

YARGITAY KARARLARI KAPSAMINDA İMARA AYKIRI YAPILARDA TESCİL VE TAZMİNAT TALEPLERİ

(Rehistration Request and Claim For Damages For Constructions
Against The Reconstruction Permit Within The Scope of Supreme
Court Decisions)

Doç. Dr. Mehmet Deniz YENER *

ÖZET

Bir inşaat ruhsat alınmadan başlanmışsa veya inşaat ruhsata aykırı şekilde tamamlanmamışsa imar kurallarına aykırı bir inşaatın yani kaçak inşaatın varlığı söz konusu olur. Bu aykırılık sonucu oluşan ifa imkânsızlığının geçici veya sürekli olmasına göre bağımsız bölüm alan alıcıların, arsa sahiplerinin tescil ve tazminat talepleri, inşaatı yapan müteahhidin ücret talebi uygulamada çok sayıda uyuşmazlığa konu olmakta ve Yargıtay tarafından da farklı ihtimallere göre taraf menfaatlerini etkileyecek önemli ve emsal oluşturacak kararlar verilmektedir. Ruhsata aykırı ve kaçak kabul edilebilecek bir yapıya taşkın yapı, kazı fiilleriyle zarar verilmesi de yine tazminat taleplerine konu edilmekte ve Yargıtay'ın emsal nitelikli kararlarına esas oluşturmaktadır.

Anahtar kelimeler: Yapı, imar izni, inşaat ruhsatı, tazminat talebi, kaçak inşaat.

Abstract

An illegal building, a building that contradicts the zoning rules, comes to subject in case a construction is started without a construction license or if the construction is completed violating the construction license. In practical, depending on whether the legal impossibility which arises from this contradiction is temporary or permanent, land registration and compensation demands of building purchasers and owners, the demand of charges of the contractors engaged in construction becomes the subject of numerous disputes and the Yargıtay gives important and precedent decisions based on different possibilities that will affect the interests of parties. Illegal excavation to damage an illegal building that violates the license is again subject to claim and constitutes a basis for precedent qualified decisions of the Yargıtay.

* Marmara Üniversitesi Bankacılık ve Sigortacılık Yüksekokulu Medeni Hukuk Öğretim Üyesi

Keywords: Construction, reconstruction permit, construction licence, claim for damages, unlicensed construction.

Yargıtay HGK. 25.11.2009 Tarih. 2009/14-440 Esas 2009/561 Karar.

“... Mevcut yapıda mevzuata aykırı, proje harici büyümeler ve kaçak katlar yapıldığı için yapı tatil tutanakları düzenlendiği, mevcut yapıların, mevzuata uygun hale getirilebilmesi için, imar durumunda belirtilen yapılanma şartları, inşaat istikamet rölavesinde belirtilen bina sınırları, plan dâhilinde fazla katlarının olmaması ile birlikte 3194 sayılı İmar Kanunu, 4708 sayılı Yapı Denetimi Kanununa göre gerekli evrak ve onayların tamamlanması, İmar Kanunu’nun 32. maddesine göre kaçak kısımlarının yıkılması gerektiği, mevcut binanın fiili durumuna göre hazırlanacak projeye, onay ve yapı ruhsatı verilemeyeceği belirtilmiştir.

“Taraflar arasında düzenlenen taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin incelenmesinde, davacıya satışı yapılan taşınmazın, davalı yükleniciye ait 26 parsel sayılı taşınmazdaki arsa payı değil, 10 nolu bağımsız bölüm olduğu anlaşılmaktadır. Münhasıran tapudan arsa payı satışı söz konusu değildir. Ne var ki, satışa konu bağımsız bölüm kaçak yapı niteliğinde olup, taşınmaz üzerinde bu hali ile kat irtifakı veya kat mülkiyeti kurulamayacağından, davanın reddi gereklidir.”

Yargıtay 14. HD.8.6.2010 Tarih. 2010/3897 Esas. 2010/6681 Karar.

“3194 sayılı İmar Kanunu’nun 26 ve 27. maddelerindeki hükümler gereğince yasadaki ayırık durumlar hariç her türlü inşaatın yetkili mercideki alınacak ruhsat ve yetkili merciin onayladığı plana uygun yapılması gerekir. Şayet bir inşaat ruhsatsız başlanmış veya ruhsat olmakla birlikte inşaat ruhsatın eki olan projesine aykırı yapılmışsa o inşaat “kaçak inşaat” kabul edilir ve aynı yasanın 32. maddesi uyarınca da yıkıma tabi tutulur. Yasalar uyarınca yıkımı zorunlu olan bir yerin ekonomik değer olarak varlığı da düşümlenemez.

Her ne kadar 24.04.1978 tarihli ve 3-4 sayılı Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı’nda, üzerinde bina bulunan ancak kat mülkiyeti ya da kat irtifakı henüz kurulmamış bir taşınmazdan bağımsız bölüm satış vaadi geçerli kabul edilmiş ise de, İçtihadı Birleştirme Kararı’nın konusu yasalara uygun meydana çıkartılmış bir yapıdır. Kaçak ve hakkında yıkım kararı olan bir yapıda anılan İçtihadı Birleştirme Kararının uygulanması yasaların yaptırıma bağladığı eylemin devamına neden olma sonucunu sağlayacağından kaçak binada bağımsız bölüm satışına konu satış vaadi sözleşmesine dayanılarak açılan tapu iptali ve tescil isteğinin reddi gerekir. Zira bu gibi yerler üzerinde kat mülkiyeti veya kat irtifakı kurulma olanağı yoktur.”

Yapı izin belgesi ya da ruhsat kavramı, arsa malikine taşınmazı üzerinde imar koşullarına uygun bir yapıyı veya yapılmış bir yapı üzerindeki esaslı değişiklik, ek

ve onarımları yapabilmesi için yetkili merciin verdiği izin belgesini ifade eder. Bu belgeyle arsa maliki taşınmazı üzerine yapı yapabilme yetkisini kazanır. Uygulamada bu belgeye yapı ruhsatı denilmektedir. İnşaat yapımına ruhsat alınarak başlanmış ve inşaat ruhsata uygun yürütülerek tamamlanmışsa sorun oluşmayacaktır. Ancak yapıya ruhsat alınmadan başlanmışsa imar kurallarına aykırı bir inşaatın yani kaçak inşaatın varlığı söz konusu olur. İmar Kanununun 32. maddesi hükmüne göre ruhsat alınmış olmakla beraber inşaat ruhsat ve eklerine aykırı yapılmışsa bu inşaat da kaçak yapı sayılacaktır. Ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı olarak sürdürülen yapılara ne gibi bir yaptırım uygulanacağı İmar Kanunun 32/son maddesinde gösterilmiştir. Buna göre yapı belediye encümeni veya il idare kurulu kararını takiben yasal hale getirilmez veya yasal hale getirilmesi olanaksız ise masrafı sahibinden tahsil edilerek yıkılması gerekir. Ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak yapılan bina veya bağımsız bölümler yasaya uygun hale getirilmezse yıkılacağından, yıkılacak yerlerle ilgili olarak yaratılmış ekonomik değerlerin korunması söz konusu olmayacağından, bu tür yerlerin aynen paylaşılması, paylaşım sonucu da bağımsız bölümlerin üçüncü kişilere satışı veya satış vaadi sözleşmesine konu yapılmasının yasalara uygun düşmeyeceği Yargıtay kararlarında da ifade edilmektedir (14.HD. 29.1.2008 Tarih.2007/15240 Esas 2008/551 Karar; 14.HD.4.12.2012 Tarih. 2012/11313 Esas. 2012/14154; 14. HD. 26.11.2012 Tarih. 2012/11675 Esas 2012/13642 Karar).

“Gerçekten imar mevzuatına aykırı ve sonuçta yıkımı zorunlu bir bina meydana getirilmiş ve bu binadaki bağımsız bölümlerin satışı vaat edilmişse ruhsatsız veya ruhsata aykırı ve sonuçta yıkılması zorunlu bir yerde yaratılmış ekonomik değerler konulamayacağından yasa uyarınca bu satışa değer vermek olanaksızdır. Esasen imara aykırı-kaçak ve yıkılması yasa buyruğu olan bir yapıda bağımsız bölüm satışına değer tanımak yasaya aykırılığın hukuk düzeni tarafından korunması anlamına gelir. Değişik bir ifade ile söylemek gerekirse 24.04.1978 tarihli ve 3/4 sayılı Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu kararı ancak imar mevzuatına uygun inşa edilmiş fakat henüz kat irtifakı veya kat mülkiyeti kurulmamış binalardaki bağımsız bölüm satışının vaat edilmesi halinde uygulanabilir:

Yıkılması mukadder bir yapıda arsa payı satışı değil bağımsız bölümlerin satışı yapılmışsa buna bağlı olarak arsa payının hesaplanıp tescili olanaksız bulunduğundan bu aşamada açılan tapu iptali ve tescil davasının dinlenmesi mümkün değildir. Orta yerde imar mevzuatına uysun bir yapı varmış gibi mülkiyet nakline ilişkin istemin yazılı olduğu şekilde hüküm altına alınması doğru görülmemiştir (14. HD. 26.11.2012 Tarih. 2012/11675 Esas 2012/13642 Karar).

24.04.1978 tarih ve 3/4 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararında; zemininde bina bulunan ancak kat mülkiyeti ya da kat irtifakı henüz kurulmamış bir taşınmazda bağımsız bölüm satış vaadi geçerli kabul edilmiş, böyle bir satış vaadi söz konusu ise bağımsız bölüme tahsis edilecek arsa payı oranının bilirkişi

görüşünden yararlanılarak saptanması her zaman olanaklı bulunduğundan bağımsız bölüme düşen arsa payı oranı satış vaadi sözleşmesinde gösterilmemiş olsa bile bu sözleşmenin geçerli olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

İmar Mevzuatına aykırı ve sonuçta yıkımı zorunlu bir bina meydana getirilmiş ve bu binadaki bir bağımsız bölümün satışı vaat edilmişse ruhsatsız veya ruhsata aykırı ve sonuçta yıkılması zorunlu bir yerde yaratılmış ekonomik değerler korunamayacağından bu satışa değer vermenin mümkün olmadığı Yargıtay kararlarında ifade edilmektedir. Esasen imara aykırı-kaçak ve yıkılması yasa gereği olan bir yapıda bağımsız bölüm satışına değer tanımak yasaya aykırılığın hukuk düzeni tarafından korunması anlamına gelir. Kanunların suç kabul ettiği ve hakkında cezai yaptırım uygulamasına girildiği bir yapının yıkımı zorunlu olan bir yerin ekonomik değer olarak varlığı kabul edilemeyecektir. 24.4.1978 tarih 3-4 Sayılı Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu kararında üzerinde bina bulunan ancak kat mülkiyeti ya da kat irtifakı henüz kurulmamış bir taşınmazdan bağımsız bölüm satış vaadi geçerli kabul edilmiş ise de, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının konusu yasalara uygun meydana çıkartılmış bir yapıdır. Kaçak ve hakkında yıkım kararı olan bir yapıda anılan İçtihadı Birleştirme Kararının uygulanması yasaların suç saydığı eylemin devamına neden olmak sonucu sağlayacağından, mahkemece mülkiyet aktarımına dair davanın reddi doğrudur.

Bu durumda, bağımsız bölümlerin bulunduğu mevcut binanın imar mevzuatına uygun olarak inşa edilip edilmediği, aykırılık varsa giderilip giderilemeyeceği ve hakkında yıkım kararı bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır. Bu araştırmalar yapılmadan sözleşmenin ifa olanağının bulunmadığı şeklinde bir sonuca ulaşmak da hatalı olacaktır. Mahkemece uyumsuzluk konusu bağımsız bölümlerin bulunduğu parselin imar durumunun ne olduğu ve yapının imara uygun olarak başlatılıp başlatılmadığı ve halen imara uygunluğunu koruyup korumadığı yetkili merci olan belediyeden sorulacak, yerinde yeniden keşif yapılarak iskân ruhsatı alımına engeli olup olmadığı bilirkişi tarafından tespit edilecektir.

Davalıya ait arsa üzerinde yapılan binanın hukuka uygunluğu saptanırsa, her ne kadar yanlar arasındaki 1.3.1995 günlü sözleşmede akdin ifası taliki şarta bağlanmış olsa bile taliki şartı davalı tescili engellemek amacıyla yerine getirmiyorsa, davalının bu tutumu Türk Medeni Kanununun 2. maddesine yer alan dürüstlük kurallarıyla bağdaşmayacağından, satış bedelinden fark bedel olan 19.000 Alman Markı davacıya, davalıya ödenmek üzere depo ettirilerek istem şimdiki gibi kabul edilmelidir. (14 HD.28.6.2006 Tarih.2006/6051 Esas 2006/7724).

Bina imara aykırı yapılmış ve aykırılığın giderilme olanağı yoksa sürekli ifa imkânsızlığı söz konusu olur. Bu durumda alıcı, bağımsız bölüm tescilini değil ifadaki imkânsızlık nedeniyle satıcının subjektif kusuruna dayanan akdin icra edilmemesinden kaynaklanan bütün zararlarını isteyebilecektir. (14 HD.28.6.2006

Tarih.2006/6051 Esas 2006/7724). Sözleşmeden doğan bir borcun ifasının, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan bir hukukî engel nedeniyle mümkün olmaması hukukî imkânsızlık durumudur. Hukukî imkânsızlık varsa, borcun TBK m 112/136 anlamında imkânsız hale geldiği kabul edilmelidir. İmkânsızlık hükümleri, aynen ifa talebinin sonuçsuz kalacağına açık olduğu hallerde, bu talebi tazminat talebine dönüştürür ve alacaklıya, borçlunun imkânsızlıktan sorumlu olması şartıyla, temerrüdün şartlarını yerine getirmeden, doğrudan müspet zarar tazminini talep etme imkânı verir. Borçlunun tüm imkânsızlık hallerinde olduğu gibi, hukukî imkânsızlık hallerinde de sözleşmede kararlaştırılan edimi aynen ifa borcu sona erer. Geçici hukukî imkânsızlığın söz konusu olduğu durumlarda ise aynen ifa borcu sona ermeyip, hukukî engel var olduğu sürece ertelenir.

İmkânsızlığın borçluya yüklenemediği hallerde ise, sona eren aynen ifa yükümlülüğünün yerine tazminat yükümlülüğü oluşmaz (TBK 136/I). Örneğin, plan iptali sebebiyle ruhsatların iptal edilmesi halinde yüklenicinin sorumlu olmaması gerekir. Ayrıca, imkânsızlıktan alacaklının sorumlu olması halinde, borçlu, karşı edimi elde edememesi nedeniyle uğradığı zararın tazminini de talep edebilir (TBK 112). Eser sözleşmesinde borcun alacaklının sorumlu olduğu sebeplerle imkânsız hale gelmesi, TBK 485'te özel olarak düzenlenmiştir. TBK 485/I'e göre "Eserin tamamlanması, işsahibi ile ilgili beklenmedik olay dolayısıyla imkânsızlaşırsa yüklenici, yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerini isteyebilir." Yüklenicinin borcunun ifası, iş sahibinin kusurundan kaynaklanmayan ancak onunla ilişkili bir sebeple sürekli olarak imkânsız hale gelirse, yüklenici masraflarını karşılanmasını isteyebilecektir. Üzerinde inşaat yapılacak taşınmazın kamulaştırılması, sit alanı ilân edilmesi, inşaat yasağı, taşınmaza ilişkin imar planı ve yapı ruhsatının iptali gibi olgular iş sahibiyile ilişkili olarak inşaatı meydana getirme borcunun imkânsız hale gelmesi sebepleridir (Yargıtay 15. HD, T. 20.7.2007, E. 2007/2163, K. 2007/5035; 15. HD, T. 8.11.2012, E. 2011/7526, K. 2012/6981; 15. HD, T. 17.11.2011, E. 2010/3155, K. 2011/6640).

İnşaatların bir idare mahkemesi kararıyla ve üstelik genel bir imar uygulaması sorunu sebebiyle durdurulması, müteahhidin gecikmesi bakımından kendisine yüklenemeyecek ve temerrüdü önleyebilecek haklı bir sebep olabilecektir. Yargıtay kararlarında da arsa sahiplerinin ve yüklenicinin iradesi dışındaki sebeplerle akdin ifasının imkânsızlaştığı durumlarda B.K. 117. maddesi gereğince akdin feshine karar verileceği belirtilmektedir (Yargıtay 15. Hukuk Dairesi E. 1997/4191 K. 1997/5347 T. 12.12.1997). Yine benzer bir olayda, taraflar arasında imzalanan sözleşmeden sonra imar durumunun değişmesi sebebiyle sözleşmeye uygun inşaat yapılamayacağına anlaşılmaması halinde TBK 136 maddesi uyarınca sözleşmenin son bulduğunun kabulünün gerekeceği belirtilmiştir (Yargıtay 15. Hukuk Dairesi E. 2004/1009 K. 2004/5441 T. 27.10.2004). İmar planının değişmesi, üzerinde inşaat yapılacak taşınmazın sit alanı ilân edilmesi gibi sebeplerle ruhsatın iptali halinde, yüklenicinin borcu

TBK 112/136 anlamında imkânsız hale gelecektir (Yargıtay 15. HD, T. 8.11.2012, E. 2011/7526, K. 2012/6981). Ancak inşaatın sözleşmenin kurulduğu sırada imar mevzuatına aykırı olması nedeniyle, inşaat ruhsatının alınamayacağı kesinleşmesi veya verilmiş inşaat ruhsatının iptal edilmesi gibi hallerde, sözleşme TBK 27 uyarınca baştan itibaren geçersiz olacaktır (15. HD, T. 5.4.2006, E. 2005/1974, K. 2006/2012).

Bu kararlarda ifade edildiği gibi sonradan ortaya çıkan kusursuz ifa imkânsızlığı sürekli ise TBK 136 gereği sözleşmenin sona ermesine geçici ise temerrüde engel olacaktır. Yine, Yargıtay 15. HD 19.02.1992 T. 1992/607-712 sayılı kararda da, *“gecikmenin resmi mercilerin tutumundan, diğer bir deyişle davalının elinde olmayan nedenlerle ortaya çıkmışsa, davanın reddi gerekeceği belirtilmiş, İmar bakımından halen yasal engel varsa, bu objektif imkânsızlığın giderilmesinin daha uzun süre beklenilmesinin de davacıdan beklenemeyeceği belirtilerek sözleşmenin feshine karar verilmesinin uygun olacağına”* karar verilmiştir. Hatta yüklenicinin başvurusunu zamanında yapmış olması halinde, kusuru olmadan idari işlemler sebebiyle ruhsat verilmemiş ise yüklenicinin sorumlu tutulamayacağı ifade edilmiştir (Yargıtay 15. HD 27.01.1992 T. 1991/3263-1992/215). Yine, müteahhidin iradesi dışında tevhit işlemleri gibi idari işlemlerin yapılması sırasında, resmi işlemlerdeki gecikme nedeniyle ek süre verilmesinin gerektiği ifade edilmiştir (Yargıtay 15. HD 20.11.1991 T. 1991/2395-5565). Bazı bağımsız bölümlerin iki katlı olarak yapılması borcu doğuran bir inşaat sözleşmesi mevcut iken, iki katlı bağımsız bölüm yapımının sonradan belediyenin kararıyla yasaklanması durumunda, gereği gibi ifa hukuken imkânsız hale gelir (Yargıtay 15. HD, T. 27.12.2011, E. 2011/616, K. 2011/7961).

Sözleşmede kararlaştırılan edimin hukukî nedenlerle sürekli olarak imkânsız hale gelmesi, borçlunun ifa yükümünü, alacaklının da aynen ifayı talep hakkını sona erdiren sebeplerden biridir. İfa imkânsızlığı, ifa yükümünü herhangi bir bildirim veya irade beyanı gerekmeden kanun gereği sona erdirir. İmkânsızlığın bu etkisi, kararlaştırılan edimi ifa yükümü üzerinde kendisini gösterir ve bu etki, imkânsızlıktan hangi tarafın sorumlu olduğu konusundan bağımsız olarak ortaya çıkar. Borçlu, imkânsızlıktan sorumlu olsa da olmasa da ifanın imkânsız hale gelmesiyle, aynen ifa yükümü sona erer. Bu sebeple, imara aykırı ve aykırılığın giderilme imkânı olmayan yapılarda, bağımsız bölüm tescili olamayacağı gibi binayı yapan müteahhidin arsa sahiplerinden ücret talebi de mümkün olmaz. Ancak, TBK 485/I hükmünce, binanın tamamlanması, işsahibi ile ilgili beklenmedik olay dolayısıyla imkânsızlaşır sa müteahhit, yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerini isteyebilecektir.

Bağımsız bölüm satın alan bir kişinin tescil talep etmesi mümkün olmayacağı gibi, dairenin kullanım alanının eksikliği ve diğer ayıplara dayanan seçimlik hakları kullanması, bedel indirimi talep etmesi de mümkün görünmemektedir. Alıcı, bu durumda, önceden aldığı arsa payı varsa bunu iade edip, ifa edilmeme sebebiyle oluşan

tüm zararlarını talep edebilecektir. Borçlunun sorumlu olduğu sebeplere dayanan hukukî imkânsızlık halinde, alacaklının TBK 112 uyarınca tazmini gereken zararı müspet zarardır. Borçlunun TBK 112 uyarınca ödeyeceği tazminat, alacaklının malvarlığını, borçlu edimi sözleşmeyle kararlaştırıldığı gibi ifa etseydi ne durumda olacaksa, o duruma getirmelidir. Bağımsız bölüm satışlarında bu zarar öncelikle dairenin piyasa rayiç değeridir, ayrıca muhtemel kira getirilerinin tazmini de talep edilebilir. Tazminatın belirlenmesinde, alacaklının uğradığı zararın tespitinde hangi zaman noktasının esas alınacağı önemlidir. Yargıtay, sözleşme konusunun bir başkasının mülkiyetine geçmesi nedeniyle ifası imkânsız hale gelen satış vaatleri ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde alacaklının zararının hesabında, sözleşme konusu taşınmazların ifanın imkânsızlaştığı tarihteki değerlerini esas almaktadır (Yargıtay HGK, T. 28.9.2011, E. 2011/13-528, K. 2011/571; 13. HD, T. 4.7.2011, E. 2011/4621, K. 2011/10957; 13. HD, T. 16.11.2009, E. 2009/5788, K. 2009/13309).

İmkânsızlık borcun ifasını engelleyen olgunun sürekli nitelikte olması halinde aynen ifa yükümünü sona erdirir. Bir borcun kararlaştırılan zamanda ifasının önünde kesin bir engel olmakla birlikte, daha sonraki bir zamanda ifanın mümkün olması durumunda geçici imkânsızlık oluşur. İnşaatın İmar Kanunu'nun 32. maddesi uyarınca mühürlenerek durdurulması gibi hallerde, kural olarak, ilgili edimlerin ifası bakımından geçici nitelikte bir imkânsızlığın meydana geldiği kabul edilebilir. Geçici imkânsızlık TBK 112 ve 136 anlamında bir imkânsızlık değildir. Bu durumda, borcun sözleşmenin gerektirdiği zamanda ifa edilmesi belli bir olgu tarafından engellenmekle birlikte, zamanla bu engel ortadan kalkmakta ve borç ifa edilebilir hale gelmektedir. Bu ise, kural olarak, temerrüt hükümlerinin (TBK 117 vd.) uygulama alanına giren bir durumdur. Özellikle bağımsız bölümün teslim edildiği, alıcının kullanıma başladığı ve kesin bir yıkım durumunun bulunmadığı, geçici imkânsızlık ihtimali olan hallerde alıcıya ayıba dayanan seçimlik haklarını kullanma imkânı verilmesi hakkaniyete uygun olacaktır. Aynen ifa yerine iade ve ifa yerine tazminatı şart koşan bir yaklaşım özellikle ayıplı ifa durumunda alıcının haklarını kullanmasını imkânsız hale getirebilecektir.

Kazı ve aykırı yapı fiilleriyle zarar gören binaların imar mevzuatına aykırı yapılmış olması halinde ise bu durumun tazminat talep hakkını ortadan kaldırmayacağı kabul edilmektedir. *Zarar gören binanın yasal olmaması (imar mevzuatına aykırı yapılması), kazı ve aykırı yapı fiilleriyle uğratılan zararların ödetilmesine engel oluşturmaz. İmara aykırılık idareyi ve idari yaptırımını ilgilendiren bir husus olup, başlı başına komşuluk hukukuna aykırılık teşkil etmez* (1. HD. 11.3.2004, 2129/2697).

TMK. m. 738 hükmüne göre taşınmaz malikleri kazı ve yapı yaparken komşu taşınmazlara, onların topraklarını sarsmak veya tehlikeye düşürmek ya da üzerlerindeki tesisleri etkilemek suretiyle zarar vermekten kaçınmak zorundadır. Taşınmaz malikinin mülkiyet hakkını bu hakkın yasal kısıtlamalarına aykırı kullanması so-

nucunda zarar gören veya zarar tehlikesi ile karşılaşan kimsenin aynı kanunun 730. maddesi hükmüne göre durumun eski hale getirilmesini, tehlikenin ve uğradığı zararın giderilmesini dava etme hakkı bulunduğu gibi TBK. m. 69 hükmü ile de bir bina veya imal olunan herhangi bir şeyin maliki o şeyin fena yapılmasından yahut muhafazasındaki kusurundan dolayı meydana gelecek zararlardan sorumlu tutulmuştur. Bu maddelerde düzenlenen sorumluluk türü, kusursuz sorumluluk olduğundan meydana gelecek zarardan dolayı malikin sorumlu tutulabilmesi için kötü niyetli veya kusurlu olmasına gerek bulunmamakta, zarar ile bina veya imal olunan şey arasında uygun illiyet bağının bulunması ve kanunda aranılan diğer koşulların gerçekleşmesi yeterli olacaktır.

Taşınmaz maliki kazı veya yapı yaparken, komşu taşınmazlara; Onların topraklarını sarsmak, tehlikeye düşürmek, üzerlerindeki tesisleri etkilemek suretiyle zarar vermekten kaçınmak zorundadır. Aksine davranışlarda oluşan zarar, zarar veren tarafından karşılanır. Zarar veren gerekli önlemleri almaya zorlanır ve gerekirse kazı ve yapı çalışması durdurulur.

Komşuluk hukuku kurallarına aykırı yapılar hakkında taşkın yapılara ilişkin hükümler uygulanır (TMK. m. 738/II). TMK'nun 738. maddesiyle, 737. maddeye benzer daha özel bir düzenleme getirilmiştir. Söz konusu madde hükmüne göre "Malik, kazı ve yapı yaparken komşu taşınmazlara, onların topraklarını sarsmak veya tehlikeye düşürmek ya da üzerlerindeki tesisleri etkilemek suretiyle zarar vermekten kaçınmak zorundadır. Komşuluk hukuku kurallarına aykırı yapılar hakkında taşkın yapılara ilişkin hükümler uygulanır". Bir kimsenin kendi taşınmazında yaptığı hafriyat veya inşaat nedeniyle komşusunun taşınmazına bir zarar vermiş veya onu zarara maruz bırakmışsa, bu zararın hoşgörüsü sınırlarını aşır aşmadığını aramaya gerek yoktur.

Aykırı yapılara uygulanacak "taşkın yapılara ilişkin hükümler" TMK. m. 725'te düzenlenmiştir: Bir yapının başkasına ait araziye taşan kısmı, eğer yapıyı yapan malik taşınan arazi üzerinde bir irtifak hakkına sahip bulunuyorsa, ona ait taşınmazın bütünleyici parçası olur. Böyle bir irtifak hakkı yoksa zarar gören malik taşmayı öğrendiği tarihten başlayarak on beş gün içinde itiraz etmediği, aynı zamanda durum ve koşullar da haklı gösterdiği takdirde, taşkın yapıyı iyi niyetle yapan kimse, uygun bir bedel karşılığında taşan kısım için irtifak hakkı kurulmasını veya bu kısmın bulunduğu arazi parçasının mülkiyetinin devredilmesini isteyebilir. Zarara uğrayan komşu, süresi içinde itiraz etmezse ve inşaat iyi niyetle yapılmış olup da durum ve koşullar da uygun ise yapı kaldırılmayacaktır. Açıklanan koşullar yoksa zarara uğrayan komşu, komşuluk ilişkisine ait kurallara aykırı biçimde yapılan yapının yıkılmasını isteyebilir.

Kazı ve aykırı yapı fiilleriyle zarara uğratılan binaların imar mevzuatına aykırı yapılmış olmasının tazminat talep hakkını ortadan kaldırmayacağı ve zarar gören binanın imar mevzuatına aykırı yapılmasının, kazı ve aykırı yapı fiilleriyle uğratılan zararların ödenilmesine engel oluşturmaması gerektiği yukarıda belirtilen Yargıtay

kararında ifade edilmiştir. Bu kararda imara aykırılık idareyi ve idari yaptırımını ilgilendiren bir husus olarak görülmüştür (1. HD. 11.3.2004, 2129/2697). Yargıtay, başka bir kararında ise benzer şekilde binadaki hasara onun fenne aykırı bir şekilde yapılmış olması değil doğrudan doğruya davalının girişmiş olduğu hafriyatın yol açmış olması halinde binanın yapım biçimi ile doğan zarar arasında bir illiyet bağının olmayacağını ve hafriyat yapılmaması halinde bile davacıya ait binanın doğal yaşantısını sürdüreceğinin anlaşılması halinde kusuru olmasa bile hafriyat yapan davalının tazminle yükümlü olacağını belirtmiştir.

Yargıtay 4. HD. 2.7.1987, 3316/5476

“Davacının binası belediyece verilmiş bir ruhsata göre ve ona uygun olarak yapılmıştır. Bu durumda onun fenne aykırı olduğu kabul edilemez. Aksi benimsense bile davalı kendi arsasında hafriyat yaptırmamış olması halinde bina mevcut durumu ile yaşantısını sürdüreceği idi ise davalıyı yine sorumlu tutmak gerekir. Zira böyle bir durumda davacının binasındaki hasara onun fenne aykırı bir şekilde yapılmış olması değil doğrudan doğruya davalının girişmiş olduğu hafriyat olgusu yol açmış olur ki bu takdirde davacının binasının yapım biçimi ile doğan zarar arasında bir illiyet bağının varlığı düşünülemez. Davalının hafriyat yapmaması halinde bile davacıya ait binanın doğal yaşantısını sürdüreceğinin anlaşılması halinde kusuru olmasa bile davalı tazminle yükümlü tutulmalıdır”

Yargıtay benzer bir olayda ise binanın ruhsatsız ve yapı yönetmeliğine aykırı olması halinde bu durumun tazminat talep etme imkânını ortadan kaldırmayacağını, ancak oluşan zararda yapı tekniğine uygun inşaat yapılmaması da etkili olmuş ise bina sahibinin müterafik kusuru nedeniyle TBK. m. 51-52 dikkate alınarak uygun bir indirim yapılması gerektiğine karar vermiştir.

Yargıtay 4. HD. 15.2.2012, 14418/2144

“davacılara ait 113 ada 2 parsel sayılı taşınmaz üzerindeki 3 katlı binanın projesiz, ruhsatsız ve yapı yönetmeliğine aykırı kaçak bina olduğu anlaşılmaktadır. Yan parseldeki davalılar tarafından yaptırılan inşaat çalışması sırasında yeterli önlem alınmadığından zemin kazı çalışmasında toprak alımı ile oluşan boşluk sonrası davacıya ait binanın zemininin kaydığı, taşıyıcı yapı elemanlarında kırılma ve çatlaklar oluştuğu, yan parseldeki yapının oluşturduğu ağırlık nedeniyle binanın yan yattığı tespit edilerek tedbirsiz yapılan inşaat çalışması ile davacıya ait binadaki zarar arasında illiyet bağı kurulmuştur. Yine oluşan zararda davacıların yapı tekniğine uygun inşaat yapmamaları ve bölgesel zeminin gevşek ve kumlu yapısının da etkili olduğu saptanmıştır. Tüm bu açıklamalardan davalıların oluşan zarardan haksız fiil esaslarına göre sorumlu oldukları kabul edilmelidir.

“Davalıların sorumlu olacakları zarar tutarının belirlenmesi bağlamında; davacıların ruhsatsız, projersiz ve yapı yönetmeliğine aykırı kaçak bina yapmakla yasaların kendilerine verdiği yükümlülükleri yerine getirmedikleri yasalara saygılı vatandaştan beklenen davranışı sergilemedikleri de anlaşılmaktadır. Somut olayın gelişim biçimi de gözetildiğinde, davacıların oluşan zararda müterafik (bölüşük) kusurunun olduğu kabul edilmelidir. Şu halde yerel mahkemece yapılacak iş, zarar kapsamını belirlemek, davacıların bölüşük kusuru nedeniyle TBK. m. 51-52 dikkate alınarak uygun bir indirim yaparak oluşacak sonuca göre karar vermektir. Açıklanan hususlara aykırı düşecek biçimde yazılı gerekçelerle istemin tümünden reddine karar verilmiş olması doğru değildir. Bu nedenle kararın bozulması gerekmiştir” (4. HD. 15.2.2012, 14418/2144).

Bu kararlardan çıkan genel sonuç, bir binanın imara aykırı yapılmış ve aykırılığın giderilme olanağı mümkün olmamış ise sürekli ifa imkânsızlığının söz konusu olmasıdır. Kesin ve sürekli imkânsızlık durumunda alıcı, bağımsız bölüm tescilini değil ifadaki imkânsızlık nedeniyle satıcının subjektif kusuru ile sözleşmenin ifa edilmemesinden kaynaklanan bütün zararlarını isteyebilecektir. Bağımsız bölüm satın alan bir kişinin dairenin kullanım alanının eksikliği ve diğer ayıplara dayanan seçimlik hakları kullanması, bedel indirimi talep etmesi de mümkün görünmemektedir. Ancak, bağımsız bölümün alıcıya teslim edildiği, alıcının kullanıma başladığı ve kesin bir yıkım durumunun bulunmadığı hallerde alıcıya ayıba dayanan seçimlik haklarını kullanma imkânı verilmesi hakkaniyete uygun olacaktır.

Kazı sonucu yıkılan yapıların fenne aykırı olması durumunda, bu nedenle tazminattan bir indirim yapılmaması gerektiği yönündedir. Özellikle binadaki hasara onun fenne aykırı bir şekilde yapılmış olması değil doğrudan doğruya kazı ve aykırı yapı yapanın gerçekleştirdiği hafriyat olgusu yol açmış ise tazminattan indirim yapılmayacaktır. Bu durumda ruhsatsız veya aykırı binanın yapım biçimi ile doğan zarar arasında bir illiyet bağının varlığı yoktur. Kazı yapılmaması halinde bile binanın doğal yaşantısını sürdüreceğinin anlaşılması halinde kusuru olmasa bile kazı ve yapı yapan tazminle yükümlü olacaktır. Bununla birlikte, oluşan zararda yapı tekniğine uygun inşaat yapılmaması da etkili olmuş ise bina sahibinin müterafik kusuru nedeniyle TBK. m. 51-52 dikkate alınarak uygun bir indirim yapılması gerekecektir.

SİGORTACININ AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜ DÜZENLEYEN TTK m. 1423 HÜKMÜNE İLİŞKİN BAZI DEĞERLENDİRMELER

(Considerations on the Art. 1423 of the Commercial
Code Regulating the Insurer's Information Duty)

Yrd. Doç. Dr. Kübra YETİŞ ŞAMLI *

ÖZET

Sigortacının aydınlatma yükümlülüğü, 13.1.2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1423. maddesinde düzenlenmiştir. Çalışmada, düzenlemenin uygulanmasında ortaya çıkabilecek sorunların belirlenmesi ve bunlara ilişkin çözümler önerilmesi amaçlanmıştır. Bu doğrultuda, aydınlatma yükümlülüğünün ne zaman ifa edileceği; kapsamı; şekli; yaptırımı; kısmi itirazın ve sigortacıdan tazminat talep edilmesinin mümkün olup olmadığı ve sözleşmenin devamı sırasında aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemesinin sonucu üzerinde durulmuştur.

Anahtar kelimeler: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, sigorta hukuku, sigorta sözleşmesi, sigortacının aydınlatma yükümlülüğü, sözleşme öncesi aydınlatma yükümlülüğü, sözleşmenin devamı sırasındaki aydınlatma yükümlülüğü.

Abstract

Insurer's information duty is regulated in Article 1423 of the Turkish Commercial Code, adopted on 13.1.2011 under Nr. 6102. The purpose of this paper is to highlight the problems which may arise in practice with respect to this provision and to suggest solutions. In this regard, time of the performance of the duty, the scope of the duty, the formal requirement with respect to the performance of the duty and the sanction of the non-performance of the duty are studied. Moreover, questions of whether a partial objection is allowed or not and whether a compensation may be claimed from the insurer or not are tried to be answered. Finally, the sanction of the non-performance of the post-contractual information duty is highlighted.

Keywords: Turkish Commercial Code Nr. 6102, insurance law, insurance contract, insurer's information duty, pre-contractual information duty, post-contractual information duty.

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Deniz Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

GİRİŞ

Münferit bir sözleşme ilişkisinde sigorta ettiren finansal açıdan güçlü olabilir. Buna rağmen, gerek sigortaya gerekse sözleşmeye temel teşkil eden, önceden hazırlanmış sözleşme koşullarına ilişkin olarak sigorta ettiren sigortacıya nazaran daha az bilgi sahibi olduğundan, her zaman için sözleşmenin zayıf ve dolayısıyla korunması gereken tarafıdır¹. Bu bakımdan, sigorta sözleşmesinin tarafları arasında bir “bilgi asimetrisi” bulunduğundan söz edilebilir². Sigorta sözleşmelerinin “tüketici sözleşmesi” niteliğini taşıması³; sigortanın herhangi bir mal veya hizmetten farklı olarak

¹ Samim ÜNAN, “Insurer’s Pre-contractual Duties to Inform and Warn/Advise”, *Insurer’s Pre-contractual Information Duty, Sigorta Hukuku Türk Derneği* (Turkish Chapter of AIDA), İstanbul 2013, (s. 9-28), s. 9.

² Bkz.: Hazine Müsteşarlığı’nın 2008/12 sayılı Genelgesi (Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmeliğin Uygulanması Hakkında Genelge II). Mal ve hizmet piyasalarının işlevselliği için piyasa aktörlerinin sağlıklı ve doğru bilgi sahibi olmasının temel şart olduğu; bu nedenle Avrupa Birliği’nin tüketicinin korunmasına yönelik tüm düzenlemelerinde sözleşme öncesi bilgi verme yükümlülüğünün ana enstrüman olarak kullanıldığı hususunda bkz.: Kemal ŞENOCAK, “Avrupa Birliği Sigorta Aracıları Direktifi (2002/92/CE)”, Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegân Kender’e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, Çizgi, İstanbul 2007, (s. 1055-1070), s. 1062. Sigorta menfaatinin ilişkin olduğu mal veya sigorta konusu riziko bakımından ise sigorta ettiren lehine ve sigortacı aleyhine bir bilgi asimetrisinin söz konusu olduğu; kanun koyucunun bunu dikkate alarak sigorta ettirenin sözleşme öncesi bildirim yükümlülüğüne dair düzenleme (TTK m. 1435 vd.) getirdiği hususunda bkz.: a.g.e.

³ 7.11.2013 tarih ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (RG: 28.11.2013 – 28835) m. 3/1-’de “tüketici işlemi” kavramı tanımlanmış ve sigorta sözleşmelerinin de bu kapsamda yer aldığı açıkça hüküm altına alınmıştır. Ancak sigorta sözleşmelerine ilişkin böyle açık bir düzenlemenin yer almadığı 23.2.1995 tarih ve 4077 sayılı –mülga- TKHK (RG: 8.3.1995 – 22221) çerçevesinde de bu husus öğretilde ifade edilmekteydi. Bkz.: Huriye KUBILAY, *Uygulamalı Özel Sigorta Hukuku: Sigorta Sözleşmeleri, Sigorta Kurumları, Örnek Olaylar, Barış Yayınları*, İzmir 1999, s. 33; Tekin MEMİŞ, “Sigorta Sözleşmelerinde Kullanılan Genel Şartların Yargısal Denetimi”, *Türkiye’de Sigorta Hukukunun Sorunları ve Geleceği*, Sempozyum, İstanbul 19-20 Kasım 2004, Türkiye Barolar Birliği, 2005, (s. 123-149), s. 123. “Sigorta tüketicisi” hakkında bkz.: Rayegân KENDER, “Sigorta Hukukunda Tüketicinin Korunması”, *YÜHFD C. 8 S. 2*, (s. 1-27), s. 1, 9, 10. Tüketici sözleşmelerinin özellikleri için bkz.: KUBILAY, s. 31-32. Sigorta sözleşmelerinde kullanılan genel şartların 4077 sayılı –mülga- TKHK m. 6’ya tâbi olduğu hususunda bkz.: MEMİŞ, *Genel Şartların Yargısal Denetimi*, s. 134-135. Aynı yönde: KUBILAY, s. 33. Yazar, sigorta sözleşmesinin tüketici sözleşmesi olması dolayısıyla TKHK’nin uygulama alanına girdiğini belirtmektedir. Ayrıca bkz.: Yeşim M. ATAMER / Samim ÜNAN, “Control of General and Special Conditions of Insurance Under Turkish Law with Special Regard to the Transparency Requirement”, *Transparency in Insurance Law*, İstanbul 4 May 2012, Joint Seminar Organized by Sigorta Hukuku Türk Derneği - Deutscher Verein für Versicherungswissenschaft, editors: Manfred Wandt, Samim Ünan, Sigorta Hukuku Türk Derneği - Deutscher Verein für Versicherungswissenschaft, İstanbul 2012, (s. 65-89), s. 73-75. 4077 sayılı –mülga- TKHK m. 6’nın sigorta sözleşmelerine uygulanacağı; ancak genel şartların değil, yalnızca özel şartların bu maddeye tâbi olduğu görüşü için bkz.: KENDER, *Tüketicinin Korunması*, s. 19, s. 20; Rayegân KENDER, *Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku: Sigorta Müessesesi, Sigorta Sözleşmesi, güncelleştirilmiş 13. Baskı, XII Levha*, İstanbul 2014, s. 114.

hukuki ürün olması ve karmaşık yapısı⁴, bilgi asimetrisi ile korunma gerekliliğini daha da belirgin kılar. Sigortacının gerek sözleşmenin müzakeresi ve kurulması, gerekse devamı safhasında sigorta sözleşmesine taraf olmak isteyenlere ve sigorta ettirenlere belirli hususlara ilişkin olarak bilgi vermekle yükümlü tutulmasının amacı⁵, bu kişilerin korunmasıdır⁶.

Sigortacının sözleşmenin kurulmasından önceki müzakere safhasında sözleşmeye taraf olmak isteyen kişilere sözleşmenin akdedilip akdedilmeyeceği veya hangi şartlarla akdedileceği konusundaki kararlara etkili olacak hususlarda bilgi verme yükümlülüğü, sözleşme akdetmek üzere görüşmelere başlayan kişilerin dürüstlük ku-

⁴ Manfred WANDT, “Transparency as a General Principle of Insurance Law”, Transparency in Insurance Law, İstanbul 4 May 2012, Joint Seminar Organized by Sigorta Hukuku Türk Derneği - Deutscher Verein für Versicherungswissenschaft, editors: Manfred Wandt, Samim Ünan, Sigorta Hukuku Türk Derneği - Deutscher Verein für Versicherungswissenschaft, İstanbul 2012 (s. 9-23), s. 11.

⁵ Sigorta ettirenin aydınlatılması yükümlülüğünün ekonomik, sosyal ve hukuki nedenleri hakkında bkz.: Mehmet ÖZDAMAR, Sigortacının Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğü, Yetkin, Ankara 2009, s. 172-186; İrem ARAL ELDELEKLİOĞLU, “6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ve Sigortacılık Mevzuatı Uyarınca Sigortacının Aydınlatma Yükümlülüğü”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 18 S. 1 Y. 2012, (s. 383-403), s. 388.

⁶ Alman Hukukunda sigorta ettirenlerin korunması ve sigorta sözleşmelerinde şeffaflık, sigorta genel şartlarının denetim makamının onayına tâbi tutulması yoluyla sağlanmaktaydı. Dolayısıyla sözleşme hukukunun değil, denetimin konusu olarak değerlendirilmekteydi. Nitekim 1908 tarihli Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu’nda (Versicherungsvertragsgesetz [VVG]) bu hususa ilişkin herhangi bir düzenleme getirilmemiştir. Bunun nedeni sigorta sözleşmesinin, son derece ayrıntılı hükümler içeren sigorta genel şartlarına tâbi olması ve 1901 tarihli Alman Sigorta Denetim Kanunu (Versicherungsaufsichtsgesetz [VAG]) çerçevesinde genel şartların sigorta ettirenin aleyhine olacak şekilde değiştirilememesidir (§ 9 III VAG). Dolayısıyla genel şartların denetim makamının onayına tâbi olması şeffaflık bakımından da işlev görmektedir. Bu konuda bkz.: WANDT, Transparency, s. 12 vd. Oysa denetim makamının her zaman sözleşmenin tarafları arasındaki dengeyi olabilecek en iyi şekilde kuracağını ve sigorta ettireni en uygun şekilde koruyacağını söylemek mümkün değildir. Bkz.: ATAMER / ÜNAN, s. 69. Alman hukukundaki bu durum üçüncü nesil AB Direktifleri’yle (Directive 92/49/ECC of 18.06.1992 [Third Indemnity Insurance Directive] ve Directive 92/96/ECC of 10.11.1992 [Third Life Assurance Directive]) değişmiştir. Şöyle ki, “deregulasyon” olarak tanımlanan bu direktiflerle, üye devletlere, genel şartların denetim makamının onayına tâbi tutulması sistemini terk etme yükümlülüğü yüklenmiştir. Bu çerçevede sigorta sözleşmelerinde şeffaflığın sağlanabilmesi ve sigorta ettirenlerin yeterli şekilde korunabilmesi için sigortacının sözleşmenin kurulmasından önce sigorta sözleşmesi akdetmek isteyen kişileri belirli konularda bilgilendirmesine ilişkin düzenlemeler getirilmiştir. Böylelikle denetim makamı tarafından sağlanan “pazarda şeffaflık”, yerini, sözleşmeye ilişkin düzenlemelerle korunan “üründe şeffaflığa” bırakmıştır. Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu’nda 2008 yılında yapılan reformdan sonra sigortacının bilgilendirme yükümlülüğü önemli ölçüde genişletilmiş ve buna danışmanlık yapma yükümlülüğü de eklenmiştir. Bkz.: WANDT, Transparency, s. 14, 15 vd., 21. Alman sigorta hukukunun tarihçesi, gelişimi ve reform süreci hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Manfred WANDT, Versicherungsrecht, 4. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln München 2009, s. 52-55 Nr. 136-144; s. 91-92 Nr. 241-243; Frank BAUMANN / Hans-Ludger SANDKÜHLER, Das neue Versicherungsvertragsgesetz: Mit allen Änderungen ab 1.1.2008, Haufe Mediengruppe, Freiburg Berlin München 2008, s. 13-14; Oliver MEIXNER / René STEINBECK, Das neue Versicherungsrecht, C.H. Beck, München 2008, s. 1-4 Nr. 1-20.

ralına uygun davranma yükümlülüğünün⁷ sigorta sözleşmesindeki görünümüdür⁸. Dolayısıyla bu konuya ilişkin özel bir düzenleme bulunmasa dahi, TMK m. 2 ve 'culpa in contrahendo'dan sorumluluk⁹ kapsamında yer alır¹⁰. Bu hususlar Hazine Müsteşarlığı'nın 2008/7 sayılı Genelgesi'nde de belirtilmiştir.

⁷ Sözleşme görüşmelerine başlayan tarafların dürüstlük kuralına uygun davranma yükümlülüğü hakkında bkz.: M. Kemal OĞUZMAN / M. Turgut ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1, gözden geçirilmiş 12. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s. 78-80; Fikret EREN, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Yetkin, Ankara 2013, s. 1128-1129.

⁸ Sigortacının aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin pozitif bir düzenlemenin bulunmadığı dönemde de bu yükümlülüğün mevcudiyeti kabul edilmekte; dogmatik ve normatif dayanakları ise, sözleşme ilişkisinde, bu ilişkiye paralel ikinci bir ilişki olarak dürüstlük kuralına dayanan ve koruma yükümü doğuran güven ilişkisinin kurulması; sigorta sözleşmesinin azami iyiniyet akdi olması; 6762 sayılı TTK'nın sigorta ettireni koruyan ana esprisi ve tüketicinin korunması ve aydınlatılması ilkesi olarak açıklanmaktadır. Bkz.: Merih Kemal OMAĞ, "Sigortacı Açısından Sigorta Sözleşmesinin Hükümleri", Prof. Dr. Fahman Tekil'in Anısına Armağan, Beta, İstanbul 2003, (s. 25-43), s. 26. Sigorta sözleşmesinin azami iyiniyete dayanması nedeniyle sözleşmenin her iki tarafının da sözleşmeye ilişkin tüm hususları açıklamakla yükümlü olduğu hususunda bkz.: KUBİLAY, s. 29; ARAL ELDELEKLİOĞLU, s. 383.

⁹ Bu konuda bkz.: OĞUZMAN/ÖZ, s. 38, 488-492; Rona SEROZAN, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme –Ek: Uygulama Çalışmaları-, gözden geçirilip genişletilmiş 6. Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul 2014, s. 253-256, 261-263; Hüseyin HATEMİ / Emre GÖKYAYLA, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, s. 8 Nr. 5; EREN, s. 1128-1139. Ayrıca bkz.: Mertol CAN, Türk Özel Sigorta Hukuku (Ders Kitabı), genişletilmiş ve gözden geçirilmiş üçüncü bası, İmaj, Ankara 2009, s. 307.

¹⁰ OMAĞ, s. 28. Sözleşmenin kuruluşu aşamasındaki aydınlatma yükümüne aykırılığın 'culpa in contrahendo'dan sorumluluğa yol açabileceği hususunda bkz.: SEROZAN, s. 256. Sigortacının aydınlatma yükümlülüğünün culpa in contrahendo, dürüstlük kuralı ve akdın müspet ihlali kuramları ile doğrudan ilişki içerisinde olduğu hususunda bkz.: ARAL ELDELEKLİOĞLU, s. 384. Bu hassas ve karmaşık konuda genel prensiplerin yeterli olamayacağı; bu nedenle konunun özel olarak ve ayrıntılı hükümlerle düzenlenmesi ihtiyacının söz konusu olduğu hususunda bkz.: ÜNAN, s. 10.

Sigortacının aydınlatma yükümlülüğünün karşısında sigorta ettirenin sözleşme öncesi bildirim görevi bulunmaktadır. Sigortacının aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirebilmesinin büyük ölçüde riziko hakkında kanaat edinmesine bağlı olduğu; bunun ise sigorta ettirenin vereceği bilgiye dayandığı; bu açıdan aydınlatma yükümlülüğü ile sözleşme öncesi bildirim görevinin irtibat hâlinde olduğu hususunda bkz.: OMAĞ, s. 27. Sigorta ettirenin sözleşme öncesi bildirim görevi de dürüstlük kuralına dayanmaktadır. Bkz.: Zehra ŞEKER-ÖĞÜZ, Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Sigorta Sözleşmelerinde Sözleşme Öncesi İhbar Görevi, Filiz Kitapevi, İstanbul 2010, s. 31-32. Farklı görüşte: Haydar ARSEVEN, Sigorta Hukuku: Ana Prensipler, Genel Hükümler, yenilenmiş 2. baskı, Beta, İstanbul 1991, s.127. Yazar, sigorta ettirenin bildirim yükümlülüğünün sözleşmeden değil, kanundan doğduğunu; sigorta hukukuna has bir yükümlülük olduğunu; mahiyetinin mutlaka genel hukuk teorileriyle izah edilmesine gerek bulunmadığını ileri sürmektedir. Aynı yönde: Fırat ÖZTAN, Sigorta Akdinin İnikadında İhbar Mükellefiyeti, Ankara 1966, s. 34-35. Sigorta ettirenin bu yükümlülüğü yerine getirirken azami iyiniyetle hareket etmesi gerektiği hususunda bkz.: ARSEVEN, s. 127. Sözleşme öncesi bildirim görevinin hukuki dayanağına ilişkin olarak ileri sürülen diğer görüşler hakkında bkz.: ŞEKER-ÖĞÜZ, s. 22-30. Sözleşme öncesi bildirim görevinin ihdas sebeplerine ilişkin olarak ileri sürülen görüşler ve tartışmalar hakkında bkz.: ÖZTAN, s. 12-28. TTK'nın sözleşme öncesi bildirim görevine ilişkin düzenlemelerinin eleştirisi için bkz.: Samim ÜNAN, "Türk Ticaret Kanunu Taslağı'nın 'Sigorta Hukuku' Başlıklı Altıncı Kitabı Hakkında Düşünceler", SHD Yıl 2005, Özel Sayı 1: Türk Ticaret Kanunu Taslağı, (s. 109-196), s. 136-140.

Sözleşmenin devamı sırasındaki safhada ise sigortacının aydınlatma yükümlülüğü, sözleşmeden doğan bir yan yükümlülüktür¹¹. Dolayısıyla yükümlülüğün dayanağı sözleşmedir. Nitekim bu hususta düzenleme getirilmesinden önce, sigorta sözleşmesi gibi sürekli borç ilişkilerinde¹² edimler süregeldiği için sözleşmenin kurulmasından sonra da aydınlatma yükümlülüğünün söz konusu olacağı ifade edilmiştir¹³.

Türk hukukunda sigortacının aydınlatma yükümlülüğü ilk kez 21.12.1959 tarihli ve 7397 sayılı (mülga) Sigorta Murakabe Kanunu'nun¹⁴ ek 2. maddesine¹⁵ dayanılarak çıkarılan Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmelik¹⁶ ile düzenlenmiştir. Yönetmeliğe dayanak teşkil eden söz konusu madde uyarınca “sigorta ve reasürans şirketleri ile sigorta ve reasürans aracılığı hizmeti yapanlar ve sigorta eksperleri ... sigortalıların hak ve menfaatlerini tehlikeye sokabilecek hareketlerden kaçınmak, sigortacılığın icaplarına ve iyiniyet kuralına uygun hareket etmek ... zorundadır.” Görüldüğü üzere düzenlemede sigortacının aydınlatma yükümlülüğünden açıkça söz edilmemiştir. Bu hususun “sigortalıların hak ve menfaatlerini tehlikeye sokabilecek hareketlerden kaçınmak, sigortacılığın icaplarına ve iyiniyet kuralına uygun hareket etmek” kapsamında değerlendirildiği ve yönetmeliğin buna dayanılarak çıkarıldığı anlaşılmaktadır.

Daha sonra, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun¹⁷ “sigorta sözleşmeleri” başlığını taşıyan 11. maddesinin 3. fıkrasına dayanılarak Hazine Müsteşarlığı tarafından Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmelik¹⁸ (SSBİY) hazırlanmıştır. Yeni yönetmelik ile eskisi yürürlükten kaldırılmıştır. Yönetmeliğe dayanak teşkil eden SK m. 11/3'e göre, “sigorta şirketleri ve sigorta acenteleri¹⁹ tarafından, gerek

¹¹ Emine YAZICIOĞLU, Sigorta Aracıları Hukuku I, XII Levha, İstanbul 2010, s. 195 vd. Sigorta acentesi bakımından bilgilendirme yükümlülüğünün sözleşme öncesindeki ve sözleşmenin devamı sırasındaki safhalar bakımından dayanağının konuya ilişkin yasal düzenlemeler olduğu hususunda bkz.: a.g.e., s. 196. Yan yükümlülük kavramı hakkında bkz.: EREN, s. 37-39.

¹² KENDER, s. 167; a.y., Tüketicinin Korunması, s. 2, 9; OMAĞ, s. 27; Rona SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, gözden geçirilmiş 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, s. 165. Ani ve sürekli edimli borç ilişkileri için bkz.: OĞUZMAN/ÖZ, s. 11-12; EREN, s. 107-108; SEROZAN, Dönme, s. 162-164. Sigorta sözleşmesinin ani edimli ilişki olduğu görüşü için bkz.: Zehra ŞEKER, “Sigorta Sözleşmesinin Hukuki Niteliği Üzerine”, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, (s. 1043-1061), s. 1056-1059.

¹³ OMAĞ, s. 27.

¹⁴ RG: 30.12.1959 – 10394.

¹⁵ Değişik: 11.6.1987 - 3379/32 md.

¹⁶ RG: 28.11.2006 – 26360. Yönetmeliğin getirdiği düzenlemelerin eleştirisi için bkz.: Ahmet KARAYAZGAN, “Avrupa Birliği Mevzuatı Karşısında Türk Sigorta Aracılık Hukuku”, Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegân Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, Çizgi, İstanbul 2007, (s. 730-804), s.791-792, 802.

¹⁷ RG: 14.6.2007 – 26552.

¹⁸ RG: 28.10.2007 – 26684.

¹⁹ Sigorta aracılarının bilgilendirme ile yükümlü kılınmasını gerektiren etkenler hakkında bkz.:

sözleşmenin kurulması gerekse devamı sırasında sigorta ettiren, lehtar ve sigortalıya yapılacak bilgilendirmeye ilişkin hususlar yönetmelikle düzenlenir”.

13.1.2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun²⁰ “aydınlatma yükümlülüğü” başlığını taşıyan 1423. maddesine göre ise sigortacı ve acentesi, sigorta sözleşmesinin kurulmasından önce, gerekli inceleme süresi de tanınmak şartıyla, kurulacak sigorta sözleşmesine ilişkin tüm bilgileri, sigortalının haklarını, sigortalının özel olarak dikkat etmesi gereken hükümleri ve gelişmelere bağlı bildirim yükümlülüklerini sigorta ettirene yazılı olarak bildirir. Ayrıca, poliçeden bağımsız olarak sözleşme süresince sigorta ilişkisi bakımından önemli sayılabilecek olayları ve gelişmeleri sigortalıya yazılı olarak açıklar (1). Aydınlatma açıklamasının verilmemesi hâlinde, sigorta ettiren, sözleşmenin yapılmasına on dört gün içinde itiraz etmemişse, sözleşme poliçede yazılı şartlarla yapılmış olur. Aydınlatma açıklamasının verildiğinin ispatı sigortacıya aittir (2). Hazine Müsteşarlığı, çeşitli ülkelerin ve özellikle Avrupa Birliği’nin düzenlemelerini dikkate alarak, tüketiciyi aydınlatma açıklamasının şekli ve içeriğini belirler²¹ (3).

TTK m. 1423 hükmü, sigorta ettiren, sigortalı ve lehtar aleyhine değiştirilemeyen, nispi emredici bir hükümdür (TTK m. 1452/3).

YAZICIOĞLU, s. 182 vd. Belirtmek gerekir ki, sigorta aracıları söz konusu olduğunda, şeffaflığın sağlanması bakımından en önemli hususlardan biri, aracının sigorta acentesi mi yoksa sigorta brokeri mi olduğu hususunda müstakbel sigorta ettirenin bilgilendirilmesidir. Bkz.: Peter REUSCH, “Transparency in the Process of Mediation-Especially Status Transparency of the Intermediaries”, Transparency in Insurance Law, İstanbul 4 May 2012, Joint Seminar Organized by Sigorta Hukuku Türk Derneği - Deutscher Verein für Versicherungswissenschaft, editors: Manfred Wandt, Samim Ünan, Sigorta Hukuku Türk Derneği - Deutscher Verein für Versicherungswissenschaft, İstanbul 2012, (s. 23-39), s. 30.

Türk hukukunda aydınlatma yükümlülüğünün gerek SK ve SSBİY, gerekse TTK çerçevesinde yalnızca sigorta acentesi bakımından öngörülmüş olmasının eleştirisi için bkz.: YAZICIOĞLU, s. 174. Alman hukukunda ise bilgi verme ve danışmanlık yapma yükümlülüğü sigorta brokeri bakımından da öngörülmüş; brokerin tavsiyesini yeterli sayıda sözleşme teklifine dayandırması; sınırlı bilgiye dayanarak tavsiyede bulunuyor ise müstakbel sigorta ettireni bu hususta uyarması gerektiği hüküm altına alınmıştır (§ 60 I, II VVG). Sigorta brokerinin danışmanlık yapma yükümlülüğünün, sigorta acentesinininkine göre çok daha geniş kapsamlı olduğu; sadece temsil ettiği sigortacıların ürünlerini sunabilen acenteye nazaran brokerin, pazardaki değişik sigorta ürünlerine ilişkin daha kapsamlı bilgi sahibi olması gerektiği; ancak brokerin bu yükümlülüğünün aşırı şekilde genişletilmesinin sakıncalı olacağı; ortalama bir sigorta brokerinden, örneğin, Avrupa’daki tüm sigortacıların ürünlerini bilmesinin beklenemeyeceği hakkında bkz.: REUSCH, s. 32, 33.

²⁰ RG: 14.2.2011 – 27846.

²¹ TTK m. 1423/3’te çeşitli ülkelerin ve Avrupa Birliği’nin mevzuatına atıf yapılmış olmasının eleştirisi için bkz.: KARAYAZGAN, s. 795.

I. TTK m. 1423 Hükmü ile SSBİY'in Birlikte Uygulanması

TTK m. 1423 hükmü ile SK m. 11/3 yürürlükten kaldırılmamıştır. TTK m. 1423, SK m. 11/3'ün uygulanmasını engellemez²². Her iki düzenlemenin birlikte uygulanması ise çeşitli sorunlara sebebiyet verebilecektir. Zira düzenlemeler arasında hem terminoloji bakımından, hem de içerik bakımından farklılıklar bulunmaktadır²³. Şöyle ki, TTK m. 1423'te "bilgilendirme yükümlülüğü" yerine "aydınlatma yükümlülüğü" ifadesi tercih edilmiş; bunun sonucunda konuya ilişkin düzenlemeler bakımından bir terminoloji farklılığı ortaya çıkmıştır. Bunun yanı sıra SK m. 11/3'e dayanılarak hazırlanan SSBİY'in bilgilendirme yükümlülüğünün ihlaline bağladığı sonuç ile TTK m. 1423'te öngörülen aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesinin sonucu farklıdır. Dolayısıyla TTK m. 1423 ile SSBİY hükümlerinin uygulanma alanları kesişmekteyse de, içerikleri örtüşmemektedir. Bu bakımdan konuya ilişkin düzenlemelerin birlikte nasıl uygulanacağı, bunlar arasındaki çelişkilerin nasıl telif edileceği bir sorun teşkil etmektedir.

Bu konuda zikredilmesi gereken bir diğer sorun, TTK m. 1423/1'de sigortacının aydınlatma yükümlülüğünün sözleşme süresince devam etmesi öngörülmüş olmasına rağmen, yükümlülüğün bu safhada ihlaline bir hukuki sonuç bağlanmamış olmasıdır²⁴. Bunun dışında, TTK m. 1423'ün tek başına uygulanmasını önemli ölçüde güçleştiren ve aşağıda üzerinde durulacak olan başka eksikleri de vardır. TTK m. 1423 hükmü değiştirilip eksikleri giderilinceye kadar benimsenebilecek pratik ve makul çözüm yolu, eksik bırakılan hususlarda SSBİY hükümlerinin uygulanmasıdır.

TTK m. 1423'te sigortacı, gerek sözleşme öncesinde gerekse sözleşmenin devamı sırasında sigorta ettireni aydınlatmakla yükümlü tutulmuştur. Bu yükümlülüğün ifası ve ifa edilmemesinin sonuçları bakımından düzenlenmeyen hususlarda SSBİY hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmelidir. Aydınlatma yükümlülüğünün nasıl yerine getirileceği konusunda ise SSBİY'de öngörülen ayrıntılı düzenlemeler, örneğin bilgilendirme formuna ilişkin hükümler, uygulama alanı bulacaktır²⁵.

²² KENDER, s. 160.

²³ Nitekim, gerek TTK gerekse SK henüz tasarı hâlindeyken, "düzenlemeler arasında ilişkilendirmenin tesis edilemediği, sistem bütünlüğünün sağlanamadığı ve mevzuat hiyerarşisine yeterince dikkat edilmediği" ifade edilmiştir. Bkz.: KARAYAZGAN, s. 801.

²⁴ YAZICIOĞLU, s. 178.

²⁵ SSBİY hükümleri, bu makalenin kaynakçasında da yer alan değerli bilimsel çalışmalara konu olmuş ve ayrıntılı şekilde ele alınmıştır. Bu nedenle çalışmada SSBİY hükümleri incelenmemiş; yalnızca TTK m. 1423 hükmünün nasıl anlaşılıp uygulanması ve boşluklarının nasıl doldurulması gerektiğine ilişkin olarak zikredilmesi önemli görülen bazı SSBİY düzenlemelerine değinilmekle yetinilmiştir. Dolayısıyla örneğin, sigortacının sözleşmenin devamı sırasında bilgi taleplerini ve şikayetleri cevaplandırmasına ilişkin SSBİY m. 12, internet sitesi kurma zorunluluğuna ilişkin SSBİY m. 13 gibi bazı hükümler ele alınmamıştır.

II. Aydınlatma Yükümlülüğünün İfa Zamanı

TTK m. 1423/1'de sigortacı ve acentesinin “sigorta sözleşmesinin *kurulmasından önce*” sözleşmeye taraf olmak isteyen kişiyi aydınlatma yükümlülüğü düzenlenmiştir. Sözleşmenin kurulmasından önceki safha tarafların sözleşme akdetmek üzere görüşmelere başlamaları ile sözleşmenin kurulması arasındaki dönemdir. Dolayısıyla sigortacının aydınlatma yükümlülüğünün bu süre zarfında yerine getirilmesi gerekir.

Hükümde karşı tarafa “gerekli inceleme süresinin tanınması şartı”ndan ayrıca söz edilmiştir²⁶. Aydınlatma yükümlülüğü ile güdülen amaç, sözleşmeye taraf olmak isteyen kişinin sözleşmeye ilişkin tüm önemli hususlarda, daha açık bir ifadeyle, sözleşmenin kurulması ve içeriğiyle ilgili olarak kararına etki edebilecek konularda bilgi sahibi olmasını sağlamaktır. Böylelikle sigorta sözleşmesi akdetmek isteyen kişinin bilinçli bir karar vermesi temin edilecektir²⁷. Dolayısıyla, aydınlatma yükümlülüğünün amacı dikkate alındığında, sözleşme akdetmek isteyen kişinin sözleşmenin kurulmasına yönelik olarak kendini bağlayıcı bir irade beyanında bulunmasından önce aydınlatılması gerektiği açıktır²⁸. Aydınlatma açıklamasının sözleşmenin kurulmasından hemen önce, sigorta poliçesiyle birlikte verilmesi ile bu amaca ulaşılması mümkün olmaz. Zira sözleşmeye taraf olmak isteyen kişi, ancak düşünmek, değerlendirmek ve gerekiyorsa başka sigortacılarla görüşerek kendisine sunulan ürünleri karşılaştırmak imkânına sahipse aydınlatma açıklaması kendisinden beklenen işlevi yerine getirebilir. Hazine Müsteşarlığı’nın 2008/12 sayılı Genelgesi’nde de “bilgilendirme formuyla teklifnamenin derç edilerek verilmesinin sözleşme öncesi bilgilendirmenin mantığı ile bağdaşmadığı” isabetle belirtilmiştir. Ancak “bilgilendirme formunda yer alan bilgilerin daha önce sözel olarak verilmesi kaydıyla formun teklifname ya da *poliçeyle* birlikte verilmesinin mümkün olabileceği; zira bu hâlde formun verilmesinin, daha önce verilen sözel bilginin teyidi niteliğini taşıdığı” ifade edilmiştir. Bilgilendirme formunun poliçeyle birlikte verilebilmesi kanaatimize göre son derece sakıncalıdır. Böyle bir uygulama, formun verilmesinden önce sözlü olarak bilgi verilip verilmediği hususunda ispat güçlükleri yaşanmasına sebep olacaktır. Bundan da önemlisi, sözlü

²⁶ PEICL’in (Principles of European Insurance Contract Law – Avrupa Sigorta Sözleşmesi Hukuku İlkeleri) “Avrupa Sigorta Sözleşmesi Hukuku İlkelerine Tâbi Bütün Sözleşmelere Uygulanacak Genel Hükümler” başlıklı Birinci Kısımın İkinci Bölümü’nün “Sigortacının Sözleşme Öncesi Yükümlülükleri” başlıklı İkinci Ayrımında, m. 2:201/(2)’de, m. 2:201/(1) uyarınca sigortacının başvuru sahibine vermekle yükümlü olduğu bilgilerin, olanaklar ölçüsünde, başvuru sahibine sözleşme yapıp yapmamayı değerlendirebilmesi için yeterli zaman bırakılarak verileceği hüküm altına alınmıştır. TTK m. 1423 hükmü bu bakımdan PEICL düzenlemesiyle uyum içindedir. Alman Sig.Söz.Kan. m. 7/1’de ise bilgilendirmenin sözleşmenin kurulmasından önce, “zamanında” yapılması öngörülmüştür. Bu ifadenin muğlak ve yoruma muhtaç olduğu; amaca uygun şekilde, sigorta ettirene bilgiden faydalanabilmesi için belirli bir süre verilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bkz.: WANDT, s. 107-108 Nr. 284. Aynı yönde: BAUMANN/SANDKÜHLER, s. 44.

²⁷ ÜNAN, s. 9, 12.

²⁸ ŞENOCAK, s. 1069 vd.

bilgilendirmeyi kural, yazılı bilgilendirmeyi ise istisna haline getirecektir. Oysa SS-BİY m. 5/1 çerçevesinde bilgilendirmenin yazılı yapılması esastır. TTK m. 1423'te ise, aşağıda da görüleceği üzere, aydınlatma açıklamasının yazılı yapılmasının istisnası bulunmamaktadır. Düzenlemede aranan karşı tarafa "gerekli inceleme süresinin tanınması" şartı da dikkate alındığında, Genelge'de mümkün görülen uygulamanın TTK m. 1423 hükmüne aykırı olduğu açıktır.

TTK m. 1423/1'in son cümlesinde "ayrıca, poliçeden bağımsız olarak *sözleşme süresince* sigorta ilişkisi bakımından önemli sayılabilecek olayların ve gelişmelerin sigortalıya yazılı olarak açıklanacağı"ndan söz edilmektedir. Bu ifade, hükümde aydınlatma yükümlülüğünün sözleşmenin devamı bakımından da düzenlendiği şeklinde yorumlanmaktadır²⁹. SK m. 11/3'te açıkça sigortacı tarafından "sözleşmenin *kurulması ve devamı* sırasında" yapılacak bilgilendirmeden söz edilmiştir. Bu doğrultuda SSBİY'de yer alan hükümler her iki safhayı da kapsamaktadır. Ancak TTK m. 1423/1 c. son'un ifadesi SK m. 11/3 kadar açık ve net değildir. Ayrıca, aşağıda da açıklandığı üzere, bu ifade ile gerçekten de sigortacının sözleşmenin devamı sırasındaki aydınlatma yükümlülüğünün düzenlenmesinin amaçlandığına yönelik tereddüt uyandıracak başka eksiklikler de vardır.

İlk olarak değinilmesi gereken eksiklik, sigortacının sözleşmenin devamı sırasında aydınlatma yükümlülüğünü ihlal etmesinin sonucunun düzenlenmemiş olmasıdır³⁰. TTK m. 1423/2'de sigortacı ve acentesi tarafından aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi hâlinde sigorta ettirenin sözleşmenin yapılmasına on dört gün içinde itiraz edebileceği; aksi takdirde sözleşmenin poliçede yazılı şartlarla yapılmış sayılacağı hüküm altına alınmıştır. İtiraz edilmemesine bağlanan sonuç, itirazın sözleşme öncesi aydınlatma yükümlülüğünün ihlali için öngörüldüğünü ortaya koymaktadır. Bu yaptırımın sözleşmenin kurulmasından sonra, devamı sırasında aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi hâlinde uygulanma kabiliyeti bulunmamaktadır.

TTK m. 1423 hükmünün gerekçesinde³¹, 6762 sayılı (mülga) TTK'da sigortacının bilgi verme ve karşı tarafı aydınlatma yükümlülüğünün özel olarak düzenlenmediği; ancak sözleşmenin kurulmasından önce, müzakeresi safhasında taraflardan her birinin dürüstlük kuralına göre diğer tarafın çıkarlarını korumak için gereken özeni göstermekle yükümlü olduğu; bu doğrultuda sigortacının sözleşmeden veya dürüstlük kuralından kaynaklanan aydınlatma ve bilgi verme yükümlülüğüne ilişkin

²⁹ Bkz.: YAZICIOĞLU, s. 178; Fatma Dilek KABUKÇUOĞLU ÖZER, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde 7397 sayılı Sigorta Murakabe Kanunu ile Karşılaştırmalı ve Gerekçeli 6327 sayılı Kanunla Değişik Sigortacılık Kanunu Şerhi, XII Levha, İstanbul 2012, s. 162; ARAL ELDELEKLİOĞLU, s. 388, 392.

³⁰ YAZICIOĞLU, s. 178.

³¹ <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss96.pdf> s. 434.

düzenleme getirildiği belirtilmektedir. Gerekçede sözleşmenin devamı sırasındaki aydınlatma yükümlülüğüne veya TTK m. 1423/1 c. son'a ilişkin herhangi bir açıklama yer almamaktadır.

Gerekçeden, kanun koyucunun bu hususta Alman hukukunun konuya ilişkin hükümlerini de göz önünde bulundurduğu anlaşılmaktadır. Alman hukukunda sigortacının sigorta ettireni aydınlatma yükümlülüğü, danışmanlık yapma (§ 6 VVG) ve bilgilendirme (§ 7 VVG) yükümlülüklerini kapsamaktadır³². Sigortacının danışmanlık yapma yükümlülüğünün sözleşmenin devamı sırasında da, gerektiği takdirde ve ölçüde söz konusu olacağı hüküm altına alınmıştır (§ 6 IV VVG)³³. Bilgilendirme yükümlülüğü bakımından ise, sözleşmenin devamı safhasında sigorta ettirenin hangi hususlarda bilgilendirileceğinin yönetmelikle düzenleneceği öngörülmüştür (§ 7 III VVG). Danışmanlık yapma yükümlülüğünün yerine getirilmemesinin yaptırımını sigortacının, sigorta ettirenin bu yüzden uğradığı zararı tazmin etmesidir (§ 6 V VVG)³⁴. TTK m. 1423'te ise bu yaptırıma yer verilmemiştir.

Tereddüde yol açan tüm bu aksaklıklara rağmen TTK m. 1423/1'in son cümlesindeki “*sözleşme süresince*” ifadesini yok saymak mümkün değildir. Kaldı ki, sigortacının aydınlatma yükümlülüğünün sözleşme süresince de devam etmesi sigorta ettirenin yararınadır. Bu çerçevede TTK m. 1423'te sigortacının gerek sözleşme öncesinde gerekse sözleşmenin devamı sırasında sigorta ettireni aydınlatmakla yükümlü tutulduğu; bu yükümlülüğün ifası ve ifa edilmemesinin sonuçları bakımından düzenlenmeyen hususlarda ise SSBİY hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmelidir.

III. Aydınlatma Yükümlülüğünün Kapsamı ve Şekli

A. Kapsamı

Sigortacının, görüşülmekte olan sözleşmeye ilişkin ve sözleşme kurmaya yönelik iradeye etkili olabilecek tüm önemli hususları sözleşmeye taraf olmak isteyen kişiye bildirmesi gerekir. Öte yandan çoğu kez tüketici niteliğinde olan bu kişilerin teknik konularda aşırı ve detaylı bilgiye boğulması da önlenmeli, dolayısıyla bir denge sağlanmalıdır³⁵. Zira anlaşılmayan aşırı ve detaylı bilgi, aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin düzenleme getirilmesiyle amaçlananın tam tersi bir sonuç doğmasına; sözleşmeye

³² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: WANDT, s. 98-112 Nr. 262-290; BAUMANN/SAND-KÜHLER, s. 34-54; MEIXNER/STEINBECK, s. 7-22 Nr. 10-76.

³³ Sözleşmenin devamı sırasında sigortacının danışmanlık yapma yükümlülüğünün söz konusu olmasının şartları ve buna ilişkin örnekler için bkz.: MEIXNER/STEINBECK, s. 15 Nr. 50-52.

³⁴ Bilgilendirme yükümlülüğü bakımından ise aynı sonuca genel hükümlerin uygulanması yoluyla ulaşılmaktadır. Bkz.: WANDT, s. 110 Nr. 287.

³⁵ ÜNAN, s. 10; ÖZDAMAR, s. 193; ARAL ELDELEKLİOĞLU, s. 388-389. Aydınlatma yükümlülüğünün kapsamının çok genişletilmesinin sigortacı bakımından sakıncaları hususunda bkz.: ÜNAN, s. 12, 13.

taraf olmak isteyenlerde kafa karışıklığına ve belirsizliğe yol açabilir. Bu bakımdan aydınlatma yükümlülüğünün kapsamının belirlenmesi önem taşır.

TTK m. 1423/1 uyarınca sigortacının ve acentesinin aydınlatma yükümlülüğü, kurulacak sigorta sözleşmesine ilişkin tüm bilgileri, sigortalının haklarını, sigortalının özel olarak dikkat etmesi gereken hükümleri ve gelişmelere bağlı bildirim yükümlülüklerini kapsar. Görüldüğü gibi düzenlemede genel ifadeler kullanılmış ve aydınlatmanın kapsamı son derece geniş bir şekilde belirlenmiştir. Bu bağlamda özellikle sigorta teminatının kapsamı, istisnaları, prim ve sigorta bedeli sigorta sözleşmesinin esaslı unsurlarından olup; sigortacı, aydınlatma yükümlülüğünün ifası kapsamında bu hususlara ilişkin bilgileri sigorta ettirene vermekle yükümlüdür³⁶.

Yönetmelikte ise, öncelikle sigortacının ve acentesinin bilgilendirme yükümlülüğünün kapsamı genel olarak açıklanmıştır. Buna göre, sigortacı ve (SSBİY m. 6/1'in yollamasıyla) acentesi, dürüstlük ilkeleri çerçevesinde sözleşmenin müzakeresi, kurulması ve devamı sırasında sigorta ettirene, sigortayla ilgili teknik konularda yardımcı olmak, yapılacak veya yapılmış sigortacılık işleminin özellikleri ve sözleşmeye konu sigorta teminatı ile sigortanın işleyişi hakkında gerekli her türlü bilgiyi sözlü ve yazılı olarak sağlamak ve sigorta ettireni yanıltıcı her türlü hâl ve davranıştan kaçınmak zorundadır (SSBİY m. 5/3). Sözleşmenin kurulması aşamasındaki müzakere safhasında yazılı bilgilendirme, şekil ve içeriği Müsteşarlıkça tespit edilecek bilgilendirme formunun sözleşmeye taraf olmak isteyen kişilere verilmesi ile yerine getirilir (SSBİY m. 8/1). SSBİY m. 8/2'de bilgilendirme formunun asgari içeriği belirlenmek suretiyle bilgilendirmenin muhtevası somutlaştırılmıştır³⁷. Bilgilendirme formu asgari olarak şu bilgileri içerir³⁸: a) sigortacı ile acenteye ilişkin unvan ve iletişim bilgile-

³⁶ OMAĞ, s. 26-27.

³⁷ Ekleme gerekir ki, 2008/7 sayılı Genelge'de, "özellik arz eden sigorta türlerinde, sigortacıların bilgilendirme formunun içeriği bakımından tasarruf yetkisine sahip olduğu; özel nitelikler arz eden sigorta türlerinde standart bir formun hiçbir değişikliğe uğramadan kullanılamayacağı; sigortacının form üzerinde değişiklik yapma yetkisini kullanırken, bilgilendirme yükümlülüğünün temel esaslarına ve sigortacılık mevzuatına uygun hareket etmesi; bilgilendirmenin Yönetmelikte ve formlarda belirtilen asgari unsurları içermesi ve yapılacak değişiklik sonucunda doğabilecek hukuki sorumluluğun sigortacıya ait olacağı" belirtilmiştir.

³⁸ PEICL m. 2:201 uyarınca, sigortacı başvuru sahibine önerilen sözleşmenin hükümlerini ve gerekli olduğu ölçüde aşağıda sayılan bilgileri içeren bir belgeyi vermekle yükümlüdür: (a) sözleşen tarafların isim ve adresleri; (b) sigortalının ve lehtarın isim ve adresleri; (c) sigorta acentesinin isim ve adresi; (d) sigorta konusu ve temin edilen rizikolar; (e) sigorta bedeli ve muafiyet tutarları; (f) primin tutarı veya hesaplanma yöntemi; (g) primin muaccel olacağı an ile ödeme yer ve biçimi; (h) sözleşme süresi ve teminat süresi; (i) başvuruyu geri alma hakkı ile madde 2:203 uyarınca sözleşmeden dönme hakkı; (j) sözleşmeye uygulanacak hukuk veya, hukuk seçimi mümkün ise, sigortacının önerdiği hukuk; (k) başvuru sahibinin yararlanabileceği mahkeme dışı şikayet ve zararı giderme yöntemleri ile bunlardan nasıl yararlanılacağı; (l) garanti fonlarının veya tazminat elde edilmesine ilişkin başkaca düzenlemelerin varlığı. PEICL m. 2:202 ve 2:203'te ise sigortacıya, yukarıda sayılan hususlarda bilgi vermenin yanı sıra, sigorta teminatındaki tutarsızlıklar ve teminatın başlangıcı hakkında uyarı yükümlülüğü getirilmiştir. Bu yükümlülükler hakkında bkz.: ÜNAN, s. 24 vd.

ri b) akdedilecek sözleşmeye ilişkin genel uyarılar c) sözleşme ile verilen teminatlar d) sigorta teminatının istisnaları, her bir sigorta türü için teminat kapsamı dışında olup poliçede ayrıca belirtilmesi kaydıyla ek sözleşme ile teminat kapsamına alınabilecek kıymetler, rizikolar veya sözleşmeye eklenebilecek özel hükümler ve klozlara ilişkin bilgiler d) tazminata ilişkin genel bilgiler ile tazminat ödeme kuralları e) şikayet ve bilgi talepleri ile tahkim üyeliğine ilişkin bilgiler.

Bu doğrultuda bilgilendirme yükümlülüğünün sözleşme öncesindeki kapsamına ilişkin olarak SSBİY'in getirdiği ayrıntılı düzenlemeler ile TTK m. 1423/1 arasında bir uyumsuzluk söz konusu değildir. Dolayısıyla TTK m. 1423 hükmü, sigortacının sözleşme öncesi aydınlatma yükümlülüğünün içeriği bakımından SSBİY hükümlerinin uygulanmasına engel teşkil etmemektedir.

Sözleşmenin kurulmasından sonra, devamı safhasında ise sigortacı sigorta ilişkisi bakımından önemli sayılabilecek olayları ve gelişmeleri sigortalıya yazılı olarak açıklamakla yükümlü tutulmuştur (TTK m. 1423/1 c. son). “Önemli sayılabilecek olay ve gelişmeler”, son derece geniş kapsamlı, bu bakımdan yerinde bir ifadedir. SSBİY m. 10'da, sözleşmenin devamı sırasında yapılacak bilgilendirmenin kapsamı somutlaştırılmış; ayrıca yükümlülüğün yerine getirilmesi gereken azami süre belirlenmiştir. Buna göre sigortacı, sözleşmeye konu sigortaya ilişkin mevzuatta meydana gelen değişiklikleri; iflas veya tasfiyesini; ilgili branşlarda yapılan ruhsat iptallerini; tüm branşlarda sözleşme yapma yetkisinin kaldırıldığını; sigorta sözleşmesinin devamı sırasında ortaya çıkabilecek, sigorta ettiren ile sigorta sözleşmesinden yararlanacak kimselerin hak, borç ve yükümlülüklerini doğrudan etkileyebilecek nitelikteki her türlü değişiklik ve gelişmeyi, sigorta ettirene veya sözleşmeden menfaat sağlayacak kişilere bildirir. SSBİY m. 10'da sayılan bu hususlar “önemli sayılabilecek olay ve gelişmeler”in yorumlanmasında da örnek teşkil edecektir. Belirtmek gerekir ki açıklamanın yalnızca sigortalıya yapılmasını öngören TTK m. 1423/1'den farklı olarak Yönetmelik'te sigorta ettirenden de bahsedilmesi isabetlidir. Zira sözleşmenin tarafı sigorta ettirendir. Başkası hesabına sigorta (TTK m. 1454) söz konusu olduğunda sigortalıdan ayrı olarak sözleşmenin tarafı olan sigorta ettirenin de gelişmeler konusunda aydınlatılması gerekir.

SSBIY m. 10'da bildirimin en geç on iş günü içinde yapılması gerektiği hüküm altına alınmıştır. TTK m. 1423'te açıklamanın ne zaman yerine getirileceğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu önemli bir eksikliktir. Zira sigorta ettirenin ve sigortalının korunması ve aydınlatmadan beklenen faydanın sağlanabilmesi için bilginin zamanında verilmesi de en az bilginin verilmesi kadar önemlidir. Sigorta ettirenin önemli bir gelişmeyi iş iştenden geçtikten sonra öğrenmesinin bir anlamı olmayacaktır. Bu bakımdan SSBİY m. 10'daki on iş günlük süre TTK m. 1423 çerçevesinde de uygulanmalıdır.

Kanunda yer alan bir hükmün kısa ve öz olması, genel ifadeler içermesi yerindedir. Hükme ilişkin ayrıntıların yönetmelikte düzenlenmesi de olağan ve tabiidir.

Ancak sözleşmenin devamı safhasındaki aydınlatma yükümlülüğünün kime karşı ve hangi sürede yerine getirileceği sorunu, ayrıntıdan sayılamayacak; yönetmelikle düzenlenmesi ise olağan olarak nitelendirilemeyecek hususlardır. Görüldüğü gibi TTK m. 1423/1'de ihlalin yaptırımını dışında ihmal edilmiş, eksik bırakılmış başka noktalar da bulunmaktadır.

B. Şekli

Aydınlatma yükümlülüğünün sözlü ya da yazılı şekilde yerine getirilmesi mümkündür. Ancak yazılı şekil pek çok bakımdan daha avantajlıdır. Zira yazılı şekil, ileride doğabilecek ihtilafların önüne geçilmesi ve yükümlülüğün yerine getirildiği hususunun ispatı bakımından kolaylık sağlamaktadır. Ayrıca sigortacı tarafından aydınlatma yükümlülüğünün nasıl yerine getirileceği; bilgi verilecek hususlar vs. konularında denetim makamının ayrıntılı düzenlemeler getirmesi ve bu düzenlemelere uyulup uyulmadığının denetlenebilmesi bakımından daha elverişlidir. Bu açıdan sigorta sözleşmesine taraf olmak isteyenlerin ve sigorta ettirenlerin korunması amacına daha iyi hizmet ettiği açıktır. Nitekim TTK m. 1423/1'de, gerek sözleşmenin kurulmasından önceki gerekse devamı safhasındaki aydınlatma yükümlülüğünün yazılı olarak yerine getirileceği öngörülmüştür³⁹.

SSBİY m. 5/1 uyarınca bilgilendirme sözlü ve yazılı şekilde yerine getirilir; fakat yazılı yapılması esastır. Ancak, telefon, çağrı merkezi, internet ve benzeri iletişim araçları kullanılarak uzaktan pazarlama yöntemleriyle yapılan sigorta sözleşmelerinde olduğu gibi, sözleşme taraflarının fiziki olarak karşı karşıya gelmesinin ve işin gereği olarak yazılı bilgilendirme yapılmasının söz konusu olmadığı hâllerde yazılı bilgilendirme şartının aranmayabileceği; bu durumda sigortacının asgari bilgilendirmenin yapıldığını ispatla yükümlü olduğu; bu kapsamda yer alan işlemlerin niteliği ile yapılacak bilgilendirmenin şekline ilişkin usul ve esasların Müsteşarlıkça belirleneceği, aynı maddede hüküm altına alınmıştır.

Hazine Müsteşarlığı tarafından çıkarılan 2008/12 sayılı Genelge'de, tüketicilerin doğru bir biçimde bilgilendirilmesinin temel amaç olduğu ve tarafların fiziki olarak yan yana gelmesinin söz konusu olmadığı hâllerde yazılı bilgilendirmenin aranmayabileceği; ayrıca SSBİY m. 5/1'de tarafların fiziki olarak yan yana gelmesinin *mümkün olmadığı* hâllerden değil *söz konusu* olmadığı hâllerden bahsedildiği vurgulanarak hangi hâllerde bilgilendirmenin yapılmış sayılacağı açıklanmıştır. Buna göre, telefon görüşmelerinin kayıt altına alınması; teyitli elektronik posta; faks; taahhütlü mektup; kurye taşımacılığı; internet üzerinden yapılan satışlarda bilgilendirme formunun in-

³⁹ Sigortacının aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin düzenleme getirilmesinden önce sigortacının aydınlatma yükümlülüğünü yazılı şekilde yerine getirmesinin ispat sorunlarının engellenmesi bakımından uygun olacağı ifade edilmiştir. Bkz.: OMAĞ, s. 27.

ternet ortamında görüntülenmesi ve müşteriden elektronik ortamda teyit alınması gibi hâller bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmesi bakımından yeterli sayılır. Belirtmek gerekir ki bu hâller sınırlayıcı şekilde değil, örnek olarak sayılmıştır.

Hazine Müsteşarlığı tarafından çıkarılan 2012/9 sayılı Genelge⁴⁰ uyarınca TTK m. 1423/1 ve 3 hükümleri çerçevesinde Müsteşarlık, bilgilendirmenin yazılı yapılmasındaki amaca uygun şekilde başka bilgilendirme usulleri de belirleyebilir. Genelgede, bu çerçevede 2008/12 sayılı Genelge'nin hâlen geçerli olduğu ifade edilmiştir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, TTK m. 1423/3'te tüketiciyi aydınlatma açıklamasının şeklinin ve içeriğinin belirlenmesi hususunda Hazine Müsteşarlığı yetkili kılınmıştır. Madde gerekçesinde tüm sigortacılar için yeknesaklığın sağlanması amacıyla bu hükmün sevk edildiği açıklamasına yer verilmiştir⁴¹. Bu çerçevede bilgilendirme formu verilmesine ve formun asgari içeriğine ilişkin SSBİY hükümlerinin TTK m. 1423 çerçevesinde de uygulanmasına bir engel yoktur. Buna karşılık Müsteşarlığın 2012/9 sayılı Genelge'de vardığı sonuca katılmak mümkün değildir. Zira SSBİY m. 5/1'den farklı olarak TTK m. 1423/1'de aydınlatma yükümlülüğünün sözlü şekilde yerine getirilebileceğinden söz edilmemiştir. Yazılı bildirim kuralına ilişkin bir istisnaya da yer verilmemiştir. Gerek normlar hiyerarşisi gerekse düzenlemelerin kronolojisi bakımından SSBİY m. 5/1'in TTK m. 1423'e göre öncelikli olduğundan da söz edilemeyeceğine göre⁴², TTK m. 1423'ün uygulama alanı bakımından yazılı bildirim kuralının istisnası bulunmamaktadır.

Aydınlatma yükümlülüğünün yazılı şekilde ifasının istisnasız olarak öngörülmesi, sigorta ettirenlerin korunması bakımından son derece önemlidir. Zira aydınlatma yükümlülüğünün işlevini yerine getirebilmesi için, konuya ilişkin teknik ve hukuki bilgisi olmayan tüketici niteliğindeki kişilere, bilgiyi anlamak, sindirmek ve değerlendirmek için *zaman* tanınması zaruridir. Aydınlatmanın yazılı yapılması kuralının, bilginin okunabilmesi ve saklanabilmesi amacına hizmet ettiği ifade edilmektedir⁴³. Bilginin okunup saklanabilmesi ise, amaç değil; bilgiyi anlama, sindirme ve değerlendirme imkânı sağlanması için bir araçtır. Yüz yüze gerçekleştirilen bir konuşmada dahi anlama, sindirme ve değerlendirme süreci için sigorta ettirenin ihtiyaç duyacağı zamanın sağlanıp sağlanamayacağı şüpheli iken, çağrı merkezi kanalıyla yapılacak bir telefon görüşmesinin bu bakımdan yetersiz olacağı açıktır.

Dolayısıyla gerek 2008/12 sayılı Genelge'de öngörülen bilgilendirme usulleri gerekse sözleşmenin devamı safhasında bilgilendirme yükümlülüğünün ne şekilde yerine getirileceğine ilişkin SSBİY m. 11 düzenlemesi, ancak TTK m. 1423'te istis-

⁴⁰ Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmeliğin Uygulanması Hakkında Genelge III.

⁴¹ <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss96.pdf> s. 434.

⁴² Nitekim TTK m. 1423 karşısında SSBİY m. 5/1'in geçerliliğinin tartışılması gerektiği ifade edilmiştir. Bkz.: KABUKÇUOĞLU ÖZER, s. 159.

⁴³ Bkz.: WANDT, s. 98 Nr. 261.

nasız ve mutlak olarak öngörülen “yazılı” bildirim kuralına aykırı düşmediği ölçüde uygulanır. Aykırılığın tespitinde ise yazılı bildirim kuralının amacı esas alınır. Buna göre, CD ve DVD⁴⁴, teyitli elektronik posta, faks, taahhütlü mektup gibi yöntemler bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmesi bakımından yeterli sayılabilecekken; kayıt altına alınmış olsa bile çağrı merkezi veya telefon aracılığıyla yapılacak bilgilendirme TTK m. 1423’e aykırıdır.

IV. Aydınlatma Yükümlülüğünün İhlali ve İhlalin Sonucu

A. Sözleşmenin Kurulmasından Önceki Aydınlatma Yükümlülüğü Bakımından

1. Sözleşmenin Kurulmasına İtiraz

Sözleşmenin müzakeresi ve kurulması safhasında aydınlatma açıklamasının verilmemesi hâlinde TTK m. 1423/2 uyarınca sigorta ettirenin sözleşmenin yapılmasına 14 gün içinde itiraz etme imkânı bulunmaktadır. Sigorta ettiren 14 günlük süre içinde itiraz hakkını kullanmazsa sözleşme poliçede yazılı şartlarla yapılmış olur. Aydınlatma açıklamasının verildiğinin ispatı ise sigortacıya aittir (TTK m. 1423/2).

Düzenlemede “aydınlatma açıklamasının verilmemesi”nden söz edilmiştir. Bu ifade, aydınlatmanın eksik veya yanlış yapılması hâlinde bunun sonuçlarının öngörülmediği belirtilerek eleştirilmiş⁴⁵ ve geniş yorumlanması gerektiği haklı olarak ifade edilmiştir⁴⁶. Kanaatimizce burada esas olan, aydınlatma yükümlülüğünün herhangi bir şekilde ihlal edilmiş olup olmadığıdır. Dolayısıyla aydınlatma açıklamasının hiç yapılmamasının yanı sıra, gereği gibi yapılmaması ve zamanında yapılmaması hâlleri de bu kapsamda yer alır.

14 günlük itiraz süresi, poliçe verme süresinin TTK m. 1424/1 uyarınca 15 güne kadar olduğu hâllerle bağdaşmadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir⁴⁷. Ayrıca sürenin sigorta ettirenin haklarının korunması bakımından yeterli olmadığı; sigortacının lehine bir düzenleme teşkil ettiği ifade edilmektedir⁴⁸.

