüş, Tüketici, s.141.

dd. Ayıbın Ücretsiz Giderilmesi⁶⁶

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 15. maddesi uyarınca tüketicinin sahip olduğu bir diğer seçimlik hak, hizmetteki ayıbın ücretsiz giderilmesini istemedir. Bu olanağa göre bir tarafını tüketici sıfatını taşıyan müvekkilin oluşturduğu avukatlık sözleşmesinde, sözleşme konusu hizmet ayıplı duruma geldiğinde, tüketici ayıbın ücretsiz giderilmesini isteyebilir (dilekçesinde davalının adını yazmayan avukatın, kendisine verilen kesin süre sonucu davalının adını yazması). Fakat söz konusu hak, dört seçimlik haktan birisini oluşturduğundan, tüketici diğer seçimlik haklardan birini kullanmışsa, örneğin, tüketici ayıp oranında bedelden indirim hakkını kullanmışsa, artık hizmetteki ayıbın ücretsiz giderilmesini isteyemeyecektir, ancak sağlayıcı bu teklifi kabul ederse tüketici diğer seçimlik haklarını kullansa bile bundan sağlayıcının kabulüyle dönerek hizmetteki ayıbın ücretsiz giderilmesi hakkını seçebilecektir⁶⁷.

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 15. maddesinin ikinci fıkrasının ilk cümlesinde “*Ücretsiz onarım veya hizmetin yeniden görülmesinin sağlayıcı için orantısız güçlükleri beraberinde getirecek olması hâlinde tüketici bu hakları kullanamaz.*” şeklinde düzenlemiştir. Her ne kadar hükmün lafzından açık olarak anlaşılsa da, tüketici olan müvekkil tarafından ücretsiz giderme seçimlik hakkının kullanılabilmesi için giderme objektif olarak (mevzuat ve somut olay dâhilinde) mümkün olmalı ve işlem hayatının kabulleri ile dürüstlük kurallarına göre sağlayıcı konumundaki avukatın ayıbı gidermesi beklenebilir olmalıdır. Buradaki beklenebilirliğin (orantılılığın) ölçütü, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 15. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde “*Orantısızlığın tayininde hizmetin ayıpsız değeri, ayıbın önemi ve diğer seçimlik haklara başvurunun tüketici açısından sorun teşkil edip etmeyeceği gibi hususlar dikkate alınır*” şeklinde yer almaktadır. Örneğin usulüne uygun olarak davet edilen avukat duruşmaya gelir, diğer avukat gelmezse, gelen tarafın talebi üzerine dosya işleminden kaldırılabilir. Dosyası işleminden kaldırılmış olması durumunda duruşmaya gelmeyen vekilin müvekkili, ayıbın ücretiz giderilmesi seçimlik hakkını kullanarak HMK m.150/IV uyarınca dosyanın işleminden kaldırıldığı tarihten başlayarak üç ay içinde dilekçe ile başvurması talebinde bulunabilir. Fakat avukatın hatası yüzünden temyize giderek kesinleşmiş bir dava için müvekkil ayıbın ücretsiz giderilmesi hakkını kullanamamaktadır.

⁶⁶ 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 15. maddesine göre tüketicinin sahip olduğu dördüncü seçimlik hak, ücretsiz onarımdır. TDK’ya göre “tamirat” anlamına gelen ve yapılan avukatlık hizmetinin tamir edilmesinin mümkün olmaması sebebiyle “onarım” sözcüğü yerine “giderilme” veya “düzeltme” sözcüğünün kullanılması gerekir.

⁶⁷ Aydoğdu, s.174.

2. Tazminat İsteme Hakkı

Tüketici avukatlık sözleşmesine konu olan hizmetin ayıplı olması ve ayıbın ayrıca bir zarar meydana getirmesi hâlinde, Kanun'un kendisine tanıdığı seçimlik haklarla birlikte veya bunlardan ayrı olarak gördüğü zararlar karşılığında tazminat da isteyebilir⁶⁸. Ayıplı hizmetten sorumlu olanlar her türlü maddi ve manevi zarardan sorumludur. Söz konusu tazminatın şartlarını ve özelliklerini şu şekilde belirtmemiz mümkündür:

- Maddi zarar; tüketici konumunda olan müvekkilin mal varlığındaki eksilme veya müvekkilin mal varlığında olması gereken artışın gerçekleşmemesini ifade etmektedir. Sağlayıcının maddi tazminat sorumluluğunun doğabilmesi için maddi bir zararın meydana gelmesi, zararın malvarlığına ilişkin olması, zararın oluşumunda sağlayıcının kusurlu olması⁶⁹ ve zarar ile sağlayıcının eylemi arasında uygun illiyet bağının⁷⁰ bulunması gerekir⁷¹. Eksilmenin veya olması gereken artışın hesabı maddi zarar hesabındaki genel ilkelere göre yapılacaktır. Sağlayıcının sözleşmeye uygun davranması veya yükümlülüklerini yerine getirmemesi durumunda mal varlığının ulaşacağı varsayılan durumu ile sağlayıcının yükümlülüklerini yerine getirmemesi sonucunda iş sahibi olan tüketicinin malvarlığının arz ettiği durum arasındaki farkın maddi zararı oluşturduğu kabul edilir⁷².

- Her ne kadar avukatlık sözleşmesinin ihlali halinde ortaya çıkan zarar kural olarak malvarlığına ilişkin olsa da, manevi zarar da meydana gelebileceğinden manevi tazminat da söz konusu olabilecektir. Manevi tazminat istenebilmesi için kişilik hakkına yönelen hukuka aykırı tecavüz ile manevi zarar arasında illiyet bağı bulunması, davalının sorumlu olmasını gerektiren kusuru veya bir kusursuz sorumluluk hali bulunması gerekmektedir⁷³. Uygulamaya bakıldığında avukatın görevini ihlal etmesinin müvekkilinin kişilik haklarına saldırı olmadığı gerekçesiyle avukat aleyhine manevi tazminata hükmedilmediği ile ilgili birçok karar karşımıza çıkmaktadır⁷⁴.

⁶⁸ **Tiryaki**, s.114.

⁶⁹ "Kusur" unsurunda aranan temel şart sağlayıcının avukatlık sözleşmesine aykırı davranması ve avukatın bu durumdan dolayı kusurlu olmasıdır. Sağlayıcının kasıtlı olarak ya da ihmaliyle sözleşmesel yükümlülüklerini ihlal etmesi halinde, onun kusurlu davranışından söz edilir. Kasta dayalı yükümlülük ihlalinin ortaya çıkışı nadirdir. İhmalin ölçüsü objektiftir. Dolayısıyla özenli bir sağlayıcının aynı hal ve şartlar altında göstereceği özeni göstermemesi, sorumluluğun bu şartının gerçekleştiğini kabul sonucunu yaratır (**Korkusuz**, Refik/**Korkusuz**, Halit; Avukatlık Hukukuna Giriş, 3. Baskı, Bursa 2014, s.199; **Gökyayla**, s.114; **Güner**, Sözleşme, s.261).

⁷⁰ Zararla sağlayıcının kusurlu davranışı arasında mantıksal illiyet bağının kurulması yeterli olmayıp, ayrıca uygun illiyet bağının kurulmuş olması da gerekir (**Güner**, Sözleşme, s.258).

⁷¹ **İlgün**, s.198-199.

⁷² **İlgün**, s.197; **Özkan**, s.539.

⁷³ **Oğuzman**, Kemal/**Öz**, Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: II, 11. Baskı, İstanbul 2014, s.40.

⁷⁴ "Davacı, avukat olan davalıya dava dışı S. E. aleyhine tazminat davası açması için vekâlet verdiğini, davalının vekil olarak davayı açıp yürüttüğünü, davayı takipteki zaafı ve karara bağlanınca

- Türk Borçlar Kanununun 114. maddesinin ikinci fıkrasında “*Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hâllerine de uygulanır.*” hükmü yer aldığından, zararın tespitinde ve talep edilecek tazminatın belirlenmesinde haksız fiillere ilişkin hükümler uygulanır.

- Sağlayıcı konumundaki avukatın ayıplı hizmet nedeniyle ortaya çıkan maddi ve manevi zarardan sorumluluğu için, avukatın sözleşmeye aykırı davranışının hayatın olağan akışına ve hayat tecrübelerine göre somut olayda gerçekleşen türden zarar meydana getirmeye elverişli olması gerekir. Örneğin çok da önemli olmayan bir davanın kaybı durumunda, endişeli ve hassas yapıda olan tüketicinin yatağa düşüp de işe gidememesinden ötürü uğramış olduğu zarardan sağlayıcı sorumlu tutulmamalı ve zararı tazminle de yükümlü olmamalıdır⁷⁵.

- Uygun illiyet bağının gerçekleştiğinin ispatı tüketicidedir. Gerçekleşen zararın sağlayıcının kusurlu davranışı sonucu olduğu yüzde yüz ispatlanması gerekmeyp büyük olasılıkla sabit olması yeterli sayılmaktadır⁷⁶.

- Gerçekleşen zarar, birden fazla sağlayıcının (aynı büroda çalışan avukatların hepsine vekâlet verilmesi gibi) sebebiyet verdiği zarar olması durumunda müteselsil sorumluluk söz konusu olacaktır. Her sağlayıcı konumunda olan avukatın kusurlu davranışının sonucunu ayırt etmek mümkünse, her biri kendi davranışının uygun sonucu olan zarardan sorumlu olur. Burada değinilmesi gereken çok önemli bir konu avukatın ifa yardımcıları konumunda olan stajyer avukatlar, istihdam edilen avukatlar ve avukat kâtiplerinin üçüncü kişi sayılıp sayılmayacakları konusudur. Bunların kusuru avukatın kendi kusuru sayılacağı için zararın doğumunda bunların da kusuru bulunması halinde üçüncü kişinin kusurundan bahsedilmeyecektir⁷⁷. Bu kişilerin

da red kararını temyiz etmeyerek kesinleştirmesi nedeniyle zarara uğradığını, Bergama Ağır Ceza Mahkemesince de davalı hakkında görevi ihmal suçundan mahkûmiyet kararı verildiğini belirterek, maddi ve manevi tazminat talebinde bulunmuştur. Dosya kapsamına ve kararın gerekçesine göre, kararın temyiz edilmemesinde davacının bir zararı yoktur. Bir başka deyişle mevcut delil durumuna göre davacı vekili kararı temyiz etseydi de sonuç değişmeyecek durumdadır. Böyle olunca davacının maddi tazminat talebinin reddi gerekir. Manevi tazminat talebine gelince, manevi tazminata hükmedilebilmesi için kişilik haklarına saldırıda bulunulması gerekir ki, davalının görevini ihmal etmesi, davacı aleyhine verilen kararı temyiz etmemesi kişilik haklarına saldırı sayılamaz.” 13. HD, T: 12.10.2004, E:2004/6495, K: 2004/14240 (Korkusuz/Korkusuz, Avukat, s.199); “Yalnızca sözleşmenin ihlali, manevi tazminat için yeterli olmayıp, kişilik haklarının hukuka aykırı bir biçimde saldırıya uğraması sonucu manevi bir zarar doğmalı ve bu durum da usulünce ispatlanmalıdır.” HGK., T: 6.11.2013, E:2013/3-56, K. 2013/1525 (Kazancı İçtihat Bankası).

⁷⁵ Özkan, s.541; Şenocak, s.30.

⁷⁶ Özkan, s.541.

⁷⁷ Günergök, s.183; Sağlayıcı olan avukatın haksız fiile dayanan adam çalıştıran sıfatıyla sorumluluğu (TBK.m.66) ile sözleşmeye dayanan yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğu (TBK.m.116) birbiriyle yarışabilir. Buna göre zarar gören istediği hükme dayanabilir. Türk Borçlar Kanunu’nun 116. maddesi anlamında yardımcı şahıs ve 66. maddesi anlamında çalışan denildiğinde ilk akla kişiler stajyer avukat, avukatın kâtipleri ve sekreterlerdir. Avukatlık Kanunu da ilgili maddelerinde

bu kişilerin avukat yanında çalışabileceğini ve belirli işleri yapabileceklerini düzenlemiştir. Türk Borçlar Kanunu'nun 116. maddesine dayanarak sağlayıcıya karşı dava açılabilmesi için, borcun ifasında yardımcı kişi kullanmanın mümkün olması (Avukatlık Kanunun 46. maddesine göre avukatın, işlerini kendi sorumluluğu altındaki stajyeri veya yanında çalışan sekreteri eliyle de takip edebilmesi, fotokopi veya benzeri yollarla örnek aldırabilmesi gibi), borçlu olan avukatın borcun ifası ya da başka bir hakkın kullanılması amacıyla yardımcı kişi kullanması (Avukatlık Kanunun 26. maddeye göre stajyerlerin, avukat yanında staja başladıktan sonra, avukatın yazılı muvafakati ile ve onun gözetimi ve sorumluluğu altında, sulh hukuk mahkemeleri, sulh ceza mahkemeleri ile icra tetkik mercilerinde avukatın takip ettiği dava ve işlerle ilgili duruşmalara girebilmesi ve icra müdürlüklerindeki işleri yürütebilmesi gibi), yardımcı kişi olan stajyerin, sekreterin ya da kâtabin borcu ifa ederken alacaklı müvekkile zarar vermesi gerekir. İşleri takip faaliyetlerinde yardımcı kişi kullanan sağlayıcı avukat, yardımcı kişinin seçiminde, ona talimat verilmesinde, onun gözetim ve denetiminde özen göstermekle yükümlüdür; gereken özeni gösterdiğini ispatlayarak 116. maddeye göre sorumluluktan kurtulamaz. Fakat sağlayıcı avukatın, yardımcı kişinin fiilinin kendisi için dahi kusurlu sayılmayacağını ispatlayarak sorumluluktan kurtulması mümkündür (sulh hukuk mahkemesinde avukatın yerine stajyer avukatın girdiği davada bilirkişi raporunun sahte olduğunun anlaşılması gibi). Türk Borçlar Kanunu'nun 66. maddesine dayanarak sağlayıcı avukata karşı dava açılabilmesi için, sağlayıcı avukat ile zarar veren yardımcı kişi arasında bir istihdam ilişkisi bulunmalı; zarar, hizmetin ifası sırasında ve hizmetin ifasıyla ilgili verilmiş olmalıdır. Açılan davada sağlayıcı avukat, durumun gerektirdiği bütün özeni gösterdiğini veya nedensellik bağıni kesen sebepleri (mücbir sebep, zarar görenin ağır kusuru, üçüncü kişinin ağır kusuru) ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir. Sağlayıcı, müvekkile ödediği tazminat için kusuru oranında yardımcı kişisine (katip, stajyer avukata veya sekreterine) rücu edebilir. Sağlayıcı konumundaki avukata TBK m.66'dan dolayı dava, sözleşme ilişkisi olan tüketici sözleşmesindeki ilişkiye dayandırılmaması sebebiyle genel mahkemelerde açılacaktır. Tüketici, açacağı davanın esasını belirtmediği sürece hakim, TBK m.60 gereği birden çok hukuki sebepten (TBK m.66 ve m.116) hangisi o somut olayda tüketici lehine ise ona göre karar verir. (Oğuzman/Öz, s.138; Güner, Sözleşme, s.268; Petek, Hasan; "Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Uygulanması", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 15, Özel S., 2013 , s.1000).

Bu noktada uygulamada avukatların çok sık kullandığı "Tevkil" kurumu sebebiyle tevkil eden avukat ile tevkil edilen avukat arasındaki ilişkiden doğan sorumluluğa da değinilmesinde de yarar vardır. Avukat, üstlendiği işi kural olarak bizzat yerine getirmekle yükümlü olsa da 4667 sayılı Kanunun 83. maddesiyle, Avukatlık Kanunu m.171'in birinci fıkrasında yapılan değişiklikle, avukata, üzerine aldığı işi kanun hükümlerine göre ve yazılı sözleşme olmasa bile sonuna kadar takip etme yükümlülüğü getirilmiştir. Vekilin başkasını tevkil etmesi halindeki sorumluluğunu düzenleyen Borçlar Kanunu m.391 hükmü, genel anlamdaki vekil bakımından olup, avukat bakımından konu Avukatlık Kanunu m.171/III'de düzenlenmiştir. Avukatın kendisine tanınan tevkil yetkisi kapsamında, bir vekili tevkil etmesi durumunda ortaya çıkabilecek sorumluluğu, Avukatlık Kanununun 171. maddesinin üçüncü fıkrasında belirlenmiştir. Birinci vekilin (avukatın) müvekkile karşı sorumluluğu devam eder. Avukatlık Kanunu m.171/III uyarınca, birinci vekil, birlikte takip ettiği veya işi tamamen devrettiği avukatlarının kusurlarından ve meydana getirdikleri zarardan dolayı, müvekkile karşı hem şahsen hem de diğer avukatla birlikte müştereken ve müteselsilen sorumludur. Avukatın işi tamamen bir başka avukata bırakıp bırakmadığı hususunun, avukatlar arasındaki sözleşmenin yorumundan çıkartılması gerekir. Bununla birlikte, avukat işi tamamen başka bir avukata bırakmış olsa bile, Avukatlık Kanunu m.171/III'ün açıklığı karşısında, müvekkile karşı sorumluluğu devam eder. Sağlayıcı avukatın, işi tamamen bir başka avukata bırakıp bırakmadığı hususu, kural olarak iki avukat arasında ortaya çıkacak uyuşmazlıkların çözümü açısından önemli olup, tevkil eden avukat bu durumu müvekkile karşı ileri sürmek suretiyle sorumluluktan kurtulamaz. Avukatlık Kanunu m.171 hükmü ile tevkil yetkisi tanındığı için, bir avukatı tevkil etmiş olan avukatın sorumluluğu devam ettiğinden, tevkil halinde tevkil eden avukat tamamen ilişkinin dışına çıkmış değildir. Avukatlık Kanunu m.171 III'de, tevkil eden "avukatın, müvekkile karşı sorumluluğu devam eder" (Avukatlık Kanunu m.171 üçüncü fıkra

fillerinden avukat, Türk Borçlar Kanunu'nun 116. maddesi gereğince sorumludur.

- Sağlayıcı hakkında tazminat davası açılabilmesi için Avukatlık Kanunun 40. maddesinde “İş sahibi tarafından sözleşmeye dayanılarak avukata karşı ileri sürülen tazminat istekleri, bu hakkın doğumunun öğrenildiği tarihten itibaren bir yıl ve her halde zararı doğuran olaydan itibaren beş yıl geçmekle düşer.” şeklinde düzenlenmiştir. Kanunda belirtilen bu zamanaşımı⁷⁸ sürelerinin geçmesi ile tüketicinin talebini sağlayıcının zamanaşımı def'iyle etkisiz bırakabilmesi mümkündür.

- Sağlayıcı ile tüketici arasında sorumsuzluk anlaşmasının yapılması konusuna baktığımızda, sağlayıcının bireye hukuksal yardım sunmasının yanında toplumda hukuk kurallarının üstünlüğü ve herkese eşit uygulanması açısından taşıdığı sorumluluk hatırlandığında, onu iş sahibi olan tüketiciye karşı özen borcu nedeniyle sorumsuz kılacak veya sorumluluğunu azaltacak koşulların sağlayıcı – tüketici ilişkisinde yerinin olmaması gerekir⁷⁹.

