

ISSN: 1303 - 4650

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY
FACULTY OF LAW

ÖZEL SAYI:

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ'NİN KURULUŞUNUN

20. YILI ARMAĞANI

Cilt: II

SPECIAL ISSUE:

FESTSCHRIFT FOR THE 20TH ANNIVERSARY

OF THE FOUNDING OF THE YEDİTEPE UNIVERSITY FACULTY OF LAW

Vol. II

Yılda iki sayı yayımlanan hakemli dergi
This Journal is a peer reviewed journal published twice a year.

Cilt: XIII, Sayı: 2

Vol. XIII, No. 2

Yıl / Year: 2016



YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY FACULTY OF LAW

Yayın Sahibi / *Publisher*

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi adına Prof. Dr. Haluk Kabaalioğlu
(Dekan)

On Behalf of Yeditepe University Faculty of Law Prof. Dr. Haluk Kabaalioğlu
(Dean)

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / *Responsible Manager*

Yard. Doç. Dr. Ragıp Barış Erman

Yönetim Yeri / *Place of Management*

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İnönü Mah. Kayışdağı Cad.
26 Ağustos Yerleşimi, 34755 Ataşehir / İstanbul. Tel.: (0216) 578 05 39

İnternet Adresi / *Web Address*: <http://law.yeditepe.edu.tr/yayinlar/sureli-yayinlar/you-hukuk-fakultesi-dergisi/>

Yayının Türü / *Type of Publication*

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi yılda iki sayı olarak yayımlanan, **ULAKBİM** (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi) Ulusal Hukuk Veri Tabanı'na kabul edilmiş hakemli bir dergidir.

*The Journal of Yeditepe University Faculty of Law is a peer reviewed journal published twice a year and it was recognised as national peer reviewed journal in the National Law Database of **ULAKBİM** (Turkish Academic Network and Information Center).*

Basımcının Adı / *Printed by*

Teknik Basım Tanıtım Matbaacılık San. Tic. A. Ş.

Keyap Tic. Mrk. Bostancı Yolu Cad. F1 Blok

No: 93 Y. Dudullu Ümraniye - İstanbul

Tel: (0 216) 508 20 20 Faks: (0216) 508 20 45

www.teknikbasim.com

Sertifika No: 24871

Basım Yeri / *Place of Publication*

İstanbul / *Istanbul*

Basım Tarihi / *Publication Date*

10 Ocak 2017 / *10 January 2017*

ISSN: 1303 - 4650

Editör / Editor

Prof. Dr. Haluk Kabaaliolu (Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi /
Yeditepe University Faculty of Law)
kabaaliolu@yeditepe.edu.tr

Tüm yazışmalar ve katkıda bulunmak isteyenler için iletişim bilgileri:
*All correspondence concerning articles and other submissions may be
addressed to:*

E-posta / E-mail: dilertamer@yahoo.com

Telefon / Phone: (0216) 578 00 00

Faks / Fax: (0216) 578 07 56

Posta Adresi / Postal Address:

Yeditepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi

İnönü Mah. Kayışdağı Cad.

26 Ağustos Yerleşimi

34755 Ataşehir – İstanbul

Bu dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir.
*Articles published in this journal represent only the views of the
contributors.*

Copyright © 2016

Tüm hakları saklıdır. Bu yayının hiçbir bölümü, Yeditepe Üniversitesi
Hukuk Fakültesi'nin yazılı izni olmadan, fotokopi yoluyla veya elektronik,
mekanik ve sair suretlerle kısmen veya tamamen çoğaltılamaz, dağıtıla-
maz, kayda alınamaz.

*All rights reserved. No part of this publication may be copied, reproduced,
stored in a retrieval system, or transmitted, in any form or by means, with-
out the prior expressed permission in writing of the Yeditepe University
Faculty of Law.*

Dergiye yapılan atıflarda “YÜHFD” kısaltması kullanılmalıdır.
For citations please use the abbreviation: “YUHFD”

Dergimiz Hakkında / About Our Journal

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (YÜHFD), yılda iki sayı olarak yayımlanan, hakemin yazarı bilmemesi esasına dayalı hakemli bir hukuk dergisidir. 2004 yılından beri yayın hayatını sürdürmekte olan Dergi'de hakem denetiminden geçmiş makaleler, karar tahlilleri, içtihat ve mevzuat kronikleri ile eser incelemelerine yer verilmektedir. Her sayıda Türk ve yabancı akademisyenler ve hukuk uygulamacıları tarafından kaleme alınan, hukukun her alanıyla ilgili değerli eserler yayımlanmaktadır.

Dergi'mize göstermiş olduğunuz ilgiden dolayı memnuniyetimizi ifade eder, sizlerin de hukukun her alanına ilişkin olabilecek özgün makale ve diğer türdeki eserler olsun (karar tahlilleri, eser incelemeleri vb.) katkılarınızla Dergi'mizin daha da zenginleşeceği kanaatinde olduğumuzu belirtmek isteriz.

Journal of Yeditepe University Faculty of Law (YUHFD) is a peer reviewed academic journal published regularly twice a year, concentrating on issue of law and considers for publication articles, case notes and comments, discussions of legislative developments and book reviews. It has been in publication since 2004. Each issue contains scholarly works concerning all branches of law, authored by scholars and practitioners around the globe.

We appreciate your interest in our journal and welcome your contributions in the form of articles, notes, comments or reviews on topics reflecting a broad range of perspectives on law; with your contributions and support can and will our journal progress.

Danışmanlar Kurulu / *Advisory Board*

Prof. Dr. Haluk Kabaaliöđlu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Prof. Dr. Nami Barlas, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Prof. Dr. Nuray Ekşi, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Prof. Dr. Oktay Uygun, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Prof. Dr. Mehmet Bahtiyar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Prof. Dr. Ali Cem Budak, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Prof. Dr. Hakan Üzeltürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Prof. Dr. Sultan Tahmazođlu Üzeltürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Yayın Komisyonu / *Publication Committee*

Prof. Dr. Haluk Kabaaliöđlu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Prof. Dr. Yaşar Gürbüz, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Prof. Dr. Duygun Yarsuvat, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Prof. Dr. Köksal Bayraktar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Prof. Dr. Abdülkadir Arpacı, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Prof. Dr. Nami Barlas, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Prof. Dr. Nuray Ekşi, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Prof. Dr. Oktay Uygun, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Prof. Dr. Ali Cem Budak, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Prof. Dr. Augusto Sinagra, La Sapienza, Roma Üniversitesi
Prof. Dr. Bart de Schutter, Vrije Universiteit Brussel
Prof. Dr. Claudio Grossman, American University, Washington College of Law
Prof. Dr. Helge Loytved, Universität Bielefeld, Fakultät für Rechtswissenschaft; Bundessocialgericht, Kassel
Prof. Dr. Michel Waelbroeck, Brüssel Üniversitesi, ULB
Prof. Dr. Nanette Neuwahl, Montreal Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Prof. Dr. Patrick Hugg, Loyola University School of Law
Prof. Dr. Ruşen Ergeç, ULB Universite Libre de Bruxelles
Prof. Dr. Stefan Talmon, Universität Bonn, Fakultät für Rechtswissenschaft, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Völkerrecht und Europarecht; Co-Direktor des Instituts für Völkerrecht
Prof. Dr. Don Wallace, Jr., Georgetown Üniversitesi, International Law Institute-Chairman
Prof. Dr. Hakan Üzeltürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Diler Tamer, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Faruk Acar, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Ali Ekrem Akartürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Melek Bilgin Yüce, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Bülent Sözer, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Cem Dinar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Gül Doğan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Ragıp Barış Erman, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Semin Töner Şen, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Ahmet Cemil Yıldırım, Kemerburgaz Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Zuhâl Arıç, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Mehmet Şua, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Efe Dırenisa, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Cihan Avcı Braun, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Onur Özcan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. H. Afşın İlhan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Sönmez Küçük, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Aksoy Yavaş, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Öğr. Gör. Dominik Braun, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Öğr. Gör. Cihan Mengü Acun, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Öğr. Gör. Nazan Moroğlu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Öğr. Gör. Jennifer Morrison, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Öğr. Gör. İsmail Esin, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

PUBLICATION AND SUBMISSION REQUIREMENTS OF JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY FACULTY OF LAW

1. Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (YÜHFD), altı ayda bir yayımlanan hakemli bir dergidir.

The Journal of Yeditepe University Faculty of Law (YUHFD) is a peer reviewed journal published twice a year.

2. Dergi’de yayımlanabilecek yazılar, hukuk içerikli her türlü makale, karar incelemesi ve kitap incelemesi ve çevirilerdir. Yazıların dili, Türkçe veya diğer Avrupa dilleridir.

This is a general journal of law and legal issues. Articles, case notes and comments, discussions of legislative developments, book reviews and other similar type of papers which are written in Turkish and in other European languages are welcome.

3. Dergi’de yayımlanmak üzere gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. *Articles that will be sent to the editor should not be published elsewhere, nor be submitted to other journals simultaneously.*

4. Yazılar Microsoft Word (Microsoft Office 98 ve üzeri versiyonlar) formatında (.doc veya .docx dosya uzantılı olarak) yazılmış olmalıdır. Ayrıca yazılar, aşağıdaki şekil şartlarına uygun olarak kaleme alınmış olmalıdır:

Kağıt boyutu: A4

Üst: 2,5 cm; Alt: 2,5 cm; Sol: 2 cm; Sağ: 2 cm

Metin: Times New Roman, 12 punto, 1.5 satır aralığı, iki yana yaslı

Dipnotlar: Sayfa altında, Times New Roman, 10 punto, 1 satır aralığı, iki yana yaslı

Articles should be submitted as Microsoft Word (either with .doc or .docx file extensions) documents (Microsoft Office 1998 or higher versions).

Articles should be written according to the following style guidelines:

Paper size: A4

Top: 2.5 cm; Bottom: 2.5 cm; Left: 2 cm; Right: 2 cm

Text body: Times New Roman, 12 points, at 1.5 line spacing, justified

Footnotes: Times New Roman, 10 points, at 1 line spacing, justified

5. Her yazı, kaydedildiği bir CD ile ya da elektronik posta yolu ile Microsoft Word formatında editöre teslim edilmelidir. Yazının basılı olarak teslimi gerekmemektedir.

Softcopy of the article either on a CD or as an attached Microsoft Word Document via e-mail should be submitted to the editor. There is no need to submit any hardcopy of the article.

6. Yazıyla birlikte yazarın (veya yazarların) adına, unvanına, çalıştığı kuruma, açık adresine, kolay ulaşım sağlanabilecek telefon numaralarına ve elektronik posta adreslerine ilişkin bilgiler de editöre ulaştırılmalıdır. *The name(s), formal position(s), institutional affiliation(s) and contact details (especially e-mail(s)) of the author(s) must be clearly included with the submission to the editor.*

7. Dergi'ye gönderilen makaleler Türkçe ve İngilizce **başlık** ile hem İngilizce hem de Türkçe **özet** kısmı içermelidir. *Each submission should contain a Turkish (only for Turkish authors) and an English **Title**, as well as a structured **Abstract** in Turkish (only for Turkish authors) and English.*

8. Dergi'ye gönderilen makalelerde, ilgili makaledeki konuyu tanımlayan Türkçe ve İngilizce uygun **anahtar kelimeler** bulunmalıdır. *All articles should be accompanied by a sufficient number of **keywords** in Turkish (only for Turkish authors) and English that reflect the content of the article.*

9. Dergi'ye gönderilen makalelerde kullanılan kaynaklar, makale sonunda **kaynakça** olarak alfabetik sırada verilmiş olmalı ve kullanılan kaynaklar dipnotunda veya metin içerisinde kısa olarak yer almalıdır. *All references cited in the text should be numbered in the order of mention in the text and should be given in abbreviated form in footnotes. They should be listed in full form at the end of the article in an alphabetically arranged **bibliography** as well.*

10. Dergi'ye gönderilen makalelerin yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu ve **basılmaya hazır olarak** verildiği kabul edilir. *All submissions are regarded as **ready to publish** and already proofread by the author himself or herself.*

11. Yayın Kurulu'nda ilk değerlendirilmesi yapılan makaleler, anonim olarak hakeme gönderilecek, hakemden gelen rapor doğrultusunda makalenin yayımlanmasına, hakemden gelen rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yayımlanmamasına karar verilecek ve yazar durumdan en kısa zamanda ve genellikle e-posta yolu ile haberdar edilecektir. Tamamlanmış veya düzeltilmiş yazı, Yayın Kurulu'nca, tekrar hakeme gönderilebilir.

Articles will initially be examined by the editorial board. After initial evaluation by the editorial board, the submissions will be sent to an anonymous peer reviewer, who is determined by the editorial board. In case of rejection or proposed amendments, the contributor(s) will be informed (generally via e-mail) in adequate detail and provided with a copy of the reviewer's report. Whenever needed or necessary, a reviewed and amended submission may be sent to a second reviewer.

12. Dergi, hakemin yazarı bilmemesi esasına (**kör hakemlik**) dayanır. Hakeme gönderilecek makalelerde de yazarın kimliğine ilişkin bilgilerin gizliliği sağlanır. *All articles submitted are subject to a **blind peer review**. The identity of the author(s) and reviewer(s) will not be revealed to the other party.*

13. Tüm Hakem Raporları, **ULAKBİM** (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi) **Hukuk Veri Tabanı Komitesi** tarafından denetlenmesine olanak verecek şekilde 5 yıl saklanır.

*All reviewers' evaluation reports will be kept for at least five years after publication and copies of these reports will be sent to the **ULAKBİM** (Turkish Academic Network and Information Center) **Law Database Committee** whenever required.*

14. Dergi'ye ait yeni sayı yayımlandıkça, bu sayı tek bir **PDF** dosyası şeklinde **ULAKBİM Online Dergi Takip Sistemine (ODİS)** yüklenir. Ayrıca Dergi'nin 2 adet basılı kopyası da **ULAKBİM**'e kargo ile ulaştırılır. *Each published issue of the Journal will be uploaded as a PDF file to the **Online Journal Watch System of ULAKBİM (ODIS)**. Also two copies of the published issue will be delivered to **ULAKBİM** by cargo.*

15. Dergi basıldıktan sonra ilgili sayının yazarlarına ve bu sayıda hakemlik yapmış olanlara ücretsiz olarak gönderilir. *Free copies of the of the published issue will be sent both to the author(s) and to the reviewer(s).*

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
Cilt: XIII, Sayı: 2, Yıl: 2016

İÇİNDEKİLER

İNSAN ÜZERİNDE DENEY VE DENEME SUÇLARI

Yard. Doç. Dr. R. Barış ERMAN1

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

e-posta: baris.erman@yeditepe.edu.tr

ÖRTÜLÜ REKLAMLARIN YASAKLANMASININ MARKA HUKUKU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yard. Doç. Dr. Mehmet Fethi ŞUA.....45

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

e-posta: suamehmet@gmail.com

6537 SAYILI TOPRAK KORUMA VE ARAZİ KULLANIMI KANUNUNDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASI HAKKINDA KANUNUN MÜLKİYET HAKKININ SINIRLANDIRILMASINA İLİŞKİN HÜKÜMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yard. Doç. Dr. Hayriye ŞEN DOĞRAMACI.....69

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

e-posta: hayriyes@anadolu.edu.tr

6750 SAYILI TİCARİ İŞLEMLERDE TAŞINIR REHNİ KANUNU'NA İLİŞKİN BAZI TESPİTLER

Yard. Doç. Dr. Esra HAMAMCIOĞLU / Yard. Doç. Dr. Argun KARAMANLIOĞLU95

Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi / Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

e-posta: esra.hamamcioglu@khas.edu.tr / argun.karamanlioglu@khas.edu.tr

**AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN SON DÖNEMDEKİ
İÇTİHATLARI IŞIĞINDA İLETİŞİMİN ADLİ VE ÖNLEME AMAÇLI OLARAK
DENETLENMESİ VE ÖZEL HAYATA MÜDAHALE**

Yard. Doç. Dr. Begüm BULAK UYGUN.....139

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

e-posta: begum.bulak@yeditepe.edu.tr

**TÜRKİYE'DE PARLAMENTONUN BİLGİ EDİNME ARAÇLARININ
ETKİNLİĞİ**

Yard. Doç. Dr. Tevfik Sönmez KÜÇÜK155

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

e-posta: sonmez83@hotmail.com

**KONŞİMENTODA VE ÇARTER SÖZLEŞMELERİNDE BULUNAN TAHKİM
ŞARTININ YÜK İLGİLİLERİNE ETKİSİ**

Yard. Doç. Dr. Hüseyin Afşın İLHAN181

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra – İflas Hukuku Anabilim
Dalı Öğretim Üyesi

e-posta: afsin.ilhan@yeditepe.edu.tr

**KARA YOLUNDA YAPILAN YÜK TAŞIMASINDA SINIRLI
SORUMLULUKTAN YARARLANMA HAKKININ KAYBINA SEBEBİYET
VEREN KUSUR TÜRLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ**

Yard. Doç. Dr. Aksoy YAVAŞ200

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Deniz Ticareti Hukuku Anabilim Dalı Öğretim
Üyesi

e-posta: aksoyyavas@hotmail.com

**TİCARET MAHKEMELERİNİN TEŞKİLAT VE GÖREVİNE İLİŞKİN 6545
SAYILI KANUN DEĞİŞİKLİĞİ**

Araş. Gör. Dr. Fatih AYDEMİR.....239

Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra – İflas Hukuku Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi

e-posta: fatih.aydemir@kocaeli.edu.tr

**5684 SAYILI SİGORTACILIK KANUNU'NDA YER ALAN TAHKİM
HÜKÜMLERİ İLE 6100 SAYILI HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU'NDAKİ
TAHKİM HÜKÜMLERİNİN KARŞILAŞTIRILMASI**

Araş. Gör. Tuğba SEMERCİ VURALOĞLU.....269

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

e-posta: tugba.semerci@yeditepe.edu.tr

REHİN AÇIĞI BELGESİ

Araş. Gör. Mustafa Okan YAĞCI.....313

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

e-posta: okan.yagci@yeditepe.edu.tr

**ULUSLARARASI HUKUKTA DENİZ TERÖRİZMİ VE DENİZ
HAYDUTLUĞUNUN MUKAYESESİ**

Ferhat ALTUNDAĞ.....338

Harp/Harekât Hukuku Uzmanı, Türk Deniz Kuvvetleri

e-posta: ferhat.altundag@gmail.com

**JOURNAL OF YEDITEPE UNIVERSITY
FACULTY OF LAW
Volume: XIII, No: 2, Year: 2016**

CONTENTS

ILLEGAL HUMAN EXPERIMENTATION AND EXPERIMENTAL MEDICAL TREATMENTS

Asst. Prof. Dr. R. Barış ERMAN.....1

Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Criminal and Criminal Procedure Law

e-mail: baris.erman@yeditepe.edu.tr

EVALUATION OF THE COVERT ADVERTISING BANNING RULES IN TERMS OF TRADEMARK LAW

Asst. Prof. Dr. Mehmet Fethi ŞUA.....45

Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Commercial Law

e-mail: suamehmet@gmail.com

THE ASSESSMENTS OF THE PROVISIONS REGARDING THE RESTRICTION OF OWNERSHIP IN THE LAW ON AMENDMENTS REGARDING THE LAW NUMBERED 6537 THE SOIL CONSERVATION AND LAND USE

Asst. Prof. Dr. Hayriye ŞEN DOĞRAMACI.....69

Anadolu University Faculty of Law, Dept. of Civil Law

e-mail: hayriyes@anadolu.edu.tr

SOME REMARKS ON THE LAW ON SECURITY RIGHT OVER MOVABLE ASSETS IN COMMERCIAL TRANSACTIONS (LAW NR. 6750)

Asst. Prof. Dr. Esra HAMAMCIOĞLU / Asst. Prof. Dr. Argun KARAMANLIOĞLU.....95

Kadir Has University Faculty of Law, Dept. of Commercial Law / Kadir Has University Faculty of Law, Dept. of Commercial Law

e-mail: esra.hamamcioglu@khas.edu.tr / argun.karamanlioglu@khas.edu.tr

PREVENTIVE AND JUDICIAL SURVEILLANCE OF COMMUNICATION IN THE LIGHT OF RECENT CASE LAW OF THE ECHR AND THE RIGHT TO RESPECT FOR PRIVATE LIFE

Asst. Prof. Dr. Begüm BULAK UYGUN.....139

Yeditepe University Faculty of Law

e-mail: begum.bulak@yeditepe.edu.tr

THE EFFICIENCY OF INSTRUMENTS OF OBTAINING INFORMATION BY PARLIAMENT IN TURKEY

Asst. Prof. Dr. Tevfik Sönmez KÜÇÜK155

Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Constitutional Law

e-mail: sonmez83@hotmail.com

THE EFFECT OF AN ARBITRATION CLAUSE CONTAINED IN BILLS OF LADING AND CHARTERPARTIES ON PARTIES CONCERNED WITH THE CARGO

Asst. Prof. Dr. Hüseyin Afşın İLHAN181

Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Civil Procedure and Insolvency Law

e-mail: afsin.ilhan@yeditepe.edu.tr

EVALUATION OF DEFAULT TYPES, WHICH RESULT WITH LOSING THE RIGHT OF LIMITED LIABILITY IN THE CARRIAGE OF GOODS BY ROAD

Asst. Prof. Dr. Aksoy YAVAŞ200

Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Maritime Law

e-mail: aksoyyavas@hotmail.com

LAW NO. 6545 AMENDING THE ORGANIZATION AND AREA OF COMPETENCE OF COMMERCIAL COURTS

Res. Asst. Dr. Fatih AYDEMİR.....239

Kocaeli University Faculty of Law, Dept. of Civil Procedure and Insolvency Law

e-mail: fatih.aydemir@kocaeli.edu.tr

**COMPARISON BETWEEN THE ARBITRATION PROVISIONS IN INSURANCE
ACT NO. 5684 AND THE ARBITRATION PROVISIONS IN CODE OF CIVIL
PROCEDURE NO. 6100**

Res. Asst. Tuğba SEMERCİ VURALOĞLU.....269

Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Commercial Law

e-mail: tugba.semerci@yeditepe.edu.tr

CERTIFICATE OF PLEDGE DEFICIT

Res. Asst. Mustafa Okan YAĞCI313

Yeditepe University Faculty of Law

e-mail: okan.yagci@yeditepe.edu.tr

**A COMPARISON BETWEEN MARITIME TERRORISM AND MARITIME PI-
RACY IN INTERNATIONAL LAW**

Ferhat ALTUNDAĞ.....338

Expert of Law of War/Operations, Turkish Naval Forces

e-mail: ferhat.altundag@gmail.com

İNSAN ÜZERİNDE DENEY VE DENEME SUÇLARI
(*ILLEGAL HUMAN EXPERIMENTATION AND EXPERIMENTAL MEDICAL
TREATMENTS*)

Yard. Doç. Dr. / Asst. Prof. Dr. R. Barış ERMAN*

ÖZET

İnsan üzerinde deney ve deneme suçları, Türk Ceza Kanunu'nun 90. maddesinde düzenlenmiştir. Bu çalışmada, söz konusu suçlara ilişkin temel hukuki sorunlar ele alınmakta, suç tipi ceza hukuku sistematigi içinde incelenmekte ve konuya ilişkin öneriler getirilmektedir. Bu kapsamda özellikle insan üzerinde deney ve denemelere ilişkin uluslararası hukuk ve etik belgeleri, ulusal sağlık hukuku mevzuatında klinik araştırmalara ilişkin düzenlemeler ve ceza hukuku öğretisi ve uygulaması karşılaştırılarak konuya yönelik farklı yaklaşımlar açıklanmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: *İnsan üzerinde deney, tedavi amaçlı deneme, klinik araştırma, kendi geleceğini belirleme hakkı, sağlık mevzuatı, tıp etiği.*

ABSTRACT

Illegal human experimentation and experimental medical treatments are criminalized under art. 90 of the Turkish Criminal Code. This article deals with the basic legal issues regarding these offences, analyzes them under a systematic approach, and offers proposals for improving the legal standard. Particularly, international legal and ethical texts regarding human experimentation, provisions regarding clinical trials under national,

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, **e-posta:** baris.erman@yeditepe.edu.tr

and criminal law theory and praxis are compared, trying to explain different approaches about the problems at hand.

Keywords: *Human experimentation, experimental treatment, clinical trial, right to self-determination, medical legislation, medical ethics.*

I. İNSAN ÜZERİNDE DENEY VE TEDAVİ AMAÇLI DENEME KAVRAMLARI VE TÜRK CEZA KANUNU'NDAKİ DÜZENLEMELER

A. GENEL OLARAK

İnsan üzerinde deney ve deneme, Türk Ceza Kanunu'nun 90. maddesinde düzenlenen iki ayrı suç tipidir¹. Maddenin ilk üç fıkrası ile 5. fıkrası "insan

¹ Madde metni şöyledir:

Madde 90 (İnsan Üzerinde Deney):

(1) *İnsan üzerinde bilimsel bir deney yapan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

(2) *İnsan üzerinde yapılan rızaya dayalı bilimsel deneyin ceza sorumluluğunu gerektirmemesi için;*

a) *Deneyle ilgili olarak yetkili kurul veya makamlardan gerekli iznin alınmış olması,*

b) *Deneyin öncelikle insan dışı deney ortamında veya yeterli sayıda hayvan üzerinde yapılmış olması,*

c) *İnsan dışı deney ortamında veya hayvanlar üzerinde yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin, varılmak istenen hedefe ulaşmak açısından bunların insan üzerinde de yapılmasını gerekli kılması,*

d) *Deneyin, insan sağlığı üzerinde öngörülebilir zararlı ve kalıcı bir etki bırakmaması,*

e) *Deney sırasında kişiye insan onuruyla bağdaşmayacak ölçüde acı verici yöntemlerin uygulanmaması,*

f) *Deneyle varılmak istenen amacın, bunun kişiye yüklediği külfete ve kişinin sağlığı üzerindeki tehlikeye göre daha ağır basması,*

g) *Deneyin mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı olarak açıklanan rızanın yazılı olması ve herhangi bir menfaat teminine bağlı bulunmaması,*

Gerekir.

(3) *(Değişik: 31/3/2005 – 5328/7 md.) Çocuklar üzerinde bilimsel deneyin ceza sorumluluğunu gerektirmemesi için ikinci fıkrada aranan koşulların yanı sıra;*

a) *Yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin, varılmak istenen hedefe ulaşmak açısından bunların çocuklar üzerinde de yapılmasını gerekli kılması,*

b) *Rıza açıklama yeteneğine sahip çocuğun kendi rızasının yanı sıra ana ve babasının veya vasisinin yazılı muvafakatinin de alınması,*

YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)

üzerinde deney” suçuna ilişkin olup, 4. fıkrada ise “deneme” suçunun unsurları belirlenmiştir. Bu iki suç tipinin unsurları büyük ölçüde birbiriyle örtüşmekte, ancak hareket, netice, hukuka aykırılık unsuru ve nitelikli haller bakımından birbirinden ayrılmaktadır. Bu nedenle, suçların unsurlarında tekrara yer vermemek adına, yalnızca birbirinden ayrıldıkları noktalarda ilgili suç tiplerine ilişkin ayrı başlıklar altında inceleme yoluna gidilmiş, benzer oldukları hususlar ise ortak başlıklar altında açıklanmıştır.

B. KAVRAMLAR

1. İnsan Üzerinde Deney

İnsan üzerinde deney, bilimsel araştırma amacıyla, bir ilacın veya tıbbi bir yöntemin iyileştirme amacına yönelik olmadan, insan sùjeler üzerinde denenecek etkililiğinin saptanması olarak tanımlanabilir. Çok basit bir tanım- la insan üzerinde deney, bir bireyi ne şekilde etkileyeceğini öğrenmek için onun üzerinde gerçekleştirilen her türlü davranıştır².

Deneyi diğer tıbbi müdahalelerden ayıran en önemli nokta, deneyin iyileştirme amacına yönelmemesi ve herhangi bir tıbbi gerekliliğe dayanmaması, yani “tıbbi endikasyonunun” bulunmamasıdır. Belirtmek gerekir ki, Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 12. maddesi, “tıbbi gereklilikler dışında müdahale yasağı” başlığını taşımakta ve “teşhis, tedavi veya korunma maksadı olmaksızın, ölüme veya hayati tehlikeye yol açabilecek veya vü-

c) Deneyle ilgili izin verecek yetkili kurullarda çocuk sağlığı ve hastalıkları uzmanının bulunması,

Gerekir.

(4) Hasta olan insan üzerinde rıza olmaksızın tedavi amaçlı denemede bulunan kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ancak, bilinen tıbbi müdahale yöntemlerinin uygulanmasının sonuç vermeyeceğinin anlaşılması üzerine, kişi üzerinde yapılan rızaya dayalı bilimsel yöntemlere uygun tedavi amaçlı deneme, ceza sorumluluğunu gerektirmez. Açıklanan rızanın, denemenin mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı olarak yazılı olması ve tedavinin uzman hekim tarafından bir hastane ortamında yapılması gerekir.

(5) Birinci fıkrada tanımlanan suçun işlenmesi sonucunda mağdurun yaralanması veya ölmesi halinde, kasten yaralama veya kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanır.

(6) Bu maddede tanımlanan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.

² Bassiouni, M. Cheriff – Baffes, Thomas G. – Evrard, John T., “An appraisal of human experimentation in international law and practice: the need for international regulation on human experimentation”, The Journal of Criminal Law & Criminology, Vol 72, No.4, 1981,1597.

cut bütünlüğünü ihlal edebilecek veya akli veya bedeni mukavemeti azaltabilecek hiçbir şey yapılamaz ve talep de edilemez” şeklinde bir hüküm getirmiştir. Maddenin lafzı, endikasyonu bulunmayan tıbbi müdahalelerin yasaklandığı anlamına gelmekte ve bu bakımdan haklı olarak eleştirilmektedir³. Bunun haricinde, bilimsel deneyler de teşhis, tedavi veya korunmaya değil, tıp biliminin gelişmesine yönelik müdahaleler olduğundan, bu madde, aynı yönetmeliğin klinik araştırmaları düzenleyen 32 ve devamı maddeleri ile de çelişki içindedir. *Kanaatimizce*, uygulanma imkanı da bulunmayan bu maddenin yürürlükten kaldırılması gerekmektedir.

Bunun haricinde deney kural olarak yeni bir ilacı veya yöntemi konu edinmekte olduğundan, bu ilaç veya yöntemin tıbbi standarda dahil olduğu da söylenemeyecektir. Bununla birlikte, insan üzerinde deneye ilişkin etik ve hukuki koşullar, deneyin de ancak belli standartlar dahilinde gerçekleştirilmesini gerekli kılarlar ve böylece konu üzerindeki standart eksikliğini giderirler. Deneyin sonuçlarına ilişkin tıbbi standart eksikliği, bunun sonuçlarının tahmin edilebilir olmadığı anlamına gelmemekle birlikte, özellikle yan ve advers etkiler bakımından araştırmaların tamamlanmadığı bir aşamada, deneye tabi tutulan kişinin sağlığı veya vücut bütünlüğü üzerinde belirli bir riskin oluştuğu kabul edilmelidir⁴.

Belirtmek gerekir ki, endikasyonu bulunmayan her tıbbi müdahale insan üzerinde deney anlamına gelmemektedir. Örneğin, sırf estetik amaçlı tıbbi müdahalelerde veya kısırlaştırma gibi doğum kontrolüne yönelik müdahalelerde de tıbbi endikasyon bulunmamaktadır. Bu durumda “deney”i tıbbi endikasyonu bulunmayan diğer müdahalelerden ayıran nokta, tıbbi standarda girmemiş yeni bir tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesi ve bunun sonucunda oluşacak bilgi ile tıp biliminin ilerlemesine katkıda bulunmanın amaçlanmasıdır. Nitekim Yargıtay, tıbbi endikasyonu bulunmayan ve standartlara aykırı olarak gerçekleştirilerek hastanın ölümüne yol açan bir ameliyatta “insan üzerinde deney” suçu bakımından inceleme yapmamış, kusurlu hekimin “taksirle öldürme” suçundan cezalandırılması yönündeki

³ Bkz. **Eroğlu, Fulya**, “Hasta Hakları Yönetmeliği’nde Yer Alan Haklara İlişkin Bir İnceleme”, Suç ve Ceza, 2009/3, 8-10.

⁴ Krş. **Altunkaş, Aysun**, “İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Ulusal Sağlık Hukuku “Klinik Araştırmalar ve İlaç Hukuku” Sempozyumu, Seçkin, Ankara, 2014, 189.
YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)

hükmü onamıştır⁵. Başka bir Yargıtay kararında da, kendisine danışan kişiye, yetkisi olmamasına rağmen antidepresan ilaç yazan ve kişinin durumunun ağırlaşmasına neden olduğu iddia edilen bir psikoloğun insan üzerinde deney değil, kasten veya taksirle yaralama suçunu işlemiş olabileceği sonucuna varılmıştır⁶.

Bu durumda, deneyi diğer müdahalelerden ayıran üç özellik olduğu söylenebilir: Yeni bir ilacın veya yöntemin etkililiğini ölçme amacına yönelik bir bilimsel araştırma çerçevesinde gerçekleştirilmesi, müdahalenin tıbbi endikasyonunun bulunmaması ve uygulanan ilaç veya yöntemin - henüz- tıbbi standarda dahil olmaması.

2. Tedavi Amaçlı Deneme

Henüz tıbbi standarda dahil olmayan yeni bir ilaç veya tıbbi yöntemin, tedavi amacıyla uygulanması, “tedavi amaçlı deneme” olarak adlandırılmaktadır. Bu durumu deneyden ayıran başlıca nokta, hastanın tedavisi gibi tıbbi endikasyonu gösteren bir unsurun bulunmasıdır. Tedavi amaçlı denemede, geleneksel yöntemlerle kendisine yardım edilemeyen bir hasta üzerinde, sonuçları güncel deneyim düzeyine göre yeterli kesinlikte tespit

⁵ “Beyin ve Sinir Cerrahisi olan sanığın, 1991 yılında ‘sırtına ağırlık düşmesi’ sonucu omurları kırılmış, bacakları felç olmuş 1972 doğumlu ölen hastayı, olaydan 6 ay önce muayene ettikten sonra, ameliyatla iyileşebileceği, yeni gelişen sırt ağrılarından kurtulabileceği, bacaklarında gelişen sıçramaların ve omurilik gerginliğine bağlı bulguların düzelebileceği, rehabilitasyona yardımcı olacağını söyleyerek, olay günü, özel hastanede ameliyata aldığı, ameliyat sırasında hastanın kalp yırılmasına bağlı iç kanama nedeniyle müdahaleye rağmen kurtarılamayarak hayatını kaybettiği olayda; sanığın DIC gelişmesi sonrası kalpte enfarkt meydana geldiği ve yırtığın bu nedenle oluştuğunu ifade etmesine rağmen, (...) İhtisas Kurulu ve Yüksek Sağlık Şurası raporlarına dayanılarak; ‘yapılan ameliyatın gerekliliğinin bulunmadığı, damar yaralanmalarını engellemek amacıyla sol taraftan giriş yapılmadığı, bu tip operasyonlarda büyük damar yaralanmaları görülebilmekle birlikte literatürde bu tip operasyonlar sırasında geliştiği bildirilen kalp yaralanması olmadığı, dolayısıyla ölüm olayının meydana gelmesinde kusurlu olduğu’ kabul edilerek mahkumiyetine karar verilmesinde isabetsizlik görülmemiştir.” Ygt. 12. CD., 30.03.2015 t., E. 2014/9975, K. 2015/5409 s.K., **Erdem, Ümit**, Yargıtay 12. Ceza Dairesi (2014-2016) Kararlarında Hekimin Sorumluluğu, Legal, İstanbul, 2016, 339 vd.

⁶ Ygt. 12. CD., 02.07.2012 t., E. 2012/13207, K. 2012/16578 s.K. Karar için bkz. **Özalp, Tuba – Özalp, Faruk**, Hekimin Cezai Sorumluluğu, 2.b., Adalet, Ankara, 2016, 186-187.

edilemeyen teşhis veya tedavi yöntemlerinin uygulanması söz konusudur⁷. Müdahale yönteminin yalnızca yeni ve riskli olması, buna karşılık aynı müdahalenin tıbbi standartlarda dahil olması durumunda ise denemeden değil, standart bir uygulamadan söz edilecektir⁸.

Neyin standart uygulama olup neyin olmadığı, kanunda düzenlenemeyecek ve tıp biliminin gelişimi ile koşut olarak içeriği sürekli değişerek gelişecek bir konudur. Bu nedenle, her bir somut olayda belirli bir müdahalenin tıbbi standartlarda dahil olup olmadığı ayrı ayrı araştırılmalıdır⁹.

Türk Ceza Kanununun 90. madde gerekçesi, deney ile deneme kavramlarının birbirinden ayrılmasında, bilimsel çalışmanın hangi aşamasında bulunduğu hususunu öne çıkartmıştır. Gerekçeye göre: “*Düzenlemede deney terimi bilimsel çalışmanın ilk aşamalarına yönelik olarak kullanılmıştır. Deneme ise bilimsel amaçlı deney sonuçlarının; henüz bir kesinliğe varmasa da, hastalığın tedavi konusunda ulaştığı somut bazı faydalarından yola çıkarak hasta bir insana uygulanması işlemidir*”. Bu ayrım tek ölçüt olarak dikkate alındığında, deneyin, denemeden önceki aşama olduğu ileri sürülebilir¹⁰. Bununla birlikte, tedavi amacının güdülmesi halinde, aydınlatılmış rızanın kapsamına yönelik koşullara da uyulmuş ise, tedavi amaçlı denemenin hukuka uygunluğu bakımından önceden aynı sonuçları gösteren bir deneyin yapılmış olmasının zorunlu olmadığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle, denemenin mutlaka “deneyden sonra” gerçekleştirilmesi gerektiği ve önceden aynı yönde bir deneyin bulunmaması halinde denemeye izin verilemeyeceği yönündeki bir yanlış anlamaya neden olmamak için, bu ayrımı ve ölçütü öne çıkaran görüşlere katılmıyoruz.

Kanaatimizce, bilimsel deney ile tedavi amaçlı deneme arasındaki temel fark, amacın araştırma yerine iyileştirmeye yönelik olmasıdır. Bununla birlikte, tedavi amaçlı denemenin söz konusu olabilmesi için bazı ek koşullar gereklidir. Uygulanması düşünülen yöntemin, tıbbi veriler çerçevesinde kesinlik gösteren sonuçlarının bulunmaması, ancak müdahalenin

⁷ Helle, Jürgen – Frölich, Jürgen – Haindl, Hans, “Der Heilversuch in der klinischen Prüfung von Arzneimitteln und Medizinprodukten”, NJW 2002, 860.