⁴⁴ Bkz.: BAUMANN/SANDKÜHLER, s. 44.

⁴⁵ KARAYAZGAN, s. 795.

⁴⁶ KABUKÇUOĞLU ÖZER, s. 163. Aydınlatma yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendirilecek hâller hakkında bkz.: ÖZDAMAR, s. 280-288

⁴⁷ Zihni METEZADE, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Altıncı Kitap Birinci Kısım İle İlgili Görüşler”, SHD Yıl 2005, Özel Sayı 1: Türk Ticaret Kanunu Taslağı, (s. 35-51), s. 42; Tekin MEMİŞ, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nın Sigorta Hukukuna Dair Altıncı Kitabının Genel Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, SHD Yıl 2005, Özel Sayı 1: Türk Ticaret Kanunu Taslağı, (s. 88-108), s. 97.

⁴⁸ Mehmet ÖZDAMAR, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Bağlamında Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğünün İhlal Eden Sigortacıya Uygulanacak Yaptırım Sorunu”, İÜHFY Yıl 2013 C. LXXI S. 2, Prof. Dr. Ersin Çamoğlu’na Armağan, (s. 347-360), s. 356; ARAL ELDELEKLİ-ÖĞLU, s. 397.

Maddede 14 günlük sürenin ne zaman işlemeye başlayacağı belirtilmemiştir. Bir görüşe göre, süre sözleşmenin kurulmasıyla işlemeye başlar⁴⁹. Bir diğer görüşe göre ise, sigorta ettirenin itiraz edebilmesi için poliçe içeriğini incelemiş olması gerektiğinden, süre, poliçenin sigorta ettiren tarafından teslim alınmasıyla başlar⁵⁰.

TTK m. 1423/2'de, SSBİY m. 7'den farklı olarak, bilgi verilmeyen ya da eksik bilgi verilen hususun sigorta ettirenin kararına herhangi bir şekilde etki etmesi koşulu aranmamıştır. Oysa SSBİY m. 7 çerçevesinde sigorta ettiren, gerek fesih gerekse tazminat talep hakkını kullanabilmek için, gerektiği gibi bilgilendirilmiş olsaydı sözleşmeyi hiç akdetmeyeceğini veya farklı koşullarla akdedeceğini ispatlamak durumundadır⁵¹. Şu hâlde, TTK m. 1423 çerçevesinde salt yükümlülüğün ihlali, buna bağlanan yaptırımın uygulanabilmesi için yeterlidir.

TTK m. 1423 hükmünün tartışmaya en açık, yoruma en muhtaç ve en muğlak düzenlemesi ise, kuşkusuz, sözleşme öncesi aydınlatma yükümlülüğünün ihlaline bağlanan yaptırımdır. Maddenin 2. fıkrasında sözleşmenin yapılmasına itirazdan, itiraz edilmemişse sözleşmenin poliçede yazılı şartlarla kurulacağından söz edilmektedir. Türk hukukunda sözleşmenin yapılmasına itiraz diye bir müessese bulunmadığından "itiraz" ile neyin kast edildiği açık değildir.

Bir görüşe göre⁵², itiraz edilmemesine bağlanan sonucun zıt anlamından yola çıkılarak, sigorta ettirene sözleşmeyi geçmişe etkili olarak sona erdirmeye hakkının verildiği, dolayısıyla "itiraz"ın sözleşmeden dönmeyi ifade ettiği kabul edilmelidir. Bir diğer görüşe göre ise⁵³, itirazın sonuçları bakımından "takdir sigorta ettirene aittir". Şöyle ki, itirazın sözleşmenin hiç kurulmamış sayılması sonucunu ortaya çıkarması, itirazdan önceki zaman dilimi bakımından sigorta ettireni sigorta himayesinden mahrum bırakacağından uygun bir çözüm yolu değildir. Şu hâlde, itirazın sözleşmeyi ileriye etkili olarak sona mı erdireceği, yoksa poliçede yazılı şartların değiştirilmesi anlamını mı taşıyacağı konusunda sigorta ettirenin bir seçim hakkı bulunduğu kabul edilmelidir.

Bilindiği gibi TBK m. 1 uyarınca sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur. Sigorta sözleşmelerinin kurulması bakımından özel bir şekil şartı öngörülmediğinden, sözleşmenin esaslı koşullarını içeren icabın karşı tarafça kabul edilmesi ile sigorta sözleşmesi herhangi bir şekle bağlı olmaksızın kurulmuş olur (TBK m. 12).

⁴⁹ ÖZDAMAR, s. 364; Zehra ŞEKER ÖĞÜZ/Aslıhan SEVİNÇ KUYUCU, Yeni Türk Ticaret Kanununda Sigorta Hukuku: Karşılaştırmalı, Açıklamalı, Filiz Kitapevi, İstanbul 2011, s. 24

⁵⁰ ARAL ELDELEKLİOĞLU, s. 398.

⁵¹ Bkz.: YAZICIOĞLU, s. 200.

⁵² ŞEKER ÖĞÜZ/SEVİNÇ KUYUCU, s. 24.

⁵³ ÖZDAMAR, s. 365 vd., s. 377; a.y., Yaptırım Sorunu, s. 356.

Düzenlemenin “sözleşmenin *yapılmasına* itiraz” şeklindeki ifadesinden yola çıkıldığında itirazın, icaptan sonra fakat kabulden önceki bir zaman diliminde yapılacağı düşünülebilir. Zira henüz ortada icap dahi yoksa, bu takdirde itirazı gerektiren bir durum mevcut değildir. Kabulden sonra ise sözleşme kurulmuş olacağından, sözleşmenin kurulmasına itiraz değil, sözleşmenin feshi⁵⁴ veya sözleşmeden dönme⁵⁵ söz konusu olur. Nitekim SSBİY m. 7’de düzenlenen yaptırım sözleşmenin feshidir. Ancak itirazın, icap ile kabul arasındaki zaman diliminde yapılacağı düşünülürse, bu takdirde itiraz icabın reddedilmesinden ibaret olacaktır. Bunun bir yaptırım olarak düzenlenmiş olması olası görünmemektedir. Öngörülmek istenen yaptırım sözleşmenin feshi veya sözleşmeden dönme olsa idi, her hâlde basit ve açık olarak bu terimlerden birinin kullanılması yoluna gidilirdi. Nitekim kanun koyucu TTK’nın sigorta hukukuna ilişkin muhtelif hükümlerinde fesih ve cayma⁵⁶ terimlerini kullanmıştır⁵⁷. Görüldüğü gibi TTK m. 1423/2’de yer verilen “itiraz” yaptırımını Türk hukuku bakımından anlamlandırmak ve konumlandırmak son derece güçtür⁵⁸.

Düzenlemenin gerekçesinden yola çıkılarak bir sonuca varılması da mümkün olmamaktadır. TTK m. 1423 hükmünün gerekçesinde⁵⁹ benzer düzenlemelere Alman hukukunda da rastlandığı ifade edilmektedir. Bu ifade, Alman hukukunun örnek alındığı izlenimini uyandırmaktadır. Ancak Alman hukukunda aydınlatma yüküm-

⁵⁴ Sözleşmeyi ileriye etkili olarak sona erdirmeye hakkı. Bkz.: OĞUZMAN/ÖZ, s. 449; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 103 Nr. 44; EREN, s. 1259, 1260.

⁵⁵ Sözleşmeyi geçmişe etkili olarak sona erdirmeye hakkı. Bkz.: OĞUZMAN/ÖZ, s. 449. Dönmenin sadece dolaylı bir etkisinin olduğu; sözleşmeyi geçmişe etkili olarak ortadan kaldırmadığı; yalnızca içeriğini değiştirdiği şeklindeki yeni dönme görüşü için bkz.: SEROZAN, Dönme, s. 68-90; EREN, s. 1120-1121, 1122, 1261. Buna göre dönme ile fesih arasındaki fark, feshin sözleşmeyi “sona erdirmesi”ne karşılık, dönmenin “çözmesi”dir. Bkz.: SEROZAN, Dönme, s. 118.

⁵⁶ “Cayma” hakkı, borçlanma işlemine dolaylı etkisi bulunan “dönme” hakkının, geniş anlamda tasarruf işlemine dolaysız bir güçle etkili kılınmış türüdür. En önemli örneği 5.12.1951 tarih ve 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (RG: 13.12.1951 – 7981) m. 58’de eser sahibine tanınan cayma hakkıdır. Bu konuda bkz.: SEROZAN, Dönme, s. 137-141. TTK’nın muhtelif maddelerinde kullanılan “cayma” teriminin ise gerçek anlamda “cayma”yı ifade etmediği; bazen “geri alma”, bazen “dönme”, bazense “fesih” karşılığında, yanlışlıkla kullanıldığı hakkında bkz.: SEROZAN, Dönme, s. 142-143.

⁵⁷ Örneğin sigorta ettirenin sözleşme öncesi bildirim görevinin ihlali halinde sigortacıya tanınan cayma hakkına ilişkin TTK m. 1439 ve sigorta ettirenin sözleşme süresi içinde sigortacının izni olmadan rizikoyu ve mevcut durumu ağırlaştırarak tazminat tutarının artmasını etkileyici davranış ve işlemlerde bulunmama görevinin ihlali halinde sigortacıya tanınan fesih hakkına ilişkin TTK m. 1445.

⁵⁸ Nitekim öğretide TTK m. 1423’te, sigorta ettirenin süresinde itiraz etmesi hâlinde bunun anlamının ve sonucunun düzenlenmediği; sözleşmenin hiç kurulmamış mı yoksa feshedilmiş mi sayılacağına belli olmadığı; dolayısıyla durumun belirsiz olduğu; itiraz hakkının bir anlamının bulunmadığı ifade edilmektedir. Bkz.: ÜNAN, SHD Özel Sayı, s. 124; MEMİŞ, s. 97; YAZICIOĞLU, s. 178; ÖZDAMAR, Yaptırım Sorunu, s. 356.

⁵⁹ <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss96.pdf> s. 434.

lülüğünün ihlaline bağlanan tek yaptırım sigortacının, sigorta ettirenin bu yüzden uğradığı zararı tazminle yükümlü tutulmasıdır (§ 6 V VVG)⁶⁰.

Kanaatimize göre TTK m. 1423 hükmünde düzenlenen yaptırım, TBK m. 39'daki iptal hakkından başka bir şey değildir. TBK m. 39 uyarınca yanılma veya aldatma sebebiyle ya da korkutulma sonucunda sözleşme yapan taraf, yanılma veya aldatmayı öğrendiği ya da korkutulmanın etkisinin ortadan kalktığı andan başlayarak bir yıl içinde sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmezse sözleşmeyi onamış sayılır. "Sözleşme ile bağlı olmadığını bildirme" hakkı öğretide "iptal hakkı" olarak isimlendirilmektedir⁶¹. Bu durumda sözleşme iptal edilinceye kadar askıda geçerlilik hâlinde⁶².

TTK m. 1423'te ise, sözleşme öncesinde sözleşmenin esaslı unsurları hakkında gerektiği gibi aydınlatılmayan sigorta ettirene sözleşmenin yapılmasına itiraz imkânı verilmiştir. Sözleşmenin akdedilip akdedilmeyeceği veya hangi şartlarla akdedileceği konusundaki kararlara etkili olacak hususlarda hiç ya da yeterince aydınlatılmamış olan sigorta ettiren ile, yanılmış ya da aldatılmış sözleşen taraf arasında menfaatler durumunda bir benzerlik söz konusudur. Dolayısıyla konuları bakımından düzenlemeler arasında bir paralellik olduğu söylenebilir.

Nitekim TTK m. 1439'da düzenlenen sigortacının sözleşmeden cayma hakkı-

⁶⁰ Danışmanlık yapma yükümlülüğünün ihlaline bağlanan yaptırım zararın tazminidir (§ 6 V VVG). Bilgilendirme yükümlülüğünün ihlali bakımından ise, zararı tazmin yükümlülüğü öngören özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bkz.: WANDT, s. 110 Nr. 287. Alman Sig. Söz. Kan. m. 8/1'de düzenlenen geri alma (Widerruf) hakkı ise, aydınlatma yükümlülüğünün ihlaline bağlanan bir yaptırım değil, sigorta ettirene genel olarak tanınmış bulunan bir haktır. Buna göre sigorta ettiren 14 gün içinde (hayat sigortalarında 30 gün içinde –§ 152 I VVG–), herhangi bir gerekçe göstermek zorunda olmaksızın ve sigortacıya yazılı olarak bildirmek şartıyla sözleşme kurmaya yönelik irade açıklamasını geri alabilir. Bu süre zarfında sözleşme askıda geçerlidir. Sigorta ettirenin geri alma hakkı, bu hakkın söz konusu olmadığı hâller ve geri almanın sonuçları hakkında bkz.: WANDT, s. 115-130 Nr. 301-340; BAUMANN/SANDKÜHLER, s. 54-55; MEIXNER/STEINBECK, s. 23-31 Nr. 77-100. "Geri alma" (Widerruf) hakkı, "dönme" (Rücktritt) hakkından farklı olarak, sözleşme ilişkisinin özel bir himayeye layık görülen tek bir tarafına tanınan ve nedensiz olarak kullanılabilecek bir hak olarak tanımlanmaktadır. Bu konuda bkz.: SEROZAN, s. 123-136.

⁶¹ OĞUZMAN/ÖZ, s. 120; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 102 Nr. 41; EREN, s. 412; SEROZAN, Dönme, s. 144.

⁶² EREN, s. 343, 410, 411. Farklı görüşte: OĞUZMAN/ÖZ, s. 120; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 102 Nr. 41. Yazarlar, bu durumda sözleşmenin iradesinde sakatlık bulunan taraf bakımından "düzelebilir hükümsüzlük", karşı taraf bakımından ise "iptal edilme bozucu şartına bağlı geçerlilik" hâlinde olduğunu ifade etmektedir. Ayrıca bkz.: SEROZAN, Dönme, s. 144. Yazara göre (eBK m. 31'de) TBK m. 39'da düzenlenen hâlde sözleşme askıda geçersizdir. Bu, ileride açık, örtülü ya da varsayımlı bir icazet ile temelli düzelebilecek bir geçersizliktir. İptal hakkı kullanılmazsa sözleşme geçmişe etkili olarak geçerli hâle gelir. İptal hakkı hususunda ayrıntılı bilgi için bkz.: OĞUZMAN/ÖZ, s. 119-129; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 102-105 Nr. 41-49; EREN, s. 409-416; SEROZAN, Dönme, s. 144-147.

nın gerçek anlamda bir cayma olmadığı; yanıltma veya aldatılmadan ötürü iptal hakkını dile getirdiği Borçlar Hukuku öğretisinde ifade edilmektedir⁶³.

Ayrıca sözleşmenin iptal edilmemesi ile yapılmasına itiraz edilmemesi birbirine paralel sonuçlar doğurmaktadır. Şöyle ki, TTK m. 1423'te, sözleşmeye 14 gün içinde itiraz edilmediği takdirde sözleşmenin "poliçede yazılı şartlarla yapılmış olacağı" hüküm altına alınmıştır. TBK m. 39'da tanınan iptal hakkı kullanılmadığında ise, sözleşme öngörülen 1 yıllık süre sonunda geçmişe etkili olarak irade bozukluğundan uzak bir şekilde yapılmış sayılmaktadır⁶⁴.

Bu çerçevede kanaatimize göre TTK m. 1423 hükmünün önemli bir boşluğu olan itirazın nasıl bir sonuç doğuracağı meselesi de böylelikle çözümlenebilir. Sigorta sözleşmesinin yapılmasına itiraz edilmesi, iptal hakkında olduğu gibi, sözleşmenin kesin olarak geçersiz hâle gelmesi sonucunu doğurur. Ancak, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde iptalin geçmişe etkili olması işin niteliğine ve adalete uygun görülmediğinden dürüstlük kuralından yararlanılarak ya da fiili sözleşme ilişkisi teorisi uyarınca hükümsüzlüğün iptal anına kadarki edimleri etkilemeyeceği kabul edilmektedir⁶⁵. Bu doğrultuda sigorta ettiren itiraz hakkını kullandığında, itirazdan önce yerine getirilmiş edimler bundan etkilenmeyecektir⁶⁶. Esasen sigorta ettirenin soyut olarak elde ettiği sigorta himayesinin iadesi, niteliği gereği, mümkün değildir⁶⁷. İtirazın geçmişe etkili olarak sözleşmeyi sona erdirdiğinin kabulü hâlinde itirazdan önceki zaman dilimi bakımından sigorta ettiren sigorta himayesinden mahrum kalacağı-

⁶³ SEROZAN, Dönme, s. 142-143.

⁶⁴ EREN, s. 415. Sözleşmenin geçmişe etkili olarak geçerli hâle geldiği ve hükümsüzlüğün geçmişe etkili olarak ortadan kalktığı görüşü için bkz.: OĞUZMAN/ÖZ, s. 120; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 103 vd. Nr. 45.

⁶⁵ OĞUZMAN/ÖZ, s. 123; EREN, s. 414, 415. Bu konuda ayrıca bkz.: SEROZAN, Dönme, s. 167, 168-169. Sözleşmeden dönme bakımından da benzer gerekçelerle aynı husus ifade edilmekte; sürekli edimler içeren borç ilişkilerinde sözleşmeden dönmenin o ana kadar yerine getirilmiş edimleri geri verdirici etkisinin pratik ve yerinde olmadığı, adalete ve hukuksal güvenliğe ters düştüğü belirtilmektedir. Bkz.: OĞUZMAN/ÖZ, s. 451; SEROZAN, Dönme, s. 167. Aynı yönde: EREN, s. 1261. Sürekli edimin ifası sürecine girilen bir sürekli sözleşme ilişkisinin çözülemeyeceği; ifa edilmiş edimlerin tasfiyesi ilişkisine dönüştürülemeyeceği; böyle bir sözleşmede kullanılabilecek yenilik doğurucu hakkın dönme değil, yalnızca fesih olduğu hususunda ayrıca bkz.: SEROZAN, Dönme, s. 165, 167, 172. Bu yüzden sürekli edimler içeren sözleşmelere ilişkin bazı özel hükümlerde, örneğin kira sözleşmesine ilişkin TBK m. 306 ve 315 hükümlerinde, sözleşmeyi sona erdirmenin şartları gerçekleştiğinde bu tür borç ilişkilerinin ileriye etkili olarak sona ermeleri düzenlenmiştir. Nitekim TBK m. 126'daki düzenleme de bu doğrultudadır. Eski BK'da sürekli sözleşmelere ilişkin genel bir hüküm olmamasına rağmen bazı özel hükümlere kıyasen ve dürüstlük kuralından yararlanılarak aynı sonuç kabul edilmekteydi. Bkz.: OĞUZMAN/ÖZ, s. 451. Aynı yönde: EREN, s. 1261.

⁶⁶ Bir sigorta sözleşmesinde, yerine getirilmiş edimleri geri sağlayıcı etkili dönme işleminin, yerini böyle bir etkiden yoksun fesih işlemine bırakacağı hususunda bkz.: SEROZAN, Dönme, s. 143.

⁶⁷ WANDT, s. 120 Nr. 314.

dan bunun uygun bir çözüm yolu olmadığı haklı olarak ifade edilmektedir⁶⁸. Önerdiğimiz çözümün kabulü bu sakıncayı da ortadan kaldıracaktır. Buna karşılık sigorta himayesi henüz başlamamışsa itirazın geçmişe etkili sonuç doğuracağı açıktır. Zira sürekli edimli sözleşmelerde sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona erdirilmesini olanaksız ve adaletsiz kılan, ifasına başlanmış sürekli edimi geri vermenin olanaksızlığı ve adaletsizliğidir⁶⁹. Dolayısıyla eğer sürekli edimin ifasına başlanmamışsa, sözleşme ilişkisinin geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılmasına bir engel yoktur⁷⁰.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, sigorta ettirene tanınan itiraz hakkının sonuçlarının kanunda açıkça düzenlenmemesi önemli bir eksikliktir. Alman Sig.Söz.Kan. m. 8'de sigorta ettirene tanınan geri alma hakkının sonuçları, sigorta himayesinin geri alma süresi sona ermeden başlamış olması ihtimali bakımından aynı kanunun 9. maddesinde açıkça düzenlenmiştir⁷¹. Buna göre sigorta ettiren, geri alma hakkı, geri almanın sonuçları ve ödeyeceği toplam bedel konusunda bilgilendirilmiş ve sigorta himayesinin geri alma süresi sona ermeden başlamasına rıza göstermişse sigortacı yalnızca geri alma beyanından sonraki döneme ait primleri iade etmektedir. Aksi takdirde ve sigorta ettiren sigorta sözleşmesine dayanarak ödeme talep etmemiş ise, sigortacı ilk yıl için ödenen primin tamamını iade etmek zorundadır. Dolayısıyla düzenlemede aranan koşullar yerine getirilmişse geri alma, fesihle aynı sonucu doğurmakta⁷²; diğer bir ifadeyle sözleşme ilişkisini ileriye etkili olarak sona erdirmektedir.

14 günlük sürenin ne zaman işlemeye başlayacağı hususunda görüş ayrılığı bulunduğu yukarıda işaret edilmiştir. Bize göre sürenin başlangıcı bakımından da TBK m. 39'da düzenlenen iptal hakkı dikkate alınmalıdır. Buna göre 14 günlük süre, sigorta ettirenin aydınlatma yükümlülüğünün ihlal edildiğini öğrendiği tarihte işlemeye başlar. Aydınlatma yükümlülüğünün gerektiği gibi yerine getirilmediğinin 14 gün gibi kısa bir süre içinde tespit edilemeyeceği ifade edilmektedir⁷³. Ancak bize göre sigorta ettiren yükümlülüğün ihlal edildiğini öğrenmeden, ihlale bağlanan yaptırım için söz konusu olan azami süre işlemeye başlamayacağından böyle bir sakınca da ortaya çıkmayacaktır.

2. Kısmi İtiraz

TTK m. 1423/2 çerçevesinde sözleşmenin geneline değil de, aydınlatma yükümlülüğünün ihlaliyle bağlantılı bazı hükümlerine, diğer bir ifadeyle, yalnızca sigortacı-

⁶⁸ Bkz.: dn. 53.

⁶⁹ SEROZAN, Dönme, s. 174.

⁷⁰ SEROZAN, Dönme, s. 120, 174; OĞUZMAN/ÖZ, s. 452 dn. 316.

⁷¹ Sigorta himayesi henüz başlamamış ise geri almanın sonuçları genel hükümlere tâbidir. Bkz.: WANDT, s. 118-119 Nr. 312; BAUMANN/SANDKÜHLER, s. 55.

⁷² WANDT, s. 120 Nr. 315.

⁷³ ÖZDAMAR, s. 364 vd.; a.y., Yaptırım Sorunu, s. 356.

nın hakkında yeterli bilgi vermediği sözleşme şartlarına itiraz etmenin mümkün olup olmadığı meselesi de önem arz etmektedir. TTK m. 1423 hükmü bu hususta açık bir düzenleme getirmemektedir.

Kanaatimize göre soruya olumsuz yanıt verilmesini gerektiren bir neden yoktur. Nitekim sigortacı tarafından aydınlatma yükümlülüğü ihlal edilmiş olmasına rağmen hiçbir itirazda bulunulmaması ve böylelikle sözleşmenin kararlaştırıldığı şekilde kurulması da mümkündür. Ayrıca yanıltma, aldatma veya korkutma sözleşmenin sadece bazı hükümlerine ilişkinse kısmi geçersizlik kuralının (TBK m. 27/2) kıyasen uygulanması kabul edilmektedir⁷⁴. TTK m. 1423'teki "itiraz"ın, TBK m. 39'daki "iptal hakkı"nın bir görünümünden ya da türevinden başka bir şey olmadığı kabul edilince, orada kabul gören çözümün TTK m. 1423 bakımından da benimsenmesine bir engel bulunmamaktadır. Dolayısıyla sadece aydınlatma yükümlülüğünün ihlaliyle bağlantılı sözleşme hükümlerine itiraz edilmesi mümkündür.

3. İtiraz Edilmemesinin Sonucu

TTK m. 1423/2'de, süresi içinde itirazda bulunulmadığı takdirde sözleşmenin poliçede yazılı şartlarla kurulmuş olacağı hüküm altına alınmıştır⁷⁵. Esasen sözleşme, tarafların üzerinde anlaştığı; iradelerinin uyuştugu şartlarla kurulur. Bu şartlar bakımından poliçe bir ispat aracıdır. Bu husus, TTK m. 1424/3'ten de anlaşılmaktadır.

Kaldı ki, TTK m. 1425/2 uyarınca poliçenin içeriği teklifnameden veya kararlaştırılardan farklıysa, poliçede yer alıp da farklı olan ve sigorta ettirenin, sigortalının ve lehtarın aleyhine olan hükümler geçersizdir. Bu hüküm kuşkusuz TTK m. 1423/2 bağlamında da uygulanır. Dolayısıyla düzenlemede yer alan "poliçede yazılı şartlar", taraflarca kararlaştırılan, üzerinde anlaşılan, taraf iradelerinin karşılıklı olarak uyuştugu şartları ifade etmektedir. Gerek poliçenin yalnızca bir ispat aracı olması, gerekse TTK m. 1425/2 hükmü karşısında, belirtilen cümleye bunu aşan bir anlam yüklenmesi mümkün değildir.

Şu hâlde, hiç itiraz edilmediği yahut itirazın 14 günlük süre içinde ileri sürülmediği durumlarda, sigorta sözleşmesi tarafların sözleşmenin müzakeresi safhasında üzerinde anlaştıkları koşullarla kurulmuş olacaktır⁷⁶. Bu koşullar ise poliçe ile is-

⁷⁴ OĞUZMAN/ÖZ, s. 123. Bu sonuç dönme bakımından da kabul edilmekte; sözleşmeden dönme sebepleri borca aykırılık kısmi ise bazı şartlarla sözleşmeden kısmen dönmenin mümkün olduğu ifade edilmektedir. Bkz.: OĞUZMAN/ÖZ, s. 454 vd.

⁷⁵ Burada poliçenin sigortacı tarafından icap olarak sigorta ettirene verildiği hâlin kastedildiği; ancak bunun açıkça belirtilmesinin gerektiği hususunda bkz.: Rayegân KENDER, "Türk Ticaret Kanunu Taslağı'nın Sigorta Hukukuna İlişkin Hükümleri Hakkında Düşünceler", SHD Yıl 2005, Özel Sayı 1: Türk Ticaret Kanunu Taslağı, (s.7-28), s. 14.

⁷⁶ Maddede sigorta ettirenin itiraz etmemesinin "herhâlde zımni kabul olarak değerlendirildiği" hakkında bkz.: KENDER, SHD Özel Sayı, s. 14.

patlanır. Ancak poliçede yer alan bazı hükümler kararlaştırıldan farklı ve sigorta ettirenin aleyhine ise bu hükümler geçersiz sayılır. Bu ise, aydınlatma açıklamasının verilmesinden bağımsız bir şekilde zaten ve her hâlde söz konusu olan hukuki durumdur. Dolayısıyla ve özellikle TTK m. 1425/2 karşısında, 14 gün içinde itiraz edilmemesinin sonucu, sözleşmenin aydınlatma yükümlülüğü hiç ihlal edilmemiş gibi hükümlerini doğurmasıdır. Bu da, TTK m. 1423'teki itiraz hakkı ile TBK m. 39'daki iptal hakkı arasındaki bir diğer paralelliktir.

Öğretide sözleşmenin poliçede yazılı hükümlerle kurulmasının sigortacı açısından herhangi bir öneminin bulunmadığı ifade edilmiş⁷⁷; anılan ifadenin “sigorta ettirenin 14 gün içinde itiraz etmemesi hâlinde gerektiği şekilde aydınlatılmış sayılacağına ilişkin karine doğacağı” şeklinde değiştirilmesi önerilmiş⁷⁸; ancak madde bu şekilde yasalaşmıştır.

TTK Tasarısı'nın yasalaşmasından önce, sigorta ettirenin elinde olmayan nedenlerle 14 günlük süreyi kaçırmaması hâlinde, aleyhine olan sözleşme hükümleri yerine kanun hükümlerinin uygulanacağına ilişkin bir düzenleme getirilmesi önerilmişse de⁷⁹, madde metni mevcut hâliyle yasalaşmıştır. Kanaatimize göre böyle bir durumda TTK m. 1425/2'den kısmen faydalanılabilir. Şöyle ki, sigortacının aydınlatma yükümlülüğü kapsamında yer alan, ancak sigorta ettirenin gerektiği şekilde aydınlatılmadığı bir hüküm, TTK m. 1425/2 anlamında taraflarca “kararlaştırılan” hüküm olarak kabul edilmemelidir. Bu hüküm sigorta ettirenin aleyhine ise, itiraz süresini kendisine yüklenemeyecek nedenlerle kaçıran sigorta ettiren, daha sonra TTK m. 1425/2'ye dayanabilir. Dolayısıyla poliçede yer alan ve aleyhine olan hükmün, *kararlaştırıldan* farklı olduğunu ileri sürebilir. Bu takdirde ise söz konusu hüküm geçersiz sayılır. Ancak itiraz süresinin sigorta ettirene yüklenemeyecek nedenlerle kaçırılması durumu söz konusu değilse, süresi içinde itiraz etmeyen sigorta ettirenin daha sonra TTK m. 1425/2'ye dayanması iyiniyet kuralına aykırılık teşkil eder.

4. Sigorta Ettirenin Zararının Tazminini Talep Hakkı

SSBİY m. 7 uyarınca, sigortacı tarafından bilgilendirme yükümlülüğünün hiç veya gerektiği şekilde yerine getirilmemesi hâlinde, sigorta ettiren sigorta sözleşmesini feshedebileceği gibi, varsa uğradığı zararın tazminini de talep edebilir. Sigorta ettiren fesih ve tazminat talep haklarını birlikte kullanabilir ya da sözleşmeyi feshetmeksizin, yalnızca uğradığı zararın tazminini talep edebilir. Ancak sigorta ettiren her hâlde, gerektiği şekilde bilgilendirilmiş olsaydı sözleşmeyi hiç akdetmeyeceğini veya

⁷⁷ MEMİŞ, s. 97.

⁷⁸ YAZICIOĞLU, s. 178.

⁷⁹ Ali AYLİ, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Sigorta Hukukunu Düzenleyen Altıncı Kitabının Genel Hükümlere Ayrılmış Birinci Kısımına İlişkin Bir Değerlendirme”, SHD Yıl 2005, Özel Sayı 1: Türk Ticaret Kanunu Taslağı, (s. 215-237), s. 222.

farklı koşullarla akdedeceğini ispatlamak durumundadır. Tazminat istemi bakımından ayrıca bir zarara uğranıldığı; zararın miktarı ve ihlal ile zarar arasında uygun nedensellik bağı bulunduğu hususlarının da kanıtlanması şarttır.

TTK m. 1423'te ise, sigorta ettirenin, aydınlatma yükümlülüğünün ihlali nedeniyle bir zarara uğraması hâlinde bu zararın tazminini talep edebileceğine yönelik açık bir hüküm yer almamaktadır⁸⁰. Ancak bu husus açıkça belirtilmiş olmasa da sigorta ettirenin genel hükümler çerçevesinde bu zararın tazminini talep etmesine herhangi bir engel bulunmamaktadır⁸¹. Nitekim Alman Sig.Söz.Kan. m. 7'de, bilgilendirme yükümlülüğünün ihlali hâlinde zararın tazminine ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Ancak sigorta ettirenin genel hükümlere dayanarak zararının tazminini talep etmesine herhangi bir engel bulunmadığı kabul edilmektedir⁸².

Tarafların sözleşme görüşmeleri sırasında iyiniyetle davranma yükümlülüğünün bir görünümü olan aydınlatma yükümlülüğünün sigorta hukuku alanında özel olarak düzenlenmesinin sebebi, sigorta ettirenlerin daha etkin şekilde korunmasıdır. Sigorta ettirenin genel hükümler çerçevesinde bu hususta sigortacıya karşı sahip olduğu hukuki imkânları kısıtlamak ise, amaçlananın tersi bir sonuç doğurur.

Süresinde itirazda bulunmayan sigorta ettirenin daha sonra tazminat isteyememesi gerektiği; zira bu durumda artık itiraz etmeyeceği yönündeki iradesini ortaya koymuş olduğu ileri sürülmektedir⁸³. Kanaatimize göre burada TBK m. 39/2'nin kıyasen uygulanması yerinde bir çözüm olacaktır. Zira sigorta ettirenin sözleşmeyle bağlı kalmak istemesi, -varsa- uğradığı zararın tazmini talebinden feragat ettiği anlamına gelmez.

B. Sözleşmenin Devamı Sırasındaki Aydınlatma Yükümlülüğü Bakımından

Yukarıda açıklandığı üzere, TTK m. 1423'te sigortacının sözleşmenin devamı sırasında aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmemesinin hukuki sonucu düzen-

⁸⁰ Bu nedenle TTK m. 1423'te aydınlatma yükümlülüğünün "külfet anlamına gelecek şekilde kullanıldığı"; yükümlülük olarak düzenlenmediği ileri sürülmüştür. Bkz.: ÖZDAMAR, s. 154. TTK Tasarısı'nın yasalaşmasından önce maddeye buna dair bir ekleme yapılması gerektiği haklı olarak ifade edilmiştir. Bkz.: METEZADE, s. 42.

⁸¹ Aynı görüşte: ÖZDAMAR, s. 365; a.y., Yaptırım Sorunu, s. 357, 359. Sigorta hukukuna ilişkin hükümlerde sigorta ettirenin zararının tazminini talep hakkı açıkça düzenlenmemiş ise, genel hükümlere dayanılarak tazminat talep edilemeyeceğinin tartışmalı olduğu; aydınlatma yükümlülüğünün hukuki niteliğinin bu konuda belirleyici olabileceği; yükümlülük borç olarak kabul edilirse ihlali halinde her hâlde tazminat talep edilebileceği; buna karşılık görev olarak kabul edildiği takdirde yalnızca yasal mevzuatta açıkça öngörülen hukuki imkânlara başvurulabileceği ifade edilmektedir. Bkz.: ÜNAN, s. 17. Aynı yönde: ŞEKER-ÖĞÜZ, s. 48.

⁸² Bkz.: WANDT, s. 110 Nr. 287.

⁸³ ARAL ELDELEKLİOĞLU, s. 399.

lenmediğinden, bu hususta SSBİY m. 7 uygulanacaktır. Buna göre, sigorta ettiren sözleşmeyi feshedebileceği gibi, varsa uğradığı zararın tazminini de talep edebilir (SSBİY m. 7)⁸⁴.

Düzenlemede bilgilendirme yükümlülüğünün ihlaline bağlanan yaptırımın uygulanması, ihlalin sigorta ettirenin kararına etkili olması şartına bağlanmıştır. Dolayısıyla bilgi verilmeyen ya da eksik bilgi verilen husus sigorta ettirenin kararına herhangi bir şekilde etki etmemişse bunun bir yaptırımı bulunmamaktadır. Bu konuda ispat yükü sigorta ettirenin üzerindedir⁸⁵.

SONUÇ

Çalışmamızda TTK m. 1423 hükmünün bazı aksaklıkları üzerinde durulmuş ve uygulamada ortaya çıkabilecek sorunların çözümüne ilişkin olarak şu sonuçlara varılmıştır:

1. TTK m. 1423'ün tek başına uygulanmasını önemli ölçüde güçleştiren bazı eksikleri vardır. Bu eksikler giderilinceye kadar benimsenebilecek pratik ve makul çözüm yolu, eksik bırakılan hususlarda SSBİY hükümlerinin uygulanmasıdır.

2. Aydınlatma yükümlülüğünün sözleşme öncesindeki ve sözleşmenin devamı sırasındaki kapsamına ilişkin olarak TTK m. 1423/1 hükmü ile SSBİY'in getirdiği ayrıntılı düzenlemeler arasında bir uyumsuzluk söz konusu değildir. Dolayısıyla TTK m. 1423 hükmü, sigortacının aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı bakımından SSBİY hükümlerinin uygulanmasına engel teşkil etmemektedir.

3. TTK m. 1423'te sözleşmenin devamı sırasındaki aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi gereken azami süre belirlenmemiştir. Bu bakımdan SSBİY m. 10'daki on iş günlük süre TTK m. 1423 çerçevesinde de uygulanmalıdır.

4. TTK m. 1423'ün uygulanma alanı bakımından aydınlatmanın yazılı şekilde yerine getirilmesi kuralının istisnası bulunmamaktadır. Dolayısıyla gerek 2008/12 sayılı Genelge'de öngörülen bilgilendirme usulleri; gerekse sözleşmenin devamı safhasında bilgilendirme yükümlülüğünün ne şekilde yerine getirileceğine ilişkin SSBİY m. 11 düzenlemesi, ancak TTK m. 1423'te istisnasız ve mutlak olarak öngörülen yazılı şekil kuralına aykırı düşmediği ölçüde uygulanır. Buna göre, kayıt altına alınmış olsa bile çağrı merkezi veya telefon aracılığıyla yapılacak bilgilendirme TTK m. 1423'e aykırıdır.

⁸⁴ PEICL m. 2:202/(2) uyarınca, sigorta teminatındaki tutarsızlıklar hakkında uyarı yükümlülüğü (m. 2:202/(1)) ihlal edildiği takdirde sigortacı kusursuz olması hâli hariç, sigorta ettirenin bundan dolayı uğradığı tüm zararları tazminle yükümlüdür. Ayrıca sigorta ettiren ihlali öğrendiği tarihten itibaren 2 ay içinde yazılı bildirim yoluyla sözleşmeyi feshedebilir.

⁸⁵ CAN, s. 311.

5. TTK m. 1423'te düzenlenen itiraz hakkı, TBK m. 39'daki iptal hakkından başka bir şey değildir. Sigorta ettiren itiraz hakkını kullandığında, iptal hakkında olduğu gibi, sözleşme kesin olarak geçersiz hâle gelir. Ancak, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde kabul edilen çözüm çerçevesinde, sigorta ettiren itiraz hakkını kullandığında, itirazdan önce yerine getirilmiş edimler bundan etkilenmez. Buna karşılık, sigorta himayesi henüz başlamamışsa itiraz geçmişe etkili sonuç doğurur.

6. 14 günlük itiraz süresinin başlangıcı bakımından da TBK m. 39'da düzenlenen iptal hakkı dikkate alınmalıdır. Buna göre 14 günlük süre, sigorta ettirenin aydınlatma yükümlülüğünün ihlal edildiğini öğrendiği tarihte işlemeye başlar.

7. Sadece aydınlatma yükümlülüğünün ihlaliyle bağlantılı sözleşme hükümlerine itiraz edilmesi, diğer bir ifadeyle kısmi itiraz mümkündür.

8. 14 gün içinde itiraz edilmemesinin sonucu, sözleşmenin aydınlatma yükümlülüğü hiç ihlal edilmemiş gibi hükümlerini doğurmasıdır. Bu da, TTK m. 1423'teki itiraz hakkı ile TBK m. 39'daki iptal hakkı arasındaki bir diğer paralelliktir.

9. Sigortacının aydınlatma yükümlülüğü kapsamında yer alan, ancak sigorta ettirenin gerektiği şekilde aydınlatılmadığı bir hüküm, TTK m. 1425/2 anlamında taraflarca "*kararlaştırılan*" hüküm olarak kabul edilemez. Bu hüküm sigorta ettirenin aleyhine ise, itiraz süresini kendisine yüklenemeyecek nedenlerle kaçırın sigorta ettiren, daha sonra TTK m. 1425/2'ye dayanabilir. Ancak itiraz süresinin sigorta ettirene yüklenemeyecek nedenlerle kaçırılması durumu söz konusu değilse, süresi içinde itiraz etmeyen sigorta ettirenin daha sonra TTK m. 1425/2'ye dayanması iyiniyet kuralına aykırılık teşkil eder.

10. TTK m. 1423'te sigorta ettirenin aydınlatma yükümlülüğünün ihlali nedeniyle bir zarara uğraması hâlinde bu zararın tazminini talep edebileceğine yönelik açık bir hüküm yer almamaktadır. Ancak bu husus açıkça belirtilmiş olmasa da sigorta ettirenin genel hükümler çerçevesinde zararının tazminini talep etmesine herhangi bir engel bulunmamaktadır.

11. TTK m. 1423'te sigortacının sözleşmenin devamı sırasında aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmemesinin hukuki sonucu düzenlenmediğinden, bu hususta SSBİY m. 7 uygulanacaktır. Buna göre, sigorta ettiren sözleşmeyi feshedebileceği gibi, varsa uğradığı zararın tazminini de talep edebilir.

KISALTMALAR

AB: Avrupa Birliği

a.g.e.: adı geçen eser

a.y.: aynı yazar

Bkz.: Bakınız

C.: Cilt

c.: cümle

dn.: dipnot

eBK: eski Borçlar Kanunu

İÜHF: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

m.: madde

Nr.: Numara

PEICL: Principles of European Insurance Contract Law

RG: Resmi Gazete

S.: Sayı

s.: sayfa

SHD: Sigorta Hukuku Derneği

Sig.Söz.Kan: (Alman) Sigorta Sözleşmesi Kanunu

SK: Sigortacılık Kanunu

SSBİY: Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmelik

TBK: Türk Borçlar Kanunu

TKHK: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun

TTK: Türk Ticaret Kanunu

VAG: Versicherungsaufsichtsgesetz

vd.: ve devamı

vs.: vesaire

VVG: Versicherungsvertragsgesetz

Y.: Yıl

YÜHFD: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

KAYNAKÇA

ARAL ELDELEKLİOĞLU, İrem: “6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ve Sigortacılık Mevzuatı Uyarınca Sigortacının Aydınlatma Yükümlülüğü”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 18 S. 1 Y. 2012, (s. 383-403).

ARSEVEN, Haydar: Sigorta Hukuku: Ana Prensipler, Genel Hükümler, yenilenmiş 2. baskı, Beta, İstanbul 1991.

ATAMER, Yeşim M. / ÜNAN, Samim: “Control of General and Special Conditions of Insurance Under Turkish Law with Special Regard to the Transparency Requirement”, , Transparency in Insurance Law, İstanbul 4 May 2012, Joint Seminar Organized by Sigorta Hukuku Türk Derneği - Deutscher Verein für Versicherungswissenschaft, editors: Manfred Wandt, Samim Ünan, Sigorta Hukuku Türk Derneği - Deutscher Verein für Versicherungswissenschaft, İstanbul 2012, (s. 65-89).

- AYLİ, Ali: “Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Sigorta Hukukunu Düzenleyen Altıncı Kitabının Genel Hükümlere Ayrılmış Birinci Kısımına İlişkin Bir Değerlendirme”, SHD Yıl 2005, Özel Sayı 1: Türk Ticaret Kanunu Taslağı, (s. 215-237).
- BAUMANN, Frank / SANDKÜHLER, Hans-Ludger: Das neue Versicherungsvertragsgesetz: Mit allen Änderungen ab 1.1.2008, Haufe Mediengruppe, Freiburg Berlin München 2008.
- CAN, Mertol: Türk Özel Sigorta Hukuku (Ders Kitabı), genişletilmiş ve gözden geçirilmiş üçüncü bası, İmaj, Ankara 2009.
- EREN, Fikret: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Yetkin, Ankara 2013.
- HATEMİ, Hüseyin / GÖKYAYLA, Emre: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015.
- KABUKÇUOĞLU ÖZER, Fatma Dilek: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde 7397 sayılı Sigorta Murakabe Kanunu ile Karşılaştırmalı ve Gerekçeli 6327 sayılı Kanunla Değişik Sigortacılık Kanunu Şerhi, XII Levha, İstanbul 2012.
- KARAYAZGAN, Ahmet: “Avrupa Birliği Mevzuatı Karşısında Türk Sigorta Aracılık Hukuku”, Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegân Kender’e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul, Çizgi, 2007, (s. 730-804).
- KENDER, Rayegân: “Sigorta Hukukunda Tüketicinin Korunması”, YÜHFD C. 8 S. 2, (s. 1-27). (Tüketicinin Korunması)
- KENDER, Rayegân: “Türk Ticaret Kanunu Taslağı’nın Sigorta Hukukuna İlişkin Hükümleri Hakkında Düşünceler”, SHD Yıl 2005, Özel Sayı 1: Türk Ticaret Kanunu Taslağı, (s.7-28). (SHD Özel Sayı)
- KENDER, Rayegân: Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku: Sigorta Müessesesi, Sigorta Sözleşmesi, güncelleştirilmiş 13. Baskı, XII Levha, İstanbul 2014.
- KUBİLAY, Huriye: Uygulamalı Özel Sigorta Hukuku: Sigorta Sözleşmeleri, Sigorta Kurumları, Örnek Olaylar, Barış Yayınları, İzmir 1999.
- MEMİŞ, Tekin: “Sigorta Sözleşmelerinde Kullanılan Genel Şartların Yargısal Denetimi”, Türkiye’de Sigorta Hukukunun Sorunları ve Geleceği, Sempozyum, İstanbul 19-20 Kasım 2004, Türkiye Barolar Birliği, 2005, (s. 123-149). (Genel Şartların Yargısal Denetimi).
- MEMİŞ, Tekin: “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nın Sigorta Hukukuna Dair Altıncı Kitabının Genel Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, SHD Yıl 2005, Özel Sayı 1: Türk Ticaret Kanunu Taslağı, (s.88-108).
- MEIXNER, Oliver / STEINBECK, René: Das neue Versicherungsvertragsrecht, C.H. Beck, München 2008.
- METEZADE, Zihni: “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Altıncı Kitap Birinci Kısım İle İlgili Görüşler”, SHD Yıl 2005, Özel Sayı 1: Türk Ticaret Kanunu Taslağı, (s.35-51).
- OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1, gözden geçirilmiş 12. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.

OMAĞ, Merih Kemal: “Sigortacı Açısından Sigorta Sözleşmesinin Hükümleri”, Prof. Dr. Fahiman Tekil’in Anısına Armağan, Beta, İstanbul 2003, (s. 25-43).

ÖZDAMAR, Mehmet: Sigortacının Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğü, Yetkin, Ankara 2009.

ÖZDAMAR, Mehmet: “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Bağlamında Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğünü İhlâl Eden Sigortacıya Uygulanacak Yaptırım Sorunu”, İÜHFY Yıl 2013 C. LXXI S. 2, Prof. Dr. Ersin Çamoğlu’na Armağan, (s. 347-360). (Yaptırım Sorunu)

ÖZTAN, Fırat: Sigorta Akdinin İnikadında İhbar Mükellefiyeti, Ankara 1966.

REUSCH, Peter: “Transparency in the Process of Mediation-Especially Status Transparency of the Intermediaries”, Transparency in Insurance Law, İstanbul 4 May 2012, Joint Seminar Organized by Sigorta Hukuku Türk Derneği - Deutscher Verein für Versicherungswissenschaft, editors: Manfred Wandt, Samim Ünan, Sigorta Hukuku Türk Derneği - Deutscher Verein für Versicherungswissenschaft, İstanbul 2012, (s. 23-39).

SEROZAN, Rona: Sözleşmeden Dönme, gözden geçirilmiş 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007. (Dönme)

SEROZAN, Rona: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme -Ek: Uygulama Çalışmaları- gözden geçirilip genişletilmiş 6. Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul 2014.

ŞEKER ÖĞÜZ, Zehra / SEVİNÇ KUYUCU, Aslıhan: Yeni Türk Ticaret Kanununda Sigorta Hukuku: Karşılaştırmalı, Açıklamalı, Filiz Kitapevi, İstanbul 2011.

ŞEKER-ÖĞÜZ, Zehra: Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Sigorta Sözleşmelerinde Sözleşme Öncesi İhbar Görevi, Filiz Kitapevi, İstanbul 2010.

ŞEKER, Zehra: “Sigorta Sözleşmesinin Hukukî Niteliği Üzerine”, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, (s. 1043-1061).

ŞENOCAN, Kemal: “Avrupa Birliği Sigorta Aracıları Direktifi (2002/92/CE)”, Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegân Kender’e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul, Çizgi, 2007, (s. 1055-1070).

ÜNAN, Samim: “Insurer’s Pre-contractual Duties to Inform and Warn/Advise”, Insurer’s Precontractual Information Duty, Sigorta Hukuku Türk Derneği (Turkish Chapter of AIDA), İstanbul 2013, (s. 9-28).

ÜNAN, Samim: “Türk Ticaret Kanunu Taslağı’nın ‘Sigorta Hukuku’ Başlıklı Altıncı Kitabı Hakkında Düşünceler”, SHD Yıl 2005, Özel Sayı 1: Türk Ticaret Kanunu Taslağı, (s. 109-196). (SHD Özel Sayı)

WANDT, Manfred: “Transparency as a General Principle of Insurance Law”, Transparency in Insurance Law, İstanbul 4 May 2012, Joint Seminar Organized by Sigorta Hukuku Türk Derneği - Deutscher Verein für Versicherungswissenschaft, editors: Manfred Wandt, Samim Ünan, Sigorta Hukuku Türk Derneği - Deutscher Verein für Versicherungswissenschaft, İstanbul 2012 (s. 9-23). (Transparency)

WANDT, Manfred: Versicherungsrecht, 4. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln München 2009.

YAZICIOĞLU, Emine: Sigorta Aracıları Hukuku I, XII Levha, İstanbul 2010.

TAHKİMDE İPTAL DAVASI VE İPTAL DAVASININ AMAÇLARI BAKIMINDAN BAZI DEĞERLENDİRMELER

(The Case of Revocation of Arbitral Awards and For The Purposes of
Some of The Reviews of The Arbitration Case of Revocation)

Ar.Gör. Fikret YILDIRIM*

ÖZET

Türk Tahkim hukukunda ortaya çıkan hakem kararlarından; taraflardan en az birinin memnun olmaması ve iptal edilmesini talep etmesi halinde, söz konusu kararın ne şekilde iptal edilebileceği, iptal sebepleri ve süreci bu çalışmada ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Anahtar kelimeler: Tahkim, Hakem Kararları, Hakem Kararlarının İptali, İptal Davası, , İptal Davasının Usul ve Esasları.

Abstract

When at least one of the parties is not satisfied with an arbitral award under Turkish Law, revocation of arbitral award is requested. This study aims to examine how an arbitral award can be revoked. Within this framework, reasons for revocation, and the procedure of revocation are studied.

Keywords: Arbitration, Arbitral Awards, Revocation Of Arbitral Awards, The Case Of Revocation, The Principles And Procedures Of The Case Of Revocation.

GİRİŞ

Tahkim, tarafların aralarındaki mevcut veya muhtemel bir uyuşmazlığın hakem veya hakemlerce halli için yaptıkları anlaşma gereğince kararları kesin hüküm teşkil eden, devlet mahkemeleri kararları gibi icra edilebilen ve devletçe denetlenen özel bir

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi.

yargı faaliyetidir denilebilir¹. Bu yargı faaliyeti sonunda verilen hakem kararı yargısal bir karar olsa da, bu hüküm mahkemelerin verdikleri hükümden farklı olarak, devletin hükümlerine değil, tarafların iradesine dayanmaktadır².

Tahkim ilk olarak Türk hukuk sistemine 1856 yılında girmiş³ olsa da etkin kullanılamamıştır. Aslında 1927'den beri Hukuk Usul Muhakemeleri Kanunu ile daha etkin hale gelmiştir.

HUMK yürürlükte kaldığı sürece fazlaca değişikliğe uğramış olsa da tahkimin düzenlendiği kanunun 516.-536. maddelerinde esaslı bir değişiklik olmamıştır⁴. Ancak bu kadar yıllık tecrübeye rağmen de iç tahkim uygulamasında ileri gidilememiştir.

Bu uygulama sorununun temelinde yatan sebeplere bakıldığında ise önemli bir sebep olarak mevzuat eksikliği sayılabilir. Örneğin, HUMK döneminde hakem kararlarına karşı kanun yolu olarak Yargıtay'a gidilebilirdi; hakem kararlarına karşı iptal davası yoluna gidilemezdi.

Türk hukukunda tahkim mevzuatı ayrı kanunlarda düzenlenmekte; Milletlerarası Tahkim Kanunu(MTK), yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya Milletlerarası Tahkim Kanun'u hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanır.

Milli(iç) tahkimde ise HMK madde 407 uyarınca, MTK'nın tanımladığı anlamda yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar hakkında HMK'da yer alan tahkime ilişkin hükümler uygulanır.

Bu çalışmanın amacı da Hukuk Muhakemeleri Kanunu kadar yeni olan iptal davasını, tahkimin amaçlarını da dikkate alarak incelemektir. Bilhassa iptal davası

¹ ALANGOYA, H. Yavuz /YILDIRIM, Kamil /DEREN-YILDIRIM, Nevhis; **Medeni Usul Hukuku Esasları**, Beta Yayınları, 7. Bası, İstanbul 2009, s. 595 vd.; ÖZBAY, İbrahim; **Yargıtayın Son Kararları Işığında Hakem Kararlarına Karşı Açılacak İptal Davasına İlişkin HMK M.439 Hükümünün Zaman Bakımından Uygulanması**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 16, Özel Sayı (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan), 2014, s.779-811, s.779 (ÖZBAY-İptal Davası); KURU, Baki/ASLAN Ramazan/YILMAZ Ejder; **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 6100 Sayılı HMK'na Göre Yeniden Yazılmış**, 25. Baskı, Ankara 2014, s.779; YILMAZ, Ejder; **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, Ankara 2013, s.779; ÖZBAY, İbrahim; **Hakem Kararlarının Temyizi**, Ankara 2004, s.28, (ÖZBAY-Temyiz); KARSLI, Abdurrahim; **Medeni Muhakeme Hukuku**, İstanbul 2012, s.905; PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet; **Medeni Usul Hukuku**, 14.bası, Ankara 2013, s.1064-1065.

² DEREN-YILDIRIM, Nevhis; **UNCITRAL Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları**, 1. Basım, 2004, Alkım Yayınları, s. 23, dipn. 22.

³ ÖZBAY-İptal Davası, s.779.

⁴ DAYINLARLI, Kemal; **"Tahkim Nedir Ve Tahkimin Faydaları Nelerdir?"**, İntes İç Tahkim Ve Uygulamaları Konferansı, 2013, (s.17-29), s.17.

ile ilgili genel bilgiler verildikten sonra tahkimde gizliliğin, iptal davası sırasında da korunması karşısında aleniyet ilkesinin uygulanabilirliği değerlendirilecektir.

I. Genel Olarak İptal Davası

Milli tahkim açısından HMK'nın HUMK'tan en önemli farklarından bir tanesi şüphesiz hakem kararlarına karşı açılacak olan iptal davasını benimsemiş olmasıdır. HMK, HUMK'un hakem kararları açısından benimsemiş olduğu sınırlı⁵ temyiz sistemini terk ederek MTK ve UNCITRAL⁶ model kanununca da kabul edilmiş olan hakem kararlarına karşı iptal davası yolunu benimsemiştir⁷.

HMK'nın tahkim ile ilgili getirdiği yeniliklerin en başında hakem kararlarının iptali davasının iç tahkimde uygulanmasını sağlamış olmak gelmektedir⁸.

MTK ve UNCITRAL Model Kanunu tarafından kabul edilmiş olan iptal davası yolunun bugüne kadar iç tahkimde neden yer almadığına ilişkin sorunun cevabı aslında iç tahkimin uygulanmasının yaygınlaşmamasında aramak faydalı olacaktır. Zira bir sistemde ihtiyaç olduğu kadar kurum düzenlenir.

İptal davası teknik anlamda bir kanun yolu değildir. Zira kanun yolu, bir karardaki maddi ve usuli eksiklik ve hataların bertarafı için gerçekleştirilebilecek usuli yolları ifade eden "müracaat yolları"nın alt kavramıdır⁹. Türk hukukunda ise kanun yolu kavramından genellikle dar anlamda kanun yolu anlaşılmaktadır¹⁰.

Dar anlamda kanun yolunun iki önemli karakteristik özelliği bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, kanun yolunun erteleyici etkisi¹¹; diğeri ise, aktarıcı etkisi¹² yani,

⁵ Sınırlı temyiz olmasının nedeni; HUMK m.533'te dört bent halinde sayılan temyiz sebeplerinin, çoğunluk görüşçe HUMK 428'e atıf yapılmaksızın, özel olarak ve sadece usule ilişkin olarak düzenlenmiş olduğunun kabul edilmesi idi. Bkz. SARISOZEN, M. Serhat; **Medeni Usul Hukukunda Hakem Yargılaması**, Kazancı, 2005, s.108-111.

⁶ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. <http://www.uncitral.org/uncitral/en/index.html>

⁷ ÖZBAY, İbrahim/KORUCU Yavuz; **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 217-218; BUDAK, Ali Cem; "Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Tahkim Hükümleri", UTTDER, C. 1, S.1, 2012, (s.31-60), s 54; ÖZBAY-Temyiz, s.113; ALBAYRAK, Hakan; "Tahkimde Kanun Yolları", Terazi Hukuk Dergisi, Sa. 18, 2008, (59-88), s. 59.

⁸ ÖZBAY/KORUCU, s.217.

⁹ KALPSÜZ, Turgut; "Türk Hukukunda Hakem Kararlarının Temyizi Sebepleri", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Haziran 1997, Cilt XIX, Sayı 1, (s. 5-41), s.5-6.

¹⁰ GÜLTEK, Şule; **Milletlerarası Tahkim Kanunu Uyarınca İptal Davası**, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, DEÜSB, İzmir 2011, s.62 ; PEKCANİTEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.869.

¹¹ Detaylı bilgi için bkz. YAVAŞ, Murat; **Medeni Usul Hukukunda Temyiz**, Seçkin Yayınları, İstanbul 2015, s.11 v.

¹² Geliştirici/Üst mahkemeye aktarıcı etki. YAVAŞ, s.17 vd.

kararın bir üst mahkeme tarafından incelenmesidir¹³. Ancak HMK 439/4, cümle 3'te açıkça “ Hakem kararına karşı iptal davası açılması kararın icrasını durdurmaz. “ denilmek suretiyle iptal davasının erteleyici etkisinin olmadığı açıklanmıştır. Ayrıca Tahkim yargılaması, devlet yargılaması sistemine göre de farklı bir sistem olduğundan kanun yolunun karakteristik özelliklerinden aktarıcı etkisinin de olmadığı anlaşılmaktadır.

İptal davası, tahkim yargılamasında yapılacak yargılama esnasında HMK m.439 f.2 de sayılan hallerin varlığı halinde hakem kararına karşı devlet yargısında açılacak bir davadır¹⁴. Ancak HMK m.439 f.2 de hakem/hakem heyetinin hukuku doğru uygulamış olup olmaması da iptal sebebi olarak düzenlenmemiştir. Bu açıdan da iptal davasının bir kanun yolu olmadığı anlaşılabilecektir.

İptal davası, HMK 439.maddeye göre; hakem kararının veya tavzih, düzeltme ya da tamamlama kararının taraflara bildirildiği tarihten itibaren bir ay içinde açılabilir.

Esasen madde metninde geçen bir aylık sürenin hukuki niteliği hakdüşürücü süre olmasıdır. Zira bir sürenin hak düşürücü süre mi yoksa zamanaşımı süresi mi olduğunun tespiti, sürenin sonunda hakkın sona mı erdiğinin, yoksa hakkın ifa edilebilirliğinin borçlunun iradesine bağlı bir hale mi geldiğinin; mahkemece sürenin nasıl dikkate alınacağı ve sürenin hesabının nasıl yapılacağı tespiti ile yapılabilir¹⁵. Ayrıca bir hakkın korunması için kanunda öngörülen süre içinde hak sahibinin yapması gerekeni yapmaması halinde hakkın kendisi ortadan kalkarsa o sürenin hak düşürücü süre olduğunun kabulü gerekir¹⁶.

HMK m.103 f.1/g'de açıkça belirtildiği üzere, bu bir aylık süre adli tatilde de işleyecektir. Ancak belirtmek gerekir ki, HMK 95 vd. düzenlenen eski hale getirme kurumu bu süre açısından da uygulama alanı bulacak ve şartları varsa bu kurum burada kullanılabilecektir.

İptal davası; HMK'nın 439. maddesinde belirtilen hallerin varlığı halinde açılabilir ve hakem kararının devlet mahkemesince iptal edilmesine ilişkin olan bir davadır. Bu yönüyle aslında hakem eliyle nihayete erdirilmiş olan bir uyuşmazlığın, ülke kanunlarınca getirilen kuralların usulen ağır şekilde aşılmasının önüne geçilerek tahkime olan güvenin de artırılması hedeflenmiştir.

¹³ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 869-870; ALANGOYA /YILDIRIM/DEREN- YILDIRIM, s.445-446;KURU/ASLAN/YILMAZ, s.574.

¹⁴ ÖZBAY/KORUCU; s. 218.

¹⁵ AKÇAY, Ergin; **Türk Borçlar Kanunu'na Göre Zamanaşımı**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2009, s.12.

¹⁶ Yenilik doğuran haklar için söz konusu olan süreye hak düşürücü süre denir. Ayrıntılı bilgi için bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: **Borçlar Hukuku Dersleri**, 1. Fasikül, Filiz Kitabevi, 2. Baskı, İstanbul 1985, , s.68.

Dolayısıyla Tahkim kurumuna olan güvenin artmasında iptal davasının varlığı¹⁷ ve ağırlığı inkar edilmemelidir. Zira HMK hakem kararlarının ağır usul hataları açısından büyük ölçüde iptal davası yoluyla denetlenebileceğini hükme bağlamıştır. Ancak bu yolu da zorunlu hale getirmeyerek bir aylık sürede bu davanın açılmasını, aksi takdirde de artık bu davanın açılmayacağını düzenlemiştir¹⁸.

HMK m.439 fıkra 2’de hakem kararlarına karşı açılacak iptal davasında hakem kararının iptali için dokuz bent halinde iptal sebepleri düzenlenmiştir. Bu iptal sebepleri şöyledir:

- 1- Tahkim sözleşmesinin taraflarından birinin ehliyetsiz ya da tahkim sözleşmesinin geçersiz olduğu,
- 2- Hakem veya hakem kurulunun seçiminde, sözleşmede belirlenen veya bu Kısımda öngörülen usule uyulmadığı,
- 3- Kararın, tahkim süresi içinde verilmediği,
- 4- Hakem veya hakem kurulunun, hukuka aykırı olarak yetkili veya yetkisiz olduğuna karar verdiği¹⁹,
- 5- Hakem veya hakem kurulunun, tahkim sözleşmesi dışında kalan bir konuda karar verdiği veya talebin tamamı hakkında karar vermediği ya da yetkisini aştığı,
- 6- Tahkim yargılamasının, usul açısından sözleşmede veya bu yönde bir sözleşme bulunmaması hâlinde, bu kısımda yer alan hükümlere uygun olarak yürütülmediği ve bu durumun kararın esasına etkili olduğu,
- 7- Tarafların eşitliği ilkesi ve hukuki dinlenilme hakkına riayet edilmediği,
- 8- Hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmadığı,
- 9- Kararın kamu düzenine aykırı olduğudur.

Bu haller tespit edilirse aynı hükme göre ilgili hakem kararı iptal edilebilir. As-

¹⁷ YEŞİLİRMAK, Ali; **Türkiye’de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri**, 2011, s.122.

¹⁸ Bu noktada HMK’nın eski hale getirme ile ilgili hükümleri saklıdır. Zira bu hükümler uygun düşüldüğü ölçüde tüm uyuşmazlıklara uygulanır.

¹⁹ Y.15.HD, E. 2015/375, K. 2015/1233, T. 16.3.2015 “...Asıl ve karşı dava, hakem kurulu kararının iptali istemine dair olup; mahkemece asıl ve karşı davanın reddine dair verilen karar davacı karşı davalı iş sahibi idare vekilince temyiz edilmiştir. 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 15. maddesi uyarınca, işin esasına yönelik temyiz gerekçeleri hakem kararının iptali davasında dinlenemeyeceği gibi temyiz nedeni olarak da kabul edilemeyeceğinden, davacı karşı davalı iş sahibi idare vekilinin işin esasına yönelen temyiz nedenleri inceleme kapsamı dışında tutularak temyiz incelemesi yapılmıştır...”

İnada kanun lafzından her ne kadar iptal sebeplerinin tespiti halinde hakem kararının iptalinin zorunlu olmadığı anlaşılsa da, esasen burada bu sebeplerin bulunması halinde ancak kararın iptal edilebileceği ve kanımızca iptal davası açılmışsa artık sebebin tespiti ile de bu kararın verilmesinin zorunlu olduğu anlaşılmalıdır.

İptal sebepleri tahdidi olarak sayılmıştır²⁰. Bu konuda aksine görüş tahkimin niteliğine uygun düşmeyecektir. Zira tahkim, tarafların gizlilik ve çabukluk gibi sakiklerle tercih ettiği ve uyuşmazlığın konusunda uzman hakemlerce incelenen devlet yargısı dışında bir sistemdir. Bu sistemin uygulanabilir olması için de hakemlerin hukuku doğru uygulayıp uygulamadığı²¹ ya da hakemin altlama faaliyetini doğru yerine getirip getirmediği gibi durumlar iptal sebebi olarak düzenlenmemiştir.

Ayrıca hakem veya hakem kurulunun, tahkim sözleşmesi dışında kalan bir konuda karar verdiği iddiasıyla açılan iptal davasında, tahkim sözleşmesi kapsamında olan konuların, tahkim sözleşmesi kapsamında olmayan konulardan ayrılması mümkün olduğu takdirde, hakem kararının sadece tahkim sözleşmesi kapsamında olmayan konuları içeren bölümü iptal edilebilir²².

İptal davasında, uyuşmazlığın esasına girilmesi ve hüküm kurulması istenmez; sadece iptal sebeplerinin varlığının tespiti ile hakem kararının iptali istenir²³.

HMK m.439/4 e göre İptal davası, bir ay içinde açılabilir. Bu süre, hakem kararının veya tavzih, düzeltme ya da tamamlama kararının taraflara bildirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar.

İspat yükü ise; kanunda sayılan iptal sebeplerini ileri sürmek suretiyle iptal davası açan tarafın üstündedir.

A. İptal Davasında Verilebilecek Kararlar ve Bu Kararlara Karşı Gidilebilecek Kanun Yolları

HMK 439/7 ye göre İptal kararı; HMK m. 439/2 deki belirtilen iptal sebeplerinden;

-Hakem veya hakem kurulunun seçiminde, sözleşmede belirlenen veya bu Kısmında öngörülen usule uyulmadığı veya,

²⁰ HMK m.439'a ilişkin Madde Gerekeşi.

²¹ PEKANİTEZ, Hakan; **Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Tahkime İlişkin Hükümleri, ICC IX. Milletlerarası Tahkim Semineri**, 19 Nisan 2011 Ankara, ICC Türkiye Milli Komitesi Yayını, Ankara 2011, (PEKANİTEZ-Tahkim), s.80; KURU/ASLAN/YILMAZ, s.793; ÖZBAY, İbrahim; **6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Neler Getirdi?**, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, Ankara 2013, (ÖZBAY-HMK), s.543; ÖZBAY/KORUCU, s.220; HMK m.439'a ilişkin Madde Gerekeşi.

²² HMK m.439/3;Y.15.HD., E. 2007/3708, K. 2007/7216 Sayılı Kararı.

²³ ÖZBAY/KORUCU, s.253.

-Hakem veya hakem kurulunun, hukuka aykırı olarak yetkili veya yetkisiz olduğuna karar verdiği veya,

-Hakem veya hakem kurulunun, tahkim sözleşmesi dışında kalan bir konuda karar verdiği veya talebin tamamı hakkında karar vermediği ya da yetkisini aştığı veya,

-Tahkim yargılamasının, usul açısından sözleşmede veya bu yönde bir sözleşme bulunmaması hâlinde, bu Kısımda yer alan hükümlere uygun olarak yürütülmediği ve bu durumun kararın esasına etkili olduğu veya,

-Tarafların eşitliği ilkesi ve hukuki dinlenilme hakkına riayet edilmediği,

hallerinden birine dayanılarak verilirse ve ayrıca da taraflar aksini kararlaştırmamışlarsa, taraflar hakemleri ve tahkim süresini yeniden belirleyebilirler. Yine taraflar isterlerse eski hakemleri tayin edebilirler.

7.fıkraya göre iptal davasının kabulü hâlinde, kabul kararı temyiz edilmezse de tarafların eski hakemleri tayin edebilme ile hakemleri ve tahkim süresini yeniden belirleyebilme hakları mevcuttur.

HMK m.439/6'ya göre taraflar iptal davası hakkında verilen kararlara karşı temyiz yoluna başvurabilir. Ancak temyize başvurulması hakem kararının icrasını durdurmayacaktır. Taraflardan birinin talebi üzerine hükmolunan para veya eşyanın değerini karşılayacak bir teminat gösterilmek şartı ile kararın icrası durdurabilme imkanı artık temyiz aşamasında olmayacaktır. HMK 439.maddede bu imkanın iptal davası sırasında kullanılacağı düzenlenmiş; ancak temyiz aşamasında böyle bir hak düzenlenmemiştir. Üstelik böyle bir hakkın temyiz aşamasında kullanılması tahkimin hızlılık/çabukluk unsuruna da aykırı düşecektir.

Temyiz incelemesi ise iptal sebepleriyle sınırlı olarak²⁴, öncelikle ve ivedilikle

²⁴ Ancak Y, 15. HD E. 2014/2325, K. 2014/5858, T. 20.10.2014 kararında "...Her ne kadar tahkim şartı ya da sözleşmesi yargılamanın devlet mahkemelerinde mi yoksa hakemde mi görüleceğine ilişkin olduğundan usul sözleşmesi niteliğinde ise de, bu sözleşmenin düzenlenmesi ve geçerliliği maddi hukuk işlemidir. Tahkim şartı ya da sözleşmesi yapılması maddi hukuk işlemi olduğundan sonradan çıkarılan yeni kanunlar, düzenlendiği tarihte yürürlükte bulunan kanuna göre geçerli olarak kurulan sözleşmeleri ve sözleşme hükümlerini geçersiz hale getirmez. Maddi hukuk sözleşmelerinin geçerliliklerinin yapıldığı tarihteki yasa hükümlerine tabi olduğu doktrin ve Yargıtay içtihatlarında tartışmasız kabul edilmektedir. Bu durumda tahkim şartını da ihtiva eden yanlar arasındaki sözleşme maddi hukuk işlemi olduğu, taraflar uyuşmazlığın hakemde ve açıkça geçerli kanunlar (tüm hukuk kuralları, hukuk usulleri, yasa hükümleri ve Yargıtay emsal kararları) denilmek suretiyle, sözleşmenin yapıldığı tarihte o kanun yürürlükte ve geçerli olduğundan HUMK'ya göre çözümünü kabul ettikleri ve bu sözleşme halen geçerli ve taraflar için bağlayıcı bulunduğundan sözleşme tarihindeki maddi ve usul hukuku kurallarının uygulanması gerekir. Somut olayda 6100 sayılı HMK'nın 439. maddesiyle getirilen hakem kararlarına karşı sadece iptal davası açılabilceği hükmünün uygulanması olanağı bulunmamaktadır. Uyuşmazlığın sözleşme tarihinden sonra yürürlüğe giren HMK hükümlerine göre değerlendirilip reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı ise de; asıl dava ba-

karara bağlanır. Böylece kanun koyucu temyiz mahkemesinin iptal sebeplerini genişleterek incelemesinin önünü kapatmıştır²⁵. Buna paralel olarak da temyize başvurulmasının hakem kararının icrasını durdurmayaacağı da aynı madde de düzenlenerek tahkimin hızlilik/çabukluk amacına özen gösterilmiştir.

İptal davasında mahkeme iddia olunan iptal sebebini ya da sebeplerini²⁶ tespit edemezse artık dava reddedilir. Bu karara karşı temyiz yoluna gidilebilir. Ancak hakim iptal sebebinin varlığının tespitine karar verirse ve taraflar bu kararı temyiz etmezse karar kesinleşecek ve hakem kararı iptal edilmiş olacaktır.

İptal davasına ilişkin mahkemece verilmiş kararın temyizi neticesinde verilen karara karşı karar düzeltme yoluna gidilemeyecektir²⁷.

B. İptal Davasında Uygulanacak Yargılama Usulü

İptal davası devlet yargısında görülecektir. Yani iptal davası, HMK m.316/1-f anlamında²⁸ mahkemenin görev alanına dahildir ve aynı hüküm gereği iptal davası basit yargılama usulüne tabidir.

kımından HUMK'nın 521/2. maddesi uyarınca hakemlerin reddinin 5 gün içerisinde istenebileceği düzenlendiğinden, birleşen dava bakımından da dosyanın temyizen incelemesi yapılabileceğinden, hakemlerin reddi ve hakem kararının iptal istemlerinin reddine ilişkin karar sonucu itibarıyla doğru bulunduğundan 6100 sayılı HMK'nın geçici 3. maddesi yollamasıyla 1086 sayılı HUMK'nın 438 / son maddesi uyarınca mahkeme kararının gerekçesi bu şekilde değiştirilmek suretiyle onanması uygun bulunmuştur.” ve yine Y. 15.HD; E. 2014/5988, K. 2015/1011, T. 26.2.2015 kararında “..Taraflar arasında imzalanan sözleşmenin tahkime dair 67/3. maddesinde hakem kurulunun kararını Türk maddi hukuku ve Türk hukuk usulü kurulları çerçevesinde verecekleri hükmü bağlanmış olduğundan Yargıtay İçtihadı Birleştirme H.G.K.'nın 28.1.1994 gün ve 4/1 Sayılı kararı uyarınca ve 1.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 Sayılı HMK'nın tahkime dair 439. maddesinde hakem kararına karşı yalnızca iptal davası açılabilceği hükmü getirilmiş ise de; Dairemizin yerleşik içtihat ve uygulamalarında tahkim sözleşmesi ya da tahkim şartının konulduğu sözleşme, maddi hukuk işlemi olup sözleşmenin yapıldığı tarihteki hükümlere tabi olacağı ve eldeki davanın dayanağı sözleşmenin yapıldığı 14.9.2000 tarihinde yürürlükte bulunan ve somut olayda uygulanması gerekli 1086 Sayılı HUMK'nın 516 vd. maddelerinde hakem kararına karşı temyiz kanun yoluna başvurulabileceği kabul edildiğinden hakem kurulunca verilen en son hakem kararının Türk hukuk kurallarına ve sözleşmeye uygun olup olmadığının temyiz yoluyla incelenebileceği kabul edilerek temyiz incelemesi yapılmıştır...” şeklinde bir yolla bu hükmü eski tarihli hukuki işlemler açısından uygulamamaktadır.

²⁵ GÖRGÜN, L.Şanal; **Medeni Usul Hukuku**, Ankara 2014, s.500; KARSLI, s.940; YILMAZ; s.1771; ÖZBAY/KORUCU, s.254; PEKCANİTEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.1086; KURU/ASLAN/YILMAZ, s.793; MUŞUL, Timuçin; **Medeni Usul Hukuku**, 3.Baskı, Adalet Yayınevi, İstanbul 2012, s.671

²⁶ Bu davada da taraflarca getirilme ilkesi uygulanır ve hakim HMK madde 25 ile bağlıdır.

²⁷ Y.11.HD., 31.05.2013 tarih, E.2012/7588, K. 2013/11439 sayılı Kararı; ÖZBAY/KORUCU, s.255

²⁸ HMK m.316/1-f'de açıkça “Tahkim hükümlerine göre, mahkemenin görev alanına giren dava ve işler” denilmek suretiyle; tahkim hükümlerine göre mahkemenin görev alanına giren dava ve işlerin basit yargılama usulüne tabi işlerden olduğu belirlenmiştir

Basit yargılama usulünde dava dilekçesi ve davaya cevap dilekçesi verilmekle dilekçeler teatisi bitmiş olacaktır. Zira basit yargılama usulünde, yazılı yargılama usulündeki gibi cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçesi verilmeyecektir²⁹. Ancak HMK m.322/1 gereği yazılı yargılama usulüne ilişkin hükümler uygun düştüğü ölçüde iptal davasında da uygulanır.

HMK m.439/1'e göre iptal davası öncelikle ve ivedilikle görülecektir. Aynı maddenin 5. fıkrasına göre de; iptal talebi, davaya bakan mahkeme aksine karar vermedikçe, dosya üzerinden incelenerek karara bağlanır. Tarafların tahkime başvurmada öncelikli nedenlerden olan uyumsuzluğun çabuklukla çözülmesi amacına hizmet eden bu düzenlemeler ile duruşma gibi yargılamayı uzatan nedenlerin ortadan kaldırılması amaçlandığını ileri süren görüşe³⁰ kesinlikle katılmamaktayız. Zira kanunun aynı maddesinin 4.fıkrasında hakem kararına karşı iptal davası açılması kararın icrasını durdurmayacağı açıkça ifade edilmiştir. Ayrıca da iptal davası açısından getirilen bu hükmün, davada incelenen iptal sebeplerinin tespitinin dosya üzerinden yapılabilceği düşünülerek getirildiği de madde gerekçesinden de anlaşılabilmektedir.

HMK m.439/4'te "taraflardan birinin talebi üzerine hükmolunan para veya eşyanın değerini karşılayacak bir teminat gösterilmek şartı ile kararın icrası durdurulabilir" hükmü ihdas edilmiştir. Doktrinde mahkemenin teminat karşılığı hakem kararının icrasını durdurması için, mahkemenin iptal iddiasını ciddi görmesi gerektiği savunulmuştur³¹.

Esasen tedbir niteliğinde olan bu imkanın mahkemenin takdirine bırakmak kanaatimizce tahkimin niteliğine uygun düşmeyecektir. Zira söz konusu uyumsuzluğun bir ticari sırrın kime ait olduğu faraziyesinde, tedbirin teminat karşılığında hemen verilmesi ile ticarî sır korunmuş olacaktır. Ancak sadece iptal iddiasının ciddi görülmemesi sebebiyle tedbirin reddedilmesi ve yargılama sonunda davacı tarafın iddiasında haklı çıkması durumunda, kararın icra edilmesi sebebiyle ticarî sır karşı tarafça bilinmiş olacak ve artık ticarî sırrın sır niteliği ortadan kalkmakla birlikte korunması açısından elde bulunan hukuki imkanlar telafisi mümkün olmayacak şekilde yok olmuş olacaktır³². Bu durum ihtiyati tedbir kurumunu düzenleyen HMK'nın 389. vd. maddelerinin düzenlenme amacına uygun da düşmeyecektir.

Öte yandan 4. Fıkra da verilmiş bu imkanın tahkimin çabukluk amacına da ters

²⁹ HMK m.317/3; Basit yargılama usulünde bu şekilde dilekçe sayısının sınırlandırılmasının sebebi, bu usulde görülecek işlerin basit olması ve kısa sürede karara bağlanması gerekliliğidir. PEKCANI-TEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.862.

³⁰ ÖZBAY-HMK, s.542; ÖZBAY/KORUCU, s.253.

³¹ KONURALP, Cengiz Serhat; **Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim**, İÜSBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2011, s.215.

³² YILDIRIM, Fikret; **Ticarî Sır Bakımından Aleniyet İlkesi**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, MÜSBE, İstanbul 2015, (YILDIRIM-Ticarî Sır), s. 89 vd.

düşmemesi gerekecektir. Bu nedenle de bu imkanın iddianın ciddiyetiyle değil korunması amaçlanan menfaatin ağırlığıyla sınırlanması kanaatimizce uygun olacaktır.

C. İptal Davasında Görevli Ve Yetkili Mahkeme

Hakem/hakem heyeti kararlarına karşı açılacak olan iptal davasında yetkili ve görevli mahkemenin belirlenmesinde, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 410. maddesinde "Tahkim yargılamasında, mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerde görevli ve yetkili mahkeme tahkim yeri bölge adliye mahkemesidir. Tahkim yeri belirlenmemiş ise görevli ve yetkili mahkeme, davalının Türkiye'deki yerleşim yeri, oturduğu yer veya işyeri bölge adliye mahkemesidir." şeklindeki hüküm kullanılmaktadır. Ancak henüz Bölge Adliye Mahkemeleri fiili olarak çalışmaya başlamadığı için bu maddenin uygulanamamasından kaynaklı olarak doktrinde görevli mahkemenin neresi olduğu noktasında tartışmalar³³ mevcuttu. Kanun koyucu ise 6545 sayılı Torba Kanun'un 45.maddesinin 4.fıkrası ile "12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununa ve 21/6/2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununa göre yapılan tahkim yargılamasında; tahkim şartına ilişkin itirazlara, iptal davalarına, hakemlerin seçimi ve reddine yönelik davalar ile yabancı hakem kararlarının tanıma ve tenfizine yönelik davalarailişkin tüm yargılama safhaları, bir başkan ve iki üye ile toplanacak heyetçe yürütülür ve sonuçlandırılır." demek suretiyle bu tartışmalara son vermiştir. Böylece iptal davalarına karşı görevli mahkeme bir başkan ve iki üye ile toplanacak olan Asliye Ticaret Mahkemeleri olacaktır.

İptal davasında yetkili mahkeme ise HMK m.439/1, cümle 2'de "İptal davası, tahkim yerindeki mahkemede açılır..." denilmek suretiyle açıkça belirtilmiştir. Buna göre hakem/hakem kurulunun verdiği karara karşı iptal davasında yetkili mahkeme tahkim yeri mahkemesidir. Ancak tahkim yeri belirlenmemişse yetkili mahkeme, davalının Türkiye'deki yerleşim yeri, oturduğu yer veya işyeri Asliye Ticaret Mahkemeleri yetkili mahkeme olacaktır.

II. Kanunda Düzenlenen İptal Sebepleri Açısından Bazı Eleştiriler

Tahkim sözleşmesinin yapılabilmesi için gerçek kişi olan tarafların hak ve fiil

³³ -Asliye hukuk mahkemesi olmalı görüşü için bkz. PEKCANİTEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.79-80. TAŞPINAR-AYVAZ, Sema; **Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) Zaman Bakımından Uygulanması**, Ankara 2013, s. 213. VURALOĞLU, Mehmet Oğuz; **"HMK'nun Tahkim Hakkındaki Hükümleri"** YÜHFD, Prof. Dr. Erhan ADAL'a Armağan, C.VIII, Sa.2, 2011, s.1062.

-Asliye ticaret mahkemesi olmalı görüşü için bkz. YILMAZ, s.1769.

-Hem Asliye hukuk mahkemesi hem de Asliye ticaret mahkemesi olmalı görüşü için bkz. KARADAŞ, İzzet; **Ulusal (İç) Tahkim**, Ankara 2013, s.215.

Eski kanun yolu sisteminin devamı gerekir diyen görüş için bkz. KARSLI, s.939.

ehliyetine sahip olmaları gerekir³⁴. Ancak tarafların ehliyetsizliğinin ileri sürülmesinin tarafların iradelerine bırakıldığının da doktrinde kabul edildiği anlaşılmaktadır³⁵.

Bu noktada hukukumuzda sözleşmelerin geçerliliği açısından bir değerlendirme yapılması gerekir.

TMK m.14'te "Ayırt etme gücü bulunmayanların, küçüklerin ve kısıtlıların fiil ehliyeti yoktur" denilmektedir. Yine aynı kanunun 15. Maddesinde ise ayırt etme gücü bulunmayan kimsenin fiillerinin hukuki sonuç doğurmayacağı hüküm altına alınmıştır.

Bu maddeler değerlendirildiğinde ise fiil ehliyetine sahip olmayan birinin yapmış olduğu tahkim sözleşmesi ve bu sözleşmeye istinaden yapılan tahkim yargılaması sonunda tarafların bu nedene dayanan iptal davası açmamaları ile hakem kararının icra edilebilir hale gelmesi yoluyla da TMK m.15 hükmü kanaatimizce doğru olmayacak şekilde aşılmış olacaktır. Zira iptal davası açılmayan hakem kararları artık bir denetime tabi tutulmamış olacaktır.

HMK m.439/2-d bendinde düzenlenmiş olan "hakemin talebin tamamı hakkında karar vermediği" iddiasıyla açılacak olan iptal davasında taleplerin asililik ve fer'ilik ilişkisi içerisinde olması durumunda ve asli talep için verilmiş bir kararın bulunduğu ancak fer'i talep için bulunan bir kararın olmadığı gerekçesiyle de iptal davasının açılabilmesi mümkün gözükmemektedir. Ancak asli talep için verilen kararın aslında fer'i talebin reddi anlamına geldiği durumlarda bu davanın açılmayacağını düşünmekteyiz.

Ayrıca HMK kapsamındaki hakem kararları, verildikleri anda icra edilebilir hale gelmektedir. Bu sebeple mahkemeler, iptal davası açılmaması halinde, hakem kararı üzerinde herhangi bir denetim mekanizmasına sahip olamayacaklardır.

Mahkemelerin aksine, tarafların ellerinde hakem kararlarının iptali davası açabilmek suretiyle denetim açısından bir imkan bulunmaktadır. Ancak bu imkanın; hakem kararına karşı iptal davası açılmadığı durumlarda³⁶ nasıl telafi edilebileceği konusu zannımızca aşırı önem arz etmektedir. Zira SÜRAL'ın belirttiği üzere³⁷ devlet mahkemesi tarafından incelenmemiş ve hemen icra edilebilen bir hakem kararının

³⁴ YILMAZ, s.1766; KARSLI, s.940; KARADAŞ, s.217; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.1086; KURU/ASLAN/YILMAZ, s.793.

³⁵ ÖZBAY/KORUCU, s.227.

³⁶ Örneğin sürenin dolmuş olması, ya da ileri sürülen sebebin dışında bir sebeple iptali gereken bir hakem kararının varlığı...

³⁷ "İptal davasının süresinin geçmesi ve hakem kararının icra edilebilir hale gelmesi için mahkemenin herhangi bir denetim yapamaması karşısında, ortaya bir denetimsizlik ve tahkim yargılamaları açısından olumsuzluk çıkmayacak mıdır?" Bkz. SÜRAL, Ceyda; **Hakem Kararlarının İcrası Ve İptal Davası**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 16, Özel Sayı (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan), 2014, (s.1377-1411), s.1382.

tahkime elverişlilik şartını sağlamaması durumunda veya bu hakem kararının kamu düzenine aykırı olması durumunda ne olacaktır?

Bu sorunun çözümü için doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüş³⁸ bu hallerde verilen hakem kararının yok hükmünde olacağını belirtmektedir. Yok hükmünde olan kararlarınise hiçbir etki doğurmayacakları gibi, yok hükmünde olan kararın ortaya konması için tespit davası da açılmaz. Zira tespit davası açmak için hukuki yarar şartı sağlanmamaktadır. Bu noktadan hareketle de, aynı uyumsuzluğun yeniden dava edilebileceği³⁹ ve böylece kamu düzenine aykırı hakem kararının işlenemez hale getirilebileceği savunulmaktadır.

Diğer bir görüş ise HMK Madde 302/4 hükmünün⁴⁰ hakem kararları için de kıyasen uygulanması gerektiğini ifade etmiştir⁴¹. Ancak mahkeme burada sadece sürenin geçtiğini veya kararın onandığını dikkate almaktadır ve herhangi bir içerik

³⁸ UMAR, Bilge; **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s. 1206. Yok hükümler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **ÖZEKES**, Muhammet, “**Medeni Usul Hukukunda Yok Hükmü ve Etkisiz Hükmü**”, Yargıtay Dergisi, 2006/I, (s. 661-699). Buna göre; görünüşte bir karar bulunmasına rağmen, bu karar mahkemeleri veya tarafları bağlamaz. Yok hükmün icra edilmesi mümkün değildir. Bkz. SÜRAL, s.1382.

³⁹ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.835.

⁴⁰ Kesinleşme şerhinin konuluş şeklinin düzenlendiği kanun hükmü.

⁴¹ BUDAK, s. 57.Y. 8. HD.,E. 2014/14898, K. 2015/22651,T. 16.12.2015”. *Uluslararası Tahkim Mahkemesi’nin kararlarının nasıl icra edilebileceğine dair 4686 Sayılı Milletler Arası Tahkim Kanunu 15/son maddesi “İptal davası için öngörülen sürenin geçtiği veya tarafların iptal davası açmaktan feragat ettiği hallerde, hakem kararının icra edilebilir olduğuna dair belgenin verilmesi sırasında (A) fıkrasının 2. bendinin (a) ve (b) alt bent hükümleri mahkemece re’sen dikkate alınır. Bu halde mahkemece aksine karar verilmedikçe, inceleme dosya üzerinden yapılır” hükmünü içermektedir. Buna göre Milletlerarası Tahkim Kanunu’na göre verilen hakem kararının icrası, karar hakkında iptal davası açılıp açılmadığına göre değişmektedir. Karar hakkında süresinde iptal davası açılmaz ise veya iptal davası açılmasından vazgeçilmesi halinde tahkim kararı kesinleşir, dolayısı ile kesin olarak verilen tahkim kararı için asliye hukuk mahkemesince talep üzerine taraflara hakem kararının icra edilebilir olduğuna dair bir belge verilir. Hakem kararına karşı iptal davası açılması halinde ise iptal davasının sonuçlanması gerekir ve varsa verilen iptal kararının tasdik olunarak kesinleşmesinden sonra asliye hukuk mahkemesi hakem kararının icrası için icra edilebilir olduğuna dair belgeyi talepte bulunan tarafa verir.. Bu belge harca tabi değildir. Ancak hakem kararının icraya konulması halinde Harçlar Kanunu hükümleri uygulanır.Somut olayda; tahkim kararına karşı, ... 20 Asliye Hukuk Mahkemesi’ne 2004/... Esas sayılı dosya ile kararın hükmü kısmında yer alan “KDV ve gecikme faizinin brüt gelir kapsamından çıkarılacağına” dair 7 numaralı bendinin iptali için dava açılmış, anılan dava sonucunda Mahkemece tahkim kararının 7 numaralı bendinin, Danıştay’ca verilen kararlar gereği kamu düzenine aykırılık teşkil edeceği gerekçesi ile iptaline karar verilmiş, bu karar da temyizden feragat edilmesi nedeni ile kesinleşmiştir. Şikayete konu takipte iptal davasına konu edilmeyen kısımlar talep edilmektedir. Bu durumda icra emrine konu ICC Uluslararası Tahkim Mahkemesi’nin 05.01.2004 tarih ve 12174 Sayılı kararının “icra edilebilir olduğuna dair” yukarıda açıklanan şekilde bir belge dosyaya sunulmadığından, tahkim kararının icraya konulması mümkün değildir. Mahkemece şikayetin kabulüyle takibin iptaline karar vermek gerekirken yazılı gerekçe ile hüküm tesisi isabetsizdir...”*

incelemesi yapamamaktadır. Ayrıca da mahkeme örneğin kamu düzenine aykırılık görse bile artık kesinleşme şerhini vermeme gibi bir yetkisi olmayacaktır.

Kanaatimizce bu sorunun çözümünde ayırım yaparak çözüme ulaşmak gerekir.

Öncelikle kamu düzenine aykırı olarak verilmiş bir hakem kararına karşı tarafların bu kararı kabul etmiş olmaları durumunda artık bu kararın işletilmesi gerektiği düşünülmektedir. Örneğin kumar borcu gibi ya da ahlaka mugayir bir durumdan kaynaklı alacağın varlığı gibi nedenlerle çıkmış bir uyuşmazlıkta verilmiş olan hakem kararına karşı taraflar iptal davası açmamışsa ve icrası talep edilen hükmün icrasına taraf engel olmak istememişse artık bu hükmün uygulanması gerekir.

Zira bu hükmün uygulanmasına taraflar dışında örneğin icra memurunun takdir hakkına dayanarak engel olunmaya çalışılması Tahkim kurumunu işlevsiz bırakmak olacağı gibi aynı zamanda tarafları da bu tip durumlarda devlet yargısı ya da devletçe tanınmış sistemlerin dışına itebilecektir.

Ancak taraflardan biri iptal davası aç(a)madığı için kamu düzenine aykırı olarak verilmiş bir hakem kararına karşı etkilenen 3. kişilerin gidebileceği yol ise yukarıda açıklandığı üzere hakem kararının yok hükmünde olacağı gerekçesiyle aynı uyuşmazlık için devlet yargısında yeni bir dava açmak olmalıdır. Bu çözüm yolu medeni usul hukuku mantığına da uygundur.

Ayrıca mukayeseli hukuktaki çözüm yolunun da uygulanamayacağını düşünmekteyiz. Buna göre; iptal kararı, tahkim anlaşmasının taraflarından birinin ehliyetli olması, tahkim anlaşmasının geçersiz olması, kararın tahkim süresi içinde verilmesi veya uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmaması sebeplerinden birine dayanıyorsa, artık bir tahkim anlaşmasının mevcudiyetinden bahsedilemeyecektir. Tahkim anlaşmasının mevcudiyetinden bahsedilemeyeceği için de uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümlenmesi mümkün olmayacak ve uyuşmazlığın devlet mahkemeleri nezdinde çözülmesi gerekecektir⁴². Hollanda hukukunda da açık bir düzenleme ile hükmün tahkim anlaşmasının geçersizliği nedeniyle iptal olması durumunda mahkemelerin yargılama yetkisinin canlanacağı düzenlenmektedir⁴³. Ancak buradaki çözüm yolu iptal davasının açılması hususunu kapsamaktadır, iptal davasının açılmadığı durumlarda ne olacağı açıklanmamıştır.

⁴² KALPSÜZ, Turgut; **Türkiye’de Milletlerarası Tahkim**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2007, Sözkese Matbaacılık (Tahkim), s. 30; GÜLTEK, s. 70.

⁴³ MOSES, L. Margaret; **The Principles and Practise of International Commercial Arbitration**, Cambridge University Press, United States of America, 2008, s. 199’den aktaran GÜLTEK, s.70.

III. İptal Davasının Amaçları Bakımından Bazı Sorunların Değerlendirilmesi

A. Tahkimin Amaçları

Tahkimin tercih edilmesinde belki de en önemli faktör tahkimin hızlılığıdır. Hızlılıktan kastın ise aslında uyumsuzluğun devlet yargısında yıllar boyu sürmesine karşılık⁴⁴ tahkimde bu kadar sürmemesidir. Tahkimin bu hızlılığının temel nisbi sebepleri olarak hem hakemlerin mesai kavramının sınırlı olmaması⁴⁵ hem de iş yükünün devlet yargısındaki hakimlere göre çok daha az olması⁴⁶ söylenebilir.

HMK m.424'te " Taraflar, hakem veya hakem kurulunun uygulayacağı yargılama usulüne ilişkin kuralları, bu kısmın emredici hükümleri saklı kalmak kaydıyla, serbestçe kararlaştırabilir "denilmek suretiyle belirtildiği üzere tarafların yargılamada sıkı usul kurallarıyla bağlı olmaması⁴⁷ da yine tahkim yolunun seçilmesinde önemli bir tercih sebebidir.

Taraflar açısından tahkimin önemli bir tercih sebebi de uzman hakemlerin uyumsuzluğa karar verebilecek olmasıdır. Zira hakimler için tüm uyumsuzluklarda uzmanlık beklenemez. Bu açığın tahkim yoluyla kapatılması mümkündür⁴⁸.