- Ayıplı olduğu bilinerek edinilen hizmetler bakımından seçimlik hakların kullanılması mümkün olmamakla birlikte, uğranılan zararların tazmininin talep edilmesine bir engel bulunmamaktadır. Ancak bu noktanın hâkim tarafından tazminat miktarının belirlenmesinde dikkate alınması mümkündür.

a. Seçimlik Hakları Kullanmaksızın Tazminat İsteme Hakkı

Tüketicinin ayıplı hizmet sebebiyle tazminat talep etmesi, seçimlik haklarından bağımsız olup seçimlik haklarını kullanmasa bile, tazminat isteyebilir. Örneğin seçimlik haklarını kullanmaktan vazgeçen tüketici de tazminat isteyebilir⁸⁰. Tüketicinin seçimlik haklarını kullanmamış olması tazminatta bir indirim sebebi sayılma-

birinci cümle) ifadesiyle, hak arayan kişilerin korunması amaçlanmıştır. Alt vekil, yardımcı kişi sayılsa bile (TBK m.116), tevkil eden avukat, Borçlar Kanunu m.116 uyarınca değil, Avukatlık Kanunu m.171 çerçevesinde sorumlu olabilir. Çünkü, Avukatlık Kanununun belirtilen hükmü özel bir hükümdür. Burada, Borçlar Kanunu m.116'nın uygulanamayışı, özel hüküm niteliğindeki Avukatlık Kanunu m.171/III'ün varlığındandır. Tevkil eden avukat, tevkil ettiği vekilin kusurlarıyla oluşturduğu zarardan onunla birlikte müteselsilen sorumludur. Tevkil yetkisi kapsamında, şahsen ifası önemli olan edimlerin tamamının veya bir kısmının bağımsız olarak yapılması konusunda, bir vekilin tevkil edilmesi durumunda, müvekkile karşı sorumluluk, Avukatlık Kanunu m.171 üçüncü fıkrasına göre belirlenecektir (Akcan, Recep; “Vekilin Başkasını Tevkil Etmesi”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:9, Sayı:3-4, 2011, s.21-23). Tevkil edilen avukat, tevkil eden avukatla birlikte müteselsilen sorumlu olması sebebiyle, tevkil eden avukatla birlikte tevkil edilen avukata karşı yöneltilecek husumet tüketici mercilerinde görülür.

⁷⁸ Avukatlık Kanununun 40. maddesindeki sürelerin hukuki niteliği hakkında tartışmalar için bkz. Güner, Sözleşme, s.275-276.

⁷⁹ Özkan, s.543; Korkusuz/Korkusuz, Avukat, s.202-203; Güner, Avukatlık, s.649; Günergök, s.218; TBK m.115/III ve m.116/III hükümleri gereğince, avukatlık mesleği, ancak yetkili makam olan baro tarafından verilen izinle yürütülmesi sebebiyle sağlayıcı konumundaki avukatın tüketiciyle yaptığı sorumsuzluk anlaşmaları kesin hükümsüzdür.

⁸⁰ Tiryaki, s.114.

makla birlikte, hâkimin Türk Borçlar Kanunu'nun 51. maddesi kapsamında durumu göz önünde bulundurması mümkündür.

b. Seçimlik Haklarla Beraber Tazminat İsteme Hakkı

Tüketici azletme, ayıp oranında bedelden indirim, hizmetin yeniden görülmesi veya ayıbın ücretsiz giderilmesi seçimlik hakkını kullanmış olsa bile, ayıplı hizmetten doğan zararlarının tazminini de talep edebilir. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da ayıplı hizmetten ve ayıplı hizmetin neden olduğu her türlü zarardan sorumluluk öngörüldüğünden, ayıbın doğrudan neden olduğu zararlar ve diğer zararlar ayırımı yapılmasına gerek bulunmamaktadır⁸¹.

B. Zamanaşımı

Kanunlarda veya taraflar arasındaki sözleşmede daha uzun bir süre belirlenmediği takdirde, ayıplı hizmetten doğan (seçimlik haklar bakımından)sorumluluk, ayıp daha sonra ortaya çıkmış olsa da, hizmetin ifası tarihinden itibaren iki yıllık zamanaşımına tabidir (6502 sayılı TKHK m.16/I). Hükme göre kural olarak (kanunda daha uzun bir süre yoksa veya taraflarca daha uzun belirlenmemişse) ayıplı hizmetten dolayı sorumluluk açısından süre hizmetin ifasından itibaren iki yıldır. Fakat ayıp, ağır kusur ya da hile ile gizlenmişse bu zamanaşımı hükmü uygulanmayıp⁸² TBK m.146 gereği 10 yıllık zamanaşımı uygulanır⁸³. Tüketici, seçimlik haklarından biri ile birlikte Türk Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca tazminat da talep edebileceğinden (TKHK.m.15/I son cümle), tazminat konusundaki zamanaşımı genel hükümlere göre belirlenecektir. Avukatlık sözleşmesindeki zamanaşımına ilişkin özel bir düzenleme bulunduğundan, Avukatlık Kanunu m.40 uyarınca avukata karşı ileri sürülen tazminat istekleri, bu hakkın doğumunun öğrenildiği tarihten itibaren bir yıl ve her halde zararı doğuran olaydan itibaren beş yıl geçmekle zamanaşımına uğrar.

C. Tüketici Hakem Heyeti

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile tüketicilerin tüketici uyuşmazlıklarında hak arama özgürlüğüne bazı sınırlamalar getirilmiştir. Buna göre tüketici-

⁸¹ **Tiryaki**, s.114.

⁸² Hileyle ve ağır kusurla gizlenen ayıplar açısından zamanaşımının uygulanmayacağı hükme bağlanmış ise de, bununla yalnızca TKHK'da öngörülen kısa zamanaşımı sürelerinin uygulanmayacağı kastedilmekte, yoksa muhatabı sınırsız sorumlu tutmanın haklı olmadığı doktrinde ifade edilmektedir (**Türkmen**, Ahmet; "Tüketici İşlemlerinde Ayıplı Mal ve Hizmetten Doğan Seçimlik Hakların Tabi Olduğu Zamanaşımı ve Bunun Garanti Taahhütleriyle İlişkisi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:16, Özel S., 2014, s.3406, dn. 46 ve orada anılan yazarlar).

⁸³ **Gümüş**, Tüketici, s.126; **Petek**, s.1007; **Türkmen**, s.3406; Ayıbın hile ve ağır kusur ile gizlenmesinin haksız fiil teşkil etmesi sebebiyle TBK m.72'nin uygulanacağı görüşü için bkz. **Türkmen**, s.3407.

ler, Kanunda belirtilen parasal sınırlara göre görevli ve yetkili mercilere başvurmak zorundadır. Söz konusu mercilerin başında Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun m.66 vd. da düzenlenen tüketici hakem heyetleri gelmektedir⁸⁴. Avukat ile müvekkil arasındaki bir uyuşmazlığın tüketici hakem heyetine başvuru yoluyla taşınabilmesi için;

- * Ortada bir avukatlık sözleşmesi olmalıdır.
- * Tüketici işleminin bir tarafını tüketici, karşı tarafını sağlayıcı teşkil etmelidir.
- * Uyuşmazlık avukatlık sözleşmesinden kaynaklanmalıdır.
- * Uyuşmazlığın parayla ölçülebilir bir değeri bulunmalıdır⁸⁵.

Tüketici, 6502 Sayılı TKHK'nın 68. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, başvuru tarihi itibarıyla uyuşmazlık konusunun parasal değeri⁸⁶, iki bin Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda ilçe tüketici hakem heyetine, başvuru tarihi itibarıyla uyuşmazlık konusunun parasal değeri üç bin Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda il tüketici hakem heyetine başvurmak zorundadır. Tüketici, büyükşehir statüsünde bulunan illerden birinde ikamet etmekte ise, başvuru tarihi itibarıyla uyuşmazlık konusunun parasal değeri, iki bin Türk Lirası ile üç bin Türk Lirası arasındaki uyuşmazlıklarda il tüketici hakem heyetine başvurmaktadır⁸⁷.

Tüketici, yukarıda belirttiğimiz parasal sınırların üzerindeki uyuşmazlıklar için tüketici hakem heyetlerine başvuru yapamaz (6502 sayılı TKHK m.68/I, THH Yön. m.6/I). Ancak tek bir uyuşmazlıkla ilgili bir başvuruda tutarın parasal sınırları aşması halinde, tüketicinin aşan kısımdan feragat etmesi ile tüketici hakem heyetinin başvuruyu kabul etme imkânı doğmaktadır. Buna göre, tüketicinin aşan kısım için tekrar tüketici hakem heyetine başvurması mümkündür (THH Yön. m.6/III). Buna ek olarak tüketici yasal sınırları aşmayan uyuşmazlıklar bakımından devlet yargısına (Tüketici Mahkemesine) başvuramaz⁸⁸.

⁸⁴ **Aydoğdu**, s.343.

⁸⁵ **Tutumlu**, Mehmet Akif; Norm, Kuram ve İçtihat Işığında Tüketici Hakem Heyetleri, Ankara 2015, s.74.

⁸⁶ Uyuşmazlığa konu olacak avukatlık sözleşmesinin asıl değeri aynı zamanda başvurudaki miktar sınırı bakımından dikkate alınacak değer olup, tüketici lehine bir yorumla, faiz, icra tazminatı ve diğer giderler görevin tespitinde hesaba katılmamalıdır (**Aydoğdu**, s.348).

⁸⁷ Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nca 2016 yılı için Tüketici Hakem Heyeti başvurularında dikkate alınacak yeni parasal sınırlar 20 Aralık 2015 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanmış olup 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 68'inci ve Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliğinin 6'ncı Maddelerinde Yer Alan Parasal Sınırların Arttırılmasına İlişkin Tebliğ'e göre **a)** İlçe tüketici hakem heyetlerine başvuru için üst parasal sınır, 2.320 Türk Lirası, **b)** Büyükşehir statüsünde olan illerdeki il tüketici hakem heyetlerine başvuru için parasal sınır, 2.320 Türk Lirası ile 3.480 Türk Lirası arası, **c)** Büyükşehir statüsünde olmayan illerin merkezlerindeki il tüketici hakem heyetlerine başvuru için üst parasal sınır, 3.480 Türk Lirası, **ç)** Büyükşehir statüsünde olmayan illere bağlı ilçelerde, il tüketici hakem heyetlerine başvuru için parasal sınır, 2.320 Türk Lirası ile 3.480 Türk Lirası arası, olarak tespit edilmiştir.

⁸⁸ **Tutumlu**, s.75.

Yukarıda belirtilen parasal sınırların altında olan avukatlık ücret alacağı ile maddi ve manevi tazminat taleplerinin karar altına alınması için de Tüketici Hakem Heyeti'ne başvuru zorunluluğu bulunmaktadır. Maddi ve manevi tazminat taleplerinin birlikte talep edilmesine engel bir hüküm yoktur. Fakat her ikisinin toplamı yasal parasal sınırları aştığında Tüketici Hakem Heyeti'ne başvuru zorunluluğu ortadan kalkar. Buna göre talep sahibi doğrudan tüketici mahkemesinde dava açmak zorundadır⁸⁹.

Parasal sınırların tespitinde her zaman asıl alacak tutarı dikkati alınmalıdır. Dolayısıyla cezaî şart, faiz, gecikme tazminatı vb. gibi fer'i alacaklar görevin belirlenmesinde dikkate alınmamaktadır⁹⁰.

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 68. maddesinin son fıkrası *"Bu madde tüketicilerin ilgili mevzuatına göre alternatif uyuşmazlık çözüm mercilerine başvurmalarına engel değildir."* şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre inceleme konumuz bakımından avukatlık mevzuatına baktığımızda karşımıza Avukatlık Kanunun 167. maddesi çıkmaktadır. 19.3.1969 günlü 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun, 2.5.2001 günlü 4667 sayılı Kanun ile değiştirilen ve başvuru sırasında yürürlükte bulunan itiraz konusu 167. maddesi, *"Avukatlık sözleşmesinden ve vekâlet ücretinden kaynaklanan her türlü anlaşmazlıklar, hukuki yardımın yapıldığı yer barosu hakem kurulunca çözümlenir. Hakem kurulu, baronun bulunduğu yargı çevresinin en kıdemli asliye hukuk hâkimi ile baro yönetim kurulunca seçilecek, yönetim kuruluna seçilme yeterliliğini taşıyan iki avukattan oluşur. Kurula asliye hukuk hâkimi başkanlık eder. Seçilen kurul üyelerinin görev süresi üç yıldır. Süresi sona eren üye kurula yeniden seçilebilir."* şeklinde düzenlenmekteydi. Anayasa Mahkemesi, 3/3/2004 tarih ve E.2003/98, K.2004/31 sayılı Kararı⁹¹ ile söz konusu hükmü iptal etmiştir⁹². Bu nok-

⁸⁹ Tutumlu, s.75.

⁹⁰ Tutumlu, s.75; Aydoğdu, s.355.

⁹¹ RG.;10.07.2004 S.25518.

⁹² Anayasa mahkemesi iptal nedenini şu şekilde gerekçelendirmiştir; *"Anayasa'nın 9. maddesinde, yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı öngörülmüştür. Bu madde uyarınca, yapılacak yargılamanın kişiler yönünden gerçek bir güvence oluşturabilmesi için aranacak nitelikler de 36. maddede belirtilerek "Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz."* denilmiştir. Anayasa'nın 141. maddesiyle de davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması görevi yargıya verilmiştir. Bu görevin ağır iş yükü altında yerine getirilmesi zorlaştıkça, uyuşmazlıkların çözümünü için alternatif yöntemlerin yaşama geçirilmesi, yargıya ilişkin anayasal kuralların etkililiğinin sağlanması bakımından gerekli görülebilir. Bu durumda yasakoyucu, taraflara görevli ve yetkili mahkemeye başvurmadan önce aralarındaki uyuşmazlığı kısa sürede çözmek üzere baro hakem kuruluna başvurma yükümlülüğünü getirebilir. Ancak bu aşamadan sonra kararı benimsemeyen tarafa ilk derecede ve/veya temyiz aşamasında yargı yolunun açık tutulması, hakem kurullarının oluşumunun ve çalışma yönteminin, uzmanlığın önemi de gözetilerek hukuk devleti ilkeleriyle uyum içinde düzenlenmesi gerekir. Ayrıca hakem kurullarının tarafsızlığı ve bağımsızlığı, uzman niteliği ile bu kurulların

tada şu sorunun cevabını vermemiz gerekmektedir; Anayasa Mahkemesi, hakemlerin hepsinin hukukçu olduğu bir hakem heyetinin avukatlık sözleşmesindeki uyumazlığa bakmasının doğru olmadığını belirtip ilgili hükmü iptal ederken, uyumazlığın aralarında sadece birinin hukukçu olduğu tüketici hakem heyetinin⁹³önüne geliyor olması uyumazlığın çözümünü ne kadar sağlıklı bir şekilde sağlayacaktır?

Anayasa Mahkemesi'nin iptal gerekçesinden de anlaşılacağı üzere Anayasa Mahkemesinin iptal kararı, hakem heyeti tarafından verilen kararların kesin olması, sadece Yargıtay'a şekli eksiklikler sebebiyle başvurulabilmesine dayanmaktaydı. Tüketici hakem heyetlerinin kararlarına karşı Tüketici Mahkemesine itiraz edebilmek imkânı olması sebebiyle, Anayasa Mahkemesinin iptal kararındaki gerekçeler burası için geçerli değildir. Her ne kadar avukat ile müvekkili arasındaki uyumazlıkların Tüketici Hakem Heyetlerinde görülmesi Anayasaya aykırı olmasa bile uygulamada özellikle sağlayıcı konumundaki avukatların zihninde, tıpkı uyumazlığı Tüketici Hakem Heyeti'ne giden diğer tüketicilerde olduğu gibi *"Acaba uyumazlığım Tüketici Hakem Heyeti vasıtasıyla sağlıklı çözülebilecek/çözülebildi mi?"* şeklinde soru işaretleri bırakacaktır. Kanımızca, her ne kadar Tüketici Hakem Heyetleri'ne itiraz mümkün olsa da nihai çözüm, uyumazlığın niteliğine bakılmadan her uyumazlığa, kanunda belirtilen aynı niteliğe sahip kişilerin bakmasından ziyade, uyumazlığın niteliğine

alacağı kararların bağlı olacağı usul ve esasların yönetmeliğe bırakılmayıp yasa ile düzenlenmesi de zorunludur" ; Tüketici Hakem Heyetleri hakkında ERMENEK'e göre Anayasa Mahkemesi'ne göre, kararlarına karşı ilk derece veya kanun yolu derecesinde başvuru imkânı getirilen, çalışma usul ve esasları kanunla düzenlenen, hukuk devleti kurallarına uygun olarak oluşturulan mercilerin yargı yetkisi kullanması Anayasa'nın 9'uncu maddesine aykırı olmayacak ve yargının madde kriteri bağlamında bir mahkeme olarak değerlendirilebilecektir (**Ermenek**, İbrahim; "Yargı Kararları Işığında Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Sorunlara İlişkin Çözüm Önerileri", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XVII, Sayı: 1-2, 2013, s.587-588); Tüketici Hakem Heyetlerinin hukuki niteliği konusundaki tartışmalar için bkz. **Ata-ıı**, Murat; "6502 Sayılı Kanun'un Tüketici Sorunları Hakem Heyetlerine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, Cilt: I, Ankara 2014, s.411-412.

⁹³ **6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun**

Tüketici Hakem Heyeti

Kuruluş ve Görevleri

Madde 66/II: (2) Başkanlığı illerde ticaret il müdürü, ilçelerde ise kaymakam veya bunların görevlendireceği bir memur tarafından yürütülen tüketici hakem heyeti;

a) Belediye başkanının konunun uzmanı belediye personeli arasından görevlendireceği bir üye,

b)Baronun, mensupları arasından görevlendireceği bir üye,

c) Satıcının tacir olduğu uyumazlıklarda ticaret ve sanayi odasının ya da bunların ayrı ayrı örgütlediği yerlerde ticaret odasının; satıcının esnaf ve sanatkâr olduğu uyumazlıklarda, illerde esnaf ve sanatkârlar odaları birliğinin, ilçelerde ise en fazla üyeye sahip esnaf ve sanatkârlar odasının görevlendireceği bir üye,

ç) Tüketici örgütlerinin kendi aralarından seçecekleri bir üye, olmak üzere başkan dâhil beş üyeden oluşur.

Başkan ve üyelerin bu fıkra da yer alan niteliklere sahip yedekleri de ayrıca belirlenir.

göre Tüketici Hakem Heyetlerinde uzmanlaşmaya gidilerek uyuşmazlığın niteliğine göre o alanda uzman kişilerden oluşan Tüketici Hakem Heyetleri'nin bakmasıdır.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi Tüketici Hakem Heyeti kararlarına karşı itiraz mümkündür. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 70. maddesinin üçüncü fıkrasına göre tüketici veya sağlayıcı, tüketici hakem heyetinin kararlarına karşı tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde tüketici hakem heyetinin bulunduğu yerdeki tüketici mahkemesine itiraz edebilir. İtiraz, tüketici hakem heyeti kararının icrasını durdurmaz. Ancak talep edilmesi şartıyla hâkim, tüketici hakem heyeti kararının icrasını tedbir yoluyla durdurabilir.

D. Yetkili Mahkeme

Tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara ilişkin davalarda tüketici mahkemeleri görevlidir (6502 sayılı TKHK m.73/I). Bu düzenlemeye göre sağlayıcı avukat ile tüketici müvekkil arasında yapılan avukatlık sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda tüketici mahkemeleri görevlendirilmiştir. Söz konusu husus, tüketici mahkemelerinin konu bakımından görev alanı ile ilgilidir. Buna ek olarak bir de tüketici mahkemelerinin miktar açısından görev alanı bulunmaktadır. Tüketici mahkemesinin miktar açısından görev alanına giren uyuşmazlıkları tüketici hakem heyetlerine başvuru için öngörülen parasal sınırları düzenleyen 68. maddeden çıkarmak mümkündür⁹⁴. Gerçekten de hükme göre belli miktarı aşmayan tüketici uyuşmazlıklarında tüketici hakem heyetleri zorunlu görevli olduğuna göre⁹⁵ doğal olarak belli miktarı aşan tüketici uyuşmazlıklarında da tüketici mahkemeleri zorunlu görev mercii olmaktadır.

Tüketici mahkemesinde görülecek olan davalar, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun Altıncı Kısım Hükümlerine göre yürütülür (6502 sayılı TKHK m.73/IV). Bu düzenlemeye göre tüketici mahkemelerinde görülecek davalar basit yargılama usulüne tabidir (HMK m.318).