⁸ Biermann, Elmar, Die Arzneimittelprüfung am Menschen, Gießen, 1985, 339.

⁹ Bkz. Aygün Eşitli, Ezgi, İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları, Yetkin, Ankara, 2012, 167.

¹⁰ Bu yönde, Özbek, Veli Özer – Doğan, Koray, “İnsan Üzerinde Deney Suçu (TCK m. 90)”, Prof. Dr. Uğur Alacakaptan’a Armağan, c.1, İstanbul Bilgi Üniversitesi yayını, İstanbul, 2008, 545.

gerçekleştirildiği an itibariyle, öngörülen sonuçlar ile olası riskler tartıldı-ğında hastanın yararına bir sonucun doğması bakımından somut bir olasılığın bulunması gerekmektedir¹¹. Bu olasılık, klasik tıp biliminin bilimsel verileri kullanılarak saptanmalıdır. Tıbbi standardın dışında kalan ve tıp biliminin verileri çerçevesinde somut bir yarar sağladığı da ispatlanmamış olan bazı uygulamalar ise, günümüzde “alternatif tıp” çerçevesinde değerlendirilmektedir. Türk hukukunda bu gibi uygulamaların bir kısmı, Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Yönetmeliği çerçevesinde düzenlenmiştir¹². Yönetmelik Ek-3’te sayılan uygulamalar dışındakiler yasaklanmıştır¹³. Bu yönetmelik çerçevesinde söz konusu uygulamalara hukuki zemin hazırlanmıştır. Ancak Yönetmelik, tıbben herhangi bir somut yarar beklentisi söz konusu olmadan, her türlü alternatif yöntemin “tedavi amaçlı deneme” olarak kabul edilip uygulanabileceği sonucunu doğurmamalıdır¹⁴.

Nitekim Yargıtay’ın konu ile ilgili kararları da bu görüşü doğrular niteliktedir. Yargıtay’a göre: *“Bu açıklamalardan anlaşılan, sağlıklı bir insan üzerinde bilimsel bir denemede bulunma deney niteliğinde iken, hasta olan ve bilinen yöntemler ile tedavi edilemeyen kişi üzerinde tedavi amaçlı yapılan bilimsel işlemlerin ise deneme olduğu ve mağdurun aydınlatılmış olması karşısında eylemin suç teşkil etmediğidir”*¹⁵.

3. Klinik Araştırma

Türk Ceza Kanunu’nun esas aldığı “deney-deneme” ayrımı, tıp hukuku ve sağlık uygulamaları alanında yerleşmiş bulunan ayrımlara doğrudan karşılık gelmemektedir. Sağlık mevzuatında, bu iki alan birbiriyle iç içe, “klinik araştırmalar” çatısı altında görülmekte ve düzenlenmektedir. İlaç ve Biyo-

¹¹ Biermann, 336.

¹² RG 27.10.2014, 29158.

¹³ Yönetmelikte sayılan ve sayılmayan alternatif tıp uygulamaları hakkında bkz. **Erol Sarıyev, Ayşe**, Alternatif Tıbbî Yöntemlerden Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk, Adalet, Ankara, 2015, 35 vd.

¹⁴ Bkz. **Hakeri, Hakan**, Tıp Hukuku, 10.b., Seçkin, Ankara, 2015, 630.

¹⁵ Ygt. 12. CD., 26.04.2012 t., Ek. 2011/20105, K. 2012/10908 s.K. Karar için bkz. **Yaşar, Hasan Tahsin – Artuç, Mustafa – Yaşar, Osman**, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 2.b., Adalet, Ankara, 2014, 3142-3143.

lojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmelik¹⁶, insan üzerinde gerçekleştirilen klinik araştırmaları şöyle tanımlanmaktadır:

*“Bir veya birden fazla araştırma ürününün klinik, farmakolojik veya diğer farmakodinamik etkilerini ortaya çıkarmak ya da doğrulamak; advers olay veya reaksiyonlarını tanımlamak; emilim, dağılım, metabolizma ve atılımını tespit etmek; güvenliliğini ve etkililiğini araştırmak amacıyla insanlar üzerinde yürütülen çalışma”*¹⁷.

Bu tanım, çalışmanın sağlıklı veya hasta gönüllüler üzerinde gerçekleştirilmesi bakımından bir ayırım gütmeyeceğinden, deney ve deneme kavramlarının her ikisini kapsamaktadır. Başka bir açıdan ise, aynı tanım, mutlaka insanın vücut bütünlüğü bakımından bir müdahale teşkil edebilecek deney veya denemelere göre daha geniş olup, örneğin dosya üzerinden gerçekleştirilebilecek araştırmaları da kapsamına almaktadır¹⁸. Bu nedenle, Yönetmelik çerçevesindeki “klinik araştırma” kavramı, Türk Ceza Kanunu’nun “insan üzerinde deney” ve “tedavi amaçlı deneme” terimlerine göre daha genel niteliktedir.

Yönetmelikte klinik araştırmalar, çeşitli dönemlere (fazlara) ayrılmıştır¹⁹. Bunlardan yalnızca I. Fazın sağlıklı gönüllüler üzerinde uygulan-

¹⁶ RG 13.04.2013, 28617. Yönetmelik, 25.06.2014 t. ve 29041 sayılı RG’de yayımlanan bir yönetmelik ile değişikliğe uğramıştır.

¹⁷ İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmelik, m. 4/t.

¹⁸ Bkz. **Aygörmez Uğurlubay, Gülsün Ayhan**, “İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Süçuna İlişkin Bazı Tespitler”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, c. 1, 2015, 198.

¹⁹ İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmelik, m. 10 şu şekilde:

“(1) Klinik araştırma dönemleri şunlardır:

a) Faz I veya I. Dönem: Araştırma ürününün farmakokinetik özelliklerinin, toksisitesinin ve vücut fonksiyonlarına etkisinin tespit edilebilmesi için, araştırmanın niteliğine ve mahiyetine göre seçilmiş yeterli sayıda sağlıklı gönüllüye veya sağlıklı gönüllülerde çalışılmasına imkân olmayan durumlarda hasta gönüllülere uygulanmak suretiyle denendiği klinik araştırma dönemidir. Yeni geliştirilen bir araştırma ürününün, klinik öncesi farmakolojik, toksikolojik ve benzeri araştırmaları tam ve uygun deneysel yöntemler kullanılarak yapılmadan Faz I veya I. Dönem klinik araştırmalarına geçilemez.

b) Faz II veya II. Dönem: Araştırma ürününün terapötik doz sınırlarının, klinik etkililiğinin ve emniyetinin araştırılması amacıyla, araştırmanın niteliğine ve mahiyetine göre seçilmiş yeterli sayıda gönüllü hastaya uygulanmak suretiyle denendiği klinik araştırma dönemidir.

c) Faz III veya III. Dönem: Faz I ve Faz II dönemlerinden geçmiş araştırma ürününün, araştırmanın niteliğine ve mahiyetine göre seçilmiş, yeterli sayıda gönüllü hastaya uygun
YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)

ması mümkün olup, araştırmanın niteliğine ve mahiyetine göre yeterli sayıda sağlıklı gönüllüye uygulanmasına imkân olmayan araştırmalar bakımından hasta gönüllüler üzerinde deneme yapılması kabul edilmiştir. II. Ve III. Faz ise yalnızca hasta gönüllüler üzerinde gerçekleştirilebilecek klinik araştırmalara, yani tedavi amaçlı denemelere ilişkindir²⁰. Bununla birlikte, bu dönemlerde de süjenin hasta olmasına karşın gerçekleştirilen klinik araştırmanın tedavi amacı taşımaması durumunda deneyden söz edilebilir²¹. IV. Faz araştırmalarında ise, Türkiye’de ruhsat almış veya izinli ürünlerin onaylanmış endikasyonları ve önerilen kullanımına yönelik emniyetleri ve etkililikleri, hastalar üzerinde yapılan araştırmalarla denetlenmektedir²². Bunlar kural olarak ilacın piyasaya çıkmasından sonra geniş çaplı taramalara ilişkin araştırmalar olup, artık tıbbi standarda dahil ve endikasyonu bulunan bir müdahale anlamına geldiğinden²³ insan üzerinde deney veya deneme olarak nitelendirilemeyecektir.

Tıbbi cihazlarla ilgili klinik araştırmalar ise, Tıbbi Cihaz Klinik Araştırmaları Yönetmeliği çerçevesinde düzenlenmiştir. Bu Yönetmelikte yapılan tanıma göre tıbbi cihaz klinik araştırmaları, “Bir veya daha fazla merkezde, tıbbi cihazın güvenlik, etkinlik veya performansını değerlendirmek için gönüllüler üzerinde yürütülen sistematik araştırma veya çalışmaları” ifade etmektedir²⁴.

lanarak, etkililiği, emniyeti, yeni bir endikasyon araştırması, farklı dozları, yeni veriliş yolları ve yöntemleri, yeni bir hasta popülasyonu ve yeni farmasötik şekiller yönünden denendiği klinik araştırma dönemidir.

ç) Faz IV veya IV. Dönem: Türkiye’de ruhsat almış ürünlerin onaylanmış endikasyonları, pozoloji ve uygulama şekilleri, izinli ürünlerin ise önerilen kullanımına yönelik emniyetinin ve etkililiğinin daha fazla incelenmesi veya yerleşik diğer tedavi, ürün ve yöntemlerle karşılaştırılması için fazla sayıda gönüllü hasta üzerinde gerçekleştirilen klinik araştırma dönemidir.”

²⁰ Altunkaş ise, II. Faz araştırmaların hasta gönüllüler üzerinde gerçekleştirilmesine karşın, bunlarda tedavi amacının ön planda olmadığı gerekçesiyle, bu araştırma dönemini de “insan üzerinde deney” kapsamında değerlendirmektedir. Krş. Altunkaş, 205.

²¹ Aygörmez Uğurlubay, 201.

²² İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmelik, m. 10, f. 1/ç.

²³ Alpan, Serdar, “Türkiye’de Klinik İlaç Araştırmaları ve Yasal Alt Yapısı”, Bilim ve Uygulamada İlaç ve Hukuk Uluslararası Sempozyumu, Yeditepe Üniversitesi Yayını, İstanbul, 2008, 112.

²⁴ Tıbbi Cihaz Klinik Araştırmaları Yönetmeliği, RG 06.09.2014, 29111, m. 4/r

C. TARİHSEL GELİŞİM

İnsan üzerinde deneylerin hukuk çerçevesinde düzenlenmesi ve buna belirli koşullarda geçerlilik tanınması, görece yakın tarihli bir gelişmedir. Konusu insan olan klinik araştırmaların tarihi, tıp biliminin doğduğu antik çağa dayanmakla birlikte²⁵, geleneksel olarak hukuk bu konuya uzak durmuştur. Ancak II. Dünya Savaşı sırasında özellikle Nazi Almanyası tarafından toplama kamplarında gerçekleştirilen ve rızaya dayanmayan deneyler uluslararası toplumun tepkisini çekmiş ve bunun neticesinde tıbbi araştırmalar bakımından belirli standartların kabulü ile bu standartlar dışında kalan deneylerin yasaklanarak ceza hukuku yaptırımına bağlanması eğilimi ortaya çıkmıştır. Yine, 1932 ile 1972 yılları arasında Afrika'da gerçekleştirilen Tuskagee deneylerinde, gönüllüler, deney konusu olan frengi hastalığının tedavisinin bulunduğu konusunda bilgilendirilmemişler ve deneyin sonlandırılmaması nedeniyle pek çok gönüllü hayatını yitirmiştir²⁶. Bunun sonucunda, özellikle uluslararası hukukta bu konunun düzenlenmesi ve yaptırma bağlanması düşüncesi ortaya çıkmış ve insan üzerinde yapılan deneylere ilişkin olarak giderek daha ayrıntılı hukuki düzenlemeler yapılmıştır.

Türk hukukunda ise, konuya mevzuatta açıkça yer verilmesinden önceki dönemde, insanın kişiliğine duyulan saygı nedeniyle insan bedeninin bilimin gelişmesi açısından bir deney aracı konumuna düşürülmemesi gerektiği savunulmuş ve bu nedenle insan üzerinde deney ve deneme kavramlarının hukuka uygun olamayacağı ve bunlara izin verilemeyeceği ifade edilmiştir²⁷. Buna karşılık, aynı dönemde, tıp biliminin gelişmesi bakımından bilimsel deneylerin vazgeçilmez nitelikte olduğu ve bunlara aydınlatılmış rıza ve etik kurallar çerçevesinde izin verilmesi yönünde görüş ileri sürmüştük²⁸.

Türk hukukunda bilimsel deneyler ve klinik araştırmalarla ilgili ilk düzenleme, Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nde yer almıştır²⁹. Tüzüğü'nün 11.

²⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Bassiouni-Baffes-Evrard**, 1598 vd.

²⁶ Bkz. **Bassiouni-Baffes-Evrard**, 1600.

²⁷ **Bayraktar, Köksal**, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul, 1972, 159.

²⁸ **Erman, Barış**, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Seçkin, Ankara, 2003, 229.

²⁹ Yürürlüğe Koyan Bakanlar Kurulu Kararnamesi: No.4/12578 - 13 Ocak 1960, RG 10.02.1960, 10436.

maddesi, bilimsel amaçlı deneyleri tamamen yasaklamakta, tedavi amaçlı denemelere ise belirli koşullar altında izin vermektedir³⁰. Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 11. maddesi halen yürürlükte olsa da, bilimsel deneylere açıkça izin veren ve bunların koşullarını düzenleyen ve normlar hiyerarşisinde daha yüksekte bulunan uluslararası sözleşme ve kanun düzeyindeki sonraki normlar ışığında örtülü olarak yürürlükten kaldırıldığı görüşünderiz³¹.

Konu ile ilgili herhangi bir kanun hükmünün yürürlüğe girmesinden önce uzunca bir süre klinik araştırmalara ilişkin hususlar yönetmeliklerle düzenlenmiştir. Türkiye'de ilaç araştırmalarına ilişkin ilk düzenleme, 1993 yılında "İlaç Araştırmaları Hakkında Yönetmelik"tir³². Bu yönetmelik, ilaç deneylerine ilişkin etik yükümlülüklerle ve deneye katılanların haklarına yönelik ilk düzenlemeleri içermiştir³³. 1998 yılında ise Hasta Hakları Yönetmeliği yürürlüğe girmiş ve tıbbi araştırmalarda hasta haklarına ilişkin düzenlemeler getirmiştir³⁴. Bunun ardından, 2000 yılında "Tanı ve Tedavi

³⁰ Madde şu şekildedir:

"Tecrübe maksadı ile insanlar üzerinde hiçbir cerrahi müdahale yapılamayacağı gibi aynı maksatla kimyevi, fiziki veya biyolojik şekilde herhangi bir tedavi de tatbik edilemez. Klâsik metotların bir hastaya fayda vermeyeceği klinik veya laboratuvar muayeneleri neticesinde sabit olduğu takdirde daha önce, mütat tecrübe hayvanları üzerinde kâfi derecede denenmek suretiyle faydalı tesirleri anlaşılmış olan bir tedavi usulünün tatbiki caizdir. Şu kadar ki, bu tedavinin tatbik edilebilmesi için, hastaya faydalı olacağıının ve muvaffakiyet elde edilmemesi halinde ise mütat tedavi usullerinden daha elverişsiz bir netice alınmayacağıının muhtemel bulunması şarttır.

Evvelce tecrübe edilmemiş olmamakla beraber, zarar vermesine ihtimal bulunmayan ve hastayı kurtarması kati görülen bir müdahale yapılabilir."

³¹ Aynı yönde: **Öztürk, Esra**, Klinik İlaç Araştırmalarında Hukukî Sorumluluk, Yetkin, Ankara, 2013, 67. Yalnız cerrahi müdahaleler bakımından aksi görüşte: **Kirkit, Ecem**, Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu, Adalet, Ankara, 2016, 212. Ancak belirtmek gerekir ki, Tüzüğün ilgili maddesi, cerrahi müdahale yanında ve aynı cümlenin devamında, "kimyevi, fiziki ve biyolojik tedaviyi" de yasaklamakta ve bunun içine ilaç tedavisinin girdiği konusunda herhangi bir şüphe bulunmamaktadır. Deney amacıyla ilaç tedavisi ile cerrahi müdahale arasında, madde bakımından herhangi bir fark yoktur. Dolayısıyla maddenin yalnızca cerrahi müdahaleler bakımından yürürlüğünün devam ettiği yönündeki görüşün de hukuki bir dayanağı bulunmamaktadır.

³² RG 29.01.1993, 21480.

³³ **Atıcı, Elif**, "Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik Üzerine", Uludağ Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi, 35(3), 2009, 148.

³⁴ RG 01.08.1998, 23420. Yönetmelik, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun 9/c maddesine dayanılarak çıkarılmıştır. Bkz. **Eroğlu**, 3.

Protokolleri Etik Kurulu Hakkında Yönetmelik” yürürlüğe girmiştir³⁵. Bu dönemdeki gelişmeler, normlar hiyerarşisi bakımından tüzükten daha düşük nitelikte düzenlemelere dayandıkları için hukuken kadük, ancak uygulamada geçerli yönetmelik hükümlerine yol açmıştır.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda insan üzerinde deney ve deneme fiillerine ilişkin hiçbir düzenleme bulunmamaktaydı. Bu durum, söz konusu fiillerin hiç suç oluşturmadığı şeklinde yorumlanmamalıdır. Gerçekten, kişilerin vücut bütünlüğüne yönelik olup ilgilinin rızası gibi genel hukuka uygunluk nedenleri dışında kalan her türlü fiil, kural olarak kasten yaralama suçunun maddi unsurunu oluşturmaktadır. Belirtelim ki, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden sonra Yargıtay “*fiilin suç tarihi itibarıyla kanunda suç olarak tanımlanmamış olması*” gerekçesiyle verilen beraat kararını onamıştır³⁶. Bu karara konu olan olayda ilgilinin geçerli aydınlatılmış rızası bulunmakla birlikte, deneye gönüllü olan kişiye ödeme yapılması nedeniyle yalnızca 5237 sayılı TCK’da öngörülen koşullara aykırılık söz konusu olduğundan, kararda ulaşılan sonuca katılmaktayız.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun aksine, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 90. maddesinde bilimsel deney ve deneme suçlarına yer verilmiş ve bunlara ilişkin bazı kurallar belirlenerek, bunlara aykırılık suç haline getirilmiştir. Böylece bilimsel deneyler Türk hukukunda ilk kez kanun hükmü ile düzenlenmiştir. Ancak düzenlemenin asıl önemi, insan üzerinde gerçekleştirilecek deney ve denemelerin hukuka uygunluk koşullarını ayrıntılı şekilde düzenlemesi ve böylece yalnız ceza hukukuna değil, tıp hukukuna ilişkin belirlemelerde de bulunmasıdır³⁷.

Türk Ceza Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden sonra konu ile ilgili yönetmelikler de yeniden düzenlenmiştir. Bu kapsamda, ilaç araştırmaları ile ilgili önceki yönetmelikler yürürlükten kaldırılmış ve 2009 yılında “Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik” yürürlüğe girmiştir³⁸. Ancak söz konusu yönetmelikte özellikle gönüllülere “menfaat temini”ne ilişkin

³⁵ RG 30.07.2000, 24125.

³⁶ Ygt. 10.CD. 19.06.2012 t., E. 2011/20123, K. 2012/15354 s.K., **Yaşar-Gökcan-Artuç**, 3141.

³⁷ Bkz. **Akyürek, Güçlü**, “İnsan Üzerinde Deney Suçu (TCK m. 90) ve Klinik Araştırmalar Etik Kurulları”, Terazi Hukuk Dergisi, c. 9, Sy. 100, Aralık 2014, 8.

³⁸ Yönetmelik 23.12.2008 tarihli ve 27089 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmış, 01.01.2009 tarihinde ise yürürlüğe girmiştir.

çelişkili ve Türk Ceza Kanunu'na da aykırı düzenlemelerin yer alması, etik kurulların bağımsızlığının güvence altına alınmaması gibi noktalar eleştiri konusu olmuştur³⁹.

3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na 2011 yılında eklenen Ek 10. madde⁴⁰, Türk hukukunda bilimsel deneylerin geçerlilik koşullarını Türk Ceza Kanunu ile koşut biçimde düzenlemiştir. Söz konusu düzenleme ile, bilimsel deneylerle etik kurullar arasındaki ilişki açıkça belirlenmiş, bunun dışında bilimsel deneylere konu sùjelerin hakları da ortaya konmuştur. Bu bağlamda, bilimsel deneylere ilişkin herhangi bir maddi karşılıktan yararlanamama koşulu da netleştirilmiştir.

Bu düzenlemenin ardından, Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik çeşitli defalar yeniden ele alınmış ve sonuçta 2013 yılında önceki düzenlemeler yürürlükten kaldırılarak aynı adı taşıyan son yönetmelik yürürlüğe girmiştir⁴¹. 2014 yılında bu yönetmeliğin de adı “İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmelik” olarak değiştirilmiş ve metinde de çeşitli değişiklikler yapılmıştır⁴². Bunun ardından ise, Tıbbi Cihaz Klinik Araştırmaları Yönetmeliği⁴³ kabul edilmiş, böylece klinik araştırmaların iki alanı birbirinden ayrılmıştır.

D. ULUSLARARASI HUKUK

1. Uluslararası Düzenlemeler

İnsanlar üzerinde yapılan tıbbi deneylere ilişkin ilk uluslararası hukuk belgesi, II. Dünya Savaşı sonrasında, 20 Ağustos 1947 tarihli Nürnberg Kodeksi'dir. Kodeks, gerçekte Nürnberg'de faaliyet gösteren Uluslararası Askeri Mahkeme'nin (*International Military Tribunal – IMT*), Nazi bilim adamlarının insan üzerindeki deneylerine ilişkin olarak Karl Brandt ve 22

³⁹ **Atıcı**, 149. Danıştay, bu yönetmeliğin 5/ğ maddesinde yer alan ve kanuna açık aykırılık içeren, gönüllülere ücret ödenmesine ilişkin düzenlemenin yürürlüğünü durdurmuş, bu düzenleme sonradan Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na eklenen madde ile yürürlükten kaldırılmıştır. Danıştay 10.D., 13.11.2009 t., 2009/3991 sayılı Kararı ve bu gelişmeler hakkında bkz. **Hakeri**, 409-410.

⁴⁰ Madde, 06.04.2011 tarihli ve 6225 sayılı Kanun'un 8. maddesi ile 3359 sayılı Kanun'a eklenmiştir.

⁴¹ RG 13.04.2013, 28617.

⁴² “Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik”, m.1. RG 25.06.2014, 29041.

⁴³ RG 06.09.2014, 29111.

hekimin yargılandığı “Hekimler Davası”nda verdiği hükümde saptadığı on temel ilkeden oluşmaktadır⁴⁴. Bu ilkelere göre, insan üzerinde deney yapılabilmesi için, katılanların rıza ehliyetinin bulunması, özgür ve aydınlatılmış rızalarının alınması, deneyin toplumun yararına olması ve bu yararın başka türlü sağlanmasının mümkün olmaması, deneyin önceden var olan bilgilere dayanması, gereksiz ya da keyfi yöntemler izlenmemesi, her türlü gereksiz fiziksel ve ruhsal acıdan kaçınılması, kalıcı bedensel zarar veya ölüm tehlikesinin bulunmaması, tehlikenin boyutunun, deney ile umulan insani yararın ölçüsünü aşmaması, deneklerin deneyin risklerine karşı korunması, deneyi yürüten personelin eğitilmiş ve bilimsel açıdan kalifiye olması, deneyin, denekler tarafından her an sona erdirilebilmesi ve deneyin devamının tehlike arz ettiği tespit edildiğinde deneye sağlık personeli tarafından derhal son verilmesi gerekmektedir⁴⁵.

BM Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi’nin işkence yasağını düzenleyen 7. maddesi, aynı zamanda bilimsel deneylere de yer vermiştir. Buna göre, “hiç kimse, serbest iradesi olmadan tıbbi veya bilimsel bir deneye tabi tutulamaz”. Bu durum, iki ayrı anlam taşımaktadır: Sözleşme bir taraftan, rızaya dayalı olmayan bilimsel deneylerin insan onurunu zedelediği ve korunan hukuksal değer bakımından işkenceye eşdeğer olduğunu saptamakta, diğer taraftan ise, geçerli bir rızaya dayalı bilimsel deneylere hukuki geçerlilik tanınması gerektiğini düzenlemektedir.

2. Avrupa’yı İlgilendiren Bölgesel Düzenlemeler

Yakın dönemde insan üzerinde deneylerin ve tedavi amaçlı denemelerin sayısının artması, konuyla ilgili hukuki düzenlemelerin de çoğalmasına neden olmuştur. Bu bağlamda Avrupa bölgesini ilgilendiren Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi, insan üzerinde deney ve denemelere ilişkin ayrıntılı hükümler içermektedir⁴⁶. Sözleşmenin getirdiği en

⁴⁴ **Elzer, Oliver**, Allgemeine und besondere klinische Prüfungen an Einwilligungsfähigen, Frankfurt a.M., 1998, 26; **Bassiouni-Baffes-Evrard**, 1608-1609.

⁴⁵ **Biermann**, 31, 32.

⁴⁶ İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi, Avrupa Konseyi Sözleşmeleri arasında ETS 164 no. ile kayıtlıdır. 01.12.1999 tarihinde yürürlüğe giren Sözleşme, Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından, “Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun” adıyla, 03.12.2003 tarihli ve 5013 sayılı Kanun ile kabul edilmiştir. Sözleşme, 20.04.2004 tarih ve 25439 sayılı Resmi Gazete’de *YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)*

önemli yenilikler arasında, insan üzerinde deney anlamına gelen bilimsel araştırmaların bağımsız bir kurul tarafından denetlenmesi ve deney amaçlı insan embriyosu üretilmesinin yasaklanması (Sözleşme m. 18) yer almaktadır. Bunun dışında Sözleşme, rıza ehliyetine sahip olmayan kişiler üzerinde bilimsel deneyleri kural olarak yasaklamakta, ancak “ilgilinin sağlığına gerçekten ve doğrudan yarar sağlama beklentisinin” bulunduğu tedavi amaçlı denemelerin uygulanmasına izin vermektedir. Bu beklentinin bulunmaması halinde ancak çok sınırlı bir alanda, gerçekleştirilen müdahalenin asgari risk içermesi ve yapılan araştırmanın sonuçlarının ilgilinin durumu, hastalığı veya rahatsızlığı ile ilgili bilgilere ulaşarak, o kişiye veya aynı yaş grubunda bulunan ya da benzer hastalık veya rahatsızlığa tutulmuş olan başka kişilere yarar sağlamanın beklenmesi gerekmektedir. Bu tür deney ve denemelerin gerçekleştirilebilmesi için, Sözleşmenin 16. maddesinde öngörülen koşullara ek olarak, rıza yeteneğine sahip kişiler üzerinde karşılaştırılabilir etkinliğe sahip bir araştırmanın yapılamıyor olması, ilgilinin müdahaleye itiraz etmemesi ve özel olarak verilmiş yazılı izin koşulları aranmıştır (Sözleşme m. 17)⁴⁷.

yayımlanarak Türk hukuku bakımından yürürlüğe girmiştir. Bu Sözleşmenin ilgili maddeleri aşağıdadır.

Madde 15 – Genel Kural

Biyoloji ve tıp alanında bilimsel araştırma, bu Sözleşme hükümlerine ve insan türünün korunmasını güvence altına alan diğer yasal hükümlere bağlı kalmak şartıyla, serbestçe yapılabilir.

Madde 16 – Üzerinde Araştırma Yapılan Kişilerin Korunması

Bir kimse üzerinde araştırma, ancak aşağıdaki şartların tümünün yerine getirilmesi halinde gerçekleştirilebilir:

(i) İnsanlar üzerinde yapılacak araştırmalarla karşılaştırılabilir etkinlikte başka bir araştırma seçeneğinin bulunmaması;

(ii) Şahsın maruz kalabileceği risklerin, araştırmadan beklenen yararlarla kıyasla orantısız olmaması;

(iii) Araştırma projesinin, yetkili bir kurum tarafından, araştırma amacının öneminin değerlendirilmesi ve etik bakımdan kabul edilebilirliğinin multidisipliner bir gözden geçirmeye tabi tutulması da dahil olmak üzere, projenin bilimsel değerinin bağımsız bir şekilde incelenmesinden sonra onaylanmış olması;

(iv) Üzerinde araştırma yapılan kişilerin, korunmaları için kanunda öngörülen hak ve güvenceleri konusunda bilgilendirilmiş olmaları;

(v) 5'inci maddede belirtilen muvafakatin, açıkça, özel olarak ve belgelendirilerek verilmiş olması. Bu muvafakat her zaman serbestçe geri alınabilir.

⁴⁷ Madde şu şekildedir:

Madde 17 – Araştırmaya Muvafakat Verme Yeteneği Olmayan Kişilerin Korunması

İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi, tıp hukukunun gelişmeye açık alanlarına ilişkin ek protokollerle zenginleştirilmiştir. Bunlardan üçüncüsü olan Biyotıp Araştırmalarına İlişkin Ek Protokol 01.07.2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁴⁸. Ek protokol, özellikle etik komitenin teşekkülüne ve işleyişine ilişkin ayrıntılı hükümler getirmekte (Protokol m. 9-12), ilgilinin rızasının geçerliliği bakımından belirleyici olan aydınlatma yükümlülüğünün kapsamını somutlaştırmakta (Protokol m. 13), rızanın esirgenmesi veya verilen rızanın geri alınması durumunda kişinin tıbbi bakımdan yararlanma hakkında ayrımcılığa uğramasını kesin olarak yasaklamakta (Protokol m. 14/2), hamile veya emziren anneler üzerinde gerçekleştirilecek deney ve denemeler bakımından ek önlemler öngörmektedir (Protokol m. 18). Bunun dışında Protokol ile, rıza ehliyeti bulunmayan kişiler üzerinde gerçekleştirilebilecek bilimsel deneyler açısından Sözleşmenin öngördüğü “asgari risk” kavramı tanımlanmak suretiyle açıklığa kavuşturulmuştur⁴⁹.

1) 5'inci maddede şart koşulduğu şekilde muvafakatını açıklama yeteneği bulunmayan bir kimse üzerinde araştırma, ancak aşağıdaki şartların tümünün yerine getirilmesi halinde gerçekleştirilebilir:

- (i) Madde 16 alt paragraf (i)'den (v)'e kadar olan şartların yerine getirilmesi;*
- (ii) Araştırma sonuçlarının, ilgilinin sağlığına gerçekten ve doğrudan yarar sağlama beklentisinin bulunması;*
- (iii) Muvafakat verme yeteneği bulunan bireyler üzerinde, karşılaştırılabilir etkinliğe sahip bir araştırmanın yapılamaması;*
- (iv) Madde 6'da şart koşulan gerekli izin özel ve yazılı olarak verilmiş bulunması ve*
- (v) İlgili kişinin itirazda bulunmaması.*

2) İstisnai olarak ve kanun tarafından öngörülen koruyucu şartlar altında, araştırmanın ilgili kişinin sağlığı üzerinde doğrudan yararlı sonuçlar sağlayacağı beklentisinin bulunmadığı durumlarda, söz konusu araştırmaya, yukarıda 1'inci paragraf ve alt paragraf (i), (iii), (iv) ve (v)'dekilerin yerine getirilmesi ve aşağıdaki ek şartların da bulunması halinde izin verilebilir:

- (i) Araştırmanın, kişinin durumu, hastalığı ve rahatsızlığı hakkında kayda değer bilimsel bilgi sağlayarak, ilgili kişiye veya aynı yaş grubunda olan veya aynı hastalık ya da rahatsızlığa yakalanmış bulunan veya aynı durumda olan diğer kişilere faydalı olacak sonuçlara ulaşılmasına katkı amacını taşıması;*
- (ii) Araştırmanın, ilgili kişi için sadece asgari düzeyde tehlike ve asgari bir külfet getirmesi.*

⁴⁸ Ek Protokol, Avrupa Konseyi Sözleşmeleri arasında ETS 185 no. ile kayıtlıdır. Protokol, Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından, “Biyotıp Araştırmalarına İlişkin İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesine Ek Protokol” adıyla, 10.03.2011 tarihli ve 6212 sayılı Kanun ile kabul edilmiştir. Sözleşme, 11.06.2011 tarih ve 27961 (Mükerrer) sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak Türk hukuku bakımından yürürlüğe girmiştir.

⁴⁹ Protokolün 17. maddesi şu şekildedir:

YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)

Bu tanımın kapsamını aşan bir risk veya külfetin söz konusu olması durumunda, rıza ehliyeti bulunmayanlar üzerinde tedavi amaçlı denemenin ötesine geçen bir bilimsel araştırma yapılması, sözleşmeye aykırılık oluşturacaktır.

3. Etik Belgeler

Tıp alanında uluslararası hukuk yanında, tıp etiği belgeleri de önem taşımaktadır. Bunların hukuksal bir bağlayıcılığı bulunmamakla birlikte, hekimlik uygulamalarında deontolojik açıdan yol göstericiliğe sahiptirler. Bu bakımdan, devletlerin iç hukuklarında söz konusu etik normlara uymamaları halinde, etik ile hukuk arasında oluşabilecek çatışma alanları, hukukun uygulanmaması sonucuna ulaşabileceğinden, bu gibi ilkelerin kanun koyucular tarafından dikkate alınması gerekmektedir. Bunun haricinde etik ilkeler tıbbi standardın belirlenmesinde dikkate alınabilmektedir. Bu nedenle, somut bir olayda herhangi bir hukuk kuralının yürürlükte bulunmaması durumunda hekimin özen yükümlülüğünün ve dolayısıyla kusurunun saptanmasında etik ilkeler yol gösterici olabilmektedir.

Bilimsel araştırmalarla ilgili olarak Dünya Tabipler Birliği'nin İnsan Denekleri Konu Edinen Tıbbi Araştırmalar İçin Etik İlkelere İlişkin 1964 Helsinki Bildirgesi öne çıkmaktadır⁵⁰. Bildirge en son 2013 yılında değişikliğe uğramıştır. Bildirge, tıbbi araştırmalara katılacak tıbbi personelin yeterliliği, risklerin, külfetlerin ve yararların orantılılığı, aydınlatılmış rızanın koşulları gibi konularda ayrıntılı kurallar içermektedir. Bildirgenin 16/2. maddesine göre: “İnsan denekleri konu edinen tıbbi araştırmalar ancak amacın önemi, süjeye yönelik risk ve külfete ağır bastığı durumda gerçekleştirilebilir”. Aydınlatılmış rıza konusunda ise Bildirge, 25. maddesinde şu kuralı getirmektedir: “Aydınlatılmış rıza vermeye ehliyeti bulunan bireylerin tıbbi araştırmalara denek olarak katılımları gönüllü olmalıdır. Aile fertlerine veya topluluk önderlerine danışmak yerinde olabilirse

Madde 17 - Asgari risk ve asgari külfet taşıyan araştırma

1) Bu protokol uyarınca, en olumsuz koşullarda bile, araştırmanın ilgili kişinin sağlığı üzerinde hafif ve geçici bir olumsuz etki bırakacağı beklentisi varsa, bu müdahalenin niteliği ve boyutu göz önünde bulundurulmak kaydıyla, asgari bir külfet taşıdığı farz edilir.

2) Eğer ilgili kişi üzerinde en kötü durumda bile çok hafif ve geçici bir rahatsızlık görülecekse, araştırmanın asgari bir külfet taşıdığı farz edilir. Uygun olduğu hallerde, bireyin yükünün değerlendirilmesi, o kişinin güvenini kazanmış biri tarafından yapılır.

⁵⁰ Bkz. **Bassiouni-Baffes-Evrard**, 1609.

de, aydınlatılmış rıza vermeye ehliyeti bulunan hiç kimse, kendisi serbestçe kabul etmeden bilimsel bir araştırmaya tabi tutulamaz”. Bunun dışında Helsinki Bildirgesi’nin düzenlediği en önemli konulardan biri, bilimsel araştırmalarda plasebo kullanımına ilişkin 33. maddedir⁵¹. Maddeye göre, yeni bir müdahale yönteminin etkililiği, önceden kullanılmakta olan ve en etkili olduğu kabul edilen müdahale yöntemi ile karşılaştırılarak saptanmalıdır. Ancak plasebonun etkililiği saptamak için gerekli olduğu hallerde, hastaların bilinen en iyi yöntemin kullanılmaması nedeniyle kalıcı bir zarara uğrama yönünde ek bir riske maruz kalmamaları koşuluyla, plasebo kullanımına izin verilebilecektir.

E. KORUNAN HUKUKİ MENFAAT

İnsan üzerinde deney suçunda korunan hukuksal menfaatler birden fazla olmakla birlikte, bunlar birbirine yakın niteliktedir.

İlk olarak insan üzerinde deney, insan onurunu zedeleyen bir fiildir. Bu durum, BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi’nde kişinin rızası olmaksızın bilimsel deneye tabi tutulamaması ilkesinin işkence ve kötü muamele yasağı ile aynı madde altında düzenlenmiş olması ile tutarlılık göstermektedir. Gerçekten, rızası olmadan üzerinde deney yapılan kişi, bilimsel araştırmanın nesnesi konumuna indirgenmektedir. Bu da insan onurunun ihlal edilmesi sonucunu doğuran en önemli husustur⁵².

Türk hukukunda ise bilimsel deneylere tabi tutulmaya zorlanamama hakkı, Anayasa’da kişinin dokunulmazlığını, maddi ve manevi bütünlüğünü düzenleyen 17. Maddesi kapsamındadır. Bu bakımdan, vücut bütünlüğünün de korunduğu kabul edilmelidir. Nitekim suç tipi Türk Ceza Kanunu’nda da “vücut dokunulmazlığına karşı suçlar” başlığı altında düzen-

⁵¹ Plasebo, çift kör (*double-blind*) bilimsel araştırmalarda kullanılan ve kontrol grubuna verilen, etken madde içermeyen, yani iyileştirici etkisi bulunmayan maddedir. Bu madde, tedavinin ilaç dışında, özellikle de psikolojik etkenlerden etkilenme olasılığını ortadan kaldırarak ilaç araştırmalarında bilimsel açıdan anlamlı sonuçların çıkarılabilmesini sağlamaya yarar. Çift kör araştırmanın gereği olarak hangi süjeye plasebo verildiğinin araştırmacı tarafından da, hasta tarafından da bilinmemesi gerekmektedir. *Özbek-Doğan*, plasebo kullanımının suç tipinin oluşmasına neden olduğunu savunmuştur (bkz. **Özbek-Doğan**, 553).