Tarafların tahkimi tercih nedenleri bu kadarla sınırlı değildir. Buna göre; tarafların iradelerinin esas alınması, bürokratik engellemelerden ari olma isteği gibi psikolojik nedenler ile gizlilik esas amaçlardan olduğu söylenebilir.

Ancak tahkim yolunun seçilme nedenlerinin temelinde yatan şey ise kanaatimizce gizliliklidir. Zira devlet yargılamasında birçok ticari sırrın ifşa olma riski⁴⁹ ve bu riske karşılık ticari sır içeren delillere dayanamamaktan kaynaklı davaların kaybedilmesi durumu mevcuttur. İşte gizliliğin bu kadar önemli olduğu bir yargılama sisteminde iptal davasının bu amaca verebileceği zararları açıklamak gerekir.

B. İptal Davasının Amacı

İptal davasının esas amacının tahkimin hızlılığını temin etmek olduğunu ileri

⁴⁴ ÖZBAY/KORUCU, s.26; SARISÖZEN, s.15.

⁴⁵ ALANGOYA /YILDIRIM/DEREN- YILDIRIM, s.595; SARISÖZEN, s.15; ÖZBAY/KORUCU, s.26.

⁴⁶ ALANGOYA, H. Yavuz; **Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği Ve Denetlenmesi**, İstanbul 1973, (ALANGOYA-Tahkim), s.15; ÖZBAY/KORUCU, s.26

⁴⁷ YEŞİLİRMAK, s.75.

⁴⁸ ÖZBAY/KORUCU, s.26;YEŞİLİRMAK, s.73;DAYINLARLI, Kemal;**HUMK'da Düzenlenen İç Tahkim**, Ankara 1997, (DAYINARLI-İç Tahkim), s.33.

⁴⁹ YILDIRIM-Ticari Sır, s.89 vd.

süren görüşün⁵⁰ yanında; HMK ile getirilen iptal davasının ve bu dava sonunda verilen kararların temyizinin mümkün olması sebebiyle, HUMK uygulamasına göre tahkimi hızlandırmadığını da ileri süren bir görüş⁵¹ de bulunmaktadır.

Kanaatimizce iptal davası ile bu açıdan amaçlanan şey; tahkimin hızlılığını temin etme değil, tahkimin hızlılık unsurunu zedelememek olmalıdır. Zira Hakem kararlarına karşı açılmış iptal davası hem iptal sebepleri yönüyle⁵² hem de açılmakla ya da temyiz edilmekle hakem kararının icrasını durdurmayacağı⁵³ gerekçeleri ile yargılamayı uzatıcı faaliyette bulunan kötü niyetli olan tarafın bu durumu kullanamayacağı kanun ile hükme bağlanmıştır.

Ancak iptal davasında esas amacın; hakemlerce verilmiş kararların ağır usuli hatalara karşı da olsa devlet yargısınca denetlenebilmesi olduğunu düşünmekteyiz. Zira kanunda düzenlenmiş iptal sebeplerinin içeriği genel itibariyle kamuyu ilgilendiren ya da ağır usuli ihlallerle ilgilidir.

İptal davasının amacına ilişkin yukarıda açıklanan görüşlerde, aslında iptal davasının sadece araç olarak kullanılan bir amaçtan bahsedilmiştir.

C. İptal Davasında Aleniyet İlkesinin Uygulanması İle İlgili Bazı Sorunlar

İç tahkimin taraflarca tercih edilme sebeplerinin temelinde tahkim yargılamasının gizli yapılabilmesi gelmektedir. Zira aleniyet ilkesine göre devlet yargısında duruşmalar ve kararların bildirilmesi aleni olmalıdır⁵⁴ ve bu durum, ticari sırların ifşası gibi bazı nispi menfaatlerin zarar görmesine neden olabilmektedir⁵⁵.

Öte yandan bu gizli yargılamayı seçebilme kuralı ise her zaman mümkün olmayacaktır. Zira tahkim kurumu ihtiyari tahkim ve zorunlu tahkim olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutulmuş ve mecburi tahkimde, taraflar aralarındaki hukuki ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünü kanuni bir zorunluluk sebebiyle hakem veya hakemlere bırakmakta olduklarından⁵⁶; zorunlu tahkimde, artık devlet yargısına da-

⁵⁰ ÖZBAY/KORUCU, s.26; SARISÖZEN, s.15; ALANGOYA /YILDIRIM/DEREN- YILDIRIM, s.595; ALANGOYA-Tahkim, s.15; YEŞİLIRMAK, s.75

⁵¹ EKŞİ, Nuray; **Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim**, İstanbul 2013; s.195.

⁵² Hakemin hukuku doğru uygulayıp uygulamadığına bakılmamaktadır, kanunda numerusclauses olarak sayılmış iptal sebepleri ile sınırlı bir inceleme yapılmaktadır.

⁵³ HMK m.439/4 te “Hakem kararına karşı iptal davası açılması kararın icrasını durdurmaz” denilmekte ve m.439/6’da da “Temyiz, kararın icrasını durdurmaz” denilmekle iptal davasında verilen kararın temyiz edilmesinin de kararın icrasını durdurmayacağı belirtilmiştir.

⁵⁴ KURT KONCA, Nesibe; **Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi**, Ankara 2009, s. 6 vd.; Ayrıca detaylı bilgi için Bkz. YILDIRIM-Ticari sır; s.17-18

⁵⁵ Detaylı bilgi için Bkz. YILDIRIM-Ticari sır; s.124 vd.

⁵⁶ YEĞENGİL, Rasih; **Tahkim(L'arbitrage)**, İstanbul 1974, s. 102; ALANGOYA-Tahkim, s. 3.

hil kabul edilmelidir⁵⁷.Zorunlu tahkim hallerinde de tarafların, Anayasa'nın 36'ncı maddesi uyarınca, adil yargılanma haklarının ve yargılamanın aleniliğinin teminin devlet tarafından, kamu düzeninden sayıldıkları gerekçesiyle sağlanması gerekir. Yani gizli yargılama yapılamayacaktır.

Ancak şüphesiz İç tahkimde, tahkimin ihtiyari olması sebebiyle gizli yargılama yapılabilecektir. Hakem yargılamasında tarafların gerek ticari sırlarını gerekse haksız rekabete konu edilebilecek işletme sırlarını paylaşması, şüphesiz tahkimde gizli yargılama⁵⁸ ile mümkün hale gelmektedir.

Peki ama tahkim yargılaması bittikten sonra hakem kararına karşı açılacak iptal davasında ticari sırlar gibi yargılamanın gizliliği ile korunan nispi menfaatler nasıl korunacaktır? Zira dosya devlet yargısına taşınmış olmakla Hukuk Muhakemeleri Kanunu uygulanacak ve aleniyet ilkesi uygulama alanı bulacaktır.

Hakem ya da hakem kurulunun uyuşmazlıkla alakalı tüm bilgileri haiz oldukları düşünüldüğünde, bu nispi menfaatlerin korunması için ne yapılabilecektir?

Ayrıca bu tür nispi menfaatler hakem kararında nasıl belirtilecektir?

HMK'nun 439.maddesinde iptal davasında incelenecek hususlar tahdidi olarak belirtilmiş olsa da bu hususların varlığının tespiti, hakem yargılamasına konu olmuş dosyanın tümünün incelenmesini gerektirir niteliktedir. Bu sebeple de örneğin ticari sırların koruma dışında kalmaması için gizli kalması gerekirken bu sırlara aleniyet kazandırılarak ticari sır korumasının⁵⁹ dışına itilmesi söz konusu olacaktır.

Bu nedenle ilk soruya verilecek cevap oldukça önem arz etmektedir. İptal davasında tahkim yargılaması sırasında dermeyan edilmiş ticari sırların korunabilmesi için ilk olarak dinamik aleniyetin kaldırılması gerekmektedir. Dinamik aleniyet, yargılamanın yürütüldüğü duruşmaların aleni surette yapılmasını ifade eder⁶⁰. Yani duruşmaların herkese açık ve ilgililerce izlenmesine müsait halini kapsar. Burada ilgililerden kasıt 3. kişilerdir⁶¹. Böylece iptal davasında HMK m.439/5'e göre hakim

⁵⁷ KURT KONCA, s.233

⁵⁸ Burada gizli yargılamadan kasıt sadece duruşmanın aleniyetinin sınırlandırılması değildir; aynı zamanda dosya aleniyetinin de sınırlandırılmasını kapsamı gerektiğini bildirmeliyiz. Detaylı bilgi için Bkz. YILDIRIM-Ticari Sır; s.41-42.

⁵⁹ Ticari sırların en önemli unsuru gizlilik unsuru olduğundan, gizlilik devam ettiği sürece ticari sır koruması da süresiz olarak devam edecektir. Ticari sırrı patent korumasından ayıran temel farklılıklardan biri de bu durumdur. . YILDIRIM-Ticari Sır; s.90.

⁶⁰ PEKCANITEZ, Hakan; “**Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi**”, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir 2000, (s. 408-427), (PEKCANITEZ-Aleniyet), s. 409; KURT KONCA, s.173.

⁶¹ 3.kişiler kapsamına tarafların girmediği anlaşılmaktadır. Zira duruşmanın aleniliği ile taraf aleniliği farklı fonksiyonel kavramlardır. Taraf aleniyeti((Parteiöffentlichkeit) davanın taraflarına tanınmış ve ihlal edildiğinde doğrudan savunma hakkını zedelediğinden hukuki dinlenilme

duruşma yapsa bile taraflar dışındaki 3. Kişilere bu yargılama kapalı olacaktır. Bu durum doktrinde⁶² belirtilen aleniyet ilkesinin gerçeğin bulunmasına aracılık etme amacına⁶³ da esasen aykırı değildir. Zira gerçeğin bulunmasına aracılık etme amacı davanın esasına ilişkindir; ancak iptal davasında hakim işin esasına aslında girmeyecek, hakemin hukuku doğru uygulayıp uygulamadığına bakmaksızın kanunda sayılmış sebeplerin varlığını tespiti ile yetinecektir.

Ancak ilk sorunun çözümünde dinamik aleniyetin kaldırılmasının yanında ka-naatimizce dosya aleniyetinin de kaldırılmasıyla iyi bir çözüme ulaşılmış olacaktır.

Dosya aleniyeti; dava dosyasının yargılama tarafı olmayan üçüncü kişilerce incelenmesini ifade eder⁶⁴. Genel hukuk sistemlerinde dosya aleniyetinin aleniyet ilkesi kapsamında olduğu tartışmalıdır⁶⁵. Türk hukukunda ise doğrudan aleniyetin duruşma ile birlikte dosya aleniyetini de kapsamadığı görüşü baskındır⁶⁶. Ancak dosya aleniyeti kabul görmese dahi mahkemelerin yapısı ve işleyişi itibarıyla ticari sır gibi nispi menfaatlerin korunması için dava dosyaların 3. Kişilerin incelenmesinin yasaklanması gerekir.

İkinci sorunun çözümünde ise tahkim yargılamasına katılmış hakem ve tarafların dışındaki 3. kişiler için, HMK'nın 28/4 hükmü gereği susma yükümlülüğünden⁶⁷; hakem açısından ise, hakemin sır saklama yükümlülüğünden hareket edilmesinin

hakkına ait bir müesseseyken; duruşma aleniyeti ise yargılamanın taraflar dışındakilerce izlenbilmesini anlatmakta olduğundan aleniyet ilkesine dahil bir müessesedir. (AKTEPE ARTIK, Sezin; **Avrupa İnsan hakları sözleşmesi ve Avrupa insan hakları mahkemesi kararları ışığında Medeni usul hukukunda Adil yargılanma hakkı**, İstanbul 2015, s.308; KURT KONCA, s.2; ÖZEKES, Muhammet; **Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı**, Ankara 2003, s. 94.)

Ancak Taraf aleniyetini yargılamanın aleniyeti kapsamında gören görüşlerde mevcuttur. (AKCAN, Recep; **Usul Kurallarına Aykırılığa Dayanan Temyiz Sebepleri**, 1999, s.75; BİLGE, Necip/ÖNEN, Ergun; **Medeni Yargılama Hukuku Dersleri**, Asil Yayın Dağıtım, Ankara 1978, s.292.).

⁶² WATERSTRAAT, Daniel; **ALI/UNIDROIT Principles and Rules of Transnational Civil Procedure**, Nomos, s.60; YILDIRIM, Mehmet Kamil; **Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi**, İstanbul 1990, s.96; AKSOY, Muammer; **Muhakemelerin Aleniliği Prensibi**, Forum Dergisi, 1957, C.VII, Sa. 75, s. 9-11, s. 9

⁶³ Detaylı açıklama için bakınız YILDIRIM-Ticari sır; s.28-29.

⁶⁴ KURT KONCA, s.119.

⁶⁵ AKTEPE ARTIK, s.317.

⁶⁶ PEKCANİTEZ-Aleniyet, s.418; YOKUŞ-SEVÜK, Handan; **Adil Yargılanma Kapsamında Ceza Yargılamasında Aleniyet İlkesi**, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, İstanbul 2004 (s. 747-764), s.748; Ancak KURT KONCA, yargılamanın tarafı olmayanların sadece hukuki menfaatleri bulunduğu takdirde dava dosyasını görebilmeleri gerektiğini ifade etmektedir.

⁶⁷ "Gizli yargılama yapılması halinde, duruşma salonunda bulunan kişilerin, yargılama ile ilgili olarak öğrenmiş oldukları hususlar hakkında sessiz kalmalarına ilişkin yükümlülüğe, susma yükümlülüğü denir". (KURT KONCA, s.313.) Ayrıca bkz. YILDIRIM-Ticari sır; s.123-124.

doğru olacağı kanaatindeyiz. KURT KONCA'ya göre⁶⁸; hakemin tahkimin gizliliğine aykırı hareket ederek yargılama esnasında, yargılamadaki ticari sırları ifşa etmesi kamu düzenine aykırılık nedeniyle bozma sebebi sayılmalıdır⁶⁹. Ancak yargılamadan sonra hakemin örneğin sırları ifşa ederek gizliliği ihlal etmesi artık hakemlerin sır saklama yükümlülüğünün ihlali sayılmalı; tarafların ticari sırlarının öğrenilmesinden kaynaklanan zararlardan dolayı hakemin hukuki sorumluluğuna gidilmelidir⁷⁰.

Son olarak da, gizli yapılmış olan tahkim yargılaması sonucunda ticari sır gibi nispi menfaatlerin hükme alınmasının zorunlu olduğu durumların sakıncalarının bertaraf edilemeyeceği sorunu irdelenmelidir.

Öncelikle hakem kararının icra kabiliyetinin olması, statik aleniyeti gerektirmez. Zira statik aleniyetin asıl ve temel amacı; doktrinde belirtildiği üzere, yargılamanın tarafı olmayan üçüncü kişilerce mahkeme kararlarına ulaşılabilmesi⁷¹ ve bu yolla adil yargılanmanın garantilerinden olan hükmün aleniliğini sağlayarak bu kararların kamuca denetlenmesini sağlamaktır⁷². Ancak tahkim yargılamasında adil yargılanma hakkı iptal davası ile ayrıca korunmakta olduğundan ve tahkime konu uyuşmazlığın taraflarca üzerinde serbestçe tasarruf edecekleri bir konu olduğundan statik aleniyetin sağlanmasına da gerek yoktur.

Yine de hükümde belirtilmiş ticari sırların korunması için şöyle bir yolun izlenmesinin uygun olacağı görüşündeyiz:

Sırların içerdiği belgenin hükümden ayrı bir belge olması gerekir. Ancak bu “ ek belge” hükmün ayrılmaz bir parçası olmalıdır⁷³. Bu belgede yargılamada geçen tüm sırların yer alması gerekir. Ek belgeye konulan ticari sırlara hükmün gerekçesinde çok genel ifadelerle de olsa yer verilmeli ancak ayrıntı asla verilmemelidir⁷⁴. Bu şekilde hükme alınmış nispi menfaatler korunmuş olacaktır.

⁶⁸ KURT KONCA, s.327.

⁶⁹ Zira gizli yargılama yapılması suretiyle, taraflar, ticari sır gibi ifşasından kaçındıkları hususları, iddia ve savunmalarında rahatlıkla ileri sürebilmektedir. Bu açıdan tahkim yargılamasında gizlilik, tarafların iddia ve savunmada bulunma hakkını teminat altına almakta ve buna aykırı hareket edilmesi halinde, tahkim yargılamasının aleni olması sebebiyle, taraflar, üçüncü kişilerin öğrenmesinden kaçındıkları vakıaları ileri süremeyecek, onların iddia ve savunmada bulunma hakları kısıtlanacaktır.

⁷⁰ Hakemlerin sır saklama yükümlülüğü ve hukuki sorumluluğu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TAŞKIN, Alim; **Hakem Sözleşmesi**, Ankara 2005, s. 149-153; 160-167.

⁷¹ KURT KONCA, s.192; AKTEPE ARTIK, s.326.

⁷² YILDIRIM-Ticari Sır; s.47.

⁷³ ERDÖNMEZ, Güray; **Medeni Usul Hukukunda Belgelerin İbrazi Mecburiyeti**, İstanbul 2011, s.480.

⁷⁴ Bu ek belge kendi içerisinde iki parça halinde olmalıdır. Bir parçasında sadece hükme esas alınmış sırlar yer almalı, diğer parçasında ise diğer sırlar yer almalıdır. Bu iki parçada ayrı ayrı hakim tarafından mühürlenmeli ve ek belge içine konarak tekrar mühürlenerek dosyadan ayrı ve özel bir arşivde muhafaza altına alınmalıdır. Artık bu ek belge sadece hakim kararıyla ya da kanun yollarındaki incelemeyle açılabilir ve ek belgenin kim tarafından ne zaman açıldığı hususları içerir kayıtlar tutulmalıdır.

SONUÇ

- İptal davası teknik anlamda bir kanun yolu değildir. Zira iptal davası; kanun yolunun karakteristik özellikleri olan erteleyici etkiyi ve aktarıcı etkisiyi göstermemektedir. Ayrıca da HMK m.439 f.2 de hakem/hakem heyetinin hukuku doğru uygulamış olup olmaması da iptal sebebi olarak düzenlenmemiştir. Bu açıdan da iptal davasının bir kanun yolu olmadığı anlaşılabilecektir

- İptal davası açmak için maddede anılan bir aylık sürenin hukuki niteliği hak düşürücü süre olmasıdır. Zira bu sürenin kaçırılması ile bu hak da ortadan kalkmakta, karşı tarafın ihtiyarında bırakılmamaktadır. Ayrıca bu süre adli tatilde de işlemekle beraber eski hale

- Aslında kanun lafzından her ne kadar iptal sebeplerinin tespiti halinde hakem kararının iptalinin zorunlu olmadığı anlaşılrsa da, esasen burada bu sebeplerin bulunması halinde ancak kararın iptal edilebileceği ve kanatimizce iptal davası açılmışsa artık sebebin tespiti ile de bu kararın verilmesinin zorunlu olduğu anlaşılmalıdır.

- Taraflardan birinin talebi üzerine hükmolunan para veya eşyanın değerini karşılayacak bir teminat gösterilmek şartı ile kararın icrası durdurabilme imkanı temyiz aşamasında olmayacaktır. Zira HMK 439.maddede bu imkanın iptal davası sırasında kullanılacağı düzenlenmiş; ancak temyiz aşamasında böyle bir hak düzenlenmemiştir. Bu tespit, temyizcinin amacına da uygun düşecektir.

- Doktrinde mahkemenin teminat karşılığı hakem kararının icrasının durdurması için, mahkemenin iptal iddiasını ciddi görmesi gerektiği görüşüne katılmamaktayız. Şöyle ki; uyuşmazlığın bir ticari sırrın kime ait olduğu faraziyesinde, tedbirin teminat karşılığında hemen verilmesi ile ticarî sır korunmuş olacaktır. Ancak sadece iptal iddiasının ciddi görülmemesi sebebiyle tedbirin reddedilmesi ve yargılama sonunda davacı tarafın iddiasında haklı çıkması durumunda, kararın icra edilmesi sebebiyle ticarî sır karşı tarafça bilinmiş olacak ve artık ticarî sırrın sır niteliği ortadan kalkmakla birlikte korunması açısından elde bulunan hukuki imkanlar telafisi mümkün olmayacak şekilde yok olmuş olacaktır.

- TMK m.14'te "Ayırt etme gücü bulunmayanların, küçüklerin ve kısıtlıların fiil ehliyeti yoktur" denilmektedir. Yine aynı kanunun 15. Maddesinde ise ayırt etme gücü bulunmayan kimsenin fiillerinin hukuki sonuç doğurmayacağı hüküm altına alınmıştır. fiil ehliyetine sahip olmayan birinin yapmış olduğu tahkim sözleşmesi ve bu sözleşmeye istinaden yapılan tahkim yargılaması sonunda tarafların bu nedene dayanan iptal davası açmama ile hakem kararının icra edilebilir hale gelmesi yoluyla da TMK m.15 hükmü kanaatimizce doğru olmayacak şekilde aşılmış olacaktır. Zira iptal davası açılmayan hakem kararları artık bir denetime tabi tutulmamış olacaktır.

- HMK m.439/2-d bendinde düzenlenmiş olan "hakemin talebin tamamı hak-

kinda karar vermediği” iddiasıyla açılacak olan iptal davasında taleplerin aslilik ve fer’ilik ilişkisi içerisinde olması durumunda ve asli talep için verilmiş bir kararın bulunduğu ancak fer’i talep için bulunan bir kararın olmadığı gerekçesiyle de iptal davasının açılabilmesi mümkün gözükmemektedir. Ancak asli talep için verilen kararın aslında fer’i talebin reddi anlamına geldiği durumlarda bu davanın açılmayacağını düşünmekteyiz.

- HMK kapsamındaki hakem kararları, verildikleri anda icra edilebilir hale gelmektedir. Bu sebeple mahkemeler, iptal davası açılmaması halinde, hakem kararı üzerinde herhangi bir denetim mekanizmasına sahip olamayacaklar ve devlet mahkemesi tarafından incelenmemiş ve hemen icra edilebilen bir hakem/hakem kurulunun kararının tahkime elverişlilik şartını sağlamaması durumunda veya bu hakem kararının kamu düzenine aykırı olması durumunda ne olacağı sorunun çözümünde kanaatimizce ayırım yaparak çözüme ulaşmak gerekir.

Öncelikle kamu düzenine aykırı olarak verilmiş bir hakem kararına karşı tarafların bu kararı kabul etmiş olmaları durumunda artık bu kararın işletilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Ancak taraflardan biri iptal davası aç(a)madığı için kamu düzenine aykırı olarak verilmiş bir hakem kararına karşı etkilenen 3. kişilerin gidebileceği yol ise; hakem kararının yok hükmünde olacağı gerekçesiyle aynı uyumsuzluk için devlet yargısında yeni bir dava açmak olmalıdır. Böylece kamu düzenine aykırı hakem kararının işlenemez hale getirilebileceği savunulmaktadır.

- Son olarak da kanaatimizce iptal davası ile bu açıdan amaçlanan şey; tahkimin hızlılığını temin etme değil, tahkimin hızlilik unsurunu zedelememek olmalıdır.

KAYNAKÇA

- AKCAN, Recep; **Usul Kurallarına Aykırılığa Dayanan Temyiz Sebepleri**, 1999.
- AKÇAY, Ergin; **Türk Borçlar Kanunu’na Göre Zamanaşımı**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2009, s.12.
- AKSOY, Muammer; **Muhakemelerin Aleniliği Prensibi**, Forum Dergisi, 1957, C.VII, Sa. 75.
- AKTEPE ARTIK, Sezin; **Avrupa İnsan hakları sözleşmesi ve Avrupa insan hakları mahkemesi kararları ışığında Medeni usul hukukunda Adil yargılanma hakkı**, İstanbul 2015.
- ALANGOYA, H. Yavuz /YILDIRIM, Kamil/DEREN- YILDIRIM, Nevhis; **Medeni Usul Hukuku Esasları**, Beta Yayınları, 7. Bası, İstanbul 2009.
- ALANGOYA, H. Yavuz; **Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği Ve Denetlenmesi**, İstanbul 1973, (ALANGOYA-Tahkim).
- ALBAYRAK, Hakan; **“Tahkimde Kanun Yolları”**, Terazi Hukuk Dergisi, Sa. 18, 2008.

- BİLGE, Necip/ÖNEN, Ergun; **Medeni Yargılama Hukuku Dersleri**, Asil Yayın Dağıtım, Ankara 1978.
- BUDAK, Ali Cem; **“Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Tahkim Hükümleri”**, UTTER, C. 1, S.1, 2012, (s.31-60).
- EKŞİ, Nuray; **Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Tahkim**, İstanbul 2013.
- DAYINLARLI, Kemal; **HUMK’da Düzenlenen İç Tahkim**, Ankara 1997, (DAYINARLI-İç Tahkim).
- DAYINLARLI, Kemal; **“Tahkim Nedir Ve Tahkimin Faydaları Nelerdir?”**, İntes İç Tahkim Ve Uygulamaları Konferansı, 2013, (s.17-29)..
- DEREN-YILDIRIM, Nevhis; **UNCITRAL Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları**, 1. Basım, 2004, Alkım Yayınları.
- ERDÖNMEZ, Güray; **Medeni Usul Hukukunda Belgelerin İbrası Mecburiyeti**, İstanbul 2011.
- GÖRGÜN, L.Şanal; **Medeni Usul Hukuku**, Ankara 2014.
- GÜLTEK, Şule; **Milletlerarası Tahkim Kanunu Uyarınca İptal Davası**, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, DEÜSBE, İzmir 2011.
- KALPSÜZ, Turgut; **“Türk Hukukunda Hakem Kararlarının Temyizi Sebepleri”**, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Haziran 1997, Cilt XIX, Sayı 1, (s. 5-41).
- KALPSÜZ, Turgut; **Türkiye’de Milletlerarası Tahkim**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2007, Sözkese Matbaacılık (Tahkim).
- KARADAŞ, İzzet; **Ulusal (İç) Tahkim**, Ankara 2013.
- KARSLI, Abdurrahim; **Medeni Muhakeme Hukuku**, İstanbul 2012.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip; **Borçlar Hukuku Dersleri**, 1. Fasikül, 2. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 1985.
- KONURALP, Cengiz Serhat; **Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim**, İÜSBE, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2011.
- KURU, Baki/ASLAN Ramazan/YILMAZ Ejder; **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 6100 Sayılı HMK’na Göre Yeniden Yazılmış**, 25. Baskı, Ankara 2014, s.779.
- KURT KONCA, Nesibe; **Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi**, Ankara 2009.
- MOSES, L. Margaret; **The Principles and Practise of International Commercial Arbitration**, Cambridge University Press, United States of America, 2008.
- MUŞUL, Timuçin; **Medeni Usul Hukuku**, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, İstanbul 2012.
- ÖZBAY, İbrahim; **6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Neler Getirdi?**, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, Ankara 2013, (ÖZBAY-HMK).
- ÖZBAY, İbrahim; **Hakem Kararlarının Temyizi**, Ankara 2004, (ÖZBAY-Temyiz).
- ÖZBAY, İbrahim; **Yargıtayın Son Kararları Işığında Hakem Kararlarına Karşı Açılacak İptal Davasına İlişkin HMK M.439 Hükümünün Zaman Bakımından Uygulanması**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 16, Özel Sayı (Prof. Dr.

- Hakan Pekcanitez'e Armağan), 2014, (s.779-811), (ÖZBAY-İptal Davası).
- ÖZBAY, İbrahim/KORUCU Yavuz; **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016 .
- ÖZEKES, Muhammet; **Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı**, Ankara 2003.
- ÖZEKES, Muhammet, “**Medeni Usul Hukukunda Yok Hüküm ve Etkisiz Hüküm**”, Yargıtay Dergisi, 2006/I, (s. 661-699).
- PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet; **Medeni Usul Hukuku**, 14.bası, Ankara 2013.
- PEKCANITEZ, Hakan; “**Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi**”, Yargıtay Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir 2000, (s. 408-427), (PEKCANITEZ-Aleniyet), s. 409.
- PEKCANITEZ, Hakan; **Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Tahkime İlişkin Hükümleri**, ICC IX. Milletlerarası Tahkim Semineri, 19 Nisan 2011 Ankara, ICC Türkiye Milli Komitesi Yayını, Ankara 2011, (PEKCANITEZ-Tahkim).
- SARISÖZEN, M. Serhat; **Medeni Usul Hukukunda Hakem Yargılaması**, Kazancı, 2005.
- SÜRAL, Ceyda; **Hakem Kararlarının İcrası Ve İptal Davası**,Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 16, Özel Sayı(Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan), 2014, (s.1377-1411).
- TAŞKIN, Alim; **Hakem Sözleşmesi**, Ankara 2005.
- TAŞPINAR-AYVAZ, Sema;**Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun (HMK) Zaman Bakımından Uygulanması**, Ankara 2013.
- UMAR, Bilge; **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, Yetkin Yayınları, Ankara 2011.
- VURALOĞLU, Mehmet Oğuz; “**HMK’nun Tahkim Hakkındaki Hükümleri**” YÜHFD, Prof.Dr. Erhan ADAL’a Armağan, C.VIII, Sa.2, 2011.
- WATERSTRAAT, Daniel; **ALI/UNIDROIT Principles and Rules of Transnational Civil Procedure**, Nomos.
- YAVAŞ, Murat; **Medeni Usul Hukukunda Temyiz**, Seçkin Yayınları, İstanbul 2015
- YEĞENGİL, Rasih; **Tahkim (L’arbitrage)**, İstanbul 1974.
- YEŞİLIRMAK, Ali; **Türkiye’de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri**, 2011.
- YOKUŞ-SEVÜK, Handan: **Adil Yargılanma Kapsamında Ceza Yargılamasında Aleniyet İlkesi**, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, İstanbul 2004 (s. 747-764).
- YILDIRIM, Fikret; **Ticari Sır Bakımından Aleniyet İlkesi**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, MÜSBE, İstanbul 2015.
- YILDIRIM, Mehmet Kamil; **Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi**, İstanbul 1990.
- YILMAZ, Ejder; **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, Ankara 2013.

MEDENİ YARGILAMA HUKUKUNDA HAKİMİN ROLÜ

(The Role of The Judge in Civil Proceeding)

Prof. Dr. M. Kamil YILDIRIM*

ÖZET

Medeni yargılama hukukunda klasik ilkeler liberal dünya görüşüne dayanmaktadır. Günümüzde medeni yargılamanın işlevi anayasa hukuku kaynaklı adaleti temin talebi ile açıklanmaktadır. Modern usul hukuklarında yargılamanın hızlandırılması amacıyla da hakimin etkinliğini artıran hükümler getirilmiştir. Davada tarafların rolü ve yargılamanın hızlandırılması bir gerilim ilişkisi içerisinde. Çalışmada usul ilkeleri bu açıdan ele alınmaktadır..

Anahtar kelimeler: Adaleti temin talebi, Çelişmeli sistem, Tasarruf ilkesi, Taraf-larca getirilme ilkesi, Resen hareket ilkesi, Resen araştırma ilkesi, Hâkimin rolü, Tarafların hâkimle işbirliği ilkesi, Hakimin aydınlatma ödevi.

Abstract

The classical principles of civil justice law rely on liberal opinion. The function of civil procedure law is explained through protecting human rights and access to justice. In modern civil law proceedings, for the purpose of speeding up the proceedings, the provisions allowing the intervention of the judge at the trial have been established. In the trial it is a tension between the role of the parties in the trial and the acceleration of the procedure. In this study the procedural principles in this framework were examined.

Keywords: Protecting human rights and access to justice, Adversarial system, Case management, The principle of disposition-Party control over the scope and nature of the proceedings, Ex-officio action principal, Division of responsibility for assertion and proof of facts between parties and court, The principal of co-operation with the judge, The judge's responsibility to give hints and feedback.

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı Başkanı.

I. Usul İlkeleri Hakkında Genel Olarak

Medeni yargılamaya hakim olan ilkeler, medeni yargılama hukukunun özünü oluşturmaktadır.

Medeni yargılamada ilkeler ile irtibatlı olan medeni yargılamada hâkimin rolü, daha önce Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesinde “İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku Konferansları”¹ kapsamında, Alman Hukukçu Prof. Dr. Eberhard Schilken tarafından 1.4.1999 tarihinde tebliğ olarak sunulmuştur. Konu daha sonra Türk literatüründe bir kısım monografik çalışmalarda da ele alınmıştır. Bilindiği üzere, İsviçrenin Nöşatel Kantonu’nun 7 Nisan 1925 tarihli Medeni Usul Kanunundan iktibas edilen 4 Temmuz 1927 tarih ve 1086 sayılı Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu (HUMK) 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (yürürlük tarihi:1 Ekim 2011) ile ilga edilmiştir.

Bu çalışmamızda mukayeseli hukuk ışığında 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) çerçevesinde hâkimin rolü üzerinde durulacaktır.

Medeni usul ilkeleri kural olarak bir hukuk yargılamasında usuli sorunları düzenlemektedir². Bu ilkeler medeni yargılamanın en önemli normatif kurallarıdır³.

Medeni yargılamada klasik rol ve ödev dağılımı ilk kez 12. yüzyılda İtalyan hukukçular tarafından geliştirilmiş ve böylece taraflarca getirilme ilkesinin temelleri atılmıştır⁴.

Usul ilkeleri hakim ve taraflar arasındaki ödevleri paylaştırmakla birbirlerine karşı durmaktadırlar⁵. İsviçre’de bunlar zıt eşler olarak anılmaktadır⁶.

Klasik yargılama ilkeleri tasarruf ilkesi, resen hareket ilkesi, taraflarca getirilme ilkesi ve resen araştırma ilkesidir⁷.

¹ İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku, 8. Baskı, İstanbul 2016, s. 39-60 (tebliğin Almanca nüshası: Die Rolle des Richters im Zivilprozess, In: Zivilprozessrecht im Lichte der Maximen, Hrsg. M.Kamil Yıldırım, İstanbul 2001, S.36 ff.)

² Sutter-Somm, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2007, Rdnr.264; KuKo ZPO-Oberhammer, vor Art.52-58, Rdnr. 1 ff.; Schilken, Zivilprozessrecht, 7. Auflage, München 2014, Rdnr. 338.

³ Spühler/Dolge/Gehri, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Bern 2010, 5. Kapitel Rdnr.1

⁴ Lienhard, A., Die materielle Prozessleitung der schweizerischen Zivilprozessordnung, 2013, S.13. Verhandlungsmaxime kavramı Doktrinde Gönner’in 1804 tarihli “Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses” (2. Aufl.) eserine dayandırılmaktadır.

⁵ Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht, 7.Aufl. (2010) Rdnr.400.

⁶ Berti, Einführung schweizerische Zivilprozessordnung, 2011, Rdnr.307. Verhandlungsgrundsatz- Untersuchungsgrundsatz (Art. 55), Dispositionsgrundsatz - Offizialgrundsatz (Art. 58).

⁷ Sutter-Somm, (dn.2) Rdnr.266. Sözlülük ilkesi için de bkz: Leipold, Verfahrensbeschleunigung und Prozessmaximen, FS Fasching (1988) S.329 ff, 332.

Mukayeseli hukukta ilkeler tanınmaktadır⁸ ancak bunların sınırları değişiktir ve tartışmalıdır.

Hakim ve tarafların gücünün dengelenmesi çok önemlidir⁹.

HMK'nın tasarı dönemi ile ilgili olarak şu bilgi verilebilir: İlkeler bakımından HMK tasarısında medeni usul hukukunun amacı ve bu alanın sosyal karakteri yeterince değerlendirilmemiştir, keza bu alandaki gelişmeler yeterince dikkate alınmamıştır ve yargılamanın hızlandırılması dışında bir gelişmeye gereken önem atfedilmemiştir¹⁰.

İsviçre'de Kantonal Usul Kanunları için geleneksel bir unsur teşkil eden kanuni katalog, 1086 sayılı HUMK'da "iki tarafın hak ve vazifeleri" başlığı altında yer almış iken, buradaki ilkeler bu kez 6100 sayılı HMK'da "yargılamaya hakim ilkeler" başlığı altında ve madde başlıklarıyla düzenlenmiştir (m.24-33). Sadece doğruluk ödevi HMK da yeni bir madde olarak düzenlenmiştir (m.29).

Bu hale göre, HMK'daki ilkeler katalogu eksik kalmıştır, teksif ilkesi (m.141), delillerin serbestçe değerlendirilmesi (m.198), ispat hakkı (m.189) ve doğrudanlık ilkesi ilkeler arasında sayılmamıştır¹¹.

⁸ Bkz. D. Leipold, (dn.7) S. 330. Usuli ilkelerin değeri için bkz. Baur, vom Wert oder Unwert der Prozessrechtsgrundsätze, in Carnacini FS I (1984) S.27 ve Stürner, Prinzipien der Einzelzwangsvollstreckung, ZZP 99 (1986) S.291 f..

⁹ F. Baur, Parteirechte und Richterpflichten im modernen Zivilprozess –Wandlungen und Erfahrungen, FS Kralik, Wien 1986, S.75-82.; R.Stürner, Schweizerischer Zivilprozess und europäischer Prozesskultur, GS. Arens, 1993, S.399 ff., 407.

¹⁰ Aynı görüşte: Alangoya/Yıldırım/Deren- Yıldırım, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Öneriler, İstanbul 2006, S.32-35, 79 ff.; Deren-Yıldırım, Nevhis, Das neue türkische Zivilprozessgesetz, Informationsbrief der Deutsch-Türkischen Juristenvereinigung Jhrg.21, Nr.2/2012, S.3-14.

İktibasın gelişimi için bkz.: Deren- Yıldırım, Nevhis, Ein allgemeiner Überblick über das türkische Recht, in: Waseda Proceedings of Comparative Law, Volume, 7 January-December 2004, Institute of Comparative Law Waseda University, S.59-70, ve in: Zivilverfahrensrechtliche Probleme des 21. Jahrhunderts, Hrsg.: Schilken/Deren-Yıldırım/Yıldırım, 2006 Remscheid, S.157-168.

Yıldırım, Kamil, Ein allgemeiner Überblick über den türkischen Zivilprozeß; in: Waseda Proceedings of Comparative Law, Volume 7, January-December 2004, S. 71-90.

Özkaya-Ferendeci, Ö., Ein allgemeiner Überblick über die Reformierung der türkischen Zivilprozessordnung, ZZPInt 16 (2011), S.295 ff.

¹¹ İsviçre'de de ilkelere dair katalog eksiktir, kantonal kanunlardan federal kanuna geçişte yaratıcı hükümler görülmemektedir bkz KuKo ZPO-Oberhammer, (dn. 2) vor Art.52-58, Rdnr.2,3. Mahkemenin aktifliği anlamında davanın sevkı hakkındaki usulü işlemler için bkz. Art.124 I ve II Rdnr. 3.

İsviçre Medeni Usul Kanununda (Die schweizerische ZPO) Yargılama ilkeleri sırasıyla: Handeln nach Treu und Glauben (Art. 52), Rechtliches Gehör (Art. 53), Öffentlichkeit des Verfahrens (Art. 54), Verhandlungs-und Untersuchungsgrundsatz (Art. 55), Gerichtliche Fragepflicht (Art. 56), Rechtsanwendung von Amtes wegen (Art. 57), Dispositions-und Offizialgrundsatz (Art. 58)'dan ibarettir.

İlkeler işlevleri açısından farklıdır ve kendi aralarında gruplara ayrılabilir, bazı ilkeler taraflar için ödevler getirmektedir (doğruluk ödevi, teksif ilkesi), diğerleri ise taraflara haklar vermekte ve aynı zamanda mahkemeye ödevler yüklemektedir. Bunlar hukuki dinlenme hakkı, aleniyet ilkesi, hakimin araştırma ödevi, mahkemenin soru sorma ve işaret etme ödevi, hakimin hukuku resen uygulaması¹².

Bazı ilkeler mahkemenin takdir hakkını kullanmasında önemli rol oynamaktadır. Bu açıdan her bir ilke farklı bir düzenleme getirmektedir. İlkeler mahkemeye takdir alanını somutlaştırmada genel esasları vermektedir: doğruluk ödevinin uygulanmasında, hukuki dinlenme hakkında, resen araştırma ilkesinde, soru sorma işaret etme ödevinde, hakimin hukuku resen uygulamasında, tasarruf ilkesinde ve resen hareket etme ilkesinde¹³.

Mahkemelerin serbest bir takdir alanına sahip olması, davanın yönetilmesi bakımından büyük öneme sahiptir. Hukuk tarihi ve mukayeseli doktrin ortaya koymaktadır ki, hakimin işlemlerini, tasarruflarını tam ve detaylı olarak düzenlemek mümkün olamamıştır¹⁴.

Mukayeseli hukukda ilkelerin gruplandırılmasında bazı kriterler ortaya çıkmaktadır. Hakim ve taraflar arasında ödev dağılımı içeren ilkeler; Adil yargılanma bakımından önem taşıyan ilkeler ve usuli işlemleri düzenleyen ilkeler gruplandırması yapılmaktadır¹⁵.

Avusturya'da ilkeler iki ana grupta ele alınmaktadır. Birinci grupta, medeni yargılamada işbirliği ilkeleri (tasarruf ilkesi ve yumuşatılmış resen araştırma ilkesi); İkinci grupta, adil yargılanmanın usuli ilkeleri yer almaktadır. İkinci grupta sözlülük, doğrudanlık ve aleniyet ilkeleri yanı sıra yargılamanın hızlandırılması ilkesi ve tarafların dinlenmesi ilkesi bulunmaktadır¹⁶.

Almanya'da spesifik usuli ilkeler (tasarruf, taraflarca getirme, sözlülük ve doğrudanlık ilkesi) ile mahkeme teşkilatı hukukuna ilişkin ilkeler (alenilik, yoğunlaştırma ilkesi, delillerin serbestçe değerlendirme ilkesi) ve usuli temel haklar (hukuki dinlenme hakkı, tabii hakim ilkesi, adaleti temin (Justizgewährung), adil yargılanma, usuli silahların eşitliği ilkesi)¹⁷.

¹² KuKo ZPO-Oberhammer, (dn. 2) vor Art.52-58, Rdnr.8.

¹³ KuKo ZPO-Oberhammer, (dn. 2) vor Art.52-58, Rdnr.9.

¹⁴ KuKo ZPO-Oberhammer, (dn. 2) vor Art.52-58, Rdnr.1-9.

¹⁵ Spühler/ Dolge/ Gehri, (dn. 3) 5. Kapitel S.89.

¹⁶ Rechberger/Simotta, (dn. 5) Rdnr.399 ff.; Rechberger, Die Verfahrenskonzentration im österreichischen Zivilprozess, in: Yıldırım (Hrsg), Zivilprozessrecht im Lichte der Maximen (2001) S.1-14. Bu makalenin Türkçe çevirisi için bkz. Avusturya Medeni Yargılamasında Yargılamanın Hızlandırılması, İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku, 8. Baskı, s. 1-16.

¹⁷ Meller-Hannich, Zivilprozessrecht Erkenntnisverfahren, 2011, Rdnr. 49-128.

Yargılama ilkeleri bir hukuk davasında yargılama ile ilgili soruları esaslı biçimde düzenler. İlkeler düzenli ve adil yargılama süreci için garantördür ve geniş anlamda hukuki güvenlik ve hukuki barışa hizmet eder. Kısaca, ilkeler kim ne zaman, nasıl davranmak zorundadır?” sorusuna cevap vermektedir¹⁸.

İlkeler çoğu zaman saf haliyle ortaya çıkmazlar az ya da çok sınırlanmış biçimde görünürler¹⁹.

İsviçre’de dört klasik ilke şu şekilde söz konusu olabilir: tasarruf ve taraflarca getirilme ilkesinin geçerli olduğu bir davada, eğer bu dava sosyal bir yargılama ise, resen araştırma ilkesi ile hayat olayı araştırılacaktır; davacının maddi hukuka göre seçim hakkına sahip olduğu bir davada (Türk Borçlar Kanunu m.227) hakim davacının seçimlik hakkını satış bedelinin indirilmesi veya eğer tahvilin şartları yoksa tamir olarak değerlendirebilir. Böylece dilekçelerle bağlılık ve tasarruf ilkesi esasları delinmiş olur ve hakim resen hareket eder²⁰.

II. Tasarruf ilkesi ve resen hareket ilkesi

Tasarruf ilkesi doğrudan yargılama ve dava konusunun etkilenmesine ilişkindir. Tasarruf ilkesi ve taraflarca getirilme ilkesi maddi hukuktaki irade serbestisi prensibinin medeni yargılamadaki temel yansımalarıdır; bu iki ilke medeni yargılama hukukunu tamamlamaktadır²¹.

Maddi hukuk ferdileştirmeyi sağlamaktadır ve bireylerin hak ve yükümlülüklerini dermeyeran etmelerini öngörmektedir. Mahkeme kendiliğinden bir davayı açamaz. Bu husus mukayeseli hukuk dogmatğinde “davacının olmadığı yerde hâkim yoktur” olarak vurgulanmıştır. Yargılama sadece bir dava dilekçesiyle açılabilir (HMK m. 24 HUMK m.72). Dava konusunu sadece davacı belirleyebilir (HMK m. 26, HUMK m.74, dilekçelere bağlılık bakımından istisnalar için bkz. Türk Medeni Kanunu m.170 III ve HUMK m. 578 II), feragat, kabul, sulh, davanın geri alınması, kanun yollarından feragat.

Dilekçelere bağlılık tasarruf ilkesinin bir uzantısıdır, ancak eski HUMK da doğru bir şekilde ayrı bir müstakil ilke olarak düzenlenmemiştir. Şimdi yeni kanun HMK m.26 bunu müstakil bir ilke olarak düzenlemiştir. Dilekçelere bağlılık tasarruf ilkesinin olumsuz yönü olarak tanımlanmaktadır²².

¹⁸ Bkz. Sutter-Somm, (dn. 2) Rdnr.264-266.

¹⁹ Bkz. Sutter-Somm, (dn. 2) Rdnr.270; Baur, (dn. 9) S.80-81; Rechberger/Simotta, (dn. 5) Rdnr. 400; Fucik in: Rechberger, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 3. Aufl., 2006, vor § 171 Rz 1.

²⁰ Bkz. Sutter-Somm, (dn.2) Rdnr.336 altındaki şema; C.Yavuz, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 9. Bası, 2014, s.139 vd, 144 vd.

²¹ Schilken, (dn.1) Giriş; Schilken, ZPR (dn.2) Rdnr. 339; Jauernig, Zivilprozessrecht, 29. Aufl. 2007, § 24 I; ayrıca bkz. von Arx, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/ Leuenberger, ZPO, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013, Art.55 Rdnr.1-2.

²² Rechberger/Simotta,(dn. 5) Rdnr.402.

Resen hareket ilkesi ise, hâkimin dilekçe olmaksızın görev yapmasını ve karar vermesini düzenler (örneğin Kadastro Kanunu m.28 ve HUMK m.576 II)

Türk hukukunda istisnaen, kamu düzeni ile ilgili olduğunda savcının da bir dava açabilmesine izin verilmiştir: örnek olarak Türk MK. M.146 verilebilir, buna göre savcı evliliğin butlanını dava edebilir, ayrıca m.294)

Bu örneklerde hâkim kendiliğinden değil, savcının dilekçesi üzerine faaliyette bulunur.

Bazı yazarlar bu sebepten hareketle, Türk hukukunda resen hareket ilkesinin olmadığını iddia etmektedirler²³.

Türk hukukuna kaynak olan İsviçre hukukunda, tasarruf ilkesinin istisnası olarak resen hareket ilkesini düzenleyen normlar tek tek zikredilmiştir²⁴.

Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin 30.9.2013 tarih ve 12873-17439 nolu kararına göre hakim taraf dilekçeleri ile bağlıdır. (HMK m. 26).

“Davalı Kıyı Emniyet Genel Müdürlüğü’nün aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-) 6100 Sayılı H.M.K.’un 25. maddesi uyarınca, “kanunda öngörülen istisnalar dışında hakim iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz”. Kısaca maddi vakıayla bağlı kalınmalıdır.

Davacı taraf dava dilekçesinde açıkça davalı işyerinde 16.00-24.00 saatleri arasında çalıştığını belirterek fazla mesai ücret alacağı isteminde bulunmuştur. Hükme esas bilirkşi raporunda davacının bağlayıcı olan bu maddi vakıası dışına çıkılarak, davacının haftanın 6 günü 07.30-21.00 arası çalıştığı ve haftada 18 saat fazla mesai yaptığı kabul edilerek fazla mesai ücret alacağı hesaplanmıştır. Mahkemece davacının maddi vakıa olarak bildirdiği 16.00-24.00 saatleri arasındaki çalışma saatleri esas alınarak var ise davacının fazla mesai ücret alacağının hesaplanması gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.”

III. Taraflarca getirilme ilkesi ve resen araştırma ilkesi

Bu ilkeler tahkikatla ilgilidir. Eğer bu konuda tarafların ödevi varsa, taraflarca getirme ilkesi geçerlidir, eğer hakim hayat olayını kendisi araştırmaya yetkili ise resen araştırma ilkesi sözkonusudur.

²³ Kuru/Aslan/Yılmaz, Medeni Usul Hukuku, 24. Bası, 2013, S.337 vd.; Pekcanitez/ Atalay/Özkes, Medeni Usul Hukuku,14. Bası., 2013, S.357; V.Karaaslan, Hakimın Davayı Aydınlatma Ödevi, 2013, S.89.

²⁴ İstisnalar için bkz: Sutter-Somm, (dn.2), Rdnr.286-295; Sutter-Somm/ von Arx, (dn.21) Art.58 Rdnr.23-33; KuKo ZPO-Oberhammer, (dn.2) Art.52 Rdnr.7-9.

Mukayeseli hukuk sistemlerinde taraflarca getirilme ilkesi pek çok kurum tarafından sınırlandırılmış ve duruma göre yumuşatılmıştır. Taraflarca getirilme ilkesi soru sorma ve işaret etme hakkı ile karşılıklı durmaktadır. Bunlar taraflarca getirilme ilkesini gevşetmektedir. Böylece hatalar önlenmekte ve adil bir yargılanma garanti edilmektedir²⁵. İsviçre de hâkimin soru sorma ödevinin bir hak mı yoksa bir ödev mi olduğu tartışılmaktadır, bu tartışma hukuk politikasının meselesidir²⁶.

Eski Yunan ve Romada hakim tahkikatta serbestti ve hiçbir hükümle bağlı değildi²⁷. Maddi anlamda sevk yetkisi gelişmesini 18. yüzyılda göstermiştir. Prusya Kanununda (In der Preussischen Allgemeinen Gerichtsordnung vom 1793) hakimin rolü o kadar kuvvetlendirilmişti ki, resen araştırma ilkesinin geçerliliğinden söz edilebilmekteydi. Medeni yargılamada aktif hakim modeli 18. yüzyılda geçerli olan mutlakiyetin bir dışı vurumu idi. Resen araştırma ilkesinin egemenliğini taraflarca getirilme ilkesi takip etmiştir. Bunun ardında 19. yüzyılda öne çıkan, liberal devlet anlayışının uzantısı olan mülkiyet hakkı ve sözleşme özgürlüğü yatmaktadır. Mutlakiyetin yerini 19. yüzyılda liberalizm ve özellikle kapitalizm almıştır. Nevar ki sosyal problemler ortadan kaldırılamamıştır. 1895 tarihli Avusturya medeni usul kanununun mimarı Franz Klein taraflarca getirilme ilkesinin geçerliliğine karşı eleştiride bulunmuştur. Bu eleştirinin, Alman kanun koyucu tarafından da az ya da çok dikkate alınmış olması ilginçtir. 1976 tarihli basitleştirme kanununun ve bu değişikliği takip eden yeni düzenlemeler Franz Klein'in sosyal devlet düşüncesini temel almaktadır. 19. Yüzyıl sonlarında liberalizmin gelişmesiyle ve sosyal anlayışın güçlenmesiyle taraf iradesinin güçlü hali giderek daha fazla eleştirilmiştir.

Taraflarca getirilme ilkesi yeni Medeni Usul Kanunu olan HMK m.25'te düzenlenmiştir (eski HUMK m.75).

“(1) Kanunda öngörülen istisnalar dışında, hâkim, iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamaz.

(2) Kanunla belirtilen durumlar dışında, hâkim, kendiliğinden delil toplayamaz.”

Doktrinde Deren-Yıldırım'a²⁸ göre, Mahkemeye vakia ve delilleri sunmak taraf-

²⁵ Bkz: Sutter-Somm, (dn.2), Rdnr.284-285; Sutter-Somm/von Arx, (dn.21) Art.55 Rdnr. 48-51.

²⁶ Türk hukukunda tasarruf ilkesi ve resen hareket etme ilkesi ilişkisi için bkz. N.Meriç, Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi, 2011, S.55-61.

²⁷ Bu tarihsel temeller için bkz.: Lienhard, (dn.4) S.13 ff ; Ayrıca bkz. Becker-Eberhard, Grundlagen und Grenzen des Verhandlungsgrundsatzes, in Yıldırım (hrsg), Zivilprozessrecht im Lichte der Maximen (2001) S.18 f., bu makalenin Türkçe çevirisi için bkz. Dava Malzemesinin Taraflarca Getirilmesi İlkesinin Esasları ve Sınırları, İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku, 8. Baskı, 2016, s. 19 vd.; Deren- Yıldırım, Die Kooperationsmaxime und ihre ideologischen Aspekte, FS Rechberger, 2005, S.103 ff.

²⁸ Deren- Yıldırım, Nevhis, Das neue türkische Zivilprozessgesetz, (dn.10) , S.6.

ların ödevidir. Yeni Türk Kanun koyucu hakim maddi anlamda davayı yürütülmesi konusunda İsviçre medeni usul kanununun kuvvetli etkisi altında kalmıştır. İsviçre doktrininde nisbi adaletten söz edilmektedir. Ancak nispi adalet fikri pasif hakime yol açmaktadır. Hakimin aydınlatma ödevi hakkındaki eski HUMK m.75 f.II ve özellikle f.III ile yeni HMK'nun m.25 f.II, HMK m.31 karşılaştırıldığında hakimin, deliller üzerindeki yetkisinin ciddi şekilde sınırlandığı görülmektedir.

“Taraflarca getirilmemiş hususlar mahkeme için yok hükmündedir” (quod non est in actis, no est in mundo) kuralının uygulanması maddi hakikatın bulunması yolunu tıkamaktadır. HMK m.31'e göre aydınlatma ödevi belirsiz ve çelişkili hususların düzeltilmesine hizmet eder, bu çerçevede istenen açıklamalar, yöneltilen sorular ve delil düzenlemeleri geçerlidir.

Taraflarca getirilme ilkesi geçerli ise İsviçre'de Art 55 f.I e göre taraflar taleplerini destekleyen vakıalarını ortaya koymalıdır (iddia ve vakıalandırma yükü, özellikle itiraz etme yükü) ve delilleri ortaya koymalıdır özellikle ilgili delil dilekçelerini sunmalıdır²⁹. Tarafların bu usuli yükleri somut olayda nasıl yerine getireceği konusu İsviçre MUK'nu Art 55 te cevaplanmış değildir³⁰.

Taraflarca getirilme ilkesi bakımından gerek kanunda gerek teoride belirli sınırlamalar öngörülmektedir³¹.

Kurumsal olarak belirli aile hukuku ihtilaflarında genel olarak resen araştırma ilkesi öngörülmüştür³².

Diğer istisnalar şunlardır:

Mahkemece bilinen hususlar (§ 291 dZPO), vakıaların ikrarı (§ 288 dZPO), ancak bunların gerçek olmadığı aşıkarsa taraflarca getirme ilkesi geçerli değildir³³.

Tarafların doğruluk ödevi de taraflarca getirilme ilkesini sınırlamaktadır (HMK m. 29; Alman Hukukunda §138 ZPO; İsviçre'de Art. 52). Doğruluk ödevine riayet edilmemesi halinde hâkim bu vakıayı dikkate almayabilir (HMK m. 29 gerekçesi). Sınırlamalardan biri de hâkimin soru sorma ve işaret etme ödevidir. (§ 139/I dZPO)³⁴.

²⁹ Sutter- Somm/von Arx, (dn.20) Art 55 Rdnr.11.

³⁰ Bu yönde: D.Glasl, in: Brunner/Gasser/Schwander, Schweizerische ZPO, 2011, (DİKE komm. ZPO) Art. 55, N.6, 21 ff.

³¹ Schilken, (dn.1) S.49-53; Becker-Eberhard, (dn. 26) S.20-26, 28-30; Türk Hukuku için Alangoya/ Yıldırım/ Deren- Yıldırım, Medeni Usul Hukuku Esasları, 8. Bası, İstanbul 2010, S. 283 vd.

³² Meller-Hannich, (dn.17), Rdnr. 86.

³³ İsviçre'de Art. 153/II ZPO, Sutter-Somm/ von Arx, (dn.21) Art.55 Rdnr. 57.

³⁴ İsviçre için bkz. Art.55 und 56, 247/I ZPO; Sutter-Somm/ von Arx, (dn.21), Art.55 Rdnr. 48-51.

Taraf hâkimiyeti ve davayı teşvik edici sevk yetkisi bir gerilim ilişkisi içerisinde-
dir ki, böylece taraflarca getirilme ilkesi sınırlandırılmaktadır (§§ 272,273/I,296/I-
II,282 dZPO).

İsviçre de taraflarca getirilme ilkesi aşağıdaki kurumlar vasıtasıyla sınırlandırılmaktadır:

İhtilafsız ve ikrar edilmiş vakıalar, meşhur vakıalar, genel tecrübe kuralları, fiili karineler, mahkemenin işaret etme ve aydınlatma ödevi³⁵.

Yeni HMK da taraflarca getirilme ilkesi ile ilgili çeşitli normlar bulunmaktadır. Buna ilişkin bir örnek, taraf kendine elverişli bir hukuk normunun unsurunu içeren vakıaları ispat yükü taşımaktadır (HMK m. 190 /1). Taraflarca veya temsilcileri tarafından ikrar edilmiş vakıalar ihtilaflı olmaktan çıkar ve ispatlanmak zorunda değildir (HMK m.188/1). Vakıaların delillerle somutlaştırılması taraflarca yerine getirilir (HMK m.194/1). Mahkeme taraflarca ileri sürülmüş delilleri inceleyebilir (HMK m.25/2: kanunla belirtilen durumlar dışında, hakim, kendiliğinden delil toplayamaz). Hakim resen sadece bilirkişi ve keşif deliline başvurabilir, eğer dosyadan anlaşıyorsa ve bir vakıa ile irtibatlı ise şahit de dinleyebilir³⁶.

Alman hukukunda deliller şahit delil dışında mahkeme tarafından resen ikame olunabilir³⁷.

Avusturya'da geçerli olan esas, yumuşatılmış araştırma ilkesi ve işbirliği ilkesidir (ein abgeschwächter Untersuchungsgrundsatz und die Kooperationsmaxime) ³⁸. Avusturya'da hakim şahit delile dahi resen başvurabilir, ne var ki taraflar senet ve şahit delilinin kullanılmayacağını kararlaştırmışlar ise, artık hakim şahit delile resen başvuramaz³⁹.

İsviçre de resen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda, Art. 153/1 hakime delilleri resen araştırmasına izin vermektedir. Fıkra 2, eğer davacının ileri sürdüğü vakıalara karşı hasmı itiraz etmez ise, bu durumda giyap kurumu devreye girecektir ve hakim şüphe halinde hayat olayının doğruluğu amacıyla resen delile başvurabilir.

Taraflar hem vakıaları hem de delilleri mahkeme önüne getirmek zorundadır.

³⁵ Sutter-Somm/ von Arx, (dn.21), Art.55 Rdnr. 36-51; Glasl, DIKE Komm. (dn.30), Art.55 Rdnr.32.

³⁶ Yargıtay 4. HD 26.5.2003 tarih ve 2424- 6935 (Kazancı İctihat Bankası)

³⁷ Schilken, (dn.2) Rdnr. 350, 356, H.J. Ahrens, in Wieczorek/Schütze, ZPO Grosskommentar, 3.Aufl., 2009, § 284 ZPO Rdnr. 9.

³⁸ Rechberger, Die Verfahrenskonzentration im österreichischen Zivilprozess, in: Yıldırım (hrsg), Zivilprozessrecht im Lichte der Maximen (2001), S.5 karşı. § 183 I Z.4 öZPO; Deren- Yıldırım, (dn.27) S. 107 ff.

³⁹ Deren- Yıldırım, (dn.27) S.107 ve orada dn.38 de anılan Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht, 6. Aufl. Rz. 270 f.; 7. Aufl. No.404.

Böylece taraflar ihtilaflı hususları belirlemiş olurlar ve delilleri getirme ödevi de kendilerine düşer.

Buna mukabil Alman Medeni Usul Kanunu vakıalar yönünden taraflarca getirilme ilkesini çok sınırlamıştır. İkrar olunan ve herkesçe bilinen vakıaların ispatlanmasına gerek yoktur. (ZPO §§ 288,291)⁴⁰.

İsviçre’de Art. 160 üçüncü kişilere ve taraflara delilleri getirme ödevini düzenlemektedir. Alman hukukunda tarafın aydınlatma ödevi olup olmadığı tartışmalıdır⁴¹. Bu bağlamda Roma hukukundan gelen “kimse kendi aleyhine delil getirmek zorunda değildir” (Nemo contra se edere tenetur). İlkesi usul hukukunda geçerlidir. Bu ilke günümüzde senetlerin ibrazı ile gerilim ilişkisi içindedir⁴².

Türk hukukunda cevap dilekçesi verilmemesi –mukayeseli hukuk sisteminden farklı olarak- davacı tarafından ileri sürülmüş vakıaların inkârı olarak anlaşılmaktadır. Bu durumda davacı kendi iddialarını ispat yükü taşımaktadır (HMK.m.128).

HUMK m.326 genel ibraz yükümlülüğünü düzenlemektedir. Bu yeni kanun HMK m.219’a tekabül etmektedir. Bu ödev tarafların aydınlatma ödevini genişletmekte ve maddi hukukla bağıını zayıflatmaktadır⁴³.

Mukayeseli hukuktaki tarafların açıklama ödevi, doğruluk ödevi (Almanya’da §138 dZPO) bağlamındaki açıklamalar Türk hukukuna doğrudan uygulanamamaktadır. Almanya’da §138 III davacının dermeyan ettiği vakıaları şüpheli hale getirmeyen davalıya ait bir görev olduğu, aksi taktirde, sözkonusu vakıaları ikrar edilmiş sayılacağı düzenlenmiştir⁴⁴. Açıkça inkar edilmeyen vakıalar, eğer tarafın diğer açıklamalarından buna itiraz etme kastı tespit edilemiyorsa ikrar edilmiş sayılır. Türk Hukukunda ise davalının dava dilekçesine karşı sessiz kalması inkâr anlamına gelmektedir (HMK m. 128).

Taraflarca getirilme ilkesi, kanunun hayat olayının tespitini resen yapılmasını öngördüğü hallerde uygulanmaz⁴⁵.

Resen araştırma ilkesi taraflarca getirme ilkesinin karşıtıdır⁴⁶.

⁴⁰ Schilken, (dn.1), S.54-55.

⁴¹ Stürner, R., Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, Tübingen 1976; ayrıca bkz. Gottwald, P., Aufklärung über die Aufklärungspflicht der Parteien, FS Stürner, 2013, S.301 ff.; Ahrens, (dn.37) vor § 284 Rdnr.10 ff.

⁴² Bkz. Adloff, D., Vorlagepflichten und Beweisvereitelung im deutschen und französischen Zivilprozess, Tübingen 2007,S.53 ff.; Türk hukukunun eski ve yeni durumu için bkz. Erdönmez, Medeni Usul Hukukunda Belgelerin İbrarı Mecburiyeti, 2010, S.25 vd.

⁴³ Erdönmez, (dn.42) S.484.

⁴⁴ Schilken dn. 1’de Türkçe metni, sh. 52-54; Becker-Eberhard (dn. 27) s. 26-30.

⁴⁵ Glasl. DİKE Komm., (dn.30) Art 55, Rdnr.33.

⁴⁶ Sutter-Somm/von Arx, (dn.21) Art 55, Rdnr.59.

Hayat olayının açıklanmasında hakimin elinde bu iki ilke birer alet gibidir, hakim bunlardan birini ya da diğerini kullanmaktadır.

Resen hareket etme ilkesi (Offizialmaxime) gibi resen araştırma ilkesi de (Untersuchungsmaxime) davada hasmına göre daha zayıf olan tarafın korunması temel düşüncesine dayanmaktadır⁴⁷.

Klasik (katı) resen araştırma ilkesi ve sınırlı (sosyal) araştırma ilkesi arasında da ayırım yapılmaktadır⁴⁸.

IV. Yargılamanın Hakim Tarafından Yönetmesi, Yürütülmesi

HMK m.32 davanın yürütülmesini düzenlemektedir, bu şekli anlamda davanın yürütülmesidir. Şekli anlamda davanın yürütülmesi, mahkemenin dışa vurulan, dış dünyaya yansıyan, duruşma günlerinin tayini ve duruşmalara davet gibi örnekendirilebilecek hususlarda işlemlerini kapsamaktadır. Bazı maddi anlamda yargılama işlemleri de dış dünyada fark edilebilir eğer bir tarafın takdim ettiği şeyler yetersiz ise, hakim soru sorma hakkını yazılı olarak kullanır ve tarafın belli bir süre içinde yazılı cevap vermesini isteyebilir. Ancak diğer durumlarda maddi anlamda yürütme yetkisi yargılamanın deruni şekilde yönetimi ile ilgilidir (die innere Leitung des Prozesses)⁴⁹.

Çoğu zaman şekli ve maddi anlamda yürütme yetkisi kesişmektedir ve bir bütünü meydana getirmektedir⁵⁰. Maddi anlamda davanın yürütülmesi taraflarca getirilme ilkesi çerçevesinde tarafların ikame ettiği vakıaların toplanması ve dava konusu hakkında içerik olarak olaya uygun karar verilmesi anlamına gelmektedir⁵¹. Bu bağlamda hakim maddi anlamda işaret etme ve soru sorma ödevi ile dava konusunun bütünüyle dikkate almalı ve gecikmeden hükmünü kurmalıdır. Taraf usul işlemleri

⁴⁷ BGE 130 II 734 E.2.2.2. sosyal medeni usul karşı. Sutter-Somm, (dn.2) Rdnr.352; Sutter-Somm/von Arx, (dn.21) 55 Rdnr.62.

⁴⁸ Glasl, DİKE Komm, (dn.30) Art 55, Rdnr.36; Sutter-Somm/von Arx, (dn.21) 55 Rdnr. 68 ff. Meier yönlendirici (klasik) araştırma ilkesi ile destekleyici araştırma ilkesi -die "lenkende (klassische) Untersuchungsmaxime" von der "unterstützenden Untersuchungsmaxime" ayırımı yapmaktadır. (Meier, I., Schweizerisches Zivilprozeßrecht, Zürich/Basel/Genf 2010, S.384). İsviçre de avukatla temsil mecburiyeti olmadığından, hakim davayı yönetirken tarafları desteklemelidir.

Bu hakimin soru sorma ödevi üzerinden gerçekleşir (Art.56 ve 247 I schZPO, (Meier, S.393). Verhandlungsmaxime nin aksine kamu yararı hakimin araştırma faaliyetini meşru kılmaktadır (karş.temel açıklamalar olarak KuKo ZPO-Oberhammer (dn.2) Art.55 Rdnr.4-5)

⁴⁹ Lienhard, (dn.4), S.4-5 ve orada İsviçre Hukuku ve formel ve maddi dava yürütülmesi için bkz Schilken, (dn.1), S.44.

⁵⁰ Schilken, (dn.1), S.44 ve orada dn.34'da anılan Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, § 79 I vor I ve II, III.

⁵¹ Schilken, (dn.1), S.44 ve orada in dn.35'de anılan Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, § 79 III.

ve taraflarca getirilme ilkesi ve onun sınırları açısından hakim tarafından davanın yürütülmesi ve hakimin rolü, tasarruf ilkesi ve taraflarca getirilme ilkesi arasında bir gerilim alanı doğurduğundan söz edilmektedir⁵².

İsviçre'de ZPO Art 124 “davanın yürütülmesi” başlığı altında davanın hızla hazırlanmasını ve yönetimini düzenlemektedir. Maddi anlamda sevk yetkisi ise bazı ilkeler (taraflarca getirilme ilkesi, resen araştırma ilkesi ve teksif ilkesi) ve ispat huku-kuyla birlikte düzenlenmiştir. Bir yargılamanın düzeni de dâhildir (Art.128 ZPO)⁵³.

Bir davada teksif ilkesi yeterli ise hakim maddi anlamda sevk yetkisiyle de yetkilendirilmiştir, böylece hakim yargılamanın başında vakıaların getirilmesi önemsiz ve önemli noktalara işaret etmekle görevlidir. İsviçre hukukunda Art 56 soru sorma hakkını, Art 229 teksif ilkesini düzenlemektedir. Maddi anlamda sevk yetkisi kıta avrupası hukukunda 20. yüzyıldaki en önemli kazanımdır, bu ilke aktif hakimi öngörmektedir ki, hakim hayat olayının araştırılmasında önemli bir görev üstlenmektedir. Hukuk politikası düşüncesi olarak, bir hakimin soru sorup soramayacağı veya bir boks maçını sessizce seyreden hakemden (umpire) ibaret olup olmayacağı üzerinde durulmaktadır. Sadece tarafların getirdikleriyle hakimin soru sorması vasıtasıyla konuların tespit edilebileceği düşünülmektedir. Bu sayede yargılama çok efektif olabilir ve karar maddi hakikati tekrar ortaya çıkarmış olabilir⁵⁴.

İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu ilk tasarısında hakimin “hakkı” tartışılmıştır ve bir ödev olarak anlaşılması önerilmiştir. Bu kurumla ilgili geleneksel olarak iki arguman vardır. Birinci argüman 19. yüzyıldan kaynaklanmakta ve kısmen eskimiştir, buna göre pasif hakim liberal hukuk devletinin bir sonucudur. İkinci argüman çok iyi yetişmiş ve bilinçli hakime ihtiyaç olduğunu ifade etmektedir⁵⁵. Hakimin soru sorma hakkı iki temel düşünceye dayanmaktadır: hukuki dinlenme hakkı ve sürpriz kararlardan kaçınılması ve diğer taraftan yargılamanın hızlandırılması ve doğru bir karara ulaşılmasıdır⁵⁶.

Sürpriz karar verme yasağı geçerlidir. Buna göre bir karar tarafların ileri sürmedikleri vakıalara dayanıyorsa böylece hukuki dinlenme hakkı ihlal edilmiştir⁵⁷.

Hakimin soru sorma hakkının kapsamı için doğruluk ödevi kriter teşkil etmektedir. Hakim kendi işaret etme ve soru sorma ödeviyle tarafların doğruyu söyleme

⁵² Schilken, (dn.1), S.45.

⁵³ Sutter-Somm/ A.Staehelin (dn.21) Art.124 Rdnr. 2- 3.

⁵⁴ KuKo Oberhammer, (dn.2) Art.56 no.1.

⁵⁵ KuKo Oberhammer, (dn.2) Art.56 no.2.

⁵⁶ KuKo Oberhammer, (dn.2) Art.56 no.3.

⁵⁷ BGE 130 III 35 E.5f ff.; KuKo Oberhammer, (dn.2) Art.56 no.4 : Das Gericht darf die Parteien mithin nicht “dumm sterben lassen”.

ödevine varmasına ve hayat olayının araştırılmasının mümkün hale gelmesine çaba gösterir, böyle bir durumda hakim taraflara karşı yaklaşmış olur. Eğer taraflar buna dikkat etmezlerse, kayıtsız kalırlarsa mahkeme biraz daha üzerlerine gider ve soru sorma hakkıyla tarafı daha sonraki kötü sonuçlardan korumuş olur. Eğer taraflar itinalı davranmışlarsa, artık mahkemenin fikrinin ne olduğuna herhangi bir şekilde ulaşmış olacaklardır ki, bu durumda hakimin soru sorma, işaret etme ödevine yer yoktur⁵⁸.

İsviçre’de uzun süre üzerinde tartışılmayan bir konu şudur: ne ölçüde ve acaba hakimin soru sorma hakkı hayat olayının araştırılmasına hizmet etmekte midir ve eğer ediyorsa sınırları ne şekilde tespit edilmelidir? Burada dilekçelerin, taraf usul işlemlerinin ve itirazlarının ve resen dikkate alınmayan zamanaşımının bütün eksiklikleri rol oynamaktadır. Eğer taraf kendisinden beklenen özeni yerine getirir ise, bu meyanda karşı tarafın dilekçesindeki eksiklikler, boşluklar da kendini göstermiş olur ki, bu durumda da hakimin soru sorma hakkına yer yoktur⁵⁹.

İsviçre’de diğer bir soru ise, hakimin soru sorma hakkının Art. 229 schw.ZPO’da yer alan teksif ilkesi içinde uygulanabilir olup olmadığıdır.

Yeni malzeme getirme hakkı ve dava değiştirme, ıslah vasıtasıyla değişen durumlara uyum imkânı sağlamaktadır.

Yeni malzeme getirme hakkı ve davanın ıslahı, ıslah ile değişen durumlara uyum sağlama nispi bakımdan mümkün olmaktadır. İsviçre’de Art 56 schw.ZPO uyarınca soru sorma hakkı tüm yargılama boyunca geçerli olmaktadır ve böylece teksif ilkesi ile çatışmaktadır⁶⁰. İsviçre de kanunkoyucu yeni usul kanununda (ZPO) teksif ilkesini fevkalade geniş varyasyonlarla, olasılıklarla düzenlemiştir, bu yüzden her olayda farklı cevaplar ortaya çıkmaktadır⁶¹. Eğer asıl duruşmadan (vor der Hauptverhandlung) evvel (birinci veya ikinci dilekçelerden sonra olması fark etmeksizin) bir tahkikat duruşması yapılırsa, tahkikat duruşmasının (Instruktionsverhandlung) sonuna kadar yeni vakıalar getirilebilir. Eğer asıl duruşmadan evvel sadece dilekçeler teatisi (değiş tokuşu) öngörülmüş ise, taraflar sözlü duruşmada (in der mündlichen Verhandlung) Art 229/ II ZPO uyarınca herhangi bir sınırlama ile karşılaşmaksızın yeni vakıalar getirebilir⁶².

Fransız hukukunda geçerli olan çelişmeli yargılama ilkesine “principe de la contradiction” göre taraflar yargılama devam ettiği sürece diyalog içinde bulunmalıdır.

⁵⁸ KuKo Oberhammer, (dn.2) Art.56 Rdnr.4 ff.; Lienhard, (dn.4) Rdnr. 274-275.

⁵⁹ KuKo Oberhammer, (dn.2) Art.56 Rdnr.7.

⁶⁰ KuKo Oberhammer, (dn.2) Art.56 Rdnr.12; Sutter-Somm/von Arx, (dn.21) Art.56 Rdnr. 36 f.

⁶¹ Lienhard, (dn.4) Rdnr. 206.

⁶² Klingler, Die Eventualmaxime in der Schweizerischen Zivilprozeßordnung, Basel 2010, Rdnr. 642 f.

Sosyal devlet ilkesi hakimi, hakimın açıklama ödevinin çerçevesi içinde bu diyaloga katılmaya zorlamaktadır⁶³.

Türk hukukunda HMK m.31 “Hakimin Aydınlatma Ödevini” düzenler. Bu madde şu düzenlemeyi içerir: “Hakim, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddi ve hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabilir; soru sorabilir; delil gösterilmesini isteyebilir.”

Bu norm kısmen HUMK m.75/II ve III ü karşılamaktadır ve resen delil ikamesini yasaklamaktadır. 1927 yılına ait HUMK ile 1925 tarihli liberal Nöşatel MUK na ait bir düzenleme iktibas olunmuştur. Mukayeseli hukukta liberal anlayış yerini aktif hakime ter etmiştir. Alman ve Avusturya hukuku, düzenlemeleri sayesinde aktif hakimi tanımaktadır.

Bununla birlikte unutulmamalıdır ki, her iki hukuk sistemi de sözlülük ilkesini öne çıkarmakta (Mündlichkeit) ve teksif ilkesini (Eventualmaxime) reddetmektedir⁶⁴.

Türk hukukunda da ilgili normun içeriği alman ve Avusturya hukukuna uygun olarak yeniden düzenlenmelidir. Bu bağlamda kanunda „maddi anlamda sevk yetkisi“ doğru bir başlık olabilir⁶⁵.

Bir madde teklifi olarak Alman hukukunda maddi anlamda sevk yetkisi başlıklı ZPO § 139 önemlidir. ZPO § 139 düzenlemesi şu şekildedir:

“Maddi Bakımdan Yargılamanın Yürütülmesi:

f.I: Mahkeme olayın ve hukuki uyuşmazlığın olgusal ve hukuki boyutlarını gerekli olduğu ölçüde taraflarla birlikte ele almak ve sorular sormak zorundadır. Bu, tarafların zamanında uyuşmazlığın çözümü için önemli vakıaların tamamı hakkında açıklama yapmalarını, özellikle ileri sürülen vakılardaki eksiklikleri tamamlamalarını, delilleri ikame etmelerini ve gerekli talepleri ileri sürmelerini sağlayacaktır.

f.II: Mahkeme, bir tarafın gözden kaçırdığı görülen veya önemsiz saydığı bir bakış açısını, bu, yan bir talepten fazlası ise, ancak taraflara işaret etmesi ve beyanda bulunmalarına fırsat vermesi kaydıyla hükmüne esas alabilir. Mahkeme, her iki taraftan farklı bir hükme vardığında da aynı esas geçerlidir.

⁶³ Namli, Çelişmeli Yargılama İlkesi, 2010, S.88-89 ve orada anılan Guinchard, Quels Principes Directeurs Pour Les Procès de Demain?, Melanges J. Von Compernelle, Bruxelles 2004, S.27; Parodi, L'Esprit General Et Les Innovations Du Nouveau Code De Procedure Civile, Paris 1976, s.46. ayrıca bkz Celikoglu, Avukatın Delil Toplaması, 3.B., 2013, s.301 ve orada anılan Cadiet/Amrani-Mekki, “Civil Procedure” Introduction to French Law, (Ed. Bermann/Picard) Kluwer Law Int., 2008, S.315.

⁶⁴ N. Deren-Yıldırım, (dn 27), S. 103 ff.

⁶⁵ Mütetkip Literatur için bkz: Schilken, (dn.1) S.46 f.

f.III: Mahkeme, re'sen nazar-ı dikkate alınacak hususlar bakımından taşıdığı endişeler hakkında tarafların dikkatini çekmelidir.

f.IV: Bu hükme göre işaret edilecek hususlar, taraflara mümkün olduğu kadar kısa sürede bildirilmeli ve dosyaya geçirilmelidir. Dosya içeriğine karşı ancak, evrakta sah-tekârlığın ispatı ile itiraz edilebilir.

f.V: Tarafın, mahkemece işaret edilen hususlara dair derhal açıklama yapmasının mümkün olmadığı hallerde, dilekçe üzerine yazılı açıklamada bulunması için mahkemece süre verilir.”

Doktrinde bir görüşe göre; Alman ve Avusturya MUK'larındaki taraflarca getirme ilkesine ait düzenlemeler zamanla birbirine yaklaşmıştır; belki artık işbirliği ilkesinin (die Kooperationsmaxime) geçerliliğinden söz edilebilir.

Hakimin gücünün artırılması ve dava malzemesinin toplanmasında birlikte çalışma.

İngiltere'de de 1998 yılındaki usul hukuku reformunda aktif hakimin davayı yönetmesinden yola çıkılmıştır.

Önemli davalarda hakim, taraflarla vakıaları, mahkeme masraflarını vd. konuşma ve alternatif ihtilaf çözüm yollarını teklif etme yetkisi ile donatılmıştır.

Fransa da 1975 tarihli medeni usul hukuku reformunda hakimin davayı yönetme ödevinin ardında yeni bir engizisyon çağından (neue Inquisitionszeit) söz edilmeye başlanmıştır.

İtalya'da da 90 lı yıllarda hakim, usuli ve maddi yürütmede aktif hakime dönüşmüştür. Bununla birlikte, delil elde edilmesinde yetkileri oldukça sınırlıdır ⁶⁶.

Fransız Hukukunda, davanın sadece tarafların meselesi olduğu fikri artık geçerli değildir. Dava kamusal hizmet olarak telakki edilmektedir ve hakimin rolü, liberal yargılama anlayışı tamamen terk edilmeden kuvvetlendirilmiştir⁶⁷. Dahası bazı yazarlar Fransız medeni yargılama hukukunda işbirliği ilkesinden söz etmektedirler⁶⁸. İlk kez 1971 tarihli bir düzenlemede (Dekret) ortaya konulan çelişmeli yargılama ilkesi (Kontradiktionsprinzip) ile hukuki dinlenme hakkı, sözlülük ilkesi ve sürpriz

⁶⁶ Mukayeseli hukuk için bkz.: Rechberger, Ein Rückblick auf das Prozessrecht des 20.Jahrhunderts, in P.Gottwald,(Hrsg.) Aktuelle Entwicklungen des europaischen und internationalen Zivilverfahrensrecht, Band 14 (2002), S.8-10; O.Gündüz, Anglo-Amerikan Hukuku Işığında Medeni Yargılama Hukukunda Dava Yönetimi, 2009, S.154; Çelikoğlu, (dn. 63), S.140-162, 267-316.

⁶⁷ Namli, (dn.63) S.87-88 ve orada anılan yazarlar Guinchard/Ferrand, Procedure Civile, 28.ed., Dalloz, Paris 2006, S.12 ff.; Cornu, Les Principes Directeurs Du Proces Civil, Paris 1991, S.91.

⁶⁸ Namli, (dn.63) S.88 ve orada anılan yazarlar Cadiet/Jeuland, Droit Judiciaire Prive, 3. Edition, Paris 2006, S. 328 ff.

karar verme yasağı birlikte ele alınabilmıştır⁶⁹. Fransız Yargılaması Alman usulünden farklı olarak, Kontradiktionsprinzip bakış açısından hareketle daha ziyade bir duelloya yakın durmaktadır⁷⁰.

SONUÇ

Türk Kanunkoyucu Yeni Türk Medeni Usul Kanunu olan 2011 tarihli HMK'da, 1927 tarihli eski HUMK'daki ilkeleri, ikinci bölümde "Yargılama Hakim Olan İlkeler" başlığı altında ele almış, diğer bazı usul ilkelerine de yeni HMK'nın diğer kısımlarında düzenlemiştir. Örneğin, hakimin delilleri değerlendirmesi ilkesi (m.198)⁷¹. İlkeler kısmında müstakil bir madde ile düzenlenmiş olan, hakimin taleple bağlılığına dair hükmün, kanun tekniği açısından yeri hatalıdır, zira bu müstakil bir ilke değildir, tasarruf ilkesinin bir parçasıdır⁷².

Yukarıda belirtildiği üzere, hakimin yargılamadaki rolü o denli güçlendirilmiştir ki, bugün usul hukuklarının yakınlaşmasıyla bir işbirliği ilkesinden de söz edilebilir⁷³.

Hakimin rolü açısından, Yeni HMK'nın hükümleri akranı olan İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu ZPO ile karşılaştırıldığında bir benzerlik görülse de, Türk hakiminin yetkileri daha dardır.

Yeni HMK hükümleri hakkında şu eleştiri yapılabilir: Türk Kanunkoyucu mukayeseli hukukta görülen usulün amacı ile yargılamanın hızlandırılması arasındaki gerilim ilişkisini yeterince dikkate almamıştır.

Mukayeseli hukukta medeni usul hukukunun amacı gerçeklik temelinde hakkın tanınması ve tespitidir. Eğer yargılama usulünün seçimi tamamen hakime terk edilmiş olsaydı, usulün amacına ulaşmak tehlikeye atılmış olurdu. Usul hukuku bu yüzden, yargılamanın oluşturulması için önem arz eden belirli usuli ilkelerin inşasını düzenlemektedir⁷⁴.

Türk Hukukunda sıkı yargılama yapısı (dava aşamaları) taraflar karşısında hakimnin gücünün artırılmasını engellemektedir ki, modern yargılama sistemleri ile bir paralel gelişmeden söz edilemez. Hakimin delil elde edilmesinde maddi anlamda sevk ödevi çerçevesinde yetkisini düzenleyen eski HUMK m.75 III'nin aksine, yeni

⁶⁹ Schilling, M. Die principes directeurs des französischen Zivilprozesses, 2001, S. 296.

⁷⁰ Schilling, (dn.69), S.306.

⁷¹ HMK açısından ilkeleri toplu olarak yansıtan bir yayın olarak bkz. Pekcanitez/Atalay/Özekes, (dn. 23), S. 351-410; Delillerin değerlendirilmesi ilkesi hakkında bkz. M. K. Yıldırım, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990.

⁷² Karş.; m.26 HUMK.

⁷³ Bu yönde: Rechberger, (dn. 66), S.8-9.

⁷⁴ Schilken (dn. 2), No. 338.

HMK'da açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Öğretide⁷⁵ maddi hakikatin bulunması önünde bir engelden bahsedilmektedir. Yeni HMK'daki ispat hukuku da eski HUMK'a nazaran gerilemiş durumdadır, zira hakim bugün kanuni ispat kurallarıyla daha sıkı şekilde bağlıdır⁷⁶. 2011 yılında yürürlüğe giren HMK, hukuki korunma talebi yönünden, usulun amacına hizmet eden bir düzenleme olarak telakki edilemez. Burada usulün amacı ile kastedilen: gerçekliğin bulunmasıdır, hakikate ulaşılmasıdır.

Usul ilkeleri (die Prozessmaximen) temelde, bireyin hak ve özgürlüklerini korumaya ve hukuk devletini gerçekleştirmeye hizmet eder. Fransız doktrininde usul ilkeleri "usuli demokrasinin" bir somutlaşması olarak algılanmaktadır⁷⁷.

Sadece hukuk devleti fikri değil, sosyal devlet fikri de hakimin aydınlatma ödevini desteklemektedir. Sosyal devlet ilkesi hakimi taraflarla dava boyunca diyalog halinde bulunmaya da zorlamaktadır. Ancak bu şekilde aktif hakim ve tarafların hakları arasındaki dengeli ilişki tesis edilebilir. Baur'a göre⁷⁸, bir kanun değişikliğine dahi gerek yoktur, kanun hükümlerinin içeriğinden de bu hedefe ulaşılabilir. Bu çaba verilirken, doğal olarak usulün amacından, başka bir ifadeyle hakikate ulaşmadan yola çıkılacaktır⁷⁹.

Mukayeseli hukuka göre, davanın amacı ve medeni yargılamanın yapısı bağlamında gerçeğin aranması ve klasik ilkeler (taraflarca getirme ve tasarruf ilkeleri) arasındaki ilişki de şu şekilde açıklanabilir:

Söz konusu ilkeler davanın amacı ile uyum içindedir, tarafların işlemleri ile usuli kaderlerini kendilerinin çizmeleri, yani şekli hukukun tasarruf ilkesi maddi hukuktaki irade serbestisine uygundur. Burada genel olarak hukuki ilişkilerde mahkemenin katkısı olmaksızın gerçekleştirilen hakkın içeriğini belirleme yetkisi yargılama içine çekilmekte ve usuli sonuçlar doğurmaktadır⁸⁰. Bu bağlamda şu gerekçeler de ileri

⁷⁵ Açıkça: Deren- Yıldırım, Das neue türkische Zivilprozessgesetz, (dn. 10), S.3 ff, 9-10.

⁷⁶ Eski HUMK bağlamında bkz. M.K. Yıldırım, Senetle İspat Kuralının Türk Medeni Yargılama Hukukundaki Önemi, İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku, 8. Baskı, İstanbul 2016, S.107-128; M. K. Yıldırım, Die Bedeutung des Urkundenbeweis im türkischen Zivilprozessrecht, ZZPInt 3 (1998), s.379-396. Yeni HMK bağlamında bkz. Deren-Yıldırım, Das neue türkische Zivilprozessgesetz, (dn.10), S.9-12.

⁷⁷ Namli, M., Türk ve Fransız Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, İstanbul 2014, S.10-11.

⁷⁸ Baur, (dn.9), S.78.

⁷⁹ Gaul, H.F., Der Zweck des Zivilprozesses –ein anhaltend aktuelles Thema, in: Zivilprozeßrecht im Lichte der Maximen, (Hrsg. Yıldırım, M.K.), İstanbul 2001, S.67 ff, 92 f.

⁸⁰ Gaul, Yargılamanın Amacı-Güncelliğini Koruyan Bir Konu (Çev. N. Deren-Yıldırım) İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku, 8. Baskı, İstanbul, 2016, Sh. 77 vd., 93-98, 99-101. Kollektif Hukuki Himaye açısından da bkz. Schilken, Der Zweck des Zivilprozesses und der kollektive Rechtsschutz, in Kollektive Rechtsschutz in Zivilprozess, Hallesches Symposium zum Zivilverfahrensrecht am 6 Oktober 2007, Tagungsband, S. 21-52.

sürülebilir. Usul hukuku, aslen tarafların menfaatlerine hizmet ettiğinden karar (hüküm) için önem arzeden hayat olayına ait dilekçenin, talebin mükemmelliği ve ispatı tarafların sorumluluğundadır. Ancak tecrübeler göstermektedir ki, taraflar kendi yararına kendileri için uygun, elverişli malzemeyi getirmektedir. Bununla birlikte mukayeseli hukukta hakimin soru sorma-işaret etme ödevi (Alman hukukunda § 139 ZPO) sayesinde tarafların takdiminden ihtilaflı olayın doğru resmi elde edilebilir⁸¹.

⁸¹ Schilken, (dn. 80).

TAŞINMAZ SİMSARLIĞI SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ VE ŞEKLE UYULMAMASININ HUKUKİ SONUÇLARI*

(Legal Form of The Brokerage Agreement and The Legal Consequences of Not Fulfilling Such Form)

Prof. Dr. Şükrü YILDIZ**

ÖZET

Simsar, sözleşme ilişkisine girmek isteyen tarafları biraraya getiren ve sözleşmenin kurulması için gerekli ortamı hazırlayan bir aracıdır. Simsarlık sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu'nun 520 vd. Maddelerinde düzenlenmiştir. Ancak Borçlar Kanunu'nda bazı tür simsarlık sözleşmelerine uygulanmak üzere özel hükümler de getirilmiştir; taşınmaz simsarlığına ilişkin sözleşmenin yazılı olarak yapılma zorunluluğu (md. 520/3) buna örnek olarak verilebilir. Taşınmaz simsarlığı, bir taşınmazın üzerinde aynı veya şahsi bir hakkın kurulması amacıyla gerçekleştirilen aracılık faaliyetidir. Bu çalışmada taşınmaz simsarlığı sözleşmesinin şekli ve şekil eksikliğinin sonuçları üzerinde durulacaktır..

Anahtar kelimeler: Simsar, simsarlık sözleşmesi, taşınmaz simsarlığı, simsarlık sözleşmesinin şekle bağlı olması.

Abstract

Broker is an agent who finds and brings parties with corresponding wills and creating the necessary environment for constituting an agreement. Brokerage agreement is regulated under Code of Obligations Art. 520 ff. However, Code of Obligations states various private regulations for specific types of brokerage agreements; such as the obligation of written agreement for the validity of brokerage of immovable property (Art. 520/3). Brokerage of immovable property is an intermediary activity aiming to constitute a real or personal right on an immovable property. In this study, the legal form of the brokerage agreement and the consequences of not fulfilling such form are discussed.

Keywords: Broker, brokerage agreement, brokerage of immovable property, requirement of written form for brokerage agreement.

* Bu makale 26 Haziran 2014 tarihinde İTO Düzenlenen “Emlakçılıkta Sözleşmenin Önemi ve Yaptırımları” Panelinde tebliğ olarak sunulmuştur.

** İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölüm Başkanı, Ticaret Hukuku Öğretim Üyesi.

I. Genel Olarak

Sözleşme ilişkisine girmek isteyen tarafların birbirlerini bulmaları, çeşitli sebeplerden dolayı güçlük arz eder. Bu güçlüğü ortadan kaldırmak, sözleşme yapmak isteyen kişileri bir araya getirmek, sözleşmenin yapılabilmesi için uygun bir ortam hazırlamak üzere simsar (tallal) denilen aracidan yararlanılır¹.

Simsarlık sözleşmesi 6098 sayılı BK m. 520 vd. hükümlerle en genel şekilde ele alınarak düzenlenmiştir. Bu hükümlerde aracılık faaliyetinin meslek şeklinde icrası aranmamıştır. Bu nedenle, arızı olarak aracılık yapan kişi de BK'nın simsarlık hakkındaki hükümlerine tabi olur². Ancak BK'da bazı tür simsarlık sözleşmelerine uygulanmak üzere özel hükümler de getirilmiştir. Gerçekten de BK m. 520/3 göre taşınmaz simsarlığına ilişkin sözleşme yazılı olarak yapılmadıkça geçerli olmaz.

Simsarlık vekalet sözleşmesinin bir alt türü olduğu için hakkında düzenleme bulunmayan hallerde vekaletle ilişkin hükümlerin uygulanması mümkündür (BK m.520/2).

Esasen simsarlık sözleşmesi herhangi bir şekle tabi değildir. Ancak, yukarıda belirtildiği gibi, taşınmaz simsarlığına ilişkin sözleşmenin yazılı olarak yapılması, sözleşmenin geçerli olabilmesi şartıdır³.

II. Tanımı Ve Simsarlık Sözleşmesinin Önemi

Simsarlık sözleşmesi, simsarın taraflar arasında bir sözleşme kurulması imkanı'nın hazırlanmasını veya kurulmasına aracılık etmeyi üstlendiği ve bu sözleşmenin kurulması halinde ücrete hak kazanacağı sözleşmedir (BK m.520/1).

Simsar tacirin veya tacir olmayan kimsenin bağımsız yardımcısı olmakla birlikte, kendisinin bir ticaret şirketi olması ya da ticari işletme işletmesi durumunda, onun da tacir sıfatına sahip olacağı açıktır. Simsar ile simsarlık sözleşmesi imzaladığı kişi arasındaki ilişki geçici niteliktedir. Simsar sadece aracılık yapar. Aracılık faaliyeti sadece sözleşme yapmak isteyen tarafları bir araya getirmekten ibaret olabileceği gibi, sözleşmenin pazarlık safhasına katılmayı, sözleşme taslağını hazırlamayı da içerebilir. Aracılık faaliyetinin kapsamı, simsarlık sözleşmesinin hükümlerine göre belirlenir. Simsar özel yetkisi olmadıkça, sözleşme yapamaz, bedeli tahsil edemez⁴. Simsar, ara-

¹ Sabih Arkan, Ticari İşletme Hukuku, 19. Baskı, Ankara 2014, s.190; Yavuz, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul 2012, s.1312.

² Arkan, 190.

³ EBK 404/ f.2'den alınan bu hüküm, taşınmaz simsarlığına ilişkin bir sözleşme yapılmadığı halde bazı kişilerin simsar olarak faaliyet gösterdikleri ve ücrete hak kazandıkları yolundaki idiaları ileri sürerek asılsız davalar açmalarıyla başlayan kötü uygulamaları önlemek üzere, 6763 sayılı eTicaret Kanunun Meriyet ve Tatbik Şekli Hakkında Kanunun 41. Maddesi ile eBK m. 404'e eklenmiştir.