Tüketici davaları, tüketicinin yerleşim yerinin bulunduğu yerdeki tüketici mahkemelerinde de açılabilir (6502 sayılı TKHK m.73/V). Hukuk Muhakemeleri Kanunun 6. maddesine göre genel kural, davanın davalının yerleşim yerinde açılması olduğu halde tüketici uyuşmazlıklarında 6502 sayılı Kanun bir kolaylık getirmiş ve tüketici davalarının tüketicinin yerleşim yerinin bulunduğu yerdeki tüketici mahkemelerinde de açılabileceği kabul edilmiştir. Bu noktada altı çizilmesi gereken nokta 6502 sayılı Kanun sadece özel yetki kuralı olarak öngörülmüş olup genel yetkiyi bertaraf etmiş değildir. Burada üzerinde durulması gereken bir diğer noktada tarafların yetki sözleşmesi yapıp yapamayacağıdır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre tacir

⁹⁴ Aydoğdu, s.354.

⁹⁵ Tüketici hakem heyetlerinin parasal sınırları için bkz. yuk. III/A/2/C

olmayanların (tüketicilerin) akdettikleri yetki sözleşmesi geçersiz kabul edilmektedir (HMK m.17). Bu sebeple tüketici ile yetki sözleşmesi yapan sağlayıcı, sözleşmede belirtilen yerde tüketicinin dava açması gerektiğini yetki itirazı olarak ileri süremeyecektir⁹⁶.

SONUÇ

28.5.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, getirdiği birçok değişiklikle Türk Hukuku bakımından bir milat kabul edilebilir. Bu değişikliklerden en önemlisi vekâlet sözleşmelerinin, tüketici işlemi kapsamına alınmasıdır. Vekâlet sözleşmelerinin tüketici işlemi kapsamına alınmasıyla birlikte vekâlet sözleşmesinin karakteristik unsurlarını taşıyan avukatlık sözleşmesi de tüketici işlemi kapsamına alınmış ve söz konusu sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar tüketici mercilerinde görülmeye başlanmıştır. Buna göre sağlayıcı avukat, tamamen veya kısmen alamadığı ücretini, tüketici müvekkil ise ayıplı hizmet sebebiyle ortaya çıkan seçimlik haklarını, ihbar külfeti yeni kanunla kaldırılması sebebiyle sadece kanunda belirtilen zamanaşımı sürelerine uyarak tüketici mercilerinden talep edebilir; ayrıca tazminat da talep edebilir.

Her ne kadar Kanun koyucu, tüketici işleminde vekâlet sözleşmesini hükme bağlayarak avukatlık sözleşmesini de kanun kapsamına almışsa da avukatlık sözleşmesinin niteliği gereği bir takım sorunlar gündeme gelmektedir. Bu sorunların başında uyuşmazlığın Tüketici Hakem Heyetleri'ne götürülmesi gelmektedir. Tüketici Hakem Heyetleri'ni oluşturan kişilerin bilgi eksikliği ve her uyuşmazlığa aynı heyetin bakması sebebiyle avukatlık sözleşmesinden doğan uyuşmazlığın çözümü konusunda sağlıklı bir kararın ortaya çıkması oranı kanaatimizce düşük kalacaktır. Söz konusu durum, Tüketici Hakem Heyetleri'ne "itiraz" müessesesi düzenlenmiş olsa da heyetlere olan güvenin azalmasına ve zaman kaybına yol açacaktır. Bu sebeple nihai çözüm olarak kanunda belirtilen aynı niteliğe sahip kişilerin bakmasından ziyade, uyuşmazlığın niteliğine göre Tüketici Hakem Heyetlerinde uzmanlaşmaya gidilerek uyuşmazlığın niteliğine göre o alanda uzman kişilerden oluşan Tüketici Hakem Heyetleri'nin bakmasıdır.

KAYNAKÇA

- Akcan**, Recep; "Vekilin Başkasını Tevkil Etmesi", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:9, Sayı:3-4, 2011, s.7-29.
- Akil**, Cenk; "Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu Kararları Işığında Avukatın Görevini Özenle Yerine Getirme Yükümlülüğü", Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(1) 2012, s.11-26.

⁹⁶ **Aydoğdu**, s.359.

- Altop**, Atilla; “Türk Hukukunda, Avrupa Birliği Hukukunda ve Uygulama da Tüketici Kavramı”, İKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3 S. 1-2, (Türk-Avusturya Hukuk Haftası Özel Sayısı” Avrupa Hukuku ve Ulusal Hukuklar Bağlamında Tüketicinin Korunması Hukuku” İstanbul 03-06 Nisan 2004) Aralık 2004, s.3-14.
- Atalı**, Murat; “6502 Sayılı Kanun’un Tüketici Sorunları Hakem Heyetlerine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan, Cilt: I, Ankara 2014, s.397-418.
- Aydoğdu**, Murat; Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara 2015.
- Başpınar**, Veysel; “Avukatın Özen Borcu”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XII, Sayı. 1-2, 2008, s. 39-62. (**Kısaltma**: Avukat)
- Başpınar**, Veysel; Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, 2. Baskı, Ankara 2004. (**Kısaltma**: Vekil)
- Baykan**, Renan; Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Eksik ve Aksak Yönleri ile Tadiline İlişkin Çözüm Önerileri, İstanbul 2008.
- Bilge**, Necip; Borçlar Hukuku Dersleri: Hususi Borç Münasebetleri, Ankara 1958.
- Boz**, Onur (2011); Avukatın Malpraktis Sorumluluğu, Yüksek Lisans Tezi (Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü).
- Burcuoğlu**, Haluk; “Avukatlık Sözleşmesi ve Avukatlık Ücreti İle İlgili Önemli Bazı Sorunlar (Avukatlık Sözleşmesi ve Avukatlık Ücreti)”, TBB Dergisi, S.49, 2003, s.49-82.
- Bulut**, Uğur; “Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumlulukta Tüketici Mahkemelerinin Görevine İlişkin Bir Yargıtay Kararı İncelemesi”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı:2, 2012, s.321-346.
- Doğan**, Gül; “Satıcının Ayıplı Mallardan ve Sağlayıcının Ayıplı Hizmetlerden Sorumluluğu”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı:1, 2008, s. 185-204.
- Erem**, Faruk; “Reklam Yasağı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:1, 1996, s.16-26.
- Eren**, Fikret; Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, İstanbul 2014.
- Ermeneek**, İbrahim; “Yargı Kararları Işığında Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Sorunlara İlişkin Çözüm Önerileri”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XVII, Sayı:1-2, 2013, s.563-630.
- Gökyayla**, Emre; Avukatlık Sözleşmesinin Avukatın Azli ve İstifasıyla Sona Ermesi, Ankara 2007.
- Gümüş**, Mustafa Alper; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt: II, 3. Baskı, İstanbul 2014. (**Kısaltma**: Borçlar Özel)
- Gümüş**, Mustafa Alper; 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Cilt: I, İstanbul 2014. (**Kısaltma**: Tüketici)
- Güner**, Semih; “Avukatın Özen Yükümlülüğü”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:2, 2000, s.557-586. (**Kısaltma**: Özen)
- Güner**, Semih; “Avukatlık Sözleşmesi ve Ücreti, Ankara 2014. (**Kısaltma**: Sözleşme)
- Güner**, Semih; Avukatlık Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2011. (**Kısaltma**: Avukatlık)

Günnergök, Özcan; Avukatlık Sözleşmesi, 3. Baskı, Ankara 2013.

İlgün, Candaş; Avukatlık Ücret Sözleşmesi, 2. Baskı, Ankara 2015.

İnal, Tamer; Tüketici Hukuku Doktrin ve Yargıtay İçtihatları, 3. Baskı, Ankara 2014.

İyimaya, Ahmet; Temsil Yoluyla Bağtlanan Avukatlık Sözleşmesi için Özel Yetkinin Varlığı Zorunlu mudur?”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:3-4, 1993, s.362-384.

Kara, İlhan; Tüketici Hukuku, Ankara 2012.

Korkusuz, Refik/**Korkusuz**, Halit; Avukatlık Hukukuna Giriş, 3. Baskı, Bursa 2014. (**Kısaltma**: Avukat)

Korkusuz, Refik/**Korkusuz**, Halit, “Avukatlık Sözleşmesinin Özellikleri”, Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: I, Sayı:2, 2013, s.1-14. (**Kısaltma**: Sözleşme)

Müderrişoğlu, Feridun; “Avukatlıkta Vekâlet ve Ücret Sözleşmesi ve İçtihatlar”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı:5, 1974, s.877-889.

Oğuzman, Kemal/**Seliçi**, Özer/**Oktay-Özdemir**, Saibe; Kişiler Hukuku, 14. Baskı, İstanbul 2014.

Oğuzman, Kemal/**Öz**, Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: II, 11. Baskı, İstanbul 2014.

Olgaç, Senai; Kazai ve İlmi İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu Akdin Nevileri, Cilt: III, Ankara 1969.

Ozanoğlu, Hasan Seçkin; “Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Uygulanma Alanı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı:1, 2001, s.55-90. (**Kısaltma**: Tüketici)

Ozanoğlu, Hasan Seçkin; Mukayeseli Hukuk ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Tüketiciyi Koruyan Düzenlemelerin Kişi Bakımından Uygulanma Alanı (Tüketici Kavramına Mukayeseli Bir Yaklaşım), Prof.Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul2000, s.663-692. (**Kısaltma**: Mukayese)

Özel, Çağlar; Tüketicinin Korunması Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2014.

Özen, Atilla; Avukatlık Hukuku, Ankara 2014.

Özkan, Meral Sungurtekin; Avukatlık Mesleği (Avukatın Hak ve Yükümlülükleri), 4. Baskı, İzmir 2013.

Petek, Hasan; “Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Uygulanması”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 15, Özel S., 2013, s.969-1017.

Şenocak, Zarife; “Avukatın Akdi Sorumluluğu”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı:2, 1998, s.5-33.

Taşkın, Mustafa; “Tüzel Kişilerin ve Şirketlerin Tüketicilik Vafı”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı:1, 1997, s.30-37.

Tandoğan, Haluk; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt: II, 5. Baskı, İstanbul 2010.

Tiryaki, Betül; Tüketicinin Korunması Hukuku Açısından Ayıplı Hizmetten Doğan Sorumluluk, Ankara 2007.

Tutumlu, Mehmet Akif; Norm, Kuram ve İçtihat Işığında Tüketici Hakem Heyetleri, Ankara 2015.

Türkmen, Ahmet; “Tüketici İşlemlerinde Ayıplı Mal ve Hizmetten Doğan Seçimlik Hakların Tabi Olduğu Zamanaşımı ve Bunun Garanti Taahhütleriyle İlişkisi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:16, Özel S., 2014, s.3389-3448.

Yavuz, Nihat; Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, 2.Baskı, Ankara 2010.

Zevkliler, Aydın/**Gökyayla**, Emre; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 14. Baskı, Ankara 2014.

Zevkliler, Aydın/**Aydoğdu**, Murat; Tüketicinin Korunması Hukuku, 3.Baskı, Ankara 2004.

L'HYPOTHÈQUE LÉGALE DES ARTISANS ET ENTREPRENEURS ET L'ÉVOLUTION LÉGISLATIVE DU CODE CIVIL SUISSE DU 1er JANVIER 2012

(The legal mortgage of construction and the partial revision
of the Swiss Civil Code on 1st January 2012)

Öğr. Gör. Evrim KERMAN*

ÖZET

Çalışmada İsviçre ve Türk Hukuklarına göre Yapı Alacaklısı İpotegi incelenmekte, 1 Ocak 2012 tarihli İsviçre Medeni Kanun değişikliğinin getirdiği yeniliklere karşılaştırmalı olarak yer verilmektedir.

Her iki kanun da, bir taşınmaz üzerinde yapılan yapı veya diğer işlerde malzeme vererek veya vermeden emek harcadıkları için malzeme ve emek karşılığı olarak malik veya yükleniciden alacaklı olan alt yükleniciyi ve zanaatkârı kanuni bir ipotek hakkının tesisi ile korumak istemiş ve bu kişilere önceki rehin hakkı sahiplerine karşı ileri sürmeleri için öncelik hakkı bahsetmiştir.

Anahtar kelimeler: Yapı Alacaklısı İpotegi, Kanuni İpotek Hakkı, Yüklenici ve Zanaatkâr, Öncelik hakkı.

Abstract

In this article, the subject matter of the above mentioned right is analyzed. The legal mortgage of construction guarantees claims of builders and renovators arising from their work in a building. It relates and affects the building where the work was carried. Debts are secured by the mortgage. In fact it will be legal to sell the property on which the mortgage is registered. The judicial selling price is then affected in whole or in part to the payment of the debt of the builder, renovator or material supplier.

After the registration, the mortgage in favor of the contractor and the craftsmen

* İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Görevlisi, Cenevre Üniversitesi Hukuk Fakültesi Doktora Öğrencisi.

has priority before all other mortgages, even if they are already registered. The priority is limited with the value, added due to the construction.

Key Words: 'The legal mortgage of construction, 'Statutory mortgage', 'Contractor and the Craftsmen', 'Priority Right'.

I. Créancier hypothécaire de la construction

A. La notion et les caractéristiques

Ce travail consiste à examiner l'hypothèque légale qui donne un droit d'action directe au sous-traitant contre le maître de l'ouvrage.

L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs est régie dans le Code civil suisse (CCs) aux arts. 837 al. 1 ch. 3, al. 2 et 3, 839 à 841 et ainsi que dans le Code civil turc (CCt) à l'art. 893 al. 3.

Pour protéger les artisans et entrepreneurs contre l'insolvabilité du maître de l'ouvrage, les législateurs - suisse et turc - ont institué une hypothèque légale, afin de garantir le droit à la rémunération découlant du contrat d'entreprise, et le paiement des honoraires. Il s'agit donc d'un droit réel limité, portant sur une chose immobilière et garantissant une créance.¹ Brièvement, le créancier hypothécaire peut faire réaliser la chose en cas d'inexécution de la dette.² Une créance des entrepreneurs donne la possibilité de faire inscrire l'hypothèque légale en leur faveur³.

Conformément à l'art. 793, le Code civil suisse connaît trois formes de gages immobiliers : l'hypothèque, la cédula hypothécaire et la lettre de rente. La cédula hypothécaire et la lettre de rente sont des papiers-valeurs qui incorporent à la fois la créance et le droit de gage.⁴ L'hypothèque légale, garantit la plus-value donnée par les artisans et entrepreneurs à l'immeuble par les travaux, matériaux fournis comme tout le gage immobilier.⁵ La naissance d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs est liée à l'inscription au registre foncier, soit sous la forme d'une inscription déclarative ou d'une mention, soit sous celle d'une inscription conservatoire, dont la constitution nécessite une inscription (art.837 al.1 ch.3 du CCs). L'inscription sera opérée sur le feuillet du registre foncier consacré à l'article sur lequel est érigée

¹ TEKINAY, S.: Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Aynî Haklar, İstanbul 1994.p. 83. ; ERTAS, S. : Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Eşya Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2006. p. 535.

² STEINAUER P.-H. : Les droits réels, TOME III, 3^e éd., Berne 2003, N. 2618. p.94

³ YAVUZ/ACAR/ÖZEN : Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 14. Baskı, Beta, İstanbul, 2014,p.983

⁴ Rapport explicatif relatif à l'avant-projet de Révision partielle du Code civil, Mars 2004, p.8.

⁵ SAVIAUX N., La double garantie en matière d'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs. in *Droit de la construction 3/99, Institut droit de la construction, Université de Fribourg*, p. 92

la construction ou l'installation⁶. L'inscription est une écriture par laquelle les tiers sont renseignés sur le statut de l'immeuble quant aux droits réels, p.ex. : La constitution d'un gage immobilier, d'une propriété par étages.⁷ L'annotation est une écriture juridique du registre foncier qui se borne à conférer à certains droits un effet réel et son existence n'est en principe pas liée au registre foncier.⁸ P. ex. : les inscriptions provisoires (art. 961 al.1 du CCs) et les droits personnels (art. 959 al. 1 du CCs).

Suite aux efforts économiques et au travail des artisans et entrepreneurs, qui risquent toujours de subir l'insolvabilité du maître de l'ouvrage, et afin de protéger leurs situations, ces derniers ont le droit d'obtenir une hypothèque légale pour garantir leurs créances notamment en cas d'incapacité de paiement du débiteur, et d'obtenir le remboursement privilégié de leurs avoirs. Les artisans et entrepreneurs peuvent ainsi récupérer la plus-value qu'ils ont créée sur l'immeuble.⁹

La concurrence dans le secteur de la construction et le souhait de contrôler la qualité des travaux du maître de l'ouvrage avant de paiement ne donnent toujours pas l'opportunité à l'entrepreneur, de demander à être payé d'avance par le maître de l'ouvrage, ni de sûreté lors de la procédure de soumission ou de la conclusion du contrat¹⁰. L'existence d'une créance de construction est obligatoire afin de constituer une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs.¹¹

Bref, l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs est une garantie prévue par la loi permettant aux artisans, entrepreneurs et sous-traitants de faire inscrire un gage au registre foncier¹² ; cela dans le but de leur permettre d'être payé en priorité sur le produit de la réalisation du gage.¹³ Une fois l'inscription définitive de l'hypothèque est acquise, les artisans et entrepreneurs peuvent encaisser leurs créances, une poursuite en réalisation de gage.¹⁴

L'art. 837 al. 1 ch. 3 du CCs et l'art. 893 du CCt accordent aux artisans et entrepreneurs la possibilité de constituer une hypothèque en garantie de leur honoraire et, ainsi, le pouvoir de faire réaliser à leur profit l'immeuble du maître de l'ouvrage.

⁶ OVERNEY, A. L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs. Juin 2005. p. 5.

⁷ DELAFONTAINE, J.-C.: La mention au registre foncier : étude de droit privé fédéral et vaudois Thèse en droit, Faculté de droit de l'Université de Lausanne, 1999. p. 18.

⁸ Ibid., p. 20.

⁹ STEINAUER, P.-H., L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs *in* Journées suisses de droit de la construction 2005, p. 219.

¹⁰ SAYMEN, H. / ELBIR, H. K. , Türk Eşya Hukuku Dersleri, 2. Baskı, İstanbul 1983, p. 585; KÖPRÜLÜ, B. / KANETİ, S. , Sınırlı Aynî Haklar, 2. Baskı, İstanbul 1982 – 1983, p. 309.

¹¹ DE HALLER J.-C. p.227.

¹² AVCI, A. / KÖKSAL ORUÇ, B. : İnşaatçı İpoteği (Yapı Alacaklısı İpoteği), *in* : Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Yıl : 1 - Sayı 2, 2014-2, p. 95.

¹³ OVERNEY, A.: L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs. Juin 2005. p. 3.

¹⁴ Ibid., p.10.

Au contraire du vendeur qui pourrait retenir le bien contre paiement, les artisans et entrepreneurs ne bénéficient pas de la possibilité d'exercer un droit de rétention ou de faire inscrire une réserve de propriété sur les matériaux fournis.¹⁵ Il faut noter que le droit de rétention est un droit accessoire attaché à la créance principale, garantissant la créance pour laquelle il se produit en faveur du titulaire de la créance¹⁶ et pour s'indemniser jusqu'à concurrence de la valeur de sa créance envers le débiteur. La différence principale entre le droit de rétention et le droit de gage immobilier est que ce dernier prend la naissance par un contrat et l'autre (droit de rétention) selon la loi. En résumé, l'inexécution de l'obligation de paiement de l'entrepreneur permet au sous-traitant de ne pas délivrer la chose, objet du contrat.