⁵² Bkz. **Altunkaş**, 196. Aynı yönde: **Akyürek**, 9. *Akyürek* ayrıca, insan üzerinde deneyin TCK’nın 77. maddesinde düzenlenen “insanlığa karşı suç”un maddi unsurlarından birini oluşturduğunu söyleyerek bu görüşü desteklemektedir.
YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)

lenmiştir. Yapılan deney kişinin sağlığını hiçbir surette kötü etkilemese dahi, vücut dokunulmazlığı deneyden dolayı ihlal edilmiş olabilecektir.

Bunun dışında kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı, özel hayatı ve kişi özgürlüğü de insan üzerinde deney suçu nedeniyle etkilenen hukuki değerler arasında görülebilecektir. Bu bakımdan, Türk Ceza Kanunu Tasarısı'nda "insan üzerinde deney" suçunun başlangıçta "kişi hürriyetine karşı suçlar" başlığı altında, 169. maddede düzenlenmesinin öngörüldüğü, ancak maddenin sonradan vücut dokunulmazlığına karşı suçlar başlığına taşındığı vurgulanmalıdır⁵³. Bir başka deyişle kanun koyucu da, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının kişi özgürlüğü ile yakın ilgisini değerlendirmiş, ancak bu suç bakımından vücut dokunulmazlığının öne çıktığı sonucuna varmıştır.

Öğretide, deney neticesinde kişiden elde edilebilecek DNA verileri veya fotoğrafların kişisel veri niteliği üzerinde durularak, kişisel verilerin dokunulmazlığının da bu suçla korunan bir başka hukuki değer olduğu savunulmaktadır⁵⁴. Oysa bu gibi verilerin hukuka aykırı olarak elde edilmesi ve ifşası başka suçların (TCK m. 135-139) konusunu oluşturmaktadır ve bu gibi fiillerin bir deney kapsamında işlenmesi durumunda fikri veya gerçek içtima hükümleri uygulanacaktır. Dolayısıyla, kişisel verilerin korunması konusunun bu suç tipi ile ilgili olmadığı kanaatindeyiz.

II. İNSAN ÜZERİNDE DENEY VE DENEME SUÇLARININ UNSURLARI

A. MADDİ UNSUR

1. Fail

a) İnsan Üzerinde Deney Suçu Bakımından

Kanunda, insan üzerinde deney suçunun faili olabilecek kişiler bakımından herhangi bir sınırlandırma söz konusu değildir. Bu nedenle bu suç, eğitim seviyesine veya tıp mesleği mensubu olup olmamasına bakılmaksızın herkes tarafından işlenebilen bir suçtur⁵⁵. Bu durum, suçların uygulanma alanının çok geniş bir şekilde belirlenmesi anlamına gelmekte ve haklı olarak eleştirilmektedir⁵⁶.

⁵³ Bkz. Akyürek, 9.

⁵⁴ Özbek-Doğan, 551

⁵⁵ Ünver, Klinik Araştırmalar Kitabı, 462.

⁵⁶ Bkz. Yarsuvat-Bayraktar, 74.

Belirtmek gerekir ki, insan üzerinde deney suçunun tanımında yer alan “bilimsel deney” teriminden yola çıkarak, bu suçun ancak bilimsel deney yapma yetkisine sahip kişiler tarafından işlenebilecek bir “özgü suç” olduğu yönünde bir görüş de öğretide ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre, “suçu somut olayda bilimsel deney yapmakla görevlendirilmiş olan kişi ya da kişiler işlemezlerse, bu kişiler isterlerse gerçekten bilimsel bir deney yapmak istemiş olsunlar, hukuka uygun olarak verilmiş bir hak, bir yetki olmadığından ortada bilimsel bir deney de yoktur”⁵⁷.

Diğer bir görüş, suç tipinin kural olarak herkes tarafından işlenebileceğini kabul etmekle birlikte, bu durumun ancak TCK’nın 90/2. maddesi çerçevesinde etik kurula başvuruda bulunulmasından öncesi için söz konusu olabileceğini ileri sürmektedir. Buna göre, etik kurula başvuru anında ise artık deneyin “sorumlu araştırmacı” gözetiminde yürütülecektir. İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmelik hükümleri uyarınca da bu kişinin bir hekim veya dış hekim olması koşulu getirilmiştir. Söz konusu görüşe göre, deneyle ilgili ilgili kuruldan izin alınmak üzere başvurulmasından itibaren artık suç özgü suç niteliğine kavuşmaktadır⁵⁸.

Kanaatimizce deneyi gerçekleştirecek kişinin bilimsel bir deney yapmaya yetkili olması, işlemin niteliğini belirleyen bir husus değildir. Bir işlemin “bilimsel deney” olup olmadığı sorununun, ona hukuken izin verilmiş olmasına bağlanması, hukuka aykırılık unsurunun suçun maddi unsurundan önce değerlendirilmesine yol açtığından, ceza hukuku sistematığı bakımından sorunludur. Bilimsel deney terimi, faile ilişkin bir statüyü değil, fiili nitelemektedir⁵⁹. Nitekim, bilimsel araştırma yapmak da yalnızca bilim adamlarının tekelinde bulunmamaktadır⁶⁰.

Suç tipinin özgü suç niteliğinde olup olmadığı hususunun, deneyin farklı aşamalarına göre belirlenmesi de kanaatimize göre mümkün bulunmamaktadır. TCK’nın 90/2. maddesi bir süreci ifade etmemekte, hukuka uygunluğun koşullarını belirlemektedir. Bu koşullardan birinin bulunmaması halinde, deney hukuka uygun olamayacaktır. Hukuka uygunluk unsu-

⁵⁷ **Aygün Eşitli**, 54; aynı görüşte: **Akyürek**, 9.

⁵⁸ **Aygörmez Uğurlubay**, 180.

⁵⁹ **Ünver, Yener**, “İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçu”, Klinik Araştırmalar Kitabı 2014, Ankara, 2014, [Klinik Araştırmalar 2014], 462.

⁶⁰ **Hakeri**, 842.

runa ilişkin bir belirleme de, suçun özgü suç olup olmadığını saptamakta kullanılamayacağı gibi, bir suçun zamansal bir ölçütle “kısmen” özgü suç niteliğinde olması da görüşümüze göre mümkün değildir. Kaldı ki, İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmelik, yalnızca tıbbi nitelikteki klinik araştırmalarla ilgilidir. Halbuki Türk Ceza Kanunu’nun 90. maddesi kapsamında “insan üzerinde deney”, tıp dışı alanlarda da işlenebilecek bir suç tipidir.

b) Tedavi Amaçlı Deneme Suçu Bakımından

Tedavi amaçlı denemelerin, bilimsel amaçlı deneylerden farklı olarak, yalnızca “uzman hekimler” tarafından işlenebileceği savunulmaktadır. Bu görüşe göre, bir hastalığın teşhis ve tedavisi kapsamında insan üzerinde tıbbi bir müdahale gerçekleştirme yetkisi 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun ile 6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Kanunu tarafından yalnızca tabiplik mesleğini icra etmek hususunda yetkilendirilen kişilere tanınmış olduğundan, hekimler dışındaki kişilerin gerçekleştirdiği fiiller “tedavi” veya “tıbbi müdahale” olarak adlandırılmayacaktır. Yine bu görüşe göre, TCK’nın 90/4. maddesine göre tedavi amaçlı deneme ancak deneme ile ilgili alanda uzman hekim tarafından gerçekleştirilebilir⁶¹.

Kanaatimizce, bir kişiyi iyileştirmeye yönelik çabanın “tıbbi müdahale” niteliğinde görülüp görülmemesi, müdahaleyi gerçekleştiren kişinin hekim olup olmamasından bağımsız bir konudur. Müdahalenin yetkili kişi tarafından yapılması, fiilin tıbbi müdahale olarak kabul edilmesinin değil, müdahalenin hukuka uygunluk nedeninden yararlanmasının koşullarından biridir⁶². Kaldı ki, ilkyardım ve acil yardım müdahaleleri bakımından, tıbbi müdahale gerçekleştiren kişinin sağlık mesleği mensubu olmasına bile gerek bulunmamaktadır.

TCK’nın 90/4. maddesinde öngörülen “uzman hekim” koşulu da, aşağıda inceleneceği üzere, tedavi amaçlı denemenin hukuka uygunluk koşullarından bir diğeridir. Bu koşul, suçu özgü suç haline getirmemekte, hukuka aykırılık unsurunu ilgilendirmektedir. Aksi yönde bir kabul, uzman hekim olmamasına karşın bir kimseyi iyileştirmek için “deneme” olarak

⁶¹ **Koca, Mahmut – Üzülmez, İlhan**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3.b., Seçkin, Ankara, 2016, 231; **Altunkaş**, 200.

⁶² **Erman**, 92 vd.,

adlandırılabilir bir tıbbi müdahale yapan pratisyen bir hekimin bu fiilinin “tedavi amaçlı deneme” suçu kapsamında değil, “kasten yaralama” suçu kapsamında görülmesi sonucunu doğuracaktır. Savunduğumuz görüşe göre ise, bu örnekte tıbbi müdahalede bulunan kişi, hukuka uygunluk nedeninden yararlanamayacak, ancak işlediği suç yine TCK m. 90/4’te düzenlenen “tedavi amaçlı deneme” suçu olacaktır.

Sonuç olarak, yürürlükteki Türk Ceza Kanunu bakımından “tıbbi amaçlı deneme” suçunun herkes tarafından işlenebileceği kabul edilmelidir.

2. Mağdur

Bu suçların mağduru herkes olabilir. Ancak, kişilere karşı işlenen diğer suçlarda olduğu gibi, insan üzerinde deney ve denemenin de yalnızca yaşayan insanlar üzerinde gerçekleştirilmesi mümkündür. Bu da, henüz doğmamış veya ölmüş kişilerin bu suçların mağduru olamayacakları anlamına gelmektedir⁶³.

Henüz doğmamış bir cenin üzerinde gerçekleştirilen deney ve deneme fiilleri, bu cenine karşı suç oluşturmamakla birlikte⁶⁴, ceninin henüz anne karnında bulunması nedeniyle anneye karşı işlenmiş olarak kabul edilebilecektir. Bu bakımdan önem taşıyan bir husus, ceninin (bu durumda yasal temsilcileri tarafından verilecek) rızasının deney veya deneme bakımından aranmayacağı, gebe kadının kendi bedeni üzerinde gerçekleştirilecek deney veya deneme bakımından ise tek başına karar verebileceğidir. Ancak bu deney veya denemenin neticesinde bebeğin düşmesinin söz konusu olması halinde, diğer unsurlarının da oluşması kaydıyla, çocuk düşürme suçuna (TCK m. 100), deneyi yürüten kişi bakımından ise çocuk düşürtme (TCK m. 99) veya taksirle yaralama suçuna (TCK m. 89) ilişkin hükümler uygulanabilecektir.

Beyin ölümü gerçekleşmiş kişiler, tıbben ölmüş olarak kabul edilmektedirler⁶⁵. Bu nedenle, bu durumdaki kişiler üzerinde gerçekleştirilecek bilimsel araştırmaların da TCK anlamında insan üzerinde deney veya

⁶³ **Hakeri**, 843; **Akyürek**, 9. Buna karşılık *Ünver*, tüp bebek uygulamalarında anne rahmine yerleştirme girişimi anından itibaren bunun da insan üzerinde deney veya deneme olarak değerlendirilebileceği görüşündedir. **Ünver**, Klinik Araştırmalar Kitabı 2014, 465.

⁶⁴ **Hakeri**, 843; **Özbek-Doğan**, 553.

⁶⁵ **Erman**, 221; krş. **Altunbaş**, 194.

YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)

deneme suçunu oluşturması mümkün değildir. Ancak ölmüş insan bedeni üzerinde, kendisinin veya yakınlarının rızası olmaksızın tahkir edici fiillerde bulunulması, TCK m. 130’da düzenlenen “kişinin hatırasına hakaret” suçunu oluşturabilir.

Deney suçunun mağdurunun çocuk olması durumunda, hukuka uygunluk koşulları değişiklik göstermekte ise de, bu durum mağdur niteliği bakımından bir sonuç doğurmamaktadır.

Deneme suçu bakımından ise, mağdur üzerinde gerçekleştirilecek müdahalenin “tedavi” niteliğinin bulunması, yani mağdurun tıbben “hasta” olarak görülmesi gerekmektedir⁶⁶.

3. Suçun Konusu

İnsan üzerinde deney ve deneme suçlarının maddi konusu, üzerinde deney gerçekleştirilen insandır. İnsan bedeninden ayrılan parçalar, suçun konusunu oluşturamaz⁶⁷. Bu bağlamda, kök hücre araştırmaları ile zigot, yani döllenmiş insan yumurtası üzerinde gerçekleştirilen araştırmalar da Türk Ceza Kanunu kapsamında suç oluşturmamaktadır⁶⁸. 2005 yılında Sağlık Bakanlığı bir genelge ile embriyonik kök hücre araştırmalarını yasaklamış⁶⁹, 2006 yılında başka bir genelge ile embriyonik olmayan kök hücre araştırmalarına ilişkin bir kılavuz yayınlayarak bunların geçerlilik koşulla-

⁶⁶ Altunbaş, 201.

⁶⁷ Özbek-Doğan, 551.

⁶⁸ Şener, Nurhan, “Kök Hücre Araştırmaları, Etik ve Yasal Tartışmalar”, Hukuk Gündemi, 2012/1, 56.

⁶⁹ Sağlık Bakanlığı Tedavi Hizmetleri Genel Müdürlüğü’nün 19.09.2005 tarihli ve 2005/141 sayılı “Embriyonik Kök Hücre Çalışmaları Hakkında Sağlık Bakanlığı Genelgesi”. Genelgede şu ifade yer almaktadır:

“Bakanlığımızca embriyonik kök hücre araştırmaları konusunda, çağdaş bilim ve kam vicdanı gereklerine göre yapılması gereken hukuksal düzenlemelerin sonuçlandırılması amacıyla çalışmalar sürdürülmektedir. Yapılan çalışmalarda, söz konusu araştırmalar AB mevzuat uyumu kapsamında hukuki, kültürel ve etik yönleriyle ele alınmaktadır.

Bakanlığımızca bu konudaki çalışmalar sonuçlandırılıncaya kadar embriyonik kök hücre araştırmalarının yapılmaması hususunda bilgilerinizi ve gereğinin ifası için konu ile ilgili tüm kamu ve özel kurum – kuruluşlar ile üniversiteler bünyesindeki ilgili personele tebliğini önemle rica ederim.”

Genelgenin tam metni için bkz. (çevrimiçi)

https://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&view=article&id=347:em-bron-k-hre-arairmalari-hakkinda-saik-bakanligenelges&catid=3:tebligeneralge&Itemid=35
(Son erişim: 11.11.2016).

rını belirlemiştir⁷⁰. Bu durumda, döllenmemiş yumurtalar üzerinde gerçekleştirilecek bilimsel deneyler genelgede gösterilen koşullara tabidir. Embriyonik kök hücreler üzerinde ise her türlü bilimsel araştırma halen yasaktır⁷¹. Bu yasaklamanın genelge ile getirilmesinin, Anayasa'nın 27. maddesinde düzenlenen bilim ve sanat özgürlüğünün kanun dışı yöntemlerle sınırlandırılması anlamına geldiği ve dolayısıyla Anayasa'nın 13. maddesine aykırı ve geçersiz olduğu savunulabilir. Ancak her durumda söz konusu düzenlemeler ceza hukukuna yönelik bir sonuç doğuramayacağından, bu kurallara aykırı olarak gerçekleştirilen deneyler suç oluşturmamaktadır⁷².

Hukuki konu ise, bu kişinin insan onuru, geleceğini belirleme hakkı, vücut dokunulmazlığı ve kişi özgürlüğüdür.

4. Hareket

a) İnsan Üzerinde Deney Suçu Bakımından

Suçun maddi unsurunu oluşturan hareket, kanunda “insan üzerinde bilimsel deney yapmak” olarak gösterilmiştir. Bu suç kapsamında gündeme gelen deneyler ağırlıklı olarak tıbbi nitelikte olsa da, maddede, deneyin yalnızca “bilimsel” olması koşulu aranmıştır. Bu bakımdan, insan üzerinde gerçekleştirilen bütün deneyler, bilimsel olmak kaydıyla madde kapsamına girmektedir⁷³. Deney kavramı yukarıda açıklanmıştır. Bu deneyin “bilimsel” olması gerekliliğinin ne anlama geldiği konusunda ise öğretide görüş birliği bulunmamaktadır.

Bir görüşe göre, deneye “bilimsel” niteliğini tanıyan husus, deneyi gerçekleştiren kişinin *amacı* olmalıdır. Buna göre, “deneyin bilimsel amaçlarla yapılıyor olması yeterli, tıbbi olması gerekli değildir”⁷⁴. *Hakeri* de bu görüşe katılmakla birlikte, “bilimsel amaç” terimini yalnızca failin gözün-

⁷⁰ Sağlık Bakanlığı Tedavi Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nün 01.05.2006 tarihli ve 2006/51 sayılı “Kök Hücre Çalışmaları Hakkında Sağlık Bakanlığı Genelgesi”. Genelgenin tam metni için bkz. (çevrimiçi)

http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&view=article&id=387:k-hre-lialari-hakkinda-saik-bakanli-gengelgesmayis-2006&catid=3:tebligengelge&Itemid=35 (Son erişim: 11.11.2016).

⁷¹ **Hakeri**, 438; **Kirkit**, 217. *Kirkit*, özellikle isteğe bağlı kürtaj sonucu elde edilen embriyonun kök hücre çalışmalarında kullanılmasını savunmaktadır.

⁷² **Hakeri**, 437.

⁷³ **Altunkaş**, 187.

⁷⁴ **Koca-Üzülmez**, 228; **Özbek-Doğan**, 553.

YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)

den, sübjektif olarak algılamamakta, kocakarı ilacının bir insan üzerinde denenmesi durumunda insan üzerinde deney değil, genel hükümlere göre yaralama veya öldürme suçunun oluşacağını savunmaktadır⁷⁵.

Diğer bir görüş, deneyin bilimsel olduğunun kabul edilebilmesini “bilimsel temel, amaç, yerleşik bilimsel ölçütlere göre ve gerekli niteliklere sahip kişiler tarafından gerçekleştirilme” gibi bir dizi koşula tabi tutmaktadır⁷⁶. Bu görüşteki yazarlara göre, bilimsel deney, “bilimsel içerikli, bilim mantığına ve etiğine dayanan ve bilimsel yöntemlere uygun bir şekilde, bilimsel verilere ulaşmak ve bu verilerin bilimsel çalışmalarda kullanılması amacıyla, konusunda bilimsel uzmanlaşma elde edilen kişiler tarafından yapılan çalışmalar” olarak tanımlanmaktadır⁷⁷.

Üçüncü bir görüş, bilimsel deney niteliğinden söz edilebilmesini, deneyin İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmelik kapsamında olması, etik kurulun ve Bakanlığın da deneyin bu kapsamda olduğunu tespit etmesi, yani ilgili mercilerin deneye izin vermiş olması gibi şekli birtakım koşullara bağlamakta ve bu koşulların suçun maddi unsuruna dahil olduğunu savunmaktadır⁷⁸.

Son olarak, araştırmanın bilim açısından anlamlı sonuçlar üretmesi, bilimde kullanılabilir ve uygulanabilir olması gerektiğinden hareket eden objektif bir görüş, önemli olanın deneyi gerçekleştiren kişinin amacı değil, araştırmanın tarafsız, objektif ve ilgili bilim dalının getirdiği standart çerçevesinde üçüncü kişiler tarafından “bilimsel” olarak nitelendirilmesi olduğunu kabul etmektedir⁷⁹.

Kanaatimizce, bir deneye bilimsel niteliğini kazandıran husus, bunu gerçekleştiren kişinin kimliği, bu deneyin bilimsel etik çerçevesinde gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği veya bu deneye herhangi bir merci tarafından izin verilmiş olması şeklinde belirlenemez. Bunlar, deneyin hukuka uygunluğunu veya geçerliliğini sağlayan hususlar olarak kabul edilebilirse de, “bilimsellik” niteliğinin kendisine ilişkin koşullar değildir. Aksi takdirde, hiçbir bilimsel etik kuralına bağlı olmadan gerçekleştirilen, Nazilerin

⁷⁵ **Hakeri**, 842; **Akyürek**, 10;

⁷⁶ **Akyürek**, 9.

⁷⁷ **Şen, Ersan**, İnsan Üzerinde Bilimsel Deney ve Deneme Suçları, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, Ankara 2008, 608; **Altunbaş**, 198.

⁷⁸ **Aygün Eşitli**, 81; **Güner**, 328-329.

⁷⁹ **Aygörmez Uğurlubay**, 185-186.

ikizler üzerindeki deneyleri gibi davranışların günümüzde “bilimsel deney” olarak kabul edilmesi ve cezalandırılması mümkün olmayacağından, bunların “insanlığa karşı suç”un maddi unsuru çerçevesinde cezalandırılması da söz konusu olamayacaktır. Bu bakış açısı, deneyin niteliği ile hukuka uygunluğuna ilişkin koşulları birbirine karıştırdığından yerinde değildir.

Aynı şekilde, Türk Ceza Kanunu kapsamındaki bir suçun maddi unsurunu oluşturan bir kavramın tanımında “yönetmeliğe uygunluk” koşulunun aranması, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç yaratılması yasağını ve buna bağlı olarak Anayasa’nın 38. maddesindeki suçta ve cezada kanunilik ilkesini görmezden gelen bir yorum olduğundan, kabul edilemez.

Diğer yandan, deneyin “bilimsel” niteliği, yalnızca failin kendi yaptığı deneyi “bilimsel” amaçla gerçekleştirmesi gibi salt subjektif bir ölçüte de bağlanmamalıdır. Aksi takdirde, hiçbir bilimsel sonuç doğurması beklenemeyecek doğüstü veya sahte-bilimsel faaliyetlerin de bilimsel deney kapsamında görülmesi olasıdır. Bu nedenle, deneyin yapıldığı anda, objektif anlamda bilimsel bakımdan anlamlı sonuçların doğması beklenebilecek deneylerin “bilimsel” olarak kabul edilebileceği görüşüdeyiz. Bu ölçüt bakımından, failin niteliği, deneyin mevzuata veya etik ilkelere uygunluğu veya önceden izin alınmış olup olmadığı gibi, hukuka uygunlukla ilgili hususlar dikkate alınmamalı, yalnızca deneyden beklenen sonuçların bilimsel açıdan anlamlı olup olmadığı üzerinde durulmalıdır.

Bilimsel deneyin ne şekilde gerçekleştirileceğine, tıbbi nitelikte olup olmayacağına yönelik herhangi bir kanuni belirleme bulunmamaktadır. Cerrahi müdahale yöntemleri, yeni ilaçlar, psikiyatrik veya psikolojik araştırmaların tamamı insan üzerinde deney kapsamında olabilecektir. Bu nedenle suç serbest hareketlidir. Deneyin süresi, suçun oluşumu bakımından önem taşımamaktadır. Bu nedenle suç kural olarak ani hareketlidir⁸⁰. Bununla birlikte, Tuskagee frengi deneyinde olduğu gibi, insanlar üzerinde gerçekleştirilen deneyin uzun bir süreye yayılması mümkündür. Bu gibi durumlarda hukuksal değer ihlali failin hakimiyeti altında devam ettiği sürece suçun işlenmesi söz konusu olacağından, sürekli (mütemadi) suç hükümlerinin uygulanması ve suçun işlendiği anın tespiti ile zamanaşımı bakımından sürekliliğin kesildiği anın esas alınması gerekecektir.

⁸⁰ Akyürek, 10.

YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)

İnsan üzerinde deney suçu kural olarak icrai bir hareket gerektirmektedir. Bununla birlikte, bu harekete ihmâl suretiyle iştirak edilmesi mümkündür. Örneğin, deneyi denetlemekle görevli kişilerin veya etik kurul üyelerinin, herhangi bir ihlalden haberdar olmalarına rağmen konuyu görmezden gelerek hukuka aykırı deneyin yürütülmesine kasten seyirci kalmaları durumunda, bu gibi bir ihmali hareketten söz edilebilecektir.

b) Tedavi Amaçlı Deneme Suçu Bakımından

Suçun hareket unsuru, “tedavi amaçlı denemede bulunmak” olarak tanımlanmıştır. Tedavi amaçlı deneme kavramı, yukarıda açıklanmıştı. Sağlıklı insanlar üzerinde gerçekleştirilen fiiller ile hastalar üzerinde gerçekleştirilmekle birlikte tedaviye yönelik olmayan davranışlar, “tedavi amaçlı deneme”nin kapsamına girmeyeceğinden, bu suçun maddi unsurunu oluşturamayacaktır⁸¹.

Buradaki “tedavi” kavramının, mutlaka hastalığın iyileştirilmesi olarak anlaşılması, hastanın yararına sonuç doğurması somut olarak beklenilen her türlü işlemi kapsar şekilde tanımlanması gerekmektedir. Gerçekten, herhangi bir tedavisi bulunmayan hastalıklarda dahi hastanın acılarının dindirilmesi amacıyla verilen bir ilacın veya standart tıbbi yöntemlere göre hastanın daha az zarar görmesine yönelik bir anestezi yönteminin denenmesi gibi durumlarda da geniş anlamda “tedavi” amacının varlığı kabul edilmelidir.

Bilinen yöntemlerin sonuç verip vermeyeceği veya bunun beklenip beklenmeyeceği gibi hususlar, söz konusu suç tipinin hukuka aykırılık unsuru ile ilgili olup, “tedavi amaçlı deneme” kavramının niteliğine ve dolayısıyla suçun hareket unsuruna tabi değildir⁸².

Bu suçta da hareketin sayısı ve niteliği deney suçu ile aynıdır. Diğer bir deyişle, serbest ve ani hareketli bir suç söz konusudur.

5. Netice

İnsan üzerinde deney ve deneme fiilleri, deney veya denemenin gerçekleştirilmesi ile neticeye ulaştığından, neticesi harekete bitişik bir suçtur.

⁸¹ Altunkaş, 204.

⁸² Krş. Altunkaş, 204.

Yine, deney veya denemenin kişi üzerinde herhangi bir zarar gerçekleştirmesi aranmadığından, suçların soyut tehlike suçu olduğu konusunda öğretide görüş birliği bulunmaktadır⁸³.

6. Teşebbüs

Suçun neticesi harekete bitişik olmasına karşın, icra hareketlerinin bölünebilir niteliği nedeniyle, insan üzerinde deney suçunun teşebbüs aşamasında kalması mümkündür. Deney kapsamındaki ilaç henüz verilmeden veya cerrahi müdahale henüz gerçekleştirilemeden failin iradesi dışında bir nedenle hareket tamamlanamamış ise, bu gibi bir durum söz konusu olacaktır.

B. MANEVİ UNSUR

İnsan üzerinde deney ve deneme suçları, yalnızca kasten işlenebilen suçlardır ve taksirle işlenmeleri mümkün değildir. Bunların maddi unsurlarının veya hukuka uygunluk koşullarının gerçekleştiği konusunda hataya düşen failin kastı ortadan kalkacak ve taksirinden dolayı cezalandırılması da mümkün olmayacaktır⁸⁴. Bununla birlikte, yapılan fiilin taksirle yaralama veya öldürme gibi başka bir suçun unsurlarını oluşturması halinde, ilgili suça göre ceza verilmesi mümkündür⁸⁵.

Tedavi amaçlı deneme suçunda ise, “tedavi amacı”, yani özel kast aranmaktadır⁸⁶. Bu nedenle, söz konusu amacın bulunmaması durumunda failin olası kastla bu suçu işlemesi mümkün değildir.

C. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

1. İnsan Üzerinde Deney Suçu Bakımından

a) Genel Olarak

TCK'nın 90. maddesinde insan üzerinde deney suçunun hukuka uygunluğu, ilgilinin rızası çerçevesinde değerlendirilmiştir. 90/2. madde, “İnsan üzerinde yapılan rızaya dayalı bilimsel deneyin ceza sorumluluğunu gerek-

⁸³ Hakeri, 843; Akyürek, 10; Özbek-Doğan, 554; Özbek, Veli Özer – Kanbur, Mehmet Nihat – Doğan, Koray – Bacaksız, Pınar – Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9.b., Seçkin, Ankara, 2015, 245; Aygün Eşitli, 168.

⁸⁴ Aygün Eşitli, 152.

⁸⁵ Altunkaş, 208.

⁸⁶ Ünver, Yener, “İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Sempozyumu, İstanbul, 2007, 155; Altunkaş, 208. *YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)*

tirmemesi için (...)” sözleri ile başlayarak bu durumu ortaya koyduktan sonra, söz konusu rızanın geçerliliği için bazı koşullar saymıştır. Bunların, rızaya ilişkin genel koşulların haricinde ve bunlara ek olarak aranması gerekmektedir. Bir başka deyişle, fıkranın başlığında bulunan “rıza”nın, Türk Ceza Kanunu’nun 26/2. maddesi çerçevesinde, rıza ehliyetine sahip bir kişi tarafından açıklanmış bir rıza olması gerekmektedir. Rızanın suç tipinde hukuka uygunluğu sağlayan neden olarak gösterilmesi karşısında, deneye tabi olmak konusunda kişinin kendi vücudu üzerinde tasarrufta bulunamayacağı iddia edilemez.

Bu rızanın geçerliliği, TCK’nın 90/2. maddesinde sayılan koşullara tabi tutulmuştur. Bu koşullar, deneyle ilgili olarak yetkili kurul veya makamlardan gerekli iznin alınmış olması; deneyin öncelikle insan dışı deney ortamında⁸⁷ veya⁸⁸ yeterli sayıda hayvan üzerinde yapılmış olması; insan dışı deney ortamında veya hayvanlar üzerinde yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin, varılmak istenen hedefe ulaşmak açısından bunların insan üzerinde de yapılmasını gerekli kılması; deneyin, insan sağlığı üzerinde öngörülebilir zararlı ve kalıcı bir etki bırakmaması; deney sırasında kişiye insan onuruyla bağdaşmayacak ölçüde acı verici yöntemlerin uygulanmaması; deneyle varılmak istenen amacın, bunun kişiye yüklediği külfete ve kişinin sağlığı üzerindeki tehlikeye göre daha ağır basması ve deneyin mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı olarak açıklanan rızanın yazılı olması ve herhangi bir menfaat teminine bağlı bulunmaması olarak sayılmıştır.

⁸⁷ İnsan dışı deney ortamı, ölmüş insan bedeni üzerinde, vücut parçaları, embriyo veya ceninler üzerinde gerçekleştirilecek deneyleri ifade edebilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Altunkaş**, s. 190 vd.

⁸⁸ *Ünver*, buradaki “veya” bağlacının “ve” olarak değiştirilmesini, böylece kural olarak bütün bilimsel deneylerin öncelikle hayvanlar üzerinde uygulanmasını, ancak hayvanlar üzerinde gerçekleştirilmesi olanaklı veya amaca elverişli olmayan deneyler bakımından alternatif bir yükümlülüğün maddeye eklenmesini savunmaktadır (bkz. **Ünver, Yener**, “Türkiye’de Ceza Hukuku Alanında Yapılan Yakın Tarihi Düzenlemelerde Tıp Hukukuna İlişkin Birkaç Sorun”, Uluslararası Katılımlı I. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyum Kitabı, Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul, 2005, 100). *Kanaatimizce* hayvanlar üzerinde deney yapılmasını zorunlu kılan bir durumun bulunmaması halinde böyle bir koşul aranmamalı ve gezegeni paylaştığımız diğer bilinçli canlı türlerinin gereksiz acı çekmesinin önüne geçilmelidir.

İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Yönetmeliği ile Tıbbi Cihaz Klinik Araştırmaları Yönetmeliği hükümlerine göre⁸⁹ klinik araştırma izni, etik kurullar ve Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu tarafından verilmektedir. Etik kurullar, klinik araştırma gerçekleştiren merkezlerde kurulan, araştırmalarla ilgili bilimsel ve etik yönden görüş bildiren bağımsız kurullardır. Bu kurulların, deneyin başlamasından sonra da bu araştırmaları izleme yetkileri vardır⁹⁰. Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu ise Sağlık Bakanlığına bağlı olarak çalışmaktadır.

Klinik araştırma konusundaki proje önerileri, etik kurullardan biri tarafından onaylandıktan sonra İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu'nun onayına sunulur. Bu şekilde bir araştırma çerçevesinde tıbbi müdahalenin gerçekleştirilebilmesi için her iki kurumun da onayı aranmaktadır⁹¹.

Bilimsel deneylere tabi tutulmak bakımından rızanın yazılı olması koşulu aranmaktadır. Bu nedenle, örtülü veya varsayılan rızaya dayanılarak bilimsel bir deneyin gerçekleştirilmesi mümkün değildir.

Rızanın “yeterli bilgilendirmeye dayalı” olması, aydınlatma yükümlülüğüne yapılan bir göndermedir. İfade edilmelidir ki, yalnızca bir “aydınlatılmış onam formu”nun imzalatılmış olması veya matbu bir formun üzerine yalnızca “okudum ve bilgilendim” gibi bir ifadenin yazılması aydınlatmanın hukuka uygun olarak gerçekleştirildiği anlamına gelmemektedir⁹².

Bilimsel araştırmalarda aydınlatmanın kapsamı, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 33. maddesinde gösterilmiştir. Buna göre: “Gönüllü; araştırmanın maksadı, usulü, muhtemel faydaları ve zararları ve araştırmaya iştirak etmekten vazgeçebileceği ve araştırmanın her safhasında başlangıçta verdiği rızayı geri alabileceği hususlarında, önceden yeterince bilgilendirilir”. Belirtmek gerekir ki bu düzenleme, tedavi amaçlı denemeler

⁸⁹ İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Yönetmeliği m.12; Tıbbi Cihaz Klinik Araştırmaları Yönetmeliği m. 14.

⁹⁰ **Kasapoğlu Turhan, Mine**, “Türkiye’de Klinik Araştırmalarda Etik Kurulların Rolü”, I. Uluslararası Katılımlı Ulusal Tıp Hukuku Kongresi (Ed. Hakan Hakeri – Cahid Doğan), Legal, İstanbul, 2016, 258.

⁹¹ **Öztürk, 78**.

⁹² Krş. **Doğan, Cahid**, “İnsan Üzerinde Deney ve Tedavi (İyileştirme) Amaçlı Deneme Suçları”, İlaç ve Tıp Alanında Ceza Hukuku, Etik ve Tıbbi Sorunlar Sempozyumu (Yay. Haz. Yener Ünver – Ali Kemal Yıldız – Onur Özcan), Yeditepe Üniversitesi Yayını, İstanbul, 2008, 103. Aydınlatma yükümlülüğünün koşulları hakkında bkz. **Erman**, 99 vd. *YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)*

bakımından da geçerlidir. İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmeliğin 5. maddesinin 1/1 fıkrası, bu kapsamı daha da geniş bir biçimde belirlemiştir. Buna göre: “Araştırmaya iştirak etmek üzere gönüllü olmak isteyen kişi veya kanunî temsilcisi, araştırmaya başlanılmadan önce; araştırmacının amacı, metodolojisi, beklenen yararları, öngörülebilir riskleri, zorlukları, kişinin sağlığı ve şahsi özellikleri bakımından uygun olmayan yönleri ve araştırmacının yapılacağı, devam ettirileceği şartlar hakkında ve araştırmadan istediği anda çekilme hakkına sahip olduğu hususunda yeterince ve anlayabileceği şekilde araştırma konusuna hâkimiyeti olan araştırma ekibinden bir sorumlu araştırmacı veya hekim ya da dış hekimi olan bir araştırmacı tarafından bilgilendirilir”.

Türk hukukunda, bilimsel deneylere tabi tutulma gönüllü gerçekleşmeli ve herhangi bir menfaat teminine bağlı olmamalıdır. Bu durum öğretilerde, tıp biliminin ilerlemesi düşüncesiyle ve hayatın gerçekleri ile bağdaşmadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir⁹³.

Rızanın herhangi bir menfaat teminine bağlı olmamasına karşın, gönüllünün zorunlu masraflarının ve zararlarının karşılanması ile kendilerine sigorta yapılması bu kapsamda görülmemektedir⁹⁴. Gerek Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu’nun Ek 10. maddesinde, gerekse İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmelik’te de bu husus açıkça düzenlenmiştir⁹⁵.

Belirtmek gerekir ki, hükümlüler, rızaları olsa dahi tıbbi deneylere tabi tutulamazlar. Bu durum, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’un 78/3. maddesinde açıkça öngörülmüştür⁹⁶. Bu hüküm, CGTİK 116. madde göndermesiyle, tutuklular hakkında da uygulanmalıdır⁹⁷.

⁹³ Ünver, Klinik Araştırmalar Kitabı 2014, 466. Benzer yönde: Hakeri, 410.

⁹⁴ Bkz. Ünver, Klinik Araştırmalar Kitabı 2014, 466.

⁹⁵ Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu Ek m. 10/5 ile İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Yönetmeliği m. 5, f. 1/m şöyledir:

“Sigorta teminatı dışında, gönüllülerin araştırmaya iştiraki veya devamının sağlanmasına yönelik olarak gönüllü veya kanunî temsilcisi için herhangi bir ikna edici teşvikte veya malî teklifte bulunulamaz. Ancak gönüllülerin araştırmaya iştiraki ile ortaya çıkacak masraflar ile sağlıklı gönüllülerin çalışma günü kaybından doğan gelir azalması araştırma bütçesinde belirtilir ve bu bütçeden karşılanır.”

⁹⁶ Ünver, Klinik Araştırmalar Kitabı 2014, 462.

⁹⁷ Altunbaş, 213.

Bu koşulların dışında, İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmeliğin 5. maddesinde, ister deney, ister deneme olarak adlandırılınsın, bütün klinik araştırmalar bakımından bazı ek koşullar öngörülmüştür. Bu çerçevede, örneğin, klinik araştırmalar kapsamında gönüllüye ait germ hücrelerinin genetik yapısını bozmaya yönelik araştırmalar yasaklanmış ve Faz IV klinik araştırmalarında gönüllüye sigorta yaptırılması zorunlu hale getirilmiştir. Yönetmeliğin 25. maddesinin 3. fıkrası, yönetmelikte belirtilen hükümlere aykırı davrananlar hakkında fiillerinin niteliğine göre Türk Ceza Kanunu'nun uygulanacağı belirlemesinde bulunmuştur. Bununla birlikte, suçta ve cezada kanunilik ilkesi karşısında, bu ek koşulların herhangi bir ceza sorumluluğuna yol açmaları mümkün değildir. Başka bir deyişle, TCK m. 90'da yer almayan ve yalnızca yönetmelik kapsamında öngörülen koşullara aykırılık, idari yaptırım dışında bir sorumluluk doğurmaz⁹⁸.

b) Çocuklar Üzerinde Gerçekleştirilecek Deneyler

TCK m. 90/3, çocuklar üzerinde gerçekleştirilecek bilimsel deneylerin hukuka uygunluğu bakımından bazı ek koşullar getirmiştir. Buna göre, bir önceki fıkradaki koşullara ek olarak, Yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin, varılmak istenen hedefe ulaşmak açısından bunların çocuklar üzerinde de yapılmasını gerekli kılması, rıza açıklama yeteneğine sahip çocuğun kendi rızasının yanı sıra ana ve babasının veya vasisinin yazılı muvafakatinin de alınması ve deneyle ilgili izin verecek yetkili kurullarda çocuk sağlığı ve hastalıkları uzmanının bulunması da aranmaktadır.