⁴ Arkan, 191; Mustafa Çeker, Yargıtay Kararları Işığında Taşınmaz Simsarlığı Sözleşmesinde Ücrete Hak Kazanma, Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran 2004, s.15.

cılık faaliyetini ücret karşılığında yapar. Ücrete hak kazanabilmesi için aracılık faaliyeti sonucunda asıl sözleşmenin kurulmuş olması gereklidir (BK m. 521).

Simsarın faaliyetine rağmen taraflar arasında bir sözleşme yapılmamışsa, simsar ücret ödenmesini isteyemez. Ancak simsarlık sözleşmesinde, taraflar arasında asıl sözleşme kurulmamış olsa bile tellala ücret ödeneceğinin kararlaştırılması mümkündür⁵. Öte yandan, taraflar arasında yapılan asıl sözleşmenin hukuken geçerli olması da zorunludur. Özellikle yapılması söz konusu olan asıl sözleşme belli bir şekle bağlanmıyorsa, bu şeklin yerine getirilmiş olması, belli bir makamın izni gereken durumlarda da iznin alınmış olması şarttır. Asıl sözleşme geciktirici şarta bağlı olarak yapılmışsa, tellal şartın gerçekleşmesinden sonra ücrete hak kazanır (BK m. 521/2)⁶.

Ücret için asıl sözleşmenin yapılması ile tellalın faaliyeti arasında bir nedensellik bağının⁷ ispatı gerekir. Tellal bu durumunun varlığını her türlü delille ispat edebilir⁸.

Simsarlık sözleşmesinin kapsamının belirlenmesinde taraflar serbesttir (BK m.522). Sözleşmede ücretin miktarı belirtilmemişse, ücret tarifelere göre, bu da yoksa mahalli teamüle göre belirlenir. Mahalli ticaret odaları veya meslek odaları taşınmaz tellallığı konusunda ödenmesi gereken ücretleri belirlemişlerdir. Ücret konusunda teamülün bulunmaması durumunda ise ücret hakim tarafından belirlenir⁹.

Simsarlık sözleşmesinde kararlaştırılan ücret aşırı derecede yüksek ise, borçlunun talebi üzerine hakim tarafından hakkaniyete uygun olarak indirilebilir. Ancak ücretin borçlusu tacir ise, bu ücretten indirim yapılamaz (TTK m. 22)¹⁰.

Simsar yapmış olduğu masrafların ödenmesini kural olarak isteyemez. Ancak simsarlık sözleşmesine, masrafların müvekkil tarafından ayrıca ödenmesini öngören bir kayıt konulabilir (BK m. 521/3).

III. Taşınmaz Simsarları (Emlakçılar)

Taşınmaz simsarlığı, bir taşınmazın üzerinde ayni veya şahsi bir hakkın kurulması amacıyla gerçekleştirilen aracılık faaliyetidir. Taşınmaz tellallığına da esas itibari ile BK'nın simsarlığa ilişkin hükümleri uygulanacaktır. Bu konuda ayrıca çıkartılmış bir "Mecburi Standartlar Tebliği" de bulunmaktadır¹¹.

Taşınmaz simsarı da ücret karşılığında bir taşınmaz üzerinde ayni veya şahsi bir

⁵ Arkan, 191; Yavuz, 1316; Çeker, 17.

⁶ Yavuz, 1316; Arkan, 195.

⁷ Yavuz, 1317.

⁸ Arıkan, 193

⁹ Arkan, 197; Yavuz, 1318

¹⁰ Yavuz, 1319; Arkan, 198.

¹¹ RG. 8.7.2003 S. 25162; RG 29.4.2004 S. 25447.

hakkın kurulması imkanını hazırlamak veya bu sözleşmenin kurulmasına aracılık etmek üzere yazılı bir sözleşme ile görevlendirilen kişidir. Yargıtay taşınmaz simsarlığı kavramının dar anlaşılmaması gerektiğini kabul ederek, bu kavramın taşınmazın alım-satımının yanı sıra taşınmazla ilgili aynı veya şahsi hak doğuran diğer işlemlerin yapılmasına aracılıkta bulunulmasını da kapsayacağına işaret etmektedir¹².

Buradan hareketle taşınmazın satımı, kiralanması, alım-satım vaatleri, taşınmaz karşılık gösterilerek ödünç alınması, arsa karşılığı inşaat yapılması, taşınmaz trampası, taşınmaz üzerinde irtifak, sükna, sulama, geçit hakkı sözleşmelerinin kurulması, taşınmazın sermaye olarak konulduğu ticaret şirketi kurulması, taşınmaz üzerinde ipotek tesisi, alım, geri alım, önalım gibi eşyaya bağlı borç doğuran sözleşmelere aracılık edilmesi durumunda tellallık sözleşmesinin yazılı olarak yapılması gereklidir¹³.

A. Sözleşmenin Şekli

Ülkemizde 6763 sayılı Tatbikat Kanununun 1957 yılında yürürlüğe girmesinden beri taşınmaz tellallığı sözleşmesinin geçerliliği yazılı şekilde yapılmış olma şartına bağlanmıştır. Kanunun aradığı yazılı şekil şartına uymadan yapılacak bir taşınmaz simsarlığı sözleşmesi BK m.12/2 uyarınca geçersiz olacaktır. Zira, BK. 520/3 (eBK m. 404/3) maddesi hükmüne göre gayrimenkul simsarlığı akdi yazılı şekilde yapılmadıkça muteber olmaz. Yasanın bu hükmü emredici niteliktedir. Tellallık sözleşmesi için öngörülen yazılı şekil ispat değil, geçerlilik şartıdır. Bu hususu mahkemenin kendiliğinden nazara alması zorunludur¹⁴.

Yargıtay'ın önüne gelen simsarlıkla ilgili uyumsuzlukların çoğunluğunu, emlakçılar ile müvekkilleri arasındaki sözleşmenin yazılı şekilde yapılmaması nedeni ile geçerli olup olmadığı, yazılı şekilde yapılmayan sözleşmelere dayanarak emlakçının ücrete hak kazanıp kazanamayacağı hakkındaki uyumsuzluklar oluşturmaktadır.

Taşınmazın üzerinde İpotek kurulması veya taşınmazın kiralanması gibi aynı veya şahsi hak tesis eden bütün taşınmaz simsarlığı sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması zorunludur. Madde metninde söz edilen yazılı şeklin adi yazılı şekil olduğu anlaşılmaktadır.

Ancak Yargıtay 11. HD 1974 yılında verdiği bir kararda, taşınmaz kiralanmasına ilişkin aracılık sözleşmesinin, kira sözleşmesinin kişisel bir hak doğurması nedeni ile yazılı yapılmasına gerek olmadığını ifade etmiştir¹⁵. Ancak 6098 sayılı BK daha

¹² Yargıtay 3. HD 20.10.1958 tarih ve 6315 Esas, 5337 Karar sayılı ilamı.

¹³ Tamer Bozkurt, Türk Hukukunda Telallık ve Tellallığın Uygulamada Farklı Görünümleri, YL Tezi, AÜ SBE 2006, s.176; Kırş Arkan, 186.

¹⁴ Yargıtay 3. HD 2.6.1961 tarih ve 4503 E., 3586 K. sayılı kararı.; Yargıtay 13 HD'nin 14.02.2013 t. ve E. 2012/24788, K. 2013/3356 sayılı kararı.

¹⁵ Yargıtay 11. HD 4.10.1974 t. Ve 2591 E., 2559 K. sayılı ilamı, Arkan, 15. Bası, s. 191 dpn.

geniş bir deyim olan “taşınmazlar konusundaki” sımsarlık sözleşmelerinden bahsettiği için, bu içtihadın geçerliliği kalmamış, ister aynı ister şahsi hak kurulmasına ilişkin bütün taşınmaz sımsarlığı sözleşmelerinin geçerliliğinin yazılı şekilde yapılma koşuluna bağlandığı açıkça benimsenmiştir.

Öte yandan sımsarlık sözleşmesi emlakçı tarafından tek taraflı hazırlanıp müvekkile imzalatılmış ise bu sözleşmenin genel işlem şartları niteliği nedeni ile geçerli olup olmadığı sorunu gündeme gelmektedir. Doktrinde, sözleşmedeki genel işlem niteliğindeki bu şartlar hakkında, müvekkil bilgi sahibi değil ise imzalanan sımsarlık sözleşmesinin BK m. 21 kapsamında yazılmamış sayılması gerektiği görüşleri ileri sürülmüştür¹⁶. Taşınmaz sımsarlığı sözleşmesinin tüketici ile imzalanması durumunda, konunun 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun’un 5. maddesi kapsamında ele alınıp tartışılması da mümkündür.

B. Sözleşmede Bulunması Gereken İmza

Yargıtay verdiği kararlarda, taşınmaz sımsarlığı sözleşmesinin geçerliliğini sımsar ve iş sahibinin her ikisinin birlikte imza atması şartına bağlamıştır.

Sadece sımsarın imzasının bulunduğu, iş sahibinin imzasının bulunmadığı bir taşınmaz sımsarlığı sözleşmesinin geçerli olmadığı tartışmasız şekilde kabul edilmekte iken, iş sahibinin imzasının bulunup tellalın imzasının bulunmadığı sözleşmelerin geçerli olup olmayacağı konusunda tartışma bulunmaktadır.

Yargıtay 2010 tarihine kadar verdiği kararlarda taşınmaz tellallığı sözleşmesinin geçerli olabilmesi için her iki tarafın da imzasının bulunmasının şart olduğu görüşünü benimsemiş iken, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun oy çokluğu ile aldığı 3.11.2010 T., E. 2010/19-559, K. 2010/546 sayılı kararında¹⁷, “sözleşmeye taraf olan davalı/

6’dan naklen.

¹⁶ Çeker, 17-18

¹⁷ Kararın tam metni aşağıdaki şekildedir: “Mahkemece direnme kararında; ibraz edilen sözleşmede davalı/borçlu şirketin imzasının bulunup davacı/alacaklının imzasının olmadığı ve takibe konu alacağın dayanağı sözleşmenin davacıda olup, davaya konu edilen bu alacak için davacının her zaman sözleşmeyi imzalayabileceği, davalı/borçlu tarafından imzalanmış olan sözleşmenin davacının elinde bulunduğu, herhangi bir imzaya itirazın söz konusu olmadığı, bu durumda BK’nun 404/3. fıkrası gereğince gayrimenkul tellallığı sözleşmesinin yazılı olarak yapıldığının ve burada öngörülen yazılı şekil şartının gerçekleşmiş olduğunun kabulünün gerektiği, imza eksikliği hususun ileri sürülmesinin MK’nun 2. maddesinde açıklanan dürüstlük kuralına ve hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı olduğu gerekçesi ile ilk hükümde direnilmiştir.

Bozma ve direnme kararlarının kapsamı itibarı ile Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; gayrimenkul tellallığı sözleşmesinin geçerli olup olmadığı ile sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmenin dürüstlük ve hakkın kötüye kullanılması yasaklarına aykırı olup olmadığı noktalarında toplanmaktadır.

Öncelikle konuyla ilgili kavram ve kurumların irdelenmesinde yarar vardır:

Tellallık öyle bir sözleşmedir ki, onunla tellal, ücret karşılığında bir sözleşmenin yapılması olacağını hazırlamak ya da yapılmasına aracılık etmekle görevlidir (BK. md. 404/1). Tellallık söz-

leşmesinde kural olarak, vekillik kuralları uygulanır (BK. md. 404/2). Taşınmaz mal tellallığı sözleşmesi, yazılı biçiminde yapılmadıkça geçerli olmaz (BK md. 404/3).

Tellallık iki şekilde gerçekleşebilir. Fırsat gösterme tellallığının da; sözleşmenin kurulması fırsatına ait bilginin sağlanması söz konusu olur. Aracılık etme tellallığında ise; aracılık iki tarafı bir araya getirmek ve olası düşünce uyumsuzluklarını gidermek için uğraşmak zorundadır (Turgut Uygur, Borçlar Kanunu, Ankara 2003, C. 8, S.8975). Davaya konu sözleşme göz önüne alındığında, bunun bir aracılık etme tellallığı sözleşmesi olduğu anlaşılmaktadır.

Yasal düzenlemede, tellallık sözleşmesinde ücret ögesinin yanı sıra içeriği de belirlenmiştir: diğer bir deyişle yasaca (BK. md. 404) ücret bu sözleşmenin zorunlu ögesi olarak öngörülmüş ve konusu da bir sözleşmenin yapılması olanağını hazırlamak ya da yapılmasına aracılık etmekle sınırlandırılmıştır. Böylece tellallık sözleşmesi vekillik sözleşmesinin, konusu belirli ve tellallığın her zaman ücrete hak kazandığı özel bir çeşidi olarak düzenlenmiş ve o nedenle de bu bağlamda genel olarak vekillik sözleşmesi kurallarının uygulanması hükme bağlanmıştır.

Yaptığı hazırlık ya da aracılık sonucunda sözleşme meydana gelince, tellal ücrete hak kazanır (BK. md. 405/2). Sözleşme erteleyici bir koşulla yapılmışsa, tellallık ücreti, koşulun gerçekleşmesiyle ödenmek gerekir (BK. 405/2). (Karahasan, Mustafa Reşit, Türk Borçlar Hukuku özel Borç İlişkileri, 2002 c. 2, s.1124 vd.; Yavuz, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 1997, s.705 vd.)

Yargıtay'ın istikrar kazanmış görüşüne göre; tellallık sözleşmesinin geçerliği için, kural olarak, bir biçim koşuluna uymak gerekli değildir. Yalnızca taşınmaz tellallığı sözleşmesinin yazılı biçimde yapılmazsa geçerli olmayacağı yasada açık bir biçimde belirtilmiştir. Tellallık sözleşmesi tellal ile bu sözleşmeyi imzalayan kişi arasında karşılıklı hak ve borç doğran bir sözleşmedir. Bu ilkeler, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 07/10/2009 tarih ve 2009 tarih ve 2009/3-392 E. 2009/410 K. sayılı kararında da aynen benimsenmiştir.

Somut olayda, alacaklı F. B. Ö. tarafından, borçlu Marvel Uluslararası İşletmecilik Taşımacılık Ltd. Şti aleyhine İstanbul 5. İcra Müdürlüğü'nün 2008/582 esas sayılı icra dosyası üzerinden ilamsız icra takibi başlatılmış; ödeme emri borçluya 18.01.2008 tarihinde tebliğ edilmiş ve borçlunun 25.01.2008 tarihinde süresinde itirazı ile İİK'nun 66. maddesi gereği takip durmuş; eldeki dava 04.02.2008 tarihinde bir yıllık hak düşürücü süre içerisinde açılmıştır.

Davacı/alacaklı ve davalı/borçlu vekilinin beyanları, toplanan deliller ile tüm dosya kapsamına göre; taraflar arasında 10.09.2007 tarihinde bir tellallık sözleşmesinin imzalandığı, bu sözleşmenin konusunun, Yeni Sülün sok. no:103 Levent/Beşiktaş adresindeki gayrimenkul ün alım-satımı olduğu, davacı emlak komisyoncusunun 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 404. maddesi gereğince bu konuda davalı/borçluya komisyonculuk hizmeti verdiği ve tapu kaydına göre davalı/borçlunun söz konusu yeri 17.10.2007 tarihinde resmi şekilde satın aldığı; davalı/borçlunun komisyonculuk sözleşmesinin 6. maddesi gereğince ödemesi gereken bedelin 25.000 USD karşılığı olan miktarını ödemesine karşılık, kalan bedeli ödememesi üzerine 7 bakiye komisyon alacağının tahsili amacıyla davacı/alacaklı tarafından icra takibi başlatıldığı belirgindir.

Dosyaya sunulan sözleşmede davalı/borçlu şirketin yetkili temsilcisinin imzası bulunmakla birlikte, davacı/alacaklı komisyoncunun imzasının bulunmadığı; aşamalardaki beyanlarında davalı/borçlu tarafından herhangi bir şekilde sözleşmedeki imzaya itiraz edilmediği gibi, sözleşme bu şekli ile tellalı kabul edilip, borcun muaccel olmadığı ileri sürüldüğü ve borcun muaccel olması için fatura kesilmesi gerektiği itirazında bulunulduğu anlaşılmaktadır.

Bunun yanı sıra, bu sözleşme gereği davalı/borçlu tarafından bir kısım ödemenin yapıldığı da dosya kapsamı ile sabittir.

Sözleşmeye göre, tellaliye ücreti taşınmazın resmi şekilde devredilmesi ile muaccel hale gelecektir. Alacağın muaccel olması için fatura gönderilmesi gerektiği yönündeki bir hüküm sözleşmede yer almamaktadır. Böylece, davalı/borçlu itirazının yerinde olmadığı belirlenmiştir.

Burada, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK)'nın 2. maddesinde düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralının irdelenmesinde fayda bulunmaktadır.

TMK.'nın 2. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralının amacı, hakime özel ve istisnai hallerde (adaletle uygun düşecek şekilde) hüküm verme olanağını sağlamaktır.

Bir hakkın kullanılmasının açıkça adaletsizlik oluşturduğu, gerçek hakkın tanınması ve bireyin korunması için tüm hukuki yolların kapalı bulunduğu zorunluluk hallerinde, MK. 2 uygulama atanı bulur ve olağanüstü bir imkan sağlar; haksızlığı düzeltici, yasadaki kuralları tamamlayıcı fonksiyonunu yerine getirir (Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 25.1.1984 tarih ve 1983/3 E., 1984/1 K. sayılı Kararı).

Ancak, önemle belirtilmelidir ki, bu kuralın taliliği (ikinciliği) de gözetilerek her soruna öncelikle kendisine ait kanun hükümlerinin uygulanması asıl olmalıdır.

Gerçekten de, hukukun tüm alanlarında, uygulama niteliğine sahip olan hakkın kötüye kullanılması ve özellikle çelişkili davranış yasağı, şekle aykırılığı ileri sürme hakkı içinde, bir sınır teşkil ettiği, buyurucu olması nedeni ile hakim tarafından doğrudan gözetileceği; öğreti ve uygulamada tartışmasız kabul edilmektedir (Hukuk Genel Kurulunun 2.10.1974 gün ve 2/810-1043; 7.2.1983 gün ve 4/24-1276; 7.2.2001 gün ve 2000/13-1729-32 sayılı kararları ile 5.4.1944 gün ve 12/26 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı).

Dahası, resmi biçimde yapılmayan sözleşmelerin “yok hükmünde” sayılacağı, “Borç doğurma-yacağı” bundan dolayı, doğmayan bir borcun, yerine getirilmesinden de söz edilemeyeceği, o nedenle hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulanamayacağı görüşü, öğretilerde ve uygulamada terk edilmektedir (Sungurbey, İsmet; Medeni Hukuk Sorunları c.6, İstanbul 1994 s.345). Nitekim, olayların kendine özgü koşullarının oluşması halinde, akit öncesi sorumluluk kurallarının kıyas yoluyla geçersiz sözleşmelerde de uygulanabileceği, TMK’nun 2. maddesi uyarınca olumlu zararın (ifa menfaatinin), kaçırılan fırsat karşılığının istenebileceğine ilişkin yargı kararları bunlara örnektir.

Öte yandan, yargı organları, çıkarlar dengesini ve adalet duygularını gözeterek toplumun gereksinimlerini karşılamakla yükümlüdür. Maddi hukuk, her zaman hayatın değişen sosyal akışı içinde, gelişen tüm olayları ve tüm ayrıntıları kurallaştırma gücüne de sahip değildir.

Yerleşik Yargıtay uygulamasında, özel şekilde düzenlenmesi gereken bir sözleşme, bu şekle uyulmadan düzenmiş olmasına karşılık, taraflarca sözleşme hükümleri yerine getirilmişse-sözleşme hayata geçirilmişse- artık o sözleşmeye geçerlilik tanımak gerekir. Aksinin düşünülmesi TMK’nun 2. maddesinde öngörülen dürüstlük kuralları ve hakkın Kötüye kullanılması yasağına aykırı olacaktır.

Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde:

Kural olarak, gayrimenkul tellallığı sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması ve bu sözleşmenin davacı/alacaklı tarafından ispat edilmesi gerekir. Taraflar arasında düzenlenen komisyonculuk sözleşmesi yazılı yapılmış ve 6. maddesinde; 10.09.2007 tarihinde sözleşmenin 2 nüsha olarak taraflarca imzalanarak birer nüshasının taraflara verildiği belirtilmiştir.

Mahkemeye ibraz edilen sözleşmede, davan/borçlu şirketi temsilen imzanın bulunup davacı/alacaklı komisyoncunun imzasının olmadığı ancak, takibe konu edilen komisyonculuk alacağının dayanağı olan sözleşmenin davacı/alacaklının elinde bulunması nedeniyle her zaman elindeki sözleşmeyi imzalayabileceği belirgindir. Burada tarafların iradelerinin komisyonculuk sözleşmesinin kurulması konusunda birleştiği, her bir tarafın kendi elinde bulunan nüshayı imzalayarak diğerine verdiği ve sözleşmenin konusunu teşkil eden mal hususunda komisyonculuk hizmeti verilerek, satışının gerçekleştirildiği; hatta davalı/borçlunun komisyonculuk sözleşmesinden kaynaklanan borcunun bir kısmını da ödediği anlaşılmaktadır.

Hal böyle olunca, somut olayın özelliği de dikkate alındığında; gayrimenkul tellallığı sözleşmesinin, tarafların ortak iradesi ile BK’nun 404/3. forasında emredilen geçerlilik şartına uygun şekilde, yazılı olarak kurulmuş olduğu ve taraflarca hayata geçirildiğinin kabulü gerektiği; sözleşmeye taraf olan davalı/borçlunun açıklanan şekilde imza eksikliğini ileri sürmesinin ise TMK’nun 2. maddesinde açıklanan dürüstlük kuralları ve hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı olduğu; sonuç itibarıyla davacının taraflar arasındaki geçerli tellallık sözleşmesi gereği ücrete hak kazandığı yönündeki direnme kararı isabetlidir.

Ne var ki, davalı/borçlu vekilinin işin esasına ilişkin diğer temyiz itirazları Özel Dairece incelenmediğinden, bu konuda inceleme yapılmak üzere dosyanın Özel Dairesine gönderilmesi gerekir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan nedenlerle, direnme uygun bulunmakla, davalı/borçlu vekilinin

işin esasına yönelik temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın 19. Hukuk Dairesine gönderilmesine, 03.11.2010 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY : Davacı, emlak komisyoncusu olduğunu, yaptığı tavassut işlemleri sonucunda davalının bir taşınmaz satın aldığını, aralarındaki sözleşmeye rağmen davalının ücretini ödemediğini, girilen icra takibine de itiraz ettiğini ileri sürerek itirazın iptali ne %40 tazminatın tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalı davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, ibraz edilen sözleşmede davalı şirketin sözleşmeyi imzalayabileceği, imza eksikliği hususunun ileri sürülmesinin MK.nun 2. maddesine aykırı olup, BK.nun 404/3 fıkrası gereğince gayrimenkul tellallığı sözleşmesinin yazılı olarak yapıldığının kabulü gerektiği, bu maddede ön görülen yazılı şekil şartının gerçekleşmiş olduğu gerekçesiyle 30.000.00 YTL üzerinden davanın kabulüne, %40 tazminatın tahsiline karar verilmiş; hüküm, davalı tarafından temyiz edilmiş, Özel Dairece dayanak sözleşmede davacının imzasının bulunmadığına göre ortada geçerli bir tellallık sözleşmesinin varlığından söz edilemez” gerekçesi ile hükmü bozmuş, mahkemece önceki karardaki gerekçelerle ilk hükme direnilmiştir.

TTK’nun tatbikine ilişkin 6763 sayılı yasanın 41. maddesi ile değiştirilen B.K.nun 404 /son fıkra hükmü uyarınca gayrimenkul tellallığı akdi yazılı şekilde yapılmadıkça muteber olmaz anılan yasa maddesi hükmü buyurucu niteliktedir. Tellallık sözleşmesi için öngörülen yazılı biçim ispat değil geçerlik koşuludur. O nedenle taraflar ileri sürmeseler dahi mahkemece doğrudan gözetilir. Yazılı olarak yapılması yasaca öngörülen ve özellikle Tellallık Sözleşmesinde olduğu gibi tarafları karşılıklı yüküm altına sokan bir sözleşmenin hukuken geçerlik kazanabilmesi ancak borç yüklenenlerin imzaların bulunmasıyla mümkündür. (BK. Md.13) sadece bir tarafa imzalanmış bulunan belge hukuken tek taraflı bir irade açıklanması niteliğini taşır ve hakkın esasına yönelik bulunan biçim eksikliği nedeniyle tarafları bağlayıcı kabul edilemez Bu nitelikteki bir belgeye dayanan tarafın iyi niyetli olması imzalardan birinin sonradan tamamlanması dahi az yukarıda açıklanan yazılı biçime ilişkin hukuki esasları etkilemez. O nedenle tellallık akdinde her iki tarafın imzalarının bulunması şarttır. Olayda dayanan belge sadece davalının imzasını taşıdığı açıktır. Bu durumda geçerli bir tellallık sözleşmesinin varlığından söz edilemez. Yargıtayın sapma göstermeyen kökleşmiş içtihatları bu doğrultudadır. Y.H.GK. 10.7.1971 gün E, 1968.T-805, Y.H.G.K. 11.10.1974 gün k, 1971/4-467, Y.13.H.D. 1.10.1991 T. A, 5835, K.8712, İBK. 30) Mahkemece açıklanan yasal kurallar gözden kaçırılarak Tellallık ücretine dayanan istemin reddi yerine kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bozma nedenidir. O nedenle sayın çoğunluğun kararın direnme uygun daireye yönünde oluşan düşüncelerine katılamıyorum.

KARŞI OY : Dava, yalnız, davalı tarafından imzalanan tellallık sözleşmesine dayalı olarak açılan itirazın iptali istemine ilişkindir. Mahkeme, tek taraflı imzalanan tellallık sözleşmesini geçerli sayarak davanın kabulüne karar vermiştir.

Davalı tarafın temyizi üzerine, 19. Hukuk Dairesinin 06.07.2009 gün ve 2008/9912 Esas, 2009/6661 Sayılı Kararı ile “gayrimenkul tellallık sözleşmesinin BK’nun 404. maddesi gereğince yazılı ve her iki tarafa imzalanması gerektiğini, tek taraflı imzalanan davaya konu sözleşmenin geçerli olmadığı gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesinin isabetsiz olduğu” gerekçesiyle bozulmuş, mahkeme önceki kararında kararın da ısrar etmiştir.

BK’nun 404/3’cü fıkrası;

“Gayrimenkul tellallığı, akdi, yazılı şekilde yapılmadıkça muteber olmaz”

BK’nun 13/1. maddesi;

“Tahriri olması icap eden akitlerde, borç deruhte edenlerin imzaları bulunmak lazımdır”

imzasının bulunup davacının imzasının Olmadığı Ve takibe konu alacağın dayanağı sözleşmenin davacıda olup, davacının her zaman

Emredici hükümlerini taşımaktadır.

Davaya konu 10.09.2007 tarihli tellallık sözleşmesinde davacı tarafı imzası söz konusu değildir. Bu durumda ortada yasaya uygun tanzim edilmiş geçerli bir tellallık sözleşmesinden söz edilemez. Konu ile ilgili olarak, Hukuk Genel Kurulu 28.05.2008 gün ve 2008/19-398 Esas, 2008/407 Sayılı Kararında “...tellal, satışlarda veya sözleşmelerde para mukabili aracılık yapan kişidir. Tel-

borçlunun açıklanan şekilde imza eksikliğini ileri sürmesinin ise TMK'nun 2. maddesinde açıklanan dürüstlük kuralları ve hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı olduğu; sonuç itibarıyla davacının taraflar arasındaki geçerli tellallık sözleşmesi ge-

lall hakkında genel olarak vekalet hükümleri uygulanır. Tellallık sözleşmesi kural olarak, şekle tabi olmamakla birlikte, gayrimenkul tellallığı akdi, yazılı şekilde yapılmadıkça geçerli olmaz. (BK'nun m. 404 /son) Bu şekilde yazılı olarak yapılmayan geçersiz bir gayrimenkul sözleşmesine dayalı olarak verilen kaporanın, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri alınması mümkündür. Geçerlilik koşulunu mahkemenin kendiliğinden göz önünde tutması gerekir. Ayrıca, tellallık sözleşmesinin geçerli olması için iki tarafında imzalamasının şart" olduğunu belirtmiştir.

HGK'nun 22.05.1974 gün ve 741/576 sayılı kararında;

Borçlar Kanunu'nun 404 maddesinde 1/1/1957 günlü 6763 sayılı Kanunla eklenen son fıkra hükmüne; "gayrimenkul tellallığı akdi, yazılı şekilde yapılmadıkça geçerli olmaz." Bu hükmün eklenmesini gerektiren nedenler ve hükmün yazılı biçimi birlikte mütalaa olduğunda, BK'nun 404 /son fıkrası hükmünün, buyurucu nitelikte bulunduğu ve tellallık sözleşmesi için öngörülen yazılı biçimin ispat değil geçerlilik koşulu olduğunun ve bütün bunların sonucu olarak mahkemece re'sen göz önünde tutulması gerektiğinin kabulü zorunludur. Yazılı olarak yapılması öngörülen bir sözleşmenin hukuken geçerlilik kazanabilmesi, ancak o sözleşmenin taraflarca imzalanmış olmasıyla mümkündür. Sadece bir tarafca imzalanmış bulunan bir belge hukuken tek tarafı bir irade açıklaması niteliğini taşır ve hakkın esasına ilişkin bulunan biçim eksikliği nedeniyle tarafları bağlayıcı gücü haiz olamaz. Bu nitelikteki bir belgeye dayanan tarafın iyi niyetli olması dahi yukarıda yazılı biçime ilişkin olarak açıklanan hukuki esasları değiştirmez. Olayda dayanılan belge sadece bir tarafın imzasını taşımakta olması itibarıyla geçerli bir tellallık sözleşmesinden söz edilemeyeceğini" karara bağlamıştır.

Bu durum karşısında; BK'nun 13/I ve 404/III. maddelerinin biçim şartı olmayıp, geçerlilik şartı olması, sadece tek tarafca imzalanmış belgenin sözleşme niteliğinde olmadığından, BK'nun 404/III madde anlamında belge sayılmayıp, bu hususun re'sen gözetilmesi gerektiğinden, burada belgeye dayanan tarafın iyi niyetli olmasının sonucu değiştirmeyeceğini ve Daire kararının doğru olduğunu düşündüğümüzden, sayın çoğunluğun aksi yöndeki görüşlerine katılmıyoruz."

Gerçekten de anılan YHGK'nun karşı oy yazılarında da belirttiği gibi, Yargıtay taşınmaz sımsarlığı sözleşmesinin geçerliğini, o tarihe kadar verdiği bütün kararlarında, her iki tarafın imzalaması şartına bağlamış hatta bu durumda iyiniyet iddiasında dahi bulunulamayacağına hükmetmişti.

Gerçektede Yargıtay HGK'nun 22.05.1974 gün ve 741/576 sayılı kararında; "Yazılı olarak yapılması öngörülen bir sözleşmenin taraflarca imzalanmış olmasıyla mümkündür. Sadece bir tarafca imzalanmış bulunan bir belge hukuken tek tarafı bir irade açıklaması niteliğini taşır ve hakkın esasına ilişkin bulunan biçim eksikliği nedeniyle tarafları bağlayıcı gücü haiz olamaz. Bu nitelikteki bir belgeye dayanan tarafın iyi niyetli olması dahi yukarıda yazılı biçime ilişkin olarak açıklanan hukuki esasları değiştirmez. Olayda dayanılan belge sadece bir tarafın imzasını taşımakta olması itibarıyla geçerli bir tellallık sözleşmesinden söz edilemeyeceğini" belirtmişti.

Ne var ki, YHGK'nun anılan kararına rağmen Y 13 HD'nin verdiği yeni tarihli bir kararda önceki içtihadı devam ettirdiği görülmektedir.

Yargıtay 13 HD'nin 27.2.2012 T, E. 2011/19916, K. 2012/4096 sayılı Kararı "BK'nın 404 /son maddesinde "gayrimenkul tellallığı akdi, yazılı şekilde yapılmadıkça muteber olmaz" hükmü bulunmaktadır. Bu itibarla sözleşmenin yazılı olmasının geçerlilik şartı olduğunda duraksama olmamalıdır. **Öte yandan yazılı sözleşmenin, sözleşme taraflarına da imzalanması zorunludur. Taraflardan birisinin imzasının bulunmaması halinde sözleşme geçersiz hale gelir ve taraflara hiçbir hak ve yetki vermez.** Dava konusu olayda, davacı tarafından dava dilekçesinin ekinde sunulan sözleşme örneğinde davacı tellalın imzasının bulunmadığı anlaşılmaktadır. Öyle olunca BK'nın 404 /son maddesine uygun bir şekilde tellallık sözleşmesinin vücut bulduğuna kabul olanak yoktur. Sözleşme geçersiz olduğu için de davalayı komisyon ücretinden sorumlu tutmaya olanak bulunmamaktadır. Mahkemece değinilen bu yön gözetilerek davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir."

reği ücrete hak kazandığı yönündeki direnme kararı isabetlidir.” Şeklinde bir karar vererek sözleşmede müvekkilin imzasının bulunmamasının sözleşmenin geçerliliğine etkili olmayacağını, borçlunun tellalın imzasının bulunmadığını ileri sürmesinin ise dürüstlük kuralına aykırılık oluşturduğu sonucuna varmıştır. Bu kararın yerinde olduğu doktrinde bazı yazarlarca kabul edilmiştir¹⁸.

C. Sözleşmedeki İmza Sahipleri

Taşınmaz simsarlığı sözleşmesinin esas olarak, taşınmazı alan ya da satan veya kiralayan ile kiracı ile ona aracılık hizmeti veya fırsat sunan simsar arasında imzalanması gerekir. Sözleşmedeki imzanın yetkili temsilciler tarafından atılması da mümkündür.

Yargıtay 19 HD’si **10.5.2010 tarih ve E. 2009/11186, K. 2010/5637 sayılı kararında** “Gayrimenkul tellallığı akdi, yazılı şekilde yapılmadıkça muteber olmaz. Bu husus akdin geçerlilik şartıdır. Davalı taraf davacı ile aralarında yazılı bir akit bulunmadığını ve davacının dayandığı metinlerdeki imzanın şirketlerini temsil ve ilzama yetkili olan kişilere ait olmadığını beyan etmiştir. Söz konusu husus araştırılmalıdır.” Sonucuna ulaşmıştır.

Diğer yandan, asıl sözleşmenin, simsarlık sözleşmesinde iş sahibi olarak imzası bulunan kişi tarafından değil de, simsarlık sözleşmesinde imzası bulunan kişi ile kişisel ya da hukuki bir bağı bulunan kişi tarafından imzalanması halinde taraflar arasında bir sözleşme ilişkisinin bulunup bulunmadığı, dolayısıyla bu durumda taşınmaz tellalının ücrete hak kazanıp kazanmayacağı hususu Yargıtay kararlarında tartışmalıdır.

Doktrinde, bu durumun taşınmaz tellalına ücret hakkı bahşedeceği belirtilmektedir. Zira bu durumda tellalın çabası sonucu asıl sözleşme kurulmuş olduğu için simsarlık sözleşmesi ile asıl sözleşme arasında psikolojik bir illiyet bağı bulunmaktadır. Gerçekten de tellalın bulduğu kişi, müvekkilinin eşi veya üst soyu - alt soyu gibi akrabası ise ya da asıl sözleşme simsarlık sözleşmesinde imzası bulunan kişinin ortağı olduğu bir şahıs, yöneticisi veya hakim ortağı olduğu bir sermaye şirketi ile yapılmışsa, bu durumda simsarlık sözleşmesi ile asıl sözleşme arasında nedensellik bağıının bulunduğu kabul edilmektedir¹⁹.

Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, iş sahibinin ister alıcı ister satıcı ya da kiracı veya kiraya veren olduğuna bakmaksızın bütün durumlarda, bu bağlantının bulunması şartı ile taşınmaz tellalının ücrete hak kazanacağı içtihadında bulunmuştur²⁰. Aynı Daire

¹⁸ Çeker, 17.

¹⁹ Umut Yeni Ocak, Gayrimenkul Telallığı (Taşınmaz Simsarlığı) Sözleşmesinde Telalık Ücreti, İstanbul Barosu Dergisi, C.83, S.6 Yıl 2009, s.3128. Karşı görüşte Çeker, 21.

²⁰ Yargıtay 3. HD’nin 29.11.2005 tarihli 2005/11697 E., 2005/12907 K sayılı içtihadında; “Her

daha sonraki kararlarında bu içtihadını sürekli hale getirmiştir²¹.

Buna karşılık, Yargıtay 13. HD'si, Yargıtay 3. HD'den farklı olarak müvekkilin kiracı veya alıcı olduğu durum ile satıcı veya kiralayan olduğu durumu farklı yorumlamış ve farklı sonuçlara ulaşmıştır.

Gerçekten de Yargıtay 13. Hukuk Dairesi²² ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu yeni tarihli olarak verdiği bir kararda²³, asıl sözleşmeyi alıcı olarak imzalayan ile ta-

ne kadar BK m. 404-405 gereğince, tellallık sözleşmesi, tellal ile bu sözleşmeyi imzalayan kişi arasında hak ve borç doğuran bir sözleşme ise de, **kira sözleşmesinin tellallık ücret sözleşmesini imzalayan davalının eşi ile yapıldığı, davalı ile taşınmazı kiralayan kişinin aynı soyadı taşıdığı ve tellallık ücret sözleşmesinin** yukarıda bahsedilen 5. madde hükmü dikkate alındığında, davacı emlakçının bulduğu taşınmazı davalının eşinin kiraladığını da gözetilerek, mahkemece davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken, yanlış gerekçeler ile davanın reddine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.”(Kazancı İçtihat Programı.)

²¹ Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 28.10.2008 gün ve 2008/11249-18113 sayılı ilamı ile; (... Davacı komisyoncu dava dilekçesinde, davacı satıcı ile 14.09.2007 tarihinde Akbük 186 ada 2 parselin satışı için sözleşme yaptıklarını ve alıcı adına taşınmazın intikalinin yapılmasına rağmen komisyon ücretinin ödenmediğini ileri sürerek 4.600,00 YTL için yapılan ilamsız takibe vaki haksız itirazın iptali ile takibin devamı ve % 40 icra inkar tazminatının tahsili istenilmiştir. Mahkemece, tapu kaydında dayalı hissesi 1/3 olduğu gerekçesi ile davanın kısmen kabulü cihtine gidilmiş, ayrıca davacının alacağın tamamının tahsili için yapılan takipte kötü niyetli olduğunun kabulü ile % 40 kötü niyet tazminatının tahsili cihtine gidilmiş, hüküm, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

BK. 404 /son maddesi, gayrimenkul tellallığı sözleşmesinin yazılı şekilde düzenlenmesini geçerlilik şartı olarak öngörmüş olup, **başkalarına ait taşınmazlar yönünden bu tür sözleşmeler yapılamayacağına ilişkin herhangi bir yasal düzenleme yoktur. Davada dayanan 14.09.2007 tarihli sözleşme bu haliyle geçerlidir. Davacı, bu sözleşmeye dayanarak davalının paydaşı olduğu taşınmazın satışı için gereken çalışmaları yaptığına ve üçüncü şahsa satıldığına göre davacı sözleşmede kararlaştırılan ücretten sorumludur.** Mahkemenin bu hususu göz ardı ederek davanın kısmen reddine karar vermiş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.”

²² Yargıtay 13. HD **22.1.2010 tarih ve E. 2009/10252, K. 2010/670 kararında;** “Dava emlak komisyonculuğu sözleşmesine dayanan alacak davasıdır. B.K.404 /son maddesi, gayrimenkul tellallığı sözleşmesinin yazılı şekilde düzenlenmesini geçerlilik şartı olarak öngörmüştür. Davacı tarafından sunulan “Yer Gösterme ve Komisyon Akdi” sözleşmesi dava dışı H. Ü. tarafından, kendi adı yazılmak sureti ile imzalanmış olup, davalı şirket adına imzalandığına dair bir kayıt sözleşmede bulunmadığı gibi aynı sözleşmede şirketi temsilen imza atıldığına dair bir imza ya da paraf da bulunmamaktadır. Mevcut bu olgular karşısında davaya konu taşınmaz satışına ilişkin yer gösterme davalı şirketi bağlamaz. Sözleşmedeki taşınmazı davalı şirket satın alsada dahi sorumluluğu dava dışı H. Ü. şahsen üstlenmiştir. Öyle olunca taraflar arasında geçerli bir emlak komisyon sözleşmesinin varlığından bahsedilemeyeceğinden, davanın reddine karar verilmesi gerekir.”

²³ YHGK'nun **29.9.2010 T., E. 2010/13-388, K. 2010/428 kararı;** “Tellallık sözleşmesini düzenleyen BK'nın 404 /son maddesinde gayrimenkul tellallığı sözleşmesinin yazılı şekilde yapılmış olmadıkça muteber olmayacağı açıkça hükme bağlanmıştır. Bu itibarla **tellallık sözleşmesinin yazılı olması ve taraflarca imzalanması geçerlilik şartıdır.** Davacının dayandığı sözleşmenin incelenmesinde, davalının imzasını içeren yazılı bir sözleşme yoktur. Sözleşmeyi imzalayan dava dışı eşi Nevzat Çelik'in davanın yetkili temsilcisi olduğu kanıtlanamamıştır. Davacının düzenlediği tellallık ücretine ilişkin faturaya itiraz edilmemiş olması davalı yönünden sözleşmenin geçerliliği konusunda hukuki sonuç doğurmaz. Bu durumda taraflar arasında geçerli bir sözleşmenin kurulduğundan bahsedilemez. Bu nedenle de davacı

şınmaz simsarlığı sözleşmesini imzalayan kimselerin karı koca olsa dahi, farklı kişiler olması nedeni ile simsarın ücrete hak kazanamayacağına hükmetmiştir.

Ne var ki, aynı 13. Hukuk Dairesi²⁴ ve YHGK²⁵, satıcının veya kiralayanın, bizzat kendisinin simsarlık sözleşmesini imzalamamış olması durumunda, simsarlık sözleşmesini imzalayan eş veya oğlun sözleşme gereği ücret ödeme borcu bulunacağına sonucuna ulaşmıştır.

Yargıtay Hukuk Daireleri arasındaki bu içtihat farklılığı dikkate alınarak, yapılacak olan taşınmaz simsarlığı sözleşmelerinde anılan tartışmaların önüne geçmek için, sözleşmeye, açıkça “gösterilen taşınmazın, **alıcı ve yakınları ya da alıcının or-**

geçerli olmayan bu sözleşmeye dayanarak herhangi bir hak iddiasında bulunamaz. Mahkemece değinilen bu yön gözetilerek davanın reddi gerekir.” (Kazancı İçtihat Bankası).

- ²⁴ Yargıtay 13. HD’nin 7.10.2003 tarih ve E. 2003/6425, K. 2003/11472 sayılı kararında da “Gayrimenkul tellallığı sözleşmesinin yazılı şekilde düzenlenmesi geçerlilik şartı olarak öngörülmüş olup, **başkalarına ait taşınmazlar yönünden bu tür bir sözleşme yapılamayacağına ilişkin her hangi bir yasal düzenleme yoktur. Bu sebeple kişinin tapuda annesi üzerine kayıtlı olan gayrimenkulün satışını sağlamak amacıyla gayrimenkul tellallığı sözleşmesi yapması geçerlidir.**” Yargıtay 13 HD’si 29.5.2002 tarih ve E. 2002/407, K. 2002/6360 sayılı kararında bu sonuca, satılan taşınmazın eşe ait olup, taşınmaz simsarlığı sözleşmesinin diğer eşle imzalanması durumunda da geçerli oldu sonucuna varmıştır.

“Davacı, emlak komisyoncusu olduğunu, davalı ile, davalının eşi Haluk’a ait dairenin satımı konusunda dava dışı alıcı M. Tamer bir araya getirip aralarında 28.09.2000 tarihli sözleşmenin imzalanıp, tapuda işlemler yapıldığını, davalının ücretini ödemediğini, yaptığı icra takibine de itiraz ettiğini bildirip, davalının itirazın iptaline ve inkar tazminatına hükmedilmesini istemiştir. Davalı, sözleşmenin geçersiz olduğunu, **satışa konu dairenin eşine ait olup**, bedelin yüksek gösterildiğini bildirerek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, davalının taşınmazın maliki olmadığı davacının taşınmaz maliki ile taşınmazın satımı konusunda yapılmış sözleşmede bulunmadığı gerekçesi ile dava red edilmiş; hüküm davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacının dayandığı, davalı, davacı ve taşınmazı satın alan dava dışı M. Tamer arasında yapılan 28.9.2000 tarihli sözleşme BK.404. maddesindeki şartlara uygun geçerli bir tellallık sözleşmesidir. Sözleşmede satıma konu edilen dairenin tapusu da alıcı dava dışı M.Tamer 11.10.2000 tarihinde intikal ettirildiği dosya içeriği ile sabittir. Tellal sözleşme ile üstlendiği taşınmazın satımı işini yerine getirmiştir. BK.405/1. maddesi hükmüne göre ücrete hak kazanmıştır.

Davalının satımı konu dairenin tapuda maliki olmaması sonucu değiştirmez. Zira taşınmazla ilişkin bir tellallık sözleşmesi yapılabilmesi için tellal ile bu sözleşmeyi yapan kişinin mutlaka taşınmazın maliki olması gerekmez. Yasada böyle bir hüküm bulunmamaktadır. Tellallık sözleşmesi tellal ile bu sözleşmeyi imzalayan kişi arasında hak ve borç doğuran bir sözleşmedir. Öyle olunca davalı davacıya karşı sözleşme ile yükümlendiği ücretten sorumludur. Mahkemece, yukarıdaki hususlar nazara alınarak davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.”

- ²⁵ Yargıtay HGK, 7.10.2009 tarih ve E. 2009/3-392, K. 2009/410 sayılı kararı; “ Gayrimenkul tellallığı sözleşmesinin yazılı şekilde düzenlenmesi geçerlilik şartı olarak öngörülmüş olup, **başkalarına ait taşınmazlar yönünden bu tür sözleşmeler yapılamayacağına ilişkin herhangi bir yasal düzenleme yoktur.** Davada dayanan sözleşme bu haliyle geçerlidir. Davacı, bu sözleşmeye dayanarak davalının paydaşı olduğu taşınmazın satışı için gereken çalışmaları yaptığına ve üçüncü şahsa satıldığına göre davacı sözleşmede kararlaştırılan ücretten sorumludur.”

tağı veya hakim pay sahibi olduğu ticaret şirketi tarafından alınması ya da kiralanması halinde sözleşmede belirtilen fiyat üzerinden komisyon ücreti alınacağına dair hüküm konulmalıdır²⁶.

D. Yazılı Sözleşmenin Gerekli Unsurları Kapsaması

Yazılı sözleşmenin, sımsarlık sözleşmesinin unsurlarını kapsaması gereklidir. Diğer bir ifade ile yapılacak aracılık faaliyeti sonucu ücrete hak kazanılacak sözleşmede bu unsurlar açıkça gösterilmelidir. Yargıtay 3. HD'nin kararına²⁷ konu olan bir olayda, emlak gösterme belgesi başlığı altında düzenlenen yazılı sözleşmenin, ücret şartını içermediği için geçerli olmayacağı kabul edilmiştir. Bu nedenle, gayrimenkul sımsarlığı sözleşmesinin hukuken geçerli olabilmesi için yazılı şekilde yapılması, sözleşmede içerik ve konunun gösterilmesi, borç altına girenlerin imzalarının bulunması gereklidir²⁸. Bu şart geçerlik şartıdır ve mahkemece resen nazara alınmalıdır.

²⁶ Çeker, 21. Ayrıca bkz. Yargıtay 13 HD'nin 16.5.2007 tarih ve E. 2007/2310, K. 2007/6803 sayılı kararı

²⁷ Yargıtay 3. HD'nin 12.10.2010 tarih ve E. 2010/12894, K. 2010/16291 sayılı kararı: "BK.'nın md. 404/3'e uyarınca "gayrimenkul tellallığı sözleşmesi yazılı şekilde yapılmadıkça geçerlik kazanmaz." Hükümde yer alan şekil koşulu geçerlilik şartıdır. Şekil, sözleşmenin geçerlilik şartı olarak öngörüldüğü takdirde yazılı sözleşmenin tellallık sözleşmesinin unsurlarını kapsaması gerekir. Taraflar arasında düzenlenen belge ise "emlak görme belgesi" başlığını taşımakta, sözleşme metninde ise yalnızca söz konusu taşınmazın gösterildiğinden ve ceza koşulundan söz edilmektedir. BK.'nın 404/ilk hükmüne göre tellal ücret karşılığında bir aktin icrasına aracılık etmeyi üstlenir. Bu unsurları içermeyen "emlak gösterme belgesi" olarak düzenlenen yazılı belge tellallık sözleşmesi olarak geçerli sayılamaz. Bu itibarla taraflar arasındaki hukuki ilişki tellallık sözleşmesi olarak nitelendirilemez. O nedenle davanın reddi gerekir."

²⁸ **Yargıtay 3. HD'sinin 3.2.2000 tarih ve E. 2000/413, K. 2000/795 tarihli kararı;** "Gayrimenkul tellallık sözleşmesinin hukuken geçerli olabilmesi için yazılı şekilde yapılması, sözleşmede içerik ve konunun gösterilmesi, borç altına girenlerin imzalarının bulunması gerekir. Bu şart geçerlik şartıdır ve mahkemece resen nazara alınarak davanın reddi gerekir."

Yargıtay 13. HD'nin 18.10.2005 tarih ve E. 2005/9871, K. 2005/15480 kararında; "Dava- da dayanılan 27.6.2002 tarihli sözleşmenin birinci bendinin son cümlesinde "aşağıdaki talep ettiğim şartlar oluşturulduğu takdirde sözleşme imzalayacağımı taahhüt ederim" sözleri yazıldıktan sonra aynı sözleşmenin "özel şartlar" bölümüne de "taşımazın tapusunun ipoteksiz olarak devre hazır hale getirileceği ve bedelin 195.000.000.000 TL'na indirileceği" gibi şartlar konulmuştur. Sözleşme bu haliyle bir bütün olarak değerlendirildiğinde tellallık sözleşmesi niteliğinde olmayıp ileride tellallık sözleşmesi yapılmasını belirli şartlara bağlayan bir ön sözleşme niteliğindedir. Dosya içerisindeki akit tablosu ve tapu kayıtlarının incelenmesinden davacının davaya konu taşınmazı dava dışı kayıt malikinden 27.8.2002 gününde satın aldığı ve taşınmaz üzerinde bulunan ipoteğin de bu tarihten sonra 5.9.2002 gününde terkin edildiği anlaşılmaktadır. Bu da davalı tellalın ön sözleşmeden doğan yükümünü yerine getirmediğini göstermektedir. Davalı her ne kadar dosyaya 22.6.2002 tarihli ikinci bir sözleşme sunmuş ise de bu belgede davacının imzası yoktur. Ve onu bağlamaz. Bu durumda taraflar arasında yazılı olarak yapılmış geçerli bir tellallık sözleşmesinin varlığından bahsedilmesine hukuken olanak bulunmamaktadır. BK. 404 /son maddesi hükmüne göre de tellallık sözleşmesinin geçerliliği yazılılık koşuluna bağlı tutulduğundan ve bu şartın gerçekleşmediği böylece tellalın ücrete hak kazanamadığı anlaşıldığından davacının davalıya borçlu olmadığına tespitine karar verilmesi gerekirken yazıl şekilde hüküm tesisi usul ve

IV. Yazılı Şekle Aykırılık Halinde Taşınmaz Tellalının Hakları

A. Edimlerin İfası Durumunda

BK m. 520/3'de belirtilen yazılı şekil şartına rağmen, bu şarta uyulmadan yapılan taşınmaz tellallığı sözleşmesi geçerli olmaz. Öte yandan yazılı şekilde yapılmış olmasına rağmen, sözleşme BK m. 21 uyarınca genel işlem şartları kapsamına sokularak yazılmamış sayılmak suretiyle geçersiz hale de getirilebilir. Ancak taraflar edimlerini ifa etmişse, daha sonra sözleşmenin geçersizliğini ileri sürerek ödenen ücretin iadesini talep edemezler. Zira, bu durumda şekil eksikliğini ileri sürerek iade talebinde bulunmak MK m.2/2'deki dürüstlük kuralına aykırılık oluşturur²⁹.

Gerçekten de Yargıtay'ın verdiği kararlar da bu hususu açıkça ortaya koymuştur. Yargıtay Ticaret Dairesi 03.03.1972 tarih ve 72/5927 E., 72/1045 K sayılı içtihadında, "Şekil şartı gerçekleşmemiş olmamakla beraber davalı taraf akdin icra edildiğine ve davacının tellallık ücretinin ödendiğini savunduğundan ve icra edilen bir akitte şekil eksikliği nazara alınamayacağını", kabul etmiş; bu görüş, Yargıtay 11. HD'nin 1.3.1983 tarih ve 1217 E., 1114 K. sayılı kararında; "Taraflar arasında yazılı bir taşınmaz tellallığı sözleşmesi yapılmasa bile, tellalın fiilen görevini ifa etmiş olması durumunda kendisine bunun karşılığında verilen bononun iptalinin istenmesini dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacağı" belirtilerek sürekli hale getirilmiştir.

B. Taşınmaz Simsarının Tacir Olması Durumunda

1. Genel Olarak

Emlak piyasasını düzenlemek, emlakçı ile iş sahiplerinin menfaatleri korumak amacıyla Ticaret Bakanlığı tarafından Mecburi Standartlar Tebliği yürürlüğe konulmuştur³⁰.

Emlakçıların uymakla yükümlü olduğu kurallar Tebliğin 1. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, emlakçı, Ticaret Odası veya Sanayi ve Ticaret Odası veya Esnaf Sanatkar Odası Bünyesinde kurulan Emlak Meslek Odasına kayıtlı olmalıdır.

Emlakçı, üyesi olduğu meslek odasınca onaylanmış veya kullanıma sunulmuş olan sözleşmeyi düzenleyerek müşterisine vermeli ve emlakçılık dışında herhangi bir iş yapmamalıdır. Hizmetlerin odalarca belirlenmiş ücret tarifesine veya teamüle göre sunulması, tellallık ücretinin yüzdeleri ile yer gösterme hizmeti karşılığında herhangi bir ücret talebinde bulunulamayacağına ilişkin bilgilerin müşterinin görebileceği bir yere asılması gerekmektedir.

yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir."

²⁹ Yeniocak, s.3131.

³⁰ 08 Temmuz 2003 Tarihli Resmi Gazete Sayı: 25162.

Bu hükme göre, taşınmaz simsarının esnaf ya da tacir olması zorunlu görülmemektedir.

2. Simsar Tacirse

Taşınmaz simsarlığı sözleşmesinin yazılı şekilde yapılmadığı zaman geçerli olmayacağı BK m. 520 açıkça gösterildiği gibi, Yargıtay kararlarında da kabul edilmiştir. Buna rağmen, taşınmaz simsarlığı sözleşmesinin tarafını oluşturan emlakçı (taşınmaz tellalı) tacir ise, geçerli olmayan taşınmaz simsarlığı sözleşmesine göre ücret istemese de, yaptığı aracılık faaliyetini ispat etmesi şartı ile müvekkilinden TTK m. 20 uyarınca münasip bir ücret isteme hakkına sahip olacaktır³¹. Yargıtay 11. HD'si de bu hususu tacir sıfatına sahip emlakçılar açısından açıkça hüküm altına almıştır³².

KAYNAKÇA

Sabih Arkan, Ticari İşletme Hukuku, 19. Baskı, Ankara 2014.

Cevdet Yavuz, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul 2012.

Mustafa Çeker, Yargıtay Kararları Işığında Taşınmaz Simsarlığı Sözleşmesinde Ücrete Hak Kazanma, Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran 2004.

Tamer Bozkurt, Türk Hukukunda Telallik ve Tellallığın Uygulamada Farklı Görünümleri, YL Tezi, AÜ SBE 2006.

Mustafa Reşit Karahasan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Çilt 2, İstanbul, 2002.

Umut Yeniocak, Gayimenkul Telallığı (Taşınmaz Simsarlığı) Sözleşmesinde Telalık Ücreti, İstanbul Barosu Dergisi, C.83, S.6 Yıl 2009.

³¹ Arkan, s. 188; Tamer Bozkurt, Türk Hukukunda ve Uygulamada Tellallik, Ankara, 2007, s. 159.

³² Yargıtay 11. HD'sinin 20.6.2000 tarih ve E. 2000/4982, K. 2000/5792 sayılı kararı; "BK'nın 404 /son hükmünce taşınmaz tellallığı sözleşmesinin yazılı olması geçerlik koşuludur. Olayda, taraflar arasında bu nitelikte bir yazılı sözleşme bulunmadığı için davalı emlak komisyoncusu bu sözleşme çerçevesinde ücret talebinde bulunamaz ise de, tarafların tacir olmasına ve toplanan kanıtlarla davalının davacı tarafa kiralık işyeri bulunmasında hizmet ifa etmiş olduğunun sabit olmasına göre TTK'nın 22. maddesindeki karşı tarafın ticari işletmesi ile ilgili bir iş veya hizmet görmüş olan davalının uygun bir ücret isteyebileceği hükmü gözetilerek davalıya uygun bir ücret miktarı takdir edilmelidir."

ÜRÜN KİRASİ SÖZLEŞMESİNDE KİRACININ TEMERRÜDÜ

(Default of Lessee on Usufructuary Lease Contract)

Ar. Gör. Abdülhamit YILMAZ*

ÖZET

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 2012 yılında yürürlüğe girmesi ile 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda yer alan düzenlemelerin çoğu önemli değişikliklere uğramış oldu. Bu değişiklikler borçlar hukukunun temelini oluşturan kurumların ve kavramların neredeyse hepsini etkiledi. Kira sözleşmeleri ve ürün kirası sözleşmeleri de bu değişiklikten büyük ölçüde etkilendi. Çalışmamız bu doğrultuda, tarafların borçları yanında kiracının muhtemel temerrüdü halinde ortaya çıkacak sonuçları ve bu durumda hangi hükümlerin uygulanması gerektiğini ortaya koymayı amaçlanmaktadır. Makalemizi konu itibarıyla ürün kirası sözleşmelerine hasretmeyi planlamaktayız. Yeri geldiğinde kira sözleşmeleri ile ilgili olan hükümler de etraflı bir şekilde ele alınacaktır.

Anahtar kelimeler: Türk Borçlar Kanunu, Kira sözleşmeleri, Ürün kirası sözleşmeleri, Temerrüt, Tarafların borçları

Abstract

As of the entry into force of Turkish Code of Obligations No. 6098 in 2012, most of the regulations in Code of Obligations No. 818 underwent significant changes. These changes effected almost all institutions and concepts essential for law of obligations. Lease contracts and usufructuary lease contracts got their share from this change to a large extent. In this direction, this study aims to put forth the results of a possible default of the lessee and which articles should be applied in this case well as both parties' obligations. In this article, we plan to devote our subject to usufructuary lease contracts. Whenever relevant, the provisions related to lease contracts will be considered in detail.

Keywords: Turkish Code of Obligations, Lease contracts, Usufructuary lease contracts, Default, Obligations of parties

* Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD

GİRİŞ

Sosyal alan yanında ekonomik alanda da birbirleriyle etkileşim içine giren bireylerin menfaatlerinin sağlanması önem arz etmektedir. Bu menfaatler içinde karşı taraftan beklenen edimin eksiksiz yerine getirilmesi kadar, zamanında ifası da ehemmiyetli görülmektedir. Borçlu edimini yerine getirirken gecikemeyeceği gibi, alacaklı da borçlunun zamanında ifa ettiği ya da ifasını önerdiği edimini haklı bir sebep öne sürmeksizin kabulden kaçınamayacaktır. Her iki taraf için söz konusu olabilecek zamansal ötelenmeyi hukuksal sonuca bağlayan “temerrüt” kurumu, alacaklı ve borçlu açısından Türk Borçlar Kanunu’nda farklı kısımlar altında ele alınmıştır. Alacaklının temerrüdü, ikinci bölümün ilk kısmında, ‘Borçların İfası’ başlığı altında ele alınırken; borçlunun temerrüdü, aynı bölümün ikinci kısmında, ‘Borçların İfa Edilmemesinin Sonuçları’ başlığı altında genel olarak düzenlenmiştir.

‘Ürün Kirası Sözleşmesi’ semere verme kabiliyetini haiz birçok gayrimenkul ve menkul değer münferiden ya da birlikte kiraya verilmesini ve aynı zamanda işletilmesini konu edinmektedir¹. Kira sözleşmeleri (adi kira) de dâhil olmak üzere birçok sözleşmeye göre oldukça yüksek meblağları gündeme getiren ürün kirası sözleşmesinde² temerrüt kurumunun incelenmesi ve buna bağlanan sonuçların net bir şekilde ortaya konulması yararlı olacaktır. Çalışmamızda yeri geldiğinde ürün kirası sözleşmesi taraflarının hak ve borçlarına değinmekle birlikte, konumuzu ürün kirası kiracısının temerrüdüne hasretmeyi planlamaktayız.

Konunun detayına geçmeden önce ürün kirası sözleşmesinin hukuki niteliğini ortaya koymamız, çalışmamız açısından faydalı olacaktır. Ürün kirası sözleşmesi, tarafların karşılıklı iradeleriyle kurulan, ivazlı, tam iki tarafa borç yükleyen ve sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşmedir³. Kiracının temerrüdü halinde, temerrüt hükümlerinden yararlanacak olan kiraya veren, sözleşmenin karşılıklılık niteliğine binaen seçimlik haklarını kullanabilir. Ancak ürün kirasının sürekli borç ilişkisi doğurması nedeniyle kiraya veren, seçimlik hakkı olan aynen ifadan vazgeçerek tazminat talep edemez (TBK m. 126). Kiraya veren aynı zamanda temerrüdün genel sonucu

¹ **Cansel**, Erol; İsviçre Hukuku, Fransız Hukuku ve Alman Medeni Kanunu ile Mukayeseli olarak Türk Hukukunda Hasılat Kirası, Desen Matbaası, Ankara, 1953, s.2,4; **Arkan Serim**, Azra; Hasılat Kirasında Tarafların Hak ve Borçları, Beşir Kitabevi, İstanbul, 2010, s.2; **Yavuz**, Cevdet/**Acar**, Faruk/**Özen**, Burak; Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Beta Yayınları, Yenilenmiş 11. Baskı, İstanbul, 2012, s.313-316

² **Arkan Serim**, s.2;

³ **Şahin**, Ayşe; Hasılat Kirası Sözleşmesinin Ayırt Edici Unsurları ve Tabi Olduğu Yasa Hükümleri, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, c.2, s.1398; **Cansel**, s.1-2; **Altaş**, Hüseyin; Hasılat ve Şirket Kirası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s.75; **Arkan Serim**, s.1-5; **Eren**, Fikret; Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s.452-453

olan aynen ifa ve gecikme tazminatını talep edebilir. Ürün kirası sözleşmesinin sürekli borç doğurmasına bağlı diğer bir sonuç ise, eğer ki taraflar edimlerini yerine getirmeye başlamışlarsa, artık sözleşme ileriye dönük olarak (feshih) sona erdirilebilir⁴. Temerrüde bağlı olarak kiraya verenin sözleşmeye son vermesinin özel olarak düzenlendiği TBK m. 362 ve önemli nedenlerle feshin düzenlendiği TBK m. 369, ürün kirasında olağanüstü feshin örneklerini teşkil etmektedir. Kiracının borçlarından temerrüde düşmesi halinde öncelikli olarak ilgili maddeler (TBK m. 362-369) uygulanacak, temerrüde ilişkin genel hükümler ise tamamlayıcı işlev görecektir.

I. Olumlu ve Olumsuz Edimler Açısından Temerrüt

Hukuki ilişki içine giren taraflar, hukukun kendilerine çizdiği sınırlar içerisinde farklı nitelikte edimler taahhüt edebilmekte ve bu taahhütlerinin gereğini yerine getirmektedirler. Borçlar hukuku alanında bu edimler muhtelif tasniflere tabi tutulmaktadır. Bu tasniflerden biri de, edimleri konu itibarıyla farklılıklarından hareketle sınıflandıran “olumlu – olumsuz edimler” ayrımıdır⁵. Olumlu edimler açıklanırken borçlunun aktif olarak davranışta bulunma gerekliliğinden hareket edilmekte, dolaısıyla verme edimleri de bu kategoriye sokulmaktadır. Görüldüğü gibi, borçlu edimin ifası sürecine olumlu bir şekilde katılmakta ve geniş anlamda yapma borçları, verme edimlerini de kapsayacak şekilde ‘olumlu edim’ olarak nitelendirilmektedir⁶. Ürün kirası sözleşmesinde kiracının borçlarından, kiralananı işletme borcu yapma borçlarına, kira bedelini ve yan giderleri ödeme borcu ve kiralananı iade borcu ise verme borçlarına örnek olarak sayılabilir. Kiracının bu borçları, bu nitelikteki diğer

⁴ **Seliçi**, Özer; Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1977, s.210, 213-214; **Oğuzman**, M.Kemal/ **Öz**, M.Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Vedat Kitapçılık, 11.Bası, İstanbul,2013, s.528; **Buz**, Vedat; Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Tıpkı Basım, Yetkin Yayınları, 2014, Ankara, s. 320; **Tekinay**, Selahattin Sulhi/ **Akman**, Sermet/ **Burcuoğlu**, Haluk/ **Altop**, Atilla; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, 7.Baskı, İstanbul, 1993, s.965;

⁵ **Tunçomağ**, Kenan; Borçlar Hukukunun Genel Esasları, Özel İktisadi ve Ticari İlimler Yüksek Okulu Yayınları, İstanbul, 1971, s.24; **Antalya**, Gökhan; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, 2.Baskı, İstanbul, 2013, s.35-37; **Oğuzman/ Öz**, s.6-7; **Kocayusufpaşaoğlu**, Necip, (Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı); Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Filiz Kitabevi, 6. Bası, İstanbul, 2014, C.1, s.35; **Eren**, Fikret; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 16.Baskı, Ankara, 2014, s.102; Konuyu açıklayan kimi yazarlar olumlu – olumsuz edimler ayrımından ziyade, borçlunun ediminin bir şeyi yapma, bir şeyi verme ya da bir şeyi yapmama şeklinde olabileceğini belirtmektedirler. Bu yazarlar verme borçlarını, yapma borçları ile birlikte olumlu edimler içinde değil de, münferit olarak zikretmektedirler. bkz. **Feyzioğlu**, Feyzi Necmeddin; Borçlar Hukuk Genel Hükümler, Fakülteler Matbaası, Yenilenmiş 2.Bası, İstanbul, 1976, C.1, s.18; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.9

⁶ **Feyzioğlu**, c.1, s.18; **Antalya**, s.35; **Kocayusufpaşaoğlu**, s.35; **Tunçomağ**, s.24; **Eren**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.102; **Oğuzman/Öz**, s.6; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.9

borçları ile birlikte, kiracının yerine getirmekle yükümlü olduğu 'olumlu edimleri' meydana getirecektir⁷.

Yukarıda bahsettiğimiz ayırımın diğer kısmını da 'olumsuz edimler' oluşturmaktadır. Sözleşmelerde kimi zaman sadece olumlu edimler yer alırken, kimi zaman da olumlu ve olumsuz edimler bir araya gelerek tarafların borçlarını meydana getirirler⁸. Nasıl ki olumlu edimlerde, borçlu tarafın bir yapma veya verme şekline bürünen aktif olma borcu mevcut ise, olumsuz edimlerde bu durumun tam tersi, yani borçlunun pasif kalarak borcunu ifa etmesi söz konusu olmaktadır. Doktrinde genel olarak olumsuz edimler de kendi içinde ikiye ayrılarak açıklanmaktadır. Borçlu, yapmama edimi ile yükümlülük altında bulunabileceği gibi, katlanma edimi de borcun konusunu oluşturabilir. Yapmama ediminde borçlu ya sözleşme gereği, dolayısıyla kendi iradesi ile bu yükümlülük altındadır; ya da kanun bu nitelikte bir edimi borçluya yüklemektedir. Katlanma ediminde ise borçlu, kendi yetki alanına yapılacak bir müdahale karşısında sessiz kalmayı, ona karşı koymamayı ve dolayısıyla bu müdahaleye katlanmayı taahhüt etmektedir⁹. Ürün kirasında kira konusu ticari işletmenin maliki (kiraya veren), sözleşmeden beklenen menfaatlerin sağlanması için kiracının aleyhine olacak faaliyetlerde bulunmamalı, dolayısıyla rekabet etmemelidir. Somut olayın özelliklerine göre, bu nitelikteki bir yapmama edimi (rekabet etmeme borcu) kiracı açısından da söz konusu olabilir¹⁰. Diğer yandan ürün kirası kiracısına kanun gereği katlanma edimi yüklenmiştir. TBK m. 358 atfıyla,¹¹ kira sözleşmesinin genel hükümlerinde düzenlenen 319. maddedeki kiracının, bakım, satış ya da sonraki kiralama için kiralananın gösterilmesine katlanma edimi, ürün kiracısı için de söz konusu olacaktır¹².

Olumlu edimler açısından, temerrüt hükümlerinin uygulanması noktasında şüphe yoktur. Yapma veya verme edimlerinde gecikmesi halinde, kural olarak temerrüt hükümleri gündeme gelebilecek ve dolayısıyla tarafların edim menfaatleri yerine getirilecektir¹³. Ancak temerrüdün sonuçlarından olan aynen ifa ve gecikme

⁷ Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.102; Feyzioğlu, c.1, s.18; Antalya, s.35; Oğuzman/Öz, s.6; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.9; Kocayusufpaşaoğlu, s.35; Tunçomağ, s.24; Arkan Serim, s. 85, 91, 130; Cansel, s.93, 94

⁸ Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.105; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.9; Oğuzman/Öz, s.7

⁹ Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.103-105; Oğuzman/Öz, s.7; Feyzioğlu, c.1, s.18; Tunçomağ, s.24; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.9; Kocayusufpaşaoğlu, s.37; Antalya, s.35-37

¹⁰ Arkan Serim, s.83-84; Altaş, s.184-186

¹¹ Sağlam, İpek; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Ürün Kirası Sözleşmesine İlişkin Olarak Getirilen Değişiklikler, Prof. Dr. Mustafa DURAL'a Armağan, İstanbul, 2013, s. 1017

¹² Arkan Serim, s.126-127; Antalya, s.37; Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, s.382-384; Yavuz, Cevdet/ Acar, Faruk/ Özen, Burak, s.220-221

¹³ Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.1090-1091

tazminatı talebi, yapma borçları açısından farklılık arz etmektedir. Yapma borcunda temerrüt gündeme geldiği takdirde, alacaklının aynen ifa talebi, TBK m. 113.madde de alacaklıya bahsedilen imkân nedeniyle¹⁴, yerini ikame icra talebine bırakabilecektir. Bu noktada önemli olan, yapma veya verme borcunda meydana gelen gecikmenin imkânsızlığa yol açmamış olması gerekliliğidir. Nitekim temerrüdün şartlarından biri, aynen ifanın hala mümkün olmasıdır. Aksi takdirde, edimin ifasında söz konusu olan gecikme, imkânsızlık hükümlerinin uygulanmasını gündeme getirir¹⁵. Ürün kirası kiracısının kira bedelini ve yan giderleri ödeme borcunu zamanında ifa etmemesi¹⁶, kiralananı işletme borcuna zamanında başlamaması¹⁷, kural olarak imkânsızlıktan ziyade temerrüde neden olacaktır.

Borçlunun, olumsuz edim niteliğindeki yapmama veya katlanma borçlarına aykırı davranışı, olumlu edimlere göre farklılık arz eder. Olumsuz edimlerde söz konusu borca aykırılığı müteakiben aynen ifanın alacaklı tarafında talep edilebilmesi, dolayısıyla temerrüt hükümlerinin uygulanması mümkün gözükmemektedir¹⁸. Bu durumda, söz konusu yapmama borcu açısından imkânsızlık hükümleri gündeme gelecektir. Ürün kirası kiracısının, kiraya verenin diğer ticari işletmeleri ile rekabet

¹⁴ TBK m.113/1: “Yapma borcu, borçlu tarafından ifa edilmediği takdirde alacaklı, masrafı borçlu-ya ait olmak üzere edimin kendisi veya başkası tarafından ifasına izin verilmesini isteyebilir; her türlü giderim isteme hakkı saklıdır”. Bu hüküm, kesin vadeli işlemler kategorisinde değerlendirilen, dolayısıyla yerine getirilmemesi nedeniyle artık telifisi mümkün olmayan yapma edimlerinde uygulanamayacaktır. Bu durumda alacaklının zararının imkânsızlık hükümleri çerçevesinde tazmini gerekmektedir. Bkz. **Serozan**, Rona, (Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı); Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 6. Bası, İstanbul, 2014, C.3, s.223; **Tunçomağ**, s.361; Diğer yandan alacaklının hareket kabiliyetinin TBK 113/1 ile sınırlandırılmaması gerektiği, işin başka biri tarafından görülebileceği durumlarda bile, sübjektif imkansızlık hükümlerine gidilerek doğrudan müspet zararın tazmin edilmesi gerektiği yönünde, bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.923

¹⁵ **Tunçomağ**, s.361; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.912; **Oğuzhan/Öz**, s.479-480; **Barlas**, Namiş Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1992, s.16-17; **Eren**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.1090,1092; **Serozan**, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s.216; **Feyzioğlu**, Feyzi Necmeddin; Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1969, C.2, s.201-202

¹⁶ Kiracının, kira bedeli ve yan giderleri ödeme borcunda gecikmesi, imkansızlığa neden olmaz. Günümüz şartlarında paranın tedavül ve tedarik edilebilme kabiliyeti göz önüne alındığında, kural olarak para borçlarında imkansızlık söz konusu olamayacaktır. Borçlunun mali gücündeki yetersizlik nedeniyle borcunu ifa edemeyecek olması, imkansızlık olarak değerlendirilmemesi yönünde bkz. **Barlas**, s.18-20; **Oğuzman/Öz**, s.386-387

¹⁷ İlgili bölüme bkz. (IV.2. İşletme borcu açısından temerrüt)

¹⁸ TBK 113/3’te, yapmama borcu alacaklısına, borca aykırı durumun ortadan kaldırılmasını veya bu konuda masrafi borçluya ait olmak üzere kendisinin yetkili kılınmasını isteyebilme imkanı verilmiştir. Bu hüküm, TBK 113/1’de yer alan aynen ifa imkanının yapmama borçlarındaki görünümünü teşkil ettiği düşünülebilir. Ancak buradaki durum, yapmama borcuna riayet edilmemesi nedeniyle, ortaya çıkan durumun bertaraf edilmesinden ibarettir; dolayısıyla aynen ifa niteliğini kabul etmek mümkün gözükmemektedir. bkz. **Oğuzman/Öz**, s.390-391

etmeme borcuna¹⁹ aykırı davranması halinde, “aynen ifa” ancak tarafların iradesi o yönde olursa, sözleşmenin kalan kısmı için bakidir. Geride bırakılan zaman dilimi için artık borca aykırılığın sonuçlarının ortadan kaldırılabilmesi “aynen ifa” kapsamında mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla kiracının yapmamakla yükümlü olduğu bir şeyi yapması, imkânsızlığı gündeme getirecektir²⁰. Aynı şekilde ticari işletme kirası söz konusu olduğunda, sözleşmenin niteliği gereği, kiracının kiraya verene ait sırları ifşa etmemesi gerekir. Kiracının bu yapmama borcuna aykırı davranışı, hem sözleşmenin geriye kalan kısmı için hem de geçmişte kalan kısmı için “aynen ifa” imkânını ortadan kaldırmaktadır. Görüldüğü üzere kiracının, kiraya verene ait sırları ifşa etmeme borcuna aykırı davranması halinde de, zararın imkânsızlık hükümlerine göre tazmini gerekmektedir²¹.

II. Yükümlülükler Açısından Temerrüt

Sözleşme ilişkisi içine giren tarafların yerine getirmek zorunda oldukları muhtelif yükümlülükler mevcuttur. Bu yükümlülükler açıklanırken doktrinde farklı tasnifler benimsenmektedir. Yükümlülükler açısından temerrüde değinmeyi amaçladığımız bu bölümde, “edim yükümlülükleri ve yan yükümlülükler” ayrımını benimsemeyi konumuz açısından uygun görmekteyiz²².

Tarafların edim yükümlülükleri, asli edim yükümlülüğü ve yan edim yükümlülüğü şeklinde bir ayrıma tabi tutulmaktadır. Bir edim yükümlülüğünün asli mi yan mı olduğunu belirlemenin pratik faydası, ait oldukları sözleşmenin türünü, niteliğini, tipini; daha doğrusu omurgasını belirlememize yardımcı olmasıdır. Asli edim yükümlülükleri, ait olduğu sözleşmeye karakterini veren, onun tipini belirleyen edim yükümlülükleridir. Yan edim yükümlülüklerinden ve yan yükümlülüklerden

¹⁹ Altaş, s.202-203; Arkan Serim, s.129-130;

²⁰ Oğuzman/Öz, s.479, 390-391; Tandoğan, Haluk; Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları, 1961, Ankara, s.470; Serozan; İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s.222; Yapmama borçlarına aykırılık durumunda temerrüdün uygulanmayacağı yönünde bkz. Önen, Turgut; Karşılıklı Borç Doğuran Sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdüyle İlgili Genel Mahiyetteki Hükümler, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, 1975, s. 35; Yapmama borçlarında temerrüt hükümlerinin uygulanabileceği görüşü için. bkz. Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s.924; Tunçomağ, s.362;

²¹ Oğuzman/Öz, s. 479; Her ne kadar yapmama borçlarına riayet edilmediğinde, TBK 113/3 gereği masrafı borçluya ait olmak üzere alacaklıya borca aykırı durumun ortadan kaldırılması imkanı tanınmış olsa da, bu hüküm yapmama borçlarının tümüne hitap etmemektedir. Rekabet etmeme borcuna aykırı davranıldığında, TBK 113/3 gereği mahkeme kararı alınarak rekabet edilen işletmenin kapatılması sağlanabilir. Ancak, sır ifşa etmeme borcuna aykırı davranıldığında, TBK 113/3 gereği ifşa edilen sırların tekrar geri alınması, eski halin sağlanması mümkün değildir. Ancak sırları ifşa edilen taraf, TBK 113/2 gereği zararının tazminini talep edebilir. Oğuzman/Öz, s.390-391; Serozan, Rona; İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s.13

²² Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.31-39; Antalya, s. 11-14; Buz, s.112

bağımsız bir şekilde aynen ifası talep ve dava edilebilmektedir²³. Ürün kirası kiracısının asli edim yükümlülüklerini, kiralananı işletme borcu ile kira bedelini ve yan giderleri ödeme borcu oluşturmaktadır. Kiraya verenin asli edim yükümlülüğü ise, “kiralananı sözleşmenin amacına uygun biçimde kullanılmaya ve işletilmeye elverişli bir durumda kiracıya teslim etme ve sözleşme süresince bu durumda bulundurma yükümlülüğü” olarak karşımıza çıkmaktadır²⁴. Ürün kirası sözleşmesi iki tarafa tam borç yükleyen bir sözleşme niteliğini haiz olduğundan, kiracının ve kiralayanın bu asli edim yükümlülükleri, karşılıklılık ilişkisi içindedirler²⁵.

Asli edim yükümlülüklerinin bu derecede önemli ve sözleşmenin karakterinde belirleyici olması, başka edim yükümlülüklerinin sözleşmelerde bulunamayacağı anlamına gelmez. Taraflar açısından asıl öneme sahip bu edim yükümlülükleri yanında, tali önemi haiz edim yükümlülükleri de sözleşmede yer alabilir. Yan edim yükümlülükleri olarak adlandırdığımız bu edim yükümlülükleri, kanundan veya dürüstlük kuralından kaynaklanabileceği gibi, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde taraflarca da kararlaştırılabilir. Bu edim yükümlülükleri, asli edim yükümlülüklerinin yerine getirilmesine, dolayısıyla tarafların ifa menfaatlerinin sağlanmasına hizmet ederler. Bir sözleşmede asli edim yükümlülüğü öngörülmezsizin yan edim yükümlülüğünün mevcudiyetinden bahsedilemez; dolayısıyla yan edim yükümlülüğü asli edim yükümlülüğüne bağlı ve ona göre tali niteliktedir. Ancak, yan edim yükümlüsünün muhatabı olan alacaklının, bu edimin yerine getirilmesinde asli edimden bağımsız olarak çıkarı vardır. Bu nedenle alacaklı, asli edimden bağımsız olarak yan edimin aynen ifasını talep ve dava edebilecektir²⁶. Kanun gereği (TBK m. 365) ürün kiracısına yüklenen bakım borcu, yan edim yükümlülüğüne örnektir²⁷. Diğer bir örnek, TBK m. 358’de belirtilen atıf gereği ürün kirası sözleşmelerinde de cari olan komşulara saygı gösterme yükümlülüğüdür (TBK m. 316/I). Bu yükümlülük de ürün kirası kiracısının yan edim yükümlülüğü niteliğindedir²⁸. Ürün kirasında her iki taraf için de söz konusu olabilecek rekabet etmeme borcu, yan edim yükümlülüğünün olumsuz edim niteliğinde olabileceğine örnek teşkil etmektedir²⁹.

²³ **Antalya**, s.11; **Eren**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.31-32; **Buz**, s.113

²⁴ **Eren**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, s.451, 457; “Asli edim yükümlülükleri, tipik sözleşmelerde o hukuki ilişkiyi düzenleyen özellikte tanım niteliğindeki hukuk kuralı içinde yer alır.” bkz. **Antalya**, s.11. Dolayısıyla ürün kirası sözleşmesinin tanımı gereği (TBK m.357), tarafların asli edimlerinin yukarıda açıklanan doğrultuda olması gerekmektedir.

²⁵ **Eren**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 32; **Eren**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, s.451; **Antalya**, s.11

²⁶ **Eren**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.32-37; **Antalya**, s.12; **Buz**, s.113

²⁷ **Eren**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.35

²⁸ **Sağlam**, s.1017; **Arkan Serim**, s. 121-122; **Eren**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.35; **Antalya**, s.12

²⁹ **Eren**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.35

Tarafların edim yükümlülüklerinde aynen ifa talebine sahip olmaları nedeniyle, her iki edim yükümlülüğü açısından temerrüt söz konusu olur. Asli edim yükümlülüğünü yerine getirmeyen borçluya karşı alacaklı, TBK m. 125'te öngörülen seçimlik haklarını ve bilhassa sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir. Yan edim yükümlülüğünde de bağımsız olarak aynen ifa talep edilebildiği için temerrüt gündeme gelebilir³⁰. Ancak bilindiği gibi, TBK m. 125'te alacaklıya ek olarak tanınan seçimlik hakların kullanılabilmesi için borçlunun geciktiği edim yükümlülüğünün, sözleşmenin karşılıklılık (synallagma) ilişkisi içinde yer alması gerekmektedir. Sözleşmedeki karşılıklılık ilişkisini ortaya koyan asli edim yükümlülükleri açısından bir problem yoktur. Yan edim yükümlülüklerinde ise hukuki durum farklılık arz etmektedir. Borçlunun ifasında temerrüde düştüğü yan edim yükümlülüğü, eğer ki sözleşmenin karşılıklılık (synallagma) ilişkisi içinde değerlendirilebiliyorsa, alacaklı TBK m. 125'te öngörülen ek seçimlik haklarını kullanabilecek, dilerse sözleşmeden dönebilecektir. Aksi takdirde, yan edim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi, temerrüde vücut vermekle beraber sonuçları açısından alacaklı aynen ifa ve gecikme tazminatı talebi ile yetinmek zorunda kalacaktır. Yan edim yükümlülüğünün sözleşmenin karşılıklılık ilişkisi içinde olup olmadığı ise tarafların iradelerine göre veya somut olayın özelliklerine göre belirlenmelidir. Yapılacak değerlendirme sonucunda, yan edim yükümlülüğü asli edime göre ikincil nitelikte olmayıp ona sıkı sıkıya bağlı ise; yan edim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi asli edimin ifasını imkânsız kılıyor veya ondan beklenen menfaati ortadan kaldırıyorsa, bu durumda söz konusu yan edim yükümlülüğü, sözleşmenin karşılıklılık ilişkisi içerisinde kabul edilir³¹. Ürün kirası kiracısının teslim alma borcu, sözleşmenin karşılıklılık ilişkisi içinde nitelendirilebilecek³² bir yan edim yükümlülüğüdür. Ürün kirası kiracısının sözleşmeye karakterini veren asli edimi, kiralananın işletilmesidir. İşletme borcunun yerine getirilebilmesi için olmazsa olmaz husus, kiralananın fiili hâkimiyetinin kiracıda olmasıdır. Dolayısıyla, kiracının işletme borcu ile sıkı sıkıya temas içinde olan teslim alma borcu, alelade bir yan edim yükümlülüğü olmayıp, ürün kirası sözleşmesinin karşılıklılık ilişkisi içinde değerlendirilmesi gereken bir yan edim yükümlülüğüdür. Kiracının teslim alma borcunda temerrüde düşmesi halinde kiraya veren, TBK m. 125 gereği kendisine bahsedilen aynen ifadan vazgeçip müspet zararın tazmini ya da sözleşmeden dönme ve menfi zararın tazmini seçimlik haklarını kullanabilmelidir.

Yükümlülükler açısından kabul ettiğimiz ayrımın diğer tarafında yan yükümlülükler bulunmaktadır. Borç ilişkisinde yer alan edim yükümlülükleri dışında kalan yükümlülükler, yan yükümlülükler olarak karşımıza çıkmaktadır. Yan yükümlülük-

³⁰ Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.32, 34; Buz, s.114

³¹ Buz, s. 114-115; Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.34; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.962

³² Arkan Serim, s. 84

ler de kendi içerisinde ‘ifaya yardımcı yan yükümlülükler’ ve ‘koruma yükümlülükleri’ olarak ikiye ayrılmaktadır. Yan yükümlülükler kanun tarafından öngörülebileceği gibi, dürüstlük kuralından veya tarafların iradelerinden kaynaklanabilir. Bunlar edim yükümlülüklerin ifasına hizmet etmekle beraber, asli edime bağımlı nitelik taşırlar. Dolayısıyla asli edim yükümlülüklerinden bağımsız olarak aynen ifası mümkün değildir³³. Yan yükümlülüğüne aykırı davranan taraf, karşı tarafın zararını karşılamak zorundadır. Yan yükümlülüğün muhatabı olan taraf da aynen ifayı talep edemeyecek ve aykırılık sonucunda oluşan zararın tazmini ile yetinecektir. Dolayısıyla aynen ifa niteliğini haiz olmayan yan yükümlülüklerinde temerrüitten bahsetmek mümkün gözükmemektedir. Nitekim temerrüdün olmazsa olmaz şartlarından biri, aynen ifanın hala mümkün olmasıdır³⁴.

III. Ürün Kirası Kiracısının Borçları Açısından Temerrüt

1. Teslim Alma Borcu Açısından Temerrüt

Ürün kirası sözleşmesinde kiralananın teslimi borcu kiraya veren tarafa yüklenmiş iken, kiralananın kiracı tarafından teslim alınmasının bir borç olup olmadığı hususu düzenlenmemiştir³⁵. Bu konunun açıklığa kavuşturulmasındaki pratik fayda, kiracının kiralananı teslim alma fiilinden imtina etmesine bağlanan hukuki sonuçlar noktasında ortaya çıkmaktadır. Nitekim kiracının böyle bir borç altında olduğunun kabul edilmesi kiraya verene, alacaklı temerrüdü yanında borçlu temerrüdü hükümlerini işletme imkânı sağlayacaktır.

Alacaklının temerrüdü, Türk Borçlar Kanunu’nun 106 -110. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Borçlu, taahhüt ettiği edimi yerine getirmeye hazır olmasına rağmen, alacaklı haklı bir sebep olmaksızın ifayı kabulden kaçınmakta ya da edimin ifası için üzerine düşen hazırlıkları yapmamaktadır³⁶. Borçlunun temerrüdünde olduğu gibi alacaklının temerrüdünde de edimin ifası gecikmekte; ancak söz konusu gecikmeye borçlu değil, alacaklı sebep olmaktadır. Bu noktada önemli olan, borçlunun ifasını tamamlayabilmesi için alacaklının ifaya katılmasının gerekliliğidir. Eğer ki alacaklının ifaya katılması bir hak ya da külfet derecesinde kalıyorsa, dolayısıyla alacaklıya yüklenebilecek bir borç niteliği taşımıyorsa, söz konusu gecikme alacaklının

³³ **Eren**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.37-39; **Antalya**, s.12-13; **Buz**, s.113

³⁴ **Eren**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.37; **Buz**, s.115;

³⁵ **Arkan Serim**, s. 84

³⁶ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.837; **Serozan**; İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s.143; **Tunçomağ**, s.311; **Koç**, Nevzat; İsviçre-Türk Hukukunda Alacaklının Temerrüdü, DEÜ-HF Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, Ankara, 1992, s.6; **Feyzioğlu**, c.2, s.118; **Eren**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.1010; **Oğuzman/Öz**, s.361-362; **Üçer**, Mehmet; Roma Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Alacaklının Temerrüdü (Mora Creditoris), Doktora Tezi, Ankara, 2006, s. 15

temerrüdüne yol açacaktır³⁷. Nitekim kural olarak alacaklı, kendisinden beklenen yükümlülükleri karşı tarafın menfaatine uygun bir şekilde yerine getirdiği takdirde, borçlunun edimini kabul etmek zorunda bırakılmamalıdır. Ancak, alacaklıya bu özgürlük sağlanmakla birlikte menfaatler dengesinin temini açısından, borçlunun da yükümlülüklerinin hafifletilmesi gerekmektedir. Çünkü borçlunun kendi rızasına aykırı olarak söz konusu borç ilişkisi ile bağlı tutulması, söz konusu menfaatler dengesine aykırılık teşkil eder. Bu dengenin sağlanması noktasında borçluya, alacaklı temerrüdü hükümlerini işletme imkânı verilmiştir. Sözleşmenin niteliğine göre borçlu, sözleşme konusu şeyi tevdi hakkını, satma hakkını veya sözleşmeden dönme hakkını kullanabilecektir³⁸. Dolayısıyla alacaklı temerrüdü sayesinde borçlu, tamamlanması gereken ifa sürecinde alacaklının keyfi tutumundan kurtarılmakta ve kanun tarafından sağlanan imkânlar ile sorumluluğu hafifletilmektedir.

Yapma ve verme (olumlu edimler) borçlarında kural olarak ifa süreci, edimin alacaklı tarafından kabul edilmesi ile tamamlanır. Ancak, yapmama borçlarında (olumsuz edimler) ifa sürecinin tamamlanmasında alacaklının borçluya işbirliği yapması, ifaya katılması söz konusu değildir. Borçlunun yükümlü olduğu yapmama borcunun gereklerini yerine getirmesi ile ifa süreci tamamlanır. Dolayısıyla, yapmama borçlarında alacaklının temerrüdü söz konusu olmamaktadır³⁹.

Alacaklının ifaya katılması hususu, her daim bir hak veya külfet olarak nitelendirilmeyebilir. Kanun gereği⁴⁰ ya da sözleşmenin içerdiği edimler ve dürüstlük kuralı çerçevesinde bu edimlerden beklenen menfaat gereği,⁴¹ alacaklının ifaya katılması bir borç olarak karşımıza çıkabilir. Böylesi bir borç altında olan alacaklının kendisine yöneltilen edimi kabulde gecikmesi, yalnızca alacaklı temerrüdüne değil borçlu temerrüdüne de yol açmalıdır⁴². Her ne kadar kanunda, ürün kirası kiracısı-

³⁷ Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 145-146; Tunçomağ, s.311; Tandoğan, Türk Mesuliyet Hukuku, s.521-522; Feyzioğlu, c.2, s.118-119; Alacaklının ifaya katılma hareketlerinin külfet olduğu yönünde bkz. Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.45,1012; Koç, s.60, 62; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop, s.31-32, 837; Serozan, Rona; Borçlar Hukuku Özel Bölüm, 2.nci Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006, s.168

³⁸ Tunçomağ, s.311; Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s.146; Üçer, s.57-58, 73

³⁹ Koç, s.42, 93; Feyzioğlu, c.2, s.119; Oğuzman/Öz, s.361-362; Tunçomağ, s.311; Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.1011; Üçer, s.10, 66; Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s.142

⁴⁰ TBK 232.md gereği, satış sözleşmesinde alıcının kendisine sunulan satılanı kabzetmekle yükümlü tutulması; TBK 389.md gereği, ivazlı karz akitlerinde ödünç alana yüklenen tesellüm etme yükümlülüğü; TBK 475 ve 486.md gereği, eser sözleşmesinde iş sahibinin eseri kabul etme ile yükümlü tutulmuş olması bkz. Koç, s.62-66; Üçer, s.34-39;

⁴¹ "Alacaklının ifayı kabul etme ödevi (obliegenheit), alacaklıya bir yükümlülük yüklemeyiz. Ödevin bir yükümlülük doğurması ve böylece edimin bir unsuru haline gelmesi, sadece iki şekilde mümkün olabilir: tarafların iradesi ve dürüstlük kuralı" için bkz. Üçer, s.73; Oğuzman/Öz, s.363, dnt.367

⁴² Oğuzman/Öz, s.362; Koç, s.62, 76; Feyzioğlu, c.2, s.118-119, dipnot.141; Tekinay/Akman/

nın kiralananı teslim alma borcundan bahsedilmemiş olsa da, böyle bir yükümlülük altında olduğunun kabulü gerekir. Nitekim ürün kirası kiracısının teslim alma fiili, ürün kirası sözleşmesinin niteliği gereği bir borç olarak karşımıza çıkmaktadır. Kira sözleşmesindeki kiracı, kira bedelini ödediği takdirde, kiralananın teslim alınmasında kiraya verenin özel bir menfaati yoksa kiralananı teslim alma borcu altında değildir. İfaya katılmama kiracı açısından bir kabul yükümlülüğünün yerine getirilmemesi değil, bir hakkın kullanılmamasını gündeme getirir. Nitekim kural olarak, kira bedeli ödenmesi kaydıyla, kiralananın dolaysız zilyetliğinin kiracıya sağlanmasında kiraya verenin menfaati gözükmemektedir⁴³. Ancak ürün kirası sözleşmesinde kiraya verenin menfaati, kira sözleşmesindeki kiraya verene nazaran farklılık arz etmektedir. Onun menfaati sadece kira bedeline yönelik değil, aynı zamanda kiralananın işletilmesine ve verimliliğinin sağlanmasına yöneliktir. Kiracıya yüklenen kiralananın işletilmesi borcunun yerine getirilmesi için ister istemez kiralananın fiili hâkimiyetinin kiracıya intikali gerekmektedir. Kiraya veren tarafından kendisine yöneltilen bu edimin ifasını, kiracı kabul etmekle yükümlüdür. Ürün kirası kiracısının teslim alma fiili, artık bir hak ya da külfet olmaktan çıkmakta, bir borç niteliğine bürünmektedir. Kiralananın ürün kirası kiracısı tarafından teslim alınmasında, kiraya verenin açık bir menfaati vardır. Nitekim bu menfaat, ürün kirasını kanunda düzenlenen diğer kira sözleşmelerinden ayırt etmektedir.