L'art 837 al.1 ch.3 du CCs a la teneur suivante : « *Les artisans et entrepreneurs employés à la construction ou à la destruction de bâtiments ou d'autres ouvrages, au montage d'échafaudages, à la sécurisation d'une excavation ou à d'autres travaux semblables, sur l'immeuble pour lequel ils ont fourni des matériaux et du travail ou du travail seulement, que leur débiteur soit le propriétaire foncier, un artisan ou un entrepreneur, un locataire, un fermier ou une autre personne ayant un droit sur l'immeuble.* »

B. Le principe

L'hypothèque légale a pour but de garantir la rémunération de l'entrepreneur pour les prestations (matériaux et travail ou travail seulement) fournies sur un immeuble,¹⁷ par le biais de la valeur ajoutée de la propriété immobilière. L'hypothèque légale bénéficie aux personnes qui ont participé à la construction, à la destruction ou à la rénovation d'un immeuble, à la prise de toutes les mesures utiles en vue de payer les artisans et entrepreneurs et leur garantie pour plus-value donnée à l'immeuble du propriétaire. Le propriétaire actuel doit supporter les conséquences relatives de son immeuble grevé d'un droit de gage,¹⁸ ce dernier n'est tenu au paiement du prix de l'ouvrage qu'à son partenaire contractuel. Le droit de gage immobilier est un droit réel destiné à garantir une créance, dont le créancier gagiste est autorisé à requérir la vente forcée de l'immeuble, dès que le débiteur n'acquitte pas volontairement sa dette et à demander que le produit de la vente lui soit attribué¹⁹. Selon Saviaux et Steinauer, le propriétaire actuel donne la garantie du paiement pour la plus-value apportée

¹⁵ ATF 103/1977 II 33/35= JdT 1977 I 534/536

¹⁶ ALAI, D. : La cession des créances en droit suisse, Thèse en droit, Faculté de droit de l'Université de Genève, 1966, p. 145.

¹⁷ Cour de cassation turque 15^e cha. civ. du 16 juin.2005/6312/3626

¹⁸ CARRON, B. / FELLE, M., Le nouveau droit de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs : ce qui change et ce qui reste. In : *Le nouveau droit de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs*. Neuchâtel, 2012. p.4

¹⁹ ALAI, D., p. 140.

à son ouvrage en le mettant en gage en faveur des artisans entrepreneurs, en vertu de l'art. 837 al. 1 ch. 3 CCs.²⁰

Selon l'arrêt du 4 décembre 2009 de 2^e Cour de droit civil du TF²¹ l'inscription d'une hypothèque légale d'entrepreneur peut être obtenue pour la fourniture de choses fabriquées spécialement en vue d'une construction déterminée et donc difficilement utilisables, voire inutilisables, ailleurs. Les travaux de destruction de bâtiments ou d'autres ouvrages²² ou montage d'échafaudages et à la sécurisation d'une excavation ou à d'autres travaux semblables sont mentionnés à l'art. 837 al.1 ch.3 du CCs, et l'art. 893 al.1 ch.3 du CCt²³ autorisent l'inscription d'un gage immobilier, et ceci non seulement pour les créances envers le propriétaire du bien-fonds, mais également envers le locataire, le fermier ou tout autre ayant droit au bien fonds, ayant réalisé des mandats avec le consentement du propriétaire.

L'arrêt du 18 février 2008 de la 15^e Chambre civile de la Cour de cassation turque²⁴ exprime clairement à l'instar du Tribunal fédéral qu'une personne qui a fourni les matériaux spécialement et/ou incorporé à un ouvrage (en présence d'une prestation pour sa réalisation), peut obtenir la possibilité de constituer une hypothèque légale, que son débiteur soit le propriétaire foncier, qu'il soit un artisan, entrepreneur, locataire, fermier ou une autre personne ayant un droit sur l'immeuble.²⁵ Le droit de faire inscrire l'hypothèque légale des sous-traitants est indépendante de celui de l'entrepreneur général. Les sous-traitants ont droit de requérir l'inscription de l'hypothèque légale, même si l'entrepreneur général a aussi demandé l'hypothèque découlant de ses créances. « *Tout contrat d'entreprise est autonome et donc indépendant des autres contrats. Il est dès lors possible et admissible que l'immeuble puisse être grevé plusieurs fois d'une hypothèque légale des artisans et des entrepreneurs.* »²⁶

C. L'évolution législative des CCs du 1^{er} janvier 2012 et débats de la réforme des CCs

Entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2012, la modification touche l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs.²⁷ Les ch. 1 et 2 de l'al. 1 de l'art. 837 du CCs demeu-

²⁰ DE HALLER, J-C. 197, STEINAUER, P-H., L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs in *Journées suisses de droit de la construction*, 2005, p. 227.

²¹ ATF 136 III 6 consid.3. , Pour le béton frais : ATF 104 II 348 c. III/1 p. 351.

²² Pour la construction dans une école : ATF 126 III 467 consid. 2.b.

²³ AKIPEK, p. 243; BIÇAKÇI, Yapı Alacaklısı İpotegi, İHFM 1982, C. 45, S. 1 – 4, pp. 537 – 568. p. 543.

²⁴ Cour de cassation turque 15^e ch. civ. 2006/6606-2008/960.

²⁵ Également aux titulaires d'un droit d'habitation ou d'usufruits, ou aux futurs acquéreurs de l'immeuble (FF 2007 5015, 5052).

²⁶ Rapport explicatif relatif à l'avant-projet de Révision partielle du Code civil, Mars 2004, p.41.

²⁷ ATF 105 II 264. « *Le sous-traitant qui a fabriqué un ouvrage individualisé exigeant un travail spécial*

rent inchangés. Le ch. 3 de l'art. 837 précise les travaux qui peuvent faire l'objet de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs : la destruction d'ouvrages, le montage d'échafaudages et la sécurisation d'excavations peuvent donner lieu à la possibilité de constituer une hypothèque légale.²⁸ Deuxièmement, la révision élargit le cercle des tiers non propriétaires qui peuvent commander, avec le consentement du propriétaire, des travaux à un artisan et à un entrepreneur et à ceux-ci d'obtenir un droit à l'inscription d'une hypothèque légale pour leur créance en rémunération des travaux effectués dès la conclusion du contrat,²⁹ (« le ch. 3 règle le droit à l'inscription d'une hypothèque légale en cas de travaux de construction commandés par un locataire, par un fermier ou par une autre personne ayant un droit sur l'immeuble. »³⁰) p. ex, ces tiers peuvent être le propriétaire superficiaire, la fiduciaire d'un patrimoine comprenant un immeuble, l'usufruitier ou encore les futurs acquéreurs de l'immeuble. « L'instauration de l'obligation de requérir l'aval du propriétaire foncier pour faire exécuter sur son immeuble des travaux par un artisan ou un entrepreneur lorsque ceux-ci sont commandés par un tiers permet d'élargir le cercle des maîtres de l'ouvrage potentiel. Outre les locataires et les fermiers, les usufruitiers, les titulaires de droits d'habitation ou encore les futurs acquéreurs d'un immeuble pourront commander des travaux pour lesquels les artisans et les entrepreneurs pourront, en cas de non-paiement, requérir l'inscription d'une hypothèque légale.³¹ »

Avant la révision, l'artisan ou l'entrepreneur n'avait pas de droit à l'inscription lorsque c'était p. ex. le locataire qui avait passé commande des travaux. (« Selon le droit actuel, l'entrepreneur ne possède pas de droit à l'inscription d'une hypothèque légale si celui qui a commandé les travaux faisant l'objet du contrat d'entreprise et qui est donc le débiteur de la créance du prix de l'ouvrage n'est pas le propriétaire foncier, mais un locataire. »)³² En même temps, l'avant-projet de la réforme du CCs ne prévoyait pas la possibilité de bénéficier de l'hypothèque légale en faveur des sous-traitants et d'introduire un droit de gage légal en leur faveur. Suite aux critiques véhémentes suscitées par cette proposition ont incité le Conseil fédéral à renoncer à introduire un droit de gage légal pour les sous-traitants et à maintenir le régime actuel qui leur permet de constituer une hypothèque légale.³³

a droit à l'hypothèque légale. Même s'il a été commis à l'insu du propriétaire actuel de l'immeuble et que l'ouvrage a été posé par un tiers. »

²⁸ TERCIER P. / FAVRE P., Le point sur la partie spéciale du droit des obligations in *Revue Suisse de Jurisprudence*, SJZ, 108/2012 p.260.

²⁹ CARRON B.,/ FELLELY M., p.41.

³⁰ *Message du Conseil fédéral suisse concernant la révision du code civil suisse (Cédule hypothécaire de registre et autres modifications des droits réels)*, art. 837, du 27 juin 2007.

³¹ Ibid.,

³² Rapport explicatif relatif à l'avant-projet de Révision partielle du Code civil, Mars 2004, p.42.

³³ *Message du Conseil fédéral suisse concernant la révision du code civil suisse (Cédule hypothécaire de*

Bref, on voit que la modification du CCs prévoit une formulation très large.³⁴ Peu importe qui a confié l'ouvrage à l'artisan ou l'entrepreneur. La partie attaquée est toujours le propriétaire foncier. Désormais, les artisans et entrepreneurs disposeront d'un droit à l'inscription d'une hypothèque légale à la condition que le propriétaire foncier a donné son consentement à l'exécution de ceux-ci. Les artisans et entrepreneurs prendront soin de s'assurer la présence de ce consentement sous une forme qui leur permet de le prouver. Si cet artisan ou cet entrepreneur fait appel à un sous-traitant pour l'exécution des travaux, le consentement du propriétaire foncier n'est plus nécessaire: leur débiteur (soit l'entrepreneur principal) n'est pas une personne ayant un droit sur l'immeuble. « *La proposition relative à la révision du CCs voulant que, lorsque des travaux sont commandés par un locataire ou un fermier, l'hypothèque ne peut être inscrite que si le propriétaire foncier a donné son aval à l'exécution de ceux-ci a suscité des réserves.*³⁵ » Ainsi qu'on l'a vu, l'hypothèque légale n'est constituée qu'à la double condition : que l'artisan ou l'entrepreneur requiert l'hypothèque et que le juge ordonne cette inscription au registre foncier.³⁶

Troisièmement, le nouvel art. 839 al. 2 du CCs prévoit que le délai pour obtenir l'inscription de l'hypothèque au registre foncier passe de trois à quatre mois (...la nécessité de prolonger le délai d'inscription pour tenir compte du fait que les délais de paiement sont aujourd'hui plus longs qu'autrefois.)³⁷ à compter de l'achèvement des travaux principaux (« dernier coup de marteau ») et non pas dès l'établissement de la facture.³⁸ Par achèvement des travaux, il faut comprendre le moment où tous les travaux qui constituent l'objet du contrat d'entreprise ont été exécutés et où l'ouvrage est livrable.³⁹ Il faut noter que, l'avant-projet de 2004 ne modifie ni le délai d'inscription de l'hypothèque légale, ni les règles relatives à son point de départ. En même temps, le délai de péremption de trois mois dès l'achèvement des travaux a été trouvé un délai suffisant pour réagir et l'intérêt du propriétaire de savoir si une inscription aura lieu sur son immeuble et les autres dispositions relatives à l'hypothèque légale

registre et autres modifications des droits réels), 1.1.5 : *Décisions matérielles préliminaires* arrêtées par le Conseil fédéral du 27 juin 2007.

³⁴ Ibid.

³⁵ *Message du Conseil fédéral suisse concernant la révision du code civil suisse (Cédule hypothécaire de registre et autres modifications des droits réels), Modifications relatives à l'hypothèque légale des artisans et des entrepreneurs, 27 juin 2007. ATF 92 II 227 (229) consid.1. = JdT 1967 I 264*

³⁶ OVERNEY, A. L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs. Juin 2005. p. 7.

³⁷ *Message du Conseil fédéral suisse concernant la révision du code civil suisse (Cédule hypothécaire de registre et autres modifications des droits réels), Modifications relatives à l'hypothèque légale des artisans et des entrepreneurs, 27 juin 2007.*

³⁸ ATF 5A_208/2010 du 17 juin 2010, ATF 5A_227/2007 du 11 janvier 2008.

³⁹ STEINAUER, P.-H., L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs in *Journées suisses de droit de la construction* 2005, p. 228. Voir Notamment : ATF 125/1999 III 113/116=JdT 2000 I 22/24

ne nécessitent pas non plus d'être réformées.⁴⁰ L'avant-projet de 2004 a apporté deux nouveautés : les travaux relatifs à la destruction des bâtiments et autres ouvrages peuvent faire l'objet d'une hypothèque légale et avec le consentement du propriétaire, les travaux commandés par le locataire ou le fermier donnent la possibilité de faire inscrire l'hypothèque légale. Conformément à l'avant-projet de 2004 de révision partielle du Code civil (art. 841, al. 1, AP-CC), pour éviter le risque paiement à double du propriétaire, le droit du sous-traitant de l'inscription d'une hypothèque légale a été supprimé et remplacé par un droit à la constitution d'un droit de gage sur la créance que l'entrepreneur principal possède contre son cocontractant⁴¹. En dépit du fait que l'entrepreneur ne perde pas son droit à l'hypothèque légale, l'avant-projet a prévu un droit pour chaque sous-traitant de requérir à la place de l'entrepreneur principal une inscription provisoire de l'hypothèque légale. (art. 841 a, al. 3, AP-C-Cs). L'organisation nationale de la construction a proposé⁴² de combler les lacunes mineures existantes sur le plan de l'avant-projet de 2008, en prolongeant le délai d'inscription à cinq mois et en instaurant des garanties en faveur de l'artisan ou de l'entrepreneur, et en particulier du sous-traitant, pour des immeubles insaisissables du patrimoine administratif.

Avec la révision des dispositions concernant les droits réels du 1^{er} janvier 2012, le nouvel article 836 du CCs permet des hypothèques légales pouvaient prendre naissance sans inscription et faire l'objet d'une simple mention au registre foncier, lorsque les dispositions cantonales le permettaient.⁴³ Après la révision, les hypothèques légales dépassent 1000 francs doivent être formellement inscrites au registre foncier dans les quatre mois à compter de l'exigibilité de la créance sur laquelle elles se fondent ou au plus tard dans les deux ans à compter de la naissance de la créance.⁴⁴ Si les hypothèques légales ne sont pas inscrites dans le délai de péremption, celles-ci ne peuvent pas opposées aux tiers qui se sont fondés de bonne foi sur le registre foncier.⁴⁵

⁴⁰ Rapport explicatif relatif à l'avant-projet de Révision partielle du Code civil, Mars 2004, p.10.

⁴¹ Ibid., p.10.

⁴² Reflets de la construction, Analyse de la situation par constructionsuisse, décembre 2008/ No 126, p. 2.

⁴³ Rapport du Conseil d'Etat au Grand Conseil de la République et Canton de *Neuchâtel* à l'appui d'un projet de loi portant modification de diverses lois (hypothèques légales et lettres de rente), 23 mai 2012, p. 1.

⁴⁴ Ibid.,

⁴⁵ « Il faut noter que le grand Conseil de la république et canton de *Neuchâtel* a déclaré que le système de la mention au registre foncier d'une hypothèque légale sans inscription n'est pas de grande utilité et non consultatif de droit et ce dernier veut éviter les créances occultes et ainsi améliorer l'effet de publicité du registre foncier. » Voir notamment : Rapport du Conseil d'Etat au Grand Conseil de la République et Canton de *Neuchâtel* à l'appui d'un projet de loi portant modification de diverses lois (hypothèques légales et lettres de rente), 23 mai 2012, p. 3.

D. La modification du CCt du 22 novembre 2001

Dans cette rubrique, on essaiera de comparer les articles sur l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs de l'ancien (numéro RS : 743) et de l'actuel Code civil turc (numéro RS : 4721).

La dernière modification du CCt a été faite le 22 novembre 2001 et mise en vigueur le 1^{er} janvier 2002. Comme son grand frère, l'ancien Code civil turc du 1926, ces derniers ont été réceptionnés, avec peu de modifications, par le Code civil suisse.

L'art. 807 du ancien CCt et l'art. 893 du CCt touchent l'hypothèque légale. Je voudrais vous annoncer qu'au moment de la modification, le législateur turc n'était pas si minutieux et a raté quelques points importants sur l'hypothèque légale. Comment ce dernier pouvait-il rédiger l'art. 893 du CCt afin de satisfaire parfaitement les artisans et entrepreneurs qui donnent la plus-value de l'immeuble ?

Dans le Code civil turc, les droits de gages se trouvent au 4ème livre au titre « droit réel », à la partie des « *droits limités* » sous le titre « *droit du gage immobilier* ». L'art. 892 du CCt prévoit les droits hypothécaires. En droit turc, comme le droit suisse, il y a deux types des droits hypothécaires : enregistrable et non-enregistrable.

Pour la naissance d'un droit hypothécaire, l'inscription n'est pas nécessaire comme cité par l'art. 892 du CCt et l'art. 836 du CCs. Avant la modification, l'ancien CCt n'avait pas prévu cette réglementation.

L'art. 893 al.1 du CCt accorde aux artisans et entrepreneurs la possibilité de requérir une hypothèque en garantie de la plus-value donnée par les artisans et entrepreneurs à l'immeuble, grâce à leur travail et à leurs matériaux. Comme on a vu précédemment, les législateurs de deux pays pensent que les artisans et entrepreneurs méritent une protection privilégiée. A ce niveau-là, il n'y pas de différence entre l'ancien et l'actuel du CCt.

La naissance d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs est liée à l'inscription au registre foncier. Le droit d'un gage nécessite une inscription, même si la demande d'inscription d'une hypothèque est née directement en vertu de la loi. Pour cette raison, l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs se trouve au droit du gage indirect.⁴⁶

L'art. 807 al.1 du ancien CCt et l'art. 893 du CCt ont des points plutôt communs, mais aussi des différences. En vertu de l'art 807 al.1 du ancien CCt, les ouvriers et entrepreneurs peuvent constituer l'inscription d'une hypothèque légale, à

⁴⁶ CAN, M.: Yeni Medenî Kanun'un İnşaatçı (Yapı) İpoteği Hakkındaki Hükümleri İle İpoteğin Kendi Adına Tescilini Talep Edebilecek Kişiler Bakımından Bir Değişiklik Yapılıp Yapılmadığı Meselesi : *in* : Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 8, Sayı 1-2 (Haziran-Aralık 2004)

raison des matériaux ou services qu'ils ont fournis ou préparés, lesquels augmentent la valeur de l'ouvrage. En conséquence, l'art. 893 du CCt accorde aux artisans et sous-traitants de bénéficier de l'hypothèque légale au lieu de l'accorder aux ouvriers⁴⁷ et entrepreneurs.

E. Les bénéficiaires

Le créancier de l'hypothèque doit être un artisan, un entrepreneur ou qu'un sous-traitant. (L'art. 837 al.1 ch.3 du CCs) Comme vu précédemment, le droit à l'inscription d'une hypothèque légale présuppose l'existence d'une créance de construction, donc découlant d'un contrat d'entreprise (l'art. 363 du COs) et/ou d'un contrat de livraison d'ouvrage. En l'absence d'une relation contractuelle entre les parties, les artisans et entrepreneurs ne peuvent prétendre à l'inscription d'une hypothèque légale. Il existe cependant des hypothèques dont la constitution n'exige la conclusion d'aucun contrat : celles-ci existent de par la loi.⁴⁸ En 2004, l'avant-projet de la révision partielle du Code civil est prévu une innovation sous la forme d'un droit de gage légal des sous-traitants.⁴⁹

Les arts. 26 et 140 de LPt (la Loi sur la poursuite pour dettes et la faillite turque), concernant les créanciers de l'hypothèque légale, n'autorisent cependant pas les sociétés mettant temporairement du personnel à disposition d'un entrepreneur pour des travaux sur un immeuble, à prétendre à l'inscription d'une hypothèque légale. Les créances des architectes et ingénieurs ne profitent pas de la garantie de l'hypothèque légale et ne peuvent pas grever cet immeuble⁵⁰ comme les prestations intellectuelles et immatérielles⁵¹. La requête de la constitution de l'hypothèque légale doit être dirigée contre le propriétaire actuel de l'ouvrage concerné par les travaux.⁵²

La personne qui participe seulement à la livraison des matériaux ne peut pas être protégée par l'hypothèque légale, elle doit être acceptée comme un « *simple vendeur*.⁵³ » Car, la simple livraison de matériel non spécifique ne justifie pas de droit à l'inscription, puisque ces matériaux sont fabriqués exprès pour un ouvrage déter-

⁴⁷ YAVUZ/ACAR/ÖZEN: Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), Beta, 13. Baskı, İstanbul, 2014, p.523.

⁴⁸ OVERNEY, A. : L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs. Juin 2005, p. 2.

⁴⁹ Rapport explicatif relatif à l'avant-projet de Révision partielle du Code civil, Mars 2004, p.10.