Belirtelim ki, İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmeliğin 6. maddesi, “çocukların klinik araştırmaya iştirak etmeleri” başlığını taşımaktadır. Ancak bu madde, TCK hükümlerine göre ek bazı koşullar aramaktadır. Buna göre, çocuk üzerinde yapılacak klinik araştırmalar bakımından, “araştırmanın gönüllülere doğrudan bir fayda sağlayacağı hususunda genel tıbbi bir kanaat” bulunmalıdır. Bu durum, gerçekte tedavi amaçlı denemenin ayırt edici bir unsurunun, her türlü bilimsel deney bakımından bir koşul haline getirildiği anlamını taşımakta ve TCK ile İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi hükümlerine de aykırılık

⁹⁸ Altunkaş, 219.

YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)

içermektedir. Gerçekten, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'ne Ek Protokol'ün 15/2. maddesi, ilgili bakımından somut bir yarar beklentisinin bulunmadığı hallerde dahi, ilgili ile benzer durumdaki diğer kimselere yardımcı dokunabilecek hallerde ve ilgiliye asgari risk ve külfet getirecek durumlarda bilimsel deneylere izin verilebileceğini öngörmektedir. Türk Ceza Kanunu da bu konuda herhangi bir kısıtlama getirmemişken, Yönetmelik hükmüyle böyle bir ek koşul aranması hukuka aykırıdır⁹⁹.

TCK 90. maddede yer alan düzenlemede, rıza ehliyeti bakımından getirilen koşul, rıza açıklama yeteneğine sahip çocuklar bakımından hem çocuğun, hem de anne ve babasının rızasının aranacağı yönündedir. Buradaki “ana ve baba” teriminin hukuki sorunlara yol açabileceği ve “yasal temsilci” olarak değiştirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Aksi takdirde, velayet hakkını boşanma veya mahkeme kararı sonucunda kaybetmiş anne ve/veya babanın da rıza açıklamasına katılmasını gerektirebilecek belirsiz bir durum ortaya çıkmaktadır¹⁰⁰.

Çocuğun rıza ehliyetinin hiç bulunmadığı durumlarda ne şekilde bir uygulama yapılması gerektiğine ilişkin olarak da TCK herhangi bir düzenleme getirmemektedir. Bu durumda kural olarak çocuk hakkında karar verme yetkisi yasal temsilcide olsa da, bu yetki çocuğun üstün yararı hilaflına kullanılamayacağından, endikasyonu bulunmayan bir bilimsel deneye rıza gösterilmesi mümkün değildir. Çocuğun deneyden doğrudan bir yarar sağlamanın umulduğu hallerde ise yapılan müdahale “tedavi amaçlı deneme” kapsamında değerlendirilmeli ve yasal temsilcinin çocuk adına karar verebileceği kabul edilmelidir¹⁰¹.

2. Tedavi Amaçlı Deneme Suçu Bakımından

Tedavi amaçlı denemelere ilişkin hukuka uygunluk nedeni de rıza olarak belirlenmiştir¹⁰². Ancak bilimsel deneylerden farklı olarak bu rızanın ge-

⁹⁹ Aygün Eşitli, 142.

¹⁰⁰ Aygün Eşitli, amaca uygun bir yorumla, velayetin anne veya babadan birine ait olduğu durumlarda söz konusu yasal temsilcinin rızasını yeterli görmektedir. Bkz. Aygün Eşitli, 139.

¹⁰¹ Krş. Aygün Eşitli, 140.

¹⁰² Ygt. 12. CD, 26.04.2012 t., E. 2011/20105, K. 2012/10908 s.K. şu şekildedir: “(...) geçirdiği trafik kazası sonucu bel kısmından altı felç olan katılan A'nın, bilinen tüm tıbbi yöntemler uygulanmasına rağmen şifa bulmadığı, kök hücre tedavisi konusunda bizzat kendisi bilimsel çalışmalar yapıp, uluslararası çalışmaları takip eden, hekim olan sanık YUHFD Vol. XIII No. 2 (2016)

çerliliği şekli koşullara tabi tutulmamıştır. Bu nedenle, rızanın yazılı olarak verilmesine yönelik kanuni bir geçerlilik koşulu da bulunmamaktadır. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 33. maddesi, bilimsel araştırmalarda rızanın yazılı olması gerektiğini, İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmeliğin 5. maddesinin 1/i bendi de gönüllünün gösterdiği rızanın “Gönüllü Olur Formu” ile belgelendirileceğini düzenlemektedir. Bu düzenlemeler, bilimsel deneyler için olduğu gibi, tedavi amaçlı denemeler bakımından da geçerlidir. Ancak yönetmelikle getirilen bu şekil koşulları ceza sorumluluğunu etkilemediği gibi, rızanın geçerliliğine değil, ancak ispatına yönelik koşullar olduğundan, fiilin hukuka uygunluğu bakımından da bir etki doğurmamaktadır.

Bunun haricinde, rızanın geçerliliği bakımından yine TCK'nın 26/2. maddesine göre rıza ehliyeti bulunan kişinin vereceği açık veya örtülü bir beyanın bulunması gerekmektedir. Bu durum, 90. maddede denemenin “rıza dayalı” olarak gerçekleştirilmesinin şart koşulmuş olmasının ve 26. maddede de “açıklanan rıza”dan söz edilmiş olmasının zorunlu ve doğal bir sonucudur.

Bu durumda, TCK bakımından bilinci kapalı hastaların varsayılan rızasına dayanılarak tedavi amaçlı denemelerin gerçekleştirilmesi mümkün olmayıp, bu gibi fiiller suç teşkil edecektir. Bununla birlikte, İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmeliğin 9. maddesi, “yoğun bakımdaki ve bilinci kapalı kişilerin araştırmaya iştirak etmeleri”ni açıkça düzenlemiş ve bu kapsamda hastanın kanuni temsilcisi veya yakınından izin alınabileceği, bu yakınlarla ulaşılamaması halinde ise “sorumlu araştırmacı veya hekim olan bir araştırmacının sorumluluğunda” bu kişilerin araştırmaya dahil edilebileceği öngörülmüştür. Yönetmeliğe göre, ancak hastanın bilincini yeniden kazanması ve araştırmaya katılmak istemediğini açıkça ifade etmesi durumunda bu yöndeki iradesi dikkate alınacaktır. Madde metni, araştırmacının kişinin sağlığı bakımından öngörülebilir bir risk taşıyaması ve doğrudan bir fayda sağlayacağı yönünde tıbbi bir kana-

tarafından henüz geçerliliği kanıtlanmamış bir yöntem olan, kök hücre nakli ile tedavi edilmeye çalışıldığı olayda, sanığın üzerine atılı, İnsan Üzerinde Bilimsel Deney Yapma suçunun unsurlarının oluşmadığı, eyleminin İnsan üzerinde tedavi amaçlı deneme olarak nitelenebileceği, bunun da katılanın rızası kapsamında suç teşkil etmediği, dosya içerisinde mevcut katılan A ve İ tarafından imzalanmış rızalarını gösterir belgelerle anlaşıldığı (...). Bkz. **Özalp-Özalp**, 186.

YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)

atin bulunması koşullarını öngördüğüne göre, burada sözü edilenin bilimsel deney değil, tedavi amaçlı bir deneme olduğu anlaşılmaktadır.

Kanaatimizce, varsayılan rızaya dayanılarak tedavi amaçlı denemede bulunulmasına, *olması gereken hukuk bakımından* belirli koşullarla izin verilmesi düşünülebilir. Ancak bunun için hastanın olası iradesinin araştırılması ve deneme kapsamında öngörülen tedavinin geleneksel tedavi yöntemine göre risk-yarar dengesinin daha dikkatli gözetilerek, ancak denemenin bariz bir yarar sağlayacağına beklendiği durumlarda standardın dışına çıkılmasına izin verilmesi gerekir¹⁰³. Yürürlükteki Türk Ceza Kanunu ise, hukuka uygunluğu açıklanmış bir rızaya bağlamakla bu yolu kapattığından, *olan hukuk* bakımından varsayılan rızanın kullanılması mümkün değildir.

Bunun yanında, bu gibi bir hususun yönetmelikle düzenlenmesi, kişinin rızasının ve hatta varsayılan rızasının geçerlilik koşullarının dahi aranmayarak rıza vermeye yetkili olmayan kişilerin iradelerine hukuki geçerlilik tanıyacak ve bunun sonucunda bir kişinin kendi geleceğini belirleme hakkını ve insan onurunu ciddi anlamda zedeleyecek bu gibi bir düzenlemenin hukuka aykırı olduğu açıktır¹⁰⁴.

Benzer düzenlemeler, aynı Yönetmeliğin 6. maddesinde çocuklar, 7. maddesinde gebeler, lohusalar ve emziren kadınlar, 8. maddesinde ise kısıtlılar bakımından da getirilmiştir. Bu düzenlemeler rıza ehliyeti bakımından hukuka aykırılık içermemekle birlikte, bilimsel araştırma özgürlüğünün Anayasa'ya aykırı olarak yönetmelikle sınırlandırılması anlamına geldiklerinden bunların da hukuka aykırı olduğu sonucuna varılmalıdır¹⁰⁵.

Tedavi amaçlı denemeye gösterilen rıza, aydınlatılmış olmalıdır. Bu kapsamda, gerçekleştirilmesi düşünülen tedavinin standart bir tıbbi müdahale olmadığı hususu açıkça belirtilmeli, hasta bakımından bu tedavi yönteminin diğer yöntemlere göre nasıl bir somut yarara yol açacağına beklendiği ve bu yöntemin getirebileceği riskler konusunda kapsamlı bir bilgilendirme yapılmalıdır.

¹⁰³ Erman, 228.

¹⁰⁴ Bkz. Ünver, Klinik Araştırmalar Kitabı 2014, 463.

¹⁰⁵ Aygün Eşitli, 145; aynı görüşte: Ünver, Klinik Araştırmalar Kitabı 2014, 463. Ünver'e göre de, "bilimsel araştırmalar tıpkı diğer temel haklar gibi insan haklarından olup, Anayasanın 13. maddesine göre, bu konudaki yasak ve sınırlamalar ancak kanuni düzenlemelerle yapılabilir".

Tedavi amaçlı denemeye gösterilen rıza, aydınlatılmış olsa dahi, müdahaleyi tek başına hukuka uygun hale getirememektedir. Kanuna göre, “bilinen tıbbi müdahale yöntemlerinin uygulanmasının sonuç vermeyeceğinin anlaşılması” da gerekmektedir. Bu durum, kanun koyucunun, rızanın tek başına hukuka uygunluğu sağlayamayacağı yönündeki iradesinden kaynaklanmaktadır. Bu durumda, hekimin önce bilinen tıbbi yöntemleri uygulaması ve bunların başarısız kaldığını tespit etmesi ya da söz konusu hastalığa veya duruma yönelik başarılı bir tıbbi yöntemin bulunmaması gerekmektedir. Nitekim Yargıtay’ın kararları da bu yöndedir¹⁰⁶. Buna ek olarak, bilinen tıbbi yöntemlerin görece yüksek riskli olması durumunda da tedavi amaçlı bir denemeye başvurulması kabul edilmelidir¹⁰⁷.

Son olarak, tedavi amaçlı denemede rızanın geçerli olabilmesi, bu rızanın söz konusu tedaviyi gerçekleştirecek olan yetkili uzman hekime yöneltilmesine bağlıdır. Bu tedavi bakımından uzmanlığı bulunmayan veya “uzman hekim” özelliği bulunmayan hekim veya diğer sağlık meslek mensuplarının, tedavi amaçla denemede bulunması halinde, hukuka uygunluğun koşulları gerçekleşmeyecek ve suç oluşacaktır.

D. SUÇU ETKİLEYEN NEDENLER

Bu suçlarda herhangi bir ağırlatıcı veya hafifletici neden öngörülmemiştir. Buna karşılık, 90. maddenin 5. fıkrası, şöyle bir düzenleme içermektedir: “Birinci fıkrada tanımlanan suçun işlenmesi sonucunda mağdurun yaralanması veya ölmesi halinde, kasten yaralama veya kasten öldürme suçuna

¹⁰⁶ “(...) Dosya içerisinde mevcut ‘Bilgilendirilmiş Gönüllü Olur Formu’nun incelenmesinde, 23.07.2008 tarihinde ölene sanıklar tarafından remedy tedavi programına başlandığı, ölenin, venöz tromboembolizmin sekonder olarak önlenmesinde oral dabiğatran eteksilatın (150 mg. bid) etkinliğinin ve güvenilirliğinin Warfarinle (INR 2.0-3.0) karşılaştırılmalı olarak değerlendirilmesi amacıyla gerçekleştirilen faz 3, randomize, çok merkezli, çift, kör, paralel grup, aktif kontrollü özel ilaç firması tarafından destekli gizli olarak yürütülen ‘Remedy’ adlı çalışma programına alındığının anlaşılması karşısında; ‘derin ven trombozu’ teşhisi konulan ölene, sanıklar tarafından ‘Remedy’ çalışmasına başlamadan önce bilinen tıbbi müdahale yöntemlerinin uygulanıp uygulanmadığı, uygulanması halinde ise sonuç verip vermediği araştırılarak, sonuca göre sanıklar hakkında TCK’nın 90/4. maddesi gereğince sorumluluklarının değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeden, sanıklar hakkında yazılı şekilde hüküm tesisi, Kanuna aykırı olup; (...)”, Ygt. 12. CD., 14.12.2015, 2015/2709 E., 2015/19199 K. s.K., karar metni için bkz. **Erdem**, 45 vd.

¹⁰⁷ **Özgül, Mehmet Emin**, Yeni Tıbbi Yöntemlerin Hukuka Uygunluğu, XII Levha, İstanbul, 2010, 287.

ilişkin hükümler uygulanır”. Bu düzenlemenin hukuksal niteliği ve doğurduğu sonuçlar öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre burada, zaten bilinen bir husus tekrar edilmiş olup, düzenleme gereksiz niteliktedir¹⁰⁸. Diğer bir görüş, bu fıkranın netice sebebiyle ağırlaşmış bir hali düzenlediğini ve bu nedenle TCK 23. madde ile birlikte değerlendirilerek failin yaralanma veya ölüm neticesi bakımından en azından taksir derecesinde sorumluluğunun aranması gerektiğini savunmakta, ancak düzenlemeyi eleştirmektedir¹⁰⁹.

Belirtelim ki, maddenin gerekçesi de bu görüşü destekler niteliktedir. Buna göre, “hukuka uygunluk açısından aranan koşullara riayet edilerek insan üzerinde yapılan deney sonucunda belirtilen sonuçların meydana gelmesi hâlinde ceza sorumluluğu cihetine gidilebilmesi için, meydana gelen netice açısından kişinin en azından taksir nedeniyle kusurunun bulunması gerekir”. Bu durum, gerçekte yaralama ve ölüm neticesini istemeyen kişinin kasten yaralamış ve öldürmüş gibi cezalandırılması anlamına geleceğinden, failin kusuru ile orantılı bir ceza yerine çok daha ağır bir cezaya çarptırılmasına neden olacaktır. Bu durum, kusur ilkesi ile ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesini ihlal edeceğinden, Anayasa’nın 17. ve 38. maddelerine de aykırıdır¹¹⁰.

İkinci bir görüş, burada iki ayrı suç bulunduğunu, ancak failin kasten yaralama veya öldürme suçları bakımından olası kastla hareket ettiğini ileri sürmektedir¹¹¹.

Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise, söz konusu fıkradaki düzenleme özel bir içtima hükmüdür¹¹². Bu nedenle, düzenlemenin sonuçları aşağıda ilgili başlık altında incelenecektir.

¹⁰⁸ **Hakeri**, 844.

¹⁰⁹ **Ünver**, Klinik Araştırmalar Kitabı 2014, 466-467; benzer bir görüşle birlikte farklı eleştiriler için bkz. **Özbek-Doğan**, 555.

¹¹⁰ **Yaşar-Gökcan-Artuç**, 3131; **Özbek-Doğan**, 555; **Özalp-Özalp**, 183.

¹¹¹ **Aygün-Eşitli**, 84-85. *Yarsuvat-Bayraktar* da bu yönde bir yorumun yapılabileceğini ileri sürmekle birlikte, olası kastın kusurluluğu genişleten bir sonuç olduğu gerekçesiyle eleştirel bir yaklaşım sergilemektedirler. Bkz. **Yarsuvat, Duygun – Bayraktar, Köksal**, “Yeni Türk Ceza Kanunundaki Bazı Suçlar Karşısında Tıbbi Uygulamaların Durumu”, *GÜHFD*, yıl: 3, Sy. 2, 2004/2, Edren Kuntalp’e Armağan, c. II, 77-78.

¹¹² Aynı görüşte: **Altunbaş**, 223; **Güner**, 340; **Akyürek**, 12.

III. SUÇLARIN BİRLEŞMESİ VE İŞTİRAK

A. SUÇLARIN BİRLEŞMESİ

İnsan üzerinde deney ve deneme suçlarının mağduru kişi olduğundan, aynı kişiye karşı farklı zamanlarda aynı suç işleme kararı ile gerçekleştirilen fiiller zincirleme suç (TCK 43. madde) kapsamında tek bir suç olarak kabul edilecek, ancak ceza ağırlaştırılarak verilecektir.

Tek bir hareketle birden fazla kişi üzerinde bilimsel deney yapılması mümkündür. Özellikle psikolojik deneyler bakımından bu çok da olası bir durumdur. Bu gibi durumlarda da TCK 43/2. maddede yer alan zincirleme suç hali gerçekleşmiş olabilecektir.

İnsan üzerinde deney ve deneme suçları bileşik suç olmamakla birlikte, “bilimsel deneylere tabi tutma” fiili, TCK 77/1/e maddesi uyarınca insanlığa karşı suçun seçimlik hareketlerinden de birini oluşturmaktadır. Bu nedenle, toplumun bir kesiminin belirli ayrımcı saiklerle bir plan doğrultusunda sistematik olarak bilimsel deneylere tabi tutulması durumunda ayrıca insan üzerinde deney suçundan hüküm verilmeyecek, bu suçun bileşik suç hükümleri (TCK’nın 42. maddesi) çerçevesinde insanlığa karşı suç içinde eridiği kabul edilecektir. Ancak TCK’nın 77. maddesinde gösterilen seçimlik hareket, tedavi amaçlı denemeyi kapsamamaktadır. Dolayısıyla, 90/4. maddede gösterilen davranışların insanlığa karşı suç oluşturması mümkün değildir.

TCK 90/5. maddesi, yukarıda ifade edildiği üzere, kanaatimizce özel bir içtima hükmü içermekte ve “birinci fıkrada tanımlanan suçun işlenmesi sonucunda mağdurun yaralanması veya ölmesi halinde kasten yaralama veya kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanır” şeklinde bir düzenleme getirmektedir.

Düzenleme, muğlak ve sorunludur. İnsan üzerindeki her deneyin zaten vücut bütünlüğüne bir müdahale anlamına gelmesi nedeniyle başlı başına “yaralama” fiilini oluşturduğu ileri sürülebilir¹¹³. Bunun haricinde, düzenlemenin yalnızca insan üzerinde deney suçuna ilişkin olarak öngörülmüş olması, buna karşılık tedavi amaçlı denemelerde böyle bir göndermede bulunulmaması eleştirilmektedir¹¹⁴.

Burada kasten öldürme ve kasten yaralama suçunun yalnızca ceza miktarı bakımından dikkate alınması halinde ise, deneyin hukuka uygun-

¹¹³ Nitekim bu yönde: **Altunkaş**, 224; **Hakeri**, 844; **Özalp-Özalp**, 183.

¹¹⁴ **Altunkaş**, 224; **Hakeri**, 844.

YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)

luk koşullarından birine kasten aykırılıkta bulunan, fakat kişinin yaralanmasını veya ölmesini istemeyen bir kimsenin dahi kasten yaralama veya öldürme suçundan çok ağır bir cezaya çarptırılması ve bu nedenle kusur ilkesine aykırı bir sonuç doğması mümkündür. Örneğin gönüllüye acıyarak ona hukuka aykırı surette maddi bir menfaat tanıyan araştırmacı, deneyin neticesinde gönüllünün ölmesi halinde kasten öldürme suçundan müebbet hapis cezasına çarptırılma tehlikesi ile karşılaşacaktır.

Bu nedenle, söz konusu göndermenin, ilgili suçların bütün unsurlarına yönelik olduğu, yani kasten yaralama veya öldürme suçlarının işlendiğinin kabul edilebilmesi için aranan manevi unsuru da kapsadığı kabul edilmeli, kişinin yaralama veya öldürme kastıyla hareket etmemesi halinde bu suçlardan mahkumiyet kararı verilmemelidir¹¹⁵.

Belirtelim ki *Hakeri*, deneyin hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmesi durumunda zaten taksirden söz edilemeyeceğini, bu durumda kastın bulunduğunu kabul etmekte, ancak bunun 90/5. madde kapsamında yaralama veya ölüm durumunda da uygulanacağı sonucuna varmaktadır¹¹⁶. Ancak *kanaatimizce*, insan üzerinde deney suçunu kasten gerçekleştiren bir failin, özellikle ölüm neticesi bakımından böyle bir kastının bulunduğu doğrudan kabul edilemez.

Ancak kasten yaralama suçu bakımından, insan üzerinde deneyin aynı zamanda vücut bütünlüğüne müdahale oluşturduğu ve bu nedenle kasten yaralama suçu ile aralarında özel-genel norm ilişkisinin bulunduğunu kabul ettiğimizden, bu suça yapılan göndermenin farklı yorumlanması gerekmektedir. Gerçekten, deneyin niteliği gereği kasten yaralama suçuna yol açtığı kabul edilecek olursa, 90/5. madde göndermesi nedeniyle bu iki suçun uygulama alanı örtüşecek ve her deneyde kasten yaralama hükümlerinin uygulanmasının gerektiği ileri sürülebilecektir¹¹⁷. Bunun önüne geçilmesi, ancak yapılan göndermenin “mağdurun sağlığının kalıcı surette bozulması” şeklinde anlaşılması ile mümkündür. Benzer bir görüş ise, göndermenin, kasten yaralamanın nitelikli hallerine yapılmış olarak anlaşılması gerektiğini savunmaktadır¹¹⁸.

¹¹⁵ Bu yönde: **Altunkaş**, 225. Benzer bir görüşte: **Akyürek**, 12.

¹¹⁶ **Hakeri**, 844.

¹¹⁷ **Altunkaş**, 224.

¹¹⁸ **Altunkaş**, 224; **Ünver**, Marmara Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyumu, 174.

B. İŞTİRAK

İnsan üzerinde deney ve deneme suçları, iştirak bakımından bir özellik göstermemektedir. Suçların tek faille işlenmesi mümkün olduğu gibi, TCK 37 ve devamı maddelerinde yer alan iştirak türlerinin uygulanması da söz konusu olabilecektir.

IV. YAPTIRIM VE YARGILAMA

İnsan üzerinde deney suçunun cezası bir yıldan üç yıla kadar, tedavi amaçlı deneme suçunun cezası ise bir yıla kadar hapis olarak belirlenmiştir. Bunun dışında, suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi durumunda, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmedilecektir. Söz konusu tedbirler, TCK 60. maddede gösterilen, müsadere ve iznin iptali tedbirleridir. Bu hükümler çerçevesinde iznin iptali için, tüzel kişinin organ ve temsilcilerinin suça iştirak etmiş olması, suçun tüzel kişi yararına işlenmiş olması ve tüzel kişiye tanınan iznin kötüye kullanılmış olması gerekmektedir.

Bu suçlardan dolayı açılacak davalarda görevli mahkeme asliye ceza mahkemesidir.

Soruşturma usulü bakımından, tedavi amaçlı deneme suçunun cezasının üst sınırı iki yılın altında olduğu için CMK 100. maddenin 4. fıkrası gereğince tutuklama yasağı söz konusuyken, ilgili fıkrada 24.11.2016 tarih ve 6763 sayılı Kanunun 22. maddesi ile yapılan değişiklik neticesinde vücut bütünlüğüne karşı kasten işlenen suçlar tutuklama yasağının kapsamının dışına çıkarılmıştır. Gerçekte kasten yaralama suçları düşünülerek getirilmiş bu değişiklik neticesinde, tedavi amaçlı denemeler de tutuklama yasağına tabi olmaktan çıkmıştır.

SONUÇ

İnsan üzerinde deney ve tedavi amaçlı deneme suçlarının Türk Ceza Kanunu'nun 90. maddesinde düzenlenmesi, konuya ilişkin hukuka uygunluk koşullarının belirlenmesi bakımından önem taşımakta olup, gerek ceza hukuku, gerekse sağlık hukuku bakımından önemli bir eksikliği giderdiği tartışmasızdır. Bununla birlikte, maddenin düzenleniş şekli nedeniyle, teori ve uygulama bakımından sorunlar da ortaya çıkmaktadır. Bu sorunların giderilebilmesi için, maddede bazı değişiklikler yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Bu konudaki önerilerimizi aşağıda sıralamaktayız:

- İnsan üzerinde deney ve deneme kavramları ile klinik araştırma kavramı arasında koşutluğun sağlanması ve bu nedenle bir Klinik Araştırmalar Kanunu'nun kabul edilmesi gerekmektedir. Bu konu, gerek bilim ve sanat özgürlüğü, gerekse kendi geleceğini belirleme ve bilimsel araştırmalara katılma hakkını ilgilendirdiğinden, yönetmeliklerle düzenlenmesi başlı başına insan haklarının sınırlandırılma rejimine aykırılık oluşturmaktadır.

- Aynı belirleme, embriyonik kök hücreler üzerinde gerçekleştirilecek araştırmalar bakımından da geçerlidir. İnsan genomu üzerindeki haklar ve hukuki sonuçları kanunla tanımlanmalı ve bu konudaki araştırmaların hukuki sınırları ve yaptırımları belirlenmelidir.

- Gönüllülere herhangi bir maddi yardımda bulunulmasının bütünüyle yasaklanması, bilimsel araştırmaların ilerlemesi bakımından ciddi sorunlar yaratmaktadır. Bu yasağın hafifletilmesi ve özellikle suç tipi bakımından hukuka uygunluğun koşulları arasından çıkarılması gerekmektedir.

- Türk Ceza Kanunu'nun 90/5. maddesinde düzenlenen özel içtima hali, kusur ilkesi ve ceza sorumluluğunun şahsiliği bakımından Anayasa'ya aykırılık içermektedir. Aynı zamanda düzenleme, muğlaklığı nedeniyle yorum belirsizliğine yol açmaktadır. Bu fıkra bütünüyle kanundan çıkarılmalı, bu konu genel hükümler çerçevesinde çözümlenmelidir.

KAYNAKÇA

Akyürek, Güçlü, “İnsan Üzerinde Deney Suçu (TCK m. 90) ve Klinik Araştırmalar Etik Kurulları”, Terazi Hukuk Dergisi, c. 9, Sy. 100, Aralık 2014.

Alpan, Serdar, “Türkiye’de Klinik İlaç Araştırmaları ve Yasal Alt Yapısı”, Bilim ve Uygulamada İlaç ve Hukuk Uluslararası Sempozyumu, Yeditepe Üniversitesi Yayını, İstanbul, 2008.

Altunkaş, Aysun, “İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Ulusal Sağlık Hukuku “Klinik Araştırmalar ve İlaç Hukuku” Sempozyumu, Seçkin, Ankara, 2014.

Atıcı, Elif, “Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik Üzerine”, Uludağ Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi, 35(3), 2009.

Aygün Eşitli, Ezgi, İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları, Yetkin, Ankara, 2012.

Bassiouni, M. Cheriff – Baffes, Thomas G. – Evrard, John T., “An appraisal of human experimentation in international law and practice: the need for international regulation on human experimentation”, The Journal of Criminal Law & Criminology, Vol 72, No.4, 1981.

Bayraktar, Köksal, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul, 1972.

Biermann, Elmar, Die Arzneimittelpfprüfung am Menschen, Gießen, 1985.

Doğan, Cahid, “İnsan Üzerinde Deney ve Tedavi (İyileştirme) Amaçlı Deneme Suçları”, İlaç ve Tıp Alanında Ceza Hukuku, Etik ve Tıbbi Sorunlar Sempozyumu (Yay. Haz. Yener Ünver – Ali Kemal Yıldız – Onur Özcan), Yeditepe Üniversitesi Yayını, İstanbul, 2008.

Elzer, Oliver, Allgemeine und besondere klinische Prüfungen an Einwilligungsfähigen, Frankfurt a.M., 1998.

Erdem, Ümit, Yargıtay 12. Ceza Dairesi (2014-2016) Kararlarında Hekimin Sorumluluğu, Legal, İstanbul, 2016.

Erman, Barış, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Seçkin, Ankara, 2003.

Eroğlu, Fulya, “Hasta Hakları Yönetmeliği’nde Yer Alan Haklara İlişkin Bir İnceleme”, Suç ve Ceza, 2009/3.

Erol Sarıyev, Ayşe, Alternatif Tıbbî Yöntemlerden Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk, Adalet, Ankara, 2015.

Hakeri, Hakan, Tıp Hukuku, 10.b., Seçkin, Ankara, 2015.

Helle, Jürgen – Frölich, Jürgen – Haindl, Hans, “Der Heilversuch in der klinischen Prüfung von Arzneimitteln und Medizinprodukten”, NJW 2002, 857 vd.

Kasapoğlu Turhan, Mine, “Türkiye’de Klinik Araştırmalarda Etik Kurulların Rolü”, I. Uluslararası Katılımlı Ulusal Tıp Hukuku Kongresi (Ed. Hakan Hakeri – Cahid Doğan), Legal, İstanbul, 2016.

Kirkit, Ecem, Tıbbî Müdahalenin Hukuka Uygunluğu, Adalet, Ankara, 2016.

Koca, Mahmut – Üzülmmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3.b., Seçkin, Ankara, 2016.

Özalp, Tuba – Özalp, Faruk, Hekimin Cezai Sorumluluğu, 2.b., Adalet, Ankara, 2016.

Özbek, Veli Özer – Doğan, Koray, “İnsan Üzerinde Deney Suçu (TCK m. 90)”, Prof. Dr. Uğur Alacakaptan’a Armağan, c.1, İstanbul Bilgi Üniversitesi yayını, İstanbul, 2008.

Özbek, Veli Özer – Kanbur, Mehmet Nihat – Doğan, Koray – Bacaksız, Pınar – Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9.b., Seçkin, Ankara, 2015.

Özgül, Mehmet Emin, Yeni Tıbbi Yöntemlerin Hukuka Uygunluğu, XII Levha, İstanbul, 2010.

Öztürk, Esra, Klinik İlâç Araştırmalarında Hukukî Sorumluluk, Yetkin, Ankara, 2013.

Şen, Ersan, İnsan Üzerinde Bilimsel Deney ve Deneme Suçları, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, Ankara 2008.

Şener, Nurhan, “Kök Hücre Araştırmaları, Etik ve Yasal Tartışmalar”, Hukuk Gündemi, 2012/1.

Ünver, Yener, “Türkiye’de Ceza Hukuku Alanında Yapılan Yakın Tarihteki Düzenlemelerde Tıp Hukukuna İlişkin Birkaç Sorun”, Uluslararası Katılımlı I. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyum Kitabı, Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul, 2005.

Ünver, Yener, “İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Sempozyumu, İstanbul, 2007.

Ünver, Yener, “İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçu”, Klinik Araştırmalar Kitabı 2014, Ankara, 2014.

Yarsuvat, Duygun – Bayraktar, Köksal, “Yeni Türk Ceza Kanunundaki Bazı Suçlar Karşısında Tıbbi Uygulamaların Durumu”, GÜHFD, yıl: 3, Sy. 2, 2004/2, Edren Kuntalp’e Armağan, c. II.

Yaşar, Hasan Tahsin – Artuç, Mustafa – Yaşar, Osman, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 2.b., Adalet, Ankara, 2014.

**ÖRTÜLÜ REKLAMLARIN YASAKLANMASININ MARKA
HUKUKU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ**
(*EVALUATION OF THE COVERT ADVERTISING BANNING RULES IN TERMS OF
TRADEMARK LAW*)

Yard. Doç. Dr. / Asst. Prof. Dr. Mehmet Fethi ŞUA¹

ÖZET

Ayırt edici ticari unsurların üç boyutlu hale geldiği ve dış görüntüsüyle beraber algılandığı ve hukuken korunduğu bir dönemde örtülü reklamı yasaklayabilmek amacıyla bir ürün üzerinde sadece bir isim veya işaretin kapatılması hukuken isabetli bir yöntem değildir. Kaldı ki, üç boyutun dışında ayırt edici unsurlar iki boyutlu olarak da uzun yıllardır farklı biçimlere bürünerek ticari hayatta ve günlük yaşamda önemli bir yer edinmiş bulunmaktadır. Bu iki boyutlu görüntülerin tamamı kapatılmadan sadece belirli bir bölümünü kapatmak *şekil markası* gerçeğini görmezden gelmek anlamını taşımaktadır. Dolayısıyla, iki boyutlu şekillerin ve üç boyutlu biçimlerin markasal değer taşıyan tüm unsurlarını kapatmadan sadece bir sembolün kapatılmış olması hukuki olarak örtülü reklam yapılmadığı anlamına gelmeyecektir (örneğin, bir araba veya spor kıyafet takımı üzerindeki sadece bir logonun kapatılmış olması). O halde, tanıtıcı unsurları esasında örtemeyen ve bir ürünün üzerindeki sadece belirli bir logoyu gizleyebilen sınırlı kapatma yöntemleri hem etkisiz hem de bazı durumlarda haklı bir gerekçeye dayanmamaktadır. Zira, kapatılan kısımdan çok daha büyük tanıtıcı işaretler aynı ürün üzerinde gözükmeye devam etmekte olduğu kadar esasında hayatın olağan akışı içerisinde görünür olmasının makul ve haklı kabul edilebileceği kullanımlar da kapatılmaktadır. Bu itibarla, örtülü reklamların yasaklanması müessesesi şekil markalarının her türünü ve üç boyutlu markaları, bu bağlamda özellikle giyilebilir tek-

¹ Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi,
e-posta: suamehmet@gmail.com

noloji ürünlerinin dış görüntüleriyle özdeşleşen markaları da dikkate alınarak yeniden değerlendirilmelidir.

Anahtar Kelimeler: Reklam, örtülü reklam yasağı, gizli ticari iletişim, marka, şekil markası, üç boyutlu marka, tanıtıcı işaretler, ayırt edici işaret, Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği.

ABSTRACT

It is not a proper way in the legal aspect to cover only a name or a sign on a product in order to ban covered advertisements especially when the distinctive commercial elements have become three-dimensional and perceived together with the external image and protected legally. Besides, apart from three dimensions, the distinctive elements have taken an important place as two dimensions in commercial life and daily life by taking different forms for many years. Without closing all of these two-dimensional images, but only covering one certain part means simply disregarding the fact of the figurative trademark. Therefore, the fact that only censoring a symbol without covering all the elements of the two-dimensional figures and three-dimensional forms that have trademark value does not mean an absence of covert advertising (e.g. when only one logo is covered on a car or a sportswear suit). In that case, limited covering methods which cannot hide identifier elements fundamentally and can only conceal a specific logo on a product are not only ineffective but also in some cases not justified. Because much larger descriptive signs than the concealed part continue to appear on the same product, the uses that can be considered as reasonable and justifiable to be visible in the natural course of life are also closed. In this respect, covert advertising banning rules should be reconsidered taking into account all types of figurative trademark and 3D trademark, especially trademarks that identified with wearable technology products' appearance.

Keywords: Advertising, covert advertising ban, covert marketing communication, trade mark, figurative trade mark, 3D trade mark, identification sign, distinctive sign, Regulation on Commercial Advertisement and Unfair Commercial Practices.

GİRİŞ

Reklam hukukunun temel ilkelerinden birisi *reklamın reklam olduğunun müşteriler tarafından algılanabilmesidir*². Nitekim, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununun (TKHK)³ m. 61/4 hükmü reklam olduğu açıkça belirtilmeksizin iletişim mecralarında tanıtıcı mahiyette ve reklam yapmak amacıyla marka, ticaret unvanı ve işletme adlarının kullanılmasını örtülü reklam olarak kabul etmekte ve yasaklamaktadır. Söz konusu hüküm şu düzenlemeyi içermektedir: *Reklam olduğu açıkça belirtilmeksizin yazı, haber, yayın ve programlarda, mal veya hizmetlere ilişkin isim, marka, logo veya diğer ayırt edici şekil veya ifadelerle ticari unvan veya işletme adlarının reklam yapmak amacıyla yer alması ve tanıtıcı mahiyette sunulması örtülü reklam olarak kabul edilir. Her türlü iletişim aracında sesli, yazılı ve görsel olarak örtülü reklam yapılması yasaktır. Bu düzenlemede yer alan “reklam yapmak amacıyla”⁴ ve “tanıtıcı mahiyette sunulması”*

² Milletlerarası Ticaret Odası'nın {MTO; La Chambre de Commerce International (CCI); International Chamber of Commerce (ICC)} 2011 yılında yayınladığı *Pazarlama İletişimi ve Reklam Uygulamaları Kurallarının (Code sur les Pratiques de Publicité et de Communication Commerciale; Code of Advertising and Marketing Communication Practice)* 9. maddesinde *Yayınlandığı mecra ve biçimi ne olursa olsun ticari iletişimin “ticari iletişim olduğu” açıkça ayırt edilebilmelidir* düzenlemesi yer almaktadır (madde metninin Fransızca ve İngilizce orijinali şu şekildedir: *La communication commerciale doit pouvoir être nettement distinguées en tant que telles, quels que soient la forme et le support utilisés/Marketing communications should be clearly distinguishable as such, whatever their form and whatever the medium used*). Ayrıca, Yürürlükten kalkan *Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik* (14.06.2003 tarih ve 25138 sayılı Resmi Gazete) m. 5/d açıkça şu düzenlemeyi içermekte idi: *Biçimi ve yayımlandığı mecra ne olursa olsun, bir reklamın “reklam” olduğu açıkça anlaşılmalıdır.*

³ 28.11.2013 tarih ve 28835 sayılı Resmi Gazete.