Kira sözleşmesinden farklı olarak ürün kirası kiracısının ifaya katılması, artık bir hak ya da külfet değil, kendisine yüklenen bir borç niteliğindedir. Bu durumda doktrinde benimsediğimiz görüşe göre⁴⁴, ürün kirası kiracısının kiralananı teslim alma borcunda temerrüde düşmesi halinde, hem alacaklı temerrüdünün hem de borçlu temerrüdünün oluştuğunu kabul etmekteyiz. Sonuç olarak kiraya veren, teslim alma borcu açısından alacaklı temerrüdü yanında borçlu temerrüdü hükümlerini ürün kirası kiracısı aleyhinde işletebilecektir. Ürün kirası kiracısının teslim alma borcunun, sözleşmenin niteliği gereği karşılıklı ilişki içerisinde yer alan bir yan edim yükümlülüğü olması,⁴⁵ TBK m. 125'te belirtilen seçimlik hakların kapısını kiraya

Burcuoğlu/Altop, s.837; **Üçer**, s.42; **Serozan**, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s.146; alacaklıya yüklenen kabul yükümlülüğünün aslında onun alacaklı sıfatından değil, karşılıklı sözleşmelerde aynı zamanda borçlu sıfatını haiz olmasından kaynakladığı ve karşılıklı sözleşmelerin tümünde alacaklının ifaya katılmamasının hem alacaklı temerrüdü hem de borçlu temerrüdünü oluşturabileceği yönünde bkz. **Üçer**, s.39-43; **Serozan**, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, s.169

⁴³ **Arkan Serim**, s.84; **Üçer**, s.41; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.837; Kiracının, kiralananı gününde yerleşmemesi, geçmiş günler açısından kiralananı yararlanma olanağının kaçırılmasına sebep olur. Aynı zamanda kira bedelini ödemekten de imtina edemez. Dolayısıyla sürekli sözleşmelerde de mutlak kesin vadeli işlemlerde olduğu gibi, imkansızlık söz konusu olması yönündeki görüş için bkz. **Serozan**, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 144-145; **Serozan**, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, s.168

⁴⁴ **Koç**, s.75-77; **Üçer**, s.39-43; **Oğuzman/Öz**, s.362; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.837;

⁴⁵ İlgili bölüme bkz. ("II.Yükümlülükler açısından temerrüt")

verene açacaktır. Bu seçimlik haklarını kullanmak isteyen kiraya veren, teslim alma borcunu yerine getirmeyen kiracıya uygun bir ek süre vermeli, bu süre sonuna kadar borç yerine getirilmezse, kiraya veren sözleşmeden dönme yoluna gidebilmelidir.

2. İşletme Borcu Açısından Temerrüt

Ürün kirası sözleşmesini diğer kira sözleşmelerinden ayıran temel unsur, semere verme kabiliyetini haiz gayrimenkul ya da menkul değerın kiracı tarafından işletilmesi olarak karşımıza çıkmaktadır. İşletme unsurunun yer almadığı bir kira sözleşmesinin ürün kirası olduğunu iddia etmek yersiz olacaktır⁴⁶. Kiracıya yüklenen bu edim yükümlülüğü, kira bedelinin ödenmesi ile birlikte onun asli edim yükümlülüklerini oluşturmaktadır⁴⁷. Bu yükümlülüğün kapsamı ve ne şekilde yerine getirileceği, kira konusu gayrimenkul ya da menkul değere göre farklılık arz etmektedir⁴⁸. Bu bölümde, işletme borcunun kapsamından ve ne şekilde yerine getirileceğinden ziyade, işletme borcunda gecikilmesi ve buna bağlanan sonuçlardan bahsedeceğiz.

Ürün kirası sözleşmesinin konusunu oluşturan kiralananın dolaysız zilyetliğini iktisap eden kiracı, dürüstlük kuralı (TMK m. 2) gereği uygun süre içerisinde işletme faaliyetine başlaması gerekir. Bu sürenin uzunluğu ya da kısalığı, taraf iradelerine veya kira konusu gayrimenkul ya da menkul değerin hangi hal üzere kiracıya intikal ettirildiğine bağlıdır. Kiracı işletme faaliyetine başlaması gereken sürede bunu yerine getirmemesi, ilgili borç açısından gecikme anlamına gelecek ve borçlunun temerrüdü hükümlerini gündeme getirebilecektir.

Kiracının işletme borcunda gecikmesi halinde borçlunun temerrüdünün gündeme gelebilmesi için, tarafların işletme borcuna yükledikleri anlamın ele alınması gerekmektedir. Ürün kirası sözleşmesinde kiracının işletme borcunu yerine getirmemesi, kiraya verenin kiralananıya yönelik iade menfaatini zedeleyecek ya da işletmenin cevherini etkileyecek nitelikteyse, kiracı açısından borçlu temerrüdü söz konusu olmalıdır. Çünkü kiracının işletme borcunu yerine getirmemesi, kiralananın özünü etkilemekte, kiralayanın bu sözleşmeyi yapmaktaki asıl menfaatini zedelemektedir. Ürün kirasının sona ermesiyle kiraya verenin, kiralananın dolaysız zilyetliğini işletme hazır bir şekilde devralmakta menfaati vardır. Ancak iyi bir şekilde işletilmiş ve verim kapasitesi muhafaza edilmiş bir işletme, kiralananın bu yöndeki beklentisine

⁴⁶ Altaş, s.73-75, 80-81, 85-86; Arkan Serim, s.2-3, 85; Cansel, s.7, 31, 94; Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, s.450-451, 464; Zevkliler, Aydın/ Gökyayla, Emre; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s. 191

⁴⁷ Arkan Serim, s.85; Bir kira sözleşmesinin ürün kirası olup olmadığı belirlenirken, en önemli ölçüt işletme ölçütüdür. Asli edim yükümlülükleri, ait oldukları sözleşmenin karakterini ortaya koyan yükümlülüklerdir. Kiracının işletme borcu, ürün kirasını diğer kira sözleşmelerinden ayırmakta, dolayısıyla kiracının asli edim yükümlülüğü olarak karşımıza çıkmaktadır.

⁴⁸ Altaş, s.113; Cansel, s.94;

hizmet edecektir⁴⁹. Ayrıca işletme borcunun yerine getirilmemesi, semere verebilen bir şeyin üretim sürecinden ihraç edilmesi anlamına gelecek ve sadece kiraya verenin şahsi menfaatini değil, toplumun ekonomik çıkarını da zedeleyecektir⁵⁰. Dolayısıyla, sözleşmeye ürün kirası diyorsak ve kiraya verenin menfaati kiracının işletme borcuna bu derece bağlı ise – ki bu durum ürün kirasının asli unsurudur⁵¹, bu borcunu yerine getirmeyen kiracı borçlu temerrüdüne düşürülebilmelidir. Bu durumda kiraya veren, ürün kirası sözleşmesinin karşılıklı sözleşme olması nedeniyle, işletmenin faaliyet alanına uygun düşecek bir mehil (TBK m. 124) tayin etmeli ve bu süre sonunda borç ifa edilmezse (ifasına başlanmazsa) ürün kirası sözleşmesini feshedebilmelidir⁵².

Ürün kirası sözleşmesi ile kiracıya işletme hakkı ve yükümlülüğü verilmektedir. Ancak her ne kadar bunun bir yükümlülük olduğu kabul edilse de, zaman içinde kiraya verenin menfaatinin sadece kira bedeline yönelik olduğu anlaşılabılır. Kiracı işletme borcunu yerine getirmemekte, ancak kira bedelini ödemekteyse ve kiraya verenin de kiralananaya yönelik iade menfaati söz konusu değilse, artık bu noktada ürün kirası sözleşmesine karakterini veren işletme borcunun varlığından bahsedilemeyecektir. Özellikle bu durum, kira bedelinin sabit bir bedel olarak kabul edildiği durumlarda daha nettir. Dolayısıyla, sözleşmeye ruhunu veren, ancak sadece kâğıt üzerinde kalan bu borç için, borçlunun temerrüdü hükümlerinin uygulanmaması gerekir. Bu istisnai hallerde, sözleşmenin artık ürün kirası olmaktan çıktığı ve kira konusunun niteliğine göre, ilgili bölümlerdeki kira hükümlerinin uygulanması gerektiğinin kabulü, kanunun amacına daha uygun gözükmektedir.

⁴⁹ **Altaş**, s.80-82; **Cansel**, s.39-40; **Arkan Serim**, 22-23,85-88; **Tandoğan**, Haluk; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, c.2, s. 141; **Zevkililer/ Gökyayla**, s.191-192;

⁵⁰ **Özen**, Burak; Türk Medeni Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s.14-15,

⁵¹ Ürün kirasında kiracının işletme yükümlülüğünün mutlak olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Doktrinde kimi yazarlar işletme yükümlülüğünün ürün kirasını, diğer kira sözleşmelerinden ayırt ettiğini ve mutlak anlamda onun temel unsuru olduğunu kabul etmektedirler. Aksi görüşteki yazarlar ise bu yükümlülüğün mutlak anlamda olmadığını, işletilmeme durumunda kiralananın özünde bir eksilme olduğu ya da kiraya verenin menfaatlerini zedelediği durumlarda ve ürüne katılmalı kira sözleşmelerinde işletme yükümlülüğünün varlığını kabul etmektedirler. Biz bu görüşlerden, işletme yükümlülüğünün ürün kirası sözleşmesinin varlığından söz edebilmek için mutlak olduğunu kabul etmekteyiz. Görüşler için bkz. **Şahin**, s.1423-1427; Dolayısıyla ortada bir ürün kirası varsa, kiracının işletme yükümlülüğü mutlak anlamda olacak ve bunu yerine getirmeyen kiracı borçlunun temerrüdüne düşecektir. Kiracıya yüklenebilecek bir işletme yükümlülüğü yoksa ortada ürün kirasının varlığından söz edilemeyecektir.

⁵² 818 sayılı kanun döneminde kiracının işletme borcuna aykırı davranması halinde, kiraya verene özel bir fesih hakkı sağlanmıştı. İlgili bölüm için bkz. **Arkan Serim**, s.87; Ürün kirası sözleşmesi, sürekli borç doğuran ve iki tarafa tam borç yükleyen bir sözleşmedir. Sürekli sözleşmelerde borcun ifasında gecikmenin genel olarak temerrüde yol açmayacağı yönündeki görüş için bkz. **Se-rozan**, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s.216; Aksi görüş için bkz. **Eren**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.1090-1091

Kiracının işletme borcunu yerine getirmesi, ürüne katılmalı kiralarda temerrüt açısından ayrıca değerlendirilmelidir. Bilindiği gibi ürüne katılmalı kirada kira bedeli, kiralanandan elde edilen ürünün bir bölümü olarak kararlaştırılmaktadır⁵³. Bu tip sözleşmelerde işletme borcunun yerine getirilmemesi, kira bedelini ve yan giderleri ödeme borcu üzerinde doğrudan bir etkiye sahiptir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, karşılıklı bir sözleşme olan ürün kirasında temerrüde düşen kiracıyı TBK m. 125 gereği ağır sonuçlar beklemektedir. Bu sonuçları gerçekleştirmek isteyen kiraya veren, temerrüde düşen kiracıya ek süre vermelidir. Ürün kirası kiracısının kira bedelini ve yan giderleri ödemede temerrüde düşmesi halinde verilecek ek süre, TBK m. 362/II'de özel olarak düzenlenmiştir⁵⁴. Bu maddede belirtilen 60 günlük ek süre içinde kiracı kira bedelini ve yan giderleri ödemezse, kiraya veren sözleşmeyi ek sürenin bitimi ile feshedebilme hakkına sahiptir. İşte bu noktada ürüne katılmalı kirada işletme borcunu yerine getirmeyen kiracının, kira bedelini ve yan giderleri ödeme borcunda temerrüde düşeceği aşikârdır. Dolayısıyla, muaccel kira bedeli ve yan giderlerini ödemeyen kiracıya karşı fesih hakkını kullanmak isteyen kiraya veren, TBK m. 124 gereği TBK m. 362/II'de öngörülen 60 günlük ek süre vermekle mükellef tutulmalıdır⁵⁵. Nitekim ilgili maddede (TBK m. 124) "borçlunun içinde bulunduğu durumdan veya tutumun" gerektirdiği durumlarda, ek süre verilmeden seçimlik hakların kullanılabileceği belirtilmektedir.

Sonuç olarak ürüne katılmalı kirada kiracının işletme borcunu yerine getirmemesi, kiraya verene temerrüt hükümlerini işletme noktasında iki seçenek sunmaktadır: İlk olarak kiraya veren, kiracının işletme borcunu yerine getirmemesi nedeniyle doğrudan borçlunun temerrüdü hükümlerine gidebilmelidir. Ya da kiraya veren, işletme borcunun yerine getirilmemesi nedeniyle, kira bedelini ve yan giderleri ödeme borcunda temerrüde düşen kiracıya ek süre vermeksizin, ürün kirası sözleşmesini

⁵³ **Zevkliler/Gökyayla**, s.193; **Altaş**, 79, 123-124; **Arkan Serim**, s.18,92; **Cansel**, s.51; Ürüne katılmalı kirada, kiracının işletme yükümlülüğünün mutlak olduğu yönünde bkz. **Altaş**, s.81; Ayrıca, kira bedelinin ürünün belli bir payı olarak belirlenmesinin, tek başına ayırt edici unsur olmadığı yönünde bkz. **Şahin**, s.1420

⁵⁴ **Altaş**, s.205-206; **Tandoğan**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, s.211-213; **Arkan Serim**, 112; **Cansel**, s.106

⁵⁵ **Önen**, s.61-62; Kanunda geçen 60 günlük ek sürenin kısaltılamayacağı; ancak uzatılabileceği yönünde bkz. **Aker**, Halit; Ticari İşletme Kirası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s.382; **Akyiğit**, Ercan; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kira Sözleşmesi, Seçkin Yayınları, İstanbul, 2012, s.336; **Aker** eserinde, kanunda belirtilen 60 günlük sürenin sosyal mülahazalarla getirildiğini, TBK 124'ün uygulanmaması gerektiğini belirtmektedir. Nitekim biz de aynı görüşteyiz; ancak bu kuralın mutlak olarak uygulanması, kiraya verenin kira bedelini tahsil edemeyeceğinin çok açık olduğu durumlarda dahi 60 gün boyunca onu sözleşme ile bağlı tutmak anlamına gelir. İstisnai olarak, ürüne katılmalı kira sözleşmesinde, kiracının işletme borcunu yerine getirmemesi kira bedelini ve yan giderleri ödeyemeyeceğine delalet eder. Kanımızca, bu durumda ürüne katılmalı kirada kiraya verenim, kira bedeli ve yan giderleri muaccel olduğu takdirde, 60 günlük mehil tayin etmeksizin, TBK 123 ve TBK 362 gereği sözleşmeyi feshedebilmesi gerekir

feshedebilmelidir. Somut olayın özelliklerine göre kiraya veren, kendi menfaatine en uygun düşen tercihi yapacaktır.

3. Kira Bedelini ve Yan Giderleri Ödeme Borcu Açısından Temerrüt

Ürün kirasında kiracının işletme borcu yanında kira bedelini ve yan giderleri ödeme borcu da asli niteliktedir⁵⁶. Bu borç kanunda düzenlenmekle birlikte, bu borcun yerine getirilmemesine bağlanan sonuçlar da kanunda düzenlenmiştir (TBK m. 362). Kiracının kira bedelini ve yan giderleri ödeme borcunda gecikmesi halinde, kanun gereği özel bir temerrüt düzeni öngörülmüş bulunmaktadır.

Ürün kirası kiracısının vadesi gelmiş kira bedelini ve yan giderleri ödeme borcunda gecikmesi, kiracının temerrüdüne yol açacaktır. Ancak her şeyden önce, 818 sayılı kanun döneminde kiracı kira bedelini ödemekle yükümlü tutulmuş, bu yükümlülükte temerrüde düşen kiracıya sözleşmeyi fesih hakkı tanınmışken, yan giderler konusu düzenlenmemiştir. Yargıtay ilgili kanun döneminde verdiği kararlarda, kiracının kira bedelinin dışındaki yan giderleri ödeme borcunda temerrüde düşmesi halini, kiraya verene tanınan fesih hakkı (BK m. 288) kapsamında değerlendirmemiştir. 6098 sayılı TBK, kiraya verene tanınan fesih hakkının kapsamı genişletmiş ve kiracının yan giderleri ödeme borcunda temerrüde düşmesi halinde de kiraya verenin sözleşmeyi feshedebileceğini düzenlemiştir⁵⁷.

Kiracının kira bedeli ve yan giderleri ödeme borcunu yerine getirmemesi durumunda kiraya veren, TBK m. 362'de belirtilen özel temerrüt düzeni gereği sözleşmeyi feshedebilecektir. Kiraya verenin bu fesih hakkını kullanabilmesi için, borcunu ifa etmeyen kiracıya yazılı bir ihtarla⁵⁸ en az altmış günlük bir mehil vermesi gerekmektedir. Kiracı kendisine tanınan bu süre içinde de kira bedeli ve yan giderleri ödeme borcunu yerine getirmese, kiraya veren bu süre sonunda ürün kirası sözleşmesini feshedebilecektir⁵⁹. Kiraya verenin TBK m. 362 gereği ürün kirası sözleşmesini fes-

⁵⁶ Arkan Serim, s.91; Aker, s.269; Altaş, s.122

⁵⁷ Sağlam, s.1019; Arkan Serim, s.112, 114; Aker, s.373; Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, s.212

⁵⁸ *Zevkiler/Gökyayla*'ya göre, ürün kirasında kiracıya yapılan ihtar, borçlunun temerrüdünü düzenleyen genel kuraldan ayrılma söz konusudur. Borcun ifası için belirli vadenin öngörüldüğü hallerde, borçlu borcunu ifa etmediği takdirde, ihtar gerek kalmaksızın temerrüde düşmektedir. Ancak ürün kirasında kiracı, kira bedeli ve yan giderleri ödeme borcunu belirlenen vadede ödeme bile temerrüde düşmesi için TBK 362'de belirtilen ve mehili de içeren yazılı ihtarın yapılması gerekmektedir. Temerrüt ihtarı konusunda bkz. *Zevkiler/Gökyayla*, s.277; Aksi görüş için bkz. Akyiğit, s.103

⁵⁹ Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, s.462-463; Altaş, s.127-128, 268-270; Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1978, s.591; Kiralayanın kiracıya verdiği mehilin de faydasız geçmesi sonucunda, akdin kendiliğinden fesih olmayacağı, kiraya verenin sürenin sonunda ayrıca fesih iradesini göstermesi gerektiği yönünde bkz. Aker, s.386-388, dnt. 303

hetmesi, onun temerrüde bağlanan diğer sonuçları işletebilmesine engel olmamalıdır. Dolayısıyla kiracının kira bedeli ve yan giderleri ödeme borcunu, yasal ödeme aracı olan para ile yerine getirmesi gereken durumlarda temerrüt faizi gündeme gelecektir. Ayrıca kiraya verenin ürün kirası sözleşmesinin feshedilmesi nedeniyle uğradığı zararlar da tazmin edilmelidir⁶⁰.

Kira bedeli ve yan giderlerin tahsilinin icra marifetiyle temini yolun gidilmesi durumunda, kiracıya tebliğ edilecek ödeme emrinde verilen sürenin altmış gün olduğunu belirtmek gerekliliği Yargıtay kararları tarafından kabul edilmiştir. Yargıtay, bu duruma riayet edilmeden kiracıya tebliğ edilecek ödeme emrinin kiracıyı temerrüde düşürmeyeceğini belirtmektedir. Ayrıca Yargıtay, kiracıya mehilin yazılı bir ihtarla verilmesini ve bu süre içinde kira bedeli ve yan giderlerin ödenmemesi durumunda akdin feshedileceği bilgisinin açık olarak bildirimde yer almasını aramaktadır⁶¹.

Kiracının kira bedeli ve yan giderleri ödeme borcunda temerrüde düşmesinin diğer bir önemli sonucu, kiraya veren açısından teminat işlevi gören hapis hakkıdır. Kira sözleşmelerinde kiraya verenin hapis hakkını düzenleyen TBK m. 336, TBK m. 358' de bahsedilen atıf gereği ürün kirası sözleşmelerinde de caridir. Ürün kirasında kiraya verenin hapis hakkını kullanabilmesinin öncelikli şartı, ürün kirası konusunun bir taşınmaz olmasıdır. Dolayısıyla taşınırların ürün kirasına konu edilmesi durumunda, kiraya verenin hapis hakkından söz edilemeyecektir. Ayrıca kiracının kira bedelini ve yan giderleri ödemediğinde temerrüde düşmüş olması gerekmektedir. Kiraya verenin hapis hakkı kapsamına, kiralanda bulunan ve kiralananın döşenmesine veya kullanılmasına yarayan taşınırlar girmektedir. Kiralanda bulunan mobilyalar, beyaz eşyalar vb. ile taşınmazda satışa sunulan taşınır eşya da bu kapsamda kabul edilebilir. Ancak, kanunun açık düzenlemesi sonucu olarak (TBK m. 336/III), kiracının haczi kabil olmayan malları, kiraya verenin hapis hakkı kapsamında alınamayacaktır. Diğer bir önemli nokta ise, kiraya veren hapis hakkını, biriken tüm kira bedelini ve yan giderleri karşılayacak şekilde kullanamayacaktır. TBK m. 336/I gereği kiraya veren, kiracının ödemediği bir yıllık ve ödeyeceği altı aylık kira bedelini ve yan giderleri güvence altına almak için bu haktan yararlanabilecektir. Kiraya veren, TBK m. 362 gereği kendisine bahsedilen özel temerrüt yolunu işletir ve sözleşmeyi feshederse, artık kiralandaki taşınırlar üzerinde TBK m. 336'ı işletemeyecektir⁶².

Görüldüğü gibi, kiracının asli edim yükümlülüklerinden olan kira bedeli ve yan giderleri ödeme borcunda temerrüde düşmesi halinde, kiraya verene olağanüstü fesih hakkı⁶³ tanıyan özel bir temerrüt düzeni öngörülmüştür. Bu düzende dikkat çekme-

⁶⁰ **Arkan Serim**, s.113; **Akyiğit**, s.103; **Tandoğan**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, s.219-220; **Barlas**, s.124

⁶¹ **Arkan Serim**, s.112-113; **Tandoğan**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, s.214-215; **Eren**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, s.463

⁶² **Arkan Serim**, s.105-108; **Altaş**, 128-130; **Cansel**, s. 113-114; **Akyiğit**, s.105-106, 109

⁶³ **Aker**, s.385

miz gereken nokta, diğer şartlar sağlandığı takdirde kiraya veren, kiracıya tanınan altmış günlük mehili takiben sözleşmeyi derhal feshedebilecektir. Kiracının iflası sebebi ile fesih haricinde kalan tüm fesih hallerinde, kiraya veren an az altı aylık feshi ihbar süresine uymak zorundadır. Ancak bu sürenin sonunda sözleşmeyi feshedebilme imkânına sahiptir. Dolayısıyla kiraya veren TBK m. 362'de, sözleşme ile bağlı kalma süresi açısından diğer fesih hallerine göre daha çok korunmaktadır.

4. Kiracının Diğer Borçları Açısından Temerrüt

Ürün kirası sözleşmesinde kiracının yukarıda değindiğimiz borçları haricinde, ifa ile yükümlü olduğu muhtelif borçları vardır. Kiracının ihbar borcu, alt kiraya vermeme ve kullanım hakkını devretmeme borcu, bakım borcu, rekabet etmeme borcu ve katlanma borcu gibi borçlar, örnek olarak sayılabilir. Tarafların iradeleriyle ortaya koydukları sözleşmeye bağlı olarak bu borçların sayıları değişkenlik gösterebilmektedir. Kiracının bu nitelikteki borçların ifasında temerrüde düşmesi halinde kiraya veren, TBK m. 369'da öngörülen önemli sebeplerin varlığı halinde olağanüstü fesih yoluna gidebilmelidir. Ancak ilgili maddeye göre olağanüstü fesih için borcun yerine getirilmemesi yeterli olmayacak, ayrıca söz konusu ifa etmeme nedeni ile sözleşmenin kiraya veren açısından çekilmez hale gelmesi gerekecektir. Dolayısıyla söz konusu durumun, sözleşmenin feshi için önemli sebep teşkil edip etmemesi hususu hâkimin takdirine bırakılmaktadır. Bu şartların sağlanması durumunda kiraya veren, yasal bildirim süresine uyararak sözleşmeyi feshedebilecektir. Kiraya veren aynı zamanda, sözleşmenin feshedilmesi nedeniyle oluşacak zararların tazminini de talep edebilmelidir. (TBK m.125/III, TBK m.369/II)

Kiracının iade borcu ise, TBK m. 372'de düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm gereği kiracı, kira süresinin sona ermesi ile birlikte kiralananı, tutanağa geçirilmiş olan bütün eşyalarla birlikte ve bulundukları durumda geri vermekle yükümlüdür. İade borcundaki amaç, sözleşmenin sona ermesine rağmen kiracının mala haksız olarak zilyet olmasını ve ondan faydalanmasını önlemektir. Bu borç, kiralananın kullanılması ve aynı zamanda işletilmesi için kiracıya teslimi borcunun karşılığını oluşturmamaktadır. İade borcu, bu sebeplerle ürün kirası sözleşmesinin karşılıklılık ilişkisi içinde değerlendirilemez. Dolayısıyla iade borcu, kira süresinin sona ermesiyle muaccel olmaktadır. Kiracı, muaccel hale gelen iade borcunu ifa etmediği takdirde temerrüde düşer. Sözleşmenin sona ermiş olması ve iade borcunun sözleşmenin karşılıklılık ilişkisi içerisinde değerlendirilememesi nedeniyle, kiraya veren sadece temerrüt nedeniyle (TBK m. 118, TBK m. 369/II) malvarlığında oluşan zararın tazminini talep edebilir. Kiraya verenin kiracıdan, hem gecikme tazminatı hem de gecikilen süreye mukabil kira bedeli isteyememesi gerekir⁶⁴.

⁶⁴ Feyzioğlu, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, s.576-577; Seliçi, s.122-124

SONUÇ

Ürün kirası sözleşmesinde kiracının borçları açısından, sadece kira bedeli ve yan giderleri ödeme borcunda temerrüde düşmesi durumu kanunda düzenlenmiştir. Kiracının diğer borçları açısından temerrüde düşülmesi halinde ne olacağı hususu, önemli sebeplerle olağanüstü feshi düzenleyen TBK m. 369 kapsamında hâkimin takdirine bırakılmıştır. Kanımızca kiracının işletme borcu ve teslim alma borcu, ürün kirası sözleşmesi açısından kira bedeli ve yan giderleri ödeme borcu kadar önemlidir. Kiracının bu borçlarda temerrüde düşmesi halinin TBK m. 369 kapsamında ele alınması ve dolayısıyla ilgili maddedeki şartların sağlanması neticesinde feshin kabul görmesi, ürün kirası sözleşmesinin özü ile bağdaşmamaktadır. Çünkü TBK m. 369, her ne kadar olağanüstü fesih yolu öngörmüş olsa bile, kiraya veren yasal bildirim süresine uyarak (altı ay sonra hüküm doğurmak üzere) fesih hakkını kullanmak zorundadır. Ürün kirası sözleşmesi açısından esaslı denebilecek bu edim yükümlülüklerinin ifa edilmemesine rağmen, kiraya vereni altı ay daha bu sözleşme ile bağlı kılmak, kiracıyı ödüllendirmek anlamına gelir. Özellikle işletme borcunu yerine getirmemenin kiralanan üzerinde kısa vadede telafisi mümkün olmayan zararlar yaratabileceği açıktır. Ayrıca bu zararların önceden kestirilebilmesi de telafisi kadar güçtür. Kiralananın kiracı tarafından teslim alınmaması da aynı sonuçları ortaya çıkaracak niteliktedir. Ürün kirasında kimi zaman daha fazla mali gücü haiz kiracının bu borçları ifa etmemesine rağmen, kiraya verenin altı ay daha bu sözleşme ile bağlı tutulması menfaatler dengesine aykırıdır. Öte yandan, kira bedeli ve yan giderlerde temerrüt söz konusu olduğunda, kiraya verene altmış gün sonra sözleşmeden kurtulma imkânı verilirken; daha ağır sonuçlara gebe olan teslim alma ve işletme borçlarının ifa edilmemesi halinde kiraya vereni altı ay daha sözleşme ile bağlı tutmak çelişki yaratacaktır.

Tüm bu sebeplerle, kiracının teslim alma ve işletme borcunda temerrüde düşmesi halinde, TBK m. 369'un öncelikle uygulanacağını söylemek kanımızca yerinde olmayacaktır. Bu durumda kiraya veren, borçlunun temerrüdünü düzenleyen genel hükümleri işletebilmelidir. Dolayısıyla kiraya veren, TBK m. 368'de düzenlenen altı aylık yasal bildirim süresine bağlı kalmaksızın TBK m. 123 gereği uygun bir mehil tayin etmeli ve bu mehil süresince borç ifa edilmezse, TBK m. 125 gereği sözleşmeyi sona erdirebilmelidir⁶⁵. Kiracının teslim alma borcunu ifa etmemesi halinde, kiraya veren sözleşmeyi sona erdirmek isterse, taraflar daha edimlerini ifa etmediği için fesih yerine dönme söz konusu olur⁶⁶. Kiraya veren, temerrüt nedeniyle malvarlığında oluşan zararların tazminini de yine genel hükümlere göre talep edebilmelidir.

⁶⁵ Nitekim 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda bizim benimsediğimiz bu görüş doğrultusunda bir hüküm mevcut idi. BK. m.289 : "Kiracı, kiralananın işletilmesine ve muhafazasına müteallik borçlarına ehemmiyetli bir tarzda muhalefet eder ve kiralayanın ihtarına rağmen ve tayin ettiği münasip mehil zarfında borçlarını ifa etmezse kiralayan, başka bir muameleye hacet kalmaksızın akdi feshedebilir".

⁶⁶ Oğuzman/Öz, s.528, 539; Buz, s.320-321;

KAYNAKÇA

- ANTALYA, Gökhan;** 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, 2.Baskı, İstanbul, 2013
- ALTAŞ, Hüseyin;** Hasılat ve Şirket Kirası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009
- ARKAN SERİM, Azra;** Hasılat Kirasında Tarafların Hak ve Borçları, Beşir Kitabevi, İstanbul, 2010,
- AKER, Halit;** Ticari İşletme Kirası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012
- AKYİĞİT, Ercan;** 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kira Sözleşmesi, Seçkin Yayınları, İstanbul, 2012
- BARLAS, Nami;** Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1992
- BUZ, Vedat;** Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Tıpkı Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014,
- CANSEL, Erol;** İsviçre Hukuku, Fransız Hukuku ve Alman Medeni Kanunu ile Mukayese-
li olarak Türk Hukukunda Hasılat Kirası, Desen Matbaası, Ankara, 1953
- EREN, Fikret;** 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 16.Baskı, Ankara, 2014
- EREN, Fikret;** Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, (Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı);**
Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Filiz Kitabevi, 6. Bası, İstanbul, 2014
- KOÇ, Nevzat;** İsviçre-Türk Hukukunda Alacaklının Temerrüdü, DEÜHF Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, Ankara, 1992
- FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin;** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Fakülteler Matbaası, Yenilenmiş 2.Bası, İstanbul, 1976, C.1
- FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin;** Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1969, C.2
- FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin;** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1978
- OĞUZMAN, M. Kemal/ ÖZ, M. Turgut;** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Vedat Kitapçılık, 11.Bası, İstanbul, 2013
- ÖNEN, Turgut;** Karşılıklı Borç Doğuran Sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdüyle İlgili Genel Mahiyetteki Hükümler, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, 1975
- ÖZEN, Burak;** Türk Medeni Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008
- SAĞLAM, İpek;** 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Ürün Kirası Sözleşmesine İlişkin Olarak Getirilen Değişiklikler, Prof. Dr. Mustafa DURAL'a Armağan, İstanbul, 2013
- SELİÇİ, Özer;** Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1977

- SEROZAN, Rona (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı);** Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 6. Bası, İstanbul, 2014
- SEROZAN, Rona;** Borçlar Hukuku Özel Bölüm, 2.nci Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006
- ŞAHİN, Ayşe;** Hasılat Kirası Sözleşmesinin Ayırt Edici Unsurları ve Tabi Olduğu Yasa Hükümleri, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009
- TANDOĞAN, Haluk;** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008
- TANDOĞAN, Haluk;** Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1961
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi/ AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Haluk/ ALTOP, Atilla;** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, 7.Baskı, İstanbul, 1993
- TUNÇOMAĞ, Kenan;** Borçlar Hukukunun Genel Esasları, Özel İktisadi ve Ticari İlimler Yüksek Okulu Yayınları, İstanbul, 1971
- YAVUZ, Cevdet/ ACAR, Faruk/ ÖZEN, Burak;** Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Beta Yayınları, Yenilenmiş 11. Baskı, İstanbul, 2012
- ÜÇER, Mehmet;** Roma Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Alacaklının Temerrüdü (Mora Creditoris), Doktora Tezi, Ankara, 2006
- ZEVKLİLER, Aydın/ GÖKYAYLA, Emre;** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013

**YARGITAY 11 HD., 02.06.2014 T., 3669
E. / 10238 K. KARARININ İSVİÇRE DOKTRİNİ
VE FEDERAL MAHKEME KARARLARI IŞIĞINDA
DEĞERLENDİRİLMESİ**

**(Review of The Supreme Court-11Th Civil Chamber's Decision
No 02.06.2014 T., 3669 E. / 10238 K. In The Light of The
Federal Court's Decisions)**

Ar. Gör. Abdüssamet YILMAZ*

ÖZET

Yargıtay'ın, 6102 sayılı Kanun ile birlikte hukuk sistemimize giren haklı sebeple fesih kurumuna ilişkin kararı yayımlanmıştır. Bu hususta yayımlanan ilk karar olması nedeniyle önemli olan bu kararın incelenmesi ve eleştirilmesi kurumun daha iyi bir şekilde uygulanmasını sağlayacaktır. TTK 531'in mehzazını teşkil eden İsvBK 736/IV'ün bir çok Federal Mahkeme kararına konu olması yapılacak incelemeler bakımından önemlidir. Feshin son çare olması ilkesi ve şirketlerin devamlılığının sağlanmasının şirketler hukuku bakımından esas olması karşısında, hakimin hangi hallerde feshe karar verebileceği ve bunun sınırlarının ne şekilde çizilmesi gerektiği önem arz etmektedir.

Anahtar kelimeler: Haklı sebeple fesih, Yargıtay, Federal Mahkeme, sona erme, haklı sebep, ölçülülük, azlık

Abstract

The Supreme Court's decision regarding the "dissolution of Joint-stock Corporation by just cause" which is regulated for the first time in Turkish Commercial Code number 6102 and in date of 2012, article 531. The reference of article is represented in Swiss Code of Obligations 736/IV. Both in the Swiss and Turkish law, beside the dissolution of company as a last reason, the judge is authorized to decide to appropriate and acceptable solutions. In this study, we analyze the Turkish Supreme Court's decision in the light of Swiss Federal Court's decisions.

Keywords: Rightful termination, supreme court, federal court, termination, just cause, principle of proportionality, minority

* Marmara Üniversitesi Adalet Meslek Yüksek Okulu

GİRİŞ

Anonim şirketlerin haklı sebeple feshi kurumu 6102 sayılı Ticaret Kanunu ile hukuk sistemimize girmiştir. İsviçre Borçlar Kanunu'nun 736/IV maddesinin karşılığı olan bu kuruma 6762 sayılı kanun döneminde yer verilmemiş olması tartışmalara yol açmıştır. Doktrinde bazı yazarlar tarafından söz konusu hükmün hukukumıza alınmaması olumlu boşluk olarak değerlendirilmiş ve TMK md. 1 uyarınca boşluğun doldurulması gerektiği ifade edilmişken¹, baskın görüş ise bu boşluğun olumsuz yorumlanması ve kanun koyucunun amacının böyle bir sona erme yoluna imkan tanımadığı yönünde olmuştur². Yargıtay da bu dönemde verdiği kararlarında haklı sebeple fesih davasının açılmayacağını, zira bu konuda kanunda açık bir hüküm olmadığını ifade etmiştir³. 6102 sayılı Kanun döneminde ise kurumun kanuni düzene bağlanmış olması sebebiyle artık bu tartışmalar geride kaldığı gibi Yargıtay'ın da bu konuda önemli bir kararı yayınlanmıştır. Çalışmamızda Yargıtay'ın söz konusu kararı İsviçre doktrini ve Federal Mahkeme kararlarıyla karşılaştırmalı olarak incelenecektir.

KARARIN ÖZETİ:

Yargıtay 11 HD 02.06.2014 T., 3669 E. / 10238 K. kararı⁴:

Davaya konu şirket bir aile şirkettir. İlk derece mahkemesi tarafından, 2006 yılından beri gelir getirici faaliyette bulunmadığı tespit edilmiştir. Ayrıca şirket ortaklarının şirketin yönetimi ve varlığını devam ettirmesine dair hususlarda anlaşamadıkları, bu husustaki ihtilafların ortaklar ve şirket arasında pek çok davaya sebebiyet verdiği belirlenmesi de yapılmıştır. Şirketin amacının gerçekleştirilmesine yönelik varlıkların da somut olayda elden çıkartıldığının tespit edilmesi sebebiyle de şirketin işletme konusunu gerçekleştirmesinin artık mümkün olmadığı gerekçesiyle haklı sebebin olduğu kabul edilmiştir. İlk derece mahkemesi hüküm sonucunda, davacının çıkmaya ilişkin talebini de değerlendirmiş ve her ne kadar feshin son çare olarak ele alınması gerekse de ortaklar arasındaki ihtilaflar nedeniyle davacıların şirketten

¹ Ersin Çamoğlu, **Kollektif Ortaklıkta Haklı Sebeple Kavramı ve Ortağın Haklı Sebeple Çıkarılması**, İstanbul, 2008, s. 63; Hamdi Yasaman, **Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshi**, İsviçre Borçlar Kanunu'nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku'nun Türk Ticaret Hukuku'na Etkileri, İstanbul, 2009, s. 716.

² TK Gerekçe md. 531; Erdoğan Moroğlu, **Anonim Ortaklıkta Azınlık Pay Sahiplerinin Korunması ve Haklı Nedenlerle Fesih**, Ord. Prof. Dr. Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul 1978, s. 95; Oğuz İmregün, **Anonim Ortaklıklar**, İstanbul 1989; Ünal Tekinalp, **Türk Ticaret Kanunu'ndaki Boşluk: Anonim Ortaklığın Önemli Sebeplerle Feshi - Çoğunluk Gücünün Kötüye Kullanılmasına Karşı Etkili Bir Araç**, İkt. ve Mal. Der. XXI/8, (Kasım 1974), s. 321.

³ Yargıtay TD., 26.03.1963 T., 3483/ E./ 4856 K. (BATİDER, C. II, S. 4, s. 711 vd.); 11 HD, 28.06.1993 T, 5356 E/ 4799 K (Gönen Eriş, **Açıklamalı İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Ticari İşletme ve Şirketler**, C III, s. 3453); 11 HD, 16.01.2007 T, 2005/13377 E., 2007/ 302 K.; 11. HD., 10.02.1989 T., 786 E./ 737 K. (www.kazanci.com veritabanı).

⁴ www.kazanci.com veritabanı (erişim tarihi: 10.06.2015).

ayrılmalarına karar verilmesinin şirketin devamı yönünden uygun olmayacağı gerekçesiyle şirketin feshine karar vermiştir.

Temyiz incelemesinde Yargıtay da haklı sebeplerin varlığını kabul etmiştir. Fakat yüksek mahkeme, şirketlerin devamlılıklarının sağlanmasının esas olmasından ve TTK 531 uyarınca ekonomik değer taşıyan şirketin feshi yerine şirketi ayakta tutacak diğer çözüm yollarının hakimce değerlendirilmesinin zorunlu kılındığından hareketle, şirketin halen elinde bulundurduğu malvarlıklarıyla şirket esas sözleşmesinde yer alan amaçları rahatlıkla gerçekleştirebilecek durumda olduğunu, davacı ortakların ortaklıktan ayrılması halinde şirket esas sözleşmesinde yapılacak değişikliklerle şirketin amaçlarının değiştirilebileceğini, esasen davacı ortakların da ortaklıktan çıkmayı isteyip sadece ödenecek pay bedeli hususunda diğer ortaklarla anlaşamadıkları hususu gözetildiğinde şirketin feshi yerine davacı ortakların pay bedellerinin taraflarına ödenmesi suretiyle ortaklıktan çıkarılmalarına karar verilmesinin somut olaya uygun olacağına karar vererek ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur.

DEĞERLENDİRMELER

Çalışmamıza konu olan kararda, ilk derece mahkemesinin fesih kararının Yargıtay tarafından feshin son çare olması ve şirketlerin devamlılıklarının esas olduğu ilkelerinden hareketle bozulduğu görülmektedir. Davaya konu şirketin 2006 yılından beri faal olmaması ve şirketin konusunu gerçekleştirmeye yönelik malvarlığı unsurlarının bir kısmının satılmış olması olguları karşısında sadece belirtilen bu iki ilkedен hareketle verilen kararın yerindeliği tartışmaya açıktır. Bu bağlamda İsviçre Federal Mahkemesi tarafından verilen kararlar ışığında Yargıtay kararının değerlendirilmesi daha doğru sonuçlara ulaşmamızı sağlayacaktır. Zira haklı sebeplerin ağırlığı ve somut olaydaki özellikler feshi gerekli kılmayabilir. Ancak bu durumda mevcut olguların değerlendirilerek neden feshe gerek olmadığına gerekçeli bir şekilde ifade edilmesi gerekmektedir.

HAKLI SEBEPLE FESİH KURUMUNA HAKİM OLAN İLKELER BAĞLAMINDA KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Haklı sebeple fesih davasında talep şirketin feshidir. Fakat orantılılık ve feshin son çare oluşu ilkeleri dolayısıyla hakime duruma uygun düşen başkaca çözümlere de karar verebilmesine imkan tanınmıştır. Haklı sebep kavramının tanımına ne TTK 531’de ne de İsvBK 736/IV’de rastlanmamaktadır. Ancak doktrinde ve Federal Mahkeme kararlarında bu konuda bir takım belirlemeler yapıldığı görülmektedir. Burada incelememiz bakımından önem arz eden husus, haklı sebeplerin kendi içlerinde bir ayrıma tabi tutulması gerektiğidir. Haklı sebeplerin varlığının tespit edildiği her durumda feshe karar verilmesinin mümkün olmadığı, sadece ağır haklı sebep hallerinde

feshe karar verilmesi gerektiği gözden kaçırılmamalıdır⁵. Bu durum haklı sebeple fesih kurumunun temel taşlarından olan ölçülülük ve feshin son çare olarak uygulanması ilkelerinin de bir sonucudur.

Meydana gelen ihlal ile orantılı tedbirler uygulanmasını öngören ölçülülük prensibi dürüstlük kuralına dayanan bir ilke olup genel itibariyle hakkı içerik yönünden sınırlandıran bir ilkedir⁶. Bu bağlamda ilke, kullanılan hukuki yolun, hakkın veya yaptırımın, ulaşılmak istenen sonuca göre ve özellikle ihlalin niteliğine göre ölçülü, orantılı olmasını, “amaç” ile “araç” arasında bir denge bulunmasını öngörür⁷. Haklı sebeple fesih davasında ise ölçülülük prensibi, davanın taraflarının ötesinde tüm ilgililer bakımından etkileri olan ve oldukça ağır ve yıkıcı sonuçlar doğuran fesih yaptırımının, ortaklık bünyesindeki herhangi bir ihlalde değil, pay sahiplerinin menfaatlerini ağır ve ciddi şekilde ihlal eden hukuka aykırılıklarda uygulanmasını gerektirir⁸. Burada hakimin yapacağı değerlendirmede sadece davacı pay sahipleri bakımından haklı sebeplerin oluşup oluşmadığını değil, özellikle davaya müdahil olmayan pay sahipleri ile şirket çalışanları gibi sistemde yer alan tüm menfaat sahiplerinin üzerinde de feshin yaratacağı etkileri dikkate alması gerekmektedir⁹. Sadece davacı pay sahipleri bakımından oluşan haklı sebeplerin giderilmesine yönelik çözümler için hakimin bu kapsamda bir karar vermesi, örneğin davacıların şirketten çıkarılması, hükmün amacına daha uygun olacaktır. Fakat belirtmek gerekir ki, hakimin feshi gerektiren bir haklı sebebin gerçekleşmiş olması durumunda feshe karar vermeyip başkaca çözüm yollarına karar vermesi de bozmayı gerektiren bir sebep olarak kabul edilmelidir.

TTK md. 531, mahkemenin fesih yerine duruma uygun düşen başka bir karar verebileceğini ifade etmektedir. Şirketin feshini haklı kılan sebeplerin varlığına rağmen, yaşatılmasının ekonomik ve rasyonel açıdan daha doğru olacağına kanaat getiren mahkemenin şirketi feshetmek yerine başkaca çözüm yollarına başvurması

⁵ Erdem, Nuri, **Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi**, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Tezi, dnş.: Prof. Dr. Mehmet Bahtiyar, İstanbul 2012, s. 229; Bilge, Mehmet Emin, **Anonim Şirketlerin Sona Ermesi ve Tasfiyesi**, EÜHFD C. XVI, S 3- 4 (2012), s. 273.

⁶ Serozan, Rona, **Medeni Hukuk Genel Bölüm**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005, s. 214.

⁷ Şahin, Ayşe; **Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi**, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Tezi, Dnş.: Prof. Dr. Hamdi Yasaman, 2011, s. 288.

⁸ Şahin s. 299, Erdem s. 230.

⁹ ATF 105 II 114 cons. 7c, (www.bger.ch); ATF 126 II 266 (Uzel, Necdet, **Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi Davasında Karlılık Durumu ve Sermaye Kaybının İşlevi – İstisna Bir Vakanın Çözümü “Grumser” Kararı**, BATIDER, Aralık 2014, C. 30, S. 4, s. 317); Tribunal Fédéral, 1. Cour de Droit Civil, 10.11.2011, 4A_164/2011 (Philippin, Edgar, **2. Societe Anonyme**, Revue de Droit Prive et Fiscal du Patrimoine, 2012 Schulthess Editions Romandes, 2012, s. 146 - 147); Premand, Viviane, **Les Societes de Famille dans les Forms de la Societe Anonyme et a Responsabilite Limitee**, Schulthess Juristische Median AG, 2010, s. 320.

gerekmektedir. Şirketin feshi ancak başkaca bir çözüm yolu kalmadığı zaman başvurulması gereken bir yöntem olarak ifade edilmektedir (feshin son çare oluşu ilkesi)¹⁰. Federal Mahkeme de haklı sebeple feshe ilişkin verdiği kararlarında feshin son çare olduğunu ve mümkün mertebe başkaca çözümlere karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir¹¹. Verdiği kararların sadece üç tanesinde feshe karar veren Mahkeme, bu kararlarında feshin son çare olduğunu belirterek, baktığı olaylarda feshin duruma en uygun (orantılı) çözüm olduğunu belirtmiştir¹².

Yargıtay ilk derece mahkemesinin fesih kararını, feshin son çare oluşu ve şirketlerin devamlılığı ilkelerinden hareketle bozmuştur. Burada Yargıtay'ın bu iki ilkeye fazlaca anlam yüklediği kanaatindeyiz. Belirtilen ilkeler her ne kadar kurumun uygulanması bakımından önemli olsa da verilen kararın temelini ölçülülük ilkesine dayanması gerekmektedir. Feshin son çare oluşu, hiç bir zaman feshe karar verilmemesi gerektiği anlamına gelmeyeceği gibi şirketlerin ayakta tutulması da yaşatılmasında hiç bir menfaat bulunmayan şirketlerin sadece bu ilke nedeniyle sona erdirilmemesi şeklinde anlaşılmamalıdır. Yargıtay'ın somut olayda feshi makul bir çözüm olarak görmemesi kabul edilebilir olsa bile bunun temelinde salt şirketlerin devamlılığı ilkesinin konulmaması gerekmektedir. Nitekim feshin uygulanamaz hale getirilmesi kurumun ruhuna aykırı olacağı gibi azlığın haklarının korunması noktasında da zafiyet gösterilmesi sonucunu doğuracaktır.

Haklı sebeple fesih kurumu her ne kadar Kanunda “özel sona erme sebepleri” başlığı altında düzenlenmiş olsa da bir azlık hakkı olarak kabul edilmektedir¹³. Azlık hakları, Kıta Avrupa'sı hukuklarında, “koruyucu haklar” olarak adlandırılan grup içerisinde yer alırlar ve çoğunluğa karşı azlıkta kalanları korumayı amaçlayan haklar olarak ifade edilirler¹⁴. Böylece çoğunluğun azınlığı tahakkümü altında tutması engel-

¹⁰ TK Gereçesi md. 531; Ünal Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, İstanbul 2015, s. 332; Mehmet Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku**, İstanbul, 2012, s. 333; Karahan, Sami/Pınar, Hamdi, **Şirketler Hukuku**, Mimoza Yayınları, Aralık 2013, s. 761 – 762; Peter/Cavadini, **Com-mantaire Romand**, Code des Obligations II, Bâle 2008, s. 1302. Bu husus Federal Mahkemenin bir çok kararında yer almaktadır: bkz.: Tribunal Fédéral, 1. Cour de Droit Civil, 10.11.2011, 4A_164/2011 (Philippin s.147); ATF 136 III 278 cons. 2.2.2 (www.bger.ch); ATF 126 III 266 (Uzel 315).

¹¹ ATF 126 III 266 (Uzel s. 318); ATF 136 III 278 cons. 2.2.2 (www.bger.ch); ATF 84 II 44 (Pre-mand s. 300); Yasaman s. 716 -717.

¹² Şahin s. 325; Premand s. 297 vd. Mahkemenin feshi haklı bulduğu kararları: Grumser Kararı, ATF 126 III 266 (Uzel s. 311); Togal AG/Schmidt kararı, ATF 105 II 114 (www.bger.ch); Société immobilière de Villamont S.A./Becker kararı, ATF 84 II 44 (Premand s. 300). Federal mahkemenin söz konusu kararları incelendiğinde, tamamlamada ilk derece mahkemesinin feshe karar verdiği ve federal mahkemenin de temyiz itirazlarını reddederek ilk derece mahkemesinin kararını onadığı görülmektedir.

¹³ Tekinalp s. 234; Ayşe Sümer, **Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Anonim Ortaklıkların Haklı Sebeple Feshi**, Marmara Üniversitesi İİBF. Dergisi, Yıl 2010; C. XXVIII, S. I, s. 172;

¹⁴ Ünal Tekinalp, **Otuz Yıllık Uygulamanın Işığında Azınlık Hakları Sisteminin ve Uygulama-sının Değerlendirilmesi**, TTK'nın 30. Yıl Semineri, İstanbul 1988, s. 231.

lenmeye çalışılarak anonim şirketlere hakim olan çoğunluk ilkesinin mutlak olarak uygulanmasından doğabilecek adaletsizlikler önlenmeye çalışılır¹⁵. Zira çoğunluğun kendi çıkarlarını gözetirken azlıkta kalan grupları göz ardı etmesi, onların menfaatlerini ikinci planda tutması ve bazı durumlarda azınlığın zararına bilerek hareket ettiği görülmektedir. Haklı sebeple fesih davası da bu amaçlara hizmet etmektedir. Azlığın elinde şirketin feshi sonucunu doğurabilecek bir hakkın bulunması, çoğunluğun şirkette sahip olduğu gücünü kötüye kullanmasını engelleme bakımından önemlidir. Azlık elindeki bu hak bir tehdit olarak yer almakta, çoğunluğun şirketin devamına olan menfaatleri dolayısıyla yapacakları iş ve işlemlerde azlığın haklarını ihlal eden kararlar almaktan kaçınacakları düşünülmektedir¹⁶. Bu nedenle azlığın sahip olduğu bu hakkın engelleyici etkisi bulunmaktadır¹⁷. Dolayısıyla kurum feshi dışlar bir şekilde uygulanmamalı, ölçülülük ilkesi uyarınca yapılacak inceleme neticesinde haklı sebeple orantılı bir çözüme mahkemece karar verilmelidir.

Bu belirlemeden sonra, özellikle Federal Mahkeme kararlarında feshe neden olacak haklı sebeplerin neler olduğunun incelemesi yapılarak Yargıtay'ın fesih kararını bozmasının uygunluğu konusundaki düşüncelerimiz ifade edilecektir.

FESHE NEDEN OLABİLECEK HAKLI SEBEPLER BAĞLAMINDA KARARIN İNCELENMESİ

Federal Mahkeme haklı sebeple feshin temeline şirketin finansal durumuna ilişkin değerlendirmeleri koymaktadır. Mahkeme değişik kararlarında, işletmenin sürekli kötü yönetimini veya kronik karlılık eksikliğini İsvBK 736/IV uyarınca haklı sebep olarak saymaktadır¹⁸. Federal mahkeme, her ne kadar haklı sebeplerin sadece ekonomik gerekçelerden kaynaklanmadığını kabul etse de, şirketin ekonomik durumunun sağlıklı olduğu, şirket ortaklarına pay dağıtımının yapıldığı şirketlerde genel olarak şirketin feshine yönelik haklı bir sebebin varlığına daha temkinli yaklaşmaktadır¹⁹. Bu bağlamda şirketin feshine neden olabilecek sebeplerden olarak Mahkeme, şirketin sürekli olarak kötü yönetimi ve zarara uğratılması ile şirket amacına ulaşılma-

¹⁵ Karahan / Coşgun s. 354; Pulaşlı, Hasan, **Ticaret Kanunu Şerhi**, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s. 1787; Şahin s. 47.

¹⁶ Erdem, s. 8 – 10; Şahin, s. 48.

¹⁷ Pulaşlı, s. 1787; Peter/ Cavadini, s. 1301.

¹⁸ ATF 126 III 266 (Uzel s. 319); ATF 136 III 278 cons. 2.2.2 (www.bger.ch)

¹⁹ Tribunal Fédéral, 1. Cour de Droit Civil, 10.11.2011, 4A_164/2011 (Phillippin s. 147); ATF 136 III 278 cons. 2.2.4 (www.bger.ch). Federal Mahkemenin Tögal kararını eleştiren **Tercier** ise şirketin haklı sebeple feshine karar verilmesi için şirketlerin finansal olarak içlerinin boşalmış olmasına gerek olmadığı, ekonomik olarak sağlıklı olan bir şirkette dahi pay sahipleri arasındaki çekişmelerin şirketi içten içe çürüttüğü hallerde feshe karar verilebileceğini ileri sürmektedir. Bkz.: Tercier, Pierre, **Commentaire de l'arrêt Tögal**, Schweizerische Aktiengesellschaft 52/1980, s 81 (www.swisslex.ch).

sının imkansız hale gelmesini göstermektedir²⁰. Bu belirlemeler de göstermektedir ki, haklı sebeple fesih davasında şirketin içinde bulunduğu ekonomik durum, fesih kararı verilmesindeki en önemli argüman olarak karşımıza çıkmaktadır²¹. Federal Mahkeme bu hallerin varlığında, azınlığın fesih davasına başvurmada önce şirketin iflasa sürüklenmesini beklemeye zorlanamayacaklarını ifade etmektedir²².

Fesih yaptırımının şirketin ekonomik durumu bağlamında ele alınması kanımızca da uygundur. Zira şirketin karlılığının uzun süredir olmaması veya kazanç sağlama amacını gerçekleştiremeyecek durumda olması gibi haller belirlenebilir nitelikte ve haklı sebeplerin vahametinin ortaya konulması bakımından elverişlidir. Anonim şirketlerin sermaye şirketi olmaları ve esas amaçlarının ortaklar lehine para ile ölçülebilir yararlar elde etme olması²³ dolayısıyla da bu amaçlarını gerçekleştiremeyen şirketlerin ekonomik sistemde varlıklarının devam ettirilmesinde bir menfaatten bahsedilmesi mümkün olmayacaktır.

İncelememize konu kararda Yargıtay'ın haklı sebeplerin varlığını kabul ettiği görülmektedir. Davalı şirketin 2006 yılından beri gayri faal durumda olması ve şirketin işletme konusu içine giren malvarlığı değerlerinin bir kısmının satılmasının haklı sebep olarak değerlendirilmesi kanaatimizce de isabetlidir. Fakat Yargıtay'ın bu noktada davalı şirketin feshi yönündeki yerel mahkeme kararını bozmasına katılmamız mümkün değildir. Zira uzun yıllardan beri faaliyet göstermeyen bir şirketin feshinin önlenmesinde her hangi bir hukuki yararın varlığından bahsedilmesi söz konusu olamaz. Feshin son çare olarak uygulanması ve ticaret hukuku sistemimizdeki genel eğilimin, şirketlerin mümkün mertebe varlıklarının devam ettirilmesi yönünde olması da karara dayanak teşkil edebilecek nitelikte değildir. Yüksek mahkemece somut olay bakımından yapılması gereken, haklı sebeplerin feshe neden olabilecek ölçüde ağır olup olmadığının değerlendirmesi olmalıdır. Elbette feshin son çare oluşu dolayısıyla ağır hukuka aykırılık durumlarında ancak feshe karar verilmesi doğaldır. Ancak Yargıtay'ın orantılılık ilkesini doğru yorumlaması ve şirketlerin devamını diğer her şeyin önüne koymaması gerekmektedir. Yapılan incelemede şirketin var olma nedenini kaybettiği sonucuna varılması durumunda ise artık feshe karar verilmesi gerekmektedir²⁴. Zira feshin son çare oluşu bu yöntemin hiç bir şekilde uygulanmayacağı anlamına gelmemektedir. Bu bağlamda, şirketin kar elde etme amacının gerçekleştirilemiyor oluşunun, sermaye şirketleri bakımından en önemli unsur olan ekonomik unsurun artık mevcut olmadığını gösteren bir durum olduğu ve dolayısıyla fesih kararının somut olaya en uygun çözüm olacağı söylenebilecektir. Nitekim

²⁰ ATF 136 III 278 cons. 2.2.2 (www.bger.ch); ATF 126 III 266 (Uzel s. 317).

²¹ Aynı yönde bkz.: Uzel s. 317 – 318 dn. 4.

²² ATF 126 III 266 (Uzel s. 319); ATF 105 II 114 cons. 6a (www.bger.ch).

²³ Şehirli Çelik (Kırca/Manavgat), **Anonim Şirketler Hukuku Cilt 1**, Ankara 2013, s. 57.

²⁴ ATF 136 III 278 cons. 2.2.2 (www.bger.ch).

Federal Mahkeme şirketin kronik karlılık eksikliğini haklı nedenle fesih sebebi olarak saymaktadır²⁵.

Yargıtay'ın kararında yer alan bir başka ifade olan, “*davacı ortakların ortaklıktan ayrılması halinde şirket ana sözleşmesinde yapılacak değişiklik ile şirketin amaçlarının değiştirilebileceği*” ibaresinin de yanlış olduğu kanaatindeyiz. Şirketin uzun yıllardan beri gayri faal olduğu belirlemesinin yapılmasından sonra mahkemenin bir “*ihhtimal*” üzerinde kararını gerekçelendirmesi doğru görülmemektedir. Zira mevcut olgular şirketin 2006 yılından beri faaliyette bulunmadığı yönünde olup ileride şirketin faaliyette bulunacağı yönünde bir emare olduğu da söz konusu değildir. Yargıtay'ın feshe karar vermeme konusundaki direnci ve şirketin ileride düzelebileceğine olan inancı nedeniyle fesih konusunda çıtayı oldukça yükseğe koyduğu ve bu yönde içtihatlarına devam etmesi durumunda kurumun hiç bir şekilde fesih sonucunu doğurmasının mümkün olmayacağı görülmektedir. Halbuki azlığa tanınan bu hakkın gücünü şirketin feshettirme imkanından aldığı unutulmamalıdır. Yargıtay uygulamalarının fesih yaptırımına bu şekilde uzak durmaya devam etmesi, haklı sebeple fesih kurumunun sadece bir şirketten çıkma mekanizması haline dönüşmesine sebebiyet verebilir. Şirketten çıkarılmanın ise mevcut düzenlemede bir çok durumda azlığın zararına olduğu söylenebilir. Çünkü çıkarılmaya karar verilmesi halinde payların değerinin karar tarihine en yakın tarihteki gerçek değerleri üzerinden hesaplanacağı TTK 531'de öngörülmüştür. Şirketteki hakim pay sahiplerinin davanın açılmasıyla birlikte şirketin içini boşaltarak şirketin ve dolayısıyla payların değerini düşürmesi ve karar tarihinde yapılacak değer tespiti ile birlikte azlığın paylarını cüzi bir bedele ellerinden alması da çok zor olmayacaktır. Bu durumda istenen koruma sağlanamadığı gibi azlığın daha da mağdur edilmiş olacağı açıktır.

SONUÇ

Feshin son çare oluşu orantılılık ilkesinin bir görünümüdür. Mahkeme tarafından verilecek karar, haklı sebebin ağırlığına, azlığın haklarının ne derece ve nasıl ihlal edildiğine bağlı olarak değişecektir. Şirketin feshine neden olabilecek yoğunlukta bir haklı sebebin gerçekleşmiş olması durumunda ise salt şirketlerin devamlılığının esas olmasından hareketle feshe hükmedilmemesi doğru görülmemektedir. Yapılması gereken, haklı sebep oluşturan olguların değerlendirilmesi ve haklı sebeplerle orantılı bir çözümün azlığın yanında çoğunluğun, şirketin ve üçüncü kişilerin de menfaatini gözeterek alınmasıdır. Her ne kadar şirketlerin devamlılığı esas olsa da bu ilkenin kurumun kendi dinamikleri ile birlikte ele alınması gerekmektedir.

Yargıtay'ın haklı sebeple feshe yönelik bu ilk kararında fesih kararı verilmesinin çıtasını çok yükselttiği görülmektedir. Bu durum ise azlığın korunması bakımından

²⁵ ATF 126 III 266 (Uzel s. 319).

çok önemli olan hükmün etkisini azaltabilecek niteliktedir. Zira şirketlerin devamlılığı prensibinin bu derece katı uygulanması neticesinde azlığın elinde bulunan şirketin feshini sağlayabilme imkanı kullanılamaz hale gelebilecek ve bu da azlığı koruyan hükmün etkisinin azalmasına neden olacaktır. Burada kanaatimizce yapılması gereken, ölçülülük prensibi uyarınca ve kurumun bir azlık hakkı öngördüğü bilinciyle hareket edilerek değerlendirmede bulunulması olmalıdır. Azlığa tanınan bu hakkın işlevsel hale getirilmesi ve koruyucu etkisini yerine getirebilmesi ancak bu hallerde mümkün olabilecektir. Çoğunluğun haklı sebeple fesih davası sonucunda feshe karar verilmesinden çekinmesi, azınlığı ezen aşırı davranışlardan kaçınmasını da sağlamış olacaktır.

ALMAN VE AVUSTURYA ÖN ÖDEMELİ NAFKA KANUNU İLE AVRUPA BİRLİĞİ DÜZENLEMELERİ ÇERÇEVESİNDE TAHSİL EDİLEMİYEN NAFKA ALACAKLARININ DEVLET TARAFINDAN ÖDENMESİ

(German and Austria Advance Payment of The Maintenance Acts and The Uncollectible Maintenance Paid By The Government Within The Scope of European Union Regulations)

Yrd. Doç. Dr. Canan YILMAZ*

ÖZET

Bugün Avrupa Birliği ülkelerinin çoğunluğunun yasal mevzuatında, nafaka borçlusu ebeveynden tahsil edilemeyen iştirak nafakası alacağının devlet tarafından belirli bir süre - en azından çocuğun zorunlu okul dönemi bitene kadar ödeneceğine ilişkin hükümler yer almaktadır. Bu çalışmamızda, AB ilkelerinin yanı sıra, konuya ilişkin detaylı hükümler içeren özel kanunların yürürlükte olduğu iki örnek ülke; Almanya ve Avusturya “Ön ödemeli Nafaka Kanunları” incelenmektedir. Söz konusu kanunların amacı; nafaka yükümlüsünden, nafaka alamayan çocukların nafaka alacaklarını teminat altına almak ve çocuklarını tek başına yetiştiren ebeveynleri finansal açıdan desteklemektir. Ancak, devlet tarafından yapılan bu ön ödemeler, nafaka yükümlüsünün borcunu sona erdirmemekte, çocuğun nafaka talebi yasa gereği devlete devredilmektedir. Böylece, devlet tarafından ödenen nafaka, nafaka yükümlüsüne rücu edilerek refinance edilmektedir. Bu çerçevede, ülkemizde de yasal olarak, AB ilkelerine paralel bir şekilde, Devlet tarafından çocuğun temel gereksinimlerinin karşılanması amacıyla, özellikle çocuğa ödenmesi gereken nafakanın, en azından çocuğun zorunlu okul dönemi bitene kadar sürdürülmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz.

Anahtar kelimeler: İştirak Nafakası, İştirak Nafakasının Ödenmemesi, Ödenmeyen İştirak Nafakasının Devlet tarafından ön ödemeli/avans olarak Ödenmesi, Alman ve Avusturya Ön Ödemeli Nafaka Kanunları, AB ilkeleri

Abstract

Today, legal provisions took place in the majority of the EU Member States'

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

legislation, concerning the child maintenance which could not be collected from the maintenance debtor, stating that such maintenance will be paid by the Government for a limited time (at least until to the end of child's obligatory school time). In this context, besides the principles of EU, two model countries, Germany and Austria, who already have existing Acts with detailed provisions regarding the issue, "Advance Payment of the Maintenance Acts" are examined. The aim of these Acts is to guarantee the maintenance credits for children who could not get their child maintenance from their maintenance debtor and to support the parent financially who raises the child solely on his/her own. However, these advance payments by the State do not end the debts of the maintenance debtor, and the child's maintenance claim is legally assigned to the Government. Thus, the maintenance paid by the Government is refinanced by referring to the maintenance debtor. Within this framework we believe that, parallel to the EU principles, the advance maintenance payments which must be paid especially to the child by the Government in order to cover the basic needs of the child, must be continued at least until to the end of child's obligatory school time, legally in our country as well.

Keywords: Child Maintenance, Non-payment of the Child Maintenance, Advance Payments of the Unpaid Child Maintenance by the State, German and Austria "Advance Payment of the Maintenance Acts", Principles of EU

GİRİŞ

Mahkemelerin hükmetmiş oldukları nafakaya ilişkin kararların icraya konularak, nafaka borçlusu olan eş ve ebeveyn den tahsili her zaman sağlanamamaktadır. Nafakanın tahsil edilememesi çeşitli sebeplerden kaynaklanabilir: Örneğin, nafaka yükümlüsü olan eşin üzerine kayıtlı herhangi bir malvarlığı ya da geliri bulunmayabilir veya nerede olduğu tespit edilemediğinden-yurt dışında olup da, resmi bir adresinin bulunamaması, kayıp olması gibi- hakkında icra takibi yapılamamaktadır. Böyle durumlarda, özellikle boşanan kadın (anne) ve çocukları, anne çalışmayacak durumdaysa, herhangi bir malvarlığı ve geliri de bulunmuyorsa, ailesinin yanına da sığınamıyorsa, ekonomik olarak mağdur olmaktadır.

İşte bu sosyal gerçekler nedeniyle, bugün birçok Avrupa Birliği ülkesinde uygulandığı gibi, boşanma sonrası tahsil edilemeyen nafaka alacaklarının Devlet tarafından belirli bir süre ödenmesi gerekliliği bir sosyal devlet olan Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin de bir yükümlülüğüdür.

Bu sonuç, öncelikle dayanağını;

1. AY m. 2'de öngörülen "sosyal devlet" ilkesinde,
2. "devletin sosyal ve ekonomik alandaki yükümlülükleri"nin düzenlendiği AY m.5'de,
3. "pozitif ayrımcılık, yani "fiili eşitlik" ilkesinin yaşama geçirilmesini sağla-

mak üzere devletin ek koruma önlemleri alma yükümlülüğü”nün hüküm altına alındığı AY m. 10’da ve

4. “ailenin ve çocukların korunması”nı düzenleyen AY m. 41’de bulunmaktadır.

§1. Avrupa Birliği R (82) nolu “Çocuk bakımı için Devlet tarafından yapılacak ödemeler hakkında” TAVSİYE KARARI

I. Genel Olarak

Bu konuya ilişkin olarak Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından 04 Şubat 1982 tarihinde R (82) nolu “Çocuk bakımı için Devlet tarafından yapılacak ödemeler hakkında” TAVSİYE KARARI kabul edilmiştir.

Bu TAVSİYE KARARI’nda Bakanlar Komitesi özetle;

Çok sayıda çocuğun ebeveynlerinden sadece biri tarafından bakılmakta olduğunu ve çoğunlukla nafaka yükümlüsünün çocuklarla birlikte yaşamadığını ve bakım yükümlülüğünü yerine getirmediğini dikkate alarak;

Çocuklara uygun nitelikte bir bakım sağlamanın öncelikle ebeveynlere düşen bir sorumluluk olduğunu; ancak, onların bu sorumluluğu yerine getirmemesi halinde Devletin önceden avans olarak ödeme yapmak veya başka herhangi bir yönteme başvurmak yoluyla müdahalede bulunması gerektiğini gözönünde bulundurarak;

Üye Devlet hükümetlerine Bu Tavsiye Kararı Ekinde yer alan ilkeleri kendileri-ne rehber kılarak, nafaka borçlusunun yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde çocukların bakımı için önceden ödeme yapılmasına dair bir sistemi kabul etmeleri veya bu amaca hizmet eden bir sistem mevcut ise gerekli olması durumunda, mevcut sistemi anılan ilkelere uyumlu hale getirmeleri tavsiyelerinde bulunmuştur.

II. Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilen No. R (82) 2 sayılı Tavsiye Kararının Ek’inde 6 temel ilkeye yer verilmiştir: Bu ilkeler incelendiğinde;

1. **İlke uyarınca:** Bakım nafakası ödeme yasal yükümlülüğü altında bulunan kişinin, icra takibi sonucunda bu yükümlülüğü yerine getirmemesi halinde, çocuk bakımı için ön/peşin ödemelerin yapılması Devletin oluşturacağı bir sistem çerçevesinde gerçekleştirilecektir. Bu sistem, mutlak ikamet yeri o Devletin ülkesi olan ve bakım nafakası ödeme yükümlülüğü altında bulunmayan bir kişi ile birlikte yaşayan çocuklara uygulanacaktır.

2. **İlkeye göre:** Bu ödemelerin çocuğun kaç yaşına gelene kadar yapılacağı her devlet tarafından belirlenecektir. Ancak, her halükarda, bu ön/peşin ödemeler, çocuğun zorunlu okul dönemi sona erene dek yapılacaktır.

3. **İlke uyarınca:** Çocuğun ya da onun birlikte yaşamakta olduğu annesinin veya babasının çocuğun ihtiyaçlarını karşılayacak yeterli mali olanakları varsa, ön/peşin ödeme yapılması talebi reddedilebilir.

4. **İlke** “Her devlet tarafından saptanacak ölçütler çerçevesinde, yapılacak bu ön ödemelerin belli bir miktar ile sınırlandırılabilceğini düzenlemektedir.

5. **İlke:** Devlet tarafından yapılan ön ödemeler, borçluyu Devletin yaptığı bu ödemeler toplamı tutarında Devlete karşı yükümlülüklerinden veya Devletin yaptığı ödeme ile borçlunun ödemekle yükümlü bulunduğu miktar arasında herhangi bir farklılık mevcutsa, bu oranda çocuğa karşı olan yükümlülüklerinden kurtarmayacaktır.

Başka bir ifadeyle, devlet tarafından ön ödemede bulunulmuş olması, borçluyu devlete ve çocuğa karşı olan yükümlülüklerinden kurtarmayacaktır.

6. **Son ilkeye** göre ise; kamusal makamlar, yapılan ön ödemeleri borçludan tahsil etme (borçluya tazmin ettirme) yoluna gidebilirler. Kamusal makamlar ayrıca, kendilerine yetki verildiği takdirde bakım ödemesini yapan birim (yani, kredi veren) namına, icra takibi sonucunda ödenmesi yasal bir yükümlülük haline gelen meblağın tamamını tahsil etme yoluna da başvurabilirler. Ancak, mükerrer ödemeler dışında ön ödemelerin tamamının veya bir kısmının borçludan tahsil edilememesi, bu ödemelerin çocuktan tahsil edilmesi hakkını vermeyecektir.

Bu ilkeler doğrultusunda, bugün başta Almanya, Avusturya, İsveç, Finlandiya olmak üzere Fransa, Belçika, Lüksemburg, Portekiz, Polonya, Letonya, Slovenya, Estonya, Litvanya, Slovakya, Macaristan, İtalya, Danimarka, Çek Cumhuriyeti, İngiltere gibi bir çok AB ülkesinde ön ödemeli nafakaya imkan tanıyan- yasal düzenlemeler yürürlüktedir¹. Bu ülkelerin büyük bir kısmı sadece ergin olmayanlara, yani küçüklere bu imkanı tanımaktadır².

Velayet hakkına sahip olmayan ebeveyn tarafından nafakanın ödenmemesi halinde Avusturya, Estonya, Almanya, Macaristan, İtalya ve İsveç'te çocuk desteği doğ-

¹ Bkz. GRUBE Christian, Unterhaltsvorschussgesetz, Kommentar, München, 2009, 8; BEAUMONT Karolina/ MASON Peter, “Child Maintenance Systems in EU Member States from a gender perspective” In-Depth Analysis, Directorate General For Internal Policies, Policy Department C, Citizens’ Rights and Constitutional Affairs Gender Equality, 2014; [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2014/474407/IPOL-FEMM_NT\(2014\)474407_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2014/474407/IPOL-FEMM_NT(2014)474407_EN.pdf). Erişim tarihi: 01.11.2015. Ayrıca bkz. “REGULATION (EC) No 883/2004 of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the coordination of social security systems, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:166:0001:0123:en:PDF> erişim tarihi: 01.11.2015.

² SKINNER C./DAVIDSON J. , “Recent trends in child maintenance schemes in 14 countries”; http://www.york.ac.uk/search/?collection=york-uni-web&query=child%20maintenance&start_rank=1&client=yorkweb&site=spru-main. Erişim tarihi: 01.11.2015.

rudan devlet tarafından temin edilmektedir. Sözkonusu çocuk desteği, Fransa (CAF), Slovakya ve Belçika'da (SECA veya DEVO), devlet tarafından dolaylı bir biçimde yönetilen özel kuruluşlar tarafından, Çek Cumhuriyeti, Danimarka ve Finlandiya'da yerel makamlar tarafından, Polonya, Portekiz, Litvanya, Latviya ve Lüksemburg'ta özel fonlar tarafından, Hollanda ve İngiltere'de ise özel birimler tarafından sağlanmaktadır. Ayrıca, Fransa gibi bazı ülkelerde, özel sigorta şirketleri çocuğun nafakasının ödenmemesi halinde çocuk desteğini karşılayabilmektedir. Bu çerçevede; velayet hakkına sahip olmayan ebeveyn, hizmet sağlayıcısına sabit bir meblağ ödeyerek tahhütte bulunmakta ve çocuğa nafakayı ödememesi halinde, tüm hukuki yolların tükenmesinin ardından, ödenmeyen bu nafaka miktarı, sigorta şirketi tarafından karşılanmaktadır³.

Fransa'da Sosyal Güvenlik Kanunu'na 27/12/1984'de Resmi Gazete'de yayımlanarak getirilen bir değişiklik ile madde L581-2 uyarınca⁴; "Ebeveynlerden birinin icrai hale gelmiş bir mahkeme kararı ile belirlenmiş olan çocuklara ilişkin nafaka borcunu ödemekten tamamen kaçınması durumunda, aile desteği ödeneği (allocation de soutien familial) avans olarak ödenir.

Ebeveynlerden birinin icrai hale gelmiş bir mahkeme kararı ile belirlenmiş olan çocuklara ilişkin nafaka borcunu ödemekten kısmen kaçınması durumunda, fark ödeneği (allocation différentielle) avans olarak ödenir. Bu fark ödeneği, borçlu tarafından ifa edilmiş olan kısmi ödemeyi tamamlar. Toplam ödeme, aile desteği ödeneğini aşamaz".

Ailevi edimlere ilişkin borçlu kurum, alacaklının haklarına, aile desteği ödeneği tutarı veya nafaka borcu aile desteği ödeneğinden daha azsa nafaka borcu tutarı oranında halef olur. Nafaka borcu tutarı oranında halef olunması durumunda, aile desteği ödeneği ilişkin fazla tutar, alacaklı tarafından kazanılmış olmaya devam eder."

§2. ALMAN ÖN ÖDEMELİ NAFKA (NAFAKA AVANSI) KANUNU

I. Genel Olarak

Konuya ilişkin detaylı hükümler içeren özel kanunların yürürlükte olduğu iki örnek ülke; Almanya ve Avusturya üzerinden, konuyu ele alırsak; sistematik olarak birbirine benzeyen bu iki kanunda da devletin ödemekle yükümlü olduğu ön ödeme- li nafakayı talep yetkisi sadece çocuklara tanınmıştır.

³ BEAUMONT Karolina/ MASON Peter, "Child Maintenance Systems in EU Member States from a gender perspective" In-Depth Analysis, Directorate General For Internal Policies, Policy Department C, Citizens' Rights and Constitutional Affairs Gender Equality, 2014; [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2014/474407/IPOL-EMM_NT\(2014\)474407_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2014/474407/IPOL-EMM_NT(2014)474407_EN.pdf). Erişim tarihi: 01.11.2015.

⁴ <http://www.caf.fr/ma-caf/caf-du-lot/offre-de-service/solidarite-et-insertion/vous-elevez-seule-votre-enfant-vous-etes-confrontee-a-une-separation-un-divorce-un-veuvage-ou-au-deces-d-un-enfant>. Erişim tarihi: 01.11.2015.

Almanya'da 1.1.1980 tarihinde yürürlüğe giren ve en son 16.07.2015 tarihinde değişikliğe uğrayan “Ön Ödemeli Nafakaya İlişkin Kanun” (Nafaka Avansı yoluyla tek başına çocuk yetiştiren anne ve babaların çocuklarının nafakalarını teminat altına almak için Kanun) temel olarak çocukların hangi şartlar altında “ek bir sosyal yardım”⁵ olan ön ödemeli nafakaya hak kazanabileceklerini düzenlemektedir. Anılan kanunun amacı; çocuğun yanında yaşamadığı ebeveynin nafaka ödeme yükümlülüğünü kısmen veya tamamen yerine getirmemesi veya ölmesi halinde, çocuğu tek başına yetiştiren anne veya babanın desteklenmesi, karşılaştığı sorunların giderilmesidir. Bu doğrultuda, kanun oniki yaşını henüz tamamlamayan ve yanında yaşamadığı ebeveyninden hiç veya düzenli olarak nafaka alamayan çocukların nafaka alacaklarını teminat altına almayı hedeflemektedir⁶.

30 yılı aşkın bir geçmişine sahip olan kanun bu süreçte birçok kez değişikliğe uğramış olsa da kanunun temel yapısına dokunulmamıştır. Anılan kanunun amacı; çocuklarını tek başına yetiştiren ebeveynleri bu kanunda öngörülen nafaka ödemesi ile finansal açıdan belirli bir ölçüde rahatlatmaya çalışmaktır. Zira, çocuğu tek başına yetiştiren ebeveynlerden biri genellikle çocuğu daha ağır şartlar altında yetiştirmek ve büyütme zorunda kalmaktadır. Bu durum, çocuğun yanında yaşamadığı anne veya babasından asgari iştirak nafakasını elde edemediği durumlarda daha da zorlaşmaktadır. İşte bu ek yükün, anılan kanunda düzenlenen nafaka ödemesi yoluyla düzeltilmesi gerekmektedir. Söz konusu ödeme, bir sosyal ödeme olarak tanımlanmaktadır⁷.

Çocuğu tek başına yetiştiren ebeveynlerden birinin finansal durumunu iyileştirme amacını güden Kanunun hazırlık aşamasında, ilgili Avrupa ülkelerindeki düzenlemeler ve öncelikle 1.11.1976 tarihinden itibaren “Ön Ödemeli Nafaka Kanunu”nun yürürlükte olduğu Avusturya örnek olarak dikkate alınmıştır. Bu aşamada, ödemeler nafaka isteme hakkına sahip olan kişinin yoksulluk içinde olmasına bağlanmamış, nafaka ilamının alınmış olması bir koşul olarak aranmamış ve nafaka yükümlüsü olan diğer akrabalar, örneğin büyük anne ve büyükbabalar da dikkate alınmamıştır⁸.

⁵ Bkz. SCHOLZ Harald/ KLEFFMANN Norbert/MOTZER Stefan, Praxishandbuch Familienrecht, München 2013, Rn 224, www.beck-online.beck.de, 01.11.2015; WENDL Philipp/STAUDIGL Siegfried, Der Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, München, 2011 Rn. 262-269; www.beck-online.beck.de, 01.11.2015; SCHNITZLER Günther, Familienrecht, München 2010, Rn. 145-147; www.beck-online.beck.de, 01.11.2015.

⁶ Bkz. SCHNITZLER Günther, Rn. 145; www.beck-online.beck.de, 01.11.2015; HEISS Beate/ BORN WINFRIED, Unterhaltsrecht, München, Rn. 14, www.beck-online.beck.de, 01.11.2015.

⁷ GRUBE 8; SCHOLZ/ KLEFFMANN/MOTZER, Rn 224, www.beck-online.beck.de, 01.11.2015; WENDL/STAUDIGL, Rn. 262-269; www.beck-online.beck.de, 01.11.2015.

⁸ GRUBE, 8.

III. Ön Ödemeli Nafaka Talebine İlişkin Şartlar

Anılan kanun §1’de, ön ödemeli nafakayı talep edebilmek için gerekli olan temel koşullar ve ön ödemenin unsurları düzenlenmektedir⁹.

Bu düzenleme uyarınca, ön ödemeli nafaka talep etme hakkına sahip olan;

- 1. Çocuğun 12 yaşını doldurmamış olması,**
- 2. Çocuğun, bu kanunun uygulama alanı içinde bekar, dul veya boşanmış olan veya eşinden veya hayat arkadaşından sürekli olarak ayrı yaşayan anne veya babasından biri ile birlikte yaşamaması,**
- 3. Çocuğun birlikte yaşadığı ebeveynin eşinin veya hayat arkadaşının hastalık, engelli olma sebebiyle veya mahkeme kararı uyarınca en az altı ay bir kuruma(ör. Hapishane) yerleştirilmesi,**
- 4. Çocuğun nafaka yükümlüsü olan ebeveyninden nafakasını hiç veya düzenli olarak elde edememiş olması veya kanunda öngörülen asgari nafaka miktarının altında bir meblağ elde etmiş olması veya nafaka yükümlüsü ebeveynin veya üvey anne veya babasının ölmüş olması gerekmektedir.**

Nafaka ödemesi, kanunda belirtilen düzenlemeye uygun olarak iki farklı işleve sahiptir: Öncelikle, bu ödeme, nafaka ödeme yükümlüsü olan diğer ebeveyn açısından bir ön ödeme/avans işlevini görmektedir, zira bu ön ödeme sözkonusu ebeveyn tarafından geri ödenmek zorundadır. Ön ödeme aynı zamanda, ödeme gücüne sahip olan nafaka yükümlüsünün mevcut olmaması halinde “yetersizlik ödemesi” rolünü oynamaktadır¹⁰.

Ön ödemeli nafakayı talep yetkisi, çocuğun yanında yaşadığı anne veya babasına değil, doğrudan doğruya çocuğa tanınmıştır. Başka bir ifadeyle, her ne kadar kanunun yöneldiği amaç tek başına çocuğu yetiştiren ebeveynlerden birinin içinde bulunduğu sıkıntılı durumla ilişkili olsa da, nafaka ödemesini talep yetkisi çocuğa tanınmıştır¹¹.

Ön ödemenin talep edilebilmesi, çocuğun veya onu tek başına yetiştiren ebevey-

⁹ GRUBE, 31; krş. WELLENHOFER Marina, Familienrecht 2.Auflage, 2011, § 35 Unterhalt unter Verwandten, insbesondere Kindesunterhalt, Rn 31.

¹⁰ Bkz. SCHOLZ/ KLEFFMANN/MOTZER, Rn 224, München 2013, www.beck-online.beck.de, 01.11.2015; GRUBE 10.

Tek başına çocuğu yetiştiren ebeveynlerden biri dul ise, ön ödemenin bu işlevlerin dışındaki üçüncü işlevi devreye girmektedir; zira ön ödeme bu olasılıkta yetim gelirinin yerine geçmektedir. GRUBE, 10.

¹¹ Bkz. GRUBE, 9; HEISS Beate/ BORN WINFRIED, Rn. 14, www.beck-online.beck.de, 01.11.2015.

SCHOLZ/ KLEFFMANN/MOTZER, Rn 224, beck-online.beck.de, 01.11.2015; SCHNITZLER Günther, Rn. 14; www.beck-online.beck.de, 01.11.2015.

nin mali açıdan yoksulluk içinde olmasına bağlı değildir. Başka bir ifadeyle, çocuk veya onu tek başına yetiştiren ebeveyn yoksulluk içinde olmasa dahi ön ödeme talep edilebilir¹².

Her ne kadar, kanunda öngörülen ödeme, kamu hukukuna özgü bir ön ödeme olsa da, aslında sözkonusu ödeme çocuğun özel hukuk kökenli nafaka talebine bağlıdır. Bu bağlantı kendisini, ön ödemenin kapsamının özel hukukta öngörülen asgari nafaka miktarına göre belirlenmesi noktasında göstermektedir¹³. Buna karşılık, belirtilen kanuna göre nafaka ön ödeneğini talep hakkı, nafaka hukukundan bağımsız olarak varlığını korur. Bu bağlamda eğer diğer ebeveynin nafakayı ödeme gücü olmadığı için kendisine karşı özel hukuktan kaynaklanan talep ileri sürülmesine dahi nafaka ön ödeneği talep edilebilir¹⁴.

1. “Çocuğu Tek Başına Yetiştiren Ebeveyn” Kavramı

Ön ödemeli nafaka talebi için belirleyici olan kriter, çocuğu tek başına yetiştiren ebeveynlerden birinin kişisel hal durumudur. Zira, çocuğu tek başına yetiştiren anne veya babanın bekar, dul veya boşanmış olması veya eşiyle veya hayat ortağı ile sürekli olarak ayrı yaşamakta olması gerekmektedir. Buna karşılık, “tek başına yetiştirme” kavramı ve özelliği, çocukla ilgilenen ebeveynlerden birinin diğer ebeveynin dışındaki bir kişiyle evlenmesi (üvey anne veya baba) veya tescil edilmiş bir hayat ortaklığı yaşaması halinde sözkonusu olmamakta, devre dışı kalmaktadır. Bu durumda, talebin reddedilmesinin temelinde yatan gerekçe; ilgili ebeveynin diğer eşten veya hayat arkadaşından belirli bir ölçüde destek görmesidir. Her ne kadar belirtilen kişinin çocuğa karşı bir nafaka yükümlülüğü olmasa ve bu şartlar altında çocuğun bakımına katılmayarak çocuğun mali durumunu iyileştirmese dahi, çocuğu tek başına yetiştiren ebeveynin esas olarak mali durumunu düzeltmektedir¹⁵.

Çocuk, sadece kendisini tek başına yetiştiren ebeveynin yanında yaşmalıdır. Bu ebeveyn de, kanunda öngörülen nitelikteki kişisel durum içinde bulunmalı; yani “bekar”, “dul” veya “boşanmış” veya “sürekli olarak ayrı yaşamakta” olmalıdır. Bu noktada, kanunun, çocuğu tek başına yetiştiren ebeveynin içinde bulunduğu zor durumu yumuşatma amacı gündeme gelmektedir. Ancak, kanunda belirtilen bu koşulların yine birinci paragrafın üçüncü fıkrasındaki düzenleme ile tamamlanması gerekmektedir. Bu hükme göre, çocuğun yanında yaşadığı ebeveyn sözkonusu koşulları taşısa bile eğer diğer ebeveyn ile birlikte yaşarsa, ön ödemeli nafaka hakkı

¹² Bkz. GRUBE, 16, 32.

¹³ GRUBER, 31.

¹⁴ GRUBE, 32.

¹⁵ GRUBE, 9; SCHOLZ/ KLEFFMANN/MOTZER, Rn 225, beck-online.beck.de, 01.11.2015; WENDL/STAUDIGL, Rn. 264; www.beck-online.beck.de, 01.11.2015; SCHNITZLER, Rn. 149; www.beck-online.beck.de, 01.11.2015.

doğmayacaktır. Birlikte yaşadığı diğer ebeveynin kişisel durumu da önemli değildir. Hatta ebeveynler birbirleriyle evli olmasalar, boşanmış veya dul olsalar dahi, ön ödemeli nafaka talebi reddedilecektir¹⁶. Dolayısıyla, kanunda belirtilen “bekar”, “dul”, “boşanmış” veya “sürekli olarak ayrı yaşamakta olan” kavramlarının içeriği ve anlamı önem arz etmektedir. Bekar kavramı ile kastedilen kişinin evli olmaması veya tescil/kayıt edilmiş hayat ortaklığı içinde yaşamamış olmasıdır. Dolayısıyla, çocuğu tek başını yetiştiren ebeveynin evli olup olmadığı veya tescil edilmiş bir hayat ortaklığının mevcut olup olmadığı tespit edilmelidir. “Dul” kavramı, kişinin eşinin ölmüş olmasını ve sağ kalan eşin, nafaka talebinin reddini gerektirecek yeni bir kişisel durum içinde bulunmamış olmasını ifade etmektedir. Boşanmış olmanın yanısıra evliliğin bitmesine karar verilmiş olması da aynı sonuca yol açmaktadır¹⁷.

Anılan kanunun §1/1’in 3. fıkra ile tamamlanması sistematik olarak gereksiz bir karmaşıklığa yol açmıştır. Her iki düzenlemenin birlikte değerlendirilmesi sonucunda, her türlü olasılığı kapsayan dört ihtimal, yapı sözkonusu olabilecektir:

-Her iki ebeveynin birlikte yaşaması - Kişisel durumları dikkate alınmaz – Talep reddedilir.

-Evli (üvey anne veya baba) / Hayat ortaklığı (Lebenspartnerschaft) – Hayat arkadaşının diğer ebeveyn olup olmaması önemli değildir –Talep reddedilir.

-Evli/Hayat ortaklığı – Ancak sürekli olarak ayrı yaşamakta iseler - Talep kabul edilir.

-Evlilik benzeri şekilde birlikte yaşamak – Talep kabul edilir¹⁸.

Bu yapılandırmalar açısından bazı noktaların üzerinde durulması gerekmektedir:

1. Ebeveynler evlilik benzeri şekilde birlikte yaşaması halinde nafaka talebi reddedilirken, ebeveyn dışındaki diğer evlilik benzeri birlikte yaşama halinde aynı sonucun ortaya çıkmaması yani talebin kabul edilmesi aslında isabetlidir; zira ebeveynler çocukları için diğer eş benzeri kişilere göre çok daha büyük bir sorumluluk taşımaktadırlar.

2. Diğer eş(üvey anne veya baba) veya hayat arkadaşı ile birlikte yaşamak da –diğer eş veya hayat arkadaşı her ne kadar ebeveyn olmaması dolayısıyla nafaka yükümlüsü olmasa dahi- nafaka talebinin reddi sonucuna yol açmaktadır. Aslında bu düzenleme de evlilik benzeri birlikte yaşama hali karşısında yerinde bir düzenlemedir. Zira, diğer eş veya hayat arkadaşı çocuğa nafaka ödemekle yükümlü olan ebeveyn

¹⁶ GRUBE, 38.

¹⁷ Bkz. GRUBE, 40-43; SCHNITZLER, Rn. 149; www.beck-online.beck.de, 01.11.2015.

¹⁸ GRUBE, 39. Ayrıca bkz. WENDL/STAUDIGL, Rn. 264; www.beck-online.beck.de, 01.11.2015.

olmasa dahi, çocuğu tek başına yetiştiren ve çocuğa karşı nafaka yükümlüsü olan ebeveynin herşeyden önce mali durumunu fiili olarak iyileştirmektedir¹⁹.

2. Sürekli Olarak Ayrı Yaşama

“Sürekli olarak ayrı yaşama” kavramı BGB §1567’de belirtilen anlamda tanımlanmıştır. Başka bir ifadeyle sürekli ayrı yaşama halinin kabul edilmesi için BGB §1567’de öngörülen şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu bağlamda, eşlerin veya hayat arkadaşlarının arasında ortak hayatın ortadan kalkması ve eşlerden veya hayat arkadaşlarından birinin ortak hayatı kurmak istemeyi reddetmesi halinde “sürekli olarak ayrı yaşama” durumu sözkonusu olmaktadır. Başka bir ifadeyle, “sürekli olarak ayrı yaşama” kavramı 3 unsurdan oluşmaktadır²⁰:

1. Ortak hayat somut olayın şartları çerçevesinde kurulamamış olmalı,
2. Ayrılma niyeti mevcut olmalı, (Mesleki amaçlı ayrılıklar, uzun süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar veya rehin alınma hali veya askerlik hizmetinin görülmesi sürekli olarak ayrı yaşama hali içinde değerlendirilmemektedir.)
3. Eşlerden veya hayat ortaklarından birinin ortak hayatı kurmayı reddetmesi gerekmektedir. (Sübjektif unsur)

Bu üç unsurun kümülatif olarak bulunması gerekmektedir.

3. Hastalık, Engelli Olma Sebebiyle veya Mahkeme Kararı Uyarınca En Az Altı Ay bir Kuruma Yerleştirilme

Eşlerden veya hayat arkadaşlarından birinin hastalık, engelli olmaya veya mahkeme kararı uyarınca en az aylık olası bir süre için bir kuruma yerleştirilmesi halinde de hareket noktası kanunun “sürekli olarak ayrı yaşama” hali açısından öngördüğü amaçtır. Zira, belirtilen süre boyunca ayrı kalınması halinde de durum çocuğu tek başına yetiştirme hali ile kıyaslanabilecek ölçüde zordur. Kuruma yerleştirilen kişi, diğer ebeveyne veya hayat arkadaşına ayrı kaldıkları süre boyunca pek destek olamamaktadır²¹.

Hastalık, tıbbi tedaviyi gerektiren fiziksel veya ruhsal bir hastalık olabilir. Bu durum, aynı zamanda kişinin çalışma gücünü kaybetmesine de yol açabilir, ancak çalışma gücü kaybı olmadan da hastalık hali, kanunda öngörülen diğer şartların gerçekleşmesi halinde ön ödemeli nafaka talebi için yeterlidir²².