⁵⁰ ATF 134 III 147 consid. 4.3, JdT 2008 I 207 p. 210 et ATF 131 III 300 SJ 2005 I 467, Voir Notamment : GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, p. 1054; SAYMEN/ ELBIR, p. 586; REİSOĞLU, Türk ve İsviçre Hukukunda Müteahhitlerin ve İşçilerin Kanunî İpotek Hakkı, Ankara 1961, p. 40.

⁵¹ CARRON B., FELLE M., p.20.

⁵² STEINAUER, P.-H., p.226. Voir Notamment: ATF 92/1966 II 227/230 = JdT 1967 264/267

⁵³ DUMAN, I.H.: İnşaat Hukuku, Seçkin, 3. Baskı, Ankara, 2010, p.1008

miné, dont ils deviennent partie intégrante, et que ces apports ne peuvent évidemment être récupérés sans destruction de l'objet immobilier.⁵⁴

Le Tribunal fédéral est d'avis que,⁵⁵ les matériaux livrés fabriqués spécialement pour l'immeuble, sont individuellement déterminés et/ou incorporés à un ouvrage et peuvent bénéficier de la protection de l'hypothèque légale puisque les matériaux livrés ne peuvent être utilisés sur une autre construction, qui sont corrélée au bien à grever et difficiles à séparer même si l'entrepreneur ne participe pas au montage des matériaux.⁵⁶

Parallèlement aux artisans et entrepreneurs, à raison des matériaux ou services qu'ils ont fournis ou préparés augmentant la valeur de l'ouvrage, l'entrepreneur général et le sous-traitant peuvent constituer l'inscription d'une hypothèque légale afin de garantir leurs créances.⁵⁷ Certes, chacun d'entre eux pourrait obtenir l'inscription du gage de l'art. 837 du CCs pour garantir sa créance. Ce droit est accepté comme une dette du propriétaire utile et réelle des biens, si les conditions de l'inscription du droit ont été acquises par un tiers, ayant à traiter avec la personne qui est de bonne ou de mauvaise foi.⁵⁸ Il est par conséquent possible que le propriétaire actuel à qui la constitution de l'hypothèque est demandée, ne soit pas celui qui a commandé les travaux.⁵⁹

Le nouveau droit de l'hypothèque légale suisse (art. 837 al. 2 du CCs) et droit actuel turc prévoient que les travaux commandés par un locataire ou un fermier donner lieu à une hypothèque légale, si le propriétaire de l'immeuble a donné son consentement à l'exécution des travaux. Si les travaux ont été commandés sans l'accord du propriétaire, le droit à l'inscription dépendra de la bonne foi de l'artisan ou de l'entrepreneur.⁶⁰ Si l'entrepreneur sait ou aurait pu savoir que les travaux n'étaient pas commandés (ni autorisés) par le propriétaire, il doit demander l'avis de celui-ci⁶¹ et croire à sa bonne foi, pour pouvoir acquérir l'immeuble et bénéficier d'une hypothèque légale analogue à l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs prévue à

⁵⁴ Réponse à consultation de l'Union démocratique du centre UDC envers la Révision partielle du CCs (droit réels immobiliers et droit du registre foncier), décembre 2004.

⁵⁵ Selon la jurisprudence, une chose spécialement créée et adaptée pour une construction peut également constituer une prestation de construction garantie par un gage. : ATF 111 II 343 c. 2a pp. 344 s., = JdT 1986 I 170 ss, 171 s.

⁵⁶ ATF 103/1977 II 33/35

⁵⁷ SAVIAUX N., p.92. Voir Notamment : ATF 126 II 505.

⁵⁸ TEKINAY, p. 85.

⁵⁹ Ibid., p.226.

⁶⁰ BIÇAKÇI, p. 551-552.

⁶¹ OVERNEY, A. L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs. Juin 2005. p. 3.

l'art. 837 al.1 ch.3 du CCs.⁶² Si l'entrepreneur ne le savait pas, il n'y a droit que s'il a fait preuve de la diligence requise par les circonstances.⁶³

Selon l'art. 893 al. 1 du CCt, l'une des personnes qui peuvent demander l'inscription d'une hypothèque légale est l'artisan, qui est le créancier du propriétaire de l'immeuble et/ou de l'entrepreneur.

Dans le nouveau code civil turc, le législateur préfère utiliser le mot « artisans » au lieu des « ouvriers », comme cité l'ancien CCt. Cependant, c'est difficile à dire que ce changement n'apporte pas une différence essentielle et importante. Car, il est évident que l'on peut rencontrer le mot « ouvrier » à la place du mot « artisan ». On peut dire que cela est une faute terminologique. Mais il faudrait comprendre que selon l'art. 807 du ancien CCt, un ouvrier est une personne qui participe au travail de façon indépendante et il s'est obligé à exécuter son travail découlant d'un contrat d'entreprise. A la différence de « l'ouvrier », « l'artisan » n'est pas engagé à travailler en vertu d'un contrat de service et il est employé à la construction ou à la destruction de bâtiments ou d'autres ouvrages, au montage d'échafaudages, à la sécurisation d'une excavation ou à d'autres travaux semblables, sur l'immeuble. Comme on le voit à cette définition, le législateur turc a utilisé accidentellement le mot « ouvriers » à la place d'« artisans ».

On voit que dans l'art. 893 al. 3 du nouveau CCt, cette fois-ci à la différence du ancien CCt, le législateur a marqué le mot « artisans » au lieu d'« ouvriers ». Donc, le législateur veut que les personnes qui travaillent en vertu du contrat d'entreprise (les artisans) puissent bénéficier de l'hypothèque légale, pas les ouvriers travaillant en vertu du contrat de service.

Selon l'article 897 al. 3 du CCt le droit à l'inscription d'une hypothèque légale présuppose l'existence d'une créance de construction, découlant d'un contrat d'entreprise et/ou d'un contrat de livraison d'ouvrage. Pourtant les travaux qui constituent l'objet du contrat d'entreprise et d'autres contrats peuvent donner la possibilité de constituer l'hypothèque légale. Pourtant, l'art. 897 al.3 du CCt ne se limite pas aux artisans qui demandent l'obtention d'une hypothèque légale, et accepte que les sous-traitants bénéficient aussi de l'hypothèque légale.

Dans un tel cas, il n'existe en principe aucune relation contractuelle directe entre le sous-traitant et le maître de l'ouvrage⁶⁴, même si le sous-traitant n'a pas la possibilité d'effectuer des revendications contre le maître de l'ouvrage, le sous-traitant est autorisée à obtenir l'inscription d'une hypothèque légale des artisans et entrep-

⁶² ATF 134 III 147, JdT 2008 I 207, 5 A_160/2007/5 A_161/2007, 6 décembre 2007.

⁶³ STEINAUER, P.-H., L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs in Journées suisses de droit de la construction 2005, p. 224.

⁶⁴ YAVUZ/ACAR/ÖZEN : Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), Beta, 13. Baskı, İstanbul, 2014, p.522.

reneurs. « *Le sous-traitant, qui est souvent le maillon le plus faible de la chaîne et qui n'a guère les moyens de se défendre contre certaines clauses du contrat, perd ainsi tout protection de ses droits.* »⁶⁵

F. Les sûretés

Le maître de l'ouvrage peut empêcher l'inscription de l'hypothèque en montrant la garantie adéquate contre le créancier hypothécaire, en vertu de l'art. 895 du CCt et parallèlement l'art.839 al.3 du CCs. Le principe est clair : L'hypothèque des artisans et entrepreneurs ne peut pas être inscrits et l'annotation ou inscription déjà effectuée doit être radiée lorsque des sûretés suffisantes sont fournies.

Le choix du type de garanties à donner au créancier hypothécaire est sous l'appréciation du propriétaire immobilier. Le propriétaire peut montrer le garant de crédit et constituer un gage mobilier. La loi exige que la requête de l'inscription de l'hypothèque puisse faire procéder, lorsque le montant du gage est établi par la reconnaissance du propriétaire ou il doit aborder par le juge.⁶⁶

En outre, le propriétaire a la possibilité d'empêcher l'inscription de l'hypothèque légale en déposant les sûretés suffisantes dans une banque et/ou par l'intermédiaire de laquelle il recevra une lettre de garantie bancaire. Si la remise de sûretés intervient après l'inscription au registre foncier, le propriétaire peut requérir la radiation (« *suppression définitive* ») de l'inscription hypothécaire.⁶⁷

Selon l'art. 895 du CCt et l'art.839 al.3 du CCs, le propriétaire assujéti à une hypothèque légale peut éviter son inscription en fournissant des sûretés suffisantes au créancier, c'est-à-dire couvrir le capital, les intérêts et les frais au sens de l'art 818 du CCs de la prétention de l'entrepreneur.⁶⁸ Les codes civils - turc et suisse - ne spécifient pas les types de sûretés : un cautionnement, une assurance, une garantie bancaire, un nantissement, une consignation d'espèces peuvent être appropriée.⁶⁹

En vertu de l'art. 895 du CCt, les sûretés doivent être suffisantes pour que les créanciers de construction puissent avoir pleinement leurs créances.⁷⁰ Par contre, si les parties sont en désaccord sur l'adéquation de sûretés (en cas de contestation), ce différend peut être tranché par le juge. Le créancier de construction peut requérir l'hypothèque provisoire jusqu'à la décision du juge.⁷¹

⁶⁵ Réponse à consultation de l'Union démocratique du centre UDC envers la Révision partielle du CCs (droit réels immobiliers et droit du registre foncier), décembre 2004.

⁶⁶ STEINAUER, P.-H., p.227.

⁶⁷ CARRON B., FELLE M., p.31

⁶⁸ Ibid., p.30.

⁶⁹ STEINAUER P. H., p.226

⁷⁰ REISOĞLU, p. 100; BIÇAKÇI, p. 556.

⁷¹ ATF 121/1995 III 445/447 = JdT 1997 I 154/156, Voir Notamment aussi: ATF 97 I 209, JdT 1971 I 625.

Le créancier hypothécaire peut déposer la requête de l'hypothèque légale si la sûreté nécessaire diminue sa valeur dans un temps précis. Evidemment, le propriétaire peut éviter l'inscription de l'hypothèque, au motif qu'il fournit des sûretés supplémentaires. Cela conduira que la requête deviendra sans objet.

Le propriétaire doit séparément fournir les sûretés à chaque créancier hypothécaire.⁷² Pour cette raison, les sûretés de l'entrepreneur ont été données, elles n'affectent pas ses sous-traitants et des sûretés doivent être données à eux aussi. Si l'entrepreneur n'a pas réussi à fournir une sûreté suffisante contre les sous-traitants, le propriétaire peut rester en dehors de la protection.⁷³

G. Le montant du gage

La révision du CCs comporte une modification rédactionnelle : selon l'art. 893 al. 3 du CCs, ce n'est pas la créance, mais le montant du gage qui doit être reconnu ou fixé par le juge. Il peut dépendre du bon vouloir des parties si ces-dernières ont décidé le montant. Le prix convenu sera valable lorsque le montant aura été décidé par le prix forfaitaire. En outre, le prix va être déterminé par les parties, relativement aux coûts d'estimation et la valeur de l'ouvrage.

Le coût de la construction a pris comme base le montant de l'hypothèque légale, tant que la construction est faite à un prix inférieur à celle que les parties ont prédéterminée. Car, la créance de construction ne peut pas se limiter à la valeur mesurable et à la plus-value de la construction.⁷⁴ Évidemment cette question est valable dans le cas où le coût de la construction est la plus-value que les parties ont décidée.⁷⁵ Selon Saviaux, la livraison d'un ouvrage grevé par les droits de gages, peut endommager la valeur de l'ouvrage, et donne le droit de demander une réduction sur le prix de l'ouvrage.⁷⁶

H. L'hypothèque légale sur l'immobilier et le patrimoine administratif :

Conformément à l'art 713 du CCs, le travail sur le mobilier ne résulte pas de la créance de la construction, et l'hypothèque légale ne peut grever qu'un objet non mobilier⁷⁷ et ni évidemment sur des meubles. Par contre des travaux d'excavation, de terrassement ou d'assèchement de terrain ne donnent droit à l'hypothèque légale.⁷⁸

⁷² REISOĞLU, p. 100; GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, p. 1059.; AKIPEK, p. 245.

⁷³ STEINAUER, P. H., p.221

⁷⁴ REISOĞLU, p. 38; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY - ÖZDEMİR, p. 761; BIÇAKÇI, p. 544.

⁷⁵ KÖPRÜLÜ/ KANETI, p. 309.

⁷⁶ SAVIAUX, p.92. Voir à ce sujet : ATF 116 II 533

⁷⁷ DE HALLER J-C., p.252, REISOĞLU, p. 24.

⁷⁸ STEINAUER, P.-H., L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs in Journées suisses de droit de la construction 2005, p. 223.

Tout d'abord pour la constitution d'une hypothèque légale, l'immobilier doit être enregistrable et il n'y a pas de possibilité de constituer une hypothèque légale sur les immeubles propriétés des collectivités publiques, un tel immeuble est inaliénable et irréalisable (au patrimoine administratif de la collectivité) avant la révision du CCs, en vertu de l'art. 839 al. 6 du CCs. Dans ce cas, le créancier hypothécaire doit supporter seul le risque d'insolvabilité de celui qui a commandé les travaux, sans pouvoir bénéficier d'une sûreté légale, réelle ou personnelle.⁷⁹ Seuls les immeubles qui peuvent être réalisés (vendus aux enchères) peuvent être grevés d'une hypothèque légale.⁸⁰ La réforme du CCs permet de demander l'inscription provisoire du droit de gage en faveur d'un artisan et d'un entrepreneur qui construit sur un bien-fonds dont il n'est pas sûr qu'il ne fasse pas partie du patrimoine administratif d'une collectivité. « *La protection des artisans et des entrepreneurs sera ponctuellement renforcée. Si ces derniers construisent sur un immeuble dont ils ne sont pas certains qu'il ne fasse pas partie du patrimoine administratif d'une collectivité et, partant, soit insaisissable, ils peuvent demander l'inscription provisoire du droit de gage* ». ⁸¹

Selon la jurisprudence,⁸² l'obligation de souffrir la constitution d'une hypothèque légale fondée sur l'art. 837 al. 1 ch. 3 CCs est une obligation « *propter rem* », attachée à la propriété de l'immeuble sur lequel le bâtiment a été érigé ou l'ouvrage exécuté. Il ne peut donc être grevé d'une charge tendant à sa réalisation et, par la même, à le soustraire à son affectation.⁸³

Par contre, l'hypothèque peut requérir sur la propriété privée du patrimoine administratif et/ou des entités non gouvernementales, car il est soumis au droit privé. (« *Comme* notamment lorsque la collectivité a délégué l'exécution de certaines tâches publiques, c'est-à-dire les a transférées à des sujets de droit privé »⁸⁴) Il va de soi que pour pallier les inconvénients, afin de ne pas constituer une hypothèque légale sur les immobiliers, et pour que les conditions prévues aux alinéas 4 à 6 de l'art 839 du CCs- révisé, soient remplies, le cautionnement légal la remplace, l'Etat doit proposer d'autres types de garanties afin de garantir les créances. Cependant, le législateur suisse apporte une nouvelle solution en prévoyant la possibilité d'affirmer l'inscription provisoire en cas de doute sur la qualification de patrimoine administratif (art. 839 al. 5 et 6 du CCs) Le législateur a introduit une responsabilité légale de l'Etat

⁷⁹ CARRON B.,/ FELLEY M., p. 28.

⁸⁰ OVERNEY, A. L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs. Juin 2005. p. 5.

⁸¹ *Message du Conseil fédéral suisse concernant la révision du code civil suisse (Cédula hypothécaire de registre et autres modifications des droits réels) du 27 juin 2007.*

⁸² ATF 92 II 227 (229) consid.1. = JdT 1967 I 264

⁸³ POUDRET, J-F., Patrimoine administratif et hypothèque légale des artisans et entrepreneurs, in : *Mélanges Henri Zwaahlen*, Lausanne, 1977, p.497.

⁸⁴ *Message du Conseil fédéral suisse concernant la révision du code civil suisse (Cédula hypothécaire de registre et autres modifications des droits réels) du 27 juin 2007. p. 5052.*

selon les règles du cautionnement simple pour les travaux exécutés sur le patrimoine administratif.⁸⁵ (art. 839 al. 4 du CCs). « En droit actuel, les hypothèques légales destinées à garantir des créances du droit public ou privé cantonal naissent directement en vertu de la loi, c'est-à-dire sans inscription au registre foncier. Les cantons ont largement usé de la possibilité de garantir de cette façon leurs créances, en particulier dans le domaine fiscal. »⁸⁶

L'inscription provisoire de l'hypothèque légale sur un terrain gouvernemental, est possible, si le bienfonds peut faire l'objet d'une procédure de réalisation forcée sur la base de l'art. 839 al.4 du CCs.⁸⁷ Car, parfois, il est difficile de connaître si un immeuble appartient au patrimoine administratif. Il faut noter que, comme on a cité à la page 14, jusqu'à la révision du 1^{er} janvier 2012, les hypothèques légales destinées à garantir des créances du droit public ou privé cantonal naissaient directement en vertu de la loi, c'est-à-dire sans inscription au registre foncier.⁸⁸

En tant que bien du domaine public, il ne saurait être l'objet d'une exécution forcée, ni d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs au sens de l'art. 839 du CCs.⁸⁹ Autant dire que, dès la révision du CCs, le créancier hypothécaire peut prouver que les conditions de l'art 839 al.4 du CCs sont remplies, le juge détermine à une inscription définitive, si l'immeuble fait partie du patrimoine administratif ou financier. Dans la procédure conduisant à une inscription définitive, le juge déterminera si l'immeuble fait partie du patrimoine administratif ou financier⁹⁰. C'est le créancier hypothécaire qui supporte le risque de l'absence de preuve. Certes, le risque de l'insolvabilité du celui qui commande les travaux passe ainsi du créancier hypothécaire à l'Etat, si les conditions mentionnées ci-dessus sont remplies.

II. La constitution de l'hypothèque légale

A. En général

En droit turc et suisse, la naissance d'une hypothèque légale est sous la volonté

⁸⁵ Ibid., p. 41.

⁸⁶ *Message du Conseil fédéral suisse concernant la révision du code civil suisse (Cédule hypothécaire de registre et autres modifications des droits réels), art. 836, du 27 juin 2007.*

⁸⁷ ATF 120 II 321 c. 2b= JdT 1995 I 338. Voir Notamment : CARRON, Benoît. L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs. *Acquis et Nouveautés*, p. 35.

⁸⁸ Rapport du Conseil d'Etat au grand Conseil de la république et canton de Neuchâtel à l'appui d'un projet de loi portant modification de diverses lois (hypothèques légales et lettres de rente), 23 mai 2012, p. 1.

⁸⁹ ATF 103 II 227, JdT 1978 I 322; ATF 107 II 44, JdT 1982 I p. 211, 213 Regionalspital St. Maria c. AG für Isolierungen AGI, 27 février 1981; RO 107-II-44.

⁹⁰ *Message du Conseil fédéral suisse concernant la révision du code civil suisse (Cédule hypothécaire de registre et autres modifications des droits réels), art. 836, du 27 juin 2007. p. 5052.*

du créancier hypothécaire et comme tous les droits de gages la constitution sera faite dès l'inscription auprès du registre foncier.

Selon l'art. 893 du CCt et l'arrêt du.11 octobre 1971 de la 15^e Chambre civile de la Cour de cassation turque⁹¹ les artisans et entrepreneurs doivent remplir les conditions suivants afin de bénéficier l'hypothèque légale : Premièrement, le Code civil de deux pays présupposent l'existence d'une créance de construction. Deuxièmement, le juge aborde ou les parties du contrat se mettent d'accord l'existence ou au montant de la créance. Troisièmement, le propriétaire de l'immeuble ne fournisse pas les sûretés suffisantes. Finalement, les artisans et entrepreneurs doivent respecter le délai de péremption et l'inscription doit être acquise dans ce délai.