⁴ Nitekim, Reklam Kurulu'nun kararlarında bu amacın varlığını irdelediği görülmektedir: Milliyet Gazetecilik ve Yayıncılık A.Ş.'ye ait 2016/331 sayılı dosyada Reklam Kurulu, reklam yapma iradesinin var olmadığına karar vermiştir: *...söz konusu yazı değerlendirildiğinde, gerek yazıda gerekse yazının baş tarafında kullanılan görselde herhangi bir sağlık kuruluşunun isminin yer olmadığı, herhangi bir ticari unvan, logo ya da markaya yer verilmediği, tedavilerle ilgili herhangi bir fiyat bildiriminde bulunulmadığı, herhangi bir internet sitesine, sağlık kuruluşuna yönlendirme yapılmadığı, belirli bir markanın övülmediği, öne çıkarılmadığı, dolayısıyla söz konusu yazıda reklam yapma iradesinin varlığına dair somut herhangi bir bulgunun mevcut olmadığı, dolayısıyla inceleme konusunun yazının örtülü reklam yönüyle 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 61 inci maddesine aykırı olmadığına karar verilmiştir (Reklam Kurulu Başkanlığı Basın Bülteni No: 253, 11.10.2016, Dosya no: 2016/331).*

unsurları örtülü reklamın varlığının tespitinde temel unsurları teşkil etmektedir. Şöyle ki, örtülü bir reklamın gerçekten var olup olmadığının tespiti reklamın yorumlanmasını gerektirmektedir. Bu yorum yapılırken reklam verdiği iddia edilenin *bir mal veya hizmetin satışını ya da kiralanmasını sağlamak, hedef kitleyi oluşturanları bilgilendirmek veya ikna etmek amacıyla*⁵ taşıyıp taşımadığı tespit edilmelidir. Oysa, uygulamada bu amacın varlığının bazı durumlarda yeteri kadar irdelenmediği ve hayatın olağan akışı içerisinde görülen markaların aynı şekilde ekranlarda yer almasının dahi zorlaştığı görülmektedir⁶. Nitekim öğretilerde örtülü reklamın tespitinde Reklam Kurulu'nun katı yorumları eleştirilmiştir⁷. Hatta İnal'a göre *Reklam Kurulu örtülü reklamlara karşı adeta savaş ilan etmiştir. Ancak Reklam Kurulu'nun örtülü reklamlarla mücadelede sağduyuyu yitirmemesi gerekmektedir*⁸. TKHK'ya dayanılarak hazırlanan 10.01.2015 tarihli Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği⁹ (Reklam Yönetmeliği), yürürlükten kaldırılan önceki yönetmelikten farklı olarak¹⁰ örtülü

⁵ Zira, ticari reklamın tanımında bu amaçlar yer almaktadır. TKHK m. 61/1'de yer alan tanım şu şekildedir: *Ticari reklam, ticaret, iş, zanaat veya bir meslekle bağlantılı olarak; bir mal veya hizmetin satışını ya da kiralanmasını sağlamak, hedef kitleyi oluşturanları bilgilendirmek veya ikna etmek amacıyla reklam verenler tarafından herhangi bir mecra da yazılı, görsel, işitsel ve benzeri yollarla gerçekleştirilen pazarlama iletişimi niteliğindeki duyurulardır.*

⁶ Nitekin, İNAL'a göre (G)erçekten idari denetim organı, ürün yerleştirme yasağını aşırı ve son derece katı bir şekilde uygulamış, bir programda herhangi bir ürün veya markanın görünmesini dahi örtülü reklam olarak kabul etmiş ve müeyyide uygulamıştır. E. İNAL, *Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve Reklamların İdari Denetimi*, Yeni Tüketicici Hukuku Konferansı, Derleyen : M. İNCEOĞLU, İstanbul, 2015, s. 130.

⁷ *Reklam Kurulu'nun örtülü reklamın tespitine ilişkin belirlediği ve sürekli olarak uyguladığı bir kıstas bulunmasa da, kararlarından görülebildiği kadarıyla, Reklam Kurulu örtülü reklam konusunda oldukça katı bir tutum sergilemektedir... Bütün bunlar göz önüne alınarak gerek mevzuatın bu uygulamayı tamamen yasaklaması, gerekse Reklam Kurulu'nun net kriterler belirlemeyip aynı zamanda oldukça katı bir yaklaşım sergilemesinin amaca hizmet etmediği ortadadır.* U. AKTEKİN, B. GÜRBÜZ, *Türkiye'de Örtülü Reklamlar ve Uygulamadaki Durum*, FMR Dergisi, C.9, 2009, s. 41.

⁸ E. İNAL, B. BAYSAL, *Reklam Hukuku ve Uygulaması*, İstanbul, 2008, s. 43.

⁹ 10.01.2015 tarih ve 29232 sayılı Resmi Gazete.

¹⁰ Gerçekten de yürürlükten kalkan 2003 tarihli yönetmelikte "örtülü reklamın" tespit ölçütleri açık bir şekilde düzenlenmemiş idi. M. 5/d hükmündeki şu düzenleme dışında yönetmeliğin hiçbir maddesi *örtülü reklam* ifadesini içermemekte idi: *Biçimi ve yayımlandığı mecra ne olursa olsun, bir reklamın "reklam" olduğu açıkça anlaşılmalıdır. Bir YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)*

reklamların değerlendirme kriterlerini belirlemiştir. Kriterlerin belirlenmiş olması olumlu olarak değerlendirilmekle birlikte önceki yönetmelik döneminin katı uygulamasında önemli cezalar¹¹ ile karşılaşan yayıncı kuruluşların yeni yönetmelik döneminde dahi yayın içeriklerini çekinerek belirlediği ifade edilebilir.

Ayrıca, hukuk sistemimizde örtülü reklamı yasaklayan önemli düzenlemeler 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'unda¹² (RTK) mevcut bulunmaktadır. Bu itibarla, hem Tüketici Hukuku hem de RTK çerçevesinde örtülü reklamların tespiti ve yasaklanmasına ilişkin düzenlemelerin öncelikle incelenmesi gerekmektedir (I).

Örtülü reklam yasağı ile tanıtımı engellenmek istenen ve ticari bakımdan en önemli ayırt edici işaret olan markaların, şekil markaları içerebildiği gibi üç boyutlu olabildiği de nazara alındığında marka hukukunu ve marka türlerini yeterince kavrayamamış veya en azından gerektiği biçimde dikkate almayan bir örtülü reklam yasağının yerindeliği ve etkisi(zliği) sorgulanmayı hak etmektedir (II).

I- ÖRTÜLÜ REKLAMIN TESPİT EDİLMESİ ve YASAKLANMASI

Örtülü reklamların tespitinde kullanılacak ölçütler Reklam Yönetmeliğinin *Örtülü Reklamların Değerlendirilmesi* başlıklı 23. maddesinde yer almaktadır¹³. Söz konusu maddenin ilk fıkrasına göre:

reklam haber ve yorum öğeleri içeren bir mecrada yayımlandığında, "reklam" olduğu kolaylıkla algılanacak biçimde belirtilir. Örtülü reklam yapılamaz.

¹¹ Nitekim, Reklam Kurulu'nun gerekli uzmanları içermeyen yanlış bir üye yapısına sahip olması nedeniyle yanlış uygulamalarda ısrar ettiğini ifade eden İNAL, Kurul'un uygulamalarını eleştirmektedir: *Katı ve cezacı uygulamalar serbest rekabeti bozmaktadır. İdari denetim organının, oldukça katı ve yasağcı bir denetim politikası izlediği hususunda tereddüt bulunmamaktadır.* E. İNAL, *Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve Reklamların İdari Denetimi*, s. 133. Ayrıca, reklamlardaki hukuka aykırılıkların mecra kuruluşları tarafından yayınlanmadan önce yüzeysel ve hukukçu olmayan birinin nazarıyla yapılabileceği ve Reklam Kurulu'nun çok yüklü meblağlara ulaşan para cezası vermesinin eleştirisi için bkz. S. BOZBEL, *Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Karşılaştırmalı Reklam Hukuku*, Ankara, 2006, s. 134.

¹² 3.3.2011 tarih ve 27863 sayılı Resmi Gazete.

¹³ Örtülü reklamın unsurları ve belirtileri ile ilgili olarak öğretide önerilen bazı kıstaslar şu şekilde sayılabilir: *Tüketicileri bir firma, marka ya da ürüne yönlendirmesi; özellikle haberlerde makuliyet sürelerinin aşılması; gazetelerde bir firma hakkındaki haberlerin kapladığı alanın, bir haber için makul olan alandan fazla olması; yakın çekim yapılarak*

(1) *Mal veya hizmetlere ilişkin isim, marka, logo veya diğer ayırt edici şekil veya ifadelerle ticaret unvanı veya işletme adları ile bunları temsil eden kurum ve kişiye ilişkin bilgi ve görüntülerin yer aldığı yazı, haber, yayın ve programların örtülü reklam açısından değerlendirilmesinde;*

a) *İsim, marka, logo veya diğer ayırt edici şekil veya ifadelerle ticaret unvanı veya işletme adları ile bunları temsil eden kurum ve kişiye ilişkin bilgi ve görüntülerin, içinde yer aldıkları yazı, haber, yayın veya programların formatı ile konu, içerik, sunum, konumlandırma ve süre açısından uyumlu, abartısız ve orantılı olması,*

b) *Haber verme, yayma ve bilgi alma hakkı çerçevesinde yayınlanan yazı, haber, yayın veya programların; tüketicilerin aydınlanma ve bilgilendirme ihtiyacını karşılaması,*

c) *Tüketici tercihlerini bilinçli olarak yönlendirebilecek şekilde mal veya hizmetlere yönelik özel tanıtıcı atıflar yapılarak mal veya hizmetlerin kiralınmasının veya satın alınmasının teşvik edilmemesi,*

koşulları dikkate alınır.

Söz konusu birinci fıkrada, örtülü reklam değerlendirmesi yapılırken dikkate alınacak üç koşul sıralanmıştır. (a) bendindeki koşul, kanaatimizce, örtülü reklamın tespitinde başvurulacak orantılı olma ilkesine ait kriterleri belirlemektedir. (c) bendi de *mal veya hizmetlere yönelik özel tanıtıcı atıflar yapılmamasını düzenleyerek* yine genel ölçütlerden birisini belirlemektedir. Böylece söz konusu (a) ve (c) bentleri, örtülü reklamların tespitinde genel düzenlemeler olarak kabul edilebilecektir. Diğer hükümler olan (b) bendi¹⁴ ve söz konusu 23. maddenin 2.¹⁵ ve 3.¹⁶ fıkraları ise belirli bazı

bir firma, marka ya da ürüne yönlendirmek (O. ŞAHİN, Örtülü Reklamların Yaygınlaşma Nedenleri ve Hukuk Sistemimizdeki Yeri, Ankara, 2004, s. 12 vd.); bilgi veya görüntülerin, yayının bütün özellikleri itibarıyla açık bir şekilde orantısız olması (objektif kıstas); reklam yapma iradesinin varlığı (sübjektif kıstas); haber görünümlü reklamlarda, haber verme hakkının unsurlarının bulunmaması. E. İNAL, B. BAYSAL, s. 44.

¹⁴ *Haber verme, yayma ve bilgi alma hakkı çerçevesinde yayınlanan yazı, haber, yayın veya programlara yönelik bir düzenlenme söz konusudur.*

¹⁵ *2. fıkrada, (Turizm, folklor, kent belgeselleri ile bazı mal veya hizmetlerin denenerek tüketicilerin bilgilendirilmesine yönelik yazı, haber, yayın ve programlarda; tanıtıcı unsurların abartılı biçimde öne çıkartılmayacağı ve ayrıntılı iletişim bilgilerine yer verilemeyeceği düzenlenmektedir.*

YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)

yayın türlerine yönelik kriterleri belirlemektedir.

23. maddedeki bu düzenlemeyle örtülü reklamların değerlendirilmesinde esas olarak tanıtıcı unsurların *yayın veya programların formatı ile konu, içerik, sunum, konumlandırma ve süre açısından uyumlu, abartısız ve orantılı olmasının* temel ölçü kabul edildiğini ifade edebiliriz. Ayrıca, m. 23/c’de yer alan belirli mal veya hizmetlere özel tanıtıcı atıflar yapılması koşulu da yine örtülü reklamın tespitinde dikkate alınmalıdır. Esasında, m. 23/c’de yer alan *bilinçli olarak yönlendirebilecek şekilde, özel tanıtıcı atıflar yapılarak tüketicilerin kiralamaya veya satın almaya teşvik edilmesi*¹⁷ koşullarının mevcut olması halinde artık TKHK m. 61/4’de tanımlanan ve yasaklanan örtülü reklamın varlığından şüphe edilmeyecektir. Bu itibarla, Reklam Yönetmeliğinin söz konusu hükmü, uygulamada sıklıkla¹⁸ karşılaşılan bir örtülü reklam modelini açıkça düzenleme işlevi görmektedir¹⁹.

¹⁶ 3. fıkrada, *(K)entsel alanlarda ve sokak görüntülerinde, her türlü röportaj uygulamasında ve haber değeri taşıyan sportif, kültürel ve sanatsal etkinliklerin yapıldığı mekanlarda yer alan tanıtıcı unsurların abartılı biçimde gösterilemeyeceği düzenlenmektedir.*

¹⁷ *Teşvik edilmemesi* halinde örtülü reklam söz konusu olmayacaktır.

¹⁸ Gerçekten de Reklam Kurulu’nun yeni Reklam Yönetmeliği dönemindeki kararları incelediğimizde m. 23/c kapsamına giren *belirli bir ürünü veya hizmeti övücü ve ona talep yaratıcı* gazete ve internet sitesi haberlerine ilişkin çok fazla sayıda ceza kararı verdiği tespit edilmektedir. Reklam Kurulu’nun kararlarına ilişkin resmi basın bültenleri için bkz. <http://tuketici.gtb.gov.tr/reklam-kurulu/reklam-kurulu-kararlari>.

¹⁹ Örneğin, Reklam Kurulu’nun *Adler Central Europe* isimli firmanın ve sunduğu hizmetin tanıtımının yapıldığı *Adler Koçluk Ekolü, Etkinliğini Arturarak Toplumla Dokunacak* başlıklı yazıya ilişkin verdiği ceza kararına salt m. 61/4 kapsamında dahi ulaşılabilme mümkündür. Her ne kadar Kurul, c bendini açıkça zikretmese de somut olayın m. 23/c bendi kapsamına da girdiği şüphesizdir. Fakat, yönetmeliğin m.23/c bendi olmasaydı dahi söz konusu reklam sadece TKHK çerçevesinde yasaklanabilirdi. Şöyle ki, yazıda yer alan ifadelerde ilgili kurum ve kişiye ait bilgilerin verilmiş biçiminde, firma ve temsilcilerine sıkça vurgu yapılması (*Adler* sözcüğünün on kez kullanılmış olması) ve övücü bilgilerin ön planda olması nedeniyle reklam yapma amacı ve tanıtıcı sunum ortaya çıkmıştır: *Adler Ekolü’nden yola çıkarak bireysel ve kurumsal koçluğun Türkiye’deki temellerini atan kurum olan Adler Central Europe, bugüne kadar bin 300 mezun verdi. Dünya çapında her sektörden profesyonele kişisel gelişim ve koçluk eğitimi hizmeti veren Adler Central Europe, merhum kurucu Ersin Günöy’ün vizyon ve misyonu ile yola devam ederek İzmir’deki çalışmalarına hız veriyor. Kurum ayrıca, Adler Ekolü’nü üniversitelerle buluşturacak. Adler Central Europe Genel Müdürü Ayşe Coral, kurumun mezunlarından aldığı güçle özellikle İzmir’deki çalışmalarının yoğunlaştıracağını söyledi. Koçluk eğitimi olarak hayatlarında yeni bir sayfa ve farkındalık başlatmak isteyen her yaş ve meslek grubundan insana hitap eden Adler, iki farklı temel üzerinde duruyor... Bireysel koçluk, ta-*
YUHFD Vol. XIII No. 2 (2016)

Öte yandan RTK'da örtülü reklamı ilgilendiren önemli düzenlemeler mevcut bulunmaktadır. Bu çerçevede ilk değinilmesi gereken düzenleme *Gizli Ticari İletişim'in* tanımının yapıldığı m. 3/g'dir: *Medya hizmet sağlayıcı²⁰ tarafından reklam yapmak amacıyla veya kamuyu yönlendirebilecek şekilde; mal veya hizmet üreticisinin faaliyetinin, ticarî markasının, adının, hizmetinin ve ürününün reklam kuşakları dışında ve reklam yapıldığına ilişkin açıklayıcı bir ses veya görüntü bulunmaksızın programlarda sözcükler veya resimler ile tanıtılmasını ifade etmektedir.*

RTK'nın *Yayın Hizmetlerinde Ticari İletişim²¹* başlıklı dördüncü bö-

kım koçluğu, kariyer koçluğu gibi hizmetler verdiklerini belirten Adler Central Europe Genel Müdürü Ayşe Coral, "Büyük holdinglere iç koçluk ve mentorluk sistemini kuruyoruz. Bunun dışında Koç gibi Lider isimli pozitif değişimle ve liderlik vasıflarının geliştirilmesi ile ilgili eğitim programımız var. Adler'de Koçluk eğitimi üç modülden oluşuyor... Profesyonel ve adanmış bir ekiple Adler'i ve temsil ettiği ekolü bir adım ileri götürmeye çalıştıklarımızı belirten Coral, insanlara dokunmayı ve mümkün olduğunca toplumu birleştirici, bütünleştirici ve anlayışın hakim olduğu insanların yetişmesine katkıda bulunmayı amaç edindiklerini ifade etti. Bu anlamda etkinliklerini ve çalışmalarını yoğunlaştıracaklarını sözlerine ekleyen Coral, "İzmir'deki eğitimlerimizi yoğunlaştıracamız. Bundan sonraki projemiz üniversitelerle ilgili. Toplumun geleceği olan üniversite gençliğine gönüllü koçluk çalışmalarımız olacak" şeklinde ifadelere yer verilmiştir.

Reklam Kurulu ise isabetli olarak şu kararı vermiştir: *Söz konusu yazıda ... belirtilen ifadeler ile "Adler Central Europe" isimli kişisel gelişim ve koçluk eğitimi hizmeti veren kuruma yönelik atıfların ve verilen bilgilerin adı geçen kurumu ve verdiği hizmetleri övücü, imajını yükseltici ve talep yaratıcı nitelikte olduğu, böylelikle haber görünümünü altında bahsi geçen kurumun ve verdiği hizmetlerin örtülü reklamının yapıldığı, bu durumun,*

- *Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'nin 22 ve 23 üncü maddeleri,*
- *6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 61 inci maddesi hükümlerine aykırı olduğuna, Buna göre, mecra kuruluşu Yeni Medya Elektronik Yayıncılık Ltd. Şti. hakkında, 6502 sayılı Kanun'un 63 üncü ve 77/12 inci maddeleri uyarınca anılan reklamları durdurma cezası verilmesine karar verilmiştir. (Reklam Kurulu Başkanlığı Basın Bülteni No: 253, 11.10.2016, Dosya no: 2016/425). Ayrıca, Milliyet Gazetecilik ve Yayıncılık A.Ş.'ye ait www.milliyet.com.tr adresli internet sitesinin 27.08.2015 tarihli görünümünde yer alan *İlasik Lazer Yöntemiyle Gözlük Kullanmaya Son* başlıklı yazı ile ilgili verilen aynı yöndeki bir başka karar için bkz. Reklam Kurulu Başkanlığı Basın Bülteni No: 245, 09.02.2016, Dosya no: 2015/135.*

²⁰ *Medya hizmet sağlayıcı* RTK m. 3/l'de şu şekilde tanımlanmıştır: *Radyo, televizyon ve isteğe bağlı yayın hizmeti içeriğinin seçiminde editöryal sorumluluğu bulunan ve bu hizmetin düzenleme ve yayınlanma biçimine karar veren tüzel kişiyi ifade etmektedir.*

²¹ RTK m.3/z'ye göre *Ticari iletişim; Radyo ve televizyon reklamları, program desteklemesi, tele-alışverişi ve ürün yerleştirmeyi de kapsamak üzere, ekonomik bir faaliyette bulunan gerçek veya tüzel kişinin, ürün, hizmet veya imajını, doğrudan veya dolaylı olarak tanıtmak amacıyla tasarlanmış sesli veya sessiz görüntülerin bir ücret veya benzeri YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)*

lümünde yer alan *Genel esaslar* başlıklı 9. maddesi ise bu hususla ilgili olarak şu düzenlemeleri içermektedir: *Ticarî iletişim, yayın hizmetinin diğer unsurlarından görsel ve işitsel olarak kolayca ayırt edilebilir olmak zorundadır* (fıkra 1). *Gizli ticarî iletişime izin verilemez* (fıkra 3). Görüldüğü üzere RTK de TKHK'ye paralel bir biçimde reklam yapma maksadıyla hareket edildiğinde reklamların ayırt edilebilir olmasına önem vermekte²² ve *reklamın reklam olduğunun müşteriler tarafından algılanabil-*

bir karşılıkla ya da öz tanıtım amacıyla bir programla birlikte ya da bir program içine yerleştirilerek verilmesini ifade eder.

²² Bu noktada RTK'nın belirli koşullar altında açıkça imkanı tanıdığı *ürün yerleştirme* (product placement) müessesine değinmek faydalı olacaktır. RTK m. 3/cc'de ürün yerleştirme şu şekilde tanımlanmıştır: *Bir ürün, hizmet veya ticarî markanın, ücret veya benzeri bir karşılıkla program içine dâhil edilerek veya bunlara atıf yapılarak, program içinde gösterildiği her tür ticarî iletişimi ifade eder. Ürün yerleştirme başlıklı 13. maddenin 1. fıkrasında ise (S)inema ve televizyon için yapılmış filmler, diziler ile spor ve genel eğlence programları haricinde, yayınlarda ürün yerleştirmeye yönelik uygulamalara yer verilemez kuralı getirilmiştir. Aynı maddenin 3. fıkrası ise (Ü)rün yerleştirmenin, medya hizmet sağlayıcısının editoryal bağımsızlığını ve sorumluluğunu etkilemesine izin verilmez. Ürün yerleştirmede, ürün veya hizmetlerin kiralanması veya satın alınması doğrudan teşvik edilemez ve ürüne aşırı vurgu yapılamaz. İzleyiciler, programın başında, sonunda ve reklam arası sonrasında program başladığında, ürün yerleştirmenin varlığı hakkında açıkça bilgilendirilir düzenlemesini içermektedir. Görüldüğü üzere ürün yerleştirmeye izin verilen belirli hallerde dahi kanun koyucu ürüne aşırı vurgu yapılmasını yasaklamıştır. Öyle ki, RTK'e dayanılarak çıkartılan *Yayın Hizmeti Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik*'in (02.11.2011 tarih ve 28103 sayılı Resmî Gazete) 14. maddesinde ürün yerleştirmenin tabi olduğu kurallar yer almaktadır. Bu kurallar incelendiğinde ürün yerleştirmenin bir reklam yönü olduğu ve tüketicilere duyurulmasına ve ölçülülük ilkesinden vazgeçilmediğine özellikle önem verildiği ve bu bağlamda, ürün yerleştirme yapılırken ilgili ürünün farklı çekim teknikleri kullanılarak ön plana çıkartılması veya tekrarlar halinde gösterilmesi gibi bazı yöntemlerin açıkça yasaklandığı görülmektedir. Gerçekten de 2. ila 4. fıkralarda bu hususta açık düzenlemeler yer almaktadır: *Ürün yerleştirme ile ilgili bilgilendirmede, ürün yerleştirme uygulaması yapılacak programın başında, sonunda ve her reklam kuşağı sonrasında program başladığında, "Arial" yazı tipinde, "Normal" yazı stili ve boyutu 15 piksel büyüklüğündeki "Bu programda ürün yerleştirme bulunmaktadır." ifadesi yayınlanır. Söz konusu bilgilendirme yazısının ekranda akan yazı ile belirtilmesi durumunda izleyicilerin okuyabileceği bir hızda olması; ekranda sabit bir yazıyla belirtilmesi durumunda ise ekranda en az 10 saniye kalması sağlanır* (fıkra 2). *Genel olarak, ürün yerleştirme, programın bütünlüğünü bozmamalıdır. Ürün yerleştirmede; program içine yerleştirilen ürünlere aşırı vurgu yapılmasına izin verilmez. Program içerisinde yerleştirilen ürün ve hizmetlerin tekrarlar halinde sunulması veya gösterilmesi; ürün veya hizmetin özelliklerinin övülmesi ya da benzeri diğer ürün ya da hizmetlere göre belli bir ürüne yönelik tercih bildirilmesi, ürünlere veya hizmetlere özel tanıtıcı atıflar* YUHFD Vol. XIII No. 2 (2016)*

mesini temel ilke olarak kabul etmektedir^{23,24}.

Lakin, günümüz medya uygulamasında, görsel unsurların reklamının yapılmamasını hedefleyen bazı önlemlerin anlamsızlığı veya en azından etkisi(zlığı) hukuki sorgulamayı gerektirmektedir.

II- ÖRTÜLÜ REKLAMIN YASAKLANMASI ve MARKA HUKUKU

Günümüz görsel medyasında özellikle de televizyon yayınlarında örtülü reklamın engellenmesi amacıyla bazı isim, logo ve işaretlerin çeşitli yöntemler ile kapatıldığı görülmektedir. Gerçekten de haber programları, röportajlar, filmler ve diziler vb. yayınlarda buzlama, buğulama, mozaikleme, üzerini etiketleme veya bantlar ile kapatma tekniklerinin sistemli bir biçimde kullanıldığı görülmektedir.

Oysa, ayırt edici ticari unsurların üç boyutlu hale geldiği ve dış görüntüsüyle beraber algılandığı ve hukuken korunduğu bir dönemde sadece bir isim veya işaretin kapatılması hukuki veya ticari olarak isabetli bir yöntem değildir²⁵. Kaldı ki, üç boyutun dışında ayırt edici unsurlar iki boyutlu

yaparak ürün veya hizmetlerin kiralanmasının veya satın alınmasının doğrudan teşvik edilmesi, ürüne ilişkin detaylı bilgi verilmesi ve farklı çekim teknikleriyle ürünün ön plana çıkarılması yasaktır (fıkra 3). Ürün yerleştirme ile program içerisine yerleştirilen ürün, programın bir parçasıymış gibi doğal mecrasında kullanılmalıdır (fıkra 4). Öte yandan, ürün yerleştirme türleri olarak gösterilen ekrana yerleştirme (screen placement), senaryoya yerleştirme (script placement), olay örgüsüne yerleştirme (plot placement) hakkında bkz. Z. AVŞAR, M. ELDEN, *Reklam ve Hukuksal Düzenlemeler*, İstanbul, 2011, s. 87.

²³ Örtülü reklamların yasaklanmasının başlıca gerekçesi olarak tüketicinin örtülü reklam esnasında hazırlıksız yakalanması nedeniyle kolayca etki altında kalabilecek olması kabul edilmektedir. M. AYDOĞDU, *Tüketici Kılavuzu Hukuk Rehberi*, İstanbul, 2014, s. 195.

²⁴ Reklamların “aldatıcı” olmaması ise inceleme konumuz dışında kalan önemli bir başka kural olup örtülü reklam meselesinde olduğu gibi yine haksız rekabet hukuku, tüketici hukuku ve RTK’yi ilgilendirmektedir. Aldatıcı reklamlar ve örnekleri konusunda bkz. Y. ASLAN, *Tüketici Hukuku*, Bursa, 2015, s. 262 vd. F. N. ERTAN, *Haksız Rekabet Hukuku*, İstanbul, 2016, s. 154 vd.

²⁵ Üç boyutlu marka olabilecek işaretler 556 s. KHK’nın 5. maddesinde belirtildiği üzere ayırt edici niteliği sahip olma koşulu ile malların biçimi veya ambalajları gibi çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işarettir. Bunlar kağıt vb. maddelerden yapılan ürün ambalajları olabileceği gibi, şişe, konserve, kavanoz gibi dış ambalajlar ile ürünün kendine has şekilleri ve üç boyutlu herhangi bir şekil, maskot da olabilecektir. İ. ATAY, *Üç boyutlu markaların hukuki korunması*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Yeditepe Üniv. Sosyal Bilimler Enst. 2014, s. 53. Ayrıca, Öğretide BOZBEL üç boyutlu markaların Türk Hukuku’nda korunduğunu açık bir şekilde dile getirmektedir: “Üç boyutlu şekillerin de marka YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)


olarak da uzun yıllardır farklı biçimlere bürünerek ticari hayatta ve günlük yaşamda önemli bir yer edinmiş bulunmaktadır. Bu iki boyutlu görüntülerin tamamı kapatılmadan sadece belirli bir bölümünü kapatmak *şekil markası* gerçeğini görmezden gelmek anlamını taşımaktadır. Dolayısıyla, iki boyutlu şekillerin ve üç boyutlu biçimlerin markasal değer taşıyan tüm unsurlarını kapatmadan sadece bir sembolün kapatılmış olması hukuki olarak örtülü reklam yapılmadığı anlamına gelmeyecektir²⁶. O halde, örtülü reklamı engelleyemeyen ve uygulamada karşılaşılan, bazı sembollerin bantla kapatılması yöntemine başvurulması, marka hukukunun ve hatta tasarım hukukunun gereği gibi dikkate alınmadığını ortaya çıkarmaktadır.

Bu itibarla, öncelikle uygulamadaki etkisiz kapatma hallerine örnekler verilecek (**A**), sonra da bu tür kapatma yöntemlerinin gerekli olup olmadığı değerlendirilecektir (**B**).

olarak tescil edilmesi mümkündür. Böylelikle Türk Hukukunda, üç boyutlu cisim – tasarım ile fikir ve sanat eserleri hukuku yanında – marka hukuku marifetiyle de korunmaktadır... Üç boyutlu şekil markalarının tescil edilebilmesi için bunların iki boyutlu resimlerinin veya herhangi bir şekilde grafiksel olarak bunu ifade eden görüntülerinin sunulması gerekir. S. BOZBEL, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, İstanbul, 2015, s. 354. Aynı şekilde, ÇOLAK da üç boyutlu şekillerin Türk Hukuku'nda tescil edilebilir hale geldiğini ifade etmektedir. Aynı yazara göre bu tescilin koşulları şunlardır: *Tescil edileceği malın normal şekli olmamak, bir teknik sonucu elde etmek için zorunlu olmamak ve ayırt edici olmak.* U. ÇOLAK, *Türk Marka Hukuku*, İstanbul, 2014, s. 80. Üç boyutlu biçimlerin marka olarak korunması hususunda ayrıca bkz. H. ÇAĞLAR, *Marka Hukuku Temel Esaslar*, Ankara, 2015, s. 18. A. KAYA, *Marka Hukuku*, İstanbul, 2006, s. 25. Ü. TEKİNALP, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, İstanbul, 2012, s. 342. Öte yandan, üç boyutlu markaların korunmasının Avrupa Birliği'nde de uzun yıllardır tartışmasız bir biçimde tanındığını ifade etmek gerekmektedir. Bugün itibarıyla ise Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi (ABİFİMO) {*The European Union Intellectual Property Office (EUIPO)*, 23 Mart 2016'dan önceki eski adıyla *Office for Harmonisation in the Internal Market (OHIM)*} başvuru aşamasında marka tipinin belirlenmesini talep etmekte ve hatta resmi internet sitesinde üç boyutlu marka (3D trade mark) tescillerine ilişkin özel bir arama motoru tercihini sunmaktadır.

²⁶ Benzer bir değerlendirme endüstriyel tasarım hukuku kapsamında bulunan tasarımların taşıdığı ticari değer bakımından da kabul edilebilir.

A-Bazı Markasal Unsurların Kapatılması Suretiyle Örtülü Reklamların Engellenmeye Çalışıldığı Örnekler

Bir şirketin ürün ve hizmetlerini tanıtan ve onlara ayırt edicilik katan markalar sadece kelimelerden ibaret değildirler. Markalar ürün hacmine göre küçük ebatlarda kullanılan logolarla kendisini gösterebileceği gibi bazı markasal şekillerin bir ürünün büyük bir kısmını kaplaması şeklinde de karşımıza çıkabilmektedirler. Örneğin, dünyaca ünlü Alman spor malzemesi üreticisi Adidas AG firmasının TPE nezdinde tescilli *Adidas* kelime markası yanında çeşitli şekil markaları da mevcut bulunmaktadır. Bu şirketin ekranlarda görünen ürünlerinin markasının müşteriler tarafından fark edilmesinin engellenmesinin, ürünler üzerindeki *Adidas* kelimesinin veya Adidas logosu olarak bilinen “trefoil”  şekil markasının²⁷ kapatılarak sağlanabileceğini kabul etmek ve bu yönde önlemler almak isabetli görülmektedir. Şöyle ki, TPE nezdinde 2003 03493 sayıyla tescilli aşağıdaki şekil markası ürünün bütün uzunluğunca her iki taraftan görülmektedir. Adeta ürünün kimliği, tasarımı ile marka özdeşleşmiş bulunmaktadır:

TPE nezdinde 2003 03493 sayıyla tescilli şekil markası:



²⁷ TPE tescil no: 153330.

YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)

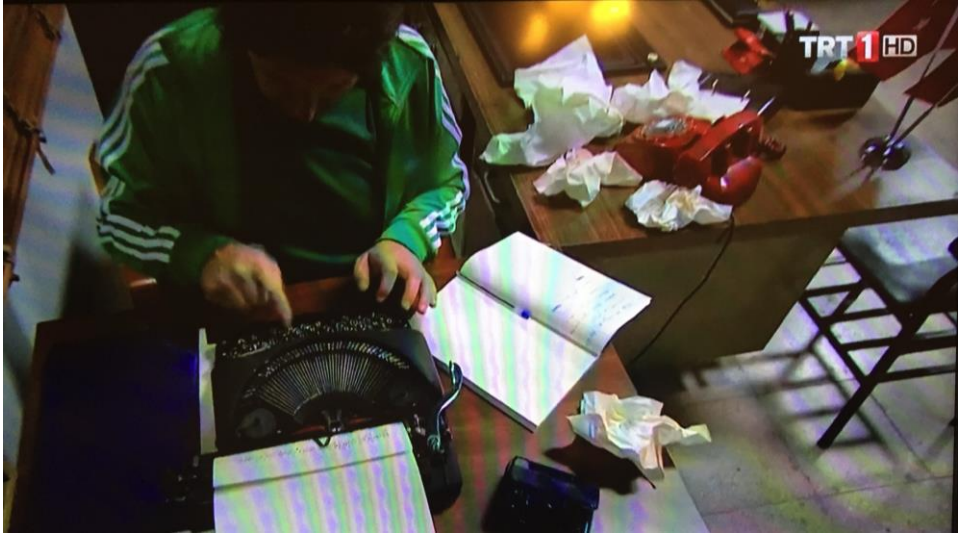
Bu markayı içeren bir spor kıyafetini giyen aktör ya da aktrisin televizyonda yer alması halinde kapatma yapılmadığı görülmektedir. Gerçekten de bir spor kıyafet takımının üst kısmında oyuncunun kalbinin üstüne gelecek yerdeki küçük logo kapatılabilse dahi kıyafetin tamamını kaplayan 2003 03493 sayıyla tescilli şekil markasının açıkça sergileneceği kabul edilmelidir. Somut bir örnek olarak 2012 yılından itibaren TRT’de yayınlanan “Seksenler” dizisindeki “Çağatay” karakterinin sıklıkla giydiği spor kıyafetler gösterilebilir:



Resim 1’de sağ üstte yer alan “Çağatay” karakterinin kalbinin üzerine gelecek yerdeki markasal işaret kapatılmasına rağmen oyuncunun omzundan aşağıya doğru Adidas’ın 2003 03493 sayıyla tescilli “üç şerit” şekil markası yer almaktadır. Aynı dizinin başka bölümlerinde de üç şerit içeren spor kıyafet kullanılmıştır:



Resim 2



Resim 3'deki "üç şerit" şekil markasının kapatılmasının tercih edilmesi halinde böylesine hacimli ve *hareketli* bir kapatmanın ekranda önemli bir görsel değişiklik hatta tahrifat doğuracağı ifade edilmelidir.

Bir başka örnek olarak röportaj yapan bir programcının üzerindeki tişörtün kolundaki çizgiler gösterilebilir:



Resim 4²⁸

Öte yandan, odaklama içermemesine ve ürünlere yönelik vurgu veya ön plana çıkarma olmamasına rağmen örtülü reklamların engellenmesi amacıyla bazı kapatmaların yapıldığı görülmektedir. Odaklanma mevcut olmamasına rağmen yapılan buğulamayla yapılan kapatma örnekleri olarak şunlar gösterilebilir:




Resim 5²⁹'de oyuncuların önünden geçtiği bakkalın tabelası buğulanmıştır.

²⁸ Görüntü, Kanal 7'de yayınlanan *Dr. Feridun Kunak Show* adlı programdan alınmıştır.
YUHFD Vol. XIII No. 2 (2016)



Resim 6’da görüldüğü üzere görüntünün sol tarafındaki işletme adları buğulama yöntemiyle kapatılmış bulunmaktadır. *Mandıra Filozofu İstanbul* isimli filmde İstanbul’u temsil eden önemli caddelerden olan İstiklal Caddesi üzerine uzaktan ve geniş planlı yapılan bu çekimde isimleri kapatılan işletmelerin bu sahneyi kullanarak reklam yapma amacını taşıdığı sonucuna mevcut görüntüyle ulaşmak mümkün gözükmemektedir. Bu itibarla, bu şekilde yapılan kapatmaların örtülü reklamın engellenmesine ilişkin sınırları aştığı kanaatini taşımaktayız.

Üzerinde durulması gereken bir başka husus ise logo kapatmanın zorlaştığı durumlar olarak belirtilebilir. Eğer logo büyük ve hareketli ise kapatılması ekrandaki yayın üzerinde belirgin bir tahrifat gerçekleştirebilecektir³⁰.

Bu durum bir örnekle açıklanabilir: Dünyaca tanınmış tenis raketi markası “Wilson”ın sahibi Wilson Sporting Goods Co.  şeklini tenis raketi ürünü için TPE’de 2008 26386 sayıyla tescil ettirmiş bulunmaktadır.

²⁹ Görüntü, Kanal D’de yayınlanan *Galip Derviş* dizisinden alınmıştır.

³⁰ Bkz. yukarıda Resim 3’e dair yapılan açıklamalar.
YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)


Ülkemizde de canlı yayınlanan uluslararası müsabakalarda bu şekli içeren raketler dünyaca ünlü birçok tenisçi tarafından kullanılmaktadır. Öyle ki, ünlü tenisçi Roger Federer’in ad ve soyadının baş harflerini taşıyan *RF 97* serisi ürünler Wilson şirketinin özel bir ürün çeşidini oluşturmaktadır.