¹⁹ GRUBE, 39-40.

²⁰ Bkz. GRUBE, 41-42; SCHOLZ/ KLEFFMANN/MOTZER, Rn 225, beck-online.beck.de, 01.11.2015; WENDL/STAUDIGL, Rn. 263; www.beck-online.beck.de, 01.11.2015; SCHNITZLER Günther, Rn. 149; www.beck-online.beck.de, 01.11.2015.

²¹ GRUBE, 43; WENDL/STAUDIGL, Rn. 263, www.beck-online.beck.de, 01.11.2015.

²² GRUBE, 44.

Mahkeme kararı ile kuruma yerleştirilme hali genellikle ceza hukuku çerçevesinde verilen hürriyeti bağlayıcı ceza, tutukluluk hali açısından sözkonusu olmaktadır. Bunun dışında psikolojik rahatsızlığı olan kişilerin de mahkeme kararıyla kuruma yerleştirilmesi hali bu kapsamda değerlendirilmektedir. Ancak belirtilmelidir ki, belirtilen bu durumlar sebebiyle nafaka talep edilebilmesi için bir kuruma yerleştirme halinin en az altı ay olarak öngörülmüş olması gerekmektedir²³.

4.Çocuğun Kendisini Tek Başına Yetiştiren Ebeveynin Yanında Yaşamasi

Çocuğun nafaka hakkında sahip olabilmesi için, kanunda öngörülen şartları taşıyan ve “tek başına yetiştiren” niteliğini taşıyan ebeveynin yanında yaşamış olması gerekmektedir. Çocuğun yanında yaşadığı ebeveyn, annesi veya yasa gereği babası olmalıdır. Çocuğun biyolojik babasının, babalığının tespit edilmesine kadar, bu noktada herhangi bir rolü yoktur. Hatta çocuk, annesiyle biyolojik babasının birlikte yaşadığı bir evde yaşasa bile ebeveynlerinden birinin yanında yaşıyor sayılmaktadır²⁴.

Çocuğun yanında yaşadığı ebeveyn tarafından, çocuğun yaşamsal temel ihtiyaçlarının karşılanması, çocuğun bu ebeveyn tarafından özenle bakılması, ilgilenilmesi ve korunması gerekmektedir. Çocuk ve ebeveyn arasındaki kısa süreli ayrılıklar önem arz etmez. Çocuğun kreşe gitmesi veya çocukla gündüz bir bakıcının ilgilenmesi de çocuğun ebeveynin yanında yaşadığı sonucunu etkilemeyecektir. Ancak çocuk yatılı bir okulda kalıyorsa, bu durumda çocuğun hafta sonu ve tatillerde eve gidip gitmediği belirleyici olmaktadır²⁵.

Çocuğun yanında yaşadığı ebeveynin fiil ehliyetine sahip olup olmaması veya velayet hakkına sahip olup olmaması önemli değildir. Bu noktada belirleyici olan çocuğun yaşamsal ihtiyaçlarının hangi ebeveyn tarafından karşılandığıdır²⁶.

Bu çerçevede, çocuk dönüşümlü bir şekilde, yaklaşık olarak eşit sürelerle her iki

²³ GRUBE, 44.

²⁴ GRUBE, 46. Aksi görüş için bkz. SCHNITZLER, Rn. 149; www.beck-online.beck.de, 01.11.2015; “Buna karşılık, çocuğun, örneğin yasal olarak aralarında soybağı kurulmasa dahi, biyolojik babasıyla birlikte yaşamasi halinde kanunda öngörülen “ebeveynle birlikte yaşama” şartı gerçekleşmiş sayılmaktadır” (VG Freiburg, FamRZ 2009, 258, 259).

Annenin çocuğun babasının kimliği ve adresi hakkında yetkili makamlara bilgi vermekten kaçınması çocuğun aleyhine bir sonuca yol açacaktır. Annenin bu bilgiyi vermekten kaçınmasının, ön ödemeli nafaka talebi üzerinde olumsuz bir etkiye yol açmaması, ancak istisnai olarak, annenin özel hayatının korunması noktasındaki menfaatlerinin, çocuğun babasını tanımısına ilişkin menfaatine göre önceliğinin olması halinde sözkonusu olabilecektir. Bu durum, menfaatlerin tartılmasına ilişkin bir husustur. Ancak, çocuğun babasının, çocuğun nesebini reddetmesi halinde, annenin çocuğun yasal babası hakkında bilgi verme yükümlülüğü altında olmadığı kabul edilmektedir. SCHNITZLER, Rn. 149; www.beck-online.beck.de, 01.11.2015.

²⁵ GRUBE, 46.

²⁶ SCHNITZLER, Rn. 482, , www.beck-online.beck.de, 01.11.2015.

ebeveynle de birlikte yaşıyorsa veya çocuk büyükanne ve büyükbabaları gibi üçüncü kişiler tarafından bakılıyor ve ebeveynleri çocuğu sadece ziyaret ediyorsa veya boşanma esnasında ebeveynlerin, ebeveynlerden her birinin çocuğun velayet hakkına sahip olacağı(ortak velayet) ve çocuğun bakımını tamamen karşılayacağı konusunda anlaşmaya varmışlarsa, ön ödemeli nafaka talebi de reddedilecektir²⁷. Ortak velayet halinde, çocuğu tek başına yetiştiren ebeveynin müşkül durumunu düzeltme amacını taşıyan kanunun amacına bağlı kalınarak, diğer ebeveynin çocuğun bakımına birlikte katılması neticesinde hala “çocuğu tek başına yetiştiren ve yükünü çeken ebeveyn” tablosunun ortaya çıkıp çıkmadığı konusu sorgulanmalıdır. Zira, “tek başına yetiştiren ebeveyn” kavramı, diğer ebeveynin çocuğun bakımına ve yetiştirilmesine hiçbir şekilde katılmaması gerektiği anlamına gelmemektedir²⁸.

Ebeveynin aynı çatı altında annesi, kardeşi veya arkadaşları gibi diğer kişilerle beraber yaşaması, onun “tek başına çocuğu yetiştiren” ebeveyn olma durumunu değiştirmeyecektir. Aynı şekilde kadının bir kadın veya çocuk evinde kalması halinde de kişisel durumu değişmeyecektir²⁹.

5. Diğer Ebeveyn ile Birlikte Yaşamama

“Ebeveynlerin birlikte yaşamaması” şartı, kanunda öngörülen nafaka talebine ilişkin şartlar arasında olumsuz bir unsur olarak yer almaktadır³⁰. Ebeveynlerin birlikte yaşaması halinde nafaka talebinin reddedilmesi kuralı sistematik olarak §1/1’de öngörülen temel unsura dahildir. Zira, çocuğun her iki ebeveyn ile birlikte yaşaması, kanunun aradığı bir koşul olan çocuğun tek bir ebeveynin yanında yaşaması koşulunu gerçekleştirmemektedir. Bu düzenleme, ebeveynlerin evli olmamasına rağmen birlikte yaşamaları durumunu işaret etmektedir. Ebeveynlerin evlilik benzeri şekilde birlikte yaşamaları halinde nafaka talebi –ebeveyn dışındaki bir kişiyle evlilik benzeri birlikte yaşama halinden farklı olarak – engellenmektedir. Aslında bu farklı uygulama yerinde bir düzenlemedir; çünkü ebeveynler çocukları için diğer eş benzeri kişilere göre çok daha büyük bir sorumluluk taşımaktadırlar. Ebeveynlerin birlikte yaşadıklarının kabul edilmesi için, ebeveynlerin ortak hayatı sürdükleri evde birlikte yaşamış olmaları gerekmektedir. Bu durumun mevcut olup olmadığı prensip olarak tıpkı evli kişiler gibi değerlendirilecektir. Ancak bu durumda bile, ebeveynler açısından da, tıpkı evli eşler gibi belirli bir süre hastalık, engelli olma veya mahkeme kararı sebebiyle bir kuruma yerleştirilme hali açısından öngörülen nafaka talebi düzenlemesi uygulama alanı bulacaktır³¹.

²⁷ SCHNITZLER, Rn. 149; www.beck-online.beck.de, 01.11.2015. Krş. GRUBE, 46-47.

²⁸ GRUBE, 46.

²⁹ GRUBE, 48.

³⁰ GRUBE, 59.

³¹ GRUBE, 48.WENDL/STAUDIGL, Rn. 264; www.beck-online.beck.de, 01.11.2015.

6. İştirak Nafkasının Diğer Ebeveyn Tarafından Ödenmemesi veya Ödemenin Gecikmesi

Ön ödemeli nafaka veya nafaka avansının kilit noktası diğer ebeveyn tarafından iştirak nafakasının ödenmemesi veya ödemesinin geciktirilmesidir. Aynı zamanda, bu noktada ön ödemeli nafakanın, diğer ebeveyn tarafından ödenmesi gereken iştirak nafakası karşısında ikincil bir özelliğe sahip olduğu, ikinde derecede yer aldığı çok net bir şekilde anlaşılmaktadır. Ancak, kanunda öngörülen bu olumsuz unsurlar, fiilen belirli sorunları da beraberinde getirmektedir, çünkü ödemenin yapılmadığını açıklamak ve ispat etmek çok zor olabilmektedir. Kanunda öngörülen düzenleme farklı olasılıklardan yola çıkmıştır. Ancak, ödemenin yapılmadığının kabul edilebilmesi için kanunda düzenlendiği şekilde zorunlu unsurların gerçekleşmesi gerekecektir: Dolayısıyla çocuğun diğer ebeveyninden,

-hiç iştirak nafakası almaması veya,

-düzenli olarak iştirak nafakası almaması veya,

-iştirak nafakası almasına rağmen bu miktarın §2’de öngörülen asgari miktar düzeyinde olmaması gerekmektedir³².

Çocuğun hiç nafaka almaması halinde durum son derece açık olmasına rağmen, düzenli olarak nafaka almaması, -düzenli olarak yapılmayan ödemenin asgari nafaka miktarına ulaşip ulaşmadığı veya bu rakamın altında kalıp kalmadığına bakılmaksızın- belirli şartlar altında uygulamayı zorlaştırmaktadır. Çocuğun nafaka almasına rağmen, aldığı miktarın asgari nafaka miktarını yakalayamaması halinde, kanunun asgari nafaka miktarını sağlama, garanti etme işlevi devreye girmektedir³³.

Bu düzenleme, §2/3, Nr.1’deki düzenleme ile sıkı bir ilişki içindedir. Zira, çocuğun iştirak nafakasını elde ettiği aylara ilişkin ön ödemeli nafaka talebi ya tamamen düşmekte veya indirilmektedir. Aslında bu sonuç, ön ödemeli nafakanın iştirak nafakası karşısındaki ikincil karaktere sahip olmasının bir uzantısıdır. Eğer çifte ödeme yapılmışsa –hem iştirak nafakası, hem de ön ödemeli nafaka elde edilmişse-§5/2’ye göre, nafaka talebinde bulunan kişinin bu meblağı geri ödemesi gerekmektedir³⁴.

7. Nafaka Talebinin Kabul Edilmediği Durumlar

Yukarıda da yer yer değinildiği üzere nafaka talebinin kabul edilmediği durumların başında ebeveynlerin birlikte yaşaması gelmektedir. Bunun sebebi, ebeveynlerin birlikte yaşaması halinde, kanunun asıl amacı olan tek başına çocuğu tek başına ye-

³² GRUBE, 49.

³³ GRUBE 49-50.

³⁴ GRUBE, 50.

tiştiren ebeveynin taşıdığı ağır yükün hafifletilmesine gerek duyulmamasıdır. Aslında bu düzenleme 1. Fıkra da öngörülen nafaka talebine ilişkin şartlar arasında olumsuz bir unsur olarak yer almaktadır: Ebeveynlerin birlikte yaşamaması³⁵.

§1/3'de düzenlenen ve nafaka talebine doğumuna engel olan bir diğer sebep ise, çocuğu tek başına yetiştiren ebeveynin sözkonusu kanunun uygulanması için gerekli olan bilgileri vermeyi reddetmesi veya babalığın tespit edilmesi veya diğer ebeveynin yerleşim yerinin belirlenmesi konusunda işbirliği yapmayı reddetmesidir. Anılan düzenlemede aranan işbirliği yükümü (obliegenheit) gerçek bir koşul olarak kabul edilmelidir. Ancak, bu işbirliği yükümünün zorla yerine getirilmesi mümkün değildir. Bu yükümün yerine getirilmemesinin hukuki sonucu; nafaka talebinin doğmayacak olmasıdır. Özellikle, babalığın tespit edilmesi konusunda işbirliği talep edilmesi aneninin özel hayatını, cinsel yaşamını ihlal etmemektedir³⁶.

Sözkonusu kanunun §1/4'de aynı zamanda, diğer ebeveynin çocuğa karşı olan nafaka yükümünü önceden ödeme yoluyla yerine getirdiği aylara ilişkin olarak bu kanuna göre nafaka talebinin oluşmayacağı düzenlenmiştir. Aynı şekilde, çocuğun ihtiyaçları sosyal kanun ödemeleri (gençlik yardımı ödemeleri- Jugendhilfeleistungen) çerçevesinde karşılanmışsa, nafaka talebine bu kanun çerçevesinde yer olmayacaktır³⁷.

IV. Ön Ödemeli Nafakanın Kapsamı ve Süresi

Nafakanın kapsamı anılan kanunun 2. Paragrafında düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre; ödenecek olan aylık nafaka miktarı 0-6 yaş grubu (altı yaşını henüz doldurmamış) ve 6-12 yaş grubu (oniki yaşını henüz doldurmamış) çocuklar için, yani iki farklı yaş kategorisi açısından farklı rakamlar olarak öngörülmüştür³⁸.

Anılan kanunun 3. Paragrafında nafakanın süresine de yer verilmiş ve nafakanın en çok toplam 72 ay ödeneceği belirtilmiştir. Kanunda önceden bu süre 36 ay olarak öngörülmüş olmasına karşın, daha sonra yapılan değişiklikle süre iki katına çıkartılmıştır. Bu düzenleme, kanunda öngörülen azami yaş sınırına ilişkin düzenleme ile belirli bir ilişki içindedir. Bazı durumlarda, yaş sınırlaması yüzünden ödemenin yapılabileceği azami süre dolmamış olsa dahi ödeme sona ermektedir. Örneğin, çocuğu tek başına yetiştiren ebeveyn, çocuk 10 yaşına geldiği zaman zor durumda kalmışsa, ödeme ancak geri kalan 3 yıl için yapılabilecektir. Yaşı daha büyük olan çocuklar açıs-

³⁵ GRUBE, 59, 48; WENDL/STAUDIGL, Rn. 264; www.beck-online.beck.de, 01.11.2015.

³⁶ GRUBE, 59; WENDL/STAUDIGL, Rn. 264; www.beck-online.beck.de, 01.11.2015.

³⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. GRUBE, 61-63.

³⁸ WENDL/STAUDIGL, Rn. 266; www.beck-online.beck.de, 01.11.2015; Ayrıntılı bilgi için bkz. GRUBE, 64-74; HEISS Beate/BORN WINFRIED, Unterhaltsrecht, München, 2010, Rn 15.

sından bu durum bir eşitsizlik olarak değerlendirilmemelidir, zira 12 yaşını doldurmuş olan bir çocuğu tek başına yetiştiren ebeveynin artık çok zor durumda olmadığı ilke olarak kabul edilmektedir³⁹.

V. Tazminat ve Geri Ödeme Yükümlülüğü

§5/1 uyarınca, ödenen nafakaya ilişkin yasal koşulların belirli bir ay açısından gerçekleşmemesi halinde, örneğin yanında yaşadığı anne veya babasının kasten veya kusurlu olarak yanlış veya eksik bilgi veya belge vermeleri veya nafaka ödenmesine dair koşulları karşılamadıklarını bilmeleri veya bilebilecek durumda olmalarına rağmen nafakayı almaları halinde, çocuğun yanında yaşadığı anne veya babası veya çocuğun yasal temsilcisi, ödenmiş olan nafaka tutarını tazmin etmek zorundadır. Dolayısıyla bu düzenlemede bir tazminat yükümlülüğü öngörülmüştür⁴⁰.

Nafaka talep etme hakkına sahip olan çocuğun aynı kanunun 2. Paragrafının üçüncü fıkrasında düzenlenen geliri nafaka başvurusundan sonra elde etmesi ve bu durumun nafakanın onaylanması esnasında dikkate alınmaması yüzünden ödenen nafakaya ilişkin yasal koşulların belirli bir ay açısından gerçekleşmemesi halinde, çocuk ödenmiş olan nafaka tutarını geri ödemek zorundadır. Çocuğun geri ödeme yükümlülüğü sadece kanunda öngörülen geliri elde etmesi halinde uygulama alanı bulmaktadır. Bunun dışındaki başka hiçbir sebep çocuğu nafaka ödeme yükümlülüğü altına sokamaz⁴¹.

VI. Çocuğu Tek Başına Yetiştiren Ebeveynin Bildirim Yükümlülüğü

Kanunun uygulanması ve yürütülmesi açısından son derece önemli bir işleve sahip olan “bilgi verme yükümlülüğü” §1/3’te düzenlenmiştir. Ancak, §6/4’te, “şartlarda meydana gelen ve belirli bir ağırlığı olan değişikliklerin bildirim yükümlülüğü” öngörülmüştür. Söz konusu değişikliklerin önemli değişiklikler olması gerekmektedir. Zira, nafaka ödeme edimi “sürekli bir edim” olmadığından, yetkili makamlar her zaman, çocuğu tek başına yetiştiren ebeveynden bilgi vermesini, açıklama yapmasını talep edebilirler. Örneğin, çocuğu tek başına yetiştiren ebeveyne yöneltilen; diğer ebeveynin hala nafakasını ödeyip ödemediğine ilişkin sorulara karşılık, yanıt alınamazsa, talebe karşılık verilmezse nafaka ödeme talebi de reddedilecektir. Anılan hükümde düzenlenen bildirim yükümlülüğü, yetkili makama, her ay, bu kanunun uygulanması için önem arzeden önemli şartlarda herhangi bir değişikliğin olup olmadığının sorulması yükümlülüğünü yüklemiştir⁴².

³⁹ Bkz. GRUBE, 75- 78

⁴⁰ GRUBE, 84-85.

⁴¹ GRUBE, 89.

⁴² GRUBE, 94.

Bu bağlamda, çocuğun yasal temsilcisi veya çocuğu tek başına yetiştiren ebeveyn şartlarda meydana gelen önemli değişiklikleri, bu çerçevede özellikle, bu arada belirli bir gelir elde edilip edilmediğine ilişkin bilgi verme yükümlülüğü altındadır. Üstelik bu değişiklikler daha önce yapılan bildirimlerle ilişkin olsa da, bildirim yükümlülüğü hala devam etmektedir. Örneğin, çocuğu tek başına yetiştiren ebeveyn, nafaka başvurusu esnasında diğer ebeveynin nerede yaşadığını bilmediğini açıklamış olmasında rağmen sonradan diğer ebeveynin yerleşim yerini öğrenmişse, bu bilgiyi yetkili makamlara iletme zorundadır. Söz konusu bilgi, nafaka talebinde bulunan kişinin nafaka ödemesi açısından önem arz etmese dahi, yetkili makamlar için son derece hayati öneme sahiptir. Bildirimin içeriğinin açık olması gerekmektedir⁴³.

Bildirim yükümlülüğünün ihlali §5/1 uyarınca tazminat talebine yol açabilmektedir⁴⁴.

VII. Nafaka Talep Etme Hakkına Sahip Olan Çocuğun Haklarının Devri

§7 uyarınca, eğer çocuğun, kendisine anılan kanun uyarınca ödeme yapıldığı süre boyunca, yanında yaşamadığı nafaka yükümlüsü ebeveynine karşı ileri sürebileceği nafaka talebi mevcutsa, bu talep hakkı, nafaka tutarında yasa gereği devlete devredilir. Anılan düzenlemede ayrıca, nafaka hukukuna ilişkin belge talebinin de devlete devredileceğine yer verilmiştir.

Bu düzenleme ödenen nafakanın, nafaka yükümlüsüne rücu edilerek refinance edilmesi noktasındaki önemli soruna ilişkindir. Düzenlemede bahsedilen devir yasal bir devirdir. Rücu ilişkisi, çocuk, diğer ebeveyn ve yetkili kurum arasındaki üç köşeli ilişki çerçevesinde işleyecektir⁴⁵. Ancak, nafaka talebinin diğer akrabalara özellikle de büyükanne ve büyükbabalara devri öngörülmemiştir⁴⁶.

Devlet kendisine devredilen nafaka talebini yetkili Aile Mahkemesi'nde ileri sürebilecektir⁴⁷.

Devredilen nafaka talebinin ileri sürülmesi esnasında temerrüt faizi de talep edilebilir⁴⁸.

⁴³ GRUBE, 94-95.

⁴⁴ GRUBE, 95.

⁴⁵ GRUBE, 97; Ayrıntılı bilgi için bkz. WENDL/STAUDIGL, Rn. 270-275; www.beck-online.beck.de, 01.11.2015.

⁴⁶ WENDL/STAUDIGL, Rn. 270; www.beck-online.beck.de, 01.11.2015; SCHOLZ/ KLEFFMANN/MOTZER, Rn 238, www.beck-online.beck.de, 01.11.2015.

⁴⁷ SCHOLZ/ KLEFFMANN/MOTZER, Rn 239, www.beck-online.beck.de, 01.11.2015; WENDL/STAUDIGL, Rn. 269; www.beck-online.beck.de, 01.11.2015.

⁴⁸ NIEPMAN BİRGİT/ SCHWAMB WERNER, Die Rechtsprechung zur Höhe des Unterhalts, MünchK, 2013, Rn. 646, www.beck-online.beck.de, 01.11.2015.

§7'nin uygulanabilmesi, bu anlamda devlete devredilen nafaka alacağın talebinin ileri sürülebilmesi için, yetkili makamın diğer ebeveyni gerekli olan bilgi ve belgeleri verme yükümlülüğü altına sokması herşeyden önce bir zorunluluktur. İşte bu gereklilik yüzünden §6'da, çocuğun yanında yaşamadığı ebeveynin, yetkili makamın talep etmesi halinde, bu kanunun uygulanması için gerekli olan bilgi ve belgeleri vermekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Aynı şekilde genellikle, diğer ebeveynin geliri bu noktada kilit unsur olduğundan, kanun ebeveynin işverenine ve sigorta şirketini de gerekli belgeleri vermekle yükümlü tutmuştur⁴⁹. İşveren de yetkili makamın talebi üzerine, kanunun uygulanması için gerekli olan, ebeveynin işinin türü, süresi, işyeri, kazancı gibi bilgi ve belgeleri vermekle yükümlüdür.

§6/3'de ayrıca çocuğun yanında yaşadığı ebeveynin, ödeme açısından önemli olan ilgili değişiklikleri veya ödemeye ilişkin açıklamaları derhal yetkili makama bildirmekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir.

§3. Avusturya “Ön Ödemeli Nafaka Kanunu”

Avusturya “Ön Ödemeli Nafakaya İlişkin Kanun” §1'de, küçüklerle (ergin olmayanlar) nafaka ödenmesinin devletin yasal bir yükümlülüğü olduğu belirtilmiştir⁵⁰.

Söz konusu kanunda ön ödemeli nafakaya ilişkin şartlar düzenlenerek ve ön ödemeli nafakanın, genel olarak §3 ve §4'te;

1. Mahkemenin hükmetmiş olduğu nafakaya ilişkin cebri icrası mümkün bir kararın mevcut olması halinde veya
2. Nafaka yükümlüsünün mahkeme kararıyla bir aydan daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı cezaya mahkum edilmesi ve bu yüzden nafaka borcunu ödeyememesi durumunda veya
3. Evlilik dışı çocuğun baba ile olan soybağının mahkeme kararıyla kurulmuş ve nafakanın tespitine ilişkin talebin yapılması halinde yapılacağı belirtilmiştir.

Ancak Kanunun 2. Paragrafında; ön ödemenin çocuğun nafaka yükümlüsü ile aynı çatı altında yaşaması veya başka bir sosyal yardım alması veya çocuğun bir bakımevinde, bir kurumda veya koruyucu aile yanında yetişmesi halinde söz konusu olmadığı belirtilmiştir.

Nafakanın ön ödemeli olarak ödenmesi konusunda, §10-11 uyarınca, ancak talep üzerine ilgili mahkeme yetkilidir. Ancak bazı durumlarda, §7 uyarınca, mahkeme ön ödemeyi kısmen veya tamamen kabul etmeyebilir: Örneğin, dosya kapsamında

⁴⁹ GRUBE, 92.

⁵⁰ <https://www.jusline.at/index.php?cpid=ba688068a8c8a95352ed951ddb88783e&clawid=41&-paid=1&mvp=0>. Erişim tarihi: 01.11.2015.

artık nafaka ödeme yükümlülüğünün olmadığı veya mahkemenin uygun bir nafaka miktarına hükmetmemiş olması, çok yüksek bir nafaka miktarına hükmetmiş olması veya küçüğün bir gelirinin olması veya kendi yaşam ilişkileri gözönünde bulundurulduğunda masraflarını karşılaması vb.

Ön ödeme, §8 uyarınca, çocuğun başvurduğu aydan başlayarak, ödeme şartları devam ettiği süre boyunca, ancak herhalukarda 5 yıl boyunca verilir. Ancak, §18'e göre; çocuğun başvurması ve ödeme koşullarının devam etmesi halinde mahkeme her halukarda en fazla beş yıl için daha nafakanın ön ödenmesine karar verebilir.

Kanun kapsamında ayrıca, ön ödemenin miktarı, §19 uyarınca ödemenin değiştirilmesi, bu doğrultuda şartların değişmesi üzerine ön ödemenin de indirilmesi veya arttırılması, çocuğun yasal temsilcisinin ön ödemenin indirilmesine veya kaldırılmasına yol açacak her türlü sebebi derhal mahkemeye bildirmesi gerektiği (§21),

1. Çocuğun yasal temsilcisinin, yanlış bilgi ve belge verilmesi, ön ödemenin indirilmesi veya kaldırılmasına ilişkin bildirim yükümlülüğünün kasıt veya ağır ihmâl sebebiyle yerine getirilmemesi halinde yapılan haksız ödemeleri tazmin etme yükümlülüğü altında olduğu, ancak çocuğun süregelen bakımının tehlikeye atılması halinde tazminat yükümlülüğünün olmadığı (§22),

2. Ön ödemelerin nafaka yükümlüsünü borcundan kurtarmadığı, nafaka talebinin devlete intikal ettiği (§30); konuları düzenlenmiştir.

§4.Nafaka Alacaklarının Korunmasına Dair Kanun Teklifi

Boşanma Davalarında Mahkemelerce Takdir Edilen Nafakanın, Nafaka Yükümlüsünden Tahsil Edilememesi Halinde Devlet Tarafından Ödenmesine İlişkin olarak sunulan kanun teklifinin 1. maddesinde, Kadın ve aileden sorumlu devlet bakanlığı bünyesinde eşinden kendisi ve çocuğu için mahkemece bağlanan nafaka bedellerini tahsil edemeyen diğer eşin sorunlarına yardımcı olmak üzere Nafaka Takip Müdürlüğü kurulacağı öngörülmüştür.

Anılan tasarının 2. maddesinde ise ödenecek nafaka alacağının genel olarak şartları, süresi ve miktarı düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca, “eş ve çocuk için mahkemelerce bağlanan ve icra takibi sonunda icra müdürlüğünün kararı ile tahsilinin mümkün olmadığı anlaşılan nafaka alacakları, alacaklarının muhtaç olduklarının mülki amirce tespiti halinde 1.madde de oluşturulan müdürlük bütçesinden bir yıl süre ile ödenir. Ödeme süresi muhtaçlığın sürmesi halinde bir yıl daha uzatılabilir.

Bu hükümlerde, nafakanın kural olarak bir yıl süre ile ödeneceği düzenlenmiş, ancak, muhtaçlığın sürmesi halinde bu süre en çok toplam 2 yıl olarak sınırlandırılmıştır.

Teklifte ödeme konusunda da bir miktar sınırlamasına gidilmiş ve yapılacak ödemenin aylık brüt asgari ücretten fazla olamayacağı düzenlenmiştir.

Söz konusu teklifin 3. maddesiyle, kurumun, ödediği nafaka bedelleri miktarınca alacaklının halefi olduğu ve borçludan tahsil hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir.

Teklifin 4. maddesinde, nafaka alacaklısının muhtaçlığının bitmesi ya da borçlunun ödeme imkânına ulaşması halinde durumu kuruma bildirmek zorunda olduğu, bu durumda ödemenin kesileceği, varsa haksız ödemelerin geri alınacağı düzenlenmektedir.

Ödemelerin kaynağına ilişkin olan Teklifin 5. maddesinde “Müdürlüğün bütçesine, merkezi yönetim bütçesinden ayrılacak pay yanında gerçekleşen her evlilik işlemi üzerinden bir miktar tahsile Bakanlar Kurulu’nun yetkili olduğu” düzenlenmiştir.

Hükmün gerekçesi incelendiğinde, kurulacak müdürlüğe merkezi yönetim bütçesinden pay ayrılacağı ancak sosyal riski muhtemel faydalanacaklara da yansıtmak mantığı içinde Bakanlar Kuruluna yeni gerçekleştirilecek evlilik işlemleri üzerinden kurum bütçesine kaynak oluşturmak adına bir miktar belirlemeye yetki verildiği sonucuna varılmaktadır.

SONUÇ

1. AB ilkelerine paralel olarak, ülkemizde de çocuğun temel gereksinimlerinin karşılanması amacıyla, özellikle çocuğa yapılacak olan ödemenin en azından çocuğun zorunlu okul dönemi bitene kadar yapılmasının yerinde olacağı görüşündeyiz.

2. Bazı Avrupa Birliği ülkelerinde olduğu gibi, ödeme yapılacak olan çocukların da kendi içlerinde yaş gruplarına ayrılarak, farklı kategoriler için farklı ödeme miktarlarının öngörülebileceği kanaatindeyiz.

3. Kanunun amacından saptırılarak, kötüye kullanımları önlemek adına, boşanmış olsalar dahi anne ve babasıyla aynı çatı altında yaşayan çocuğun veya eski kocasıyla aynı çatı altında yaşayan kadının ön ödemeye hak kazanamayacağının, mevcut AB ilkeleri ile Alman ve Avusturya Kanunu’na paralel olarak bir yasal hükümle düzenlenmesi gerektiği görüşünü paylaşmaktayız.

4. Kadına ve çocuğa yapılacak olan ödemelerin, kocanın belirli bir süre bir kuruma, örneğin babanın hasta olması sebebiyle bir hastaneye yatırılması veya özürülü olması veya hapis cezası alması halleri açısından da genişletilebileceği görüşünü benimsemekteyiz.

5. Nafaka alacaklısının, sadece muhtaçlığının bitmesi ya da borçlunun ödeme imkânına ulaşması halinde değil, ödeme miktarının indirilmesine yol açacak herhangi bir sebebi de kuruma bildirmekle yükümlü olması gerektiği görüşündeyiz.

6. Nafaka alacaklısının, muhtaçlık durumunun tespitinde kasten veya kusurlu olarak yanlış veya eksik bilgi veya belge vermesi veya nafaka ödenmesine dair koşul-

ları karşılamadığını bilmesine rağmen nafakayı almış olması halinde ödenmiş olan nafaka tutarını tazmin etmek zorunda olduğuna ilişkin bir hükmün de tasarı kapsamında yer alması gerektiği görüşünü benimsemekteyiz.

TÜRK MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKU VE ROMA II TÜZÜĞÜ KAPSAMINDA HAKSIZ FİİLDEN DOĞAN AKİT DIŞI BORÇ İLİŞKİLERİNE UYGULANACAK HUKUKUN MUKAYESELİ OLARAK İNCELENMESİ

(Comparative Analysis of The Applicable Law to Tort Liabilities
Within The Scope of International Private Law and
Rome II Regulation)

*Sayın Hocam Prof. Dr. Cevdet YAVUZ'a,
En Derin Saygılarımla...*

Gizem YILMAZ*

ÖZET

Toplum kurallarını düzenleyen ve çağın ihtiyaçlarına göre şekillenen hukuk disiplini, varoluş amacı itibarıyla her geçen gün revizyona daha da gereksinim duymaktadır. Gelişen ve hız kazanan insan ilişkilerine tatbik edilecek hukukun tayini noktasında yeni bağlama kurallarına duyulan ihtiyaç, kanunlar ihtilafının konusu olan akit dışı haksız fiil sorumluluğuna uygulanacak hukuk alanında da kendini göstermiş, hâkimin hukuku olan lexfori ile başlayan serüvende pek çok teori ortaya atılmıştır. Bu teorilerden ika yeri hukuku, en çok istikrar kazanan teori olarak uzun süre tahtta kalmış, ancak tek başına uygulaması tatmin etmeyince alternatif arayışlara girilmiş ve dünyadaki gelişmelerin de etkisiyle yardımcı ve istisnai mahiyette kurallar kabul edilmiştir. Bu gelişmelerin sonucu olarak, Avrupa ülkelerinin hukuklarının üstünde tek çatı vazifesi gören Avrupa Birliği Hukuk sistemi, akit dışı borç ilişkilerinden doğan haksız fiil sorumluluğuna uygulanacak hukukun tayini noktasında zarar yeri hukukunu benimsemiş, Türk Hukuku ise 2007 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun ile bağlama noktası olarak ika yeri prensibindeki istikrarını korumuş; ancak ika yerinden farklı bir zarar yerinin bulunması durumunda zarar yeri hukukunun uygulanacağını düzenleyerek Avrupa Birliği Hukuku uygulamasına yaklaşmıştır. Bize göre ise, uygun bağlama noktasının tespitinde asıl sorgulanması gereken, haksız fiil sorumluluğunun tazmini ile neyin amaçlandığıdır. Ancak bu şekilde amaca götüren aracın sağlıklı şekilde tespiti sağlanabilecektir.

* İstanbul Barosu Avukatı ve Marmara Üniversitesi Avrupa Birliği Enstitüsü AB Hukuku Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi

Anahtar kelimeler: Haksız fiil, Roma II Tüzüğü, lexfori, akit dışı borç ilişkisi, devletler özel hukuku, kanunlar ihtilafı kuralları, sorumluluk.

Abstract

Law that regulates social rules and formed by the era's exigence needs a continuous revision. Beginning with the lex fori rule, many theories are developed on the choice of law on the conflict of tort laws. Among these theories the law of the place where the tort was committed was favoured the most for a long time but was not enough alone. Therefore a search for alternatives began and auxiliary and derogational rules have been accepted. The European Union Law System has accepted the law of the place where the damage occurred, however the Turkish Law continued with the law of the place where the tort was committed as the choice of law rule with the Code of International Private and Procedure Law in 2007 but accepted that if the damage occurs somewhere else but the place where the tort was committed, the law of the place where the damage occurred would apply to the situation, thus the Turkish law approached the European Union Law. According to us, the main question while determining the choice of law is the main purpose of the compensation for damage. This way only we can determine the means that lead us to the purpose.

Keywords: Torts, Rome Regulation II, lexfori, non-contractual obligations, private international law, conflict of laws, liability.

GİRİŞ

Her toplumda bir arada yaşamayı kolaylaştıran hukuk kuralları ve mevcut düzeni korumayı amaçlayan kamu düzeni (amme intizamı) kaideleri vardır. Kurallar ve kaideler bütünüyle korunan düzeni bozan eylemlerin hukuk sistemlerinde karşılıksız bırakılması elbette düşünülemez. Bu sebeple söz konusu zararı tazmin noktasında hukuka aykırı eylemde bulunan kişilerin tazminat sorumluluğu doğmaktadır. Bu kimselerin sorumluluğu, akdi borç ilişkisinden kaynaklanabildiği gibi haksız fiillerden de kaynaklanabilmektedir¹. Ancak çalışmanın amacını aşacağından akdi sorumluluk bahsine değinilmeyecek ve akit dışı sorumluluk hali olan haksız fiil sorumluluğu incelenecektir.

Haksız fiil sorumluluğu, bir hakkın tecavüze uğraması yahut hukuka aykırı bir eylemin ika edilmesi neticesinde zararın oluşmasıyla gündeme gelmektedir. Türk hukuk sisteminde, Borçlar Kanunu'nun² 49. maddesinde, "*Hukuka aykırı bir fiille ve kusuruyla başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür*" denilerek haksız fiil sorumluluğunun unsurları belirtilmiştir. Buna göre evvela hukuka aykırı bir fiil olması, bir zarar oluşması, zararın meydana gelmesinde kusur bulunması ve kusurlu

¹ GÖĞER, Erdoğan. "Haksız Fiilden Doğan Borçların Tabi Olduğu Kanun", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1965 - 1966, Cilt 22-23, Sayı 1-4, s.451

² 01.07.2012 tarih ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu için bkz. 04.02.2011 tarih ve 27836 sayılı Resmi Gazete

davranış ile gerçekleştirilen haksız fiil sonucu meydana gelen zarar arasında bir illiyet bağı bulunması gerekmektedir. Sayılan şartlar gerçekleştiği takdirde zarar gören kişinin (mutazarrır) haksız fiile dayanarak tazminat talep etme hakkı söz konusu olmaktadır. Görüldüğü üzere aktif (yapma) ya da pasif (yapmama) davranışıyla³ bir kişiye zarar veren kimse, kişinin devletçe korunması gereken mutlak hakkına zarar verecek⁴ aynı zamanda haksız fiilin gerçekleştiği yerdeki toplumsal düzeni de olumsuz etkilemiş olacaktır. O halde; genel davranış kurallarına aykırılık⁵ ve kamu düzenini zedeleyici hareketlerin, haksız fiil sorumluluğundan kaynaklanan tazminat borcunun kaynağını oluşturduğu söylenebilmektedir.

Hukuka aykırı fiillerden doğan sorumluluğun tabi olduğu karşılık, iç hukuk sistemlerinde yasal düzenlemelerle kolayca belirlenebilirken, unsurları birden fazla ülkede gerçekleşen haksız fiillere hangi hukukun tatbik edileceği hususunun tespiti kolay olmamaktadır. II. Dünya Savaşı'ndan önce gündemde olmayan konu, zamanla yabancılık unsuru taşıyan haksız fiil meselelerinin artmasıyla dikkatleri çekmiş ve 1960'lı yıllardan sonra kanunlar ihtilafı çerçevesinde hukukçular tarafından hak ettiği ilgiyi bulabilmiştir⁶. Ancak günümüze değin uzanan tartışmalardan sonra halen haksız fiile uygulanacak hukuk noktasında tereddütler yaşanmaktadır ve hukukçuları tatmin edecek ideal bir metot belirlenebilmiş değildir⁷. Netice itibarıyla epey yol kat edilmiş ancak fikir birliğine varılamamıştır ve bunun en yakın örneği, her ikisi de Kıta Avrupa'sı Hukuk Sistemi içinde yer alan Türk Milletlerarası Özel Hukuku ile Batı'da supranasyonel⁸ nitelik taşıyan Roma II Tüzüğü⁹ arasındaki farkta kendini göstermektedir. Genel bağlama kuralı olarak ika yeri kriterini kabul eden Türk Hukukuna karşılık, AB Hukuku zarar yeri (sonuç yeri) kriterini benimsemiş ve kendi içinde yeknesak bir düzenleme oluşturmuştur. Bu çalışmada, Türk Milletlerarası Özel Hukukundaki akit dışı borç ilişkilerine uygulanacak hukuku tayin eden bağlama kuralları ile Avrupa Birliği (Topluluğu) düzenlemesindeki ilgili mevcut hükümler karşılaştırmalı incelenecek ve kanunlar ihtilafı sahasında haksız fiile uygulanacak hukuka

³ REİSOĞLU, Safa. "Türk Borçlar Hukuku- Genel Hükümler" Beta 23. Bası, İstanbul 2012, s.165

⁴ GÖĞER, s.482

⁵ OĞUZMAN/BARLAS. "Borçlar Hukuku- Genel Hükümler", Vedat 8. Bası, İstanbul 2010, s.483

⁶ TURHAN, Turgut. "Literatürden Hareketle Haksız Fiilden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanına İlişkin Bazı Genel Gözlemler", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1989-90 Cilt 41, Sayı 1-4, s.97

⁷ SMITH, J.A. Clarence. "Conflict of Laws-Torts", OttawaLawReview, C. 4:176, 1970, ss.176-183, s.183; https://commonlaw.uottawa.ca/ottawa-law-review/sites/commonlaw.uottawa.ca.ottawa-law-review/files/10_4ottawalrev1761970-1971.pdf

⁸ Uluslarüstü.

⁹ Sözleşme Dışı Yükümlülüklerle Uygulanacak Hukuk Hakkında (EC) 864/2007 Sayılı Avrupa Parlamentosu Ve Konsey Tüzüğü, 11 Temmuz 2007 (Roma II)

ilişkin bağlama kurallarının belirlenmesinde esas alınan prensipler açıklanarak Türk Hukuku ile AB Hukuku arasındaki fark değerlendirilmeye çalışılacaktır. Akdi borç ilişkilerini düzenleyen Roma I Tüzüğü ile MÖHUK ilgili maddeleri ise çalışmanın konusu dışında kaldığından değinilmeyecektir.

I. Haksız Fiilin Metodolojik Serüveni

Her gün değişim ve gelişim içinde olan dünya düzeni, beraberinde yeni sorunlar, uyumsuzluklar ve çözüm arayışları da getirmektedir. Hukuki anlamda ve teknik alanda ilerlemeler kaydedilmesi sonucunda devlet ve kişiler arası etkileşim ile iletişim artmış ve söz konusu ilişkileri düzenleyen disiplinler bu hareketliliğe uyum sağlayarak gelişim göstermişlerdir. Son yüzyıllık süreçte ise teknolojik gelişmeler ve ticaretin sınırı tanımaz etkisiyle yabancılık unsuru içeren hukuka aykırı fiillerin artması, kanunlar ihtilafında haksız fiil sorumluluğu sahasının araştırılmasına neden olmuş¹⁰ ve bu kapsamda sorumluluğa uygulanacak hukuk hakkında pek çok teori ortaya atılmıştır. Bu teorilerin başında, hâkimin hukuku olan 'lexfori' ve haksız fiilin ika yeri hukuku olan 'lexlocidelicticommissi' gelmektedir. Ancak zamanla, söz konusu kaidelerin tek başına uygulanmasıyla ortaya çıkan olumsuz sonuçlar, yeni arayışlara girilmesine neden olmuş ve bu doğrultuda en fazla çabayı Alman ve Amerikan hukukçuları göstermiştir. Öyle ki; Kıta Avrupa'sında ika yeri kriterine saplanıp kalan klasik ihtilafçı metodun sert ve mekanik uygulamasına karşılık daha pragmatik ve adil olan güncel Amerikan yöntemleri geliştirilmiştir¹¹. Hukuki güvenilirlik açısından tam bir tatmin sağlayamayan söz konusu bağlama kurallarının ise istisnalara ihtiyacı olduğu çok geçmeden anlaşılmış ve 1960'lı yıllarda "daha sıkı bağlantılı hukuk" ile "en sıkı ilişkili hukuk" kavramları ortaya atılarak¹² Avrupa'da haksız fiil statüsünün yumuşatılarak uygulanmaya başladığı¹³ görülmüştür¹⁴. Yine bu dönemde başlayan ve 1980'lere değin devam eden bir diğer görüş, bugünkü hukuk sistemlerinde özel haksız fiil türleri olarak geçen durumların, genel bağlama prensibine dâhil olamayacağı ve ayrı düzenlemelere ihtiyacı olduğuna ilişkindir¹⁵. Günümüze kadar uzanan bu metodoloji tartışmaları çerçevesinde ika yeri, lexfori ve daha sıkı ilişkili hukuk prensiplerinin yanı

¹⁰ TURHAN, s.96

¹¹ TURHAN, Turgut. Kitap İncelemesi: "De BOER, Th. M. 'Beyond LexLocidelicti: Conflicts-Methodology and Multistate Torts in American Case Law', Kluwer, Deventer 1987, s. XV+578"; Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara, 1990, Cilt 41, Sayı 1-4, s. 289; TURHAN a.g.e. s.98

¹² TURHAN, s.100

¹³ NOMER, Ergin. "Devletler Hususi Hukuku", Beta 19. Bası, İstanbul, 2011, s.344

¹⁴ TURHAN (DE BOER), s.290; "Kıta Avrupası artık klasik bağlama kurallarını sert ve mekanik biçimde uygulamak istememektedir. Kuralın yumuşatılmasına ilişkin olarak daha yakın irtibatlı hukuk uygulaması ile ancak ika yeri kuralı olumsuzluklarından arındırılarak muhafaza edilebilir".

¹⁵ TURHAN, s.114

sıra; haksız fiil taraflarının ortak şahsi statü hukuku (müşterek milli kanun)¹⁶, ortak mutad mesken hukuku, mutazarrırın yerleşim yeri hukuku¹⁷, failin mutad mesken hukuku¹⁸, taraflarca seçilen hukuk, doğrudan uygulanan kurallar, kamu düzeni ve en önemlisi de zarar (sonuç) yeri hukuku kuralları, haksız fiillere uygulanacak hukukun tespitinde ileri sürülen önemli görüşler olmuş ve bugünkü yasal düzenlemelerin temelini oluşturmuştur. Söz konusu bağlama kurallarından günümüz uygulamasında yer edinmiş olanlara temas edilerek konu açıklanmaya çalışılacaktır.

A. Temel Kural LexFori ve LexLociDelictiCommissi

1. LexFori ve LexLociDelictiCommissi

Milletlerarası meselelerde haksız fiillere uygulanacak hukuka ilişkin en eski kuralardan biri, hâkimin/mahkemenin hukuku anlamına gelen “Lexfori” kuralıdır. 1849 yılında Savigny¹⁹ tarafından ileri sürülen bu metoda göre; haksız fiil nerede meydana gelirse gelsin davanın açıldığı mahkemenin hukukunu esas ve usul yönünden uygulamak gerekmektedir. Bu görüş, mahkemenin bağlı olduğu ülkenin kamu düzenini yakından ilgilendirmesi²⁰ ve haksız fiil kurallarının emniyet ve asayişe ilişkin kurallar olmasına dayandırılmaktadır²¹. Belirtmek gerekir ki bu kural, genel bağlama kuralı olarak fazla taraftar bulamamış ve süreç içerisinde yerini ika yeri kuralına bırakmıştır.

Lexfori kuralının en genel bağlama noktası olduğunu düşünen bazı yazarlara göre²²; diğer metotlar yalnızca lexfori’nin istisnalarıdır ve onların uygulama alanı bulamadığı durumlarda yine hâkimin hukuku olan lexfori devreye girmektedir. Bu yaklaşım İngiliz Hukuk sistemini anımsatsa da lexfori’nin haksız fiiller sahasında mutlak hâkimiyetini kabul etmek kötü niyetli kullanımlara yol açabilecektir²³. Zarar gören, lehine uygulanacak kanun ülkesinde dava açmak isteyecek; hal böyle olunca haksız fiilin işlendiği yerdeki Devlet için kamu menfaatlerini gözetmek imkânsız hale gelecektir. Kaldı ki lexfori’nin uygulanabilmesi için mahkemenin kötü niyetli olarak

¹⁶ Alman hukukunda savunulan bağlama kaidesi olduğuna ilişkin bkz. NOMER, s.348; GÖĞER, s.463, 474

¹⁷ GÖĞER, s.497

¹⁸ GÖĞER, s.480 dip.87

¹⁹ Lexfori görüşünün ortaya çıkışına ilişkin bkz. TEKİNALP, s. 429, dip.3; aynı yönde GÖĞER s.464

²⁰ ÇELİKEL /ERDEM. “Milletlerarası Özel Hukuk”, Beta 11. Bası, İstanbul, 2012, s. 397-398

²¹ TEKİNALP, Gülören. “Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları”, Vedat 10.Bası, İstanbul 2009, s.429

²² TURHAN, s.101, dip.29 (EHRENZWEIG); TURHAN (DE BOER), s.292

²³ GÖĞER, s.465

seçilmesi ve adil olmayan sonuçlara varılması da mümkündür²⁴. Bununla birlikte, haksız fiilin işlendiği yer hukukuna göre sorumluluğun söz konusu olmadığı bir halde, ika yerinden başka bir devlet mahkemesinde dava açılması durumunda lexfori'ye göre sorumluluk doğabilmektedir²⁵. Mesuliyetin öngörülemediği bu hal, hakkaniyet ve hukuk mantığı ile bağdaşmamaktadır. Bu sebeple forum hukuku, günümüz milletlerarası özel hukukunda mutlak biçimde uygulama alanı bulamamıştır.

Kıta Avrupası hukuk çevrelerinde uzun yıllar uygulanmış²⁶ ve haksız fiil meselesinin teamülünde genel kabul görmüş olan bir diğer önemli kaide ise haksız fiilin işlendiği yer olan ika yeri (lexlocidelicticommissi) kuralıdır. Bu kural bazı ülkelerde kanunlarda yer almış,²⁷ bazı ülkelerde de doktrin ve mahkeme kararlarına²⁸ dayanılarak uygulanmıştır²⁹. Lexlocidelicticommissi'nin uzun yıllar boyunca uygulama alanı bulmasının temel nedeni, söz konusu kuralın hukuki kesinlik ve güvenlik sağlamanın³⁰ yanı sıra haksız fiilin işlendiği mahalde bozulan kamu düzeni neticelerinin yine ika yeri kanunlarına dayanılarak bertaraf edilebileceği³¹ düşüncesi olmuştur. Bu metotta önemli olan, hukuka aykırı fiilin yapıldığı yer ve bu yer kanunlarına göre oluşacak sorumluluk hükümleridir. İka yeri kaidesi ile mağdurun hakları da failin mesuliyeti de haksız fiilin gerçekleştiği yerdeki genel düzeni kuran kanunlara tabi olmakta ve böylece hem menfaatler arası denge sağlanmakta hem de kamu düzeni korunmaya çalışılmaktadır. Bu sebeple haksız fiil sorumluluğunda bağlama kuralı olarak ika yeri, kamu düzeni ve hukuk mantığı açısından hakkaniyet ile uyumludur.

Kanunların mülkiliği prensibi ile iç içe geçmiş olan söz konusu kural, lexfori'den farklı olarak hukuk camiasında çokça taraftar bulmuş ve azımsanamaz bir istikrar kazanmıştır. İka yeri kuralının gerekliliğine ilişkin; haksız fiil sonucu bozulan toplumsal dengenin sağlanması, ika yeri devletinde bozulan emniyet ve asayişin yerine getirilmesi³², işlem güvenliği ilkesi gereği tarafların uygulanacak hukuku önceden bilebilmesi gibi sebepler gerekçe olarak gösterilmektedir. Ancak her ne kadar hakkaniyetle örtüştüğü düşünülse de lexlocidelicticommissi esasının da tek başına mutlak şekilde uygulanması, kişilerin haklarını zedeleyici sonuçlara sebep olabilmektedir.

²⁴ TEKİNALP, s.429

²⁵ GÖĞER, s.465

²⁶ TURHAN (DE BOER), s.289

²⁷ İka yeri kuralını Amerika, Fransa, İtalya, Polonya, Brezilya, Türkiye ve Yunanistan ilk aşamada mutlak olarak kabul etmişlerdir.

²⁸ İsviçre ve Avusturya içtihatları.

²⁹ DICEY/MORRIS. "The Conflict of Laws", 12th ed., I-II London, 1993, s.927

³⁰ KÖSEYENER, Ayşe. "Akit Dışı Sorumluluğa Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma-II Tüzüğü Tasarısında "Ürünlerden Doğan Sorumluluk", Ankara Barosu Dergisi, 2004-1 s.162; TURHAN (DE BOER), s.289

³¹ GÖĞER, s.468

³² TEKİNALP, s. 430

Günümüz şartlarında bir haksız fiile ika yeri hukukunun istisnasız olarak uygulanması, özellikle seyrüsefer esnasında meydana gelen haksız fiillerde hakkaniyete dayalı bir çözüm vermeyecektir. Böyle bir durumda ika yeri hukuku haksız fiil ile tesadüfi mahiyette kalacaktır³³. Öyle ki turistik gezi, iş gezisi yahut ticari seyahat gibi nedenlerle başka bir ülkede yahut aktarmalı seyahatlerdeki mola yerlerinde bulunulan geçici süre içinde meydana gelen haksız fiillere ika yeri hukukunun tatbik edilecek olması, tatmin edici bir sonuç vermeyeceği gibi pratiklikten de uzaktır. Almanya'dan İtalya'ya giden birinin alışveriş etmek için Fransa'ya uğradığı birkaç saat içinde başına gelen haksız bir fiil sebebiyle açacağı davada Alman Kanunları yerine Fransız Kanunlarının uygulanacağını düşünmek, ika yeri kuralının sağlamayı amaçladığı hukuki güvenlik prensibiyle çelişki oluşturmaktadır. Bir başka örnekte; Otomobil ile seyahat eden iki Türk'ten birinin, sürücü olan diğerinin kusuru yüzünden yabancı bir ülkede meydana gelen kazada yaralanması sonucunda açtığı davada, zararının ika yeri hukukuna göre tazmin edileceğinin izahını yapmak zordur. Böyle bir haksız fiil olayında tarafların menfaati, ika yerinin emniyet ve asayişinin korunmasından daha ağır basmaktadır³⁴. O halde, tabiiyetleri ve yerleşim yerleri aynı ülkeyi işaret eden fail ve mağdurun, geçici olarak başka bir ülkede bulundukları esnada meydana gelen haksız fiile tatbik edilecek ortak kanunları varken bunun yerine ika yeri hukukunun uygulanması, bağlama kuralının istisnalara ve yardımcı kurallara muhtaç olduğunu açıkça göstermektedir.

Lexlocidelicticommissi'ye getirilen bir diğer eleştiri, lexfori'ye göre haksız fiil sayılmayan ve sorumluluk doğurmayan bir eylemin, ika yeri kuralına göre tazminat borcuna neden olabilmesidir³⁵. Bu durum, lexfori karşısında ika yeri hukukuna göre faili daha avantajlı bir duruma sokabilmekte ya da lexfori' den daha fazla tazminat ödenmesine sebep olabilmektedir. Her iki durum da işlem güvenliği ilkesini zedeleyici nitelik taşımakla birlikte, davayı gören hâkimin arzusu dışında kalır.

Görüldüğü üzere ne lexfori ne de lexlocidelicticommissi kuralı, haksız fiile uygulanacak hukuk noktasında tek başına yeterli gelmektedir. Özellikle Kıta Avrupası çevresinde adil bir uygulama için ika yeri kuralı çoğunlukla kabul görse de, her somut olayın şartlarına göre beraberinde uygulanacak normlara ihtiyacı olduğu kesin olarak anlaşılmış ve günümüz düzenlemeleri bu doğrultuda hazırlanmıştır.

2. LexFori İle LexLociDelictiCommissi'nin Birlikte Uygulanması

Tazminat davasının ika yeri mahkemesinde açılması halinde lexfori ile lexlocide-

³³ GÖĞER, s.471

³⁴ GÖĞER, s.458

³⁵ TEKİNALP, s.430; GÖĞER, s.471

licticommissi birleşmektedir. Özellikle İngiliz Hukuku³⁶ tarafından benimsenen bu görüşe göre, ika yerinde elde edilen tazminat alacağı bir mütesep haktır ve İngiltere sınırları dâhilinde gerçekleşen her türlü eylemin hukuki sonucu İngiliz kanunlarına tabidir³⁷. Haksız fiil nitelendirmesi, uygulanacak hukuka göre yapılmalıdır ve İngiliz hukukunda, fiilin İngiliz hukukuna göre de haksız fiil olarak nitelendirilmesi gerekliliği aranmıştır³⁸. Ancak yine de tazminat miktarı usul hukuku meselesi kabul edildiğinden İngiliz hukukunda lexfori'ye tabi olacağı kabul edilmektedir³⁹.

19.yy'dan bu yana etkisini sürdüren yaklaşımda lexfori, ika yeri hukuku kapsamındaki kamu düzeninin genişletilmiş halidir⁴⁰. Tazminat yükümlülüğü ve haksız fiil türlerinde lexfori'ye geniş yetki verilmiştir ve aslında bu bir tür gerekliliktir. Zararın tazmini noktasında bir sınır çizilmemesi halinde, gerçek zararı aşan miktarın tazminat adı altında ödenmesine imkân veren ika yeri hukuku, lexfori açısından kamu düzeni engeline takılabilecektir. Sorumluluk koşulları gibi meseleler uygulanacak hukuka göre belirlenebilirken; zamanaşımı, ispat yükü gibi hususların lexfori kapsamında değerlendirileceği dikkate alınmalıdır⁴¹. Alman hukuku da ilk zamanlar, kısmen İngiliz yaklaşımını benimsemiştir. İlgili düzenlemede; Alman kanunlarında tanınan haklardan fazlasının bir Alman aleyhine ileri sürülemeyeceği belirtilmiştir⁴².

İki bağlama kuralının arasında tercih yapmak zor olduğundan bazı yazarlarca⁴³ her ikisini de bir arada uygulama fikri ortaya atılmış ve oluşturulan bu bağlama kuralı diğer tüm kaidelerden üstün görülmüştür; ancak söz konusu görüş, sakıncaları da beraberinde getirmektedir. Öyle ki; ika yerine göre tazminata hak kazanan kişi, tazminat miktarını tayin noktasında lexfori'ye göre bu hakkından mahrum kalabilmektedir. Ayrıca lexfori'nin denetim yetkisinin, ika yerindeki düzeni koruma gayretlerini

³⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. **GÜNEYSU, Gülin**. "İngiliz Hukukunda Haksız Fiilden Doğan Kanunlar İhtilafı", AÜHFD, 1991-1992, Cilt 42, Sayı 1-4, s.185; Çağdaş İngiliz hukukunda sorumluluğun niteliğinin, ika yeri hukukuna göre de hukuki sorumluluk olması aranmaktadır. Bununla birlikte, sorumluluğun temelini akde, akit benzerine, haksız fiile, haksız fiil benzerine, mamelek haklarına dayanması veya suigeneris olması arasında fark bulunmamaktadır. Böylece, İngiliz hukuku (lexfori) ile ika yeri hukuku arasında sorumluluğun hukuki niteliği bakımından uygunluk bulunması aranmaktadır.

³⁷ GÖĞER, s.472

³⁸ DICEY/MORRIS, II, s. 1491; aynı yönde GÜNEYSU, s.186.

³⁹ İngiliz Hukukunda haksız fiillere ilişkin bağlama kuralları hakkında ayrıntılı bilgi ve diğer kararlar için bkz. *Phillips v. Eyre* (1870, LR 6 QB 1); **HANDFORD, Peter**. "Edward John EyreandtheConflict of Laws" (PDF). Melbourne UniversityLawReview, 2008, 822 – 886.*Boys v. Chaplin* (1971, AC 356); **NORTH P. M. & WEBB P. R. H.**1970,"ForeignTortsand English Courts" International andComparativeLawQuarterly, 19, s.24-35; SMITH,s.176-183; **GRAVESON**, "Towards a Modern ApplicableLaw in Tort", 1969, 85, L.Q.R. 505, s.515;

⁴⁰ NOMER, s.345

⁴¹ KÖSEYENER, s.166

⁴² NOMER, s.345, GÖĞER, s.473

⁴³ GÖĞER, s.460

geride bırakacağı ortadadır. Bu iki kuralı birleştirerek uygulamaya çalışmak, iki kuralın da karakteristiğini ve amacını değiştireceğinden azami düzeyde fayda sağlanması kanaatimizce mümkün olmayacaktır.

B. Tabuları Yıkan Yeni Köprüler

Modern çağın şartları gereği, haksız fiil türlerinin çeşitlenmesi ve unsurlarının değişmesi yeni bağlama kurallarına duyulan ihtiyacı pekiştirmiştir. Devrin hukukçuları tarafından da benimsenen bu anlayış ile kanunlar ihtilafı alanında haksız fiillere uygulanacak hukuka ait bağlama kuralının tahsisinde temel metotların yeterli olmadığı anlaşılmış ve 1960'lı yıllarda yeni bağlama noktaları tespit edilmeye başlanmıştır. Haksız fiile maruz kalan ve fiili gerçekleştiren kişilerin ortak mutad mesken hukuku, ortak milli kanunları gibi daha yakın irtibat noktaları yanında, zararın meydana geldiği yer hukuku ile tarafların seçmiş olduğu hukuk gibi alternatif bağlama kuralları sistemde yerini almıştır. Bunlarla birlikte özel bir metot geliştirilerek, söz konusu bağlama kurallarının hâkimin hukuku olan lexfori'nin doğrudan uygulanan hukuk kurallarını bertaraf edici nitelik taşıyamayacağı belirtilmiş, böylece bağlama kuralının suiniyetle bir kaçış klozu olarak kullanılmasının önüne geçilmeye çalışılmıştır. Bu sebeple kamu düzeni göz ardı edilemeyecek ve bağlama kuralı ile birlikte değerlendirilmeye alınacaktır.

1. Daha Sıkı Bağlantılı Hukuk

Kıta Avrupa'sı hukuk sisteminde bağlama noktası olarak ika yeri kuralının sert ve mekanik bir biçimde uygulanması, özellikle fiil yerinin tesadüfi olduğu durumlarda ortaya çıkan hakkaniyete aykırılık sebebiyle gündeme gelen ika yeri kuralının yumuşatılma ihtiyacı⁴⁴ ile her hale uygulama imkânı olan daha geniş kapsamlı bir kural arayışına girilmesine sebep olmuştur⁴⁵. Söz konusu arayış sonucunda, haksız fiillerden doğan borçlara uygulanacak hukukun tespiti için her müstakil olaya özel çözüm aranması eğilimi oluşmuştur. Fakat böyle bir kural, ancak her olayda haksız fiile konu olayın en sıkı ilişkili olduğu devletin bulunması ve ilgili devletlerin kamu düzeninin göz önünde bulundurulması ile ortaya konulabilecektir.

İka yeri hukukuna karşı söz konusu tepkiler, 1961 yılında ABD'de *'Kilberg v Northeast Airlines Inc.'* Davasında⁴⁶ görülmeye başlanmıştır. Dava konusu uyuşmazlığın; New York'ta mukim bir şahsın New York'tan satın aldığı biletle yaptığı uçak yolculuğu sırasında uçağın düşmesi üzerine ölmesi ve ölen kişinin yakınlarının açmış olduğu tazminat davasında uygulanacak hukukun tespiti noktasında çıktığı görül-

⁴⁴ NOMER, s.348

⁴⁵ TEKİNALP, s.435

⁴⁶ 9 NY2d 34; http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/kilberg_northeast.htm

mektedir. Uçak, başka bir devletin sınırları (Massachusetts) içinde düşmüş olduğundan haksız fiilin meydana geldiği yani ölüm olayının gerçekleştiği yer, uçağın düştüğü Massachusetts'dir. Ölenin yakınları tarafından \$10.000 olarak talep edilen tazminatın ise Massachusetts kanunlarındaki sınırlamaya takılması üzerine, Temyiz Mahkemesi, bu sınırlamanın geçerli olmayacağına ve dava konusu uyuşmazlığa New York Hukuku'nun uygulanması gerektiğine karar vermiştir⁴⁷.

Görüldüğü üzere, uçakla yapılan bir yolculukta, ika yeri tamamen tesadüfi olarak karşımıza çıkar. Bir devletin seyrüsefer halindeki vatandaşlarının yolculuk boyunca değişen yabancı kanunlara tabi tutulması, günümüz koşullarında hakkaniyete uygun düşmemektedir⁴⁸. Yukarıdaki dava örnek olarak incelendiğinde, olayla ilgili tazminat davasının görüldüğü Mahkemenin, ika yerinin ölümle sonuçlanan haksız fiillerde tazminata ilişkin hükümlerinin kendi kamu düzenine aykırı olduğu gerekçeyle ika yeri hukukunu uygulamayı reddettiği görülmektedir. Tesadüflere bağlı olarak ortaya çıkabilen ika yeri hukukunun, davanın görüldüğü mahkeme tarafından kamu düzenine aykırılığı sebebiyle uygulama alanı bulamayacağı, *Kilberg Davası* ile somut olarak ifade edilmiştir.

Esasen bu görüşte, ika yeri prensibi tamamen dışarıda bırakılmamakta ve hatta temel bağlama kuralı olarak varlığını sürdürmeye devam etmektedir. Bunun yanında daha sıkı ilişki oluşturduğu tespit edilen donelerin, bağlama noktası olarak niteliği "yardımcı öneme"⁴⁹ sahiptir. Aslında bu hukuk devletinin temel prensipleri açısından da bir gerekliliktir. Genel bir objektif bağlama kuralının önceden belirlenmesi, haksız fiilin tarafları ve kamu düzeninin öngörülebilirliği açısından hukuk güvenliğini sağlayacak ve hukuk devletini kuvvetlendirecektir⁵⁰. Böylece hukukta kesinliği garanti ederek fail ile mağdur arasında makul bir denge sağlanmaya çalışılacaktır⁵¹. Bu açıdan, daha sıkı ilişki kuralı (properlaw), bazı ülkelerde⁵² birinci derece bağlama kuralı olarak uygulansa da önceden belli olan genel bir objektif kuralın yanında istisnai ya da yardımcı karakterli olarak uygulanması daha doğru olacaktır⁵³. Ancak bu şekilde katı kuralların sistematik şekilde uygulanmasının önüne geçilebilmekte⁵⁴ ve hakkaniyete uygun hukukun temini söz konusu olabilmektedir.

En sıkı ilişkili hukuk metodu, Kıta Avrupası hukuk çevresini önemli dere-

⁴⁷ TERZIAN Sandra, "TheAftermath of Babcock", California LawReview, C. 54, Sayı 3 Makale 5, 1966 <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol54/iss3/5>, s.1304, dn.23.

⁴⁸ GÖĞER, s.487

⁴⁹ NOMER, s.348

⁵⁰ TEKİNALP, s.436

⁵¹ KÖSEYENER, s.162

⁵² Almanya ve İsviçre.

⁵³ TEKİNALP, s.437

⁵⁴ TURHAN (DE BOER), s.290

cede etkilemiş ve pek çok kanun ile sözleşmede⁵⁵ genel bir istisna kuralı ya da tali bir kural olarak yer almıştır⁵⁶. Doktrin ve mahkeme kararlarında oluşturulan genel kanaate göre, daha sıkı ilişkili hukukun tespitinde; taraflar arasında bir nevi müşterek hukuku gösteren ortak nokta bulunmalı ve haksız fiilin işlendiği yer ile taraflar arasındaki ilişki geçici mahiyette olmalıdır⁵⁷. Aşağıda ayrıntılı olarak inceleneceği üzere müşterek hukukun belirlenmesinde göz önünde bulundurulacak ölçütler; müşterek milli hukuk, yerleşim yeri ya da mutad mesken gibi daha yakın özelliklere sahip hukuku işaret edecek şekilde sayılabilir. Bunun yanında, daha sıkı ilişkinin uygulanması hususunda bir diğer hal, haksız fiilin tarafları arasında başka bir hukuki ilişkiden (sözleşmeden, aile hukukundan vs.) kaynaklanan hukukun, irtibatlı olduğu halde haksız fiile de uygulanması durumudur⁵⁸. Burada *haksız fiilin “feri bağlanma” noktasından* söz edilir⁵⁹. Sözleşmesel ilişkinin tabi olduğu hukuk, haksız fiilin de tabi olduğu hukuk olacaktır. Aile hukuku açısından eşler arasındaki haksız fiil olayı evlenme statüsüne, ana-babaların çocuklarına karşı işledikleri haksız fiil ise nesep statüsüne bağlı olacaktır. Akit açısından ise, akdin tabi olduğu hukuk ile haksız fiilin işlendiği hukuk farklı ülkelerin hukuku olduğu takdirde, hangisi mağdurun menfaatine ise o hukukun uygulanması gerekecektir; örneğin, bir tren kazasında yaralanan yolcular hem haksız fiil nedeniyle, hem de demiryolu idaresiyle yaptıkları sözleşmeden doğan haklara sahiptirler⁶⁰. Benzer şekilde hava taşıtlarında meydana gelen haksız fiil olaylarında, nakil vasıtasının bağlı bulunduğu devletin hukuku uygulama alanı bulacaktır. Trafik kazalarında genel ve kesin bir bağlanma kuralı belirlenmemiş olsa da genel itibar, ruhsat yeri (tescil ülkesi) hukukunun uygulanmasına yöneliktir. Trafik kazalarıyla ilgili Avrupa’da yürürlüğe giren 1971 tarihli La Haye Sözleşmesi⁶¹ ise, kaza yeri hukukunun uygulanacağı prensibini koymakla beraber (md.3), belirlediği çeşitli olay tiplerinde bu prensipten ayrılarak ruhsat yeri hukukunun uygulanmasını tercih etmiştir (md.4)⁶².

Yukarıda değinildiği üzere, daha sıkı ilişkili hukukun tespitinde yararlanılacak bağlantı noktalarının izahına gerek duyulduğundan, müşterek milli hukuk, mutad mesken hukuku ve üstün devlet menfaati kuralları kısaca açıklanmaya çalışılacaktır.

⁵⁵ Türkiye MÖHUK, Avusturya MÖHK, Benelux Ülkeleri için tek biçim MÖHK, AB Roma II Tüzüğü gibi.

⁵⁶ TURHAN, s. 113; ayrıca İngiliz ve Amerikan Hukuku’ndaki uygulamaları bakımından bkz. SMITH, s.179-183.

⁵⁷ TEKİNALP, s. 443

⁵⁸ TEKİNALP, s.428 ve 443

⁵⁹ NOMER, s.349

⁶⁰ ÇELİKEL/ERDEM, s.404

⁶¹ 04.05.1971 Tarihli Trafik kazalarına Uygulanacak Hukuka Dair Sözleşme (Convention on the LawApplicabletoTrafficAccidents) için bkz.; http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/cok-taraflisoz/lahey/lahe19_ing.pdf

⁶² NOMER, s.351, dp.195

1.1. Müşterek Milli Hukuk

Etkisini en çok Alman Hukukunda gösteren müşterek milli hukuk bağlama kuralı, tarafların vatandaşlığı ve tabiiyetinin bugünkü hukuk sistemlerinde önem taşı-maması nedeniyle tercih edilmemektedir. Müşterek milli hukuk, ika yerine nazaran devamlılık gösteren ve açıkça kendini belli eden bir bağlanma unsuru olması sebebiyle uygulama alanı bulmuştur. Bu kaideye göre; fail ile mutazarrırın aynı vatandaşlığa tabi olması durumunda eğer haksız fiilin ika yeri ile kurulan ilişki zayıf olursa, haksız fiile daha sıkı ilişkiyi sağlayan müşterek milli hukuk (ortak şahsi statü hukuku ya da kişisel hukuk da denilmektedir) uygulanmaktadır.

Bu durum daha çok, tarafların yabancı ülkede geçici olarak bulunmaları esnasında kendini göstermektedir⁶³. Misal olarak, bir proje inceleme grubu içerisinde aynı devlet vatandaşları arasında meydana gelen haksız fiillere müşterek milli hukuk, farklı vatandaşlıklara bağlı kişilere ise yakın bağlantılı başka irtibat noktaları tespit edilemediği takdirde, ika yeri kuralı uygulanır. Alman Eyalet Mahkemesi'nin bir kararında⁶⁴, Almanya'da çalışan ve mukim iki Türk işçisinin, Almanya'da sicile kayıtlı araçla Yugoslavya'da kaza yapması sonucu haksız fiilden kaynaklı tazminat talebine konu davada, daha yakın bağlantının kurulabildiği tek bağlanma noktası olan müşterek milli hukukları yani Türk Hukuku uygulanmıştır⁶⁵. Ancak Alman hukukunda olduğu gibi taraflar aynı devletin vatandaşı olsa dahi, birinin mutad meskeni ika yeri ile aynı ise, daha sıkı bağlantı noktalarında ika yeri kriterinin durumu ağırlık kazanacağından ika yeri hukuku uygulanacaktır. Görüldüğü üzere tarafların ortak milli hukuka sahip olmaları, uygulanacak hukuk açısından önemli bir gerekçe olsa da temel prensip yine de ika yeri hukukudur; ancak halin şartlarına uygun tatbikatın sağlanabilmesi için hâkimin takdirine bırakılmıştır. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, müşterek tabiiyete sahip kimseler arasında meydana gelen haksız fiillerin işlendikleri mahalde kökleşmiş olmaktan ziyade, ilgililerin mensup oldukları memlekette kökleşmiş olması halinde ika yeri hukukunu tatbikte ısrar etmemek gerekir⁶⁶.

İlk bakışta uygulanması hukuk mantığına yatkın gibi görünen kuralın, dava sırasında taraflardan birinin tabiiyeti değiştiği takdirde dayanaksız kalacağı sorunundan hukukçularca pek söz edilmemiştir. Ayrıca haksız fiil hukuku yerine milli hukukun uygulanması, fiilin işlendiği yerde tazminata sebebiyet veren fiilin, müşterek milli kanun hükümlerine göre tazminat sorumluluğuna tabi olup olmayacağının belirlenmesi anlamına gelmektedir ve bu durum, zarar görenin aleyhine sonuç doğurabileceği

⁶³ TEKİNALP, s.440

⁶⁴ *OLG Köln, 04.02.1980, NJW 1980, 2624*

⁶⁵ TEKİNALP, s.441

⁶⁶ GÖĞER, s.459

gibi ika yerinin toplum düzenini de rencide edici niteliktedir⁶⁷. Kanaatimizcebugün, belirtilen ilgili sebepler nedeniyle müşterek milli kanun kuralının uygulanmasına itibar edilmemektedir.

1.2. Müşterek Mutad Mesken Hukuku

Haksız fiil taraflarının müşterek mutad meskenleri bulunması halinde, yakın bağlantılı olarak tazminat sorumluluğuna uygulanacak hukuk, müşterek mutad mesken hukukudur. Müşterek mutad mesken, milli hukuk kuralının aksine, son yıllarda milletlerarası sözleşmelerde genel kabul gören bağlama kuralı olmuştur⁶⁸. Mutad mesken kavramından tam olarak ne anlaşılması gerektiği ve yerleşim yeri kavramıyla karıştırılıyor olması üzerine pek çok tartışma yapılmıştır. Mutad mesken doktrinde, genel olarak kişinin gerçek hayat ilişkilerini sürdürdüğü, fiilen oturduğu ve oturmak isteği ve iradesinde olduğu yer olarak tanımlanmaktadır⁶⁹. Kısacası kişinin hayat ilişkilerini odakladığı yer, onun mutad meskenidir. Bu kavram, yerleşim yeri kavramı gibi hukuki nitelikte değildir; dolayısıyla uygulamada ancak belirli maddi delillere göre tespit edilebilmektedir⁷⁰. İkametgâh kavramı ise, her devletin hukukunda ayrı tanımlandığı için yorum farklarına sebep olabilmektedir; ancak mutad mesken, il ya da eyalet gibi bir mahal belirtmeksizin tespit edildiğinden⁷¹ yorum farklılıklarından söz edilmez.

Her somut olayın hal ve şartlarına göre değerlendirilen bağlama kuralı, bazı sözleşmelerde belirtilen özel hallerde, bazen de teamül haline geldiği belirli durumlar açısından doğrudan uygulanmaktadır. İş kazalarında mutad çalışma yeri hukukunun uygulanacağı yönündeki genel kural, teamül açısından bir örnek teşkil etmektedir⁷². Misal olarak, Almanya'da yaşayan iki Türk işçi arasında Türkiye'de gerçekleşen haksız fiil halinde, Alman Mahkemeleri, Alman Kanunlar İhtilafı Kuralları'na göre Alman hukukuna göre karar verecektir⁷³.

Haksız fiil bahsinde ise, şayet tarafların mutad meskenleri aynı devleti işaret etmekteyse, ortak mutad mesken hukuku uygulama alanı bulacaktır. Yine bir örnek vermek gerekirse; İstanbul'da mukim bir Türk vatandaşının, Bulgaristan'a gittiği iş

⁶⁷ GÖĞER, s.476

⁶⁸ Alman Hukuku ve İsviçre Hukuku öncelikli bağlama kuralı olarak müşterek mutad mesken hukukunu seçmiştir. Söz konusu kural, AB'de Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak olan Roma 2 Tüzüğü'nde de görülebilir.

⁶⁹ ÖZKAN, Işıl. "Devletler Özel Hukukunda İkametgâh, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi", Natürel Yayınları, Eylül 2004, s. 83.

⁷⁰ NOMER, s. 117; ÇELİKEL/ ERDEM, s. 188.

⁷¹ Örneğin, doktora eğitimi için gidilen ülke hukuku da mutad mesken olabilmektedir.

⁷² NOMER, s.350

⁷³ NOMER, s.355

seyahati esnasında, İstanbul'da yaşayan ancak ailesini ziyarete Bulgaristan'a dönmüş olan bir Bulgar vatandaşına, işlerin yolunda gitmemesinin neden olduğu kızgınlıkla hakaret ettiği faraziyesinde; Bulgaristan'da açılan tazminat davasında yakın bağlantı noktaları uyarınca tarafların ortak mutad meskenleri olan Türk hukukunun uygulanması gerekecektir. Bu kural, her iki tarafın da hukuki öngörüsünü sağlamanın yanında, diğer bağlama kurallarına nazaran oluşabilecek adaletsizliklerin de önüne geçmiş olacaktır.

1.3. Üstün Devlet Menfaati

Daha sıkı bağlantılı hukukun tespitinde yararlanılan üçüncü yaklaşım, milletlerarası özel hukuk camiasında uygulamasına pek rastlanmayan üstün devlet menfaati kuralı olarak Amerika Birleşik Devletleri'nde ortaya çıkmıştır. Her ne kadar uygulanacak hukukun seçiminde yeni bir kural benimsenmemiş olsa da⁷⁴, bu kural ile ika yeri prensibinden tamamen vazgeçilerek, yetkili mahkemenin bağlı bulunduğu "devletin menfaati" (Governmental Interest)⁷⁵ üzerine hüküm kurulması yönünde içtihat oluşturulmuştur⁷⁶. 09.05.1963 tarihli *Babcock v. Jackson*⁷⁷ Davasında verilen New York Temyiz Mahkemesi kararında, New York'ta mukim üç kişinin Kanada'da seyahati esnasında sürücünün hâkimiyeti kaybederek karayoluna bitişik taş duvara çarpması sonucu meydana gelen kazada zarara uğrayan tarafın tazminat hakkına New York devletinin menfaatine dayanılarak New York hukuku uygulanmıştır⁷⁸. Hadisede Kanada'nın makul görülecek bir menfaati olmadığına göre ika yeri kuralının uygulanmasının bir anlamı da yoktur. New York'lu bir ailenin New York'lu bir şirkete karşı 5 yaşındaki çocuklarının ölümüne ilişkin açmış oldukları *Formaro v. JillBros*⁷⁹ Davasında, şirket tarafından yalnızca kişisel alışveriş için organize edilen gezide misafir olan çocuğun aldığı ölümcül yaralanmalar, yine şirkete ait otomobilde iken meydana gelmiştir. Kaza New Jersey'de olmuştur. New Jersey kanunlarına göre⁸⁰, sürücüden kaynaklanan kazalarda araç sahibi ve yetkiyi veren şirketin sorumluluğuna gidilmemekte, aracı kullanan sürücü kazadan ve yaralanmalardan sorumlu tutulmaktadır. Bu nedenle New Jersey hukuku, şirketin de yaralanmalardan sorumlu tutulabilmesi için, sürücünün kazayı yaptığı esnada şirketin vermiş olduğu işi yapıyor olması gerekliliğini aramıştır. Bayan Jill'in, kaza gerçekleştiğinde şirketin işini

⁷⁴ TERZIAN, s.1302.

⁷⁵ Governmentalinterest kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TERZIAN, s.1316-1317.

⁷⁶ TERZIAN, s.1302.

⁷⁷ 191 N.E.2d 279 (N.Y. 09.05.1963) Babcock v. Jackson davası hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/babcock_jackson.htm

⁷⁸ NOMER, s.355; ÇELİKEL/ERDEM, s.402, DICEY/MORRIS, II, s. 1503

⁷⁹ 22 App. Div. 2d 695, 253 N.Y.S.2d 771 (1964).

⁸⁰ N.Y. VEHICLE & TRAFFIC LAW.

yapmıyor olması halinde New York hukuku uygulanabilir hale gelmeyeceğinden şirketin de sorumlu tutulamayacağı açıklamasına yer verilmiştir⁸¹.

*Reich v. Purcell*⁸² Davasında da benzer şekilde hüküm kurulmuştur. İka yeri kuralının kabulü, haksız fiilin işlendiği devlet ülkesinin kendi sınırları içindeki davranışları tanzimdeki menfaatine dayanmaktadır; sırf coğrafi esaslara dayanılarak bu kuralın işletilmesi ise kuralın amacıyla uyuşmamaktadır⁸³.

Konuyla alakalı *Long v. PanAmerican World AirwaysInc.*⁸⁴ve *Dym v. Gordon*⁸⁵ davalarında da; haksız fiil ile ilgili devletlerden hadise ile daha yakın ilişki kuran ve üstün menfaati (superiorinterest) olan devletin kanununun uygulanması gerekliliğine karar verilmiştir⁸⁶. Bu anlayışa göre, ika yeri kuralının yanında ya da halin şartlarına göre onun yerine uygulanabilecek bağlama kuralının tayininde daha yakın ilişkili kural tespit edilirken alınacak kıstas olarak üstün devlet menfaati olan hukuk göz önünde bulundurularak müşterek mutad mesken hukukunun mu yoksa lexfori'nin mi uygulanacağına karar verilecektir⁸⁷. Ancak hâkimlere üstün menfaatin tayini konusunda böylesine geniş bir takdir yetkisi vermek, hukukun nesnelliğine zarar verme tehlikesi taşıyabilir.

Çok taraflı bağlama kurallarında uygulanacak hukuk belirlenirken daha sıkı ilişkinin tespitinde genel olarak yapılan eleştiri, hâkime bırakılan takdir yetkisinin sınırsız olmasıdır. Böyle bir uygulamada belirli kıstaslar ve objektif bağlama kuralları olmadığından hukuki güvenilirlikten söz edilemeyecektir. Bu sebeple söz konusu yakın bağlantı noktalarının, sabit bir objektif bağlama kuralının yanında yardımcı mahiyette uygulanması en makul çözüm olarak görülmektedir. Günümüz hukuk sistemlerinde ise daha sıkı irtibatlı hukuk kriterleri arasında en çok uygulama alanı bulan, ortak mutad mesken hukukudur.

2. Zarar Yeri Hukuku (LexLociDamni)

Haksız fiilin meydana geldiği yer ile sonuçlarının ortaya çıktığı yerin aynı olması durumunda ika yeri prensibini uygulamakta bir sorunla karşılaşılmamaktadır. Ancak

⁸¹ TERZIAN, s.1303-1304.

⁸² 67 Cal. 2d 551, 432 P.2d 727, 63 Cal. Rptr. 31 (1967)davası hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. California LawReview, TheSupreme Court of California 1967-1968: Choice of Laws--I, 56 Cal. L. Rev. 1635 (1968); <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol56/iss6/8>

⁸³ GÖĞER, s.489

⁸⁴ 16 N.Y.2d 337 (N.Y. 1965) Long v. PanAmerican World AirwaysInc davası hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. <https://casetext.com/case/long-v-pan-amer-world-airways>

⁸⁵ 16 N.Y.2d 120, 122 (N.Y. 1965) DYM v. GORDONDavası hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. <https://casetext.com/case/dym-v-gordon>

⁸⁶ TERZIAN, s.1305; GÖĞER, s.489.

⁸⁷ TERZIAN, s.1305-1307.

haksız fiil hareketinin yapıldığı yerden başka bir yerde zararın meydana gelmesi yahut sonucun başka bir ülkede ortaya çıkması durumunda haksız fiil yeri hukuku olarak hangi kriterin bağlama kuralı olacağı sorunu gündeme gelecektir. NOMER'in değimiyle⁸⁸; haksız fiilin işlendiği yer, *'kurşunun namludan çıktığı veya mektubun postaya verildiği yer mi, yoksa kurşunun isabet ettiği ya da mektubun okunduğu yer midir?'* sorusu huzura gelmektedir. Misal olarak; Almanya'dan Fransa'ya gidecek bir otomobile, henüz Almanya sınırlarındayken sabotaj amaçlı patlayıcı yerleştirilir ve araç Fransa'ya geçtikten sonra patlatılırsa hareketin yapıldığı yer ile zarar yeri farklı olduğundan birinin seçimi söz konusu olacaktır. Aynı şekilde, X ülkesinde yer alan bir fabrikanın atıklarını nehre bırakması sonucu nehirden sulama yapılan Y ülkesindeki ekinlerin telef olması halinde hangi ülke hukukunun haksız fiil yeri olarak uygulanacağı sorunu oluşmaktadır. Görüldüğü üzere bu tip haksız fiillerde, fiilin unsurları bir ülkede başlamış, başka bir devlet ülkesinde bitmiştir. Burada zarar yeri, doğrudan zararın meydana geldiği anda hakkın konusunun bulunduğu yerdir⁸⁹. Sonucun meydana geldiği yer, hukuken var olan bir değer doğrudan, maddi anlamda ve fiilen zarara uğradığı yere göre tespit edilmektedir. Yani haksız fiil neticesinde dolaylı olarak ya da manevi anlamda zararın meydana geldiği yer ülkesi, haksız fiile uygulanacak hukukun tespitinde bağlama kuralı olamayacaktır.

Zarar yeri uygulamasına ilişkin doktrinde en çok bahsedilen örneklerden bazılarına değinmek gerekirse;⁹⁰

ABD'nin West Virginia eyaletindeki bir yol inşaatı sırasında meydana gelen patlamada, Ohio'da bulunan bir mağaza hasara uğramış ve hasarın tazmininde zarar yeri olan Ohio hukuku uygulanmıştır.

Bir başka örnekte; Auckland (Quebec)'den New Hampshire'a giden bir lokomotifin, tahta köprüünün yanmasına neden olması sonucu köprüünün Kanada tarafında hasara uğrayan kısmına Quebec hukuku, Amerika tarafında hasara uğrayan kısmına ise New Hampshire hukuku uygulanmıştır.

Örneklerden de anlaşıldığı üzere, Amerikan hukukunda fiil yeri ile zarar yeri farklı devlet ülkelerinde bulunuyorsa zarar yeri hukuku uygulama alanı bulacaktır⁹¹. Anglo-Amerikan sisteminde *"lasteventrule"* olarak benimsenen bu esas, Fransız Hukukunda da kabul edilmiştir⁹².

Birazdan ayrıntılı olarak inceleneceği üzere Türk Hukuku da genel kural olarak ika yeri kuralını kabul etmesinin yanında, fiil yeri ile zarar yerinin farklı ülkelerde ol-

⁸⁸ NOMER, s.345.

⁸⁹ NOMER, s.346.

⁹⁰ GÖĞER, s.494; NOMER, s. 345-346; TEKİNALP, s. 431.

⁹¹ NOMER, s.346, TEKİNALP, s.431

⁹² GÖĞER, s.498, NOMER, s.346, TEKİNALP, s.431

ması durumunda zarar yeri hukukunun uygulanacağını (MÖHUK, md.34/II) kabul etmiş, akit dışı borç ilişkilerine ilişkin Batı hukuklarında yer alan düzenlemeleri tek çatı altında toplayan Roma II Tüzüğü ise, taraflarca bir hukuk seçimi yapılmamışsa, doğrudan zarar yeri hukukunu birincil kural olarak benimsemiştir (m. 4).

Alman Hukukunda ise, genel eğilim zarar görenin menfaatine olan hukukun uygulanması yönünde olduysa da⁹³ 1999'da yürürlüğe giren düzenleme ile fiil yeri ile zarar yeri arasındaki tercih hakkı zarar görene bırakılmıştır⁹⁴. Fransa ile Almanya arasındaki Sarre Nehri kenarında bulunan Fransız elektrik işletmesinin neden olduğu duman ve kir, nehrin diğer kıyısında bulunan açık hava Alman lokantasına zarar vermiş ve bu olayda Alman mahkemeleri, zarar gören için daha elverişli hukuk olan Fransız Hukukunu uygulamıştır⁹⁵.

Bazı durumlarda ise zararın meydana geldiği ülkede bir hukuki rejim bulunmaması nedeniyle zarar yeri hukukunun mutlak olarak tatbik edilmesi mümkün olmamaktadır. Güney veya Kuzey kutuplarından birinde meydana gelen haksız fiillerde⁹⁶ yahut sınır bölgelerinde ya da tarafsız bölgelerde zararın meydana geldiği durumlarda zarar yeri kriterini uygulamak güçleşeceğinden bu kuralı da yardımcı kurallarla birlikte uygulamak ve desteklemek en doğrusu olacaktır. Bu kapsamda geliştirilen formüllerden biri, milletlerarası sözleşme olmaması durumunda, uçakla yolculuk esnasında meydana gelen haksız fiillerde genel olarak haksız fiil yeri ülkesinin, belirlenemiyorsa sicil yeri hukukunun uygulanması; deniz üzerinde meydana gelen çatismalarda ise zarara uğrayan geminin bayrak hukukunun, her iki geminin de zarara uğraması halinde müşterek bayrak veya sicil yeri hukukunun uygulanmasıdır⁹⁷.

Zarar yeri kuralı, zamanla gerek doktrinde gerekse ulusal ve uluslararası düzenlemelerde oldukça popüler bir görüş haline gelmiştir. Söz konusu kuralın bu kadar ilgi çekmesinin sebebi, zarar unsurunun, haksız fiilin tazminat sorumluluğunda kilit unsur olarak rol almasından kaynaklanmaktadır. Bir eylemin zarar meydana getirmedeği, yani teşebbüs aşamasında kaldığı durumlarda, ceza hukuku bakımından suça teşebbüs, failin cezalandırılması için yeterli iken, sorumluluk hukukunda zarar vermeye teşebbüs, tazminat borcunu doğurmaz. Sonuçtan yoksun soyut bir kusur, tazminat hakkı bahsetmemektedir⁹⁸. Bu nedenle, bir haksız fiil sonucunda zararın meydana geldiği durumlarda bağlama kuralı olarak zarar yeri hukukunun önemi ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda hukuken korunan menfaatin zarara uğradığı yer, kamu düzeninin yeniden sağlanabilmesi ve haksız fiilin tazmini için en geçerli sebebi

⁹³ TEKİNALP, s.432; Alman Yargıtay uygulaması için bkz. GÖĞER, s.496

⁹⁴ EGBGB m.40 I

⁹⁵ NOMER, s.346

⁹⁶ GÖĞER, s.480

⁹⁷ NOMER, s.347; TEKİNALP, s.444-445

⁹⁸ EREN Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18.Baskı, Ankara 2015, s. 520

oluşturması nedeniyle tercih edilmektedir. Bu kural, aynı zamanda bir objektif bağlama kuralıdır ve nesnel sonuçlar sağlama imkânı sunmaktadır. Kusur ya da tehlike sorumluluğu olmasının ise herhangi bir önemi yoktur.

3. Diğer Kriterler

Haksız fiile uygulanacak hukukun belirlenmesi noktasında açıklamaya çalıştığımız bağlama kriterleri yanında, birkaç kurala daha başvurulmaktadır. Bu kurallardan failin mutad meskeni ile mağdurun (mutazarrırın) yerleşim yeri, yeterince objektif olamaması nedeniyle pek taraftar bulamamış; kamu düzeni gereklilikleri, emredici hukuk kuralları ve taraflarca seçilen hukuk ise başvuru temel yardımcı kuralları olmuştur.

3.1. Failin Mutad Meskeni ve Mağdurun Yerleşim Yeri

Failin mutad meskeni ve mağdurun yerleşim yeri kuralları, yukarıda belirtmiş olduğumuz gibi, taraflar arasında hak dengesini gözetemeyeceğinden pek uygulama alanı bulamamıştır. Failin mutad meskeni hukuku, zarar gören aleyhine hükümler barındırabileceği gibi, aynı durum fail açısından mağdurun yerleşim yeri hukukunun uygulanmasında da söz konusu olacaktır. Bağlama kurallarından, mağdurun yerleşim yeri hukukunun uygulanmasını mümkün gören DEBOER'e karşılık görüş bildiren TURHAN, yerleşim yeri irtibat noktasının ancak kişisel halden doğan ihtilaflarda rol oynayabileceğini ve haksız fiilde bağlama kuralı olamayacağını ileri sürmüştür⁹⁹.

3.2. Taraflarca Seçilen Hukuk

Taraflarca seçilen hukuk kriteri, bugün uygulamasına fazlaca rastlanılan kuralardan biridir. Öyle ki Roma II Tüzüğü de öncelikli olarak taraflarca usulüne uygun bir hukuk seçimi var ise bunun uygulanması gerektiğini düzenlemiştir (md.14). Bu görüşü ortaya atan Alman Hukukçu RAAPE, özel hukukun temel prensiplerinden olan irade serbestisini haksız fiil alanına da uygulayarak tarafların iradelerine yetki tanımak gerektiğini ileri sürmüştü; ancak kamu düzeni kaideleri ve tarafların haksız fiil olayından sonra anlaşabilmesinin güçlüğü sebebiyle döneminde çokça tepki almıştır¹⁰⁰. Yine de söz konusu görüş, günümüz hukuk sistemlerinde kabul görme başarısını elde etmiştir.

Milletlerarası gelişmelere uygun olarak Türk hukukunda da sınırlı bir seçim hakkı tanınmıştır; taraflar, haksız fiil meydana geldikten sonra uygulanacak hukuku

⁹⁹ TURHAN (DE BOER), s.293

¹⁰⁰ RAAPE Leo, Internationales Privatrecht, 5. Bası, Berlin/Frankfurt a. M. 1961, s. 579-580 için bkz; GÖGER, s.485-486.

açık olarak seçebilmektedirler(md.34/V). Bu seçim, açık şekilde olmak zorundadır, zımnî hukuk seçimi haksız fiiller açısından Türk Milletlerarası Hukukunda kabul edilmemiştir¹⁰¹. Bilindiği üzere, tarafların haksız fiil meydana gelmeden önce hukuk seçebilmesi oldukça zor ve hatta bazen imkânsızdır. Bu nedenle akdi bir ilişki dışında meydana gelen haksız fiillerde ancak zarar meydana geldikten sonra hukuk seçimine müsaade edilmiştir. Ancak hukuk seçimini şarta bağlamak, uygulanacak hukukun önceden bilinmemesi durumunu doğuracağından öğretide bazı yazarlarca eleştirilmektedir¹⁰².

Kurala göre, tarafların seçtikleri hukuk, haksız fiile birinci derecede uygulanmalıdır. Eğer ki bir seçim yapılmamışsa, sistemde mevcut olan objektif bağlama kuralının uygulanması gerekmektedir¹⁰³. Böylece hem taraf iradesine üstünlük tanınacak hem de mevcut bağlama kuralı ile hukuki güvenilirlik sağlanmış olacaktır.