En vertu de l'art 893du CCt, les sous-traitants doivent constituer l'hypothèque légale à compter de l'achèvement des travaux ou, éventuellement, après la résiliation anticipée du contrat. Comme on verra aux prochaines pages⁹² le délai du trois mois calcule à partir de la date de mise en demeure de l'entrepreneur selon l'article 106 du COt et aussi dès la résiliation de contrat selon l'art. 369 du COt.

L'acceptation des créances par le bienfonds doit être faite par écrit au cas où le prix forfaitaire est indiqué au contrat. Le problème est que le créancier de construction veut déposer la requête de l'hypothèque légale au début du travail au cas où le prix est indéterminable. Dans ce point-là, le législateur suisse et turc ont la même perspective, en vertu de l'art. 373 du CCs, le prix peut être déterminé par la façon *forfaitaire, global* ou *unitaire*, ou bien, selon l'art 374 du CCs, déterminable au moyen de la valeur du travail et des dépenses effectuées.⁹³

Pourtant l'inscription provisoire est convenable avant la fin du travail en raison de l'impossibilité de calculer le prix et le montant des créances selon des arts. 766 al. 2 et 796 du CCt. Dans ce contexte, il est possible de déterminer un montant maximal, afin d'obtenir l'inscription provisoire et bien plus définitive d'une hypothèque légale. (L'art. 374 du CCs)_

On voit deux délais différents à l'art. 837 du CCt : al.1 prévoit l'inscription de l'hypothèque peut demander le plutôt dès la signature du contrat d'entreprise. Le législateur donne des créanciers hypothécaires la possibilité de requérir l'hypothèque avant l'exécution des travaux. Le deuxième délai, c'est que le délai de péremption de trois mois, comme on a vu précédemment à la page 17.

Les créanciers hypothécaires doivent attacher son dossier : l'acceptation de dette par le maître et/ou l'autorisation du juge pour le montant de la créance. En vertu de l'art.37 du Code ORCt (Ordonnance sur le registre du commerce turc) la constitution est faite après la demande « *complète* » et il n'est pas nécessaire de conclure un

⁹¹ Cour de cassation turque 15^e ch. Civ.: 6201 E. 4652 K.

⁹² Voir notamment à la page 31.

⁹³ DE HALLER J-C., p.229.

autre acte authentique. L'inscription sera opérée sur le feuillet du registre foncier, à la partie des « *idées* » sous le titre « *inscription du créancier hypothécaire* »

En droit turc, l'exigence de la forme authentique sera étendue à l'ensemble des droits de gage immobiliers constitués par un acte juridique. Certes, pour l'inscription d'un droit de gage au registre foncier, il est nécessaire d'avoir un contrat de gage, qui doit être conclu en la forme authentique et le consentement du propriétaire à la demande de l'inscription. La demande doit remplir et signer par le créancier hypothécaire.

B. Procédure

1. Nature et caractéristique

Le droit à l'inscription d'une hypothèque est dirigé contre la personne inscrite au registre foncier en qualité de propriétaire au moment du dépôt de la requête de l'immeuble⁹⁴ avec qui les sous-traitants n'ont souvent pas contractés directement.⁹⁵ Cette hypothèque peut même naître contre la volonté du propriétaire, de sorte que la créance du sous-traitant se trouve alors garantie par l'hypothèque légale des entrepreneurs. L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs peut s'ouvrir, si les travaux sont commandés par une personne qui détient dans la propriété un droit réel, ou une autre personne titulaire d'un droit sur l'immeuble,⁹⁶ ou à toute personne qui a le droit de requérir l'inscription d'une hypothèque légale, en vertu de l'art. 837 al.1 ch.3 CCs, qui précise les débiteurs des artisans et entrepreneurs. Selon Saviaux, le principe est le suivant, le droit à l'inscription d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs existe simultanément pour l'entrepreneur général et le sous-traitant, même si la prestation de ce dernier est incluse dans celle du premier.⁹⁷

Le droit du sous-traitant de constituer une hypothèque légale existe parallèlement⁹⁸ et indépendamment celui de l'entrepreneur principal.⁹⁹ L'inscription de l'hypothèque en faveur de l'entrepreneur principal n'empêche pas la demande de l'inscription d'une hypothèque par les sous-traitants. En dépit du fait que, si l'entrepreneur principal paye ses dettes partiellement ou complètement, même si le propriétaire aurait acquitté l'intégralité de sa dette envers l'artisan ou l'entrepreneur principal : ces situations n'affecteraient pas la demande de l'inscription d'une hypothèque légale du

⁹⁴ OVERNEY, A. L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs. Juin 2005. p. 6.

⁹⁵ DE HALLER J.-C. p.224.

⁹⁶ CARRON B., FELLE M., p.12.

⁹⁷ SAVIAUX, p.92.

⁹⁸ STEINAUER, Droits réels, N 2869.

⁹⁹ Arrêt du 8 décembre 2006, du Conseil des Chambres réunies turc, 15 – 702/ 691.

sous-traitant.¹⁰⁰ Pour cette raison, il arrive parfois que les propriétaires immobiliers soient obligés de payer deux fois pour le même acte pour éviter que son immeuble ne soit réalisé. Les propriétaires immobiliers ont fait cela, afin de ne pas supporter le risque de paiement à double. Comme on verra au fil des prochaines pages, pour empêcher le paiement à double, les parties du contrat peuvent additionner des clauses contractuelles¹⁰¹, comme dit le Prof. Marchand, « *Le Maître de l'ouvrage ne peut payer directement le sous-traitant ou le fournisseur avec effet libératoire qu'avec l'accord de l'Entrepreneur...* »¹⁰²

2. Inscription Définitive

Après la révision du CCs, la cédule hypothécaire de registre peut être constituée par inscription au registre foncier, sans qu'il soit nécessaire d'établir un papier-valeur. Par contre, en droit turc, pour la constitution d'une hypothèque au registre foncier, il est nécessaire d'avoir un contrat de gage immobilier, qui doit être conclu en la forme authentique.¹⁰³ Dans le cas où le propriétaire s'abstient de demander l'hypothèque au nom du créancier, le créancier a le droit de faire inscrire l'hypothèque par la voie du juge.

La systématique est séparée de l'hypothèque légale directe (art. 836 du CCs). Car, le but d'acquisition est né directement en vertu de la loi,¹⁰⁴ et le propriétaire de l'immeuble acquiert spontanément la propriété de tout ce qui s'y trouve attaché.¹⁰⁵ C'est-à-dire sans inscription au registre foncier. Conformément à l'art 836 al. 2 du CCs, les hypothèques ne peuvent plus être opposées au tiers qui s'est rapporté de bonne foi au registre foncier si elles ne sont pas inscrites au registre foncier dans les six mois à compter de leur exigibilité ou, au plus tard, dans les deux ans à compter de la naissance de la créance. Cette loi passe au lieu et place des dispositions contractuelles. Cela signifie qu'il n'y a pas besoin du contrat de gage signé dans sa forme authentique (art. 799 al. 2 CCs l'acte constitutif, unilatéral ou bilatéral) afin de constituer une hypothèque légale que les cantons ont prévues dans leur législation pour garantir certaines créances fiscales (impôt foncier, droits de succession, droits de

¹⁰⁰ EREN, F.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin, Ankara, Ekim, 2014. p.608

¹⁰¹ GÜMÜŞ, M.A. Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Vedat Kitapçılık, Cilt II, İstanbul, 2014, p.14.

¹⁰² MARCHAND, S. : Jonction et coordination des contrats en droit de la construction, in : *Journées suisses du droit de la construction*, Institut pour le droit suisse et international de la construction, Fribourg, 2009.

¹⁰³ ATF 110 II 34 consid. 1b; Voir également : ATF 111 III 8, JdT 1988 II 10. Voir Notamment: Fracheboud, H. : L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs dans la poursuite et la faillite, in *Journal des tribunaux*. II, Poursuite pour dettes, no 1-2, Lausanne 2010

¹⁰⁴ AKIN, L, İnşaatçı İpotegi, ABD 1991, S. 5, p. 751.

¹⁰⁵ FAVRE P.G., TERCIER P. Les contrats spéciaux, Schulthess Juristische Medien AG, Genève, 2009.

mutation, impôt sur les gains immobiliers, etc¹⁰⁶). A la suite de l'inscription définitive, l'entrepreneur devient un créancier gagiste et ce dernier aurait un privilège à un droit de gage légal, contre les créanciers gagistes de rangs antérieurs.¹⁰⁷

Selon le principe, il faut tout d'abord payer la créance du créancier gagiste du premier rang, puis celle du créancier gagiste du deuxième rang, si le montant obtenu n'est toujours pas suffisant et ainsi de suite jusqu'à ce que tous les créanciers gagistes soient payés.¹⁰⁸

3. Inscription Provisoire

En vertu de l'art.58 du Code ORCt (Ordonnance sur le registre du commerce turg) et l'art. 1011 al. 1 du CCt et l'art. 76 al. 3 ORF (Ordonnance sur le registre foncier suisse) et l'art. 961 al. 3 du CCs, l'inscription provisoire ne peut se réaliser qu'après la demande du propriétaire, du créancier et l'autorisation du juge. (« Le juge statue sur la requête et autorise l'inscription provisoire si le droit allégué lui paraît exister »)

Dans le cas où les parties du contrat ne pourraient pas se mettre d'accord sur l'existence ou au montant de la créance, ils décident que le juge déterminait exactement¹⁰⁹ le montant principal pour la constitution de l'hypothèque est dès lors utile, dans la mesure où le montant des sûretés à fournir par le propriétaire est contesté. Une créance peut donc exister avant d'être liquide ou exigible ; elle peut de même être garantie par une hypothèque alors même que son montant n'est pas déterminé et n'est pas encore chiffré. (Selon l'art. 824 al.1 et 825 al. 1 du CCs) En ce cas, la loi prévoit l'inscription au registre foncier pour un montant maximal.¹¹⁰ En pratique, on rencontre souvent que le montant de la dette a été déjà fixé par les parties, avant l'exécution des travaux. Le propriétaire de l'immeuble est convenu de l'inscription sur ce montant, donc on l'appelle « *hypothèque en capital* ». ¹¹¹

Si le propriétaire et le créancier n'arrivent pas à se mettre d'accord à propos de l'inscription provisoire et que le créancier poursuit en justice, le créancier peut déposer la requête de l'inscription provisoire jusqu'à la décision du juge pour empêcher le délai péremptoire de trois mois (quatre mois en Suisse). Les délais de l'inscription,

¹⁰⁶ OVERNEY, A. L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs. Juin 2005. p. 2.

¹⁰⁷ DE HALLER J-C. p.197.

¹⁰⁸ STEINAUER P. H., p.231.

¹⁰⁹ Art. 839 al. 3 du CCS ; « *L'inscription n'aura lieu que si le montant du gage est établi par la reconnaissance du propriétaire ou par le juge.* »

¹¹⁰ DE HALLER J-C. p.227. REISOĞLU, p. 97; GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, p. 1054; KÖPRÜLÜ/ KANETI, p. 317;

¹¹¹ SENER, p.342

ont une date limite d'expiration en vertu de l'art. 58 de l'ORCt et 895 al.2 du CCt. L'action doit être intentée contre le propriétaire actuel, même si parfois ce dernier n'a pas commandé les travaux.¹¹² L'objet de cette action en validation d'une inscription provisoire n'est pas de faire constater la créance de l'entrepreneur, mais le droit à l'inscription définitive du gage en fonction de la rémunération et seulement en tant que montant du gage, au sens de l'art. 961 al. 1 ch.1 du CCs.¹¹³

Même si le juge ordonne l'inscription au registre foncier dans les trois mois, ce cas prévoit toujours un désavantage pour le créancier hypothécaire.¹¹⁴ Bien évidemment, la constitution de l'hypothèque serait notamment difficile en faillite du propriétaire et la cession de l'immobilier à un tiers.¹¹⁵ La situation d'un créancier peut régresser à propos de l'inscription de quelque gage, car la date de l'inscription prévoit ainsi la case de l'hypothèque. Brièvement, c'est le juge qui détermine exactement la durée et les effets de l'inscription provisoire d'une hypothèque légale en vertu de l'art. 961 al. 3 CCs. Au final, le juge devra communiquer sa décision au registre foncier, pour la constitution de l'hypothèque et d'impartir un délai péremptoire au requérant pour agir.¹¹⁶ Une réinscription provisoire n'est possible qu'à la condition que le délai de l'art. 839 al. 2 du CCs ne soit pas encore échu.¹¹⁷ Le créancier hypothécaire peut garantir son droit avec l'aide du juge lequel établira le montant garanti, en vertu de l'art. 58 ORCt et l'art 76 al. 3 ORF.

Le créancier peut empêcher le délai de péremption de 3 mois (en Turquie) en protégeant tous ses droits contre le tiers de bonne foi, et permettre ainsi à ce dernier de passer à la position des autres créanciers gagistes. Si le tiers acquéreur n'était pas de bonne foi, ce dernier n'est pas protégé contre la prétention de l'artisan et de l'entrepreneur en constitution du gage légale. D'ailleurs, l'inscription provisoire sera transformée en statut définitif, en cas de faillite du propriétaire et/ou à l'extinction de l'action. Par le biais d'une action et d'une procédure postérieure à celle qui lui aura permis d'obtenir l'inscription d'une annotation au sens de l'art 961 al.1 ch. 1 du CCs, l'entrepreneur doit donc valider l'inscription de l'hypothèque légale.¹¹⁸ L'insc-

¹¹² STEINAUER P. H., p.230.

¹¹³ PITTET, L. : L'Hypothèque légale des artisans et entrepreneurs en procédure civile suisse *In : Le nouveau droit de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs. Neuchâtel 2012.* p.98.

¹¹⁴ AKIPEK, p. 244; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY - ÖZDEMİR, p. 763; GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, p. 1055;

¹¹⁵ REISOĞLU, p. 128; BIÇAKÇI, p. 559 – 560; SENER, p. 43.

¹¹⁶ STEINAUER P. H., p.230.

¹¹⁷ BOHNET, F. : L'Hypothèque légale des artisans et entrepreneurs en procédure civile suisse *In : Le nouveau droit de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs. Neuchâtel 2012.* p.60.

¹¹⁸ PITTET, L. p.97

ription est donc constitutive et non déclarative.¹¹⁹ Finalement l'hypothèque légale est constituée à la date de l'inscription provisoire.

Une fois l'inscription définitive de l'hypothèque légale acquise, le créancier hypothécaire introduira une poursuite en réalisation de gage, afin d'encaisser sa créance. Il faut noter que, le créancier acquiert le droit de se payer sur le prix de la réalisation du gage. Le créancier a un droit absolu sur l'immeuble garantissant sa créance et ce droit n'existe que pour la créance et ne garantit que la créance pour laquelle l'immeuble est grevé.¹²⁰

Par l'acceptation d'une inscription provisoire au tribunal, le créancier hypothécaire protège son droit d'inscription. Et en même temps, avec l'effet de l'inscription provisoire et par la suite, de l'inscription définitive, ce dernier peut arguer de son droit à l'hypothèque légale contre les autres créanciers de gage, ceux qui ont constitué leurs hypothèques après ce créancier. De même que, le droit à l'hypothèque légale du créancier hypothécaire est valable contre les créanciers de la faillite, en cas de faillite du maître de l'ouvrage et/ou contre les propriétaires du droit de gage de bonne foi.

C. Délai de péremption de l'inscription

Selon deuxième alinéa de l'art. 839 du CCs, le pouvoir de demander l'inscription du droit et se trouve limité à une période spécifique. L'hypothèque légale peut être requise au plus tôt au moment de la conclusion du contrat et au plus tard quatre mois après l'achèvement des travaux¹²¹. Le but, est de protéger le propriétaire immobilier. En effet, l'inscription doit être effectuée dans un délai de péremption de quatre mois.¹²² Le principe est clair : Il permet de réaliser l'existence ou le montant du gage doit être établi par la reconnaissance du propriétaire ou il doit aborder par le juge, il suffit que le créancier rende vraisemblable l'existence de sa créance. L'artisan ou l'entrepreneur n'est pas pour autant désarmer: il peut demander l'inscription provisoire de l'hypothèque légale.¹²³ Selon l'art.839 al. 1 CCs, l'hypothèque des artisans et entrepreneurs peut être inscrite à partir du jour où ils se sont obligés à exécuter le travail ou les ouvrages promis.

En bref, les artisans et entrepreneurs commencent par requérir une inscription provisoire, puis ceux-ci devraient faire confirmer cette inscription provisoire par une inscription définitive (action en inscription définitive de l'hypothèque légale).¹²⁴

¹¹⁹ PIOTET, D : L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs: les principes. *In JdT, Poursuite pour dettes*. Lausanne, 2010, No 1-2, p. 26.

¹²⁰ ALAI, D., p. 140.

¹²¹ Rapport explicatif relatif à l'avant-projet de Révision partielle du Code civil, Mars 2004, p.9.

¹²² ATF 126 III 462= JdT 2001 I 178 p.181.

¹²³ OVERNEY, A. L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs. Juin 2005. p. 8.

¹²⁴ Ibid., p. 9.

Conformément à l'art. 895 du CCt et l'art. 839 al. 3 du CCs, pour l'inscription du droit de gage, un certain montant du crédit demandé doit être fourni (« *les suretés* ») pour que l'engagement devienne obligatoire. Selon ces articles, soit il sera adopté par les propriétaires de biens, soit une décision judiciaire doit avoir été déterminée.

En Turquie, l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs est toujours dirigée contre le propriétaire actuel de l'immeuble et elle doit être inscrite contre l'acquéreur au registre foncier avant l'écoulement du délai de trois mois et le délai ne peut en outre être ni suspendu ni interrompu. C'est le créancier qui doit prouver que le délai de trois mois a été respecté. Une requête déposée auprès du tribunal le dernier jour du délai ne suffit pas. Compte tenu de ces conditions, la durée d'une action prend probablement plus de trois mois. Dans la plupart des cas, il est impossible d'obtenir un jugement définitif dans le délai de l'art. 921 du CCt. Le système légal turc permet donc au requérant d'« *annoter* » son droit à titre provisoire à l'égard des titulaires de droits réels limité.¹²⁵ Comme on a vu précédemment¹²⁶, les inscriptions provisoires (art. 961 al.1 du CCs) et les droits personnels (art. 959 al. 1 CCs) inscrivent sous la forme d'annotation.

L'art. 893 CCt accorde aux artisans et entrepreneurs la possibilité de requérir une hypothèque en garantie de leur facture, en présupposant l'existence de l'acceptation de dette par le maître¹²⁷ ou l'autorisation du juge. Ainsi, le droit cherche à ce que l'inscription soit effective dans les trois mois (quatre mois en Suisse) à compter de l'achèvement des travaux ou, éventuellement, après la résiliation anticipée du contrat.

Le délai de péremption de trois mois pour l'inscription d'une hypothèque légale se calcule à partir de la date de mise en demeure de l'entrepreneur selon l'article 106 du COt et aussi dès la résiliation de contrat selon l'art. 369 du COt. Il faut attendre la date où les travaux sont effectivement *terminés, afin que le délai commence à courir*.¹²⁸

D. Problématique de l'achèvement (« *Dies a quo* »)

En ce qui concerne l'art. 840 du CCs, le délai péremptoire commence à courir indépendamment pour chaque entrepreneur et contrat, en cas de pluralité de contrats distincts, sauf s'il faut considérer qu'ils forment un tout. Il ne suffit pas de demander l'inscription d'une hypothèque, il s'agit d'un délai péremptoire qui est

¹²⁵ UYUMAZ, A.: Yapi İpotegi, in: *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XII, S.1-2, 2008. p.242

¹²⁶ Voir notamment à la page 7.

¹²⁷ Cour de cassation turque 15^e ch. civ. 2007/6414.

¹²⁸ OVERNEY, A. L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs. Juin 2005. p. 8.

respecté par l'inscription du droit indirect, dont la loi n'institue pas directement une hypothèque qui existerait sans inscription au registre foncier.