Eğer raketin üzerindeki *W* harfini içeren şekil kapatılırsa raketin kapladığı alanın büyük kısmı kapatılmış olacak ve ekranda izleyici için ortası bulanık bir raket hareketi serisi ortaya çıkmış olacaktır. Bu hususun dünyaca ünlü sporcuların topa vuruş şekillerinin dikkatle izlendiği tenis müsabakalarının canlı yayınında ortaya çıkaracağı teknik zorluk veya görüntü tuhaflığının altını çizmek gerekmektedir. Hatta Resim 7’deki gibi hızlı hareketleri içeren anlardaki olası bir kapatmanın topun dahi görünmesini engellemesi söz konusu olabilecektir. Kanaatimizce, örtülü reklamın engellenmesi amacı, topun ve raketin kısmen görünemediği bir tenis maçı yayınına haklı gösterebilecek bir gerekçe oluşturmamaktadır.



Resim 7

Nitekim, Resim 1’de “Çağatay” karakterinin kalbinin üzerine gelen küçük logonun kapatılmasına ve ayrıca Resim 5’de ekranın %5’inden daha az yer kaplayan bir bakkal tabelasının kapatılmış olmasına rağmen *Resim*

5'in yayınlandığı aynı dizide bir başka sahnede  şeklini içeren 2008 26386 sayıyla tescilli markanın kapatılmadığı görülebilmektedir (Bkz. Resim 8).

Bunun gerekçesinin Resim 1'de olduğu gibi küçük Adidas logosunun kapatılmasına rağmen aynı dizide Resim 1, 2 ve 3'de üç çizgiden oluşan şekil markalarının kapatılmamasına da sebebiyet veren markaların iki ve üç boyutlu hallerinin anlamının gerektiği gibi kavranamamış olması gösterilebilir.



Resim 8³¹

Üç boyutlu markalar hususuna gelindiğinde ise dünyada markaların ulaştığı çeşitlilik seviyesi ve 556 s. KHK m. 5'in kapsayıcı ifadesi dikkate alındığında markaların üç boyutlu olabileceği tartışmasızdır.

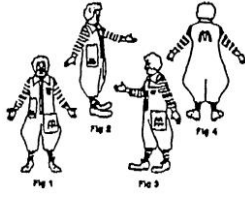
Nitekim marka olarak maskotlar, ambalaj ve ürünün bizatihi kendisi dahi kullanılabilir. ³². Amerikan Mcdonald's International Property Company Ltd.'in TPE nezdinde 180834 sayıyla tescilli *Ronald McDo-*

³¹ Görüntü, Kanal D'de yayınlanan *Galip Derviş* dizisinden alınmıştır.

³² Bkz. yukarıda dipnot 25.

YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)

Ronald McDonald



nald+şekil

markası ünlü hızlı yemek (fast-food) resto-



ran zincirinin maskotu olarak kullanılan palyaço karakterini korumaktadır.

Yine, tüketicilerin zihninde üç boyutlu biçimiyle yer edinen Coca-cola'nın cam şişeleri de üzerinde hiçbir yazı olmasa dahi rahatlıkla tanınabilmektedir.

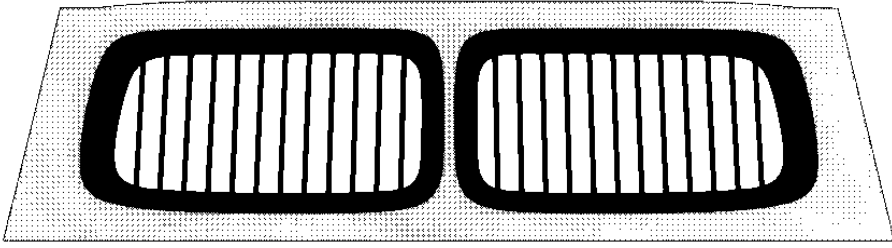
Bilindiği üzere markalar tescilli olabileceği gibi tescilsiz de kullanılabilir. İşte bu noktada dünyaca ünlü markaların üzerinde kullanıldığı ürünlerin biçimlerinin de ayırt edici ticari unsur olarak ortaya çıkması söz konusu olabilmektedir. Bu itibarla, özellikle dünyaca ünlü şirketlerin ürün biçimleri üç boyutlu markasal değer taşımakta ve TTK m. 55/b.4 uyarınca korunmaya layık olmaktadır. İşte ticari değer taşıyan ve hukuken korunan bu biçimlerin de örtülü reklam yasağı çerçevesinde ele alınması gerekmektedir. Şöyle ki, uygulamada dünyaca ünlü şirketlerin sahip olduğu markalara ait bazı kelime ve şekil markaları kapatılmakla birlikte söz konusu şirketlerin ürünlerinin bizatihi biçimlerinin üç boyutlu marka değeri taşıdığı göz ardı edilmektedir. Bu durumda yukarıda Resim 1'de Adidas logosunun kapatılıp üç şeridin serbestçe kullanılmasında olduğu gibi dünya çapında faaliyet gösteren büyük şirketlere ait bazı tanıtıcı unsurların kapatılıp bazılarının ise kapatılmaması sonucu doğmaktadır. Şöyle ki, aşağıda Resim 9'da logonun kapatılmış olması aracın kapatılan markanın tanınmasına engel oluşturmamaktadır.

Resim 9³³

Bu arabanın logosunun kapatılması (eğer örtülü reklam koşulları oluşmuş ise) örtülü reklamı engelleyici bir işleve sahip olmayacaktır. Bu itibarla kapatılmaları etki doğurmamaktadır. Zira bu araca önden veya arkadan bakıldığında, hatta bazen sadece lastik jant modellerine bakıldığında ürünün markası anlaşılabilir. Dolayısıyla, dış biçiminin büyük bir kısmının ayırt edici nitelik ve ticari değer taşıdığı bu ürünlerin sadece bir logosunun kapatılması örtülü reklam yapılmadığı anlamına gelmeyecektir.

Ayrıca, bu aracın üreticisi olan Bayerische Motoren Werke Aktiengesellschaft Avrupa Birliğinde araçların bazı parçalarını şekil markası olarak tescil ettirmiş bulunmaktadır. Türkiye’de tescile sahip olmasa da bu parçaların bir kısmının ürünün markası ile özdeşleştiğini belirtmek gerekmektedir. Örneğin, söz konusu Alman Şirketi aşağıdaki şekil markasını kendi adına ABIFIMO (EUIPO) nezdinde 000079970 sayıyla tescil ederek koruma altına almış bulunmaktadır.

³³ Görüntü, Atv’de yayınlanan *Eşkiya Dünyaya Hükümdar Olmaz* dizisinden alınmıştır. *YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)*



Söz konusu şekil markası Türkiye’de tescilli olmamasına rağmen BMW markalı araçların tamamında türevlerinin kullanılması suretiyle çok önemli ticari bir değere sahip bulunmaktadır. Fakat, aracın ön tarafında yer alan bu ayırt edici kısım uygulamada kapatılmamaktadır.

B- Belirli Bazı İsim veya Sembolleri Kapatmanın Gerekli Olup Olmadığının Değerlendirilmesi

Yukarıda daha önce de belirttiğimiz üzere, markalar ayırt edici olma fonksiyonlarını yalnızca kelime markalarıyla yerine getirmemekte şekil markaları ve üç boyutlu biçim markalarıyla da ayırt ediciliği ve dolayısıyla tanımlarını sağlamaktadırlar. Bu itibarla, örtülü reklamların yasaklanması hususu düzenlenirken markaların, hatta genel olarak tanıtıcı unsurların, sadece ürünlerin belirli kısımlarına³⁴ yerleştirilen isim veya logolardan ibaret olduğu kabul edilmemelidir.

Şekil markaları ve üç boyutlu biçimlerden oluşan markaların tamamının kapatılması ise yukarıda açıklanan örneklerde görüldüğü üzere bazen teknik zorluklar içerecek bazen de ilgili yayını izleyici bakımından anlamsız bırakabilecektir. Özellikle, *giyilebilir teknolojiler*³⁵ bakımından ürünün biçimi ile markanın özdeşleştiği, hatta açıkça ürün biçimlerinin üç boyutlu marka olarak tescil edilebildiği günümüzde bu kapatmanın bazı hallerde *tamamen kapama* sonucu doğurabileceği göz ardı edilmemelidir. Örneğin, yüksek teknoloji ile üretilen ve ayırt edici bir dış görünüme sahip olan bir saat ve bu niteliklere sahip bir gözlük kullanan oyuncunun ekran-

³⁴ Örneğin, araba için aracın kaputunun ucundaki orta kısım veya tişört için giyen kişinin kalbine karşılık gelen bölgedir.

³⁵ Özel teknik niteliklerle donatılan saat, gözlük, bileklik, kol bandı, eldiven, yüzük gibi giyilebilir teknoloji ürünleri her geçen gün artmakta ve prototiplerden seri üretime geçilmektedir.

daki görüntüsünü değerlendirelim: Saatinin ekranındaki kısa mesajı (sms) okuyan veya saat ekranından görüntülü konuşma yapan oyuncunun hem saatini hem de özgün bir tasarıma sahip akıllı gözlüğünün tamamını kapatmak haklı bir gerekçeye dayanmaması yanında pek de uygun bir çözüm tarzı olarak karşımıza çıkmamaktadır. Oyuncunun mimiklerinin anlaşılmasına dahi engel olabilecek bu tür kapatmalar yapılmadığı takdirde ise dünyaca ünlü bir firmanın tanınmış üç boyutlu markalarının serbestçe ekranda gözükmesi söz konusu olacaktır.


Bu sorunun çözümü değerlendirilirken günümüzde ayırt edici unsurların hayatımızda değişik biçimlerde yer aldığı öncelikle dikkate alınması gerekmektedir. Markalar veya tasarımlar hayatın olağan akışı içerisinde üç boyutlu biçimleriyle yaşamımızda yer almaktadırlar. Ekranda da yaşamın olağan akışına uygun biçimde markaların hem kelime olarak hem logo olarak hem de iki boyutlu diğer şekiller veya üç boyutlu biçimler olarak yer alması normal ve hukuka uygun kabul edilmelidir. Bir kişinin yaşamı ekrana yansıtılırken eğer gerçekçi bir çekim yapılması yöntemi tercih edilmişse o kişinin gerçek hayatta kullandığı ürünlerin biçimlerinin gösterilmemesini beklemek veya markaların isimlerinin görünmesini yasaklamak sanata yapılan müdahalenin yanında hukuken de haklı bir gerekçeye dayanmamaktadır. Burada önemli olan yayının içeriğinin hayatın olağan akışına uygun biçimde değil de bazı tanıtıcı unsurların özellikle ön plana çıkartılmasına engel olunması, diğer bir deyişle reklam yapma iradesinin açığa çıkması halinde yasaklama yoluna gidilmesidir. Örneğin, bir film veya dizide varlıklı yaşam süren bir karakterin zenginliğinin izleyiciye yansıtılması gereken durumlarda onun malvarlığının gösterilmesi, kullandığı ürünlerin ekranda yer alması halinde çok sayıda tanınmış marka ekrana yansıyabilecektir. Burada zengin bir kişiyi ilgilendiren sahnelerde ürünlerin kendilerinin veya markalarının görünmesini olağan kabul etmek gerektiği kanaatindeyiz. Zira, bu karakterin bu ürünleri kullanması hayatının olağan akışına uygundur. Buna karşın, haklı bir gerekçe olmaksızın, bir ürüne özel atıf yapılması veya sistematik olarak ön plana çıkartılmasında reklam yapma iradesinin varlığı tespit edilmeli ve bu tür örtülü reklam cezalandırılmalıdır.

III- SONUÇ

Örtülü reklamların önlenmesi amacıyla ekranlarda yapılan kapatmalar, ne şekil markalarını ne de üç boyutlu markaları dikkate almaktadır. Mevcut uygulama tamamı veya büyük kısmı tanıtıcı unsur taşıyan ürünlerin ekranda görünmesine müsaade etmekte, buna karşın sadece küçük ve kısıtlı bir kapatma yapılmasını tercih etmektedir. Oysa, tanıtıcı unsurları esasında kapatamayan bu kısıtlı kapatma yöntemi hem etkisiz hem de bazı durumlarda haklı bir gerekçeye dayanmamaktadır. Zira, kapatılan kısımdan çok daha büyük tanıtıcı işaretler aynı ürün üzerinde gözükmeye devam etmekte olduğu kadar esasında hayatın olağan akışı içerisinde görünür olmasının makul ve haklı kabul edilebileceği kullanımlar da kapatılmaktadır.

Sonuç olarak, örtülü reklamların yasaklanması müessesesi şekil markalarının her türünü ve üç boyutlu markaları, bu bağlamda özellikle gelişmekte olan giyilebilir teknoloji ürünleri dikkate alınarak yeniden değerlendirilmelidir.

Nitekim, 1989'dan itibaren 115803 sayıyla *BATMAN* kelimesinin,

2005'den itibaren 2005 11083 sayıyla  şeklinin tescilli olduğu ülkemizde *Batman* isimli hayali kahramanın maceralarını gösteren çizgi film, sinema filmleri hiçbir kapatılmaya tabi olmadan yayınlanmakta ve bu markanın lisans hakkına sahip oyuncaklar tanınmış markası sayesinde yüksek fiyatlara satılabilmektedir.

Superman, *Pepee* gibi diğer tescilli markalar için de ifade edilebilecek bu durumun örtülü reklam yasağına tabi olmaması hususu örtülü reklam müessesesini tamamen tartışılabilir hale getirmekte ve belki de örtülü reklam yasağının gelecekteki esaslı tartışma konularından birisini oluşturmaktadır.

KAYNAKÇA

- U. AKTEKİN, B. GÜRBÜZ, *Türkiye’de Örtülü Reklamlar ve Uygulamadaki Durum*, FMR Dergisi, C.9, 2009, s. 41-55.
- M. AYDOĞDU, *Tüketici Kılavuzu Hukuk Rehberi*, İstanbul, 2014.
- Y. ASLAN, *Tüketici Hukuku*, Bursa, 2015.
- İ. ATAY, *Üç Boyutlu Markaların Hukuki Korunması*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Yeditepe Üniv. Sosyal Bilimler Enst. 2014.
- Z. AVŞAR, M. ELDEN, *Reklam ve Hukuksal Düzenlemeler*, İstanbul, 2011.
- S. BOZBEL, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, İstanbul, 2015.
- S. BOZBEL, *Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Karşılaştırmalı Reklam Hukuku*, Ankara, 2006.
- H. ÇAĞLAR, *Marka Hukuku Temel Esaslar*, Ankara, 2015.
- U. ÇOLAK, *Türk Marka Hukuku*, İstanbul, 2014.
- F. N. ERTAN, *Haksız Rekabet Hukuku*, İstanbul, 2016.
- E. İNAL, B. BAYSAL, *Reklam Hukuku ve Uygulaması*, İstanbul, 2008.
- E. İNAL, *Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve Reklamların İdari Denetimi*, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı, Derleyen: M. İNCEOĞLU, İstanbul, 2015, ss 123-134.
- A. KAYA, *Marka Hukuku*, İstanbul, 2006.
- O. ŞAHİN, *Örtülü Reklamların Yaygınlaşma Nedenleri ve Hukuk Sistemimizdeki Yeri*, Ankara, 2004.
- Ü. TEKİNALP, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, İstanbul, 2012.

**6537 SAYILI TOPRAK KORUMA VE ARAZİ KULLANIMI
KANUNUNDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASI HAKKINDA KANUNUN
MÜLKİYET HAKKININ SINIRLANDIRILMASINA İLİŞKİN
HÜKÜMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ**

*(THE ASSESSMENTS OF THE PROVISIONS REGARDING THE RESTRICTION OF
OWNERSHIP IN THE LAW ON AMENDMENTS REGARDING THE LAW NUMBERED
6537 THE SOIL CONSERVATION AND LAND USE)*

Yard. Doç. Dr. / Asst. Prof. Dr. Hayriye ŞEN DOĞRAMACI*

ÖZET

Mülkiyet hakkı, irade özerkliğinin görünüm şekillerinden birini oluşturur. Liberal hukuk düzenlerinde ve bu kapsamda Ülkemizde mülkiyet hakkı, Anayasa ile teminat altına alınmış; temel hak ve hürriyetler arasında düzenlenmiştir. Ancak kişilere tanınan mülkiyet hakkı sınırsız değildir. Mülkiyet hakkına gerek malikin iradesiyle gerek kanunlarla birtakım kısıtlamalar getirilmiştir. 6537 sayılı Kanunla da mevcut Toprak Kanunumuzda değişiklik yapılmış, bu çerçevede mülkiyet hakkına kısıtlama getiren hükümlere yer verilmiştir. Anılan Kanunla getirilen kısıtlamaların amacı Ülkemizdeki tarım topraklarının bölünmesinin önüne geçerek, tarımsal verimliliğin artırılmasıdır. Mülkiyet hakkına getirilen her kısıtlama gibi 6537 sayılı Kanunla getirilen kısıtlamaların da hakkın özünü zedelememesi gerekir. Söz konusu çalışma 6537 sayılı Kanunla getirilen kısıtlamaların incelenmesini ve bu kısıtlamaların hakkın özünü zedeleyip zedelediğinin değerlendirilmesini amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler: *Mülkiyet sınırlaması, mülkiyet hakkı, tarımsal arazi, ehil mirasçı, önalım hakkı.*

* Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-posta: hayriyes@anadolu.edu.tr

ABSTRACT

Right to ownership is a one appearance of the freedom of will. In liberal legal systems, and thus in our country, right of ownership is secured by the Constitution and it is regulated among the fundamental rights and freedoms. However right of ownership, granted for the individuals, is not unrestricted. Right of ownership is constrained through the will of the owner or by the statutes. The Act No. 6537 has amended our Land Law and within this scope, it includes some regulations restricting the right of ownership. The aim of the restrictions regulated by the mentioned Act is to improve productivity by preventing the split of the agricultural terrain. As though all other restrictions for right of ownership, the restrictions regulated by the Act No. 6537 shall not injure the core of the right. This article herein, investigates the restrictions regulated by the Act No. 6537 and evaluates whether these restrictions injures the core of the right.

Keywords: *Restriction of ownership, right of ownership, agricultural land, eligible heir, right of pre-emption.*

GİRİŞ

Mülkiyet hakkı, sahibine hakka konu eşya üzerinde en geniş yetkiler sağlayan aynı hak olarak tanımlanır. Mülkiyet hakkının sahibine tanıdığı bu yetkiler sınırsız değildir. Mülkiyet hakkına ilişkin en temel sınırlandırma Anayasa ile yapılmıştır (AY 35)¹. Bunun dışında gerek özel hukuka gerek kamu hukukuna ilişkin kanuni düzenlemelerde de mülkiyet hakkı kısıtlamalarına yer verilmiştir. Mülkiyet hakkına ilişkin özel hukuk kısıtlamalarıyla hakkın özüne aykırı ve başkalarına zarar verecek şekilde kullanılmasının önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Kamu hukuku kısıtlamalarında ise kamu yararı ön plandadır.

¹ Anayasanın 35. maddesi “Mülkiyet Hakkı” başlığını taşır. Mülkiyet Hakkı, Anayasanın ikinci kısmında yer alan Temel Hak ve Hürriyetler arasında düzenlenmiştir. Anılan hüküm şu şekildedir. “Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz”.

6537 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu mülkiyet hakkı kısıtlamaları içeren kamu hukuku kökenli bir düzenlemedir. Tüm kamu hukuku kökenli diğer düzenlemelerde olduğu gibi, anılan Kanununla getirilen düzenlemelerde de kamu yararı ön planda tutulmuştur. Kanununun 1. maddesinde amacına yer verilmiştir. Anılan hükme göre, “*Bu Kanunun amacı; toprağın korunması, geliştirilmesi, tarım arazilerinin sınırlandırılması, asgari tarımsal arazi ve yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüklerinin belirlenmesi ve bölünmelerinin önlenmesi, tarımsal arazi ve yeter gelirli tarımsal arazilerin çevre öncelikli sürdürülebilir kalkınma ilkesine uygun olarak planlı kullanımını sağlayacak usul ve esasları belirlemektir.*” Kanununun birinci maddesinde sözü edilen bu amacın gerçekleştirilebilmesi için mülkiyet hakkına ilişkin birtakım kısıtlamalara yer verilmiştir. Kamu yararı gözetilerek getirilen bu kısıtlamaların bireysel mülkiyet anlayışıyla ne ölçüde bağdaştığının belirlenmesi gerekir. Bu çalışmada öncelikle 6537 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu’nun ilgili hükümlerine ve daha sonra anılan hükümlerin bireysel mülkiyet anlayışı çerçevesinde değerlendirilmesine yer verilecektir.

I. GENEL OLARAK TAŞINMAZ MÜLKİYETİ KISITLAMALARI

İrade özerkliği özel hukukun temel ilkelerinden biridir. İrade özerkliği ilkesi, kişilere aralarındaki hukuki ilişkiyi hukuk düzeninin sınırları içerisinde diledikleri gibi düzenleyebilme imkânı tanır². İrade özerkliği ilkesi, medeni hukukun tüm alanlarında uygulama bulur.³ Eşya hukuku alanında

² Eva Maria **BELSER**, Freiheit und Gerechtigkeit im Vertragsrecht (Freiburg: Universitätsverlag, 2000), s. 4; Jan **BUSCHE**, Privatautonomie und Kontrahierungszwang (Tübingen: Mohr-Siebeck Verlag, 1999), s. 13; Fikret **EREN**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Yirminci Basım. İstanbul: Beta Yayınevi, 2016) s. 16, 313; Heinrich **HONSELL**, Nedim Peter **VOGT** und Wolfgang **WIEGAND**, Basler Kommentar OR Art. 1-529, (Vierte Auflage. Basel: Helbing-Lichtenhahn, 2003), s. 19; Necip **KOCAYUSUF-PAŞAOĞLU**, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme (Dördüncü Basım. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2008) s. 501; Alfred **KOLLER**, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Band I, (Bern: Stämpfli Verlag, 1996), s. 30; Karl **LARENZ**, Lehrbuch des Schuldrechts Erster Band Allgemeiner Teil (Vierzehnte Auflage. München: Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 1987), s. 88; **LARENZ/WOLF**, s. 24; Rona **SEROZAN**, “Einschränkung der Vertragsfreiheit durch soziale Schutzgedanken”, JB, C. 21-22, s. 561-574, (1983), s. 561.

³ İrade özerkliği ilkesinin farklı görünüşleri vardır. İrade özerkliği ilkesi sayesinde, kişi hukuki ilişkilerini dilediği şekilde düzenleyebilir, malvarlığı üzerinde ölümünden sonra

irade özerkliği ilkesi mülkiyet özgürlüğü görünümünde ortaya çıkar. Anılan ilkeye göre malik, hukuk düzeninin sınırları içerisinde mülkiyet hakkının kendisine sağlamış olduğu yetkileri kullanmakta serbesttir. Bu kapsamda malik, mülkiyeti altında bulunan eşyayı dileği gibi kullanabilir, ondan yararlanabilir ve eşya üzerinde dileği gibi tasarrufta bulunabilir⁴. Ancak malike tanınan bu serbesti kimi zaman onun yapmış olduğu hukuki işlemlerle, kimi zamanda kanunlarla sınırlandırılmıştır⁵. Mülkiyet hakkına getirilen kısıtlamalar, özellikle taşınmazlar söz konusu olduğunda büyük önem taşır. Sözleşmeyle kurulan irtifak hakları, rehin hakları, taşınmaz yükü, alım, geri alım, önalım hakları taşınmaz mülkiyetinin hukuki işleminden doğan kısıtlamalarının başlıca örnekleridir⁶. Kanunundan doğan taşınmaz mülkiyeti kısıtlamaları, özel hukuktan veya kamu hukukundan kaynaklanabilir⁷. Kamu hukuku kısıtlamalarının bir kısmı Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenmiş, bir kısım kısıtlamalar ise özel kanunlarla geti-

etki doğurabilecek işlemler yapabilir, özgürce mülk sahibi olabilir ve ekonomik alanda özgürce faaliyette bulunabilir. Bu nedenle, irade özerkliği ilkesinin medeni hukukun temelini teşkil eden kişi özgürlüğü ilkesinin, borçlar hukukunun temelini oluşturan sözleşme özgürlüğü ilkesinin, miras hukuku alanında hâkim olan ölüme bağlı tasarruf yapma özgürlüğü ilkesinin ve eşya hukuku alanında geçerli olan mülkiyet özgürlüğünün ortak düşünsel temelini oluşturduğu kabul edilir: **BUSCHE**, s. 30; **EREN**, s. 315; **LARENZ/WOLF**, s. 24; vd; Hans **MERZ**, Privatautonomi Heute-Grundsatz und Rechtswirklichkeit (Karlsruhe: C.F. Müller Verlag, 1970), s. 2; Andreas **VON TUHR** und Hans **PETER**, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts (Dritte Auflage: Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1979), s. 247-248.

⁴ Mülkiyet hakkına ilişkin öğretilerde yapılan farklı tanımlar için bkz. Jale G. **AKİPEK** ve Turgut **AKINTÜRK**, İstanbul: Beta Kitabevi, 2009, s.379; Veysel **BAŞPINAR**, Mülkiyet Hakkını İhlal Eden Müdahaleler, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2009, s. 92-93; **İ. Sair ÇÖRTOĞLU**, Komşuluk Hukukunda Taşınmaz Mülkiyetinin Kullanılmasının Çevreye Etki ve Sonuçları, Ankara: Olgaç Matbaası, 1982, s.12; Fikret **EREN**, Mülkiyet Hukuku, Ankara: Yetkin Yayınları, 2011, s. 16; Mehmet Akif **ETGÜ**, Kamu Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Mülkiyet Hakkı'na Bakışı, İstanbul: On iki Levha Yayıncılık, 2009 s. 17; Robert **HAAB**, August **SİMONIUS**, Werner **SCHERRER** und Dieter **ZOBL**, Zürcher Kommentar (ZK) Art. 641, 1977, s. 43; Kemal **OĞUZMAN**, Özer **SELİÇİ** ve Saibe **OKTAY-ÖZDEMİR**, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi: İstanbul, 2016 s. 274; Lale **SİRMEN**, Eşya Hukuku, Ankara: Yetkin Yayınları, 2016, s. 239.

⁵ **AKİPEK/AKINTÜRK**, s. 544; **EREN**, Mülkiyet, s. 359; **OĞUZMAN/ÖZ/ OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 529; **SİRMEN**, s. 398; **ZK Art.** 641, s. 45.

⁶ **OĞUZMAN/ÖZ/ OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 530; **SİRMEN**, s. 398.

⁷ **AKİPEK/AKINTÜRK**, s. 546; **ÇÖRTOĞLU**, s. 17; **OĞUZMAN/ÖZ/ OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 545 **SİRMEN**, s. 398; **ZK Art** 641, s. 45

rılmıştır⁸. Bu kısıtlamaların ortak noktası, kısıtlamaların getirilmesinde kamu yararının⁹ ön planda tutulmuş olmasıdır. Özel hukuk kısıtlamaları birbirinden farklı görünümde ortaya çıkabilir. Bu bakımdan farklı kriterler esas alınarak özel hukuktan doğan mülkiyet kısıtlamalarına ilişkin birbirinden farklı tasniflere rastlamak mümkündür. Mülkiyetin içeriğinde kısıtlanan yetkiye göre; yararlanma yetkisi kısıtlamaları, tasarruf yetkisi kısıtlamaları ve değerlendirme yetkisi kısıtlamaları ayrımı yapılır¹⁰. Mülkiyet kısıtlamaları bir başka açıdan doğrudan ve dolaylı kısıtlamalar şeklinde ayrıma tabi tutulur¹¹.

Mülkiyet hakkına getirilen kısıtlamalar ister kamu hukuku ister özel hukuk karakteri taşıyın, tüm kısıtlamalar kanunla yapılmalı, kısıtlamanın nedeni gösterilmeli, kısıtlama temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunmamalı ve ayrıca demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine uygun olmalıdır¹².

⁸ Kamu hukuku kaynaklı mülkiyet hakkı kısıtlamaları, Türk Medeni Kanunu'nun, 754, 739, 741, 749 ve 755. maddelerinde hüküm altına alınmıştır. Bunun yanı sıra Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu, İskân Kanunu, Gecekondu Kanunu, Karayolları Trafik Kanunu, Turizmi Teşvik Kanunu, Yeraltı Suları hakkında Kanun, Maden Kanunu, Bina Yapımını Teşvik ve İzinsiz Yapılan Binalar Hakkında Kanun, Petrol Kanunu, İmar Kanunu, Çevre Kanunu, Orman Kanunu, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu, Kıyı Kanunu, Kamulaştırma Kanunu'nda taşınmaz mülkiyetini kısıtlayan kamu hukuku karakterine sahip hükümlere yer verilmiştir.

⁹ Kamu yararı, çok işlevli bir kavramdır. Kamusal işlerin hukuka uygunluğunu ölçmede kullanılır. Temel hakların sınırlandırılmasında başvurulan nedenlerden biridir. Yönetime uygulanan özel kuralların uygulama alanını gözeten bir ölçüt, yargıcın yetkinin belirlenmesinde temel alınan bir kavramdır. Bu denli yaygın kapsamına rağmen kamu yararı kavramının içeriği belirli değildir. Bu açıdan kamu yararı kavramı içeriği önceden belli olmayan buna karşılık biçimi aracılığıyla tanımlanan bir kavramdır denilebilir: Tekin **AKİLLİOĞLU**, *Kamu Yararı Üzerine Düşünceler*, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, 1988, s. 11. <http://dergipark.ulakbim.gov.tr/09.06.2016>; **AKİPEK/AKINTÜRK**, s. 550; **BAŞPINAR**, s. 241; **ETGÜ**, s.171.

¹⁰ **EREN**, Mülkiyet, s. 359; **SİRMEN**, s. 398.

¹¹ Mülkiyet hakkının doğrudan kısıtlamalarında herhangi bir kanun hükmü veya idari işlem olmadan malikin mülkiyete ait bazı yetkileri kısıtlanır veya malike mülkiyete ait bazı yetkileri başkasının kullanmasına müsaade etme yükümlülüğü yüklenir. Mülkiyet hakkının dolayısıyla kısıtlamalarında ise malike tanınan yetkilerin kısıtlanması doğrudan doğruya değil, hak sahibine tanınan yenilik doğuran hakkın kullanılmasıyla mümkün olur; **AKİPEK/AKINTÜRK**, s. 548-549; **ÇÖRTOĞLU**, s. 20-22; **EREN**, Mülkiyet, s. 362; **OĞUZMAN/ÖZ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 551; **SİRMEN**, s. 399.

¹² Ayrıntılı bilgi için bkz. **ETGÜ**, s. 176-184.

II. 6537 SAYILI KANUN İLE MÜLKİYETİN DEVRİ BAKIMINDAN GETİRİLEN KISITLAMALAR

5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nda (TKAKK) değişiklik yapan 6537 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunla ve bu kanunun uygulama esaslarını gösteren Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü tarafından hazırlanan genelge¹³ ile tarım arazisi ve yeter gelirli tarım arazisi sahiplerinin mülkiyet hakkına birtakım kısıtlamalar getirilmiştir. Anılan yasayla getirilen kısıtlamaların amacı bir önceki yasada olduğu gibi tarımsal arazilerden elde edilen verimi düşüren sebeplerin önüne geçilmesidir. Bunu sağlamanın başlıca yolunun satış, miras ve benzeri yollarla tarımsal arazinin küçülmesinin önüne geçilmesi olduğu benimsenmiştir.

6537 sayılı Kanun'la en önemli değişiklik TKAKK'nın 8. maddesinde yapılmıştır. Anılan maddeye eklenen fıkralar aracılığıyla, mirasa konu tarımsal arazinin devrine, hem süre, hem kişi hem de devredilecek arazinin büyüklüğü bakımından önemli ölçüde kısıtlamalar getirilmiştir. Söz konusu kısıtlamalar malikin tasarruf yetkisine getirilen kısıtlama niteliğindedir.

A. MİRASA KONU ARAZİNİN DEVRİNE İLİŞKİN KISITLAMALAR

1. Süre Bakımından

Malikin tasarruf yetkisine ilişkin ilk kısıtlama 6537 sayılı Kanun'la TKAKK'nın 8. maddesinde yapılan değişikliktir. Anılan Kanunun 8/B maddesinin birinci fıkrası şu şekildedir. “*Mirasa konu tarımsal arazi ve yeter gelirli tarımsal arazilerde mülkiyetin devri esastır*”.

Hukuki bir olay olan ölümle miras bırakana ait olan haklar ve borçlar *külli halefiyet* ilkesi gereğince bir bütün halinde mirasçı veya mirasçılara intikal eder¹⁴. Birden çok mirasçının bulunması halinde bunlar arasında kanundan dolayı bir elbirliği ortaklığı meydana gelir¹⁵. Çoğu kez mirasçı-

¹³ Anılan genelge, Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün 12.06.2014 tarih ve 23294678-010.07.02/34306 sayılı numaralı genelgesidir.

¹⁴ Zahit İMRE ve Hasan ERMAN, *Miras Hukuku*, İstanbul: Der Yayınları, 2015, s. 15; Ali Naim İNAN; Şeref ERTAŞ ve Hakan ALBAŞ, *Miras Hukuku*, Ankara: Bilge Yayınevi, 2015, s. 71.

¹⁵ AKİPEK/AKINRÜRK, s. 409; EREN, *Mülkiyet*, s. 160; OĞUZMAN/ÖZ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 345; SİRMEN, s. 302.

YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)

ların isteği; kanundan doğan bu ortaklığı bir an önce sona erdirip, miras paylarına isabet eden malvarlığı değerlerinin belirlenmesi yönünde olur. Medeni Kanun mirasçılar arasında elbirliği ortaklığının sona erdirilmesi ve bireysel mülkiyete geçilmesi için bir süre sınırı getirmemiştir. 6537 Sayılı Kanununla TKAKK'ye eklenen 8/B maddesiyle *tarım arazileri*¹⁶ ve *yeter gelirli tarım arazileri*¹⁷ bakımından bu esastan vazgeçilmiştir. Anılan maddenin ilk fıkrasında bu tür arazilerde mülkiyetin devrinin esas olduğu kaleme alındıktan sonra, devam eden fıkrada mülkiyetin hangi süre içerisinde devredilmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır. İlgili hükme göre, *“Mirasçılar arasında anlaşma sağlanması hâlinde, mülkiyeti devir işlemleri mirasın açılmasından itibaren bir yıl içinde tamamlanır. Devir işlemlerinin bir yıl içinde tamamlanmaması ve 8/C maddesinin ikinci fıkrasına göre dava açılmaması hâlinde, bu Kanunun 8/Ç maddesi hükümleri uygulanır”*. Sözü geçen hükümle mirasçılara tarım arazisi veya yeter gelirli tarım arazisinin mülkiyetinin devri konusunda bir yıllık süre tanınmıştır. Süre mirasın açıldığı andan itibaren başlar. Mirasçıların bir yıllık süre içerisinde devir yükümlülüğünü yerine getirmemeleri halinde, onlara üç aylık yeni bir süre tanınır. Anılan Kanunun 8/Ç maddesine göre, *“Yeter gelirli tarımsal arazi mülkiyetinin 8/B maddesinde belirtilen sürede devredilmediğinin kamu kurum veya kuruluşları ile finans kurumları tarafından öğrenilmesi hâlinde, durum, bu kurum veya kuruluşları tarafından derhâl Bakanlığa bildirilir. Bakanlık bu Kanun hükümlerinin uygulanması için mirasçılara üç ay süre verir”*.

Kanunun 8/Ç maddesi, 8/B maddesini tamamlamaktadır. Bu hükümle, miras bırakanın ölümünden itibaren bir yıllık süre içerisinde, tarımsal arazi veya yeter gelirli tarımsal araziye devir yükümlülüğünü yerine getir-

¹⁶ Tarım arazisi 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nun Tanımlar başlıklı 3. Maddesinin (d) bendinde tanımlanmıştır. Anılan hükme göre, *“Tarım arazisi: Toprak, topografya ve iklimsel özellikleri tarımsal üretim için uygun olup, hâlihazırda tarımsal üretim yapılan veya yapılmaya uygun olan veya imar, ihya, ıslah edilerek tarımsal üretim yapılmaya uygun hale dönüştürülebilen arazilerdir.”*

¹⁷ Yeter büyüklükte tarımsal arazi parseli 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nun Tanımlar başlıklı 3. Maddesinin (h) bendinde şu şekilde tanımlanmıştır. *“Yeter büyüklükte tarımsal arazi parseli: Makineli tarımda toplam işlem zamanları ve alan kayıplarını optimum yapabilen, arazi nitelikleri, ürün deseni ve potansiyeline göre Bakanlık tarafından belirlenen ve daha fazla küçültülemeyecek en küçük parsel büyüklüğü”* ifade eder.

memiş olan mirasçılar, kendilerine verilen üç aylık süre içerisinde devir borcunu yerine getirmekle yükümlü kılınmışlardır. Sözü edilen üç aylık sürenin başlangıcı Bakanlığın yukarıda sözü edilen bir yıllık süre içerisinde devrin yapılmadığını öğrendiği tarihtir. Bakanlık devrin yapılmadığını kamu kurum ve kuruluşları ile finans kuruluşları tarafından yapılan bildirimle öğrenecektir. Söz konusu bildirim yükümlülüğünün yalnızca ilgili kamu kurum ve kuruluşlarıyla finans kurumlarını kapsadığını kabul etmek gerekir. Mirasçılara verilen üç aylık süre içerisinde devir yapılmazsa Bakanlığa devrin yapılmasını isteme konusunda bir dava hakkı tanınmıştır. 8/Ç maddesinin birinci fıkrasının devamında sözü edilen bu duruma işaret edilmiştir. Anılan hükme göre, “...Verilen süre sonunda devir olmaması hâlinde, Bakanlık resen veya bildirim üzerine bu yerlerin istemde bulunan ehil mirasçıya, ehil mirasçı olmaması durumunda en fazla teklifi veren istekli mirasçıya devri, aksi hâlde üçüncü kişilere satılması için ilgili sulh hukuk mahkemesi nezdinde dava açabilir”.

Kanunla Bakanlığa bir dava yetkisi tanınmıştır. Söz konusu dava bir eda davasıdır. Dava sonunda alınan hükümlerle mülkiyet geçmemekte dava konusu yerlerin satışının yapılması istenmektedir. Bakanlık, söz konusu davayı mirasçıların tümüne yöneltmelidir. Burada mirasçılar arasında zorunlu dava arkadaşlığı söz konusudur. Dava ile amaç tarım arazisinin veya yeter gelimli tarım arazisinin devrinin sağlanmasıdır. 6537 sayılı Kanununla TKAKK’ya eklenen 8/C maddesinin ikinci fıkrasında mirasa konu tarım arazisinin veya yeter gelimli tarım arazisinin devri konusunda mirasçıların anlaşamaması halinde mirasçılardan her birinin devri istemeye yetkili olduğu hüküm altına alınmıştır. Mirasçıların devir konusunda anlaşması halinde ise devri isteme yetkisi kanuni yükümlülüğünü yerine getirmeyen mirasçılara karşılık Bakanlığa tanınmıştır.