3.3. Doğrudan Uygulanan Hukuk Kuralları

Genel olarak incelendiğinde bağlama kurallarının tek başına uygulaması, kamu düzeni, emniyet ve asayişin yerine getirilmesi ile taraf menfaatleri konusunda eleştirilmiş ve dengeyi kuracak en uygun bağlama kuralı oluşturulmaya çalışılmıştır. Uygulanacak hukukun tesisinde, davanın görüldüğü memleketten başka yabancı bir memleketin mevzuat hükümlerinin dava konusu uyumsuzluğa uygulanacak olması, pek tabîî ki dava ülkesinin yargısını hiçe saymak anlamına gelmemektedir. Aksi halde, davanın görüldüğü mahkemenin tabîî bulunduğu yargı sistemi içindeki hukukun ne saygınlığı ne de güvenilirliği kalmış olacaktır. Bu sebeple, yukarıda ayrıntılı olarak incelediğimiz bağlama noktalarının yanında, mahkemenin hukukunun olmazsa olmaz hükümlerini koruyucu bir düzene ihtiyaç duyulmuştur.

Emniyet ve asayişin sağlanması noktasında, pek çok hukuk sisteminde hukuk seçimiyle veya objektif bağlama kurallarıyla uygulanması bertaraf edilemeyecek kurallar düzenlenmiştir¹⁰⁴. Millî ekonomik sistemi korumak ve devletin sosyal ve politik hedeflerine ulaşmak için getirilmiş¹⁰⁵ olan bu kurallar, Roma Sözleşmesi ve Roma I ve II Tüzüğü'nde, "Üstünlüğü Olan Emredici Hükümler" (OverridingMandator-

¹⁰¹ ÇELİKEL/ERDEM, s.403.

¹⁰² Eleştiri için bkz. NOMER, s.351.

¹⁰³ TEKİNALP, s.435.

¹⁰⁴ **ERKAN, Mustafa.** "MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XV, Sayı 2. 2011, s.84; **ELÇİN, Doğa.** Ata SAKMAR' a Armağan: "Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk Hukukunda Sözleşmeyle İrtibatlı Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011/1 Beta, İstanbul, 2012 s.329.

¹⁰⁵ ELÇİN, s.331

yProvisions) olarak ifade edilmiştir¹⁰⁶. Türk Hukukunda¹⁰⁷ ise doğrudan uygulanan kurallar olarak anılan bu kavram, taraflar arasındaki bir sözleşmeyle istisna edilemeyen, sınırlanamayan ve değiştirilemeyen hukuk kuralları olmanın yanında¹⁰⁸, ekonomik, sosyal ve politik düzenin korunması için devletin ülkesinde bulunan bütün kişilere ve hukukî ilişkilere kesin olarak uygulanması gereken millî hükümler olarak düzenlenmiştir¹⁰⁹. Temel amacı kamu menfaatlerini korumak olan doğrudan uygulanan (müdahaleci) kurallar, bu amacı gerçekleştirebilmek için seçilen hukuktan veya objektif bağlama sonucu tespit edilmiş olan hukuktan bağımsız olarak kendilerine uygulama alanı bulurlar ve yabancı unsurlu olsun olmasın ülke ile irtibatlı olan her olaya uygulanırlar¹¹⁰.

Bir bağlama kriteri niteliğinde olmayan devletin doğrudan uygulanan kuralları, tüm bağlama noktalarının yanında göz önünde bulundurulmak zorunda olunan, üstün ve denetleyici bir karaktere sahiptir. Doğrudan uygulanan hukuk kuralları ile mevcut kamu düzeni ve devlet politikaları korunmak istenmiştir. Bu sebeple kamu hukuku karakterli emredici hükümler olarak da adlandırılan doğrudan uygulanan kurallar, kendilerine aykırı işlemleri hukuken geçersiz kılarak aslında devletlerin egemenlik hakkından doğan yetkilerini kullanmasını sağlamayı hedef edinmiştir¹¹¹.

Doğrudan uygulanan kuralların hukukî niteliğine ilişkin Roma I Tüzüğü'nde yapılan tanımlama ile *"devletin sosyal, ekonomik veya politik yapısı gibi kamu menfaatinin korunmasını gerekli kılan, o ülke tarafından bu kuralların kapsamına giren her türlü durumda, işbu Tüzük uyarınca uygulanacak hukuk dikkate alınmaksızın, uygulanacak derecede önemli görülen kurallar"*¹¹² şeklinde ifade edilerek uygulanma bakımından üstünlük kriteri vurgulanmıştır.

Akit dışı borç ilişkilerine uygulanacak hukukun tayini açısından ise Roma II Tüzüğü'nün 16.maddesinde ise; Tüzükte belirtilen hiçbir kuralın, forum ülkesinde

¹⁰⁶ ELÇİN, s.330; Roma I Tüzüğü m.9/1; Roma II Tüzüğü m.16.

¹⁰⁷ 5718 Sayılı MÖHUK m.6.

¹⁰⁸ **ERDEM, Bahadır.** "5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da Düzenlenen Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Olan Hukuk", Koç Üniversitesi, Avrupa'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. Nusret -Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Araştırma Merkezi Konferans Yayınları Serisi-2, İstanbul 2010, s. 102.

¹⁰⁹ ELÇİN, s.333.

¹¹⁰ ERKAN, s.84.

¹¹¹ Benzer yönde bkz. ERKAN, s.86.

¹¹² **KOCASAKAL, Hatice Özdemir.** "Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri", Galatasaray Üniversitesi, İstanbul, 2001, s.12; **BOZKURT BALKAR, Süheyla.** Atasakmar' a Armağan: "Uluslararası Sözleşmelere Uygulanacak Kuralları Belirlemede Kullanılan Yöntemlere Eleştirel Bakış", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011/1 Beta, İstanbul, 2012, s.165; aynı yönde bkz. ERKAN, s.83-84; ERDEM, s. 102.

doğrudan uygulanan kuralları bertaraf edemeyeceği belirtilmiştir. Söz konusu üstünlük vurgusunun, emredici hükümlerin kamu menfaati ile olan güçlü bağından kaynaklandığı söylenebilmektedir¹¹³. Şöyle ki, doğrudan uygulanan kurallar, kamu veya özel hukuk karakterli, emredici veya düzenleyici olabilir; ancak önemli olan, kuralın konulmasındaki amaçtır. Kural, ülke ile bağlantısı olan her olay ve ilişkiye uygulanmak üzere konulmuş ise, bu durum, kuralın doğrudan uygulanan bir kural olması için yeterlidir. Diğer bir ifadeyle, kuralın ağırlıklı olarak kamu menfaatine hizmet eder karakterde olması gerekir¹¹⁴.

II. Güncel Mevzuat Bağlamında Haksız Fiil Sorumluluğu

Mesafe haksız fiiline uygulanacak hukukun tespitinde ika yeri kriterini menfaatler dengesi bakımından yetersiz bulan Avrupa Hukuk sistemi, bu kuralı dışarıda bırakarak zarar yeri kriterini kabul etmiştir. Bununla birlikte, hakkaniyet açısından tüm haksız fiil tipleri için genel bir kuralı benimsemek oldukça zor olduğundan, hem Türk Hukukunda hem de Avrupa Hukuk sisteminde, zaman içinde bazı özel haksız fiillere özgü kurallar getirilmiştir. Kişisel hakların ihlalden doğan sorumluluk, imalatçının sorumluluğu, haksız rekabet halinde sorumluluk, fikri mülkiyet haklarının ihlali, basın-yayın organları yoluyla işlenen fiillerde sorumluluk gibi¹¹⁵ ika yeri hukukunun istisnalarından doğduğu kabul edilen bu kurallar tahdidi olarak belirlenmiş ve ayrı düzenlemelere tabi tutulmuştur. Böylece pürüzler törpülenmiş ve yeknesak bir sistem için genel kuralların yanında, yıllar boyu geliştirilen istisnalar kabul edilerek, bugüne kadar ortaya atılan tüm makul kriterler tek bir çatı altında toplanmıştır. Söz konusu çatı hüküm, Avrupa Hukuk sisteminde Roma II Tüzüğü; Türk Hukukunda ise Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) m.34 ve devamı hükümlerinden oluşmaktadır.

A. Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki AB Tüzüğü (Roma II)

Amsterdam Antlaşmasıyla Kanunlar ihtilafı alanında düzenleme yapma yetkisine kavuşan¹¹⁶ Avrupa Birliği (eski ismiyle Avrupa Topluluğu), akdi borç ilişkilerine

¹¹³ ELÇİN, s.338.

¹¹⁴ Bkz. ERKAN, s.91.

¹¹⁵ Tüzükte yer alan özel haksız fiil tipleri şunlardır; İmal edilen şeyden sorumluluk (m.5), haksız rekabet ve serbest rekabetin kısıtlanması (m.6), çevresel zararlar (m.7), fikri mülkiyet haklarının ihlali (m.8), endüstriyel güç kullanımı sonucu zarar sorumluluğu (m.9), sebepsiz zenginleşme (m.10), Vekâletsiz iş görme (m.11), alacağın kanuni temliki (m.19) ve Culpa in Contrahendo sorumluluğudur.

¹¹⁶ Amsterdam Antlaşması m.65; bkz. **TARMAN, Zeynep Derya**. "Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Topluluğu Tüzüğü (ROMA II)", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2008-2, Cilt 57, s.194; KÖSEYENER, S.150

uygulanacak hukuk ile mahkeme kararlarının tanıma ve tenfizine ilişkin çalışmaların hemen akabinde akit dışı borç ilişkilerine¹¹⁷ ağırlık vermiştir. Bu çalışmaların sonucu olarak, kanunlar ihtilafı kurallarının yeknesaklaştırılması amacını taşıyan¹¹⁸ Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Birliği Tüzüğü¹¹⁹, 2009 yılında yürürlüğe girerek haksız fiile uygulanacak hukuk konusunda; genel bir bağlama kuralı(m.4), akit dışı borç ilişkileri bakımından ise özel bağlama kuralları (m.5-9) ve bir takım istisnalar getirmiştir¹²⁰. Bununla birlikte taraf iradesi esas alınarak seçilen hukukun uygulanmasına öncelik tanınmış, hukuk seçimi olmadığı takdirde genel bağlama kuralı olarak zarar yeri hukuku; ancak müşterek mutad mesken bulunması halinde istisna olarak mutad mesken hukuku ve her halde daha sıkı ilişkili bir hukuk bulunması durumunda en sıkı ilişkili hukukun uygulanacağı belirtilerek istisnai düzenlemelere de yer verilmiştir.

Tüzüğün, haksız fiillere uygulanacak hukuk noktasında esas aldığı bağlama kuralı, doğrudan zararın meydana geldiği yer-lexlocidamni- kuralıdır. Düzenlemenin yer aldığı 4.maddeye göre; *“haksız fiillere uygulanacak hukuk, doğrudan zararın meydana geldiği yer hukukudur”*. Devamında, zararın meydana geldiği yerin, aynı zamanda meydana geleceği yer kavramını da ifade ettiği belirtilmiştir. Tüzük tasarisında bu husus daha da ayrıntılı açıklanmıştır. Tasarıya göre; “akit dışı sorumluluğa uygulanacak hukuk, zarara neden olan olayın meydana geldiği ülkeye ve olayın dolaylı neticelerinin doğduğu ülke/ülkelere bakılmaksızın, zararın meydana geldiği veya zararın muhtemel doğduğu ülkenin hukukudur.”¹²¹ Burada önemli olan ifade, ‘doğrudan zarardır’. X ülkesinde yediği tavuktan zehirlenen kişi Y ülkesinde rahatsızlanır ve ölürse, ölen kişinin yakınlarının tazminat talepleri dolaylı zarar kapsamında değerlendirileceğinden zarar yani sonuç yeri dikkate alınmayacak ve X ülkesi hukuku uygulama alanı bulacaktır¹²².

Belirtmek gerekir ki Tüzükte esas alınan kural olmasına rağmen zarar yeri kuralı öncelik sahibi değildir. Yabancılık unsuru taşıyan bir mesafe haksız fiiline ilişkin uyuşmazlığa uygulanacak hukukun tespitinde mahkemenin dikkat edeceği ilk husus,

¹¹⁷ Ticari ve özel hukuka ilişkin akit dışı borç ilişkilerine uygulanacak Tüzüğün önsözünün 11. maddesinde, hangi hukuk ilişkilerinin akit dışı sayılacağı belirtilmiştir.

¹¹⁸ KÖSEYENER, s.152

¹¹⁹ 864/2007 sayılı Roma II Tüzüğü, AB’ye üye ülkelerde doğrudan uygulanan ve doğrudan etkiye sahip olan bir mevzuattır ve AB hukukunun üye devlet hukuklarına olan üstünlüğü nedeniyle öncelikli olarak uygulanmaktadır. Tüzüğün ikinci kısmı haksız fiillere ilişkin hükümler içermektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **GÜVEN, Pelin**. Ata SAKMAR’ a Armağan: “Rekabetin Engellenmesi Halinde Uygulanacak Olan Hukukun Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2011/1, Beta, İstanbul, 2012, s.430

¹²⁰ TARMAN, s.194, TEKİNALP, s.456

¹²¹ KÖSEYENER, s.161

¹²² Benzer örnek için bkz. TARMAN, s.199

tarafar arasında usulüne uygun bir hukuk seçiminin olup olmadığıdır. 14.maddede yer alan ilgili düzenlemeye göre; tarafların hukuk seçimi açıkça yahut olayın şartlarından tereddüde mahal vermeyecek şekilde anlaşıldığı takdirde geçerli olabilecektir. Madde metninden anlaşıldığı üzere, hukuk seçiminin açık şekilde yapılmasının yanında zımnî hukuk seçimine de izin verilmiştir. Maddenin devamında hukuk seçiminin ne şekilde yapılacağı da düzenlenerek taraflar arasındaki şartlar dengede tutulmaya çalışılmıştır¹²³. Buna göre zarara sebebiyet veren olaydan önce hukuk seçimi yapılabilmesi için; tarafların ticari bir faaliyet içindeyken akdettikleri bir sözleşme ile uygulanacak hukuku belirlemiş olmaları gerekmektedir. Dikkat edilmesi gereken nokta, her iki tarafında tacir olması, ticari bir faaliyet içinde bulunmaları ve sözleşmenin serbestçe müzakere edilmiş olması şartlarının birlikte bulunması gerekliliğidir. Burada, genel işlem şartlarının dışlandığı rahatlıkla görülebilir. Hukuk seçimine imkân tanınan bir diğer hal, zarara sebebiyet veren olaydan sonra tarafların bir araya gelerek özgür iradeleriyle uygulanacak hukuku seçmeleri olarak düzenlenmiştir¹²⁴.

Tarafların hukuk seçimi yapmış olmaları halinde Tüzüğün tanımış olduğu bağlama kuralları bertaraf edilmiş olmaktadır¹²⁵. Ancak söz konusu Tüzüğün 16.maddesi ile davanın görüldüğü ülke mahkemesinin üstün emredici hükümlerine (doğrudan uygulanan kurallar) yer verilmiştir. Toplumun genel çıkarlarını ve kamu düzenini sağlayan doğrudan uygulanan kurallar¹²⁶, kişilerin aksine düzenleme yapamayacağı ve bertaraf edilemez hukuk kurallarıdır. Bu sebeple, doğrudan uygulanan kurallara aykırılık teşkil eden hukukî işlem ya da davranışlar, davanın görüldüğü ülke mahkemesinin hukuk düzeni tarafından kabul edilmezler. Haksız fiil alanında da daha sıkı irtibatlı olunan ülke hukukunun doğrudan uygulanan kuralları, hukuk seçimiyle bertaraf edilemeyecektir. Anılan hüküm ile taraflarca yapılan hukuk seçiminin, haksız fiilin meydana geldiği devlet mahkemesinin hukukundan (lexfori) kurtulmak için bir kaçış klozu olarak kullanılması engellenmek istenmiştir. Belirtmek gerekir ki mahkemenin emredici hukuk kuralları, ayrıca uygulanması gereken bir bağlama noktası değil; Tüzük kapsamına giren ihtilaflarda uygulanacak bağlama kurallarını denetleyen bir mekanizmadır¹²⁷. O halde madde 16'nın, hem 4. maddenin hem de 14. maddenin uygulanması esnasında dikkate alınacağı gözden kaçmamalıdır. Anlaşıldığı üzere kanunlar ihtilaflarının en temel prensibi olan kamu düzeni açısından nihai tatmin, ancak m. 16'nın varlığıyla sağlanabilmiştir.

Taraflarca seçilmiş bir hukuk bulunamamış ise, genel bağlama kuralı uygulan-

¹²³ Tüzüğün önsözünde yer alan 31. Maddeye göre, zayıf olanı koruma düşüncesi yer almaktadır.

¹²⁴ ÇELİKEL/ERDEM, s.405; TARMAN, s.202; TEKİNALP, s.457

¹²⁵ TARMAN, s.203

¹²⁶ Eski düzenlemelerde Emniyet-Asayiş ve Yürütme kuralları olarak da geçmektedir; ayrıntılı bilgi için bkz. KOCASAKAL, s.1

¹²⁷ TARMAN, s.201

madan önce istisnai hükümlerin uygulanmasını gerektirecek bir özelliğin var olup olmadığı araştırılacaktır. Roma II. Tüzüğü'nün 4.maddenin 2. fıkrası, zararın meydana geldiği anda tarafların ortak mutad mesken hukuku bulunması halinde, esas kural yerine istisnai olarak ortak mutad mesken hukukunun uygulanacağını düzenlemektedir. Burada, haksız fiilin hareket yeri ile zarar yerinin farklı olması ve başkaca yakın ilişki kuran bir irtibat noktasına rastlanılamaması durumunda en yakın ilişkiyi oluşturan bağlama noktasına yani ortak mutad mesken hukukuna başvurulmaktadır. Tüzüğün 23.maddesinde, mutad mesken kavramından ne anlaşılması gerektiği sayılmış; tüzel kişiler için esas idare merkezi, gerçek kişiler için ise işlerin yürütüldüğü esas iş yeri mutad mesken olarak tanımlanmıştır. Ayrıca tüzel kişiliğe bağlı bir acente yahut şubenin işlemlerinden kaynaklanan haksız fiillerde mutad mesken hukuku, işlemi yapan acente ya da şubenin bulunduğu yer hukuku olarak belirtilmiştir (m.23/1-b.2).

Bir genel kural ve bir istisna kuralının yanında bir de kaçış klozu getiren 4.madde hükmü, uygulanacak hukuk anlamında farklı bir yapı oluşturmuştur. Bu kural uyarınca; halin bütün şartlarına göre daha sıkı ilişkili bir hukuk tespit edilirse, 4.maddenin 1 ve 2. fıkra hükümleri yerine¹²⁸ haksız fiil sorumluluğuna uygulanacak hukuk olarak daha sıkı ilişkili yer esas alınacaktır (m.4/3). Daha sıkı bağlantının tespitine ilişkin önceki bölümde ilgili başlık altında yapmış olduğumuz açıklamalar burada da geçerlidir. Ancak belirtmek gerekir ki taraflar arasında haksız fiil ile bağlantılı olarak sözleşmeye dayanan bir ilişki var ise, sözleşmeye uygulanacak hukuk, aynı zamanda daha sıkı bağlantılı hukuk olarak tatbik edilecektir. Esasen bu genel istisna, olayın ağırlık merkezini yansıtan hukuku uygulayabilmesi için mahkemeye esneklik sağlayarak katı kuralı uyarılama hususunda yetki vermektedir.¹²⁹ Yine de bu kurala ilişkin kesin çizgilerle konuşmak bir hayli zordur, çünkü hâkimin geniş takdir yetkisi varlığını korumaya devam etmektedir.

Netice itibarıyla yabancılık unsuru içeren bir haksız fiil uyuşmazlığı hâkimin önüne geldiğinde, Tüzüğün uygulama alanı dâhilinde bir uyuşmazlık söz konusu ise ilk olarak geçerli bir hukuk seçimi (m.14) olup olmadığı tespit edilecektir. İkinci olarak, uyuşmazlık konusunun özel akit dışı borç ilişkileri (m.5-m.9) alanında olup olmadığına bakılacaktır. Eğer ki hukuk seçimi yok ise ve özel tip borç ilişkisi de bulunamamışsa, tarafların ortak mutad meskeni (m.4/2) araştırılacak ve bulunması halinde ortak mutad mesken hukuku uygulanacaktır. Ortak mutad meskenin de bulunmaması halinde genel bağlama kuralı olan zarar yeri hukuku (m.4/1) tatbik edilecektir. Ancak her halde daha sıkı irtibatlı bir hukuk bulunuyor ise, uygulanacak hukuk en sıkı ilişkili hukuk (m.4/3) olacaktır. Tüm bu kurallar uygulanırken ise dikkat edilecek çerçeve kural, haksız fiilin meydana geldiği yer hukukunun müdahaleci kuralları (m.16) olacaktır.

¹²⁸ Roma II Tüzük önsözü, m.18

¹²⁹ KÖSEYENER, s.163

B. Türk Milletlerarası Özel Hukuku

Türk hukuku, yabancılık unsuru içeren haksız fiillerde mukayeseli hukuktaki güncel gelişmeleri takip etmiş olsa da kökleşmiş ika yeri fikrinden vazgeçebilmiş değildir. 1330 tarihli Muvakkat Kanun'da¹³⁰ yer alan ika yeri kuralı, mülga olan 2675 sayılı MÖHUK ve yürürlükteki kanun olan 5718 sayılı MÖHUK' ta yer almaya devam etmektedir. Ancak Anglo-Amerikan hukuk sistemi *Babcock Davası* ile 1960'lı yıllardan bu yana, Kara Avrupası sistemi ise en güncel mevzuatları olan Roma II Tüzüğü ile ika yeri prensibini geride bırakmıştır. Bu gelişmelere paralel olarak Türk Hukuk sistemi, ika yeri kriterinden külliye vazgeçmemiş, ancak yumuşatıcı unsurlar ile harmanlayarak daha adil çözümler sunan bir bağlama hükmü oluşturmuştur.

1982 yılında 2675 s. Kanun'un yürürlüğe girmesinden kısa bir süre sonra, Türkiye, milletlerarası alanda bazı sözleşmelere taraf olmuş ve öncelikli uygulanan sözleşme hükümleri¹³¹ nedeniyle bazı Kanun hükümleri ikincil duruma düşmüştür¹³². Türkiye ile Avrupa Birliği arasında gelişen üyelik sürecinde mevzuat uyumlaştırmasının zorunlu kılınması ise, yeni bir milletlerarası özel hukuk düzenlemesine duyulan ihtiyaç fikrini pekiştirmiştir. Bu kapsamda kabul edilen 5718 sayılı MÖHUK ile sözleşmelere getirilen bağlama kurallarının yanında, haksız fiillere de yeni bağlama kuralları getirilmiştir. 2007 tarihli yeni kanunda; genel olarak haksız fiillere ilişkin bir bağlama kuralının yanı sıra; eski kanundan farklı olarak, kişilik haklarının ihlalinde sorumluluk, imalatçının sözleşme dışı sorumluluğu, haksız rekabet ve rekabetin engellenmesi gibi bazı özel haksız fiil türleriyle ilgili ayrı bağlama kuralları getirilmiştir.

2007 tarihli ve 5718 sayılı MÖHUK, mülga Kanun olan 1982 tarih ve 2675 sayılı MÖHUK'tan farklı olarak haksız fiil alanında iki yeni kriter getirmiştir¹³³. Genel prensip olarak, haksız fiillerden doğan borçların fiilin işlendiği ülke hukukuna tabi olacağı kabul edilmiştir (m.34/1). Bu yönüyle Türk Hukuku, AB'de hukukların uyumlaştırılması amacını taşıyan Roma II Tüzüğünden ayrılmaktadır. Zarar yeri kriterini genel olarak kabul eden Tüzük hükmüne karşılık MÖHUK, ika yeri kriterini benimsemiş ancak ika yeri ile zarar yerinin farklı olması halinde zarar yeri hukukunun birincil derecede uygulama alanı bulacağına yer vererek (m.34/2) bir anlamda Tüzük hükümlerine yaklaşmıştır.

¹³⁰ 23.02.1330 Tarihli "Memaliki Osmaniye'de Bulunan Ecnebilerin Hukuk ve Zeaifi Hakkında Kanun"a mehz teşkil eden 1804 tarihli Fransız Medeni Kanunu'nun 3/1. maddesi; "Emniyet ve asayişe tabi kanunlar, ülkede bulunan herkes hakkında geçerlidir" şeklinde düzenlenmiştir. Kanunun 3/2.maddesi ise mülkilik prensibi kabul açıkça kabul etmiştir. Buna paralel olarak 1330 tarihli muvakkat kanun hükümleri şöyle düzenlenmiştir; "Emniyet ve asayişe memlekete taalluk eden kaffeikavanin ve nizamatı Devleti Aliye, MemalikiOsmaniyede bulunan bilcümle ecanip hakkında dahi meridir". Ayrıntılı bilgi için bkz. GÖĞER, s.454 ve 470, ELÇİN, s.335

¹³¹ Bkz. T.C. Anayasası m.90

¹³² GÜVEN, s.444

¹³³ ÇELİKEL/ERDEM, s.398; TEKİNALP, s.438

Türk hukukunda ika yeri prensibinin kabul edilmesinin en kuvvetli dayanağı, bozulan kamu düzeni ve asayişin ancak ika yeri hukukunun uygulanması ile sağlanmış olacağı ve haksız fiil ile en yakın ilişkiyi kuran hukukun yine ika yeri hukuku olacağı fikridir¹³⁴.

Kanunun 34.maddesinin 3.fıkrasında; “haksız fiilden doğan borç ilişkilerinin başka bir ülke ile daha sıkı ilişkili olması halinde bu ülke hukuku uygulanır” denilmekle birlikte Amerikan hukuku menşeli ve Roma II Tüzüğünde yer alan kaçış klozu, çağın şartlarına uygun olarak kabul edilmiştir. Önceki kanunda da yer alan bu kural, ihtiyarilikten arındırılarak 5718 sayılı MÖHUK ile zorunlu hale getirilmiştir. Yani artık daha sıkı bağlantılı bir hukuk tespit edildiğinde, bağlama kuralı olarak o hukukun uygulamasına yer verilecektir.

MÖHUK’ un uygulamasında yer verilen son iki fıkra hükmü, yukarıda da bahsettiğimiz üzere daha önce uygulaması olmayan düzenlemelerdir. Düzenlemelerden biri, eğer şartları oluştuysa mağdurun, failin sigortacısına doğrudan başvuru hakkıdır¹³⁵. Madde metnine göre; “haksız fiile veya sigorta sözleşmesine uygulanan hukuk imkân veriyorsa, zarar gören, talebini doğrudan doğruya sorumlunun sigortacısına karşı ileri sürebilir.” (m.34/4). Maddeden de anlaşıldığı gibi zarar görenin sigortacısına başvurabilmesi için söz konusu imkânın, haksız fiile uygulanacak hukuk veya sigorta sözleşmesine uygulanacak hukuk tarafından tanınması gerekmektedir. Eğer ki başvuru imkânı haksız fiile uygulanan hukukça tanınmışsa haksız fiil statüsü, sigorta sözleşmesine uygulanacak hukukça tanınmışsa sigorta statüsü uygulanacaktır¹³⁶.

Yeni getirilen hükümlerden bir diğeri, taraf iradesine üstünlük tanıyan hukuk seçme imkânıdır. Hüküm gereği taraflar, haksız fiil meydana geldikten sonra uygulanacak hukuku açık olarak seçebilmektedirler (m.34/5). İlgili düzenlemeyle kanunlar ihtilafı alanında haksız fiillere ilişkin uyuşmazlıklarda zımni hukuk seçimi reddedilmiş, yalnızca açıkça yapılan hukuk seçimi kabul görmüştür. Bu hüküm ile Türk Hukuku, borçlar hukuku sözleşmelerindeki durumdan ve yine zımni hukuk seçimine imkân tanıyan Roma II Tüzüğünden ayrılmaktadır. Bununla birlikte, iki yasal düzenleme arasındaki bir diğer fark, Türk hukukunda haksız fiil meydana gelmeden önce tarafların yaptıkları hukuk seçimine hiçbir şekilde olanak sağlanmıyor olmasıdır. Hukuk seçiminin böylesine kısıtlı tutulması, uygulanabilirlikten uzak olmanın yanı sıra mukayeseli hukuktaki gelişime duyarsız kalmamak adına düzenlenmiş göstermelik bir hüküm algısı uyandırmaktadır.

34. madde ile belirtilen söz konusu kuralların dışında -Roma II Tüzüğünde de bahsettiğimize benzer şekilde-korunması gereken menfaatlerin farklılık gösterdiği

¹³⁴ ÇELİKEL/ERDEM, s.398

¹³⁵ TEKİNALP, s.438; ÇELİKEL/ERDEM, s.402; NOMER, s.351

¹³⁶ NOMER, s.251; ÇELİKEL/ERDEM, s.402

özel bazı akit dışı borçlar vardır ki burada haksız fiilin en sıkı irtibatlı olduğu hukuk, ne fiilin işlendiği yer ne de zararın meydana geldiği yerdir¹³⁷. Bilindiği üzere, ika yeri hukukunun uygulanmasının hizmet ettiği temel amaç, bozulan kamu düzeninin yeniden sağlanmasıdır; ancak imal edilen şeyden sorumluluk yahut basın, internet gibi vasıtalarla işlenen haksız fiillerde zararın tazmin edilebilirliği de göz önüne alınarak hüküm kurulması en doğrusu olacaktır¹³⁸. Bu nedenle hükmün tenfizinin güç olduğu eski dönemlerde, genel olarak failin malvarlığının bulunduğu ülkede dava görülmüş ve hâkimin hukukunun uygulanması söz konusu olmuştur. Ancak bu sorunlar uluslararası anlaşmalarla aşılmış ve günümüzde hükmün tenfizine ilişkin çıkabilecek problemler önemli ölçüde azaltılmıştır¹³⁹. O halde, özel haksız fiil bağlama kurallarına ne derece ihtiyaç duyulduğu sorusu akla gelecektir. Yukarıdaki açıklamalarımızdan sonra bu soruya cevap olarak, ika yeri ya da zarar yeri kuralının tüm haksız fiil türlerine doğrudan uygulanması halinde, tesadüfi mahiyette sonuçlar ortaya çıkacağı görüşünün ağırlık kazandığı söylenebilecektir. Özellikle malın hareketli olmasını göz önünde tutan görüş, imalatçının sorumluluğu bakımından aynı kuralın kabul edilmesi durumunda tesadüfi ülke hukuklarıyla karşılaşılabileceğini belirtmiştir¹⁴⁰.

Roma II Tüzüğü ile paralel bir düzenlemeye daha yer veren Türk hukukunda, doğrudan uygulanan kurallar metodu, 5718 sayılı MÖHUK'un yürürlüğe girmesiyle pozitif düzenlemeye kavuşmuştur. İç maddi hukuka ilişkin düzenleme, "Genel Hükümler" başlığı altında 6.maddede yer almaktadır. Madde hükmü ile; *"Yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda, düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren hallerde o ku-*

¹³⁷ **GELGEL, Günseli Özteklin.** "Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Birliği Düzenlemesi", Beta, İstanbul, 2006, s.118

¹³⁸ **GÖÇER,** s.484

¹³⁹ MÖHUK kanunlar ihtilafı kuralları, milletlerarası usul hukuku ve yabancı mahkeme kararlarının tanınmasını ve tenfizini düzenler. Türkiye, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde karşılıklılık hakkında, İtalya, Romanya, Türkiye Cumhuriyeti Tunus, Kuzey Kıbrıs, Polonya, Avusturya, Irak, Azerbaycan, Çin, Gürcistan, Arnavutluk, Kazakistan, Makedonya, Mısır, Moldova, Hırvatistan, Kuveyt, Tacikistan ülkeleriyle adli yardım sözleşmeleri olmak üzere iki taraflı anlaşmalar imzalamış ve onaylamıştır. Yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin ana mevzuat MÖHUK olmakla birlikte, Türkiye, 144 ülkede uygulanan 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne (New York Sözleşmesi) de taraftır. Ayrıca Türkiye, şu sözleşmelere de taraftır:

¹⁹⁷⁵ tarihli Evlilik bağına İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi Hakkında Sözleşme,

¹⁹⁵⁸ tarihli Çocuklara Karşı Nafaka Yükümlülüğü Konusundaki Kararların Tanınması ve Tenfizine İlişkin Sözleşme,

¹⁹⁷³ tarihli Nafaka Yükümlülüğü Konusundaki Kararların Tanınması ve Tenfizi Hakkında Sözleşme,

¹⁹⁸⁰ tarihli Çocukların Velayetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi İle Çocukların Velayetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi.

Ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.uhdigim.adalet.gov.tr/sozlesmeler/ikili.html>

¹⁴⁰ **TARMAN, Zeynep Derya.** "Devletler Özel Hukuku Bakımından İmalatçının Sorumluluğu", TBBD S. 73, Kasım-Aralık 2007, s.36; GELGEL, s.120

ral uygulanır” denilerek¹⁴¹ akit dışı borç ilişkilerine uygulanacak hukuk bakımından Roma II Tüzüğü’nün 16. Maddesine benzer bir yaklaşım sergilenmiştir.

III. DEĞERLENDİRME ve SONUÇ

Kanunlar ihtilafının konusu olan haksız fiil sorumluluğuna uygulanacak hukuk tespit edilirken en azından menfaatler dengesi gözetilmek zorundadır. Haksız fiilin taraflarından birini daha ayrıcalıklı konuma getirmek yargıya ve adalet duygusuna olan güveni de zedeleyecektir. Bu nedenle, zarar görene üstünlük sağlama imkânı tanıyan *lexfori* kuralının mutlak şekilde uygulanmasının kabul edilmesi düşünülemez. Somut olayın özellikleri göz önünde bulundurularak istisnai durumlar tespit edilmeli ve hal ve koşullara uygun bağlama noktaları takdir edilerek hakkaniyet doğrultusunda uygulanmalıdır. Ancak her defasında makul bağlama noktasını tespit etme görevini davanın görüldüğü mahkemeye yüklemek, hâkimi büyük bir yük altında bırakabileceği gibi bu denli geniş takdir yetkisi ile uygulanacak hukukun sağlıklı ve adil olması da beklenemez. Kaldı ki yukarıda bahsetmiş olduğumuz hukuki kesinlik ve öngörülebilirlik değerlerinin de karşılanamayacağı ve kişilerin yargıya olan güvenlerinin sarsılacağını söylemek de yanlış olmayacak; bu tür yargılamalar mahkemeleri zan altında bırakabilecektir. Bu nedenlerle *lexfori*’nin dışında, belirli ölçütlere göre uygulanması kesin ve genel bir bağlama kuralına ihtiyaç vardır. Ancak haksız fiilden doğan akit dışı borç ilişkisine uygulanacak olan bu kural, egemen ülke yargısının saygınlığı ve kamu düzeni açısından forum ülkesinin hukuk kurallarının emredici etkisini bertaraf edemeyecek ve *lexfori*’nin gözetiminde uygulanabilecektir.

Haksız fiile uygulanacak genel kuralın tespiti için ortaya atılan teorilerin her biri hukuk mantığına yatkın ve taraftar bulmuş görüşlerdir. Yine de uygulamada çıkan sorunlar nedeniyle pek çoğu tatmin edici olamamış ve istikrar kazanamamıştır. Objektif yargılamanın sağlanması, bozulan kamu düzeninin telafi edilmesi, zarar görenin zararının tazmini gibi amaçlara hizmet edecek bir genel bağlama kuralı oluşturulmaya çalışılmış ve kanunlar ihtilafı sahasında haksız fiil sorumluluğuna uygulanacak hukuk bahsinin ortaya çıkışından günümüzde kadar en uzun soluklu uygulama alanı bulan kural “ika yeri prensibi” olmuştur. Bu düşüncenin temeli, haksız fiilin meydana geldiği yer ülkesinde bozulan kamu düzeninin, bir başka devlet hukukuyla telafi edilebilmesinin pek mümkün gözükmemesine dayandırılmaktadır¹⁴². Ancak günün değişen şartlarında ika yeri kuralı da yetersiz kalmış, ika yeri ile zararın meydana geldiği yerin farklı ülkelerde bulunması durumunda haksız fiilin hangi ülke hukukuna göre tazmin edileceği sorunu doğmuştur. Aslında mesele, fiilin işlendiği yerde mi yoksa fiilin sonuçlarının ortaya çıktığı yerde mi haksız fiilin tamamlanmış olacağına

¹⁴¹ GÜVEN, s.448, ELÇİN, s.335

¹⁴² DICEY/MORRIS, II, s.1483

ilişkindir. Bu noktada yeni bir genel bağlama noktası kabul edilmiş ve zarar yerinin, haksız fiilin unsurları açısından tamamlandığı yer olduğu ve en isabetli uygulamanın da zararın ortaya çıktığı yer hukukuna göre gerçekleştirilmesi ile mümkün olabileceği görüşü desteklenmiştir. Yaygın kanaate göre, zararın meydana geldiği ülkede bozulan düzeni yeniden sağlama amacının yanında, fiilin sonuçlarına ilişkin taraflara eşit şekilde öngörü sunulabilmektedir. Kanımızca da objektif bağlama kuralı olarak zarar yeri kriterinin uygulanması isabetli olacaktır. Zarar meydana gelmeden fiilin haksız neticelerinin ve pek tabi sorumluluğun oluşması söz konusu olmayacaktır. Sorumluluğun ortaya çıkması için ilk hareket olan fiilin yapıldığı yere (ika yeri) göre, sorumluluğun esaslı unsurunu ve varlık nedenini teşkil eden zararın meydana geldiği yer hukuku zaten daha sıkı bağlantılı hukuk olarak da uygulama alanı bulacaktır. Hal böyle iken zarar yeri hukukunun, uygulamanın pratikliği açısından ve önemine binaen genel bağlama kuralı olarak düzenlenmesi kanaatimizce daha uygun görülmektedir.

Günümüzde yaygın uygulama alanı olan zarar yeri hukuku, Batı hukuk sistemlerinin üzerinde bütünleştirici bir yapı olan Avrupa Birliği Hukuku'nda da haksız fiil bahsine ilişkin genel bağlama kuralı olarak yerini almıştır. AB Hukuku sistematigi değerlendirilecek olursa, üye ülkelerin milletlerarası özel hukuk alanında ortak kurallara tabi olması amacıyla düzenlenen regülasyonların, taraf menfaatleri dikkate alınarak oluşturulmasından bahisle en adil sonuca götüren kuralları ihtiva ettiği söylenebilecektir. Doğrudan etkili bu kurallar, uzun çalışmaların ve uygulamaların sonucu olarak ideal formda ortaya çıkmaktadır. Bu anlamda haksız fiile uygulanacak bağlama kuralının tayininde tek bir kuralın mutlak şekilde uygulanması –uygulamadaki sakıncalar da göz önünde bulundurulduğunda- hukuken doğru bulunmamış ve Roma II Tüzüğü ile çağın ruhuna uygun bir formülasyon oluşturulmuştur. Bu itibarla, zarar meydana gelmeden fiilin bir anlam ifade etmeyeceği ve sorumluluğun karakteristiğini oluşturan “haksızlığın” netice itibarıyla mevcudiyet kazanacağı anlayışının temel prensip alındığı zarar (sonuç) yeri kuralı kabul edilmiştir. Bununla birlikte adil ve hakkaniyete uygun sonuçların elde edilebilmesi için, zararın meydana geldiği anda tarafların ortak mutad meskeni varsa o yer hukuku istisnai mahiyette fakat öncelikli olarak uygulama alanı bulmaktadır. Söz konusu kural ile arzu edilen, “ortak mutad mesken” hukukuna istisnai özellik arz etmekten ziyade öncelik tanımadır. Nihai olarak, istisnanın istisnası olarak da adlandırılan fakat aslında bir kaçış klozu (escapeclause) olan “daha sıkı bağlantılı hukuk” kuralının bağlama kaideleri arasına dâhil edilmesi ise zarar yeri hukukunun hiçbir durumda yalnız olmadığını göstermektedir. Ancak eğer ki taraflar arasında Tüzükte belirtildiği şekliyle bir hukuk seçimi yapılmışsa, iradenin üstünlüğü galip gelmekte ve söz konusu kuralların önüne geçerek uygulanmaktadır. Tüm bu kuralların yanında lexfori' ye ait doğrudan uygulanan kurallar, genel kamu düzeninin bekçisi görevini üstlenerek daimi denetim yapmaktadır. Bu bağlamda görüldüğü üzere ika yeri kuralı terk edilmiş, failin veya

mağdurun yerleşim yerine itibar edilmemiş, ortak şahsi statü hukuku ve tarafların tabiiyeti meselesi ise tamamen dışarıda bırakılmıştır. Yazının başında da belirttiğimiz gibi yalnızca makul kaideler ile bir bağlama kuralı oluşturulmaya çalışılmış ve muhtemel sakıncaların önüne geçme başarısına ulaşılmıştır.

Sorumluluk bahsine Türk Hukuku açısından yaklaşıldığında, genel bağlama kuralı olarak ika yeri kuralı uygulamasının sürdürüldüğü görülecektir. Esasen en ideal kuralın oluşturulabilmesi için cevaplanması gereken soru, Türk Hukuku bağlamında haksız fiil sorumluluğunun amacının ne olduğuna ilişkin olmalıdır. İka yerinin mi yoksa zarar yerinin mi öncelikli bağlama kuralı olarak tercih edileceği noktasında haksız fiil sorumluluğunun uygulama amacına bakılmalıdır. Amaç; zarar görenin zararını tazmin etmek midir, zarar verenin cezasını önceden öngörebilmesi midir, ila-
mın sonuçlarını derhal uygulayıp tazmini sağlayabilmek midir yoksa bozulan kamu düzenini telafi etmek midir? Tüm bu sorulara tek bir bağlama kuralıyla cevap vermek elbette imkânsız olacağından birtakım istisnalara lüzum görülmüştür. Türk Hukuku perspektifinden bakıldığında söz konusu sorunun cevabı, kanaatimizce, zararın tazmini ilkesidir. Türk Borçlar Kanunu sistematğinde haksız fiil bahsi ve unsurları irdelendiğinde, sorumluluğun zararı tazmin etme amacıyla gündeme getirildiği anlaşılmaktadır. Zararın en kısa sürede tazmin edilebilmesi için kusursuz sorumluluk halleri geliştirilmiş ve tazminat türleri kabul edilmiştir. Milletlerarası alanda da hem kamu düzeninin uğradığı zararın, hem de mağdurun zararının hukuk ve hakkaniyete uygun olarak tazmin edilmesini sağlayabilecek bir bağlama kuralına ihtiyaç duyulmaktadır. O halde genel bağlama kuralı olarak ika yeri hukukunun kabulü yerine, asıl amaca hizmet edecek zarar yeri hukuku kuralının haksız fiilden doğan borç ilişkilerine tatbik edilmesi, Avrupa Birliği hukuku ve iç hukuk sistemi ile daha tutarlı gözükmektedir. Bazı yazarlarca, her ne kadar Türk Hukukunda birincil bağlama kuralı olarak ika yeri hukuku düzenlenmiş olsa da, aslında “zarar yeri ile ika yerinin farklı olması halinde zarar yeri hukukunun uygulamasına öncelik verildiği” ifade edilmiştir. Ancak 5718 sayılı MÖHUK’ un ika yerini genel prensip olarak benimsediği ortadadır. Söz konusu kural ile Roma II Tüzüğü uygulamasına yaklaşıldığı söylenebilecektir; ancak Kanunun ruhu, zarar yeri prensibini istisnai mahiyette ilan ederken ika yerine genel kural tacını giydirmiştir. Bu nedenle zarar yeri kuralının ayrıca ve genel olarak düzenlenerek hak ettiği değeri bulması ve böylece diğer hukuk sistemleriyle de uyumlaştırmanın sağlanması gerektiği fikri tarafımızda bakidir.

BİBLİYOGRAFYA

- Aysel ÇELİKEL/Bahadır ERDEM, “Milletlerarası Özel Hukuk”, 11. Baskı, İstanbul 2012.
- Ayşe KÖSEYENER, “Akit Dışı Sorumluluğa Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma-II Tüzüğü Tasarısında “Ürünlerden Doğan Sorumluluk”, Ankara Barosu Dergisi, 2004-1.
- B. Bahadır ERDEM, “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’da Düzenlenen Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Olan Hukuk”, Koç Üniversitesi, Avrupa’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.
- DICEY/MORRIS, “The Conflict of Laws”, 12. Baskı, Sayı: I-II, Londra 1993.
- Doğa ELÇİN, Ata Sakmar’a Armağan: “Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk Hukukunda Sözleşmeyle İrtibatlı Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 2011/1, İstanbul 2012.
- Erdoğan GÖĞER, “Haksız Fiilden Doğan Borçların Tabî Olduğu Kanun”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1965 - 1966, Cilt 22-23, Sayı 1-4.
- Ergin NOMER, “Devletler Hususi Hukuku”, 19. Baskı, İstanbul 2011.
- Fikret EREN, “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, 18. Baskı, Ankara 2015
- Gülün GÜNEYSU, “İngiliz Hukukunda Haksız Fiilden Doğan Kanunlar İhtilafı”, AÜ-HFD, 1991-1992, Cilt 42, Sayı 1-4, s. 181-200.
- Gülören TEKİNALP, “Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları”, 10. Baskı, İstanbul 2009.
- Günseli ÖZTEKİN GELGEL, “Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Birliği Düzenlemesi”, İstanbul 2006.
- Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL, “Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri”, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul 2001.
- J.A. Clarence SMITH, “Conflict of Laws-Torts”, Ottawa Law Review, C. 4:176, 1970, ss.176-183; https://commonlaw.uottawa.ca/ottawa-lawreview/sites/commonlaw.uottawa.ca.ottawa-law-review/files/10_4ottawalrev1761970-1971.pdf
- Kemal OĞUZMAN/ Nami BARLAS, “Borçlar Hukuku- Genel Hükümler”, 8. Baskı, İstanbul 2010.
- Leo RAAPE, “Internationales Privatrecht”, 5. Baskı, Berlin/Frankfurt a. M. 1961,
- Mustafa ERKAN, “MÖHUK MADDE 31 BAĞLAMINDA TÜRK HUKUKUNDA DOĞRUDAN UYGULANAN KURALLARA BAKIŞ”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XV, Sayı: 2, 2011.
- İşıl ÖZKAN, “Devletler Özel Hukukunda İkametgâh, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi”, Ankara 2004.
- P. M. NORTH & P. R. H WEBB, 1970, “Foreign Torts and English Courts” International and Comparative Law Quarterly, 19, s.24-35.

Pelin GÜVEN, Ata Sakmar'a Armağan: "Rekabetin Engellenmesi Halinde Uygulanacak Olan Hukukun Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Değerlendirilmesi", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 2011/1, İstanbul 2012.

Peter HANDFORD, "Edward John Eyre and the Conflict of Laws" (PDF). Melbourne University Law Review, 2008, 822 – 886.

R.H. GRAVESON, "Towards a Modern Applicable Law in Tort", 1969, 85, L.Q.R. 505.

Safa REİSOĞLU, "Türk Borçlar Hukuku-Genel Hükümler", 23. Baskı, İstanbul 2012.

Sandra TERZIAN, "The Aftermath of Babcock", California Law Review, C. 54, Sayı: 3 Makale 5, 1966 <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol54/iss3/5>

Süheyla BALKAR BOZKURT, Ata Sakmar'a Armağan: "Uluslararası Sözleşmelere Uygulanacak Kuralları Belirlemede Kullanılan Yöntemlere Eleştirel Bakış", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 2011/1, İstanbul 2012.

Turgut TURHAN, "Kitap İncelemesi: Th M. De BOER, 'Beyond Lex Loci Delicti: Conflicts Methodology and Multistate Torts in American Case Law', Kluwer, Deventer 1987, s. XV+578", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 41 Sayı 1-4, Ankara 1990.

Turgut TURHAN, "Literatürden Hareketle Haksız Fiilden Doğan Kanunlar İhtilâfı Alanına İlişkin Bazı Genel Gözlemler", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 41, Sayı 1-4, Ankara 1989-90.

Zeynep Derya TARMAN, "Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Topluluğu Tüzüğü (ROMA II)", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 57, Sayı 2, Ankara 2008.

Zeynep Derya TARMAN, "Devletler Özel Hukuku Bakımından İmalatçının Sorumluluğu", TBBD Sayı 73, Ankara 2007.

http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/kilberg_northeast.htm

<http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol56/iss6/8>

EŞİN TASARRUF YETKİSİNİN KISITLANMASI

(Restriction of The Power of Disposition of The Spouse)

Doç. Dr. Süleyman YILMAZ*
Ar. Gör. Necati Şükrü BAYRAMOĞLU**

ÖZET

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu eşin yapacağı bazı işlemler bakımından eşlerden herhangi birisinin talebi üzerine bu işlemler bakımından diğer eşin iznine tabi tutmayı tercih etmiştir. Bu anlayışın bir ürünü olarak MK m. 199’da eşin belirli malvarlığı değerleri üzerindeki tasarruf yetkisinin kısıtlanması düzenlenmiştir. Çalışmamızda eşler arasında hukuki işlemler konusunda genel düzenlemeyi değerlendirdikten sonra MK m. 199’da düzenlenen kısıtlamanın hukuki niteliği, konusu incelenmiştir. Daha sonra kısıtlamanın koşullarından ailenin ekonomik varlığının tehlikede olması ve evlilik birliğinden doğan mali yükümlülüklerin yerine getirilmemesi konuları ayrıntılı bir şekilde incelenmiş en son olarak kısıtlamanın sonuçları ele alınmış bu kapsamda eşin göstereceği rıza, bu rızanın güvencesi olarak alınacak tedbirler incelenmiştir.

Anahtar kelimeler: Evlilik birliği, eşin rızası, tasarruf yetkisi kısıtlaması, evlilikten doğan mali yükümlülüklerin yerine getirilmemesi, ailenin ekonomik varlığının tehlikede olması

Abstract

The Civil Law no 4721, has put some of the spouse’s legal transactions through the other spouse’s consent upon his/her request. Accordingly, the Civil Law art. 199 restrains the power of disposition of the spouse on certain assets. In our study we will assess the general regulation for legal transactions between spouses and later we will examine the restriction regulated in the art. 199 of the Civil Law, its legal character and subject. Afterwards, we will analyze the conditions of this restriction such as the family’s wealth being in jeopardy and the financial obligations arising from the conjugal union being neglected in detail. Finally we will approach the consequences of the restriction and the spouse’s consent within this scope and the injunctions as the warranty of this consent.

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

** Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Araştırma Görevlisi.

Keywords: Conjugal union, Spouse's consent, restriction of the power of disposition, the family's wealth being in jeopardy, the financial obligations arising from the conjugal union being neglected

GİRİŞ

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, eski Medeni Kanun'umuzun aksine eşlerin kişisel, mali durumlarına ilişkin olarak eşitleyici hükümler getirmiştir. Bu anlamda olmak üzere eşin yapacağı bazı işlemler bakımından sulh hâkiminin iznine tabi tutmak yerine eşlerden herhangi birisinin talebi üzerine bu işlemler bakımından diğer eşin iznine tabi tutmayı tercih etmiştir. Kuşkusuz bu tercih aile hayatının iç işleyişine olabildiğince karışmama ilkesinin gözetilmesi bakımından yerindedir.

Bu anlayışın bir ürünü olarak MK m. 199'da eşin belirli malvarlığı değerleri üzerindeki tasarruf yetkisinin kısıtlanması düzenlenmiştir. Çalışmamızda eşler arasında hukuki işlemler konusunda genel düzenlemeyi değerlendirdikten sonra MK m. 199'da düzenlenen kısıtlamanın hukuki niteliği, konusu incelenmiştir. Daha sonra kısıtlamanın koşullarından ailenin ekonomik varlığının tehlikede olması ve evlilik birliğinden doğan mali yükümlülüklerin yerine getirilmemesi konuları ayrıntılı bir şekilde incelenmiş en son olarak kısıtlamanın sonuçları ele alınmış bu kapsamda eşin göstereceği rıza, bu rızanın güvencesi olarak alınacak tedbirler incelenmiştir.

I. Eşlerin Kendi Malları Üzerindeki Tasarrufları

A. Kural: İşlem Serbestisi

Eşlerden her biri kendi malvarlığı değerleri üzerinde serbestçe tasarruf edebilir. Bu konuda hem bir serbesti hem de eşler arasında eşitlik vardır¹.

Eşlerin gerek kendi aralarında, gerekse üçüncü kişilerle yapacakları işlemler bakımından eski Medeni Kanun'da yer alan kısıtlayıcı hükümler² kaldırılmıştır. Eşlerin bu işlem serbestisi MK m. 193'de şöyle ifade edilmiştir:

'Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, eşlerden her biri diğeri ve üçüncü kişilerle her türlü hukuki işlemi yapabilir.'

¹ BARLAS Nami, Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları (Kısaltılmışı: Eşler Arası Hukuki İşlem), Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004, s. 118; ÖKTEM Seda, Aile Birliğinde Eşlerin Tasarruf Yetkisinin Kısıtlanması, TBB Dergisi S. 67 2006, s. 318; AYAN Serkan, Evlilik Birliğinin Korunması, Ankara 2004, s. 256; ŞAHİNCİ Aysen, Eşlerin Tasarruf Yetkisinin Sınırlandırılması, AÜHFD 59 (2) 2010, s. 311.

² Örn; Eski MK m. 169/1 ' Karı koca arasında her nevi hukuki tasarruf caizdir. Karının şahsi mallarına veya mal ortaklığı usulüne tabi mallara dair karı koca arasındaki hukuki tasarruflar, sulh hakimi tarafından tasdik olunmadıkça muteber olmaz.' Eski MK m. 154 'Birliği koca temsil eder. Mallarını idare hususunda karı koca hangi usulü kabul etmiş olursa olsun koca, tasarruflarından şahsen mesul olur.'

Buna göre eşler, kendi aralarında veya üçüncü kişilerle yapacakları hukuki işlemlerde, evliliğin genel hükümleri, mal rejimi hukuku ve miras hukukunun emredici hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla tamamen serbesttirler³.

MK m. 193 hükmüyle eşler (eşlerden özellikle kadın eş) yapacakları hukuki işlemler bakımından eski Medeni Kanun döneminde sahip oldukları sınırlı ehliyetli konumdan çıkıp tam ehliyetli konuma gelmişlerdir.

Eşlere yapacakları hukuki işlemler bakımından işlem serbestisi getirilmesinin temelinde, insanların sırf evlenmiş olmaları sebebiyle birtakım sınırlamalara maruz kalmamaları gerektiği düşüncesi vardır. Evliliğin genel hükümleri ve mal rejimlerinde yer alan düzenlemelerin büyük bir çoğunluğunun yedek hukuk normu olması ve dolayısıyla bu tip konularda eşlerin iradelerine geniş bir hareket alanı bırakılması da yine bu anlayışın ürünüdür⁴.

B. Eşlerin İşlem Serbestisine Getirilen Sınırlamalar

Eşlerin sahip oldukları bu işlem serbestisi sınırsız olmayıp MK m. 193'de 'Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça...' ibaresinden de anlaşılacağı üzere birtakım sınırlamalara tabidir. Bu sınırlamalar şunlardır:

- Aile konutuna ilişkin işlemlere yönelik sınırlama (MK m. 194)
- Evlilik birliğini koruyucu önlem olarak eşin belirli bir malvarlığı değeri üzerindeki tasarruf yetkisinin kısıtlanması (MK m. 199)
- Edinilmiş mallara katılma rejimi çerçevesinde eşlerin paylı mülkiyet konusu maldaki payları üzerinde tasarrufta bulunmalarına yönelik sınırlamalar (MK m. 223)
- Eşin saklı payını azaltmaya yönelik tasarruflar (MK m. 565/b. 4)

Bu çalışmamızda eşlerin işlem serbestisine getirilen sınırlamalardan evlilik birliğini koruyucu önlem olarak eşin belirli bir malvarlığı değeri üzerindeki tasarruf yetkisinin kısıtlanması durumunu inceleyeceğiz.

II. Evlilik Birliğini Koruyucu Önlem Olarak Eşin Belirli Bir Malvarlığı Değeri Üzerindeki Tasarruf Yetkisinin Sınırlandırılması

A. Genel Olarak

Evlilik, çeşitli sebeplerden dolayı bazı sıkıntılı süreçlere girebilir. Örneğin; eşlerden biri, evlilik birliğinden doğan bazı yükümlülüklerine aykırı davranabilir. Bu tip durumlarda evlilik birliğinin korunması için bir dış müdahaleye ihtiyaç duyulur.

³ ÖKTEM, s. 319.

⁴ BARLAS, Eşler Arası Hukuki İşlem, s. 119.

Bu amaçla evlilik birliğinin korunması bakımından genel bir hüküm olan MK m. 195 ihdas edilmiştir. Bu hükme göre;

‘Evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşülmesi hâlinde, eşler ayrı ayrı veya birlikte hâkimin müdahalesini isteyebilirler.

Hâkim, eşleri yükümlülükleri konusunda uyarır; onları uzlaştırmaya çalışır ve eşlerin ortak rızası ile uzman kişilerin yardımını isteyebilir.

Hâkim, gerektiği takdirde eşlerden birinin istemi üzerine kanunda öngörülen önlemleri alır.’

Bundan başka evlilik birliğinin korunmasına yönelik olarak özel bir takım tedbirler öngörülmüştür. Bu özel tedbirlerden biri olan eşlerden birinin belirli bir malvarlığı değeri üzerindeki tasarruf yetkisinin kısıtlanmasını düzenleyen MK m. 199’a göre;

‘Ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine getirilmesi gerektirdiği ölçüde, eşlerden birinin istemi üzerine hâkim, belirleyeceği malvarlığı değerleriyle ilgili tasarrufların ancak onun rızasıyla yapılabileceğine karar verebilir.

Hâkim bu durumda gerekli önlemleri alır.

Hâkim, eşlerden birinin taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisini kaldırır, resen durumun tapu kütüğüne şerh edilmesine karar verir.’

Bu hükme göre, eşlerden birisi savurgan davranışları ve ölçsüz harcamaları ile ailenin ekonomik varlığını tehlikeye sokuyor ve evlilik birliğinden doğan mali yükümlülüklerini yerine getirmiyorsa, diğer eş, mahkemeye başvurarak hakimın müdahalesini isteyebilir ve bu belirli malvarlığı değerleri ile ilgili tasarrufların kendisinin iznine bağlanmasına karar verilmesini talep edebilir⁵. Fakat eşin yeterli bir teminat göstermesi durumunda tasarruf yetkisi kısıtlanmasına ilişkin bir karar verilemez⁶. Çünkü bu hüküm esasen ailenin ekonomik varlığının tehlikeye düşebileceği veya evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine getirilmediği haller için ihdas edilmiştir⁷.

MK m. 199 hükmü evliliğin genel hükümleri arasında yer aldığından, eşler ara-

⁵ AKINTÜRK Turgut/ATEŞ KARAMAN Derya , Aile Hukuku, C. 2, 16. B., Ankara 2014, s. 124; BARLAS, Eşler Arası Hukuki İşlem, s. 133.

⁶ ÖZTAN Bilge, Aile Hukuku, 4. B., Ankara 2004, s. 226; GÜMÜŞ Mustafa Alper, Türk Medeni Kanunu’nun Getirdiği Yeni Şerhler (Kısaltılmışı: Şerhler), Ankara 2003, s. 68.

⁷ ÖZTAN, s. 226.

sındaki mal rejimi ne olursa olsun uygulama alanı bulabilecektir⁸. Buna göre, bu hüküm eşler arasında yasal mal rejimi olarak kabul edilmiş bulunan edinilmiş mallara katılma rejimi bakımından da uygulama alanı bulacaktır⁹.

MK m. 199 hükmü evlilik birliğini koruyucu hükümler arasında yer aldığından evlilik birliği devam ederken uygulanabileceği gibi eşlerin ayrı kaldığı dönemlerde, boşanma sürecinde de uygulanabilir¹⁰. Boşanma sürecinde kusurlu olan eşin diğer eşe nafaka veya tazminat vermemek için mallarını üçüncü kişilere devrettiği durumlarda hükmün uygulanması ayrıca özel bir önem taşır¹¹. Fakat boşanma gerçekleşip evlilik birliği ortadan kalkmışsa artık bu hükmün uygulanabilmesi mümkün değildir¹².

B. Hukuki Niteliği

Evlilik birliğinin korunması amacıyla eşin belirli malvarlığı değerleriyle ilgili olarak tasarruf yetkisinin kısıtlanmasının hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Hakim görüş bu sınırlamanın bir fiil ehliyeti sınırlaması değil, tasarruf yetkisi sınırlaması olduğu görüşündedir¹³. MK m.199'un lafzından hareket eden hakim görüş maddede yer alan 'tasarruflar' ibaresinden dolayı burada tasarruf yetkisi kısıtlamasının olduğunu öngörmektedirler. Bu görüşten kaynaklanan doktrindeki bir diğer tartışma da bu tasarruf işlemlerine temel teşkil eden borçlandırıcı işlemlerinde aynı sınırlamaya tabi olup olmayacakları noktasındadır. Bazı yazarlar, bu tür borçlandırıcı işlemlerin de hükmün kapsamında kalacağını belirtirken¹⁴ diğerleri yasak ve sınırlama getiren işlemlerin kapsamının yorum yoluyla genişletilemeyeceği gerekçesiyle borçlandırıcı işlemlerin bu kapsamda olmaması gerektiğini ileri sürmektedirler¹⁵.

Kanaatimce sınırlamanın hukuki niteliği konusunda burada sadece hakimın belirlediği mal varlığı değerleri üzerinde kısıtlı eşin yapacağı işlemler bakımından bir fiil ehliyeti sınırlaması vardır. Bunun sonucunda bu malvarlığı değerleri üzerinde geçerli

⁸ KILIÇOĞLU Ahmet M., Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı, s. 27; BARLAS, s. 133; GÜMÜŞ Mustafa Alper, Evliliğin Genel hükümleri ve Mal Rejimleri (Kısıtlanmış: Mal Rejimleri), İstanbul 2008, s. 188-189; ŞAHİNCİ, s. 314.

⁹ ÖKTEM, s. 322.

¹⁰ KILIÇOĞLU, s. 29; ÖZTAN, s. 226; AYAN, s. 258.

¹¹ AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 124.

¹² GÜMÜŞ, s. 67.

¹³ KILIÇOĞLU Ahmet M., Türk Medeni Kanunu'nda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı, Ankara 2002, s. 34; DURAL Mustafa/ÖÇÜZ Tufan/GÜMÜŞ Mustafa Alper; Türk Özel Hukuku C. III Aile Hukuku, 2. B., s. 186; GÜMÜŞ, Mal Rejimleri, s. 193; AKARTEPE Alpaslan, Evlilik Birliğinde Eşlerden Birisinin Bazı Malvarlığı Değerleri Üzerindeki Tasarruf Yetkisinin Sınırlandırılması, EÜHFD C. XIII S. 1-2 (2009), s. 169; AYAN, s. 266; BARLAS, s. 133; ÖKTEM, s. 326.

¹⁴ BARLAS, Eşler Arası Hukuki İşlem, s. 133 dn. 65'de anılan yazarlar.

¹⁵ BARLAS, Eşler Arası Hukuki İşlem, s. 133 dn. 66'da anılan yazarlar.

bir hukuki işlemin yapılabilmesi için diğer eşin rızası gereklidir. Eşin rızası olmadan yapılan işlemler noksanıdır. Diğer eş bu işleme onay verdiği andan itibaren geçmişe etkili olarak işlem hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır¹⁶.

Hükümün amacı da böyle bir yorumu haklı kılar. Çünkü anılan hükmün kapsamına sadece tasarruf işlemlerini alıp, borçlandırıcı işlemleri kapsam dışında bırakırsak borçlandırıcı işlemde doğan borçlar söz konusu tasarruf yetkisi eksikliğinden dolayı gerçekleşmediğinde işlemin karşı tarafında yer alan kişi borcun ifa edilmemesinden doğan zararlarını isteyebilecektir (TBK m. 112). Bu durumda mahkemece yapılacak kısıtlama kağıt üzerinde kalacak hüküm hedeflediği amaca ulaşamayacaktır.

Hükümün kapsamına sadece tasarruf işlemlerinin girmesinin gerektiğini belirtenler dahi eşin taraf olacağı zilyetlik devrine dayalı kullanma ve saklama borcu doğuran bir kısım borçlandırıcı işlemlerde¹⁷ ayrıca özellikle kefalet ve garanti sözleşmeleri bakımından eşin bu işlemleri yapabilmesini diğer eşin rızasına bağlı tutmak istemektedirler¹⁸.

C. Konusu

Hakim eşin tasarruf yetkisini kısıtlayıcı önlemleri belirli bir malvarlığı unsuruna ilişkin olarak alır; genel bir sınırlama caiz değildir¹⁹. Hakim sınırlama kararını orantılılık ilkesi ışığında vermelidir²⁰. Yani hakimın vereceği karar amaca uygun

¹⁶ Benzer yönde KILIÇOĞLU, s. 34.

¹⁷ GÜMÜŞ, Mal Rejimleri, s. 194; ÖKTEM, s. 327.

¹⁸ AKARTEPE, s. 181; BARLAS, Eşler Arası Hukuki İşlem, s. 135. 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde ileri sürülen bu görüşün 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda kefalet ve kefalet benzeri kişisel güvence verilmesine yönelik sözleşmelerde eşin rızası geçerlilik şartı olarak düzenlenmesinden sonra savunulmasına gerek kalmamıştır.

¹⁹ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 186; Yarg. 2. HD 27.04.2005 E. 2005/5719 K. 2005/6864; Yarg. 2. HD 09.05.2006 E. 19253 K. 7175: '...Türk Medeni Kanunu'nun 199. Maddesi gereğince, '...Ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine getirilmesini gerektirdiği ölçüde, eşlerden birinin istemi üzerine hakim, belirleyeceği malvarlığı değerleriyle ilgili tasarrufların ancak onun rızasıyla yapılabileceğine karar verebilir. Toplanan delillerden; davalının 10 yıl önce karısını ve çocuklarını terk ederek Alaplı ilçesinde bir başka kadınla beraber yaşadığı, kredi kartı borcu yüzünden dükkanını sattığı ve kredi kartı borçlarını faizleri nedeniyle ödeyemez hale geldiği anlaşılmaktadır. Mahkemece; davalı adına kayıtlı, bir kısım tam, bir kısmı hisseli olan 47 parça taşınmaz üzerindeki davalının tasarrufunun davacı eşin rızasına bağlı tutulmasına, bu suretle davalının bu taşınmazlardaki tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına karar vermiştir. Dava konusu taşınmazlardaki davalı kocanın paylarının değerleri tespit edilerek ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine getirilmesi gerektirdiği ölçüde sınırlama yapılması gerekirken tüm taşınmazlardaki tasarruf yetkisinin sınırlandırılması doğru görülmemiştir...' (GÜMÜŞ, Mal Rejimleri, s. 191-192 dn. 623)

²⁰ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 186; GÜMÜŞ, s. 192.

olmalı amaç ile sonuç arasında uygun bir oran bulunmalıdır²¹. Hakim, eşin belirli mal varlığı değerleri üzerindeki tasarruf yetkisini kısıtlarken bu tedbiri almasındaki amacı belirleyip, amacı gerçekleştirecek oran ve miktardaki mal varlığı değerleri üzerinde kısıtlama kararı vermemelidir. Amaç, eğer ailenin ekonomik varlığını korumaksa, sınırlama daha geniş tutulabileceken, eşin evlilik birliğinden doğan mali yükümlülüklerini yerine getirmemesi söz konusu ise daha dar kapsamlı olabilir. İkinci halde yükümlülüklerin ihlal edilmesi ölçüsünde bir sınırlama ile yetinilmelidir²².

Sınırlama konusu malvarlığı değeri; bir taşınır, taşınmaz, para, ev eşyası, kıymetli evrak, alacak hakkı, aynı haklar vs. olabilir. Ev eşyası ve doğrudan aileye hizmet eden taşınmazlar ve de doğrudan eşlerin ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik malvarlığı unsurları (spor eşyası, koleksiyon gibi) da sınırlama konusunu oluşturabilir²³.

Tasarruf kısıtlaması belirli mal varlığı değeri üzerindeki her tür tasarrufun kısıtlanması şeklinde olabileceği gibi, belli tasarruflar, örneğin ivazsız ya da sadece rakamsal olarak belirli bir miktarı geçen tasarruflar bakımından da getirilebilir²⁴.

Hakim tasarruf kısıtlamasına ilişkin kararında kısıtlamayı belli bir süreye bağlayabileceği gibi, süresiz olarak da hükmedebilir²⁵. Fakat sınırlama için belirli bir süre öngörmüşse bunu kararında açıkça göstermelidir²⁶.

D. Koşulları

1. Genel Olarak

MK m. 199'un uygulanabilmesi için iki seçimlik bir de zorunlu şart vardır. Seçimlik şartlar; 'ailenin ekonomik varlığının tehlikede olması' ve 'eşlerden birinin evlilik birliğinden doğan mali yükümlülüklerini yerine getirmemesi' dir. Maddenin uygulanabilmesi bakımından bu seçimlik şartlardan en az biri gerçekleşmelidir. Zorunlu şart ise bu seçimlik şartlardan biri gerçekleştiğinde eşlerden birisinin hakimden maddenin uygulanmasını talep etmesidir. Yani hakim bu tip bir durumda tasarruf kısıtlaması kararını resen veremeyecek, ancak tarafların talep etmesi durumunda seçimlik şartlardan birisi de gerçekleşmişse karar verebilecektir.

²¹ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 186; AYAN, s. 264.

²² AYAN, s. 264; AKARTEPE, s. 178.

²³ Aksi fıkırde ÖKTEM, s. 325.

²⁴ GÜMÜŞ, Mal Rejimleri, s. 193; AKARTEPE, s. 177.

²⁵ BARLAS, Eşler Arası Hukuki İşlem, s. 134; GÜMÜŞ, Mal Rejimleri, s. 192; AKARTEPE, s. 178; Belirli bir süreye bağlı olması gerektiği yönünde bkz. KILIÇOĞLU, s. 33.

²⁶ KILIÇOĞLU, s. 33.

2. Ailenin Ekonomik Varlığının Tehlikede Olması

Eşlerden her biri yapacağı hukuki işlemlerle ailenin ekonomik varlığını tehlikeye düşürebilir. Kanun koyucu böyle bir durumu evlilik birliğini korumak için müdahale edilmesi gereken bir durum olarak kabul edip bunu ekonomik varlığı tehlikeye düşüren eş için bir kısıtlama sebebi olarak kabul etmiştir²⁷.

Ailenin ekonomik varlığının tehlikede olduğunun kabul edilebilmesi için evlilik birliğinin ekonomik varlığına ve güvenliğine yönelik ciddi ve yakın bir tehlikenin olması gerekir²⁸. Ayrıca bu tehlike dış şartların bir zorlaması sonucu değil, bizzat eşin bilinçli davranışlarından dolayı gerçekleşmelidir²⁹. Eşin bu davranışları göstermesinde kastı veya kusuru aranmaz. Çünkü evlilik birliğini koruyucu hükümlerin asıl amacı ortaya çıkan tehlikeyi yok etmektir³⁰.

Ailenin ekonomik varlığını tehlikeye düşüren hallere örnek olarak; evdeki eşyaların eşlerden biri tarafından başka bir yere götürülmesi, eşin başka bir gelir getirici ekonomik faaliyette bulunmayı düşünmeksizin ticari işletmesini kapatması veya söz konusu işletmeyi uygun bir karşı değer elde etmeksizin devretmesi veya yok pahasına elden çıkarması, ailenin geçimi için gerekli birikimlerin harcanması, malvarlığı değerlerini inançlı olarak üçüncü bir kişiye devretmesi veya bağışlaması ve ani ve sebebi açıklanmayan malvarlığı azalmaları sayılabilir³¹. Bunların dışında; evlilik birliği devam ederken, eşlerden birinin üçüncü bir kişiyle ilişki kurması ve malvarlığının o tarafa gideceği tehlikesinin ortaya çıkması, eşin taşınmazının veya yazlık evinin satış ilanı, eşin almış olduğu ödünç parayı alacaklılarına ödemek için, teminat olarak kıymetli evrakını rehnetmesi, eşin üçüncü bir kişiye taşınmazı düşük bir bedelle satacağı hususunda söz vermesi³² gibi henüz bir zararın ortaya çıkmadığı durumları da kısıtlama sebebi sayabiliriz. Fakat yapılan bu işlemlerin ailenin ekonomik varlığı üzerindeki etkileri ve bunların ailenin ekonomik varlığı için bir tehlike oluşturup oluşturmadığı her somut olayın koşulları dikkate alınarak değerlendirilmelidir.

İsviçre Federal Mahkemesi 1. Hukuk Dairesinin yerleşik uygulamasına göre, ailenin geçim durumunun tehlikeye atılması ailenin ekonomik varlığının tehlikeye atılmış sayılması için yeterlidir³³.

²⁷ ÖKTEM, s. 322-323; AYAN, s. 258.

²⁸ KILIÇOĞLU, s. 30; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 185; GÜMÜŞ, Mal Rejimleri, s. 189; AYAN, s. 259.

²⁹ GÜMÜŞ, Mal Rejimleri, s. 189; ŞAHİNCİ, s. 316.

³⁰ AYAN, s. 260.

³¹ GÜMÜŞ, Mal Rejimleri, s. 189.

³² ÖZTAN, s. 227.

³³ AKARTEPE, s. 172.

3. Eşlerden Birisinin Evlilik Birliğinden Doğan Yükümlülüklerini Yerine Getirmemesi

Eşlerden biri evlilik birliğinin kendisine yüklediği birtakım mali yükümlülükleri yerine getirmiyor veya yaptığı hareketler yerine getirmeyeceği yönünde bir kanaat oluşturuyorsa diğer eş hakimden bu eşin belirli malvarlığı değerleri üzerindeki tasarruf yetkisinin kendi iznine bağlanmasını isteyebilir.

Evlilik birliğinden doğan mali yükümlülükler esasen iki durumda ortaya çıkar. Birisi MK m. 186/3'deki eşlerin evlilik birliğinin giderlerine katılması yükümlülüğüdür³⁴. Diğeri ise mal rejimlerinden kaynaklanan yükümlülüklerdir.

MK m. 186/3'e göre; 'Eşler birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıkları ile katılırlar.' Eşlerden birisi bu yükümlülüğü ihlal ettiği takdirde diğer eş MK m. 199'da öngörülen tedbir için mahkemeye başvurabilir. Doktrinde mahkemenin bu sebepten ötürü kısıtlama kararı verebilmesi için öncelikle MK m. 196,197 uyarınca eşlerin evlilik birliğinin giderleri için yapacakları katkı pay ve oranlarını tespit ettikten sonra bu tespit uyarınca eşin giderlere katılma yükümlülüğünü ihlal etmiş olması şart koşulmaktadır³⁵. Hükmün amacı evlilik birliğini korumaktır. Hükmün uygulanması için eşin mali yükümlülüklerini yerine getirmeyeceğine ilişkin kanaat verici hareketler dahi bu hükmü uygulamamız için yeterlidir. Dolayısıyla hükmün uygulanabilmesi için böyle bir tespitin yapılması şart değildir³⁶.

Fakat MK m. 197 gereği eşlerden ayrı yaşayan ve kendisine hakim tarafından parasal katkı sağlanmasına karar verilen eş, diğer eşin bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda MK m. 199 uyarınca hakimden tedbir alınmasını isteyebilir³⁷.

Tasarruf yetkisinin kısıtlanması, eşlerin mal rejimlerinden doğan birbirlerine karşı olan mali taleplere bağlı olan yükümlülüklerin yerine getirilmesi maksadıyla da kullanılabilir. Özellikle eşlerden birisinin edinilmiş mallara katılma rejiminde artık değere katılma alacağına³⁸ (MK m. 236), değer artış payı alacağına (MK m. 227) ve denkleştirme alacağına ilişkin taleplerin karşılanmasını tehlikeye düşürecek şekilde

³⁴ Yarg. 2. HD 11.10.2002, 10437-11908; Yarg. 3. HD 12.04.2004, 3389-3519; Yarg. 2. HD 18.07.2002, 14-35 (GENÇCAN Ömer Uğur, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu (Bilimsel Açıklama-İçtihatlar-İlgili Mevzuat), 2. C., 2. B., Ankara 2007, s. 1605.

³⁵ GÜMÜŞ, Mal Rejimleri, s. 190; GÜMÜŞ, Şerhler, s. 72; ÖKTEM, s. 323-324.

³⁶ Aynı yönde ŞAHİNCİ, s. 319; AYAN, s. 259-260; AKARTEPE, s. 173-174.

³⁷ GÜMÜŞ, Mal Rejimleri, s. 190; AKARTEPE, s. 174; ŞAHİNCİ, s. 318.

³⁸ Katılma alacağı bakımından söz konusu talebin 'beklenen hak' niteliğinde olduğundan dolayı MK m. 199'un ancak mal rejiminin sona ermesiyle yapılacak tasfiye ile somutlaştığı hallerde uygulanabileceği yönünde bkz. GÜMÜŞ, Mal Rejimleri, s. 191, Fakat yazar başka bir eserinde istisnaen mal rejiminden doğan mali taleplerin gelecekteki ifası, evlilik birliği devam ederken eşlerden birisinin gerekli malvarlığı ediniminde bulunma gücünden yoksun olması veya gücünde yetersizlik taşıması nedeniyle şüpheli görülüyorsa, alacak hakkı daha beklenen hak niteliğinde iken dahi sınırlama önlemi uygulanabilir (GÜMÜŞ, Şerhler, s. 65-66).

tasarruflarda bulunma ihtimali varsa, MK m. 199 uygulanabilecektir³⁹.

MK m. 199 hükmü ile evlilik birliğinden doğan mali yükümlülüklerin yerine getirilmesindeki ihlallerin önüne geçilmek istendiği için doğrudan evlilik birliğinden kaynaklanmayan mali yükümlülüklerin ihlali bu hüküm uygulama alanı bulmayacaktır. Örneğin; eşlerin aralarında yapmış oldukları eser, hizmet sözleşmesi gibi hukuki ilişkilerden doğan borçların ifasını teminat altına almak için MK m. 199 hükmünün uygulanması talep edilemez⁴⁰.

4. Eşlerden Birinin Hakimden Önlem Alınmasını Talep Etmesi

Evlilik birliğini koruyucu önlemler alınırken ailenin iç işleyişine fazla karışılmasına özen gösterilmiştir⁴¹. Bu özenin bir sonucu olarak da evlilik birliğini koruyucu tedbirler alınması gereken durumlarda kural olarak bu eşlerden birisinin istemine bağlı tutulmuştur.

MK m. 199'da öngörülen tasarruf yetkisi kısıtlaması tedbiri de ancak eşlerden birisinin talepte bulunması durumunda uygulanabilecek bir tedbirdir. Yani hakim in resen harekete geçip böyle bir tedbiri alma yetkisi yoktur⁴².

Tasarruf yetkisinin kısıtlanmasını talep eden eş, diğer eşin evlilik birliğinden doğan mali yükümlülüklerini yerine getirmeme tehlikesini kanıtlamalıdır. Fakat hükmün amacı da dikkate alınarak eşten bu konuda tam bir ispat değil yaklaşık ispat aranması uygun olur.

Bu durum özellikle eşler arasında güven temelini sarsılması durumunda koruma isteyecek eşin diğer eşin tasarrufları bakımından bilgi edinmesi ve dolayısıyla ailenin ekonomik temeline yönelik yakın tehlikenin varlığına ilişkin belgelere ulaşabilmesinin çok zor veya olanaksız olması sebebiyle bir nevi zorunluluktur⁴³.

Hakim bu noktada asılsız iddiaları aşan ve bunun sonucunda ortaya çıkan riskin inandırıcı olması ve bu riski ispatlayacak olguların sunulması halinde kısıtlama kararı verebilir⁴⁴.

MK m. 169 hakime, boşanma ve ayrılık davalarının devamı sürecinde gerekli olan özellikle eşlerin barınması, geçimi, mallarının yönetimi ile çocukların bakım ve korunmasına ilişkin önlemleri kendiliğinden alma yetkisi tanımıştır. Fakat hakim bu önlemlerden birisi olarak eşlerden birisinin tasarruf yetkisini kısıtlayacaksa diğer eşin

³⁹ KILIÇOĞLU, s. 28-29.

⁴⁰ GÜMÜŞ, Şerhler, s. 66; AKARTEPE, s. 175; AYAN, s. 262; ŞAHİNCİ, s. 317.

⁴¹ AYAN, s. 34.

⁴² Yarg. 2. HD 27.01.2005, 15883-869 (GENÇCAN, s. 1797).

⁴³ KILIÇOĞLU, s. 31; GÜMÜŞ, Şerhler, s. 68.

⁴⁴ ÖKTEM, s. 325.

bu yönde bir talebinin olması zorunludur. MK m. 199'daki açık düzenleme bunu gerektirir⁴⁵.

E. Sonuçları

1. Genel Olarak

Koruma talep eden eşin talebi üzerine hakimın yapacağı yargılama sonucu vereceği karar ile diğer eşin sahibi olduğu belirli bir malvarlığı değeri üzerindeki tasarruf yetkisi kısıtlanır. Hakimın bu kararı yenilik doğuran bir karardır⁴⁶. Tasarruf yetkisi kısıtlanan eş bu malvarlığı değerleri üzerinde işlem yapabilmesi diğer eşin rızasına bağlanmıştır.

Eş bu rızasını işlemden önce bir izin şeklinde verebileceği gibi, işlem yapıldıktan sonra bir onay şeklinde de verebilir. Fakat izin sadece somut tasarruf işlemleri için verilebilir; gelecekte yapılacak olan tasarruf işlemleri için önceden verilmiş soyut ve genel bir izin, normun koruma amacı gereği geçerli olmaz⁴⁷.

Buradaki izin önceki açıklamalarımızdaki gerekçeler⁴⁸ doğrultusunda bir tasarruf işlemindeki eksikliği değil, hukuki işlemdeki eksikliği giderici bir tamamlayıcı olgudur. İzin verilmeden yapılan işlem askıda hükümsüz olup işlem tarafı eşi ve üçüncü kişiyi bağlamaz. Söz konusu iznin verilmesiyle işlem baştan itibaren geçerli bir işlem gibi hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. Fakat izin verilmezse veya TBK m. 46/2 kıyasen uygulanmak suretiyle işlemin karşı tarafının vereceği makul süre içerisinde de izin verilmezse işlem baştan itibaren kesin hükümsüz hale gelecektir.

2. Korunan Rızanın Kapsamı, Şekli ve Rızanın Verilmesi

Koruma talep eden eşin talebi üzerine hakimın yapacağı yargılama sonucu vereceği karar ile diğer eşin sahibi olduğu belirli bir malvarlığı değeri üzerindeki tasarruf yetkisi kısıtlanır. Tasarruf yetkisi kısıtlanan eş bu malvarlığı değerleri üzerinde işlem yapabilmesi diğer eşin rızasına bağlanmıştır.

Eş bu rızasını işlemden önce bir izin şeklinde verebileceği gibi, işlem yapıldıktan sonra bir onay şeklinde de verebilir. Fakat izin sadece somut tasarruf işlemleri için verilebilir; gelecekte yapılacak olan tasarruf işlemleri için önceden verilmiş soyut ve genel bir izin, normun koruma amacı gereği geçerli olmaz⁴⁹.

⁴⁵ AKARTEPE, s. 176; ÖKTEM, s. 325; ŞAHİNCİ, s. 320-321; AYAN, s. 263.

⁴⁶ GÜMÜŞ, Mal Rejimleri, s. 197.

⁴⁷ GÜMÜŞ, Mal Rejimleri, s. 194.

⁴⁸ bkz. II, B.

⁴⁹ GÜMÜŞ, Mal Rejimleri, s. 194.

Eş bu rıza beyanını yöneltilmesi gereken bir irade beyanı olduğundan işlem tarafı olan üçüncü kişiye yöneltilmesi gereklidir. Bu irade beyanının yöneltilmesi bakımından herhangi bir şekil aranmamıştır⁵⁰. MK m. 194'de aile konutu ile ilgili olarak yapılan işlemler açısından diğer eşin rızasının 'açık' olması aranmasına rağmen MK m. 199'da böyle bir şart öngörülmemiştir⁵¹. Yani bu irade beyanı açık veya örtülü bir şekilde de verilebilir⁵². Fakat MK m. 194'deki gibi bu irade beyanının açık olmasının aranması evlilik birliğinin daha etkin korunmasına daha iyi hizmet ederdi. Fakat TST m. 16/1'in 'Kanunlarda ve bu tüzükte yazılı istisnalar dışında yazılı istem olmadıkça tapu sicili üzerinde işlem yapılamaz.' hükmü, rızaya yetkili eşin taşınmazlara ilişkin olarak vereceği rızanın 'yazılı' olmasını gerektirecektir.

3. Rızanın Hüküm ve Sonuçları

Buradaki izin önceki açıklamalarımızdaki⁵³ gerekçeler doğrultusunda bir tasarruf işlemindeki eksikliği değil, hukuki işlemdeki eksikliği giderici bir tamamlayıcı olgudur. İzin verilmeden yapılan işlem askıda hükümsüz olup işlem tarafı eşi ve üçüncü kişiyi bağlamaz. Söz konusu iznin verilmesiyle işlem baştan itibaren geçerli bir işlem gibi hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. Fakat izin verilmezse veya TBK m. 46/2 gereğince işlemin karşı tarafının vereceği makul süre içerisinde izin verilmezse işlem baştan itibaren kesin hükümsüz hale gelecektir.

Tasarruf yetkisi kısıtlanan eşin yapacağı işlem haklı bir sebebe dayanıyor fakat diğer eş haksız olarak bu işleme ilişkin rıza vermiyorsa ne olacaktır? Bu konuda MK m. 199'da bir hüküm yoktur. Ancak aile konutuna ilişkin tasarrufları düzenleyen MK m. 194'de yer alan 'Rızayı sağlayamayan veya haklı bir sebep olmadan kendisine rıza verilmeyen eş, hakimın müdahalesini isteyebilir.' şeklindeki hüküm kıyasen bu gibi hallerde de uygulama alanı bulabilir⁵⁴.

Mahkeme burada rıza verilmemesini haksız bulursa, yetkisi kısıtlanan eşe bu işleme yönelik olarak izin verecek, tapuda yapılması gereken bir işlem söz konusu ise, tapuya verilen bir şerh varsa bu şerhin terkin edildiğine ilişkin kararın bir örneğini tapu idaresine gönderecektir⁵⁵.

⁵⁰ GÜMÜŞ, Mal Rejimleri, s. 195; BARLAS, Eşler Arası Hukuki İşlem, s. 134.

⁵¹ ÖKTEM, s. 328.

⁵² KILIÇOĞLU, s. 33; BARLAS, Eşler Arası Hukuki İşlem, s. 134.

⁵³ bkz. yuk. II, B.

⁵⁴ KILIÇOĞLU, s. 36.

⁵⁵ KILIÇOĞLU, s. 34; ÖKTEM, s. 329; BARLAS, Eşler Arası Hukuki İşlem, s. 135.

4. Mahkemenin Rıza Alınmasının Güvencesi Olarak Alacağı Tedbirler

a. Genel tedbirler (MK m. 199/2)

Kanunkoyucu, MK m. 199/2'de ' Hakim bu durumda gerekli önlemleri alır' demek suretiyle, tasarruf yetkisi sınırlamasının beklenen sonuçları doğurabilmesi yani rızaya yetkili eşin vereceği rızayı güvence altına alabilmek için genel nitelikte bir tedbir öngörmüştür. Hakimin bu tedbirleri alırken, somut olayla sınırlı, fakat gerekli önlemleri alma konusunda kendisine tanınan bir takdir yetkisine sahiptir⁵⁶. Hakim tasarruf yetkisini sınırlandırdığı mal varlığı değerlerine uygun olarak tedbirin türünü belirleyecektir.

MK m. 199/2 kapsamında alınacak tedbirlere örnek olarak, taşınır bir malın veya kıymetli evrakin saklanmak üzere bankaya ya da mahkemeye yahut üçüncü bir kişiye tevdi edilmesi, tasarruf yetkisi kısıtlanan eşin banka hesaplarının diğer eşin rızası alınmaksızın tasarruf edilemeyeceğinin bankaya bildirilmek üzere bloke edilmesinin sağlanmasına karar verilmesini sayabiliriz⁵⁷.

Alınacak tedbirlerle ilgili olarak, hakimin tasarruf yetkisi kısıtlanan eşin kefil olmasına ya da garanti sözleşmesi yapmasına ilişkin bir karar verip veremeyeceği tartışmalıydı. Türk Borçlar Kanunu'nun kefalet ve kefalet benzeri sözleşmelerde eşin yazılı iznini geçerlilik şartı olarak öngörmesiyle (TBK m. 584) böyle bir tartışma ortadan kalkmıştır.

b) Özel tedbir (MK m. 199/3)

Eşin belirli malvarlığı değerlerine ilişkin olmak üzere tasarruf yetkisinin kısıtlanmasına karar veren hakim, bu malvarlığı değerlerinin taşınmaz olması durumunda kısıtlama kararı ile birlikte özel bir takım tedbirler alması gerekir (MK m. 199/3). İşte kısıtlama konusu malvarlığı değerlerini taşınmazların oluşturması durumunda hakim kendiliğinden bunun tapuya şerh edilmesine ilişkin bir karar vermek zorundadır. Hakime bu hususta bir takdir yetkisi tanınmamış, kısıtlama kararının konusunu taşınmazlar oluşturduğu takdirde bu durumun tapuya şerhine de ayrıca karar verecektir⁵⁸.

1. Şerhin Yapılması

Eşin taşınmaz üzerindeki tasarruf yetkisini kısıtlayan hakim MK m. 199/3 ge-

⁵⁶ GÜMÜŞ, Mal Rejimleri, s. 196; AKARTEPE, s. 179.

⁵⁷ AKARTEPE, s. 179.

⁵⁸ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 187; Yarg. 2. HD 14.11.2005 E. 2005/13075 K. 2005/15543, Yarg. 2. HD 30.05.2005 E. 2005/5879 K.2005/8355 (GÜMÜŞ, Mal Rejimleri, s. 197-198 dn. 651).

reğince, durumun tapu siciline şerh edilmesine de karar verecektir. Bu şerh bildirimimin ne şekilde yapılacağı ile ilgili olarak ne Medeni Kanun'da ne de Tapu Sicil Tüzüğü'nde bir hüküm bulunmamaktadır. Doktrinde, mahkemenin almış olduğu bu kararın yazılı olarak tapu sicil müdürlüğüne bildirilmesiyle şerhin gerçekleşeceği kabul edilmektedir⁵⁹.

2. Şerhin Hukuki Sonuçları

Hakim, taşınmazlara ilişkin olarak bir eşin tasarruf yetkisini kısıtlamışsa, bu eş diğer eşin rızası olmadan bu taşınmaz üzerinde herhangi bir hukuki işlem yapma imkanından yoksun olacaktır. Hakim eşin rızasını güvence altına almak için de bu hususu tapuya şerh ettirecektir.

Buradaki şerh, tasarruf yetkisinin kısıtlanması bakımından kurucu bir rolü olmayıp açıklayıcı etkidir. Türk hukukunda şerhin hukuki niteliği ve üçüncü kişilere etkisi bakımından çeşitli görüşler mevcuttur:

OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR'e göre⁶⁰; 'Ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine getirilmesinin gerektirdiği hallerde hakimın eşlerden birinin tasarruf yetkisini kaldırması halinde tedbir kararı ile yetki kısıtlanması yapılacak şerhten önce etkili olur. Şerhin üçüncü kişilere yönelik etkisine gelince şerh taşınmazı tasarruf yetkisi kısıtlanan eşten kazanan kimseden aynı hak kazanacak üçüncü kişilerin iyiniyetlerini ortadan kaldırır.'

GÜMÜŞ'e göre⁶¹; şerhin verilmesiyle tapu sicili kilitlenecektir. "Tapu kütüğünün kilitlenmesi kavramı, bir mahkemeye veya diğer bir makam tarafından, temel bir yetkilendirme hükmüne dayalı olarak doğrudan tapu memuruna yöneltilmiş, başta tapu kütüğü olmak üzere belirli ana sicillerde, bir sonraki emre ya da belirli bir süreye ya da belirli bir vakıta gerçekleşinceye kadar fiilen hiç bir kaydın icra edilememesi ya da belirli bir talep veya belirli bir türdeki taleplerin, ana sicillere yapılacak kayıtlarla yerine getirilmesini ifade eder. Bu anlamda tapu kütüğünün kapatılması, temelde hakime tanınan belirli önlemleri alma yetkisi çerçevesinde gerçekleşir ve hakim tarafından alınan önlem kapsamında, tabiri caiz ise tapu kütüğü kilitlenir. Tapu memuru kapatılmanın kapsamına göre, kendisine yönelik talepleri bir tasarruf oluşturduğu ölçüde hiç bir şekilde kabul etmez. Bu şekildeki işlemler, caiz olmayıp, hiçbir şekilde yevmiye defterine geçirilemez. Bu nedenle tapu kütüğünün kilitlenmesi, bir tescil, şerh veya beyan gibi bir tapu kütüğünün tutulması işlemi değildir. Teknik anlamda

⁵⁹ KILIÇOĞLU, s. 35.

⁶⁰ OĞUZMAN Kemal/SELİÇİ Özer/OKTAY-ÖZDEMİR Saibe, Eşya Hukuku, İstanbul 2014, s. 254. Aynı yönde bkz. BARLAS, Eşler Arası Hukuki İşlem, s. 137.

⁶¹ GÜMÜŞ, Şerhler, s. 79-82.

tapu kütüğünün kilitlenmesi, tapu memurunun tapu kütüğündeki işlemlerden el çektilmesidir.’

GÜMÜŞ, tapu kütüğünün kilitlenmesi kavramını açıkladıktan sonra, MK m. 199/3’de İsviçre hukukunda olan beyan zorunluluğunda olduğu gibi, hakim tapu kütüğüne yaptıracığı şerh ile birlikte, tapu kütüğünün, ‘korunan eşin izni ile taşınmaz malikinin tasarruf yetkisindeki eksikliğin tamamlanmadığı’ tüm veya hakim takdirine göre, belirli tasarruf taleplere kapatılmasının söz konusu olduğunu ve bu takdirde eşin izni olmadıkça, tapu memurunun tasarruf yetkisi konusu taşınmaza ilişkin istemleri reddetmek zorunda olduğunu belirtmiştir⁶².

GÜMÜŞ, şerh yapılmadan iyiniyetli üçüncü kişilerin aynı hak kazanımları konusunda da görüşünü şu şekilde ifade etmiştir⁶³: ‘MK m. 3/1’e göre; ‘Kanunun iyiniyete hukuki sonuç bağladığı durumlarda asıl olan iyiniyetin varlığıdır’ hükmü karşısında iyiniyetin koruyucu fonksiyonu, ancak kanun koyucunun iyiniyetin korunmasını açıkça kabul ettiği hallerde mümkündür. Bu nedenle üzerindeki tasarruf yetkisi kısıtlanan malvarlığı değerinin sahibi olan eşin karşısındaki işlem tarafı üçüncü kişinin ‘iyiniyeti’ ancak yasanın iyiniyete iktisabi sonucu bağladığı hallerde sonuç doğurur. Bu anlamda kanun koyucu TMK m. 199’da izne yetkili eşin izni olmadan yapılan işlemin tarafı üçüncü kişinin (karşı tarafın tasarruf yetkisine yönelik) iyiniyetini özel olarak korumadığı için, işlem tarafı üçüncü kişinin mevcut iyiniyeti var olan tasarruf yetkisi eksikliğini kural olarak ortadan kaldırmaz. Burada temel sorun Türk Medeni Kanununda aynı hak iktisabında iyiniyetin korunmasını öngören kanun hükümlerinin işlem tarafı ve diğer üçüncü kişiler için ne ölçüde uygulanabilirliği olarak karşımıza çıkmaktadır.’ şeklinde ifade etmiştir.