L'art. 895 du CCt et l'art. 839 al.1 du CCs prévoient que le créancier de construction peut requérir la constitution de l'hypothèque dès qu'il s'est obligé à exécuter son travail.¹²⁹ L'hypothèque légale peut être requise dès la conclusion du contrat avant l'exécution de l'ouvrage.¹³⁰ Il n'y a donc pas besoin d'attendre l'exigibilité de la créance.¹³¹ Évidemment tous les travaux indispensables qui font l'objet du contrat de sous-traitance, doivent être achevés pratiquement, pour accepter l'achèvement de la construction.

Selon l'arrêt du TF du 15 septembre 2010,¹³² le moment déterminant est bien l'achèvement des travaux, et non l'établissement de la facture. « *Au sens de la jurisprudence du TF, l'entrepreneur doit englober dans son calcul une certaine réserve de temps à titre sécurité, afin de déterminer de manière fiable quel jour il a terminé son travail.* »¹³³ Il conviendrait que soient acceptés comme ouvrage achevé et utilisable ; les travaux accessoires, secondaires ou de peu d'importances, même non ou partiellement terminés (même si des retouches ou réglages) par les créanciers hypothécaires, mais ces travaux ne doivent pas empêcher l'achèvement de l'ouvrage¹³⁴ et si les travaux sont retirés à l'entrepreneur, avant l'achèvement, c'est cette date qui constitue le point de départ. Les travaux de peu d'importance sont cependant considérés comme des travaux d'achèvement lorsqu'ils sont indispensables; et ils sont ainsi jugés selon un point de vue qualitatif.¹³⁵

En vertu d'un arrêt du TF du 1^{er} février 2010¹³⁶, en cas de plusieurs contrats, le délai péremptoire commence à courir indépendamment pour chaque contrat à partir de l'achèvement des travaux auxquels il se rapporte. Comme on a cité récemment, la Cour de Cassation turque et le TF ont décidé toujours aux mêmes réflexions sur ce sujet. Il faut souligner que si les travaux forment une unité d'un point de vue fonctionnel, le délai de péremption court à partir de l'achèvement des derniers travaux formant cette unité.

¹²⁹ STEINAUER P. H., p.227.

¹³⁰ PIOTET, D., pp. 3-36.

¹³¹ ATF 126 III 467 consid. 4.c., JdT 2001 I 193 ; CARRON B.,/ FELLEY M., p. 33.

¹³² ATF 5A-475/2010, (arrêt non publié.)

¹³³ Rapport explicatif relatif à l'avant-projet de Révision partielle du Code civil, Mars 2004, p.43.

¹³⁴ ATF 125/1999 III 113/116 = JdT 2000 I 22/24. Voir Notamment: STEINAUER P. H., p.228.

¹³⁵ ATF 111 II 31 = JdT 1987 I 124

¹³⁶ ATF 5A_777/2009

E. Rang du créancier hypothécaire

1. La notion et les caractéristiques

Les créanciers hypothécaires n'ont pas un droit de privilège de rang vis-à-vis d'autres créanciers gagistes. Le rang de l'hypothèque légale contre les droits réels est déterminé par la date de la constitution de l'hypothèque (date de l'inscription de la réquisition au journal du registre foncier) selon l'art. 930 al.1 du CCt et parallèlement l'art. 972 du CCs. Certes, l'hypothèque légale est primée par tous les droits de gage déjà inscrits ainsi que par les autres droits réels déjà inscrits.¹³⁷ Brièvement, c'est une particularité propre à l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs. Par l'inscription définitive au registre foncier, l'hypothèque légale prend rang sur l'immeuble,¹³⁸ le cas échéant à la date de l'annotation provisoire.¹³⁹ (art. 972 du CCs)

Le rang relève de la date d'annotation s'il y avait une inscription provisoire. L'hypothèque légale vient après les autres gages, ceux qui ont déjà été constitués sous le rapport du rang. Selon de Haller, deux règles particulières corrigent toutefois le système : les entrepreneurs concourent entre eux à droits égaux, même si les inscriptions sont de dates différentes (art. 840 du CCs) et ils ont une prétention à être désintéressés en priorité sur la part de collocation des créanciers de rang antérieur à concurrence de la valeur de l'ouvrage et des fournitures effectuées.¹⁴⁰

L'art. 896 du CCt et l'art. 840 du CCs ordonnent le rang des hypothèques créanciers et exprime l'égalité du rang des hypothèques légales, ceux qui ont constitué séparément et à des moments différents. Il n'y a aucun rang de priorité entre eux. Les artisans et entrepreneurs sont toujours sous le risque de ne pas être suffisamment garantis concernant la plus-value qu'ils apportent à l'ouvrage, selon le principe de rang du créancier hypothécaire qui prévoit que l'hypothèque légale ne prend le rang qu'après celui des droits de gage.¹⁴¹

Bien évidemment, les créanciers de construction augmentent la valeur de l'immobilier par leurs activités de construction. L'immobilier peut être grevé par les autres gages au moment de l'exécution des travaux de construction.¹⁴² Lorsqu'il n'existe pas de règlement de l'art.896 du CCt et parallèlement l'art. 841 du CCs, les créanciers hypothécaires ne peuvent pas obtenir ce qu'ils méritent même ceux qui augmentent la valeur de l'immobilier. Car, la plus-value est attribuée aux créanciers gagistes de rang antérieur. La plus-value que les artisans et entrepreneurs apportent à l'ouvrage,

¹³⁷ STEINAUER, Droits réels, N 2879b.

¹³⁸ PIOTET, D., p. 26.

¹³⁹ CARRON B./ FELLEY M., p. 37.

¹⁴⁰ DE HALLER J-C. : p.267.

¹⁴¹ STEINAUER P. H., p.219.

¹⁴² DUMAN, I.H.: Insaat Hukuku, Seckin, 3. Baski, Ankara, 2010, p.1008

doit être réservée et individualisée selon le principe de privilège.¹⁴³ En cas de réalisation du gage, la somme totale revenant aux artisans et entrepreneurs est, si elle ne couvre pas l'entier de chaque créance, redistribuée entre eux proportionnellement à leur créance.¹⁴⁴

2. Le privilège des artisans et entrepreneurs

L'immobilier peut être grevé par les autres gages immobiliers pour financer le coût de la construction. Bien évidemment, les efforts pour protéger les créanciers seraient vains, s'il n'y avait pas un privilège à la demande de l'hypothèque légale pour les créanciers.¹⁴⁵ L'hypothèque légale octroie aux artisans et entrepreneurs un privilège dans la réalisation forcée. Il faudra accepter sans doute la protection de chaque droit de gage, sans distinguer leur case hypothécaire, sera un grand avantage au profit des créanciers.

L'art. 897 CCt exige le privilège des créanciers hypothécaires, lorsque les conditions objectives et subjectives sont bien réunies. L'objet de ce règlement est de conférer un privilège aux créanciers hypothécaires qui ont réalisé la construction et ont consisté un excédent de la valeur de propriété¹⁴⁶.

Par la voie d'action, ce droit de privilège peut être utilisé uniquement sur la plus-value apportée aux artisans et entrepreneurs par les travaux, matériaux et services fournis dans le cadre de la construction. L'action doit être intentée après la réalisation du gage, simultanément, contre tous les créanciers qui ont été condamnés à des dommages-intérêts.¹⁴⁷ Il faut se rappeler que l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs, garantit uniquement le paiement de la créance jusqu'à la somme de la plus-value donnée à l'ouvrage et non pas la somme représentant la valeur effective du travail exécuté.¹⁴⁸

Comme déjà cité sur l'existence des conditions subjectives et objectives, chaque créancier hypothécaire peut demander les redevances liées à la valeur excédentaire sur l'immobilier, concernant l'attribution d'une partie du prix non payé sur leurs créances. Afin d'orienter les créanciers gagistes dans leur demande, ils doivent s'assurer que tous les autres créanciers se trouvent au rang antérieur.

Cet arrangement est certainement avantageux pour les créanciers hypothécaires et les sous-traitants et c'est un moyen efficace pour protéger les créanciers hypothé-

¹⁴³ STEINAUER P. H., p.233.

¹⁴⁴ OVERNEY, A. L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs. Juin 2005. p. 10.

¹⁴⁵ AYAN, M: Eşya Hukuku III Sınırlı Ayni Haklar, 7. bası, Konya 2015, p.199.

¹⁴⁶ OĞUZMAN, M. K. / SELİÇİ, Ö. /OKTAY – ÖZDEMİR, S. , Eşya Hukuku,11. Baskı, İstanbul 2006, p. 759;

¹⁴⁷ KÖPRÜLÜ/ KANETİ, p. 325; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY - ÖZDEMİR, p. 767.

¹⁴⁸ ATF 39 II 205 = JdT 1914 I 77.

caires et les sous-traitants. Premièrement, ce droit doit être considéré comme une obligation réelle. Deuxièmement, il ne constitue pas une différence de case hypothécaire entre les créanciers gagistes. Troisièmement, les artisans et entrepreneurs peuvent faire suspendre la distribution des deniers aussi longtemps que la question de ses privilèges ne sont pas réglées.¹⁴⁹ Et finalement, l'inscription de l'hypothèque légale peut intervenir avant l'exécution des travaux.

La jurisprudence en Suisse prévoit clairement d'empêcher des différends en droit de privilège pour les créanciers hypothécaires. Bien évidemment, les efforts de paiements de créance de gage par le propriétaire de l'immobilier ne sont pas justes, de même que tout ce qui découle de la difficulté de prouver la condition subjective, cependant nécessaire pour affirmer le droit de privilège. P. ex., pour un sous-traitant, il sera difficile de prouver l'influence de son travail sur la valeur de la propriété, même s'il travaille à une grande échelle.

III. L'inscription d'une hypothèque légale par les sous-traitants

A. Problématique du sous-traitant

Grâce à leur travail et à leurs matériaux, les artisans et entrepreneurs augmentent la valeur de l'immeuble et leur situation mérite une protection spéciale. Dans ce cas, le sous-traitant a le droit de paiement afin de participer à l'augmentation de la valeur de l'ouvrage.¹⁵⁰ On admet généralement que c'est la loi française¹⁵¹ qui définit le mieux la notion de sous-traitance : la sous-traitance¹⁵² est « *l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant, tout ou partie du contrat d'entreprise ou du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage.* »

La sous-traitance¹⁵³ donne naissance à 3 séries de relations :

¹⁴⁹ STEINAUER P. H., p.229

¹⁵⁰ CHAIX, F. : Le contrat de sous-traitance en droit suisse : Limites du principe de la relativité des conventions, Faculté de droit de Genève. Bale, Francfort-sur-le Main : Helbing et Lichtenhahn, 1995.

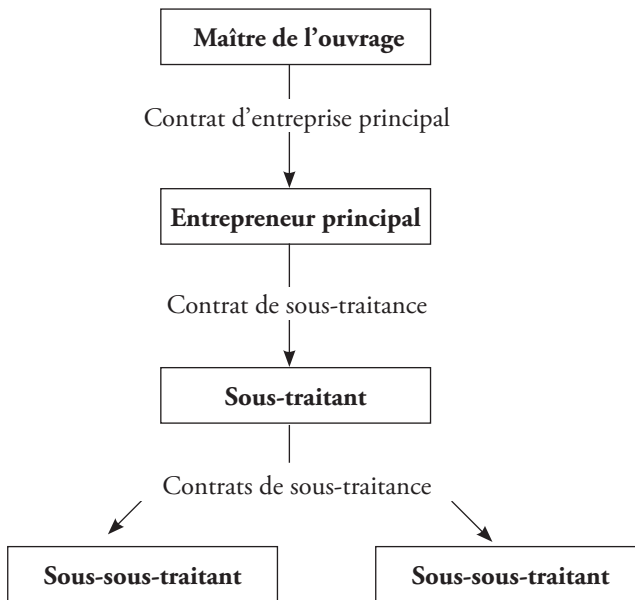
¹⁵¹ Art. 1^{er} de la loi française no 75-1334 du 31 décembre 1975. Voir notamment : Louveaux, Bernard : La responsabilité du sous-traitant face à ses cocontractants et aux tiers, Editions Larcier, 2006, Bruxelles, p. 10.

¹⁵² « Une récente étude de l'EPFZ (l'Ecole polytechnique fédérale de Zurich) met en avant le secteur des sous-traitants suisses, qui concerne plus de 300 sociétés, emploie près de 35.000 personnes et réalise un chiffre d'affaires annuel de plus de huit milliards de francs. » in : <http://www.agefi.com/une/detail/archive/2013/january/artikel/industrie-automobile-les-sous-traitants-suisse-ont-les-atouts-pour-maintenir-leur-positionnement-face-a-la-concurrence-asiatique.html> (consulté le 9 janvier 2013)

¹⁵³ « La sous-traitance reste très importante dans le secteur de la construction en Turquie, et qui emploie près de 1.520.000 personnes. Il semble que le secteur de construction est effectué presque entre les mains

- entre le sous-traitant et l'entrepreneur principal (« *le contrat de sous-traitance*¹⁵⁴ ») ;
- entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur principal (« *le contrat d'entreprise principal* ») ;
- et entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant.

Le schéma suivant présente de manière simplifiée de l'opération de sous-traitance :



Comme tous les contrats, les parties doivent s'engager à exécuter leurs obligations prévues. P. ex : l'entrepreneur principal doit payer au sous-traitant le prix convenu et le sous-traitant, est obligé d'exécuter ses obligations de production. L'entrepreneur principal doit livrer un ouvrage comme convenu aux obligations contractuelles au maître de l'ouvrage, contre ses paiements. Les parties doivent répondre de leurs fautes contractuelles envers seuls leurs contractants.

Il n'y a pas de lien contractuel entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant. Au regard des lois - turc et suisse - la responsabilité du sous-traitant à l'égard du maître de

des sous-traitants ». In : <http://www.disk.org.tr/default.asp?Page=Content&ContentId=1081> (consulté le 9 janvier 2013)

¹⁵⁴ « La sous-traitance constitue d'ailleurs une pratique très largement répandue dans la construction. Les sous-traitants eux-mêmes n'hésitent pas à recourir à leurs propres sous-traitants... » Voir notamment : Louveaux, Bernard : La responsabilité du sous-traitant face à ses cocontractants et aux tiers, Editions Larcier, 2006, Bruxelles, p. 12.

l'ouvrage est de nature délictuelle¹⁵⁵. Le problème est de savoir, le sous-traitant a-t-il permis de réclamer directement le paiement de sa prestation au maître de l'ouvrage ?

En règle générale, le maître de l'ouvrage n'est tenu à aucune obligation relative au paiement direct au sous-traitant.¹⁵⁶ Ce dernier peut demander le paiement seulement au maître de l'ouvrage avec qui il a signé un contrat. Cette règle est toujours valable, même les honoraires du sous-traitant sont très élevés ou l'entrepreneur ne peut pas réaliser son paiement pour son manque de capacité de paiement. Dans ce dernier cas, la situation devient problématique pour le propriétaire, lorsque l'entrepreneur principal a la difficulté financière et ne paie pas son sous-traitant, quand bien même, le propriétaire a déjà satisfait l'entrepreneur principal, afin d'exécuter sa dette envers le sous-traitant.

Les codes civils des deux pays cités prévoient deux exceptions pour cette règle : Premièrement en vertu de l'art. 141 du COt, le maître de l'ouvrage prend la responsabilité contre le non-paiement de l'entrepreneur principal, et/ou ce qui concerne les redevances dues à la dette de l'entrepreneur, le maître de l'ouvrage donne la garantie au sous-traitant en voie du cautionnement et nantissement. Dans ce cas, le sous-traitant peut demander le paiement à l'entrepreneur principal, si ce dernier ne paye pas sa dette, et demandera directement au maître de l'ouvrage.

La deuxième exception est que pour les immobiliers, la demande du paiement du sous-traitant concernant ses travaux, est garantie par l'hypothèque légale. Par contre, la responsabilité du maître de l'ouvrage ne concerne pas les dettes accessoires afin que celles-ci n'augmentent pas la valeur de l'ouvrage.

Les sous-traitants qui fournissent leurs travaux et matériaux peuvent constituer une hypothèque, pour toutes leurs créances concernant le contrat de sous-traitance.¹⁵⁷ Par contre, les sous-traitants n'ont pas le droit de constituer une hypothèque légale lorsqu'ils fournissent seulement les matériaux.

La valeur de l'hypothèque légale pour les sous-traitants est limitée par la somme des dettes du maître de l'ouvrage contre l'entrepreneur principal¹⁵⁸. Les travaux des sous-traitants doivent se trouver sur le contrat principal, signés par le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur principal. Exceptionnellement, en vertu de l'art. 411 du COt, l'hypothèque légale peut survenir par le sans-mandat. Étant donné également que l'art. 411 du COt protège le maître de l'ouvrage, et lui donne le droit de constituer

¹⁵⁵ KILIÇOĞLU, A.M.: Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma Borcu veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu, in *AÜHFD*, C. 32, S. 1-4, p.191.

¹⁵⁶ AKİPEK, Ş.: Alt Vekalet, Yetkin Yayınevi, 1. Baskı, Ocak, 2003, p.69.

¹⁵⁷ AKİPEK, p. 242; GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, p. 1053; ESENER/ GÜVEN, Eşya Hukuku, Ankara 1996, p. 433; REİSOĞLU, p. 38, 39;

¹⁵⁸ DUMAN, I.H.: İnşaat Hukuku, Seçkin, 3. Baskı, Ankara, 2010, p.1009.

une hypothèque légale pour sa créance, du fait de fournir les matériaux et les travaux pour un ouvrage découlant le sans-mandat.

Les législateurs -turc et suisse- ont rédigé bien détaillées, les demandes du maître de l'ouvrage découlant de la garantie. Par contre, ces derniers restent silencieux envers les droits du sous-traitant, en tant que maître de l'ouvrage qui néglige ses dettes accessoires. Ici, on voit qu'un type de responsabilité contient la réclamation en indemnité, et ne contient pas des droits formateurs. Le manque des droits formateurs ne résulte pas, pour le tiers qui n'est pas contractant, de bénéficier de ces droits.¹⁵⁹ En résumé, l'hypothèque légale, la garantie du maître de l'ouvrage et la stipulation pour autrui créent un droit d'action directe au sous-traitant à l'égard du maître de l'ouvrage¹⁶⁰.

B. L'inscription d'une hypothèque légale

Le terme du sous-traitant n'est pas mentionné expressément dans les codes civils - turc et suisse -. Le droit à l'inscription d'une hypothèque légale du sous-traitant résulte cependant du fait que les artisans et entrepreneurs disposent également de ce droit lorsqu'ils n'ont pas comme débiteur le propriétaire foncier mais l'entrepreneur principal.¹⁶¹ Les travaux du sous-traitant autorisent l'inscription d'une hypothèque légale, si les conditions des arts. 837 du CCs et 893 du CCt sont remplies. Dans une telle situation, il n'existe en principe aucune relation contractuelle¹⁶² directe entre le sous-traitant et le maître de l'ouvrage.¹⁶³ (À condition que le propriétaire ait donné son accord à l'exécution de ces travaux sont commandés par un locataire à un entrepreneur) Bien qu'il n'y ait aucun lien direct avec le propriétaire de l'immeuble, le sous-traitant possède un droit propre et distinct à la constitution d'une hypothèque légale. Toutefois, le sous-traitant est autorisé à requérir l'inscription d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs (l'art. 837 CCs). Il en résulte évidemment un risque pour le maître de l'ouvrage, lequel est exposé, pour échapper à l'inscription de l'hypothèque légale, à devoir payer à double, s'il a déjà payé l'entrepreneur général et que celui-ci se révèle incapable d'honorer ses obligations à l'égard du sous-traitant. Pour se prémunir contre ce risque, le maître de l'ouvrage peut prendre diverses mesures d'ordre contractuel avec l'entrepreneur général.

Plusieurs droits de gage peuvent être constitués pour le même travail de con-

¹⁵⁹ CHAIX. F. : p. 268.