2. Kişi Bakımından

6537 sayılı Kanun’la, TKAKK’nun 5. maddesine eklenen 8/C maddesiyle, miras yoluyla intikal eden arazinin devredileceği süre bakımından bir kısıtlama getirilmiş olmasının yanı sıra, devrin yapılacağı kişi bakımından da bir kısıtlama getirilmiştir. Kanunun 8/C maddesinde tarımsal arazinin devri bakımından birbirinden farklı iki imkâna yer verilmiştir. İlk olarak madde ile mirasçıların aralarında anlaşarak tarımsal araziye devredebilecekleri hüküm altına alınmıştır. Mirasçılar, tarımsal araziye bu yolla, içlerinden

birine veya birkaçına devredebilecekleri gibi aile malları ortaklığına, tamamının miras payları oranında ortağı oldukları bir limited şirkete ve hatta üçüncü bir kişiye devredebilirler. Burada üçüncü kişiyle kastedilen mirasçılar dışında kalan gerçek kişiler olmalıdır. Devrin şekli her bir hukuki ilişkinin niteliğine göre farklılık gösterir¹⁸. Öğretide devrin yapılacağı aile malları ortaklığının veya limited şirketin tüm ortaklarının aynı terekenin mirasçılarından olması şartının aranıp aranmayacağı hususu tartışmalıdır. Bir görüş taraftarları, ortaklığı oluşturan tüm ortakların aynı terekenin mirasçılarından olması gerektiğini kabul ederken¹⁹, diğer görüşü savunanlar, Kanununda taşınmazın üçüncü kişiye de devrine izin verildiğinden, taşınmazın, mirasçılardan hiçbirinin veya bazılarının ortak olmadığı bir aile malları ortaklığı veya limited şirkete devrine bir engel olmadığını ileri sürerler²⁰. Kanunun lafzından ve amacından hareket ettiğimizde kanımızca yukarıda savunulan görüşlerden ilki daha isabetlidir. Şöyle ki anılan hükümde devrin yapılacağı kişiler bakımından bir sıralama yapılmıştır. Devrin yapılacağı kişiler arasında üçüncü kişiler en son sırada yer alır. Mirasçılardan tamamının oluşturduğu aile malları ortaklığının veya limited şirketin bu sıralamada ikinci sırada yer almasının bir anlamı vardır. Bu nedenle ve hükmün lafzında yer alan mirasçıların tamamı ifadesini de esas alarak savunulan ilk görüşe katılmak yerinde olacaktır.

¹⁸ Tarımsal arazinin mülkiyetinin mirasçılardan birine veya birkaçına devredilmesi halinde, devrin geçerliliği, sözleşmenin yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır. Miras payının üçüncü kişiye devri halinde ise sözleşmenin noterde yapılması gerekir (TMK 676). Aile malları ortaklığına yapılacak devri konu alan sözleşmeler resmi şekilde yapılır. Tarımsal taşınmazın sermaye olarak konulması borcunu içeren limited şirket sözleşmesinin geçerliliği ise sözleşmenin yazılı şekilde yapılmasına imzaların noterlikçe onaylanmasına bağlıdır.

¹⁹ Fikret **EREN** ve Veysel **BAŞPINAR**, Toprak Hukuku, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 178.

²⁰ Bu görüşü savunanlar aile malları ortaklığı için sonuca TMK 373'den hareketle ulaşırlar. Anılan hükme göre, "*Hısımlar, kendilerine geçen mirasın tamamı veya bir bölümüyle ya da ortaya başka mallar koymak suretiyle aralarında bir aile malları ortaklığı kurabilirler*". O halde söz konusu hısımların aynı terekenin mirasçısı olmalarına gerek olmadığı sonucuna ulaşılabilir: Mustafa **DURAL**, Tufan **ÖĞÜZ**, M. Alper **GÜMÜŞ**, Türk Özel Hukuku C. III, Aile Hukuku, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014, s. 386; Ş. Barış **ÖZÇELİK**, "*5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nda 6537 Sayılı Kanun'la Yapılan Değişiklikler ve Değerlendirilmesi*" , Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIX, Y. 2015, S. 1, s. 93.

Tarımsal arazinin mülkiyetinin Kanununda belirtilen bir yıllık süre içerisinde mirasçılardan rızasıyla 8/C maddesinde sayılan kişilere veya topluluklara devredilememesi halinde, kanun koyucu devrin vakit kaybetmeksizin gerçekleştirilmesi için başka bir çözüm tarzı getirmiştir. Devrin bir yıllık süre içerisinde gerçekleştirilemediğinin ilgili kamu kurum ve kuruluşlarıyla, finans kuruluşlarınca öğrenilmesinden itibaren Bakanlıkça mirasçılara verilen üç aylık süre içerisinde de devir gerçekleştirilemezse anılan Kanunun 8/C maddesinin üçüncü fıkrası uygulanacaktır. Söz konusu hükümlerle mirasçılardan her birine veya Bakanlığa tarımsal arazinin devri konusunda dava açma hakkı tanınmıştır. Açılan davada taşınmazın mülkiyetinin ehil mirasçıya, ehil mirasçı olmaması durumunda en fazla teklifi veren istekli mirasçıya, bunun da olmaması halinde üçüncü kişiye devri istenebilecektir. Tarımsal arazinin bu yolla devri halinde anılan hüküm bir sıralama öngörmüştür. 6537 Sayılı Kanunun tarımsal alanda verimliliğin arttırılması amacıyla paralel olarak, açılacak davada devrin öncelikle, ehil mirasçıya yapılmasının istenebileceği hüküm altına alınmıştır. Sözü geçen hüküm bu haliyle mirasın paylaşılmasına ilişkin temel ilkelerden mirasçılardan eşitliği ilkesinin istisnasını teşkil eder²¹. 6537 sayılı Kanununda ehil mirasçı tanımlanmış değildir. Anılan Kanunun 8/C maddesinde ehil mirasçı tanımının Bakanlıkça çıkartılacak yönetmelikte yapılacağı hüküm altına alınmıştır. Söz konusu yönetmelik, 31.12.2014 tarihli, Tarımsal Arazilerin Mülkiyetinin Devrine İlişkin Yönetmelik'tir (TAMDİY). Anılan yönetmeliğin tanımlar başlıklı dördüncü maddesinde ehil mirasçı şu şekilde tanımlanmıştır. “*Ehil mirasçı: Kişisel yetenek ve durumları göz önünde tutulmak suretiyle bu Yönetmelik hükümlerince belirlenen kriterlere uygun sulh hukuk mahkemesi tarafından belirlenen mirasçı veya mirasçıları*” ifade eder. Ehil mirasçı sayılma bakımından yasal mirasçılarla atanmış mirasçılar arasında bir fark yoktur²². Kanununda devrin yapılacağı mirasçının her şeyden önce tarımsal işletmeyi işlemeye ehil olması aranmaktadır. Öğretide bununla, devri talep eden mirasçının mesleki, ahlaki, fiziki ve fikri yönlerden tarımsal araziye işletmeye yetenekli ve tecrübeli bir kişinin kastedilmek istendiği ifade edilir²³.

²¹ ÖZÇELİK, s. 96.

²² EREN/BAŞPINAR, s. 155 vd; ÖZÇELİK, s. 96.

²³ EREN/BAŞPINAR, s. 181.

YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)

Kanunun 8/C maddesinde birden çok ehil mirasçının bulunması halinde devrin ne şekilde yapılacağı hüküm altına alınmıştır. “Birden fazla ehil mirasçı olması ve bu mirasçıların miras dışı tarımsal arazilere sahip olması durumunda, bu mirasçıların mevcut arazilerini yeter gelirli büyüklüğe ulaştırmak veya bu arazilerin ekonomik olarak işletilmesine katkı sağlamak amacıyla hâkim, tarım arazilerinin yeter gelir büyüklüğünü aramaksızın bu mirasçılara devrine karar verebilir”. Anılan hükümle kanun koyucu birden fazla ehil mirasçı bulunması durumunda devredilecek arazinin asgari büyüklüğünü belirleyen kurallara da istisna getirmiştir. Devredilecek arazinin büyüklüğü bakımından getirilen sınırlamalara *Miktar Bakımından*²⁴ başlığı altında yer verilecektir.

Ehil mirasçının arazinin mülkiyetinin kendisine devri talebi, kanunundan doğan bir alacak hakkı niteliğindedir. Bu bakımdan mirasçılar, mülkiyetin ehil mirasçıya devri talebini rızaen yerine getirmedikleri takdirde, ehil mirasçı Türk Medeni Kanunu’nun 716. maddesinde hüküm altına alınan tescile zorlama davası aracılığıyla tescilin adına yapılmasını talep edebilecektir.

Öğretide 6537 sayılı Kanun’la arazinin devrinin Kanununda öngörülen koşulların gerçekleşmesiyle ehil mirasçıya devri imkânının sağlanmış olması isabetli bulunmakla birlikte, bu konuda önemli bir eksikliğe işaret edilmiştir²⁵. 6537 Sayılı Kanununla yapılan değişiklikler arasında, taşınmaz mülkiyetini devralan ehil mirasçının bu mülkiyeti başkasına devrine engel bir hükme yer verilmemiştir. Oysa İsviçre Hukukunda benzer bir durumda ehil mirasçı tarafından üçüncü kişiye yapılacak devirleri on yıl süre ile sınırlayan bir hükme yer verilmiştir (BGBB 23/I). Bizde de Kanunun birinci maddesinde öngörülen amacın gerçekleştirilebilmesi için İsviçre’dekine benzer bir hükme yer verilmesi isabetli olacaktır.

Arazinin devredilebileceği ehil mirasçı veya mirasçıların bulunması halinde, Kanununda ikinci olarak en fazla teklifi veren istekli mirasçıya bunun da olmaması halinde üçüncü kişiye devrin yapılabileceği hüküm altına alınmıştır. Söz konusu satıştan elde edilen gelir mirasçılar arasında payları oranında paylaşılacaktır.

²⁴ bkz. a.ş. s. 9

²⁵ ÖZÇELİK, s. 98.

3. Miktar Bakımından

6537 sayılı Kanun'la tarımsal arazinin ve yeter gelirli tarımsal arazinin devrine süre bakımından, kişi bakımından getirilen kısıtlamaların yanı sıra miktar bakımından da kısıtlama getirilmiş; belirli büyüklüğün altındaki tarımsal arazinin devredilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Bu konuda 6537 sayılı Kanun'un 3. maddesinde *asgari tarımsal arazi büyüklüğü* ile *yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğü* kavramlarına yer verilmiştir. Anılan Kanunun 3/h maddesinde, *asgari tarımsal arazi büyüklüğü: Üretim faaliyeti ve girdileri rasyonel ve ekonomik olarak kullanıldığı takdirde, bir tarımsal arazide elde edilen verimliliğin, söz konusu tarımsal arazinin daha fazla küçülmesi hâlinde elde edilemeyeceği Bakanlıkça belirlenen en küçük tarımsal parsel büyüklüğü* şeklinde tanımlanmıştır. Asgari arazi büyüklüğünün hemen ardından *3/1'da yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğü: Bölge farklılıkları göz önünde bulundurularak il ve ilçelerin ekli (1) sayılı listede belirlenen yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğü* şeklinde tanımlanmıştır. 6537 Sayılı Kanununla TKAKK'ya eklenen 8. madde de asgari tarımsal arazi büyüklüğünün bölge ve yörelerin toplumsal, ekonomik, ekolojik ve teknik özellikleri gözetilerek Bakanlık tarafından belirleneceği hüküm altına alınmıştır. Anılan Kanunla eklenen 8/A hükmünde de belirlenen asgari büyüklüğe erişmiş tarımsal arazilerin, bölünmez eşya niteliği kazanmış olacağı belirtilmiştir²⁶. Hükmün devamında tarımsal arazilerin bu niteliğinin şerh konulmak üzere ilgili Bakanlık tarafından tapu müdürlüğüne bildirileceği öngörülmüştür. Tarımsal Arazilerin Devrine İlişkin Yönetmeliğin 6. Maddesinin birinci fıkrasında ise “...*Tarımsal arazilerin bu niteliği tapunun beyanlar hanesine şerh konulmak üzere Bakanlık tarafından ilgili tapu müdürlüğüne bildirilir*” ifadesine yer verilmiştir. Kanununda ve Yö-

²⁶ 6537 sayılı Kanun'un dördüncü maddesinin üçüncü fıkrasında asgari büyüklükteki tarım arazisinin belirlenmesine ilişkin ayrıntılı hükümlere yer verilmiştir. Anılan hüküm, asgari tarımsal arazi büyüklüğü; mutlak tarım arazileri, marjinal tarım arazileri ve özel ürün arazilerinde 2 hektar, dikili tarım arazilerinde 0,5 hektar, örtü altı tarımı yapılan arazilerde 0,3 hektardan küçük belirlenemez. Bakanlık asgari tarımsal arazi büyüklüklerini günün koşullarına göre artırabilir. Tarım arazileri Bakanlıkça belirlenen büyüklüklerin altında ifraz edilemez, hislendirilemez. Hazine taşınmazlarının satış işlemleri hariç olmak üzere pay ve paydaş adedi artırılmaz. Ancak, tarım dışı kullanım izni verilen alanlar veya çay, fındık, zeytin gibi özel iklim ve toprak ihtiyaçları olan bitkilerin yetiştiği alanlarda arazi özellikleri nedeniyle belirlenen asgari tarımsal arazi büyüklüğünden daha küçük parsellerin oluşması gerekli olduğu takdirde, Bakanlığın uygun görüşü ile daha küçük parseller oluşturulabilir.

netmelikte aynı konuda farklı kavramlara yer verilmiştir. Ancak kanımızca burada kastedilen şerh değil, beyan olmalıdır. Bizim hukukumuzda, ancak, kanunlarla belirlenen kişisel haklar, tasarruf kısıtlamaları veya geçici tescilin şerh edilebilir. Bu nedenle tarımsal arazinin niteliğini açıklayıcı bu kayıt olsa olsa beyan şeklinde nitelendirilebilir.

Tarımsal arazilerin devri bakımından önem taşıyan bir başka kavramda “ekonomik bütünlük” kavramıdır. 6537 sayılı Kanun’la 5403 Sayılı Kanununa eklenen 8/A maddesinde ekonomik bütünlükten söz edilmiştir. “...Yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüklerinin hesaplanmasında, aynı kişiye ait ve Bakanlıkça aralarında ekonomik bütünlük bulunduğu tespit edilen tarım arazileri birlikte değerlendirilir. Yeter gelirli tarımsal arazilerin ekonomik bütünlüğe sahip olmayan kısımları Bakanlığın izni ile satılabilir. Bilimsel gelişmeler ve günün koşullarına göre bu Kanuna ekli (1) sayılı listede Bakanlığın teklifi üzerine Bakanlar Kurulu kararı ile değişiklik yapılabilir”. Ekonomik bütünlük kavramının tanımına, Tarımsal Arazilerin Mülkiyetinin Devrine İlişkin Yönetmeliğin 4. maddesinde yer verilmiştir. Anılan hükümde, “ekonomik bütünlük: Mülkiyeti aynı kişiye ait birden fazla tarımsal arazinin tarımsal üretim faaliyetine ekonomik bir değer katacak şekilde birbirine bağımlı olarak işletildiği Bakanlıkça tespit edilen araziler” şeklinde tanımlanmıştır. Tarım arazilerinin devri bakımından aranan ekonomik bütünlüktür. Bu nedenle böyle bir değerlendirme yapılırken tarımsal araziler arasında fiziksel bütünlük bulunup bulunmadığına bakılmaz²⁷. Aynı kişiye ait tarımsal araziler arasında sözü edilen bütünlüğün bulunup bulunmadığı ilgili yönetmeliğin 7. Maddesine göre belirlenir²⁸. Öğretide, tarımsal arazinin, ekonomik bütünlük arz etmiş kabul

²⁷ EREN/BAŞPINAR, s. 163.

²⁸ (1) Aynı kişiye ait tarımsal araziler arasındaki ekonomik bütünlük olup olmadığının tespiti aşağıdaki kriterlere göre belirlenir:

- a) Örtü altı tarım arazilerinde bir dekar, dikili tarım arazilerinde beş dekar, sulu ve kuru tarım arazilerinde on dekarın altında olan tarım arazileri ekonomik bütünlük arz etmez.
- b) Aynı kişiye ait sınırdaş olmayan tarım arazilerinin aralarındaki mesafe on km’den az ve örtü altı tarım arazilerinde bir dekar, dikili tarım arazilerinde beş dekar, sulu ve kuru tarım arazilerinde on dekarın üzerinde ise bu araziler arasında ekonomik bütünlük bulunduğu kabul edilir.
- c) Mülkiyeti aynı kişiye ait, sınırdaş olan tarımsal arazilerin ekonomik bütünlük teşkil ettiği kabul edilir.

edilebilmesi için işletmeyi meydana getiren topraklarda aynı tarım türünün yapılmasının veya işletmeyi meydana getiren malların tek bir arazi üzerinde bulunmasının da şart olmadığı ifade edilmiştir²⁹.

Tarımsal arazinin devri, 6537 Sayılı Kanun ve İlgili Yönetmelikle getirilen kısıtlamalara uyularak gerçekleştirilir. Tarımsal Arazilerin Mülkiyetinin Devrine İlişkin Yönetmeliğin 13. maddesinde devrin koşullarından söz edilmiştir. Anılan hükme göre, tarımsal arazi maliki, ekonomik bütünlük oluşturan tüm arazilerinin mülkiyetini veya sahip olduğu payları devredebilir. Ancak bunun için arazilerin veya payların tümünün yeter gelirli arazi büyüklüğüne ulaşması koşuluyla, aynı anda devri yoluna başvurulmalıdır. Eğer payları veya tarımsal araziyi tümüyle devralacak kimse çıkmazsa malikin yazılı talebi üzerine Bakanlık aracılığıyla kısmi arazi veya pay satışı yapılabilir.

Arazilerin tamamının alımı için istekli olmaması durumunda, malik bu durumu Bakanlık il veya ilçe müdürlüğüne yazılı olarak bildirir. Bakanlık, bu malike ait arazilerin en az % 50 sinden az olmamak şartı ile mevcut arazilerini yeter gelirli büyüklüğe ulaştırmak amacıyla talepte bulunan maliklere satışına izin verebilir. Satışı yapılmayan diğer tarımsal araziler ile ilgili olarak Kanunun 8/K maddesi hükümleri uygulanır.

ç) Aynı kişiye ait tarımsal arazilerden birinin veya birkaçının paylı olması durumunda kişinin tarım arazisi içindeki pay miktarı dikkate alınarak ekonomik bütünlük değerlendirilmesi yapılır.

(2) 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanununa tabi Türkiye’de kurulu mevduat bankaları, katılım bankaları, kalkınma ve yatırım bankaları, yurtdışında kurulu bu nitelikteki kuruluşların Türkiye’deki şubeleri, finansal holding şirketleri, 21/11/2012 tarihli ve 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanununa tabi finansal kiralama, faktoring ve finansman şirketleri ile tarım kredi kooperatiflerinin farklı kişilerden alacaklarına mahsuben mülkiyetine geçirdikleri tarımsal araziler arasında ekonomik bütünlük bulunmaz. Bu kuruluşların, aynı kişilerden elde ettikleri tarımsal arazilerde bu madde hükmüne göre ekonomik bütünlük değerlendirilmesi yapılır.

(3) Ekonomik bütünlük değerlendirilmesi yukarıdaki kriterler doğrultusunda il veya ilçe müdürlükleri tarafından yapılır. Topoğrafik koşullar ve kullanım güçlüğünden kaynaklanan diğer mücbir nedenlerden dolayı bu kararlara karşı yapılan itirazlar Bakanlıkça değerlendirilerek karara bağlanır.

²⁹ EREN/BAŞPINAR, s. 164.
YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)

B. YASAL ÖNALIM HAKKI ARACILIĞIYLA GETİRİLEN KISITLAMALAR

Önalım hakkı, taşınmaz mülkiyetinin kısıtlamalarından birini teşkil eder. Önalım hakkı, sözleşmeden doğan önalım hakkı ve yasal önalım hakkı olmak üzere iki farklı başlık altında incelenir. Sözleşmeden doğan önalım hakkında, önalım hakkı sahibinin yetkisi, malikle aralarında yapılan önalım sözleşmesinden doğar³⁰. Bu nedenle sözleşmeden doğan önalım hakkı, mülkiyet hakkının malikin iradesi ile sınırlandığı haller arasında yer alır. Sözleşmeden doğan önalım hakkından farklı olarak yasal önalım hakkı, malikle hak sahibi arasında yapılan bir sözleşmeden doğmaz, doğrudan kanunundan doğar³¹. Türk Medeni Kanununda yasal önalım hakkı yalnızca paylı mülkiyette paydaşlara tanınmıştır. Paydaşlara tanınan yasal önalım hakkının amacı paylı mülkiyet birliğine sonradan üçüncü kişilerin dâhil edilmesinin önüne geçmektir³².

Türk Medeni Kanunu'nda gerek sözleşmeden doğan önalım hakkı gerek yasal önalım hakkı, alıcıya karşı dava açılmak suretiyle kullanılır (TMK 734). Açılacak dava Kanununda üç ay ve iki yıllık hak düşürücü sürelerle tabi tutulmuştur. Üç aylık süre satışın, alıcı veya satıcı tarafından noter aracılığıyla önalım hakkı sahibine bildirildiği tarihten itibaren başlar, 2 yıllık süre ise satıştan itibaren başlar (TMK 733).

6537 sayılı Kanun'la, TKAKK'da yapılan değişikliklerle arazinin parçalanarak bütünlüğünün bozulmasını engellemek amacıyla Türk Medeni Kanunundan farklı kişilere de yasal önalım hakkı tanınmıştır. 6537 Sayılı Kanununla eklenen 8/İ hükmü şu şekildedir. “8/İ – 8/C maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi uyarınca aile malları ortaklığı veya kazanç paylı aile malları ortaklığı kurulduğu takdirde, ortaklardan birinin payını üçüncü bir kişiye satması hâlinde, diğer ortaklar önalım hakkına sahiptir. Tarımsal arazilerin satılması hâlinde sınırdaş tarımsal arazi malikleri de önalım hakkına sahiptir.

³⁰ AKİPEK/AKINTÜRK, s. 574; EREN, Mülkiyet, s. 432; OĞUZMAN/SELİÇİ /OKTAY-ÖZDEMİR, s. 536; SİRMEN, s. 404.

³¹ AKİPEK/AKINTÜRK, s. 553; EREN, Mülkiyet, s. 395; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 554; SİRMEN, s. 415.

³² AKİPEK/AKINTÜRK, s. 554; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 557; SİRMEN, s. 417.

Tarımsal arazi, sınırdaş maliklerden birine satıldığı takdirde, diğer sınırdaş malikler önalım haklarını kullanamaz. Önalım hakkına sahip birden fazla sınırdaş tarımsal arazi malikinin bulunması hâlinde hâkim, tarımsal bütünlük arz eden sınırdaş arazi malikine önalıma konu tarımsal arazinin mülkiyetinin devrine karar verir.

Önalım hakkının kullanılmasında Türk Medenî Kanunu hükümleri uygulanır”.

Anılan hükümle öncelikle, *aile malları ortaklığı* ile *kazanç paylı aile malları ortaklığı* kurulması halinde, ortaklara yasal önalım hakkı tanınmıştır. Aile malları ortaklığı TMK 373 ila 383. maddeler arasında düzenlenmiştir. Kazanç paylı aile malları ortaklığı ise, TMK 384 ve 385. maddelerde düzenlenmiştir. Her iki ortaklıkta niteliği itibariyle elbirliği ortaklığıdır (TMK 376). Elbirliği ortaklığı olduğu için ortaklık devam ettiği sürece ortakların paylarından söz edilemez. Yine ortaklar söz konusu payları üzerinde tasarruf işlemleri de yapamazlar (TMK 376/son). Bu halde anılan Kanununda uygulama bulamayacak bir önalım hakkının düzenlenmiş olduğundan söz etmek hatalı olmayacaktır.

6537 sayılı Kanun’la 5403 Sayılı Kanununa eklenen 8/İ maddesiyle yasal önalım hakkının, payın üçüncü kişiye satılması halinde kullanılacağı hüküm altına alınmıştır. Kanımızca bu halde önalım hakkının kullanılmasını yalnızca satışla sınırlamamak gerekir. TBK 240’da olduğu gibi satışa eşdeğer her türlü işlemin önalım hakkının kullanılmasına imkân verdiği kabul edilmelidir³³. Aksi durumun kabulü, kanun koyucunun 5403 sayılı Kanununda değişiklik yapılması sırasında benimsediği amaca ulaşılmasını güçleştirir. 5403 sayılı Kanunun 8/İ fıkrasında yer alan hükmün lafzen yorumlanması, anılan Kanunla güdülen tarım arazilerinin bütünlüğünün korunması amacıyla bağdaşmayacaktır. Gerçekten de ortakların yalnızca payın bir üçüncü kişiye satılması halinde önalım hakkına sahip olduğunu

³³ TBK 240 ile satışa eşdeğer her türlü sözleşmeye dayanılarak önalım hakkının kullanılacağı hüküm altına alındığı için öğretide Borçlar Kanununda değişiklik yapılmadan önce önalım hakkının kullanılmasına imkân vermediği kabul edilen taşınmazın bağışlanması, trampa edilmesi, bir ortaklığa sermaye olarak konulması, ölünceye kadar bakma sözleşmesi gibi sözleşmeler bakımından önalım hakkını kullanma imkânının bulunup bulunmadığı ayrıca değerlendirilmelidir: **EREN**, Mülkiyet, s. 413; **OĞUZMAN/SELİÇİ /OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 538; Öğretide, önalım hakkı doğuran olayın, ivazlı, iradi, cüz’i halefiyet şeklinde gerçekleşen işlem olması gerektiği hüküm altına alınmıştır: **SİRMEN**, s. 457.

kabul edersek, sözü geçen kanun hükmüne dolanmak amacıyla ortakların paylarını satış dışında, satışa benzer bir işlemle üçüncü kişiye devretmesi mümkün olacaktır. Bu nedenle satış ve satışa eşdeğer her türlü hukuki işlemde paydaşların önalım hakkına sahip olduklarını kabul etmek isabetli olacaktır.

6537 sayılı Kanunla yasal önalım hakkı tanınan ikinci grup, *sınırdış tarımsal arazi malikleridir*. Türk Medeni Kanunu ile taşınmaz mülkiyetine getirilen kısıtlamalardan bir kısmı belirli kişi veya kişiler yararına getirilmiştir. Komşular lehine taşınmaz mülkiyetinin sınırlandırıldığı haller bunlardan biridir³⁴. Türk Medeni Kanunu ile bu kısıtlamalar getirilirken taşınmaz maliki ile kısıtlamadan yararlanacak kişi arasındaki komşuluk ilişkisi esas alınmıştır. Komşuluk ilişkisinin ne şekilde yorumlanması gerektiği hususu öğretiyeye bırakılmıştır. Birbiri ile sınırdış iki taşınmazın komşu olduğuna şüphe yoktur. Öğretide komşuluk ilişkisinin mevcudiyeti için taşınmazların mutlaka birbirlerine bitişik olmasının şart olmadığı kabul edilir³⁵. Komşuluk ilişkisinden söz edilebilmesi için yine öğretide şu şekilde bir kriter benimsenmiştir. Bir taşınmazın kullanılmasından bir diğeri, mevki ve durumu dolayısıyla herhangi bir şekilde etkileniyorsa komşuluk ilişkisi vardır³⁶. Türk Medeni Kanunu ile taraflar arasındaki komşuluk ilişkisinin sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesi için bir takım kısıtlamalar getirilmiştir. Söz konusu kısıtlamalar arasında komşular yararına yasal önalım hakkı tanıyan bir hükme yer verilmemiştir. 6537 sayılı Kanunda ise Türk Medeni Kanunundan daha dar kapsamda komşular yararına değil sınırdış tarımsal arazi malikleri yararına bir taşınmaz mülkiyeti kısıtlamasına yer verilmiştir. Anılan hükümle sınırdış tarımsal arazi maliklerinin, tarımsal arazi satışa çıkarıldığında önalım hakkını kullanacakları hüküm altına alınmıştır. Önalım hakkı tarımsal arazinin, sınırdış bir başka tarımsal arazi

³⁴ TMK 737 Taşınmazın kullanım tarzına ilişkin kısıtlamalar, TMK 738 kazı ve yapılara ilişkin kısıtlamalar, TMK 740 komşu araziye ait ağaç kök ve dallarının kendi arazisine geçmesine katlanma yükümlülüğü, TMK 742 Suların akış tarzına engel olmama yükümlülüğü, TMK 744 mecra geçirilmesine katlanma yükümlülüğü, TMK 747 geçit irtifakı kurma yükümlülüğü, TMK 761 kaynak irtifakı kurma yükümlülüğü, TMK 750 komşuluk için gerekli şeylere ve masraflara katlanma yükümlülüğü.

³⁵ AKİPEK/AKINTÜRK, s. 558; ÇÖRTOĞLU, s. 62; EREN, Mülkiyet, s. 366; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 571.

³⁶ AKİPEK/AKINTÜRK, s. 557; ÇÖRTOĞLU, s. 63; EREN, Mülkiyet, s. 366; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 571.

malikine satılması halinde kullanılamayacaktır. Ön alım hakkını kullanmak isteyen birden çok sınırdış tarımsal arazi malikinin bulunması halinde kanun koyucu devrin yapılacağı taşınmaz malikinin belirlenmesi konusunda hâkime bir yetki vermiştir. Anılan hükme göre, *hâkim, tarımsal bütünlük arz eden sınırdış arazi malikine önalıma konu tarımsal arazinin mülkiyetinin devrine karar verir*. Kanununda bu hükmün dışında önalım hakkını kullanmak isteyen birden çok sınırdış tarımsal arazi malikinden birkaçının arazisinin tarımsal bütünlük arz etmesi halinde buna bağlanan sonuca yer verilmemiştir. Böyle bir durumda farklı olasılıkları ayrı ayrı değerlendirmek gerekir. Öncelikle devredilecek arazinin devri isteyen taşınmaz maliklerine eşit olarak paylaşılması halinde devri isteyen her bir taşınmaz malikine düşen arazi tarımsal bütünlük arz ediyorsa bu durumda devredilecek arazinin devri isteyen taşınmaz maliklerine eşit olarak paylaşılması söz konusu olabilir³⁷. Böyle bir olasılıkta eşit paylaşım yerine tarımsal bütünlüğün gözetilmesi şartıyla devri isteyen arazi maliklerinin arazileriyle orantılı bir paylaşım da gidilebilir.

Devredilecek arazinin tümünün devri ile tarımsal bütünlük arz edecek birden çok sınırdış arazi malikinin devri talep etmeleri halinde kanununda bir açıklık olmaması karşısında en yüksek bedeli ileri sürene devrin yapılacağı düşünülürse de bu durumda satışın artırma ile yapılacağına ilişkin bir hüküm olmadığından hâkimin kura çekeceğini kabul edebiliriz.

6537 sayılı Kanununla getirilen 8/İ maddesinin son fıkrasında kendilerine yasal önalım hakkı tanınan kimselerin bu haklarını kullanırken Türk Medeni Kanunu hükümlerine tabi olduğu düzenlenmiştir. Önalım hakkı kurucu yenilik doğuran bir haklardan biridir. Bu nedenle hakkın kullanılması Kanununda kısa hak düşürücü sürelerle tabi tutulmuştur. *Önalım hakkı, satışın hak sahibine bildirildiği tarihin üzerinden üç ay ve her hâlde satışın üzerinden iki yıl geçmekle düşer* (TMK 733). Önalım hakkı sahibi, Kanununda öngörülen süreler içerisinde hakkını kullanmalıdır. Kanununda öngörülen süreler içerisinde önalım hakkını kullanmayan hak sahibinin yalnızca o satış için önalım hakkını kullanma imkânını kaybettiği kabul edilir. Hak sahibi önalım hakkını alıcıya karşı dava açmak suretiyle kullanacaktır (TMK 734).

³⁷ ÖZÇELİK, s. 104.

YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)

C. ÖLÜME BAĞLI TASARRUF YAPMA SERBESTİSİNE GETİRİLEN KISITLAMALAR

Ölüme bağlı tasarruf yapma serbestisi, Medeni Hukuka hâkim olan irade özerkliği ilkesinin görünüm şekillerinden birini oluşturur³⁸. Ölümle birlikte kişiye bağlı olanlar dışında olan alacak ve borçlar sona ermez. Miras bırakanın terekesini oluşturan malvarlığı değerleri, onun yasal ve iradi mirasçılarına bir kül halinde intikal eder³⁹. İradi mirasçılığın temelinde ölüme bağlı tasarruf yapma serbestisi yer alır⁴⁰. Sözü geçen serbesti sayesinde miras bırakan ölümünden sonraya intikal eden malvarlığı üzerinde Kanununda belirlenmiş sınırlar içerisinde serbestçe tasarruf edebilir.

Ülkemizde eskiden olduğu, 2001 yılında yürürlüğe giren 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nda, yasal mirasçılık ve iradi mirasçılık yan yana düzenlenmiştir. İradi mirasçılığa diğer bir ifadeyle miras bırakanın tasarruf yetkisine getirilen en önemli kısıtlama yasal mirasçılardan bir kısmı lehine getirilen saklı paya ilişkin kurallardır⁴¹. 2001 yılında yürürlüğe giren Türk Medeni Kanunu'nda ve daha sonra bu Kanununda yapılan değişikliklerle saklı paylı mirasçıların çevresi daraltılmış ve sağ kalan eş dışında saklı pay oranları azaltılmıştır⁴². Türk Medeni Kanunu'nda yapılan bu değişikliklerle

³⁸ O. Gökhan **ANTALYA** ve İpek **SAĞLAM**, Miras Hukuku, İstanbul: Legal Kitabevi, 2015, s. 106; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 161; Rona **SEROZAN** ve Baki İLKAY **ENGİN**, Miras Hukuku, Ankara: Seçkin Kitabevi, 2014, s. 272.

³⁹ İMRE/ERMAN, s. 10; **SEROZAN/ENGİN**, s. 85; Miras yoluyla geçebilen fakat malvarlığı değeri olmayan birtakım borçlarda terekede yer alır. Öğretide buna örnek olarak belirli belgelerin belirli sürede incelenmesine izin verme borcu gösterilmiştir: **ANTALYA/SAĞLAM**, s. 34, dp.56.

⁴⁰ **ANTALYA/SAĞLAM**, s. 58; Mustafa **DURAL** ve **TURGUT ÖZ**, Türk Özel Hukuku C. IV. Miras Hukuku, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2015, s. 238; İMRE/ERMAN, s. 232; **SEROZAN/ENGİN**, s. 271

⁴¹ **ANTALYA/SAĞLAM**, s. 264; İMRE/ERMAN; s. 232; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 297.

⁴² 4721 sayılı Medeni Kanunundan önce, miras bırakanın altsoyu, annesi, babası, kardeşleri, sağ kalan eşi saklı paylı mirasçı olarak belirlenmişti. MK 453 hükmüne göre, miras bırakanın altsoyu için yasal miras payının dörtte üçü, annesi ve babası için yasal miras payının yarısı, kardeşlerden her biri için yasal miras payının dörtte biri, sağ kalan eş, altsoyla birlikte mirasçı ise yasal miras payının tümü, diğer haller yasal miras payının tamamı saklı payıdır.

kanun koyucu, miras bırakanın ölümüne bağlı tasarruf yapma serbestisini genişletmiştir⁴³.

Türk Medeni Kanunu bakımından durum bu olmakla birlikte, 6537 Sayılı Kanununla 5403 Sayılı Kanunun 5. maddesine ilave edilen 8/F hükmüyle, miras bırakanın ölümüne bağlı tasarruf yapma yetkisi kısıtlanmıştır. Anılan hüküm şu şekildedir. “*Yeter gelirli tarımsal arazi mülkiyetinin kendisine devredilmesini isteyen ve buna ehil tek mirasçı⁴⁴ olduğu anlaşılan mirasçının bu konudaki istem hakkı, ölümüne bağlı tasarrufla ortadan kaldırılamaz. Mirastan çıkarma, mirastan yoksunluk ve mirastan feragat hâlleri saklıdır.*

Birden çok mirasçıda devir koşullarının bulunması hâlinde, kendisine devir yapılacak mirasçı ölümüne bağlı tasarrufla belirlenebilir. Belirlenen bu mirasçıya itiraz edilmesi durumunda, ehil mirasçı sulh hukuk hâkimi tarafından belirlenir”.

Ölümüne bağlı tasarruf deyimi bir yönüyle ölümüne bağlı işlemlerin tabi olacağı şekli, diğer bir yönüyle ölümüne bağlı tasarrufların içeriğini ifade eder⁴⁵. Ölümüne bağlı tasarruflar, miras sözleşmesi veya vasiyetname şeklin-

⁴³ DURAL/ÖZ, s. 7; İMRE/ERMAN, s. 233; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 304.

⁴⁴ Ehil mirasçı tanımı 6537 Sayılı Kanun’unda yapılmamıştır. Ehil mirasçının belirlenmesinde esas alınan ölçütler ve puan değerleri 31.12.2014 tarih, 29222 sayılı *Tarımsal Arazi-lerin Mülkiyetinin Devrine İlişkin Yönetmeliğin*, 10. maddesinde düzenlemiştir. Anılan Yönetmeliğin 10. maddesi şu şekildedir. “Ehil mirasçının belirlenmesinde aşağıdaki kısıtlara dikkate alınarak yapılan hesaplama sonucunda elli puan ve yukarısına sahip olan mirasçı veya mirasçılar ehil mirasçı olarak kabul edilir. Mirasçılardan;

- a) Geçim dışı mirasa konu tarım arazilerinden sağlayanlara yirmi puan,
- b) Tarım dışı geliri bulunmayanlara on puan,
- c) Eşli fiilen tarımsal faaliyette bulunanlara on puan
- ç) Tarımsal arazileri işleyebilecek mesleki bilgi ve beceriye sahip olanlara on puan,
- d) Mirasa konu arazilerin bulunduğu ilçe sınırları içinde altı yıla kadar ikamet edenlere beş puan, altı yıl ve daha uzun süre ikamet edenlere on puan,
- e) Herhangi bir sosyal güvencesi olmayanlara on puan,
- f) Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) kapsamında tarım sigortası olanlara beş puan,
- g) Bakanlığın mevcut kayıt sistemlerine kayıtlılık süreleri altı yıla kadar olanlara beş puan, altı yıl ve daha uzun süre olanlara on puan,
- ğ) Tarımsal örgütlere kayıtlılık süreleri altı yıla kadar olanlara iki puan, altı yıl ve daha uzun süre olanlara beş puan,
- h) Tarım alet ve donanımlarına sahip olanlara beş puan,
- ı) Kadın olanlara beş puan verilir.