KILIÇOĞLU’na göre⁶⁴; ‘Burada MK m. 1009 hükmünde yer alan kanunlarda açıkça öngörülen diğer hakların şerhi söz konusudur. Maddenin 3. fıkrasında getirilen hüküm sadece taşınmazlarla ilgilidir. Davacı eş, davalının yapacağı işlemlerin kendi rızasına bağlı tutulmasını bir taşınmazla ilgili olarak talep etmişse bu hüküm gereğince, mahkeme taşınmazın tapu kaydında tasarruf yetkisini sınırlandıran bir şerh verebilecektir. Ancak maddede taşınmazın tapu kütüğüne bu şerhin verilmesi ‘tasarruf yetkisini kaldırma’ yönünde karar verilmesi koşuluna bağlanmıştır. O halde maddenin 3. fıkrası bir tedbir hükmü değildir.’ Şerhin üçüncü kişilere etkisi konusunda da üçüncü kişilerin tasarruf yetkisi kısıtlanmış eşten şerh yapılmadan iyiniyetli olarak kazandıkları aynı hakların korunacağını ileri sürmektedir⁶⁵.

⁶² GÜMÜŞ, Şerhler, s. 89; Aynı yönde AYAN, s. 267-268.

⁶³ GÜMÜŞ, Şerhler, s. 87 vd.

⁶⁴ KILIÇOĞLU, s. 34-35.

⁶⁵ KILIÇOĞLU, s. 34.

REİSOĞLU'na göre⁶⁶; 'Hakimin 199. maddenin son fıkrasında, eşin taşınmaz üzerindeki tasarruf yetkisini kaldırabileceği ve durumu tapu siciline şerh ettireceği yazılıdır. Burada eşin tasarruf yetkisinin tümüyle kaldırılması söz konusu değildir. Hakim eşin tasarruf yetkisini diğer eşin rızasına bağlı kılabilir ve bunu tapuya şerh ettirebilir. Hakimin 199. maddeye göre, aldığı kararlardan haberdar olmayan üçüncü kişilerin iyiniyeti korunacaktır. Ancak bankaların iyiniyet tartışmalarını engellemele-ri açısından; eşlerden birinin bankaya ipotek vermesi, kefil olması gibi tüm hallerde diğer eşin rızasını alması uygun olacaktır.'

DOĞAN' a göre⁶⁷, MK m. 199/3'e göre yapılan şerh açıklayıcı niteliktedir ve bu şerhin kısmi tapu kütüğünü kilitleyici fonksiyonu vardır. Çünkü tapu memurunun söz konusu taşınmaza ilişkin tescil taleplerini, diğer eşin rızası veya hakimın rızası olmaksızın tescilin yapılmasına ilişkin talepler reddedilecektir. Burada tapu memuru, tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhi dolayısı ile yasallık denetimi çerçevesinde, tescil talebinde bulunan kişinin eşinin rızası olup, olmadığını araştırmak ve eğer bu rıza alınmamışsa veya eş rızası olmadığını açıklamışsa tescili yapmamakla yükümlüdür. Şerhin üçüncü kişilere etkisi konusunda ise⁶⁸ 'Tasarruf yetkisi kısıtlanan eş ile diğer eşin olmaksızın işlem yapan kişi, tapu siciline değil, tapu sicilinde malik görünen kişinin tasarruf yetkisine sahip olduğuna güvendiğinden, bu güven MK m. 1023 çerçevesinde korunamaz. Kaldı ki, kanun koyucu, evlilik birliğinin ve diğer eşin menfaatini korumak amacıyla özel bir hüküm olarak MK m. 199/3'ü getirdiğine göre, bu menfaatin malik olan eş ile işlem yapan üçüncü kişilerin menfaati karşısında daha fazla korunmaya değer görüldüğünü söyleyebiliriz. Bu sebeple, tasarruf yetkisi kısıtlanan eş ile işlem yapan kişinin iyiniyetinin, rızası alınmayan eş karşısında korunması, işlemin geçersiz sayılması, hükmün amacına daha uygundur.'

İyiniyetli üçüncü kişilerin şerhten önce aynı hak kazanımları konusunda İsviçre hukukunda genel eğilim, eşle işlem yapan iyiniyetli üçüncü kişilerin bu iyiniyetlerinin korunacağı yönündedir⁶⁹.

Kanaatimizce de MK m. 199/3'de düzenlenen şerhin niteliği açıklayıcı bir şerhtir. Şerhten önce iyiniyetli üçüncü kişilerin aynı hak kazanımları konusunda da ise bu kazanımları korunacaktır⁷⁰.

⁶⁶ REİSOĞLU Safa, Yeni Medeni Kanun'un Bankaları İlgilendiren Başlıca Farklı Düzenlemeleri, Bankacılar Dergisi, S. 40, 2002, s. 70.

⁶⁷ DOĞAN Murat, Tapu Sicilindeki Tasarruf Yetkisi Kısıtlaması Şerhi, Ankara 2004, s. 196 vd.

⁶⁸ DOĞAN, s. 195.

⁶⁹ AKARTEPE, s. 186.

⁷⁰ Aynı yönde AYAN, s.268-269; ERTAŞ Şeref, Eşya Hukuku, 8. B., Ankara 2008, s.205.

III. Eşin Tasarruf Yetkisi Kısıtlamasının Kaldırılması

Hakimin bir tedbir kararı alırken dikkate aldığı şartlar ve ilişkilerin zamanla değişikliğe uğraması kaçınılmazdır. Bu gerçekliği dikkate alan kanunkoyucu alınan tedbirlerin değişen şartlara uyarlanması ve tedbire dayanak olan şartların ortadan kalkması durumunda tedbiri sonlandırmak üzere MK m. 200 hükmünü koymuştur⁷¹. MK m. 200'e göre;

‘Koşullar değiştiğinde hakim, eşlerden birinin istemi üzerine kararında gerekli değişikliği yapar veya sebebi sona ermişse alınan önlemi kaldırır.’

MK m. 199'daki tasarruf yetkisi kısıtlamasına ilişkin tedbirde değişiklik yapılması hususunda öncelikle bu tedbire dayanak olan sebepler belirgin bir şekilde ortadan kalkmalıdır⁷². Bu sebeplere ilişkin olmak üzere bunların ortadan kalktığı bir öngörü ve vadin ötesinde somut olarak ispatlanmalıdır⁷³. Yine tedbirlerde değişikliği gerektiren maddi olgular –değişiklik talebinin hakkın kötüye kullanılması oluşturacağı şekilde- değişiklik isteyen eşin keyfi hukuksal davranışı sonucu gerçekleşmemelidir⁷⁴. Örneğin; ailenin ekonomik varlığını tehlikeye düşüren eşin belirli malvarlığı değerlerine ilişkin olmak üzere tasarruf yetkisinin kısıtlandığı hallerde eş savurganlığı sebebiyle yaptığı borçlar için tasarruf yetkisinin kısıtlandığı malvarlığı değerleri hakkında hakimden tasarruf yetkisinin ger verilmesi isteminde bulunamaz.

Değişiklik isteminin dayanağı kural olarak sonradan ortaya çıkan olaylar olsa da ilk tedbir talebi üzerine mahkemede yapılan yargılama sırasında maddi olguların tam ve açık olarak aydınlatılamamasına bağlı olarak verilen kararın maddi şartlara ilişkin isabetsiz değerlendirmeye dayandığının anlaşılması halinde, diğer eşin sonradan gerçek durum ve şartları ortaya koyan olguları mahkemeye sunmasına bağlı olarak hakim kararını tekrar gözden geçirebilmelidir. Bu sonuç özellikle tedbirin alınması için gerekli esaslı olguların bilinmediği veya eşlerden birisi tarafından dürüstlük kuralına aykırı olarak karartılıp, gizlendiği hallerde kabul edilmelidir⁷⁵.

Mahkeme tasarruf yetkisi kısıtlaması kararını eşlerden birinin talebi üzerine alırken bunun kaldırılması kararını da yine eşlerden birinin talebi üzerine verebilir. Doktrinde durum ve koşulların değişmesine bağlı olarak hakimin bu yöndeki tedbiri

⁷¹ GÜMÜŞ, Mal Rejimleri, s. 207; Yarg. 2. HD 09.11.2005 E. 11724 K. 15342 ‘...Davacı Kastamonu Asliye Hukuk Mahkemesinin 2003/146 esas ve 2003/787 sayılı kararı ile tasarruf yetkisinin sınırlandırıldığı, koşulları değişmesi nedeniyle bu sınırlandırmanın kaldırılmasına karar verilmesini istemiştir. Delillerin bu çerçevede değerlendirilmesi ve sonucuna göre işin esası hakkında olumlu yada olumsuz bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar itirazına yer olmadığına karar verilmesi usul ve yasaya aykırı bulunmuştur...’ (GENÇCAN, s. 1802).

⁷² GÜMÜŞ, Mal Rejimleri, s. 209.

⁷³ ÖZTAN, s. 229; GÜMÜŞ, Mal Rejimleri, s. 209.

⁷⁴ GÜMÜŞ, Mal Rejimleri, s. 209.

⁷⁵ GÜMÜŞ, Mal Rejimleri, s. 209.

kendiliğinden de kaldırabileceğinin yanı sıra eşler dışında herhangi bir ilgilinin iste- miyle de söz konusu kararın verilebileceği ileri sürülmektedir⁷⁶. Bu MK m. 200'deki 'eşlerden birinin istemi üzerine' ibaresi de bunu doğrulamaktadır. Fakat bu yasanın lafzını çok aşan bir yorumdur. Evlilik birliğini koruyucu önlemler alırken evlilik bir- liğinin iş işleyişine olabildiğince karışmama ilkesi gereğince bu önlemler kural olarak eşlerden birinin talebi üzerine alınabilir. Aynı sonuç tedbirlerin kaldırılması bakımın- dan da söz konusu olmalıdır. Yani eşler dışında herhangi bir kimsenin talebi üzerine söz konusu tedbirler üzerinde değişiklik yapılamamalıdır.

Hakimin vereceği değişikliğe yönelik karar 'ileriye etkili olarak' var olan ted- birleri yersel ve/veya zamansal olarak aynen korur, tamamlar, değiştirir veya ortadan kaldırır⁷⁷.

MK m. 199'daki tasarruf yetkisinin kısıtlanmasına ilişkin kararlar, işlem haya- tının güvenliğinin korunması gereği olarak daima değişiklik kararının kesinleştiği tarihten itibaren hüküm ve sonuç doğurmalıdır⁷⁸.

Hakim MK m. 199 uyarınca verdiği tasarruf yetkisi kısıtlamasına ilişkin karar taşınmazlara yönelik ise bu kararı ortadan kaldırırken MK m. 199/3 gereğince tapu- ya verdiği şerhi de terkin ettirecektir. Yani hakimin tasarruf yetkisi kısıtlaması kara- rını ortadan kaldırması eşin tek başına bu karara dayanarak şerhin terkin yönünde talep hakkı vermez⁷⁹.

SONUÇ

Eşler arasındaki işlem serbestisinin istisnalarından birisi, MK m. 199'da düzen- lenen tasarruf yetkisi kısıtlamasıdır. Bu hükmün amacı, ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinin doğurduğu birtakım mali yükümlülüklerin yerine getirilmesini güvence altına almaktır.

MK m. 199'da düzenlenen kısıtlamanın hukuki niteliği tartışmalıdır. Kanaati- mizce MK m. 199'daki kısıtlama, kısıtlama konusunu oluşturan belirli mal varlığı değerleri üzerinde yapılacak işlemlere yönelik olmak üzere bir fiil ehliyeti kısıtla- masıdır. Buradan hareketle hakkında kısıtlama kararı verilen eşler kısıtlama konusu malvarlığı değerleri üzerinde borçlandırıcı işlemler de yapamayacaklardır. Bu sayede geçerli bir borçlandırıcı işlem dolayısıyla ailenin uğrayabileceği dolaylı zararlarla kar- şılaşılmamış olunacaktır.

MK m. 199/2'de tasarruf yetkisi sınırlandırılmasına ilişkin olmak üzere alınacak genel

⁷⁶ GÜMÜŞ, Mal Rejimleri, s. 210.

⁷⁷ GÜMÜŞ, Mal Rejimleri, s.211.

⁷⁸ GÜMÜŞ, Mal Rejimleri, s.211.

⁷⁹ ÖKTEM, s.336.

tedbirler hususunda hakime bir takdir yetkisi tanımıştır. Hakim bu tedbirleri alırken tasarruf yetkisini sınırlandığı mal varlığı değerlerine uygun olarak tedbirin türünü belirleyecektir. Oysa MK m.199/3'de ise kısıtlama konusu bir taşınmaz ise hakim, tapuda bu kısıtlamayı şerh ettirmekle yükümlüdür. MK m. 199/3'deki şerh açıklayıcı bir şerhtir. Şerh tasarruf yetkisi kısıtlanmış eşten iyiniyetle aynı hak kazanımlarını bertaraf eder. Fakat şerhten önce iyiniyetli üçüncü kişilerin aynı hak kazanımları ise koruma altındadır.

KISALTMALAR

AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
B.	: Bası
bkz.	: bakınız
C.	: Cilt
E.	: Esas
EÜHFD	: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn.	: dipnot
HD	: Hukuk Dairesi
K.	: Karar
MK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
m.	: madde
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TST	: Tapu Sicili Tüzüğü
S.	: Sayı
s.	: sayfa
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
Yarg.	: Yargıtay
yuk.	: yukarıda
vs.	: vesaire
vd.	: ve devamı

KAYNAKÇA

- AKARTEPE, Alpaslan, Evlilik Birliğinde Eşlerden Birisinin Bazı Malvarlığı Değerleri Üzerindeki Tasarruf Yetkisinin Sınırlandırılması EÜHFD, C.XIII, Sayı:1-2 (2009).
- AKINTÜRK Turgut/ATEŞ KARAMAN Derya, Aile Hukuku, C. 2, 16. B., Ankara 2014.
- AYAN, Serkan,Evlilik Birliğinin Korunması, TBB Yayınları Ankara 2004.
- BARLAS, Nami, Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü Ve Sınırları,Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin (Kısaltılmışı: Eşler Arası Hukuki İşlem).
- BARLAS, Nami, Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Yargıtay Uygulaması, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, XXI, 9-10 Aralık 2005.

- DURAL Mustafa/ ÖĞÜZ Tufan/ GÜMÜŞ Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, 9. B., İstanbul 2014.
- DOĞAN, Murat, Tapu Sicilindeki Tasarruf Yetkisi Kısıtlaması Şerhi, Ankara 2004.
- ERTAŞ, Şeref, Eşya Hukuku, 8.B., Ankara 2008.
- GENÇCAN, Ömer Uğur 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu (Bilimsel Açıklama-İçtihatlar-İlgili Mevzuat), Ankara 2007.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alpe, Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri İstanbul 2008 (Kısaltılmışı: Mal Rejimleri).
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Türk Medeni Kanunu'nun Getirdiği Yeni Şerhler, 2. B., İstanbul 2007 (Kısaltılmışı: Şerhler).
- KILIÇOĞLU, Ahmet M., Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı Ankara 2002.
- REİSOĞLU, Safa, Yeni Medeni Kanun'un Bankaları İlgilendiren Başlıca Farklı Düzenlemeleri, Bankacılar Dergisi, Sayı:40, 2002.
- ŞAHİNCİ, Ayşen, Eşlerin Tasarruf Yetkisinin Sınırlandırılması AÜHFD, 59 (2) 2010.
- OĞUZMAN Kemal/SELİÇİ Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR Saibe, Eşya Hukuku, 17. B., İstanbul 2014.
- ÖKTEM, Seda, Aile Birliğinde Eşlerin Tasarruf Yetkisinin Kısıtlanması, TBB Dergisi, S.67, 2006.
- ÖZTAN, Bilge, Aile Hukuku, 4.B., Ankara 2004.

6502 SAYILI TKHK ÇERÇEVESİNDE TÜKETİCİ İŞLEMİ NİTELİĞİ TAŞIYAN ESER TESLİM SÖZLEŞMESİNDE AYIPTAN DOĞAN SORUMLULUK İÇİN UYGULANACAK HÜKÜMLER

(The Norms That are Applicable To Obligations Due To Defect In
Work Delivery Contracts That Qualify as Consumer Transaction
Within The Framework of Consumer Protection Act, No: 6502)

Ar. Gör. Fatma Zeynep ALTINER YOLCU*

ÖZET

Eser teslim sözleşmeleri, gerek 818 S. BK, gerekse 6098 S. TBK hükümlerinde eser sözleşmesinin bir türü olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle TBK m. 471/IV hükmünde, ayıptan sorumluluk için satıcının sorumluluğu hükümlerine yapılan yollama, iki farklı sorumluluk tipinin bir arada uygulanması nedeniyle ortaya çıkacak sorunlar öne sürülerek eleştirilmekteydi. Çalışmamızda 6502 S. TKHK'nun ve ilgili düzenlemelerde dikkate alınan 1999/44/AT Direktif'inin hükümlerini de dikkate alarak, tüketici işlem niteliğindeki eser teslim sözleşmelerine uygulanacak hükümleri belirlemeye çalışacağız.

Anahtar kelimeler: Eser, Eser Teslim Sözleşmesi, Ayıptan Doğan Sorumluluk, Tüketici, Yüklenici

Abstract

Work delivery contracts are considered a type of independent work contract according to both Code of Obligations, No: 818 and Turkish Code of Obligations, No: 6098. Therefore, the reference to norms with regards to obligations of the seller in the case of obligations due to defects in the Turkish Code of Obligations, no 471/IV has been criticized due to the potential problems, which arise due to the application of two different types of obligations jointly. In this article, we will try to identify the norms which are applicable to consumer transaction type of work delivery contracts, taking into consideration the 1999/44/EU Directives which have also been provisioned in the Consumer Protection Law, No: 6502 and relevant regulations.

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

Keywords: Work, Work Delivery Contracts, Obligations Due to Defects, Consumer, Contracter

I. GENEL OLARAK

Gerek 4077 Sayılı TKHK'nun 4822 Sayılı Kanun'la yapılan değişiklik öncesi halinde, gerek 4822 Sayılı Kanun ile değişiklik sonrasındaki halinde eser sözleşmesinin de bir tüketici işlemi olarak kabul edilip edilmeyeceği hususunda bir görüş birliği bulunmamaktaydı. İş sahibinin, 4077 S. TKHK m.3/h hükmü çerçevesinde tüketici sıfatını taşıdığı durumlarda, taraf olduğu eser sözleşmesine TKHK hükümlerinin uygulanması için, söz konusu sözleşmenin de tüketici işlemi niteliği taşıdığını kabul etmek gerekmekteydi. Söz konusu eser sözleşmesinin karşı tarafında yüklenici sıfatıyla yer alan kişinin de mesleki faaliyeti gereği edimi sunuyor olması, eser sözleşmesinin de tüketici işlemi sayılıp sayılmayacağı hususunda tartışmaları sona erdirmeye yetmemekteydi.

Yargıtay'ın da eser sözleşmesine ilişkin uyuşmazlıklarda vardığı sonuçların çelişkili olduğunu görmektediriz. Eser sözleşmesine ilişkin bazı uyuşmazlıklarda, Yargıtay, TKHK.m.3/h hükmünde tüketicinin mal ve hizmet "satın alan" kişi olarak tanımlanması nedeniyle, eser sözleşmesini, satın alma kavramı ile bağdaştıramamıştır. Bu nedenle de, eser sözleşmesine ilişkin uyuşmazlıklarda genel hükümlerin uygulanması gerektiği sonucuna varmıştır¹.

6502 S. TKHK'nun tüketici işlemine ilişkin getirdiği tanım, bu tartışmanın da geride bırakılmasını sağlamakta, ancak yeni tartışmalara da açık kapı bırakmaktadır. 6502 S. TKHK m.3/l hükmünde tüketici işlemi, "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 işlem" olarak tanımlanmıştır. Böylece eski Kanun döneminde, taraflar açısından tüketici işlemi olarak sayılmaya elverişli olsa dahi, sözleşme tipi olarak tüketici işlemi sayılıp sayılmayacağı şüphe uyandıran sözleşme tiplerinin tüketici işlem niteliği taşıyabileceği Kanun Koyucu tarafından hükme bağlanmıştır. Bu konuda, uygulamada en çok önem taşıyan tipik sözleşmelerden birinin de eser sözleşmesi olduğu kanaatindeyiz.

Tüketici işleminin tanımının genişlemesi bu sözleşmelerde TKHK'nun uygulama alanı bulacağını açıklığa kavuşturmaktaysa da, hangi hükümlerin uygulama alanı bulacağı sorununu çözümlemek açısından yeterli olmamaktadır. TKHK, tüketici-

¹ Yargıtay HGK. 26.02.2003 t., 2003/15-127 E., 2003/102 K. (www.kazanci.com.tr); Yargıtay 3. HD., 26.11.2012, 2012/20116 E., 2012/24336 K. (www.kazanci.com.tr); Yargıtay 23. HD, 03.06.2013 t., 2013/3595 E., 2013/3718 K. (www.kazanci.com.tr).

nin özel olarak korunmasını gerektiren hususlara ilişkin düzenlemeler getiren, ancak bu özel olarak sunulan hukuki korumanın dışında kalan uyumsuzlukların da genel hükümler ile tamamlandığı bir hukuki düzenlemedir. Hatta tüketicinin özel olarak korunması için getirilen düzenlemeler dahi, genel hükümler ile tamamlanabilmektedir. Ayıplı ifa tüketicinin özellikle korunmasını gerektiren hukuki bir sorun olarak kabul edildiğinden TKHK, tüketiciyi korumak üzere ayıptan sorumluluğu özel olarak düzenlemiştir. Tüketicinin ayıptan sorumluluk açısından başvuracağı hükümler açısından 6502 S. TKHK da, eski Kanundaki gibi ayıplı mal-ayıplı hizmet ayırımına yer vermiştir.

Bu durumda 6502 S. TKHK'nun genişleyen tüketici işlemine dahil olan bir sözleşmeye taraf olan tüketici, kendisine sunulan ayıplı ifa için, sözleşmedeki asli edimin niteliğine göre ayıplı mal ya da ayıplı hizmet hükümlerine başvurabilecektir. Ayırım, ayıplı ifanın konusunun mal ya da hizmet teşkil etmesine göre belirleneceğinden, girişimcinin ediminin hangi sözleşmede mal, hangi sözleşmede hizmet olarak nitelendirileceği büyük önem taşımaktadır.

4077 S. TKHK döneminde de, en çok tereddüt uyandıran hükümlerinden biri hizmet tanımıydı. Kanun'un m. 3/d bendinde hizmet, bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan mal sağlama dışındaki her türlü faaliyet olarak tanımlanmıştır. Hizmette ilişkin tanımın 4822 Sayılı Kanunla değiştirilmeden önceki halinde bedeni ve/veya fikri emeğe dayanma unsuruna yer verilmekteyken, Kanun değişikliğinden sonra bu unsura yer verilmemiştir. Ancak doktrinde, hizmet olarak nitelendirilen faaliyetin bedeni ya da fikri emeğe dayanması hizmet tanımının bir unsuru olarak kabul görmekteydi². 6502 Sayılı TKHK, m.3/d hükmünde, hizmeti, bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan ya da yapılması taahhüt edilen mal sağlama dışındaki her türlü tüketici işleminin konusu; m.3/h hükmünde ise malı, alışverişe konu olan taşınır eşya, konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallar ile elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve beneri her türlü gayrimaddi mallar olarak tanımlanmıştır. Gerek mal gerekse hizmet kavramları geniş tutularak ekonomik anlamda iktisadi varlık arzeden her türlü unsurun Kanun kapsamına alınması amaçlanmıştır. Hizmet kavramı TBK çerçevesinde özel olarak düzenlenen hizmet anlamında değil, iş görme sözleşmelerine konu edilen iş görme anlamında kullanılmıştır³.

² Aydın ZEVLİLER/Murat AYDOĞDU, Tüketicinin Korunması Hukuku, 2004, 1.baskı, s.93; Betül TİRYAKİ, Tüketicinin Korunması Hukuku Açısından Ayıplı Hizmetten Doğan Sorumluluk, 2007, s.41. Binanın boyanması, duvarın örülmesi, otomobil motorunun onarılması bedeni emeğe dayalı hizmet örneği olarak verilirken, bir plan ya da projenin yapılması, bir başvuru dilekçesinin hazırlanması, sipariş üzerine bir telif eserin hazırlanması fikri emeğe dayalı hizmet olarak nitelendirilmektedir. İnşaat için plan ve projenin yapılarak, buna uygun şekilde inşaatın gerçekleştirilmesi ise, hem bedeni hem fikri hizmet olarak kabul edilmektedir. Bkz. ZEVLİLER/AYDOĞDU, s.93.

³ Murat AYDOĞDU, Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara 2015, s.65; Yılmaz ASLAN, 6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku, Mart 2014, 4. Baskı.

Alman Hukuku, ürün ve hizmet ayrımını, maddi (cismani) varlıkları ürün, gayri maddi olmayan sonuçlara yönelen faaliyetleri hizmet olarak ayırmış ve hizmeti taşıyıcı bir nesnenin üretimine yol açmayan her türlü faaliyet olarak tanımlamıştır⁴.

Alman Hukukunun bu ayırmadığı, konumuz bakımından önem taşımaktadır. Alman Hukukunda 2002 yılında Borçlar Hukuku alanında yapılan reformda, özellikle 1999/44/AT Direktif'inin iç hukuka yansıtılması amacı güdülmüştür⁵. Aynı Direktif'in, 6502 S. TKHK'nun özellikle ayıptan doğan sorumluluk için getiren düzenlemelerde de etkili olduğunu düşünmekteyiz.

Öte yandan, 6502 S. TKHK m.83 hükmünde Türk Borçlar Kanunu'na yapılan yollama nedeniyle TBK hükümleri ile tamamlandığına işaret etmiştik. TBK'nda ise, eser sözleşmesinde ayıptan doğan sorumluluk için uygulama alanı bulacak hükümler için de tartışma söz konusudur.

II. TBK Çerçevesinde Eser Teslim Sözleşmesinde Yüklenicinin Ayıptan Sorumluluğuna Uygulanacak Hükümlerin Belirlenmesi

TBK m. 471/f.son hükmüne göre, aksine adet ve anlaşma olmadıkça, yüklenici eserin meydana getirilmesi için kullanılacak araç ve gereçleri kendisi sağlamak zorundadır. TBK m. 472/I hükmüne göre ise, malzeme yüklenici tarafından sağlanmışsa, yüklenici, bu malzemenin ayıplı olması yüzünden iş sahibine karşı satıcı gibi sorumludur. Hükümde, yüklenicinin ayıptan sorumluluğu için satıcının sorumluluğuna dair hükümlere yollamada bulunulması, doktrinde tartışmaya yol açmıştır. Baskın görüş, yüklenici tarafından sağlanan malzemenin ayıplı olması nedeniyle doğacak sorumluluğun, TBK m. 474 vd. hükümlerinde eser sözleşmesinde yüklenicinin ayıptan sorumluluğuna ilişkin düzenlemelerden ayrılması gerektiği yönündedir⁶. Aynı düzenleme, 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nda da yer aldığı için, doktrindeki bu tartışmanın oldukça uzun süredir sürdüğünü de belirtmek gerekir.

Doktrinde pek çok yazar, Kanun'un açık düzenlemesi karşısında söz konusu hükmün uygulama alanı bulacağını belirtmek yolunu tercih etmiştir⁷. Eserdeki

⁴ TİRYAKİ, s.42 vd.

⁵ Tüketim Mallarının Alım Satımı ve Bunlara Ait Garantilerin Belli Yönlerine İlişkin 25 Mayıs 1999 Tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi (1999/44/EC), (Avrupa Birliği Resmi Gazetesi, 7.7.1999 L 171/12.)

⁶ Cevdet YAVUZ/Faruk ACAR/Burak ÖZEN, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, Kasım 2014, 10. Baskı, s.985.

⁷ Haluk TANDOĞAN, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt.II, İstisna (Eser) ve Vekalet Sözleşmeleri, Vekaletsiz İş Görme Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri, İstanbul 2010; s.106 vd. özellikle s.108; Özer SELİÇİ, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1978, s.99; Turgut UYGUR, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Cilt II, 2012, s.2156.

ayıp malzemeden kaynaklanmışsa yüklenici, satıcının sorumluluğunu düzenleyen hükümler çerçevesinde sorumlu tutulacak iken, aynı ayıba imal faaliyetinin neden olması halinde eser sözleşmesi hükümleri uygulanacaktır. Özellikle eski Borçlar Kanunu'nun satışa ilişkin hükümlerde eBK m.360/II hükmünün aksine ayıbın onarılmasını isteme hakkı da tanınmadığı için, iş sahibi satış hükümlerine başvurduğu takdirde, ayıbın onarılması kolayca mümkün olsa bile bu hususta talepte bulunma imkanından mahrum kalacaktır. Ayrıca ayıplar taşınmaz inşaat şeklindeki bir eserde ortaya çıkmışsa zamanaşımı açısından eBK m.363/II hükmünün tanıdığı beş yıllık zamanaşımından yararlanma imkanını da kaybedecek, eBK m. 207 hükmündeki bir yıllık zamanaşımına tabi olmak durumunda kalacaktır. Bir başka önemli fark ise teslim sırasında farkedilen önemsiz ayıplar açısından ortaya çıkacaktır. İş sahibinin önemsiz ayıplarda eseri teslim almaktan kaçınamayacağını belirten eBK m. 360 hükmüne karşılık, satış hükümleri yine de ifayı reddetme imkanı tanımaktadır⁸.

Dolayısıyla, söz konusu hükmü eleştiren yazarlar, ortaya çıkan sonucun dengesiz olacağına işaret etmekle birlikte, yine de Kanundaki hükmün göz ardı edilemeyeceğini, *de lege feranda* olarak bu hükmün kaldırılması gerektiğini belirtmektedir. *De lege lata* açısından, çelişkileri giderebilmek için bazı yazarlar, söz konusu yollamanın olabildiğince daraltıcı yorumlanması gerektiğini savunmuşlardır. Böylece kanunun lafzı tamamen göz ardı edilmese de, çelişkilerin mümkün olduğunca azaltılması gözetilmiştir⁹.

Hükmün uygulama alanını daraltıcı bir yorum olarak bazı yazarlar, söz konusu hükmün sadece yüklenicinin, ayıptan doğan doğrudan zararların tazmini açısından satış hükümlerine yollamada bulunulduğunu ileri sürmüşlerdir¹⁰.

⁸ Turgut ÖZ, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989, s.101 (Kısaca: Eser Sözleşmesi); TANDOĞAN, s.108.

⁹ ÖZ, Eser Sözleşmesi, s.100 vd..

¹⁰ ÖZ'e göre, eBK m.359 hükmünde madde metninde "malzemenin iyi cinsten olmamasından" bahsedilmesi nedeniyle doktrinde GAUCH tarafından ileri sürülen söz konusu hükmün sadece zapt hususunu düzenlediğini kabul etmek mümkün değildir. Söz konusu hüküm sadece ayıba ilişkin düzenleme içermektedir. Kullanılan malzeme üçüncü kişiye ait olsa dahi, eser yapılırken çoğu kez taşıyıcı ya da bütünüleyici parça kurallarına göre, eser, iş sahibinin ya da yüklenicinin mülkiyetine geçeceği için, zapt tehlikesiyle ender olarak karşılaşılabilecektir. Zapt söz konusu olsa dahi, eser sözleşmesine ilişkin hükümlerde zapt için bir düzenleme yer almadığından, hukuki sorun sadece genel hükümler ile çözülebilir. Bkz. ÖZ, Eser Sözleşmesi, s.101 vd.; ÖZ, eBK m.357/I hükmündeki yollamanın satış sözleşmesindeki ayıptan sorumluluğu düzenleyen hükümlerin bütününe ilişkin olmayıp, sadece yüklenicinin bu tür ayıplar yönünden iş sahibinin uğradığı zararları tazmin etme yükümlülüğü olarak kabul etmek gerektiğini belirtmektedir. Yüklenici, ayıplı malzeme seçmede kusursuz olsa bile, iş sahibi, eBK m.205/II hükmü uyarınca, eserdeki ayıplardan dolayı doğrudan zararlarının tazminini talep edebilecektir. Bu çözümle, eBK m.357/I'deki yollamanın doğuracağı sakıncaların en aza indirildiği öne sürülmüştür. Bkz. ÖZ, Eser Sözleşmesi, s.101 vd. Aynı görüş için bkz. Ferhat CANBOLAT, İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffilden Doğan Hakları, Ankara 2009, s.57.

Doktrinde, satış hükümlerine yapılan yollamanın sakıncalarını engellemek amacıyla, bazı yazarlar tarafından savunulan bir başka çözüm ise, TBK m.472/I hükmünün, yüklenicinin zapttan sorumluluğunu düzenlediğini kabul etmektir. Buna göre, satış hükümlerinin uygulanmasını gerektiren sorumluluk, zapttan sorumluluktur. Yüklenici, kullandığı malzemenin üçüncü kişiye ait olmamasını da sağlamak yükümlü altındadır. Yüklenicinin ayıplı malzeme ile imal ettiği eser içinse, eser sözleşmesi ne ilişkin düzenlemelerdeki ayıptan sorumluluk hükümleri uygulanmalıdır¹¹.

TBK m.472 hükmünün gerekçesinde ise, yüklenicinin kendisi tarafından sağlanan malzemeden sorumluluğunun zapttan değil ayıptan sorumluluk olduğunun açıklığa kavuşturulduğu belirtilmektedir. Hükmün gerekçesine göre, malzemenin kullanılarak esere dönüştürülmesi halinde malzeme üzerinde hak sahibi bulunan kişilerin, bu malzemelerin sökülerek kendisine verilmesini istemesi “yaratılan değer korunması ilkesi”ne aykırılık teşkil eder. Bu nedenle satış hükümlerine gidilmeye gerek kalmaz, üçüncü kişinin eserde kullanılan malzeme üzerinde üstün hak iddiası için genel hükümlere gidilmesi gerekir. Bu gerekçe ile Kanun Koyucu, doktrinde, yüklenicinin ayıptan sorumluluğuna satıcının sorumluluğunun uygulanmasının karışıklığa yol açacağını ileri süren yazarların, kanunda yer alan düzenlemenin, ancak satıcının zapttan sorumluluğu işaret sayılabileceğine dair çözümlerine de uygulama imkanı bırakmamıştır.

İsviçre’de de, eser sözleşmesi hükümlerinde satıcının sorumluluğuna yapılan yolama tartışmalı olup, söz konusu hükmün zapt sorumluluğuna ilişkin bir düzenleme olduğuna dair ileri sürülen görüş, İsviçre doktrini ve uygulamada da ağırlıkla benimsenmektedir¹². Dolayısıyla İsviçre’de de yüklenicinin malzeme ayıplarından dolayı eser sözleşmesi hükümleri uygulama alanı bulmaktadır¹³.

Tek bir sözleşmede iki farklı sorumluluk hükmünün uygulama alanı bulması, yukarıda işaret ettiğimiz tartışmalara yol açmakla birlikte, şunu da belirtelim ki, İsviçre Hukuku’nda son yıllarda Borçlar Hukuku alanında yapılan reform, ayıptan sorumluluk açısından, satış hükümleri ile eser hükümleri arasındaki bazı farklılıkları ortadan kaldırmıştır. 2012’de yapılan ve 1 Ocak 2013 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren yeni zamanaşımı düzenlemesine göre, satış ve eser sözleşmesi için ayıptan doğan sorumlulukta uygulanacak zamanaşımı süresi OR 201 ve OR 371 hükümlerinde iki ve

¹¹ Fikret EREN, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara, Ekim 2015, 2. Baskı, s.612 vd.; Fahrettin ARAL/ Hasan AYRANCI, Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri), Ekim 2015, 11. Baskı, s.332. Zapt hususunda eser sözleşmesinde hüküm bulunmaması, mevcut atfın zapt hükümlerine yapıldığı yorumunu desteklemektedir. Alper GÜMÜŞ, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.II, İstanbul, Ocak 2014, 3. Baskı, s.17.

¹² Peter GAUCH, der Werkvertrag, Zürich 2011, N.1002 vd.; Klaus TSCHUTSCHER, Die Verjährung der Mangelrechte bei Unbeweglichen Bauwerken, Bern 1995, N.81 ve BGE 117 II 428 (Kaynak için bkz. TSCHUTSCHER, s.37, d.n.161)

¹³ TSCHUTSCHER, N.81

beş yıllık süreler ile OR 127 hükmüne yapılan gönderme ile on yıllık üst süre kabul edilmiştir. Tüketicinin korunması ile ilgili hukuki gelişmeleri yakalamayı hedefleyen bu revizyon ile birlikte, iki düzenleme arasında paralellik sağlanmıştır¹⁴.

Benzer şekilde, 6098 S. TBK'nun ayıptan sorumluluğa ilişkin gerek m.231 hükmünde satıcının sorumluluğu için, gerek TBK m. 478 hükmünde yüklenicinin sorumluluğu için iki yıl zamanaşımı süresi kabul edilmiştir. Taşınmazlar içinse satıcının sorumluluğu açısından TBK m. 244 hükmünde beş yıllık ve TBK m. 478 hükmünde yüklenicinin sorumluluğu için de beş yıllık zamanaşımı süresi düzenlenerek, hükümler arasında yine paralellik sağlanmıştır. Her iki hükümde de, her iki sorumluluk için satıcının/yüklenicinin ağır kusurlu olması halinde zamanaşımı süresinin yirmi yıl olduğuna ilişkin düzenlemeye de yer verilmiştir. 6502 S. TKHK'nda ise, ayıplı mala ilişkin zamanaşımı süresi, m.12'de iki yıl olarak düzenlenmiştir. Aynı hükmünde, konut ve tatil amaçlı taşınmazlar için beş yıllık zamanaşımı süresi öngörülmüş olup, ağır kusur ya da hile ile gizlenen ayıplar zamanaşımı hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmiştir. Ayıplı hizmet içinse, m. 16 hükmünde zamanaşımı süresinin hizmetin ifasından itibaren iki yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğu belirtilmiş olup, ağır kusur ya da hile ile gizlenen ayıplar zamanaşımı hükümlerinin uygulanmayacağı hükmüne m. 16'da da yer verilmiştir.

Yine, eski Borçlar Kanunu zamanında önemli bir fark olarak görülen, ayıptan doğan seçimlik haklardan onarım hakkının satıcının sorumluluğuna ilişkin hükümlerde yer verilmemiş olması sorunu 6098 S. TBK'nda aşılmıştır (TBK m.227). Onarım talebinde bulunabilme imkanı, tüketiciye gerek 4077 S. TKHK'nda, gerekse 6502 S. TKHK'nda tanınmış bir seçimlik hak olduğundan, TBK'nun bu yeni düzenlemesinin TKHK ile de paralellik sağladığını belirtmek gerekir.

Eser teslim sözleşmesi için tartışmalara yol açan bir diğer husus ise eser sözleşmesini düzenleyen hükümlerde, malzeme sağlama borcunun sözleşmenin hangi tarafına yüklendiği hususundadır. Doktrinde, malzeme sağlama borcu açısından da görüş ayrılığı bulunmaktadır¹⁵. Bazı yazarlara göre, TBK m.471/IV hükmü gereğince, malzemeyi sağlama borcu kural olarak yükleniciye ait bir borçtur. Taraflar bunun aksini kararlaştırabilir¹⁶. Karşı görüşteki yazarlara göre, TBK m.472/I ve II ile TBK m. 471/

¹⁴ Peter REETZ/Tabea LORENZ, Die Revidierten Verjährungsbestimmungen im Gewährleistungsrecht, Anwaltsrevue 2013, s.16 vd; Alfred KOLLER, Verjährung der Werkvertraglichen Mängelrechte, AJP 2014, s.303 vd.; Simon ROTH, Integration einer Sache/eines Werks in ein unbewegliches Werk, AJP 2014, s.773 vd..

¹⁵ 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nda aynı husus tartışmalıydı. Söz konusu tartışma ve görüşler için bkz. Haluk TANDOĞAN, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C.II İstisna (Eser) ve Vekalet Sözleşmeleri Vekaletsiz İş Görme Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri, İstanbul 2010, s.104 vd.

¹⁶ Aydın ZEVLİLER/Emre GÖKYAYLA, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2015, s.538 vd.; Murat AYDOĞDU/Nalan KAHVECİ, s.755. 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nda satıcının ayıptan sorumluluğu hükümlerine yollamada bulunan BK m. 357/I hükmü için aynı yönde

III hükümlerinden malzeme sağlama yükümlülüğünün kural olarak iş sahibine ait olduğu anlaşılmaktadır. Bu görüşe göre, şüphe halinde, malzeme sağlama borcunun yükleniciye değil, iş sahibine ait olduğu kabul edilmelidir¹⁷.

Doktrinde azınlıkta kalan bir görüş ise, her somut olayda, bedelin yüksekliğinin, eserin veya sözleşmenin niteliğini göz önünde tutarak yapılacak bir yorumla, malzeme borcunun kim tarafından yüklenmesi gerektiğinin belirlenmesi gerektiğini savunmaktadır¹⁸.

Malzemeyi sağlama borcunun kural olarak kime ait olduğunu belirlemek, eser sözleşmesi açısından öngörülen ayırım bakımından önem taşır. TBK m. 472 hükmü, malzemenin sağlanması yönünden eser sözleşmesini, olağan eser sözleşmesi ve eser teslim sözleşmesi olarak ikiye ayırmaktadır. Olağan eser sözleşmesinde malzemeyi iş sahibi sağlarken, yüklenici eseri meydana getirir. Yüklenici hem malzemeyi sağlıyor hem de eseri meydana getiriyorsa, taraflar arasında eser teslim sözleşmesi olduğu kabul edilmektedir¹⁹. Malzeme sağlama borcunun, kural olarak kime ait olduğu kabul edilirse edilsin, somut olayda, sözleşme taraflarından hangisinin malzemeyi sağlamış olduğu hususu, sözleşmenin niteliği belirlenirken önem taşıyacaktır.

Malzemeyi iş sahibinin sağladığı, bir başka deyişle yukarıdaki ayırma göre “ola-

bkz. TANDOĞAN C.II, s.105. Tandoğan, malzemenin yüklenici tarafından sağlanmasına ilişkin hükme, malzemenin iş sahibi tarafından verilmesine ilişkin düzenlemeden önce yer verilmesi nedeniyle bu sonuca varmaktadır. Aynı yönde Ayhan UÇAR, İstisna Sözleşmesinde Müteahhadin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, 2003, s.244. UÇAR'a göre, eser sözleşmesinde yüklenicinin, asli borcu üstlendiği eseri ayıpsız imal ederek teslim etmektir. Yüklenicinin bu borcunu gereği gibi yerine getirebilmesi için sözleşmenin amacına uygun malzemeyi bizzat seçerek temin etmesi gerekir. İşin uzmanı yüklenicinin, malzemeyi temin etme borcunu yüklenen taraf olması hakkaniyet prensibine de uygun olur. Yüklenici, bu faaliyeti sürdürebilmek için genellikle, bir ticarethane açmaktadır. Dolayısıyla, bu nedenle açılan bir ticarethanede, bu tür faaliyetlerin sunulabilmesi için gereken malzemeler de temin edilebilmelidir. İş sahibine, uzman olmadığı bir hususta böyle bir külfet yüklenmemelidir. Bkz. UÇAR, s.244 vd.

¹⁷ EREN, s.611. GÜMÜŞ'e göre de, TBK m. 472/I ve II hükümlerinin kaleme alınışından ve TBK m.471/IV hükmünün aksi ile yorumundan, malzemeyi sağlama borcunun kural olarak iş sahibine yüklendiği sonucu çıkarılmaktadır. Bkz. GÜMÜŞ, C.II, s.16.

GÜMÜŞ, ayrıca, TBK m.472/I hükmü ile, 818 Sayılı BK'nun m. 357/I hükmüne kıyasen, yüklenicinin malzemeyi sağlama yükümlülüğünün daha fazla netlik kazandığını savunmaktadır. Bu hükme göre, yüklenici m.472/III hükmünde düzenlenen ihbar yükümünü ihlal etmediği sürece, iş sahibinin sağladığı malzeme ile meydana gelen eserin ayıplı olmasının riskini, iş sahibi taşır. Bkz. GÜMÜŞ, C.II, s.17 vd..

EREN'e göre ise, TBK m. 472 malzeme sağlama borcunu taraflardan birine yüklemiş değildir. Taraflar bu hususu serbestçe kararlaştırabilir. Ancak, TBK m. 472/I ve II hükümlerinin, TBK m. 471/III hükmü ile birlikte yorumlanmasından, Kanun Koyucunun malzemeyi sağlama yükümlülüğünü esas olarak iş sahibine ait kabul ettiği anlaşılmaktadır. Bkz. EREN, s.611.

¹⁸ Theodor BUHLER, Art. 363-379 OR. Der Werkvertrag, Zürcher Kommentar, Band V/2d – Das Obligationenrecht, Zürich 1998, Art 364, N.7.

¹⁹ EREN, s.611; ARAL/AYRANCI, s.332.

ğan bir eser sözleşmesinde”, imal edilen eserdeki ayıp, malzemenin ayıplı olmasından kaynaklanıyorsa, ayıbın ortaya çıkmasında, iş sahibinden kaynaklanan bir etken bulunduğundan, yüklenicinin ayıptan sorumluluğu yüklenmesi yerinde görülmemiştir. Ancak, bu hususta yüklenicinin, sorumsuzluk ileri sürebilmesi için özen gösterme, saklama ve hesap verme yükümlülüklerine uygun davranmış olması aranır. Bu nedenle, yüklenicinin sorumluluktan kurtulması için, iş sahibine, verdiği malzemenin ayıpsız bir imal için elverişli olmadığını bildirme yükümlülüğü bulunmaktadır²⁰. Yüklenici, iş sahibi tarafından verilen malzemenin kullanılmasında ve korunmasında gerekli özeni gösterme yükümlülüğünün yanısıra malzemenin kullanılışı hakkında hesap vermek ve kalanı da iade etmekle yükümlüdür²¹.

TBK çerçevesinde, eser teslim sözleşmesinin de, niteliği itibariyle eser sözleşmesi olduğu kabul edilmektedir²².

Eser sözleşmesinin hükümleri açısından, malzemeyi sağlama borcunun kural olarak yükleniciye ait olduğunun kabul edilmesi, sözleşmeyi kural olarak eser teslim sözleşmesi olarak nitelendirmeyi gerektirecektir. Aksi halde, yani malzeme sağlama borcunun kural olarak iş sahibine ait olduğu kabul edilirse, tarafların özel olarak düzenlemedikleri durumlarda, olağan eser sözleşmesinin kurulduğunu kabul etmek gerekecektir.

Kanaatimizce TBK m. 471/IV hükmünün, aksine adet ve anlaşma olmadıkça yüklenicinin, eserin meydana getirilmesi için kullanılacak olan araç ve gereçleri kendisinin sağlamak zorunda olduğunu düzenlemesi, yüklenicinin malzemeyi de sağlamakla yükümlü olduğunu göstermez. Araç ve gereç, imal faaliyetine yani eserin meydana getirilmesine ilişkin kullanılan vasıtalar ve malzeme kavramı bunun dışında kalır²³. Araç ve gereçler, genellikle, yüklenicinin, farklı farklı iş sahipleriyle yaptıkları sözleşmelerin ifası için kullandığı ve kullanılmakla tükenmeyen eşyalar iken, malzeme, belli bir eserin imali sırasında kullanılmak ve işlenmek suretiyle tükenen maddelerdir. Dolayısıyla, eser teslim sözleşmelerinde satıcının sorumluluğuna yapılan yollama ile, yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğuna ilişkin düzenlemeler

²⁰ UÇAR, s.246. Burada yüklenicinin, iş sahibine bildirimde bulunma yükümlülüğünün, satıcının sorumluluğundan farklı olarak, bir külfet değil, bir borç olduğu kabul edilmektedir. Bkz. Murat AYDOĞDU/Nalan KAHVECİ, Türk Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri), Ankara, Ekim 2014, 2. Baskı, s.755.

²¹ AYDOĞDU/KAHVECİ, s.775.

²² EREN, s.612.

²³ GÜMÜŞ'e göre, “Hüküm, aksine anlaşma ve adet yoksa sadece eserin meydana getirilmesinde (örn. İş makineleri, kürek, matkap vs.), veya dolaylı (örn. Malzemelerin konulacağı depo, işçilerin kalacağı baraka, geçici elektrik tesisatı, büro malzemeleri vs.) olarak kullanılacak araç, alet ve malzemeleri kapsar. Bu nedenle eseri oluşturan malzeme (örn. Demir, çimento, kum, çelik levha, vida vs.) TBK m. 471/IV hükmünün kapsamının dışında olup, TBK m.472 hükmü çerçevesinde ele alınır. Bkz. GÜMÜŞ, s.15 vd..

değerlendirildiğinde, eser sözleşmesinde, yani “olağan eser sözleşmesinde” malzemeyi sağlama borcunun, yükleniciye ait olduğunu kabul etmek gerekir. Eser teslim sözleşmelerinde ise malzeme sağlama borcu, zaten yükleniciye ait bir borçtur.

III. 1999/44/AT DİREKTİFİ

Direktif ise, m.1/IV hükmünde eser teslim sözleşmesine ilişkin bir düzenleme getirmiştir. Direktif m.1/IV hükmünde, üretilen, imal edilen tüketim malları için kurulan sözleşmeleri Direktif’in amaçları bakımından, satış sözleşmesi olarak kabul etmiştir. İlgili hüküm, Alman Hukukunda hem BGB § 433 hükmü çerçevesinde satış sözleşmesi, hem de BGB § 651 hükmünde düzenlenen eser teslim sözleşmesini içeren bir tanım getirmektedir²⁴.

Direktif, üretim konusu eşyanın misli eşya gayrimisli eşya olması yönünden herhangi bir ayırım gözetmeksizin üretilen ya da üretilecek olan eşyaların teslimini konu edinen eser teslim sözleşmelerini de satış sözleşmesi hükümlerine bağlayarak, satış sözleşmesinin kapsamını genişletmiştir. Bununla birlikte, Direktif, malzemenin iş sahibi konumundaki tüketici tarafından sağlandığı, sadece imalat faaliyetini konu edinen sözleşmeler yani olağan eser sözleşmeleri için uygulama alanı bulmamaktadır²⁵.

Direktif’in bu ayırımı 6502 S. TKHK’nun düzenlemesinde de etkili olmuştur. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da satış sözleşmesi-eser sözleşmesi şeklinde bir ayırmadan ziyade, ayıplı mal ve ayıplı hizmet kavramları tanımlanmıştır. Ayıplı mal ile ayıplı hizmet ayırımı için de temel faktör olarak mal sağlama taahhüdünün bulunup bulunmaması dikkate alınmıştır. Doktrinde, bu ayırım, mal sağlama taahhüdünün bulunduğu eser sözleşmelerinin de TKHK’nun m.8 vd.daki ayıplı mal hükümlerine ilişkin düzenlemelerine konu olacağı görüşünü güçlendirmiştir²⁶.

²⁴ Thomas MEIERS, Die Entwicklung und Reform der Sachmängelhaftung des Verkäufers beim Stückkauf, im Deutschen Recht zwischen 1992 und 2008 unter vergleichender Berücksichtigung des Englischen Rechts, 2010, s.59; Bettina HEIDERHOFF, Europäisches Privatrecht, 2012, s.179, N.404; Karen PFEIFFER, Der EG-Richtlinienvorschlag über den Verbrauchsgüterkauf und über Garantien für Verbrauchsgüter, s.18 vd.; Christine THIESEN, Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie und die Haftung des Verkäufers für Offentliche Ausserungen Dritter in Frankreich, 2005, s.6.

²⁵ Florian SCHULZ, Der Ersatzlieferungs und Nachbesserungsanspruch des Kaufers im internen Deutschen Recht, im UCC und im CISG, 2001, s.422.

²⁶ Mustafa Alper GÜMÜŞ, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi C.1 (Madde:1-46), İstanbul 2014, s.101; M. Murat İNCEOĞLU, Ayıba Karşı Tekeffül ve Garanti Sorumluluğu, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı, Makaleler-Tartışmalar, İstanbul, Mayıs 2015, s.154.

IV. DİREKTİF ÇERÇEVESİNDE BGB'DE YAPILAN REFORM SONRASI ESER TESLİM SÖZLEŞMESİNE İLİŞKİN DÜZENLEME (BGB § 651)

BGB'de yapılan reformdan satış ve eser hükümleri de etkilenmiştir. Satış ve eser sözleşmesi hükümlerinde reform yapılmasının temel amaçlarından biri, özellikle 1999/44/AT Tüketici Direktifi'nin de iç hukuka aktarılmasıdır.

BGB'de yapılan Reform sonrasında da, eser teslim sözleşmesi (werklieferungsvertrag) yasal bir tanıma kavuşturulmuş değildir²⁷. Ancak, esas amacın Direktif'in iç hukuka aktarılması olduğu göz önüne alındığında, üretilen, imal edilen taşınır eşyalar için kurulan sözleşmeler olarak tanımlanması mümkündür. Buna göre, sözleşmenin konusunda taraflardan birinin ediminde üretim-imal etme amacı ağır basıyorsa, sözleşmenin eser sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Buna karşılık tarafın ediminin karşı tarafa bir mülkiyeti devretmek olduğu kabul ediliyorsa bu durumda satış sözleşmesi hükümleri uygulama alanı bulmalıdır. Bu ayrıma göre, taraflardan birinin malzemeyi sağladığı ve ürettiği ürünü karşı tarafa teslim etmeyi yükümlendiği, "eser teslim sözleşmesi"nde de satış sözleşmesi niteliğinin ağır bastığı kabul edilmektedir²⁸. BGB § 651 hükmüne göre, üretilecek ya da imal edilecek bir taşınır eşyanın teslimini konu edinen sözleşme için satış hükümleri uygulama alanı bulur. BGB § 651/I hükmünde misli eşya-gayri misli eşya ayrımı gözetilmeksizin satış hükümlerinin uygulanmasına işaret edilirken, BGB § 651/III hükmünde gayrimisli eşyalar için kurulan eser teslim sözleşmelerinde satış sözleşmelerine uygulanacak BGB § 446 ve 447. maddeleri yerine BGB § 642, 643, 645, 649 ve 650 maddelerinin uygulama alanı bulacağı belirtilmiştir. Ancak bu sözleşmelerde de, bahsedilen hükümlerin uygulama alanına giren hususlar dışında yine satış sözleşmeleri için getirilen düzenlemeler uygulama alanı bulacaktır²⁹.

Buna göre, BGB § 651 hükmünün eski halinde gayrimisli eşyaların üretiminde, malzeme de yüklenici sağlanıyorsa satış sözleşmesi hükümlerinin uygulama alanı bulacağı kabul görmekte iken, reform sonrası yeni haliyle BGB § 651/III hükmü eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağını belirtmiştir³⁰. Eser teslim sözleşmesinde

²⁷ Klaus SCHREIBER, Die Abgrenzung von Werk-, Werklieferungs- und Kaufvertrag, Jura Heft 1/2013, s.21.

²⁸ H.P. WESTERMANN, Münchener Kommentar zum BGB, 2012, N.21; Hartmut OETKER/Felix MAULTZSCH, Vertragliche Schuldverhältnisse, Wiesbaden 2013, 8. Bölüm, N.9 vd. BGB'de eser sözleşmesinin uygulama alanının kısıtlanması olarak kabul edilen bu düzenleme, satış ve eser sözleşmesinde ayıptan sorumluluk hükümlerinin birbirine yaklaştırılması ile bir sorun doğurmamıştır. Bkz. Gottfried RAISER, Das Werkvertragsrecht nach dem Regierungsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, NZBau 2001, s.599.

²⁹ RAISER, s.599; Marie KIERMEIER, Kaufrecht oder Werkvertragsrecht? Anwendung von § 651 BGB auf IT-Projektverträge, s.7.

³⁰ Michael NIETSCHKE, Werklieferungen im Spannungsverhältnis Zwischen Vertragstypisierung und Parteiautonomie, Archive Für Die Civilistische Praxis (AcP), Bd. 211, 2011, s.738 vd.

dahi, misli eşyalar için satış hükümlerinin uygulanması kabul görürken, gayrimisli bir taşınır eşya üretimi söz konusu ise, BGB § 651/III hükmü gereğince eser sözleşmesi hükümleri uygulama alanı bulacaktır³¹.

Eser teslim sözleşmesini, bir satış sözleşmesinden ayıran husus, sözleşmede imal etme sürecine de yer verilmiş olmasıdır. Ancak, bu unsur, eser sözleşmesindeki gibi sözleşmenin temelini teşkil etmez. Aksine, tamamlanan eşyanın mülkiyetinin kazanılması sözleşmenin asıl amacını meydana getirir. Zaten üretimi yapılacak olan bir eşyanın tamamlanınca devredilecek olması da, menfaatleri ve konuları göz önüne alındığında tarafların satıcı ve alıcı olarak nitelendirilmesini uygun kılar³².

Bu noktada, ürünün seri üretim ile üretiliyor olması, iş sahibinin ihtiyaçlarına göre, eserin üretim sürecinin belirlenmemesi önem taşımaktadır. İş sahibinin ihtiyaçları ve talepleri üretim sürecinde etkili oluyorsa, sözleşmenin eser sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerekecektir.

Reformdan önce de eser sözleşmelerinde de işsahibinin sağladığı malzemenin ayıplı olması nedeniyle imal edilen eserin de ayıplı olması halinde, ayıptan sorumluluk açısından BGB § 442 hükmü çerçevesinde satışa ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulması kabul edilmekteydi.

Reform ile birlikte, yüklenici tarafından malzeme sağlanarak imal gerçekleştiriliyorsa satış hükümlerinin uygulanmasının tercih edilmesi ile ayrımlar arasındaki zorluklar da sona ermiştir. Eskiden onarım talebinin sadece eser sözleşmesinde ayıptan sorumluluk için tanınmış olması, sözleşmelerin nitelendirilmesi için önem taşımaktaydı.

İş sahibinin bakış açısına göre eser sözleşmesinde kabule ilişkin hükümlerin uygulanması bir avantajdır. Satış sözleşmesine kıyasen eser sözleşmesindeki teslimle ilişkin kurallar çok daha kapsamlıdır. Ayrıca eser sözleşmesinin tarafı olmak, iş sahibi sıfatını taşıyan tarafa, imal edilecek eşya için az ya da çok kişisel taleplerini ileri sürbilmek imkanını sağlar.

BGB § 651 hükmünün düzenlenmesinde önemli bir etken de, ayıptan sorumluluğa ilişkin hangi hükümlerin uygulanacağını belirleme amacıdır ve bu noktada yapılan tercihin altında özellikle aynen ifa talebine dair seçimlik hak için satış hükümlerinin uygun bulunması yatmaktadır. Satış hükümlerinde BGB § 439 hükmü aynen ifa talebinin bir uzantısı olarak, alıcıya onarım ve ayıpsız olan ile değiştirme taleplerini tanımıştır. Değiştirme talebinin mümkün görülmesinin nedeni, satış konusunun ağırlıklı olarak endüstriyel, seri üretilen bir ürün olmasıdır. Bireysel talebe

³¹ Wolfgang FIKENTSCHER/Andreas HEINEMANN, Schuldrecht, 2006, s.610, N.1225; KIERMEIER, s.6.

³² SCHREIBER, s.22.

göre imal edilen bir eşyanın ayıplı olması halinde ise yeniden üretilerek sunulması ancak yüklenicinin de bunu istemesi ile mümkün olabilir³³.

BGB § 651 hükmü çerçevesinde eser teslim sözleşmesinde tamamlanan eşyanın, sözleşmenin karşı tarafına mülkiyetinin devri gerekir³⁴. Bu niteliği itibarıyla de eser sözleşmesindeki teslim kavramından ziyade, satış sözleşmesinde zilyetlik ve mülkiyetin nakli unsurunun eser teslim sözleşmelerinin niteliğine daha uygun düştüğünü söyleyebiliriz.

SONUÇ

818 Sayılı Borçlar Kanunu'nda, malzemenin yüklenici tarafından sağlandığı eser sözleşmelerinde, malzemenin ayıplı olmasından doğan sorumluluk için satıcının ayıptan doğan sorumluluk hükümlerinin uygulanacağına dair BK m. 359 hükmü, yüklenicinin aynı sözleşmede farklı sorumluluk hükümlerine tabi kılması nedeniyle doktrinde tartışmalara yol açmıştı. Aynı düzenlemeye, TBK m. 472/I hükmünde de yer verilmiş olması, söz konusu tartışmaları dindirmemiştir.

Ancak, TBK'nun eser sözleşmesine ilişkin hükümleri de, malzemenin yüklenici tarafından sağlandığı eser sözleşmeleri ile malzemenin iş sahibi tarafından sağlandığı eser sözleşmelerini ayırmaktadır. Malzemenin yüklenici tarafından sağlandığı sözleşmeleri eser teslim sözleşmeleri olarak nitelendirilmiştir. Satış sözleşmesi ile eser sözleşmesi arasında, her iki sözleşme tipine de bazı açılardan benzediği kabul edilen bu sözleşmenin, özellikle 1999/44/AT Direktifi m.1/IV hükmü ile satış sözleşmesi olarak nitelendirilmesi, söz konusu Direktif'i iç hukuklarına yansıtan tüm ülkeler için önem taşımaktadır. Nitekim Alman Hukuku'nda, özellikle Borçlar Hukuku alanında yapılan Reformda bu Direktif'in etkilerini görmekteyiz. Yine 6502 S. TKHK'muzun özellikle ayıplı mal ve hizmetlerden sorumluluk açısından, bu Direktif'in etkisinde kaldığı da, bir gerçektir.

Günümüzde, gerek Alman Hukuku'nda, gerek İsviçre Hukuku'nda ağırlıkla savunulan görüş, satış ve eser hükümleri arasında özellikle ayıptan sorumluluk hükümlerine ilişkin farkların giderilmesi yönündedir. Bu açıdan bakıldığında, 6098 Sayılı TBK'nun ve 6502 S. TKHK'nun da eski Borçlar Kanunu ve eski TKHK zamanındaki farklı uygulamaları da bir ölçüde gidermeyi, hükümler arasında denge sağlamayı amaçladığı ve bunu da büyük ölçüde başardığı söylenebilir.

Dolayısıyla, eser teslim sözleşmeleri için satış hükümlerine yollamada bulunan TBK m.472/I hükmü, kanaatimizce, onarım hakkı, zamanaşımı vs. gibi bazı eleştiri

³³ Matthias LEISTNER, Die Richtige Auslegung des § 651 BGB im Grenzbereich von Kaufrecht und Werkvertragsrecht, JA 2007, s.85; NIETSCHKE, s.741.

³⁴ Olağan bir eser sözleşmesinde, malzemeyi iş sahibi sağladığından, eşyanın imal edilmesi tamamlandığında mülkiyetin devrine ayrıca ihtiyaç bulunmamaktadır. Bkz. NIETSCHKE, s.744.

konusu noktalarda satış hükümleri ile eser hükümleri arasında farkların önemli ölçüde giderildiği de göz önüne alındığında, büyük ölçüde modern hukuk sistemleri ile ortak noktada buluşan ve tartışmaların azaldığı bir hüküm haline gelmiştir. TBK m. 472/I hükmünün eser teslim sözleşmeleri için satış hükümlerine yaptığı yollama ile 6502 S. TKHK'nun Direktif ile uyum sağlama amacı birlikte yorumlanarak, eser teslim sözleşmelerine, 6502 S. TKHK'nun ayıplı maldan sorumluluğa ilişkin hükümleri ile TBK'nun satışa ilişkin hükümlerinin uygulanması yerinde olacaktır.

KAYNAKÇA

- ARAL Fahrettin/AYRANCI Hasan, Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri), Ekim 2015, 11. Baskı.
- ASLAN, Yılmaz, 6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku, Mart 2014, 4. Baskı.
- AYDOĞDU, Murat, Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara 2015.
- AYDOĞDU Murat/KAHVECİ Nalan, Türk Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri), Ankara, Ekim 2014, 2. Baskı.
- BUHLER, Theodor, Art. 363-379 OR. Der Werkvertrag, Zürcher Kommentar, Band V/2d – Das Obligationenrecht, Zürich 1998.
- CANBOLAT, Ferhat, İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları, Ankara 2009.
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara, Ekim 2015, 2. Baskı.
- FIKENTSCHER Wolfgang/HEINEMANN Andreas, Schuldrecht, 2006.
- GAUCH, Peter, der Werkvertrag, Zürich 2011.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi C.1 (Madde:1-46), İstanbul 2014.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.II, İstanbul, Ocak 2014, 3. Baskı.
- HEIDERHOFF, Bettina, Europäisches Privatrecht, 2012.
- İNCEOĞLU, M. Murat, Ayıba Karşı Tekeffül ve Garanti Sorumluluğu, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı, Makaleler-Tartışmalar, İstanbul, Mayıs 2015, s.154.
- KIERMEIER, Marie, Kaufrecht oder Werkvertragsrecht? Anwendung von § 651 BGB auf IT-Projektverträge.
- KOLLER, Alfred, Verjährung der Werkvertraglichen Mängelrechte, AJP 2014.
- LEISTNER, Matthias, Die Richtige Auslegung des § 651 BGB im Grenzbereich von Kaufrecht und Werkvertragsrecht, JA 2007.
- MEIERS, Thomas, Die Entwicklung und Reform der Sachmängelhaftung des Verkäufers beim Stückkauf, im Deutschen Recht zwischen 1992 und 2008 unter vergleichender Berücksichtigung des Englischen Rechts, 2010.

- NIETSCHE, Michael, Werklieferungen im Spannungsverhältnis Zwischen Vertragstypisierung und Parteiautonomie, Archive Für Die Civilistische Praxis (AcP), Bd. 211, 2011.
- OETKER Hartmut/MAULTZSCH Felix, Vertragliche Schuldverhältnisse, Wiesbaden 2013.
- ÖZ, Turgut, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989.
- PFEIFFER, Karen, Der EG-Richtlinienvorschlag über den Verbrauchsgüterkauf und über Garantien für Verbrauchsgüter.
- RAISER, Gottfried, Das Werkvertragsrecht nach dem Regierungsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, NZBau 2001.
- REETZ Peter/LORENZ Tabea, Die Revidierten Verjährungsbestimmungen im Gewährleistungsrecht, Anwaltsrevue 2013.
- ROTH, Simon, Integration einer Sache/eines Werks in ein unbewegliches Werk, AJP 2014.
- SCHREIBER, Klaus, Die Abgrenzung von Werk-, Werklieferungs- und Kaufvertrag, Jura Heft 1/2013.
- SCHULZ, Florian, Der Ersatzlieferungs und Nachbesserungsanspruch des Kaufers im internen Deutschen Recht, im UCC und im CISG, 2001.
- SELİÇİ, Özer, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1978
- TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C.II İstisna (Eser) ve Vekalet Sözleşmeleri Vekaletsiz İş Görme Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri, İstanbul 2010.
- THIESEN, Christine, Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie und die Haftung des Verkäufers für Öffentliche Äusserungen Dritter in Frankreich, 2005.
- TİRYAKİ, Betül, Tüketicinin Korunması Hukuku Açısından Ayıplı Hizmetten Doğan Sorumluluk, 2007.
- TSCHUTSCHER, Klaus, Die Verjährung der Mangelrechte bei Unbeweglichen Bauwerken, Bern 1995.
- UÇAR, Ayhan, İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayrıba Karşı Tekeffül Borcu, 2003.
- UYGUR, Turgut, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Cilt II, 2012.
- WESTERMANN, H.P., Münchener Kommentar zum BGB, 2012.
- YAVUZ Cevdet/ACAR Faruk/ÖZEN Burak, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, Kasım 2014, 10. Bası.
- ZEVKLİLER Aydın/AYDOĞDU Murat, Tüketicinin Korunması Hukuku, 2004, 1.baskı.
- ZEVKLİLER Aydın/GÖKYAYLA Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2015.

LA GARANTIE AUTONOME OU LETTRE DE GARANTIE EN DROIT OHADA

(Autonomus Warranty or Letter of Guarantee in OHADA Law)

Diogoye WATHIE*

ÖZET

OHADA'da benimsenmiş terminolojiye göre teminat mektubu olarak anılan bağımsız garanti, teminat hukuku alanındaki önemli yeniliklerden biridir. Teminat mektubunun sözleşmesel nitelik taşımakta olduğu Yeknesak Belge'deki tanımda açıkça ortaya koyulmuştur, fakat revizyon söz konusu tanımı taahhüt kavramından bahsetmek suretiyle tartışmaya açık hale getirmektedir. Teminat mektubunun çeşitli şekli koşullara uyması gerekmektedir; bu koşullara uyulmaması geçersizliğe sebep olur. Teminat mektubu ile yalnızca tüzel kişiler borç altına girebilir, gerçek kişilerin teminat mektubu vermesi mümkün değildir. Teminat mektubunun özellikleri arasında bağımsız olması ve defa ileri sürmenin mümkün olmaması bulunmaktadır. Yeknesak Belge teminatın süresini sınırlamaktadır. Ancak belgenin revize edilmiş halinde süresiz teminat verme olanağı getirilmiştir. Talimat veren hile veya kötüye kullanma durumunda ödeme yapmama imkanına sahiptir. Bu koruma çerçevesinde, garanti veren ve kontrgarantör de talimat veren gibi rücu imkanına sahiptir. Rücu kişisel olabileceği gibi halefiyete de dayanabilir.

Anahtar kelimeler: Teminat mektubu, Bağımsız garanti, OHADA, teminat, Tek Hukuk

Abstract

The Autonomous guarantee called letter of guarantee in the OHADA's jargon is one of the major innovations in the law on secured transactions. Its contractual nature has been clearly defined by the Uniform Act but the revision seems to shade this definition by speaking of engagement. The letter of guarantee follows a certain number of formalities that any non-compliance leads to nullity. It can only be subscribed by corporations so individuals are excluded. The letter of guarantee has a number of characters among which the rules on autonomy, the impossibility to enforce exceptions and their inadmissibility. The Uniform Act

* Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi.

limits the duration of the warranty. However, with the revised version the possibility of unlimited warranty is accepted. In case of fraud or abuse the client who indicates the order has the means to make the payment. In this framework of protection the guarantor and the counter-guarantor has as well as the indicator of the order means of action. The appeal can be personal or subrogation recourse:

Keywords: Letter of guarantee, Autonomous guarantee, OHADA, warranty, Uniform Act

INTRODUCTION

L'organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA) a été créée par le traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique le 17 octobre 1993 à Porto Louis par 16 états africains dont 14 relève de la zone franc. Aujourd'hui Elle est composée de 17 états membres. Elle couvre aussi bien l'Afrique francophone : le Sénégal, la Côte d'Ivoire, le Mali, le Congo, le Togo, la République Centrafricaine, la Guinée, le Bénin, le Gabon, le Tchad, les Comores, le Niger, RD Congo ; l'Afrique lusophone la Guinée Bissau ou encore hispanophone la Guinée Equatoriale et enfin franco- anglophone le Cameroun.

Le législateur OHADA a adopté plusieurs actes uniformes dont celui portant droit commercial général, droit des sociétés et des GIE, les procédures simplifiées de recouvrement et voie d'exécution, ... Au total il ya huit actes uniformes et ceux qui sont en projet tel que l'acte uniforme portant droit du travail. Parmi ces huit actes uniformes figure celui portant droit des sûretés.

Les sûretés sont définies par l'article 1 alinéa 1 du acte comme étant les moyens accordés aux créanciers par la loi ou par convention des parties pour garantir l'exécution des obligations du débiteur quelque soit la nature de celle-ci. En d'autres termes elles sont un ensemble de moyens juridiques destinés à éviter l'insolvabilité du débiteur en conférant aux créanciers certains privilèges. Elles comprennent les sûretés réelles et les sûretés personnelles. Au terme de l'article 2 alinea1 AUS les sûretés personnelles consistent « en l'engagement d'une personne de répondre de l'obligation du débiteur principal en cas de défaillance de celui-ci ou à première demande du bénéficiaire ». De ces sûretés personnelles figure la garantie autonome dénommée dans le jargon OHADA lettre de garantie¹. Selon l'acte uniforme portant droit des sûretés la lettre de garantie est une convention par la quelle à la requête ou sur instruction du donneur d'ordre, le garant s'engage à payer une somme déterminée au bénéficiaire, sur première demande². La lettre de contre-garantie est une convention par laquelle à la requête ou sur instruction du donneur d'ordre ou du garant le contre

¹ Prof. Moussa samb et autres, OHADA Suretés Bruyant, Bruxelles, 2003

² Art 28 AUS

garant s'engage à payer une somme déterminée au garant sur première demande³. Alors l'acte uniforme portant droit des sûretés révisé en son article 39 alinéa 1 et 2 l'a défini « la garantie autonome est l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par le donneur d'ordre et sur instruction de ce donneur d'ordre, à payer une somme déterminée au bénéficiaire, sur première demande de la part de ce dernier, soit selon les modalités convenues. La contre-garantie autonome est l'engagement par lequel le contre garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par le donneur d'ordre et sur instruction et sur instruction de ce donneur d'ordre, à payer une somme déterminée au garant, sur première demande de ce dernier, soit selon les modalités convenues. » Pour cerner à bien la lettre de garantie nous allons étudier sa nature et sa formation(I) avant de voir ces effets (II)

I: La nature et la formation de la lettre de garantie

Etudier la nature de la garantie ainsi que sa formation nous permettra de s'intéresser sur les caractères principaux de cette dernière tels l'autonomie, inopposabilité et irrévocabilité. Mais aussi elle nous permettra de dégager les personnes qui sont susceptibles de souscrire une lettre de garantie. Et dans un autre angle nous examinerons sa durée ainsi que sa forme.

A : La nature de la lettre de garantie et de contre garantie

La nature de la lettre de garantie ne fait aucun doute au vue de l'article 28 AUS car il définit la lettre de garantie et de contre- garantie comme une convention. Cependant l'article 39 AUS révisé semble mettre en doute cette nature contractuelle en la définissant comme un simple engagement⁴. Pour certains auteurs la lettre de garantie ou de contre garantie n'est pas un acte abstrait ou non causé. Le fondement de cette affirmation repose sur deux idées fondamentales. D'abord la définition légale résultant de l'article 39 AUS révisé montre clairement dans la garantie ou contre garantie, le garant et le contre contre-garant s'obligent «en considération d'une obligation souscrite par le donneur d'ordre et sur instruction de ce donneur d'ordre » cela veut dire exactement que le garant et le contre garant ne s'engage « in solo » mais sur instruction d'une donneur d'ordre. Dans un autre angle le fondement de cette affirmation découle de l'article 41 de l'acte uniforme portant droit de révisé sûretés qui fait figurer parmi les mentions obligatoires qui doivent être contenues dans l'écrit « la convention de base l'action ou le fait, en considération desquelles la garantie ou la contre garantie autonome est émise ». Toutefois, il faut noter que la garantie ou la contre garantie est autonome du contrat de base. Cette autonomie est décrite par

³ Art 28 AUS

⁴ Prof Moussa Samb et autres, OHADA Suretes Bruyant, Bruxelles, 2003.

l'article 40 alinéa 2 de l'acte uniforme portant droits des sûretés révisé. Pour certains auteurs, l'autonomie est doublement intellectuelle et matérielle⁵.

La qualification de la garantie ou du contre garantie doit se baser sur l'autonomie de l'engagement du garant ou du contre garant contrairement au cautionnement qui est dans toutes ces formes restent une garantie accessoire au contrat principal⁶.

B. Les caractères de la lettre de garantie

Etudier les caractères la lettre de garantie autonomie revient à s'interroger sur son autonomie son inopposabilité et son irrévocabilité. Comme nous l'avions mentionné plus haut l'autonomie de la garantie est mentionnée par l'article 41 portant AUS. Selon ce texte « elle créait des engagements autonomes, distinctes, des conventions, actes et faits susceptibles d'en constituer la base ».

Comme nous l'avons rappelé en analysant la nature de la garantie cette autonomie est intellectuelle et matérielle. L'autonomie matérielle de la garantie ou de la contre garantie réside sur le fait que qu'elles sont fournies par un garant ou contre garant en faveur du bénéficiaire. Elle est intellectuelle du fait que le contre garant s'engage lui-même sans confondre son engagement à la dette initiale à payer une somme déterminée au bénéficiaire⁷.

La seconde innovation majeure du législateur OADA en matière de consolidation des sûretés résident dans l'inopposabilité des exceptions étant le corolaire de l'autonomie de la garantie mais également sur le gage au profil du créancier est titulaire d'un gage sur créance. A ce niveau lorsque le débiteur se voit signifier le transfert de créance à titre pignoratif il a le choix entre deux alternatives : soit accepter le transfert ou le refuser. Dans la première hypothèse, il sera engagé comme un tiré accepteur d'une lettre d'échange en pareil étant de fait il ne pourra plus à l'échéance opposer au créancier gagiste les exceptions qu'il aurait pu opposer à son créancier et tiré de rapports entre eux⁸.

Toutefois si le débiteur refuse le transfert pour des raisons d'opportunités il ne sera nullement engagé envers le créancier sauf si au jour de l'échéance il est débiteur du débiteur. En pareil cas il sera tenu en réalité comme un tiré non accepteur qui a reçu provisions. L'inopposabilité des exceptions est expressément prévu par l'article

⁵ CH Galvauda et J. Etoufflet, la lettre de garantie internationale, R. T. D. com. 1980 page 1 et s.

⁶ Prof. Moussa Samb, la révision des droits des sûretés en droits OADA. Revu de droit uniforme Africain/Actualités trimestriel de droit et jurisprudence numéro 05, 2011

⁷ Prof. Moussa Samb, la révision des droits des sûretés en droits OADA. Revu de droit uniforme Africain/Actualité trimestriel de droit et jurisprudence numéro 05, 2011

⁸ Prof. Alassane Kanté, réflexion sur le principe de l'égalité entre créanciers dans le droit des procédures collectives d'apurement du passif (OHADA), Revue, EDJA, numéro 56

30 AUS et l'article 41 AUS r. Article 41 dispose « l'impossibilité pour le garant ou le contre garant de bénéficier des exceptions de la caution ». L'article 41 est le corolaire de l'article 42 de l'acte uniforme portant droit des sûretés révisé (AUS r).

Sur la problématique de l'inopposabilité des exceptions dont peut se prévaloir le bénéficiaire de la lettre de garantie ou de contre garantie, est elle similaire à celle dont bénéficie le délégué envers le délégataire. Sur cette question la doctrine reste divisée⁹.

Pour certains auteurs la lettre de garantie n'est une simple application de la technique juridique de la délégation. D'autres auteurs prennent le contrepied de cette affirmation en soutenant que la lettre de garantie ou le contre garantie résulte d'une convention triangulaire différente de celle de la délégation du fait que la garantie est souvent émise sous une forme unilatérale qui n'exige pas une acceptation préalable du bénéficiaire¹⁰.

L'acte uniforme pourtant droits des sûretés dans son article 32 alinéa 2 dispose « sauf clause contraire expresse, les instructeurs du donneur d'ordre ainsi que la garantie et la contre garantie sont irrévocable ». Ce qui sous-entend que l'irrévocabilité est une disposition légale supplétive qui peut être remplacé. Selon le Professeur Samb le fait d'incérer dans la convention une possibilité de révocation de la garantie ou de la contre garantie peut être bel et bien interprété comme une conviction de nature potestative, donc « un engagement nul de l'article 1174 du code civil ». Dans un tel état de fait la sûreté en tant que tel serait dépourvue de tout son essence du fait que le bénéficiaire est privé de son droit d'usage du fait de la possibilité de révocation unilatérale donc dispose le garant. L'acte uniforme révisé portant droits des sûretés dans son article 42 aliéna 2 et 3 fait la distinction entre le cas d'une garantie ou contre garantie à durée déterminée et celle d'une garantie ou de contre garantie à durée indéterminée. Cette modification résultant de cette disposition montre clairement dans le cas d'une garantie ou d'une contre garantie les instructions du donneur d'ordre sont irrévocables par le garant ou contre-garant alors que dans le cadre d'une garantie ou d'une contre-garantie à durée indéterminée les instructions du donneur d'ordre peuvent être révoqué par le garant ou le contre garant respectivement¹¹.

C. Les parties

Tranchant sur le débat posé en jurisprudence et doctrine et à l'occasion des RUDG notamment l'acte uniforme portant droit des sûretés dans son article 29 a

⁹ Prof. Moussa Samb, la révision des droits des sûretés en droits OADA. Revue de droit uniforme Africain/Actualité trimestriel de droit et de jurisprudence numéro 0 05, 2011

¹⁰ Joseph Issa Sayegh, OHADA, Sûretés Bruyant, Bruxelles, 2003

¹¹ Prof. Moussa Samb, la révision des droits des sûretés en droits OADA. Revue de droit uniforme Africain/Actualité trimestriel de droit et de jurisprudence numéro 0 05, 2011

décidé que les lettres de garanties ou de contre garanties ne peuvent être souscrire à peine de nullité par des personnes physiques¹². Cela montre clairement que la garantie ou la contre garantie ne peut être souscrite que par des personnes morales. La question est de savoir que l'exclusion des personnes physiques de la possibilité de souscrire une lettre de garantie ne limite t-elle pas son centre d'application. Toutefois, les personnes physiques ont la possibilité à travers les lettres d'intention de souscrire des engagements donc la rigueur peut si elles le veulent aller au delà des engagements d'un garant autonome¹³. Et les personnes physiques peuvent si elles veulent être bénéficiaires ou donneurs d'ordre. Le législateur OADA ne fait aucune distinction entre les personnes morales de droit publiques ou privées.

D. la forme et la durée

L'acte uniforme portant droit des sûretés à son article 30 pour éviter tout contentieux sur la nature juridique de l'engagement pris par le donneur d'ordre et le garant exige le respect d'un certain formalisme. La lettre de garantie ou de contre garantie ne se présume pas. Sous peine de nullité, elle doit être constaté par écrit et comportant des mentions prévues dans l'article 32. La lettre de garantie prend effet à compter du jour ou elle est émise, c'est ce qui résulte de l'acte uniforme révisé portant droits des sûretés en son article 43 aliéna 1 lorsqu'il dispose « les garanties et contre garanties autonomes prennent effet à la date ou elles ont été émises sauf stipulation d'une prise d'effets à une date ultérieure ». A travers cette disposition le législateur OADA ne fait que reprendre la solution de principe retenue par les règles uniformes de la CCI et par la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes à savoir la prise d'effet à la date de l'émission¹⁴.

Ainsi l'article 38 prévoit que l'engagement prend fin au jour calendaire ou l'expiration du délai prévu met automatiquement fin a l'engagement du garant sans qu'il soit important de préciser une libération expresse du donneur d'ordre. Cette disposition de l'article 38 est reprise par l'article 49 révisé qui dispose que « la garantie peut cesser soit au jour calendaire spécifié ou à l'expiration du délai prévu, soit à la présentation au garant ou au contre garant des documents libératoires spécifiques dans la lettre, soit sur délégation écrite du bénéficiaire libérant le garant ou le contre garant de leur obligation».

Pour ce qui concerne la durée de vie de la garantie, elle est limitée. Toute ga-

¹² Pascal K. AGBOYIBOR, la Consécration législative de la lettre de garantie ou de contre garantie constitue t-elle un progrès ou une régression pour la pratique des garanties indépendantes dans la zone www.AODA.com

¹³ Otomou Jean Ignace, La lettre de garantie OHADA, RDAI 1999, n 4 .p.425

¹⁴ Prof.Moussa Samb, la révision des droits des sûretés en droits OADA. Revue de droit uniforme Africain/Actualité trimestriel de droit et de jurisprudence numéro 0 05, 2011

rantie permanente ou indéterminée est frappée de nullité¹⁵. Ce contenu résulte des dispositions de l'article 30 de l'acte uniforme portant droit des sûretés. Toutefois, l'article 43 aliéna 3 admet la possibilité de souscrire une garantie ou contre garantie a durée indéterminée, c'est ce qui résulte de cette disposition « les garanties ou contre garanties autonomes à durée indéterminée peuvent être évoquées par le garant ou le contre garant respectivement ».

II. Les effets de la lettre de garantie

Etudier les effets de la lettre de garantie revient à s'interroger sur l'appel de la garantie et les moyens de défense et de recours dont disposent le garant ou le contre garant.

A. L'appel a la garantie

L'appel à la garantie obéit à des conditions et suscite des effets tels que le paiement. Les conditions de validité de la garantie sont liées à l'exclusion des personnes physiques, des conditions de formes et de fond. La lettre de garantie doit être dénommée « lettre de garantie à première demande » ou s'agissant de la contre garantie « lettre de contre garantie à première demande »¹⁶. C'est ce qui résulte des dispositions de l'article 30 portant droit des sûretés. Le non-respect de cette « domination » entraîne la nullité du contrat nonobstant le respect des conditions de fond. Pourtant pour certains auteurs, cette solution semble excessive parce que avant la reforme le bénéficiaire pouvait au pire craindre une requalification de la garantie en simple cautionnement alors tel ne serait plus le cas maintenant¹⁷.

L'article 41 de l'acte uniforme révisé tout en exigeant la dénomination de garantie ou de contre garantie impose l'inscription du nom du donneur d'ordre ; celui du bénéficiaire ; et le nom du garant ou contre garant. A ces conditions de fond s'ajoutent l'exigence de la convention de base, l'action ou le fait cause de l'émission de la garantie, le montant maximum de la somme garantie, la date d'expiration de la garantie ; les conditions de la demande de paiement, et l'impossibilité pour le garant ou le contre garant de bénéficier des exceptions de la caution.

Etudier les effets de la garantie revient à s'interroger sur le paiement. Le législateur OHADA pour mieux encadrer la demande de paiement l'a soumis à des règles formelles. L'article 34 de l'acte uniforme dispose toute demande de paiement au titre

¹⁵ Otomou Jean Ignace, La lettre de garantie OHADA, RDAI 1999, n 4 .p.425

¹⁶ Otomou Jean Ignace, La lettre de garantie OHADA, RDAI 1999, n 4 .p.425

¹⁷ Pascal K. AGBOYIBOR, la Consécration législative de la lettre de garantie ou de contre garantie constitue t-elle un progrès ou une régression pour la pratique des garanties indépendantes dans la zone OHADA. www.OHADA.com

de la lettre de garantie doit être faite au plus tard à la date d'expiration de celle-ci. Alors que l'acte uniforme révisé portant droit des sûretés en son article 45 aliéna 2 supprime toute référence à la date à laquelle la demande en paiement doit être effectuée mais laisse croire qu'elle doit être faite avant l'expiration de la garantie, à moins qu'il ne s'agisse d'une garantie ou contre garantie autonome à durée indéterminée, non résiliée au jour de la demande en paiement. C'est ce qui résulte de cette disposition « la demande de paiement au titre de la contre garantie autonome doit résulter d'un écrit du garant mentionnant que le garant a reçu une demande de paiement emmenant du bénéficiaire et conforme aux stipulations de la garantie ». Par ailleurs l'article 45 aliéna 3 dispose que toute demande de paiement doit être conforme aux termes de la garantie ou de la contre garantie autonome au titre de laquelle elle est effectuée, et doit, sauf clause contraire, être présentée au lieu d'émission de la garantie ou, en cas de contre garantie, au lieu d'émission de la contre garantie. Au terme de l'article 45 aliéna 2 la demande de paiement obéit la même rigueur étant donné qu'elle doit résulter d'un écrit du bénéficiaire et de toute autre demande prévue dans la garantie. Cette demande doit indiquer également le manquement reproché au donneur d'ordre dans l'exécution de l'obligation en considération de laquelle la garantie a été souscrite. Ce qui veut dire donc l'acte uniforme portant droit des sûretés consacre ainsi la formule de la « garantie documentaire justifiée », qui subordonne l'appel en garantie d'une part à la présentation des documents spécifiés au contrat, d'autre part par la preuve de l'inexécution par le donneur d'ordre de ces obligations¹⁸.

B. Les moyens de défense et de recours

En matière de garantie les moyens de défense de paiement apparaissent lorsqu'il y a fraude ou abus¹⁹. Cela est clairement exprimé par l'article 38 AUS et confirmé par l'article 47 de l'acte uniforme portant droit des sûretés révisé. L'article 47 dans ses aliéna 1 et 2 dispose que « le donneur d'ordre ne peut faire défense de payer au garant que si la demande de paiement au bénéficiaire est manifestement abusive ou frauduleuse. Le contre garant dispose de la même faculté en l'encontre du garant dans les mêmes conditions.

Le donneur d'ordre ne peut faire défense de payer au contre garant que si le garant savait ou aurait du savoir que la demande de paiement du bénéficiaire avait un caractère manifestement abusif ou frauduleux ».

Mais il faut faire la distinction entre un appel abusif et un appel frauduleux. Il y a fraude lorsqu'il y a détournement du droit par diverses manœuvres du bénéficiaire

¹⁸ Prof.Moussa Samb, la révision des droits des sûretés en droits OADA. Revue de droit uniforme Africain/Actualité trimestriel de droit et de jurisprudence numéro 0 05, 2011

¹⁹ Otomou Jean Ignace, La lettre de garantie OHADA, RDAI 1999, n 4 .p.425

dans l'intention de nuire le donneur d'ordre. Par contre il ya abus lorsque de manière indubitable, il apparait que le donneur d'ordre a entièrement exécuter ses obligations à l'égard du bénéficiaire ou bien il est claire et net que le contrat ne va être exécuté. D'autre part l'abus est déterminé en fonction des conditions d'exercices du droit alors que la fraude est des manœuvres effectués enfin d'obtenir un paiement. Contrairement à la Convention des Nations Unies qui a son article 19 aliéna 2 détermine les cas ou la demande de paiement n'est pas justifiée le législateur OHADA est resté muet sur ce point²⁰. De même l'acte uniforme ne donne aucune précision sur la forme de l'opposition en paiement et la juridiction compétente.

Toutefois il faut noter que le bénéficiaire doit être de bonne foi et il ne doit pas être non plus la cause qui a entraîné le risque. Dans un tel cas il est de sans droit. Parmi les risques que comptent couvrir le garant on peut noter la non conclusion d'un marché projeté par le soumissionnaire déclaré adjudicataire ou la mauvaise exécution du marché.

En matière de contentieux le garant et le contre garant disposent des recours ainsi que le donneur d'ordre. Il faut noter qu'il s'agit l'un des aspects de la garantie qui le rapproche du cautionnement. Les recours du garant et du contre garant résultent de l'article 37 AUS. Ce texte dispose : « le garant ou le contre garant qui fait un paiement utile au bénéficiaire dispose des mêmes recours que la caution contre le donneur d'ordre. Cette assimilation permet au garant et au contre garant d'avoir un recours personnel et un recours subrogatoire. Le recours personnel résulte de l'article 32 relatifs au cautionnement. Selon cette disposition « la caution qui a payé, a également contre débiteur principal un recours personnel pour ce qu'il a payé en principal en intérêts de cette somme et en frais engagés depuis qu'il a dénoncé au débiteur principal les poursuites menées contre elle. Elle peut en outre réclamer des dommages et intérêts pour préjudices subit du fait des poursuites du créancier. »

Dans de telles circonstances le seul moyen d'échapper au recours du garant c'est de prouver qu'il avait fait opposition de paiement pour fraude ou abus.

Le recours subrogatoire résulte de l'article 31 de l'acte uniforme révisé. Selon cet article « la caution est subrogée dans tous les droits et garanties du créancier poursuivant pour tout ce qu'il a payé à ce dernier. » on voit à travers cet article que le législateur OHADA a consacré la subrogation de plein droit.

De même que le garant et le contre garant le donneur d'ordre dispose de recours. Le recours du donneur d'ordre peut être dirigé contre le bénéficiaire ou contre le garant ou contre garant²¹. Cela se réalise lorsque la garantie n'a pas été mise en œuvre

²⁰ Prof. Moussa Samb, la révision des droits des sûretés en droits OADA. Revue de droit uniforme Africain/Actualité trimestriel de droit et de jurisprudence numéro 0 05, 2011

²¹ Otomou Jean Ignace, La lettre de garantie OHADA, RDAI 1999, n 4. p.425

dans les conditions prévues. Et le recours du donneur d'ordre contre le bénéficiaire se justifie lorsque le paiement reçu du garant est indu. Il est encore envisageable que le donneur d'ordre retourne contre le garant si celui-ci a payé alors qu'il ne le devrait pas du tout. Car le garant ou le contre garant avait connaissance du caractère frauduleux ou abusif de l'appel du bénéficiaire²².

CONCLUSION

Parmi les grandes innovations réalisées par le législateur OHADA en matière de sûretés figure la lettre de garantie. A travers la lettre de garantie ou garantie autonome le législateur voulait renfoncer la sécurité des affaires. Raison pour la quelle la garantie obéit à un certain formalisme dont le non respect entraîne sa nullité. C'est dans ce même contexte de sécurité des affaires qu'il a exclu les personnes physiques de la possibilité de souscrire une lettre de garantie. Même si certains penseurs déplorent cette exclusion. L'autonomie et l'opposabilité de la garantie sont les piliers de cette garantie.

Toutefois il faut noter que le législateur OHADA est resté muet sur certains points dont nous attendons avec patience l'éclaircissement de la CCJA.

BIBLIOGRAPHIE

- CH Galvaud et J. Etoufflet, la lettre de garantie internationale, R. T. D. com. 1980 page 1 et s.
- Joseph Issa Sayegh, OHADA, Sûretés Bruyant, Bruxelles, 2003
- Otomou Jean Ignace, La lettre de garantie OHADA, RDAI 1999, n 4 .p.425
- Pascal K. AGBOYIBOR, la Consécration législative de la lettre de garantie ou de contre garantie constitue t-elle un progrès ou une régression pour la pratique des garanties indépendantes dans la zone OHADA. www.ohada.com
- Prof. Alassane Kanté, réflexion sur le principe de l'égalité entre créanciers dans le droit des procédures collectives d'apurement du passif (OHADA), Revue, EDJA, numéro 56.
- Prof. Moussa Samb, la révision des droits des sûretés en droits OADA. Revue de droit uniforme Africain/Actualité trimestriel de droit et de jurisprudence numéro 0 05, 2011
- Prof. Moussa samb et autres, OHADA Sûretés, Bruyant, Bruxelles, 2003
- Acte uniforme portant droit des sûretés. www.ohada.com
- Acte uniforme portant droit des sûretés révisé. www.ohada.com

²² Prof. Moussa Samb, la révision des droits des sûretés en droits OADA. Revue de droit uniforme Africain/Actualité trimestriel de droit et de jurisprudence numéro 0 05, 2011