¹⁶⁰ ERMAN, H.: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Der Yayınları, 3. Bası, İstanbul, 2010. p.46

¹⁶¹ *Message du Conseil fédéral suisse concernant la révision du code civil suisse (Cédula hypothécaire de registre et autres modifications des droits réels), art. 837, du 27 juin 2007, p. 5052.*

¹⁶² ÖZ, M.T. : İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013. p.47

¹⁶³ EREN, F.: İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları, İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici - İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, (Ankara, 18 - 29 Mart 1996), B. 2, Ankara 2001/XI,(pp. 59 - 88), p. 66.

struction par l'entrepreneur et en même temps par les sous-traitants. Ainsi, le Tribunal fédéral a jugé que,¹⁶⁴ le sous-traitant a le droit à l'inscription du gage, même si l'entrepreneur principal a déjà été inscrit à une hypothèque légale. En même temps, lorsque le propriétaire de l'immobilier a déjà acquitté sa dette envers l'entrepreneur principal, le sous-traitant a également le droit de constituer une hypothèque légale.¹⁶⁵

Toutefois, il n'existe pas une relation contractuelle directe entre le sous-traitant et le maître de l'ouvrage¹⁶⁶, et même s'il n'y a pas de possibilité pour demander les revendications portées contre lui, le sous-traitant est autorisé à obtenir l'inscription d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs. (L'art. 837 du CCt) Les entrepreneurs peuvent aussi requérir l'inscription d'une hypothèque pour des travaux qui ont été commandés par un locataire, si le résultat est incorporé à l'immeuble et pour autant que le propriétaire ait consenti aux travaux.¹⁶⁷ La liberté de l'inscription de l'hypothèque par tous les créanciers induit le danger du paiement à double pour le maître de l'ouvrage, afin d'échapper à l'inscription de l'hypothèque légale et ce dernier court alors le risque de paiement à double pour éviter que son immeuble ne soit réalisé.¹⁶⁸

L'art. 206 du LPt exprime que les ouvriers dépendants salariés n'ont pas le droit de constituer une hypothèque légale car, la systématique de la loi, accepte les créances salariales de ces ouvriers comme une créance privilège dans le suivi des faillites.¹⁶⁹ Les personnes qui participent au travail de façon dépendante (ouvriers, techniciens) ne bénéficient pas de l'hypothèque légale.

Le sous-traitant¹⁷⁰ peut demander au juge de reconnaître la garantie pour la constitution d'une hypothèque et d'ordonner l'inscription, si le propriétaire n'autorise pas l'inscription de l'hypothèque.¹⁷¹ En vertu de l'art. 58 ORCt, le sous-traitant peut demander l'inscription provisoire contre le risque de l'inépuisabilité dans le

¹⁶⁴ SAVIAUX, p.91. Voir aussi: ATF 95 II 87, JdT 1970 I 158.

¹⁶⁵ STEINAUER P. H., p.221, ATF 109/1983 II 445 ; 105/1979 II 264 ; 104/1978 II 348/354.

¹⁶⁶ ZEVKLİLER-GÖKYAYLA. : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 14. Bastı, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2014, p.503

¹⁶⁷ TERCIER, P. Les contrats spéciaux, p.717.

¹⁶⁸ ATF 95 II 84 «... et le propriétaire risque d'être contraint, pour éviter la réalisation du gage immobilier, d'acquitter une seconde fois la facture du sous-traitant, dont les prestations étaient pourtant comprises dans le prix qu'il a payé à l'entrepreneur général.»

¹⁶⁹ GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, p. 1052; SAYMEN/ ELBİR, p. 586; AKİPEK, p. 241; HATEMİ, H. / SEROZAN, R. / ARPACI, A. , Eşya Hukuku, İstanbul 1991, p. 742; REİSOĞLU, Kanunî İpotek, p. 26 vd. ; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY - ÖZDEMİR, p. 760.

¹⁷⁰ «Dans le domaine de la construction, le sous-traitant reste dans un lien de dépendance à l'égard de l'entreprise principale. Sa situation financière dépend de celle de ce dernier. » Arrêt no 260 du Cour de Cassation français du 30 novembre 2007, Rapport du conseiller rapporteur.

¹⁷¹ STEINAUER P. H., p.228.

délai de péremption de quatre mois. Par contre l'hypothèque définitive peut être constituée, dès la décision du juge.

Les travaux du sous-traitant autorisent l'inscription d'une hypothèque légale, si les conditions des arts. 837 et 839 du CCs sont remplies. Les artisans et les entrepreneurs sont indépendants du droit à la rémunération de l'entrepreneur et à la demande de l'inscription de l'hypothèque légale.¹⁷² Le sous-traitant a le droit de faire inscrire l'hypothèque légale, parallèlement à celui de l'entrepreneur qui lui a délégué un travail.¹⁷³

C. Risque de paiement à double

Le problème le plus important dans l'hypothèque légale, c'est le danger du paiement à double. En particulier, l'utilisation des entrepreneurs et des sous-traitants qui sont susceptibles d'être confrontés au danger de paiement à double et parfois triple par le propriétaire actuel de l'immeuble.

Chaque entrepreneur principal et sous-traitant est en mesure de devoir demander indépendamment l'inscription de l'hypothèque légale. Ainsi l'inscription du droit de gage pour le même acte sera traitée, même pour les prestations exécutées par le sous-traitant. Dans un tel cas, le propriétaire de l'immobilier est en danger du paiement à double et parfois triple pour le même acte.

L'entrepreneur principal n'a aucun lien avec les honoraires et le paiement des sous-traitants. Et cela pose le problème du danger de paiement à double. Le danger est parfois inéluctable. L'entrepreneur principal peut toujours demander la constitution de l'hypothèque légale et peut déléguer un sous-traitant incompétent sans informer le maître de l'ouvrage. Pour comble, il peut aussi déléguer le sous-sous-traitant du sous-traitant, ce qui augmente le risque de paiement à double.¹⁷⁴

L'art. 365 al. 1 du CCt prévoit le principe de l'interdiction de demander un honoraire en dehors du prix du contrat.¹⁷⁵ Ainsi, si le prix forfaitaire fixé dans le contrat principal n'est pas respecté et lorsque les erreurs de calcul, le dysfonctionnement de l'organisation du travail et l'augmentation des honoraires ne protègent pas le maître de l'ouvrage contre l'entrepreneur principal et les sous-traitants (donc, les créanciers hypothécaires), ce principe pourra être retenu. Certes, dans ce cas le propriétaire de l'immobilier a le droit de recours concernant les paiements aux sous-traitants.

¹⁷² GAUCH P., *Le contrat d'entreprise* p.184, ATF 95 II 90 ; 39 II 217 = JdT 1914 I 87 s.

¹⁷³ CARRON B., FELLE M., p.21. Voir : STEINAUER, *Droits réels*, N 2869.

¹⁷⁴ TANDOĞAN, H. *Özel Borç İlişkileri*, C. II, 3. Bası, Ankara, 1987, p..90.

¹⁷⁵ Cour de cassation turque 15^e ch. civ. 2007/6414.

Selon Steinauer,¹⁷⁶ si le propriétaire actuel de l'immeuble n'a pas encore payé l'entrepreneur, il a le droit de procéder à une réduction sur le prix de l'ouvrage. (art. 205 COs) Car, il considère qu'un ouvrage grevé d'une hypothèque légale en faveur d'un sous-traitant est affecté d'un défaut juridique et aussi, constitue **une exécution incorrecte** de l'obligation de l'entrepreneur, au sens de l'art. 368 al. 2 du COs. Lors de la prise de cette disposition du CCs et du CCt, le risque de paiement à double a été reconnu par les législateurs des deux pays cités. Toutefois, le législateur n'a pas modifié la règle dans la nouvelle version des art. 837 ss CCs.¹⁷⁷ Néanmoins, les législateurs ont préféré les intérêts des sous-traitants à ceux du propriétaire de l'immobilier. Certes, les législateurs – turc et suisse- pensent que le sujet passif dispose de suffisamment de moyens. (L'inscription d'une hypothèque légale, le paiement direct des sous-traitants, les sûretés fournies par un tiers, les retenues sur le prix etc.)¹⁷⁸ Aujourd'hui, la possibilité de rencontrer ce risque est augmentée grâce aux tendances et structures des entreprises.

II. Conclusion générale

Les artisans et entrepreneurs qui ont participé à la construction ou à la rénovation d'un ouvrage, bénéficient de par les législateurs - turc et suisse - d'un privilège, afin de garantir leur créance découlant de la plus-value donnée à l'ouvrage par l'ensemble des travaux, matériaux ou seulement les travaux fournis.

En vertu de l'art. 893 al.3 du CCt, le sous-traitant a le droit de faire inscrire l'hypothèque légale contre le maître de l'ouvrage. Chaque entrepreneur principal et sous-traitant peut demander indépendamment l'inscription de l'hypothèque légale.

Les législateurs des deux pays cités donnent une priorité en faveur des artisans et entrepreneurs qui ont participé à la construction, à la destruction, ou à la rénovation d'un ouvrage. Ces derniers prennent rang avant tout autre créancier hypothécaire, pour la plus-value apportée à l'ouvrage. Ce privilège donne un droit d'engager une action aquilienne au créancier hypothécaire. Il est possible de critiquer le législateur turc pour sa technique législative. En vertu de l'économie de procédure et du caractère producteur du droit, une personne doit pouvoir maintenir ses droits sans former une demande.

L'hypothèque légale permet aux artisans et entrepreneurs de recevoir une garantie des créances contre les créanciers antérieurs et de les protéger. Malgré la constitu-

¹⁷⁶ STEINAUER, P.-H., L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs in Journées suisses de droit de la construction 2005, p. 221. Voir notamment : ATF 116/1990 II 533/537= JdT 1992 I 34/38

¹⁷⁷ CARRON B.,/ FELLEMY M., p.24.

¹⁷⁸ Ibid., p. 24

tion de gages antérieurs en mauvaise foi¹⁷⁹, les créanciers hypothécaires ne peuvent pas obtenir ce qu'ils méritent découlant de la plus-value donnée à l'ouvrage.

Il faut tout d'abord accepter qu'un immeuble grevé d'une hypothèque légale par la demande du sous-traitant, constitue une exécution imparfaite de l'obligation, donc l'absence d'une qualité promise ou prévue et attendue. Ce problème ouvre la voie à une réduction du prix de l'immeuble (« *ouvrage défectueux* »)¹⁸⁰ et permet brièvement d'exiger au maître de l'ouvrage, le droit de procéder à une réduction sur le prix de l'ouvrage au sens de l'art. 368 al.2 COs.

L'ensemble des droits - turc et suisse -, ne présente à ce jour aucun règlement qui empêche le danger du paiement à double pour le propriétaire actuel de l'immeuble. La protection des créanciers hypothécaires doit être renforcée par les décisions jurisprudentielles.

En outre, les créanciers hypothécaires turcs ne demandent pas souvent la constitution de l'hypothèque comme les suisses. Contrairement au système juridique suisse, en droit turc l'objection de la tardiveté de la requête ainsi que la méthode à suivre de l'inscription d'une hypothèque légale, n'est pas si pratique.

En Turquie, la demande de l'hypothèque est faite après que le litige soit né. Car, pour la constitution d'une hypothèque, le montant d'une créance doit être toujours sous l'obligation de précision.

Pour que le montant de la créance soit précis, le besoin de l'obligation d'engager une action est répandu. Le but de cette action est de préciser le montant de la créance afin de mettre une garantie. Le créancier qui déclare le recours en voie de cette action, doit attendre une longue durée de jugement, la difficulté aux phases d'inscription et de réalisation du gage.

Evidemment, le montant perd toujours sa valeur à cause de l'inflation galopante et la longue durée indéterminée que l'on voit dans le système juridique turc. Il en va ainsi également des créanciers hypothécaires ne connaissant pas leurs droits et même le CCt.

L'entrepreneur principal entre en relation directe avec le maître de l'ouvrage, en même temps, ces solutions connaissent un droit de gage légal aux sous-traitants sur la créance de l'entrepreneur principal contre le maître de l'ouvrage. Et enfin, pour les sous-sous-traitants, ce droit de gage légal est appliqué au droit de créance du sous-traitant, au nom du maître de l'ouvrage, contre l'entrepreneur principal.

¹⁷⁹ DUMAN, I.H.: İnşaat Hukuku, Seçkin, 3. Baskı, Ankara, 2010, p.1011

¹⁸⁰ ATF 104 II 348 consid. III

Liste des abréviations

AF	Arrêté fédéral
AP	Avant-projet
al.	Alinéa
art.	Article
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal Fédéral
ch.	Chiffre
cha.	Chambre
civ.	Civile
CCs	Code civil suisse
CCt	Code civil turc
COs	Code des obligations suisse
COt	Code des obligations turc
etc	et cætera
JdT	Journal des Tribunaux
LP	Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (RS 281.1)
LPt	Loi sur la poursuite pour dettes et la faillite turque
p.	Page
p. ex.	Par exemple
Prof.	Professeur
RO	Recueil officiel
TF	Tribunal fédéral
ORCt	Ordonnance sur le registre du commerce turc
ORF	Ordonnance sur le registre foncier suisse

BIBLIOGRAPHIE

- Akun**, Levent: İnşaatçı İpoteki, *in: Ankara Barosu Dergisi*, 1991, pp. 751 – 769.
- Akipek**, Şebnem.: Alt Vekalet, Yetkin Yayınevi, 1. Baskı, Ocak, 2003.
- Akipek**, Jale G.: Türk Eşya Hukuku: Ayni Haklar, Ankara 1974.
- Akkanat**, Halil. : Taşeronluk Sözleşmesi, Thèse en droit, Faculté de droit de l'Université d'Istanbul, 2000.
- Alai**, Djafar : La cession des créances en droit suisse, Thèse en droit, Faculté de droit de l'Université de Genève, 1966.
- Avcı**, A. / **Köksal Oruç**, B. : İnşaatçı İpoteki (Yapı Alacaklısı İpoteki), *in: Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, Yıl: 1 - Sayı 2, 2014-2.
- Ayan**, Mehmet: Eşya Hukuku III Sınırlı Ayni Haklar, 7. bası, Konya, 2015.
- Bıçakçı**, Levent: Yapı Alacaklısı İpoteki, *in: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1982, pp. 537 – 568.
- Carron**, Benoît.: L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs : *Acquis et Nouveautés*, *in : Séminaires immobiliers*, 03.04.2012.

- Bohnet, F. /Carron, Blaise / Felley, M.,/ Pittet, L. :**Le nouveau droit de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs : ce qui change et ce qui reste. *In : Le nouveau droit de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs.* Neuchâtel, 2012.
- De Haller, J-C.,** L'hypothèque légale de l'entrepreneur : des solutions nouvelles à de vieux problèmes ? *in : Rapport et communications/ Société suisse des juristes,* Helbing und Lichtenhahn, Basel 1982.
- Dubois, T. :** La modification du rang des droits de gage immobiliers ensuite de convention de postposition, Thèse en droit, Faculté de droit de l'Université de Lausanne, 2003.
- Duman, I.H. :** İnşaat Hukuku, Seçkin, 3. Baskı, Ankara, 2010.
- Delafontaine, J.-C. :** La mention au registre foncier: étude de droit privé fédéral et vaudois, Thèse en droit, Faculté de droit de l'Université de Lausanne, 1999.
- Engel, P. :** Traité des obligations en droit suisse dispositions générales du CO., 2e Edition Staempfli, 1997.
- Eren, F.:** Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin, Ankara, Ekim, 2014.
- Eren, F.:** İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları, *in: İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici - İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, (Ankara, 18 - 29 Mart 1996), B. 2,* Ankara 2001.
- Erman, H.:** Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, İstanbul, Der Yayınları, 3. Bası, 2010.
- Ertaş, Şeref:** Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Eşya Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2006.
- Fracheboud, H. :** L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs dans la poursuite et la faillite, *in* Journal des tribunaux. II, Poursuite pour dettes, no 1-2, Lausanne 2010.
- Gauch, P. :** Le contrat d'entreprise ; adaptation française par Benoit Carron, Schultess, Zurich 1999.
- Gümüş, M.A. :** Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Vedat Kitapçılık, Cilt II, İstanbul, 2014.
- Gürsoy Kemal T. / Eren, Fikret / Cansel, Erol:** Türk Eşya Hukuku, 2. Baskı, Ankara 1984.
- Hatemi, Hüseyin / Serozan, Rona / Arpacı, Abdülkadir:** Eşya Hukuku, İstanbul 1991.
- Karahacıoğlu, Ali Haydar / Doğrusöz, M. Edip / Altın, Mehmet:** Türk Hukukunda Rehin, Ankara, 1996.
- Kılıçoğlu, A.M.:** Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma Borcu veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu, *in: AÜHFD, C. 32, S. 1-4, pp. 185-199*
- Louveaux, Bernard :** La responsabilité du sous-traitant face à ses cocontractants et aux tiers, Editions Larcier, Bruxelles, 2006.
- Köprülü, Bülent/ Kaneti, Selim:** Sınırlı Aynî Haklar, 2. Baskı, İstanbul 1982 – 1983.
- Marchand, Sylvain. :** Jonction et coordination des contrats en droit de la construction, *in : Journées suisses du droit de la construction, Institut pour le droit suisse et international de la construction,* Fribourg 2009.
- Oğuzman M. Kemal / Selici, Özer / Oktay – Özdemir, Saibe:** Eşya Hukuku, 17. Baskı, İstanbul 2014.
- Overney, A. :** L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs : L'Etude Gillon Perritaz Esseiva, Fribourg, Juin 2005.
- Öz, M.T. :** İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013. p.47

- Piotet, D.** : L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs: les principes. *In Journal des tribunaux, Poursuite pour dettes*. Lausanne, 2010, No 1-2, pp. 3-36.
- Poudret, J-F.** : Patrimoine administratif et hypothèque légale des artisans et entrepreneurs, *in : Mélanges Henri Zwahlen*, Lausanne, 1977.
- Reisoğlu, Safa**: Türk ve İsviçre Hukukunda Müteahhitlerin ve İşçilerin Kanunî İpotek Hakkı, Ankara 1961.
- Saviaux, N.**, La double garantie en matière d'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs. *in Droit de la construction 3/99, Fribourg, 1999, Institut droit de la construction, Université de Fribourg*.
- Saymen, H. / Elbir, H. K.** , Türk Eşya Hukuku Dersleri, 2. Baskı, İstanbul 1983.
- Steinauer, P.-H.**, L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs *in Journées suisses de droit de la construction* 2005.
- Steinauer, P.-H.**, Les droits réels, Tome III, 3^e éd., Staempfli, Berne 2003.
- Şener, Yavuz, Selim**: Türk Hukukunda İpotek ve Uygulaması, 2. Baskı, İstanbul 2006.
- Tandoğan, Halûk**: Özel Borç İlişkileri, C. II, 3. Bası, Ankara, 1987.
- Tekinay, Selâhattin S./ Akman, Sermet/ Burcuoğlu, Halûk/ Altop, Atilla**: Tekinay Eşya Hukuku, C. I, 5. Bası, İstanbul 1989.
- Tekinay, Selâhattin S.** : Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Aynî Haklar, İstanbul 1994.
- Tercier, P.** : Introduction au droit privé de la construction. Fribourg : Ed, universitaires, cop 1994. *In : Contributions du Séminaire pour le droit de la construction, Université de Fribourg ; vol.5*
- Tercier, P.** : Le Droit des Obligations., 4^e Edition Schulthess, Editions Romandes
- Tercier, P., Favre, P.**, Le point sur la partie spéciale du droit des obligations, *in Revue Suisse de Jurisprudence, Zurich. –Vol. 108(2012), no: 11. pp. 260-266.*
- Tercier, P., Favre, P.** : Les contrats spéciaux, Schulthess Juristische Medien AG, Genève, 2009.
- Uyumaz, Alper.** : Yapı İpotegi, *in : Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XII, S.1-2, 2008.*
- Warnery, André.** : La cession des créances, Dissertation étude des art. 164-174 CO. Université de Lausanne, .Imprimerie G. Vaney-Burnier S.A., 1924.
- Yavuz, C./ Acar, F/ Özen, B.**: Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), Beta, 13. Baskı, İstanbul, 2014,
- Yavuz, C./ Acar, F/ Özen, B.**: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Beta, 14. Baskı, İstanbul, 2014,
- Zevkiler, A./ Gökyayla, E.**: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 14. Bası, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2014