⁴⁵ ANTALYA/SAĞLAM, s. 107; DURAL/ÖZ, s. 52; İMRE/ERMAN, s. 53; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s.169; SEROZAN/ENGİN, s. 276.

de yapılır⁴⁶. Miras bırakan vasiyetname veya miras sözleşmesi aracılığıyla açıkladığı iradesiyle bir kimseyi mirasının tamamı veya bir kısmı için mirasçı atayabileceği gibi, ona belirli bir malını veya alacağını bırakabilir, onu borcundan ibra edebilir. Maddi anlamda ölüme bağlı tasarrufların içeriği Türk Medeni Kanunu'nun miras hukuku kitabında sayılanlarla sınırlı değildir⁴⁷. Maddi anlamla ölüme bağlı tasarrufların içeriği her durumda maddi bir değer taşımak zorunda da değildir.

Miras bırakanın, vasiyetnamesi ile veya miras sözleşmesi ile mirasçılardan birine veya üçüncü kişiye tarımsal arazi bırakmış olabilir. Mirasın paylaşılması sırasında sözü geçen arazinin kendisine özgülenmesini isteyen mirasçı varsa tarımsal arazi ona özgülenecek, bu durumda vasiyet alacaklısının kişisel bir talep hakkı bulunmayacaktır. Tarımsal arazinin devrine ehil mirasçının bulunması halinde, ölüme bağlı tasarrufla tarımsal arazinin bir başkasına bırakılamayacağı açıkça hüküm altına alındığı için, ölüme bağlı tasarruf içerisinde yer alan bu tür hükümlerin kesin hükümsüz olduğunu kabul etmek gerekir. Söz konusu hükümsüzlük sebebi ölüme bağlı tasarrufun tümünü etkilemez. Bu nedenle burada kısmi hükümsüzlüğün bulunduğundan söz edilmelidir.

8/F maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinde “... *mirastan çıkarma, mirastan yoksunluk ve mirastan feragat hâlleri saklıdır*”. Hükmüne yer verilmiştir. Mirastan çıkarma ve mirastan yoksunluk, kanununda sayılan sebeplerle yasal mirasçıların veya saklı paylı mirasçıların mirasçılık sıfatlarının kaybına yol açan sebeplerdir. Mirasçılıktan çıkarma⁴⁸ veya

⁴⁶ Vasiyetname ve miras sözleşmesi de kendi içinde türlere ayrılır. Bu anlamda el yazılı, resmi ve sözlü vasiyetnameden söz edebileceğimiz gibi, ivazlı-ivazsız miras sözleşmesi, tek taraflı-karşılıklı miras sözleşmesinden ve olumlu-olumsuz miras sözleşmesinden de söz etmek mümkündür: **ANTALYA/SAĞLAM**, s. 118; **DURAL/ÖZ**, s.100; **İMRE/ERMAN**, s. 56.

⁴⁷ Mirasçı atması, belirli mal bırakma, yedek veya art mirasçı atama, vasiyeti yerine getirme görevlisi atama, vasiyetnameden dönme, miras sözleşmesinden dönme, tanıma gibi birbirinden farklı içerikte ölüme bağlı tasarrufa rastlamak mümkündür: **ANTALYA/SAĞLAM**, s. 82; **DURAL/ÖZ**, s. 137; **İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ**, s. 210 vd; **SEROZAN/ENGİN**, s. 383.

⁴⁸ Mirasçılıktan çıkarma iki farklı şekilde gerçekleşir. Cezai çıkarma TMK 511 vd. düzenlenmiştir. Anılan hükme göre, mirasçılıktan çıkarılmaya yol açan sebepler şunlardır: “Aşağıdaki durumlarda mirasbırakan, ölüme bağlı bir tasarrufla saklı paylı mirasçısını mirasçılıktan çıkarabilir:

mirastan yoksunluğa⁴⁹ ilişkin Kanununda düzenlenen sebepler incelendiğinde, bu sebeplere dayanılarak mirasçılık sıfatının kaybının bir müeyyide olarak düzenlenmiş olduğu görülür. Mirastan feragat, çıkarma ve yoksunluktan farklı olarak Kanununda düzenlenmiş belirli sebeplere dayanmaz. Olumsuz miras sözleşme olarak da isimlendirilen mirastan feragat sözleşmesi, miras bırakan ile mirasçısı arasında yapılır. Bununla mirasçının bir ivaz karşılığında veya ivazsız olarak miras bırakanın mirasından pay almayacağı kararlaştırılır.

Yukarıda işaret ettiğimiz gibi, mirastan yoksunluk ve mirasçılıktan çıkarma halinde adeta bir müeyyide gibi mirasçılık haklarından yoksun bırakılan kişi, koşulları taşısa bile tarımsal arazinin kendisine devrini istemeyecektir.

Anılan hükmün son fıkrasında tarımsal arazinin devrinin yapılmasını isteyen birden çok mirasçı bulunması halinde devrin yapılacağı mirasçı-

-
1. Mirasçı, mirasbırakana veya mirasbırakanın yakınlarından birine karşı ağır bir suç işlemişse,
 2. Mirasçı, mirasbırakana veya mirasbırakanın ailesi üyelerine karşı aile hukukundan doğan yükümlülüklerini önemli ölçüde yerine getirmemişse.

Mirasçının borç ödmeden aczi nedeniyle mirasçılıktan çıkarma TMK 513’de düzenlenmiştir. Anılan hüküm şu şekildedir. “Mirasbırakan, hakkında borç ödmeden aciz belgesi bulunan altsoyunu, saklı payının yarısı için mirasçılıktan çıkarabilir. Ancak, bu yarısı mirasçılıktan çıkarılanın doğmuş ve doğacak çocuklarına özgülemesi şarttır.

Miras açıldığı zaman borç ödmeden aciz belgesinin hükmü kalmamışsa veya belgenin kapsadığı borç tutarı

mirasçılıktan çıkarılanın miras payının yarısını aşmıyorsa, mirasçılıktan çıkarılanın istemi üzerine çıkarma iptal olunur.”

⁴⁹ TMK m. 578 ‘de mirastan yoksunluğa yol açan sebepler şu şekilde sıralanmıştır: “Aşağıdaki kimseler, mirasçı olamayacakları gibi; ölüme bağlı tasarrufla herhangi bir hak da edinemezler:

1. Mirasbırakanı kasten ve hukuka aykırı olarak öldüren veya öldürmeye teşebbüs edenler,
2. Mirasbırakanı kasten ve hukuka aykırı olarak sürekli şekilde ölüme bağlı tasarruf yapamayacak duruma getirenler,
3. Mirasbırakanın ölüme bağlı bir tasarruf yapmasını veya böyle bir tasarruftan dönmesini aldatma, zorlama veya

korkutma yoluyla sağlayanlar ve engelleyenler,

4. Mirasbırakanın artık yeniden yapamayacağı bir durumda ve zamanda ölüme bağlı bir tasarrufu kasten ve hukuka aykırı olarak ortadan kaldıranlar veya bozanlar.

Mirastan yoksunluk, mirasbırakanın affıyla ortadan kalkar”.

YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)

nın miras bırakanın ölüme bağlı tasarrufu ile belirleneceği hüküm altına alınmıştır. Belirlenen mirasçıya itiraz edilmesi halinde ehil mirasçı sulh hukuk hâkimi tarafından belirlenir.

SONUÇ

6537 Sayılı Kanununla 5403 Sayılı Toprak Kanununda yapılan değişiklikler, önceki tarihli düzenlemeleri tamamlar niteliktedir. Anılan Kanunla, Kanunun birinci maddesinde de belirtildiği gibi öncelikli olarak; toprağın korunması, iyileştirilmesi ve tarım arazilerinin bölünmesinin önünü geçilmesini amaçlanmaktadır. Bu amaca ulaşabilmek için 6537 Sayılı Kanununla tarım arazileri üzerinde malikin tasarruf yetkisi önemli ölçüde sınırlandırılmıştır. Tasarruf yetkisi kısıtlamaları farklı görünümde ortaya çıkabilir. Anılan Kanunla malikin tarımsal arazisi üzerindeki tasarruf yetkisi, süre, miktar ve konu yönünden sınırlandırılmıştır. Yine anılan Kanununla malikin tasarruf yetkisini kısıtlamaya yönelik olarak, iki yeni tür yasal önalım hakkı tanınmıştır. İlk olarak, aile malları ortaklığı lehine bir önalım hakkı tanınmıştır. Ancak Söz konusu ortaklıklar elbirliği ortaklığı olduğu için önalım hakkı uygulanmaz niteliktedir. İkinci olarak sınırdaş arazi sahipleri lehine önalım hakkı tanınmış, böylece sınırdaş arazi sahipleri, bitişik arazinin satışında öncelikli kılınmıştır.

Ülkemiz gibi liberal hukuk düzenlerinde, mülkiyet hakkı esas, ona getirilen kısıtlamalar ise istisna niteliğindedir. Bu yüzden de mülkiyet hakkı kısıtlanırken hakkın özüne zarar verilmemesi gerekir. 6537 Sayılı Kanunla getirilen kısıtlamalar, malike ait yetkilerden biri olan tasarruf yetkisine önemli kısıtlamalar getirmektedir. Böyle olmakla birlikte anılan kısıtlamalarla amaçlananın tarımsal alanların bölünmesinin önüne geçilmesi ve tarımsal verimin artırılması olduğunu gözden uzak tutmamak gerekir. Söz konusu amacın gerçekleşmesi sonuç olarak ülkemiz gibi tarım ülkesi olan bir ülkede kamusal yararın gerçekleşmesine hizmet etmektedir.

KISALTMALAR

aşa.: Aşağıda

BGBB: Bundesgesetz über das bauerliche Bodenrecht

bkz.: Bakınız

C.: Cilt

dn.: Dipnot

E.T.: Erişim Tarihi

s.: Sayfa

S.: Sayı

T.: Tarih

TAMDİY: Tarımsal Arazilerin Mülkiyetinin Devrine İlişkin Yönetmelik

TBK: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu

TKAKK: Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu

TMK: 4721 Sayılı Türk Medenî Kanunu

KAYNAKÇA

AKILLIOĞLU, Tekin Kamu Yararı Üzerine Düşünceler, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, 1988, s. 11. <http://dergipark.ulakbim.gov.tr/09.06.2016>.

AKİPEK, Jale G. ve Turgut AKINTÜRK, İstanbul: Beta Kitabevi, 2009.

ANTALYA, O. Gökhan ve İpek SAĞLAM, Miras Hukuku, İstanbul: Legal Kitabevi, 2015.

BAŞPINAR, Veysel Mülkiyet Hakkını İhlal Eden Müdahaleler, Ankara: Yetkin Yayınevi.

BELSER, Eva Maria Freiheit und Gerechtigkeit im Vertragsrecht Freiburg: Universitätsverlag, 2000.

BUSCHE, Jan Privatautonomie und Kontrahierungszwang. Tübingen: Mohr-Siebeck Verlag, 1999.

ÇÖRTOĞLU, Sair Komşuluk Hukukunda Taşınmaz Mülkiyetinin Kullanılmasının Çevreye Etki ve Sonuçları, Ankara: Olgaç Matbaası, 1982.

DURAL, Mustafa Tufan ÖĞÜZ ve M. Alper GÜMÜŞ, Türk Özel Hukuku C. III, Aile Hukuku, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014.

DURAL, Mustafa ve TURGUT ÖZ, Türk Özel Hukuku C. IV. Miras Hukuku, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2015.

EREN, Fikret Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yirminci Basım. İstanbul: Beta Yayınevi, 2016.

EREN, Fikret Mülkiyet Hukuku, Ankara: Yetkin Yayınları, 2011.

EREN, Fikret ve Veysel BAŞPINAR, Toprak Hukuku, Ankara: Yetkin Yayınları, 2014.

ETGÜ, Mehmet Akif Kamu Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Mülkiyet Hakkı'na Bakışı, İstanbul: On iki Levha Yayıncılık, 2009.

HAAB, Robert August SĪMONĪUS, Werner SCHERRER und Dieter ZOBL, Zürcher Kommentar (ZK) Art. 641, 1977

HONSELL, Heinrich, Nedim Peter VOGT und Wolfgang WĪEGAND, Basler Kommentar OR Art. 1-529, Vierte Auflage. Basel: Helbing-Lichtenhahn, 2003.

İMRE Zahit ve Hasan ERMAN, Miras Hukuku, İstanbul: Der Yayınları, 2014.

İNAN, Ali Naim Şeref ERTAŞ ve Hakan ALBAŞ, Miras Hukuku, Ankara: Bilge Yayınevi, 2015.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, Dördüncü Basım. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2008.

KOLLER, Alfred Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Band I, Bern: Stämpfli Verlag, 1996.

LARENZ, Karl Lehrbuch des Schuldrechts Erster Band Allgemeiner Teil Vierzehnte Auflage. München: Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1987.

MERZ, Hans Privatautonomi Heute-Grundsatz und Rechtswirklichkeit (Karlsruhe: C.F. Müller Verlag, 1970.

OĞUZMAN, Kemal Özer SELİÇİ ve Saibe OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi: İstanbul, 2016.

ÖZÇELİK, Ş. Barış "5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nda 6537 Sayılı Kanun'la Yapılan Değişiklikler ve Değerlendirilmesi" , Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIX, Y. 2015, S. 1.

SEROZAN, Rona ve Baki İlkay ENGİN, Miras Hukuku, Ankara: Seçkin Kitabevi, 2014.

SEROZAN, Rona “Einschrankung der Vertragsfreiheit durch soziale Schutzgedanken”, JB, C. 21-22, s. 561-574, 1983.

SİRMEN, Lale EŞya Hukuku, Ankara: Yetkin Yayınları, 2016.

VON TUHR, Andreas und Hans PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts (Dritte Auflage: Zurich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1979).

6750 SAYILI TİCARİ İŞLEMLERDE TAŞINIR REHNİ KANUNU'NA İLİŞKİN BAZI TESPİTLER*

(SOME REMARKS ON THE LAW ON SECURITY RIGHT OVER MOVABLE ASSETS IN COMMERCIAL TRANSACTIONS (LAW NR. 6750))

Yard. Doç. Dr. / Asst. Prof. Dr. Esra HAMAMCIOĞLU**
Yard. Doç. Dr. / Asst. Prof. Dr. Argun KARAMANLIOĞLU***

ÖZET

Çalışmamızda, 20.10.2016 tarihinde kabul edilen ve 01.01.2017 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun amacı ve uygulama alanı, rehnin konusu, rehin sözleşmesinin tarafları, rehnin kuruluşu, tarafların hakları ve borçları ile rehnin sona ermesi incelenmiş; konuya ilişkin kısa değerlendirmelere ve tespitlere yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu, teminat, taşınır varlık.

ABSTRACT

Aim and scope of newly introduced Law on Security Right over Movable Assets in Commercial Transactions (Law Nr. 6750) which was enacted on 20.10.2016 and is going to take effect on 01.01.2017, subject of a security right, parties of a security agreement, creation of a security right, rights and obligations of the parties and termination of a security

* İşbu çalışma 19.12.2016 tarihindeki mevzuata göre hazırlanmış olup; söz konusu tarihte ikincil mevzuat düzenlemeleri henüz yayınlanmamıştır.

** Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, **e-posta:** esra.hamamcioglu@khas.edu.tr

*** Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, **e-posta:** argun.karamanlioglu@khas.edu.tr

right are analyzed in our study. Furthermore, brief comments and remarks regarding the subject matter are made.

Keywords: *Law on Security Right over Movable Assets in Commercial Transactions, security, movable asset.*

GİRİŞ

Ticari faaliyetlerin devamlılığının sağlanabilmesi zaman zaman yeterli bir ayni ya da kişisel teminat karşılığında verilen kredi kullanılmasını gerektirmektedir. Öğretide; teminatların alacaklıya verdiği yetkilere göre kişisel ve ayni teminatlar olmak üzere ikiye ayrıldığı belirtilmektedir¹. Kefalet veya garanti sözleşmeleri kişisel teminata²; taşınır ve taşınmaz rehni de ayni teminata³ örnek oluşturmaktadır. Bilindiği üzere, taşınmazlar üzerinde rehin hakkının kurulabilmesi, kural olarak tapuya tescille gerçekleşir. Oysa Türk Medenî Kanunu'nun (TMK) taşınır rehnine ilişkin hükümleri kural olarak rehin konusu malın zilyetliğinin karşı tarafa verilmesini gerektirmektedir (TMK m. 939). Başka bir ifadeyle bir taşınır üzerinde rehin hakkı kurulabilmesi için rehin veren ile rehin alan arasında bir rehin sözleşmesinin yapılması ve rehne konu olan taşınırın zilyetliğinin rehin verenin elinden çıkarılması gerekmektedir. Buna göre, taşınırlarda ana kuralın teslim şartlı rehin olduğu söylenebilir. Bununla birlikte, ekonomik hayatta teslim şartlı rehmin doğurabileceği sakıncaların önlenmesi için teslim şartlı rehmin ayırık durumlar dışında uygulanacağı TMK m. 939/1'de vurgulanmış; TMK m. 940/2'de de kanun gereğince, alacaklıya zilyetlik devredilmeksizin bir sicile kayıt yolu ile taşınır rehni kurulabileceği hükme

¹ **Sirmen, Lale:** Eşya Hukuku, Ankara 2016, s. 561. Ayrıca teminatlar hakkında geniş bilgi için bkz. **Kuntalp, Erden:** Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk, Reha Poroy'a Armağan, İstanbul 1995, s. 263 vd.

² Kişisel teminatlarda, teminat veren bir başkasının borcunu temin etmek üzere borç altına girmektedir. **Sirmen,** s. 561.

³ Ayni teminatlarda ise, alacaklıya alacağını elde etmesini temin etmek üzere bir şey üzerinde ayni hak sağlanmaktadır. **Sirmen,** s. 561.
YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)

bağlanmıştır⁴. Bu kapsamda, gemi rehni (TTK m. 1014), hayvan rehni (TMK m. 940/1), motorlu nakil araçlarının rehni (TMK m. 940/2), maden cevheri rehni (Maden Kanunu m. 108) gibi taşınır rehinleri teslim şartlı rehni istisnalarını oluşturmaktadır. Sayılan durumlarda sicile kayıtla aleniyet sağlanmakta, taşınırın karşı tarafa teslimi aranmamaktadır⁵.

Teslim şartlı rehin kuralının istisnasız olarak uygulanması özellikle işletme sahiplerinin ihtiyaçlarının tam olarak karşılanamaması sonucunu doğurur. Çünkü kredi alabilmek için teminat olarak taşınırın gösteren işletme sahibi, diğer yandan teminat olarak gösterdiği taşınırın ticari faaliyeti için de kullanmak durumundadır. Ayrıca teminat olarak gösterilen taşınırın, rehinli alacaklıya teslimi de söz konusu taşınırın muhafaza edilmesi noktasında rehinli alacaklı bakımından sorunlara yol açabilir. Taşınmaz rehinin bu sorunları ortadan kaldırmaya çalışılması düşünülebilir. Zira taşınmaz rehni kural olarak taşınmazın eklentilerini de kapsar⁶. Bu nedenle taşınmaz rehni yoluyla eklenti niteliğinde bulunan taşınır da rehne dâhil olacaktır. Ancak her taşınır eklenti niteliğinde sayılmayacağından problem ortadan yine kalkmayacaktır. Yine işletmenin faaliyet gösterdiği taşınmaz tacirin kendisine ait olmayabilir. İşte bu sakıncaların önüne geçilebilmesi için özel bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmuş ve konuya ilişkin olarak 1971 tarihinde 1447 sayılı Kanunla Ticari İşletme Rehni Kanunu (TİRK) kabul edilmiştir. Bu kanun sayesinde, işletmeye dâhil olan taşınırın teslimine gerek kalmaksızın rehnedilebilmesine imkan sağlanmıştır. Bu kanun kapsamında rehin hakkının doğumu yine sicile tescile dayanmakta olup, diğer istisnalarda olduğu gibi, aleniyet sicile tescille sağlanmaktadır.

Uygulamada artan kredi ihtiyacı karşısında, teslimsiz taşınır rehin hakkının güvence olarak kullanımının yaygınlaştırılması ve bu rehne konu olan taşınırın kapsamının genişletilmesi amacıyla “Ticari İşlemlerde

⁴ Herhangi bir sicile tescil edilmeksizin kurulabilecek teslimsiz taşınır rehni türleri için ayrıca bkz. **Nomer, Haluk Nami/Ergüne, Mehmet Sekan:** Eşya Hukuku, C. II, Rehin Hukuku, İstanbul 2016, s. 69.

⁵ Tescilli taşınır rehinleri hakkında genel bilgi için ayrıca bkz. **Ertaş, Şeref:** Tescilli Taşınır Rehni, YÜD, Y. 2013, C. II, s. 1161 vd. <http://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/4>.

⁶ TMK m. 686 uyarınca; “Eklenti asıl şey malikinin anlaşılabilen arzusuna veya yerel adetlere göre işletilmesi, korunması veya yarar sağlama için asıl şeye sürekli olarak özgülünen ve kullanılmasında, birleştirme, takma veya başka bir biçimde asıl şeye bağlı kılınan taşınır maldır”.

Taşınır Rehni Kanunu” (TİTRK) 20.10.2016 tarihinde kabul edilerek, 28.10.2016 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanmıştır⁷ ve bu Kanunun 1/1/2017 tarihinde yürürlüğe gireceği kabul edilmiştir (TİTRK m. 20). Yine aynı Kanunun geçiş hükmü uyarınca; bu Kanun, yürürlüğe girdiği tarihte görülmekte olan dava ve takiplere uygulanmayacak ve bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce ticari işletme veya esnaf işletmeleri üzerinde tesis edilen rehin haklarına ilişkin ilgili mevzuat hükümleri uygulanmaya devam edecektir⁸.

TİTRK’in gerekçesinde belirtilmemiş olmakla birlikte, Kanun hükümleri incelendiğinde; UNCITRAL tarafından hazırlanan Teminat İşlemleri Hakkında Model Kanun (*UNCITRAL Model Law on Secured Transactions*) hükümlerinin örnek alındığı izlenimi oluşmaktadır⁹. Ancak Teminat İşlemleri Hakkında Model Kanun’un, TİTRK’nın mehasız olduğunu veya TİTRK’nın Teminat İşlemleri Hakkında Model Kanun’un bir çevirisi olduğunu söylemek mümkün değildir. Bununla birlikte, iki düzenleme arasındaki bağlantı nedeniyle, çalışmamızda her iki düzenleme hükümleri karşılaştırmalı olarak incelenmeye çalışılacak ve yeni düzenleme konusunda bazı tespit ve değerlendirmelere yer verilecektir.

I. TİTRK’NİN AMACI VE UYGULAMA ALANI

A. GENEL OLARAK

Kanun Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu olarak isimlendirilmiştir. Ticari işlemde ne anlaşılması gerektiğine ilişkin Kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. TİTRK’nın teminat işlemlerini kolaylaştırma ve yaygınlaştırma amacı taşıdığından yola çıkılarak; ticari işlem kavramının, TTK’da düzenlenen ticari iş kavramına göre açıklanması gerektiği düşünülebilir. Ticari işin ölçütlerinin belirlenmesinde TTK m. 3 ve TTK m. 19 hükümleri birlikte uygulanacaktır. TTK m. 3’e göre, TTK’da düzenlenen

⁷ RG, T. 28/10/2016; S. 29871.

⁸ Kanun yapma tekniği açısından geçiş hükmü niteliğinde olan geçici maddenin Kanunun 19. maddesinden sonra değil, son hükmü olan 21. maddesinden sonra gelmesi gerektiği söylenebilir.

⁹ UNCITRAL tarafından hazırlanan Teminat İşlemleri Hakkında Model Kanun’un İngilizce tam metni için bkz.

<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/security/MLST2016.pdf> (Erişim Tarihi:

03.11.2016).

YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)

hususlar¹⁰ ile bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün hususlar ticari sayılır. TTK m. 3'e göre, bir ticari işletmeyi doğrudan veya dolaylı olarak ilgilendiren tüm hususlar ticaridir. İşin ticari iş sayılabilmesi için onun bir hukuki işlem, vekâletsiz iş görmeden, haksız fiilden veya sebepsiz zenginleşmeden doğması arasında bir fark bulunmamaktadır¹¹. TTK m. 19/f.1'de ticari iş karinesi kabul edilmiştir. TTK m. 19'a göre bir tacirin borçlarının ticari olması asıldır. Ancak TTK m. 19'da gerçek kişi tacirler bakımından bu kurala bir istisna getirilmiştir. Eğer tacir işlemi yaparken bunun ticari işletmesi ile ilgili olmadığını açıkça karşı tarafa bildirirse veya somut olayın özelliklerinden bu işin ticari işletmesiyle ilgili olmadığı anlaşılırsa bu iş o kişi açısından ticari olmaktan çıkar¹². TTK m. 19/f.2'ye göre, bir taraf için ticari sayılan sözleşmeler kanunda aksine hüküm olmadıkça karşı taraf için de ticari sayılır¹³. Görüldüğü üzere bir işin ticari iş sayılabilmesi için TTK'nın belirlediği kıstaslar TTK m. 3 ve 19'a göre belirlenecektir.

Oysa TİTRK m. 3'de rehlin tarafları başlığı altında rehin sözleşmesinin kredi kuruluşları ile tacir, esnaf, çiftçi, üretici örgütü, serbest meslek erbabı gerçek ve tüzel kişiler arasında ya da tacir ve/veya *esnaf*lar arasında yapılacağı düzenlenmiştir. Hükümden iki esnaf arasında da bu kanun hükümlerine göre rehin sözleşmesi düzenlenebileceği anlaşılmaktadır. Bu nedenle Kanunda geçen ticari işlem ifadesinin, TTK m. 3 ve 19'da düzen-

¹⁰ TTK'da düzenlenen hususlar genellikle bir ticari işletmeyi ilgilendirir. Ama kanunun bu açık hükmü nedeniyle TTK'da düzenlenen hususlar ticari işletmeyi ilgilendirmese bile kural olarak ticari sayılacaktır.

¹¹ **İmregün, Oğuz:** Kara Ticareti Hukuku Dersleri, İstanbul 2005, s. 18; **Arkan, Sabih:** Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2016, s. 62; **Bahtiyar, Mehmet:** Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2016, s. 53.

¹² Örneğin bir tacirin evine giderken marketten çikolata alması bu anlamda onun için ticari iş sayılmaz. Ya da tacir evinde kullanılmak üzere bir mobilya alırsa, bu iş onun açısından ticari olmayacaktır. Böyle bir durumda gerçek kişi tacir tüketici sayılacak ve işleme öncelikle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) hükümleri uygulanacaktır. Bu istisna yalnızca gerçek kişi tacirler bakımından öngörülmüştür. Tüzel kişi tacirlerin adı borç sahihalarının olmadığı ve tüzel kişi tacirlerin tüketici olarak sayılmayacağı Türk Hukukunda kabul edilmektedir. Genel olarak bkz. **Ülgen, Hüseyin (Kendigelen, Abuzer/Helvacı, Mehmet/Kaya, Arslan/Nomer Ertan, Fusun):** Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2015, N. 217; **Bozer, Ali/Göle, Celal:** Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2015, s. 37; **İmregün,** s. 19; **Arkan,** s. 65, 66; **Bahtiyar,** Ticari İşletme, s. 54.

¹³ Ancak, tacir olmayan taraf tüketici sıfatıyla hareket etmişse, bu sözleşmenin öncelikle tüketici işlemi sayılacağı ve TKHK'daki özel hükümlere tabi olacağı unutulmamalıdır. **Arkan;** Ticari İşletme, s. 64 – 65; **Bahtiyar,** Ticari İşletme, s. 55.

lenen ticari iş kavramından daha geniş bir anlam taşıdığı söylenebilir¹⁴. Zira iki esnaf arasında TTK anlamında bir ticari işten söz edebilmemiz için ortada TTK’da düzenlenen bir hususun olması gerekir¹⁵. Dolayısıyla Kanun’un adında geçen “ticari işlemler” ifadesinin bu yönüyle yanıltıcı olabileceği söylenebilir.

B. TİTRK’NİN AMACI

TİTRK m. 1/f.1’e göre, Kanun’un amacı; “*teslimsiz taşınır rehin hakkının güvence olarak kullanımının yaygınlaştırılması, bu rehne konu taşınırınların kapsamının genişletilmesi, taşınır rehninde aleniyetin sağlanması ile rehinin paraya çevrilmesinde alternatif yolların sunulması suretiyle finansmana erişimi kolaylaştırmak*” olarak belirlenmiştir. Kanunun genel gerekçesinde ise, küçük ve orta büyüklükteki işletmelerin finansmana erişim konusunda yaşadıkları güçlüklerle dikkat çekilerek, “*finansmana erişimlerinin kolaylaştırılması, rekabet güçlerinin artırılması ve dolayısıyla ülkemiz ekonomisinin dengeli ve istikrarlı büyümesine katkı sağlanması amacıyla*” işbu Kanun’un hazırlandığı ifade edilmektedir. TİTRK m. 1/f.1’in ifadesine ve TİTRK m. 3 kapsamında rehin sözleşmesine taraf olabilecek kişilerin çevresine bakıldığında; genel gerekçeden daha geniş kapsamlı bir düzenleme yapıldığı anlaşılmaktadır.

TİTRK m. 2/f.1/1 bendinde ayrıca rehin hakkının tanımına yer verildiği görülmektedir. Hükme göre; “*Taşınır varlığın türünden, rehin verenin veya rehinli alacaklının durumundan, rehinle güvence altına alınan borcun niteliğinden veya tarafların onu rehin hakkı olarak adlandırmasından bağımsız olarak bir borcun ödenmesini veya ifa edilmesini güvence altına*

¹⁴ Benzer bir sıkıntı TİRK açısından da söz konusuydu. Zira; TİRK’e göre; rehin ticaret veya esnaf ve sanatkar **sicilinde kayıtlı** bir ticari işletme üzerinde kurulabilir. TİRK geçici madde 1’de ise, ticari işletme tabirinin ticari veya sınaî işletme ile esnaf ve sanatkarın işletmesindeki mesleğini icraya yarayan şeyleri ifade edeceği belirtilmiştir ki bu tanımlama hukuki açıdan oldukça yanlış bir tanımlamadır. Görüldüğü üzere, kanunun adı her ne kadar ticari işletme rehni kanunu olsa da aslında kanunun ilgili maddelerinden anlaşılacağı üzere, hem ticari işletmeler hem de esnaf işletmeleri TİRK kapsamında rehnedilebilir. **Poroy, Reha/Yasaman, Hamdi:** Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2015, s. 54; **Ayhan, Rıza/Özdamar, Mehmet/Çağlar, Hayrettin:** Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2015, s. 191; **İmregün,** s. 13; **Kendigelen (Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan),** N. 431; **Arkan,** s. 48; **Bozer/Göle,** s. 27.

¹⁵ Buna örnek olarak iki esnaf arasında satım sözleşmesi dolayısıyla bir bono düzenlenmesi verilebilir. Bu halde yalnızca bono düzenlenmesi ticari iş niteliğindedir. *YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)*

almak amacıyla alacağı devrinde devralanın alacak hakkı da dâhil olmak üzere, taşınır varlık üzerinde zilyetliğin devrine gerek olmaksızın tesis edilen sınırlı aynı hak” şeklinde tanımlanmıştır. Rehin hakkı, TMK m. 850-972 arasında ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Her ne kadar bu hak, TMK’da tanımlanmamış olsa dahi Medeni Hukuk öğretisinde TMK’nın rehne ilişkin hükümlerini, rehin hakkının niteliği ve özelliklerini göz önünde tutarak yapılmış, kabul gören tanımlar bulunmaktadır. Bu tanımların ortak özelliklerinden yola çıkarak rehin hakkının; alacaklının alacağını güvence altına alan, borç ödenmediği takdirde, rehin konusu malın paraya çevrilmesini talep edilmesini ve bu yolla elde edilen parayla alacağın karşılanmasını sağlayan sınırlı bir aynı hak olduğu söylenebilir¹⁶. Ancak kanun koyucu, TİTRK bakımından rehin hakkını özel olarak ve ayrıntılı şekilde tanımlamayı tercih etmiştir¹⁷.

Tanımda yer alan unsurlara bakıldığında, ticari işlemlerde taşınır rehninin teslimsiz bir taşınır rehni olduğu açıkça belirtilmesine karşılık (TİTRK m. 1/f.1), bu hususun tanım maddesinde yer alması esasen gereksizdir. Zira Kanun’un genel amacı ve farklı hükümlerinden; bu Kanun kapsamında kurulacak taşınır rehninin, teslimsiz bir taşınır rehni olduğu rahatlıkla anlaşılmaktadır. Ayrıca tanımda yer alan; “*Taşınır varlığın türünden... bağımsız olarak ...*” ifadesi de eleştiriye açıktır. TİTRK m. 1/f.3 ve 4’te; bu Kanun uyarınca üzerinde rehin hakkı kurulabilecek taşınırların kapsamının sınırlandırıldığı görülmektedir. Dolayısıyla “*Taşınır varlığın türünden ... bağımsız olarak ...*” ifadesi, Kanun kapsamındaki taşınır varlıklar ile sınırlı olarak anlaşılmalıdır.

C. TİTRK’NİN UYGULAMA ALANI

TİTRK m. 1/f.3’te; “Bu Kanun, bir borca güvence teşkil etmek üzere kurulan ve konusu bu Kanunda sayılan *taşınır varlıklar olan rehinli işlemlere uygulanır*” düzenlemesine yer verilmiştir.

¹⁶ **Acar, Faruk:** Rehin Hukuku Dersleri, İstanbul 2015, Nr. 1; **Sirmen,** s. 497.

¹⁷ TİTRK md. 2/f.1/1 bendindeki tanım, Model Kanun md. 2/f.1/kk bendindeki tanım ile benzerlik taşımaktadır. Öte yandan, söz konusu tanımdan, teminat amaçlı alacağın devri hallerinin de Kanun kapsamında değerlendirilebileceği anlaşılmakta olup; tek başına bir çalışmanın başlığı olabilecek bu konuya ilişkin olası tartışmalara ve başka değerlendirmelere çalışmamızda yer verilmemiştir.

TİTRK'in çeşitli hükümlerinde de bu düzenlemeye uygun bir şekilde, "varlık" teriminin kullanıldığı görülmektedir. Model Kanun'da da söz konusu terimin İngilizce karşılığı olan "asset" terimi kullanılmıştır. Dolayısıyla bu tercihin, Model Kanun düzenlemesine dayanan bilinçli bir tercih olduğu söylenebilir. Öte yandan, TİTRK'in tanımlara ilişkin ikinci maddesinde, "varlık" teriminin tanımı yapılmamıştır. "Taşınır varlık" terimine ise, Kanun'un 5. maddesinde yer alan malvarlığı değerlerine gönderme yapılarak yer verilmiştir. Ancak "taşınır varlık" terimine ilişkin ifadeler de bir tanım niteliği taşımayıp; kavramın içeriğini ifade etmektedir. Fikrimizce, Türk Hukuk terminolojisi bakımından, TİTRK kapsamına giren rehne elverişli malvarlığı değerlerini karşılamak üzere, "taşınır eşya ve haklar" ifadesinin kullanılması düşünülebilirdi. Bununla birlikte çalışmamızda Kanun'un terminolojisine sadık kalmak amacıyla taşınır varlık terimi kullanılacaktır.

"Rehinli işlem" ifadesi ise, Model Kanun'da yer alan "*secured transactions*" ifadesinin tercümesi izlenimini vermektedir. Ancak burada, bir alacak hakkı ile bu hakkı doğuran bağımsız bir hukuki işlem ve bu alacak hakkını teminat altına alan ayrı bir rehin işleminin olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Hükümde kast edilen ise, rehin hakkını kuran rehin işlemi olup; rehinli alacağı doğuran temel ilişki değildir. Bu nedenle, ifadenin; "rehin işlemleri" veya "teminat işlemleri" şeklinde kaleme alınmasının daha isabetli olacağını düşünmekteyiz.

TİTRK m. 1/f.5'te; "*Tapu kütüğüne herhangi bir nedenle tescil edilen taşınurlar bu Kanun kapsamında değildir*" hükmü yer almaktadır. Hükmün lafzı, tapu siciline tescil edilebilecek hak objelerinin kapsamı bakımından hatalıdır. Zira tapu siciline kaydı gerekli olan hak objeleri, taşınmazlardan ibarettir¹⁸. TMK m. 997/f.1'e göre; "Taşınmazlar üzerindeki hakları göstermek üzere tapu sicili tutulur. Tapu sicili, tapu kütüğü ve kat mülkiyeti kütüğü ile bunları tamamlayan yevmiye defteri ve belgeler ile plânlardan oluşur". Buna göre; tapu sicili; tek bir defterden ibaret olmayıp, taşınmazlar üzerindeki hakların kamuya açıklanmasını sağlama işlevi gören farklı defter ve belgelerin bütününden oluşmaktadır¹⁹. TMK

¹⁸ Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla, Tekinay Eşya Hukuku, C. I, İstanbul 1991, s. 244.

¹⁹ Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe, Eşya Hukuku, İstanbul 2014, Nr. 608.

YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)

m. 862/1'e göre; taşınmazın bütünleyici parçaları taşınmaz rehninin kapsamına dâhildir. Taşınmazın bütünleyici parçaları, yapılar, bitkiler, kaynaklar ve doğal ürünlerdir (TMK m. 718/2; TMK m. 685). Taşınmaz üzerinde rehin hakkı kurulduğunda, bütünleyici parçalar da kendiliğinden rehinin kapsamına girmektedir.

TMK m. 686/f.1'de de, "Bir şeye ilişkin tasarruflar, aksi belirtilmedikçe, onun eklentisini de kapsar". Dolayısıyla bir taşınmaz üzerinde rehin hakkı kurulduğunda, bu hak kural olarak taşınmazların eklentilerini de kapsayacaktır. Buna göre, taşınmazın eklentisi konumunda olan taşınırların tapu siciline doğrudan tescil edilmesi hukuken mümkün değildir. Bunlar ancak tapu sicilinde yer alan kendilerine ait beyanlar kısmında yer alabilir (TMK m. 1012/f.1). Bu noktada TMK m. 862/f.2'de tapu sicilinde yer alan beyanlar sütununa yapılacak kaydın eklenti bakımından bir karine getirdiği de vurgulanmalıdır. Hükümde, "*Rehnin kuruluşu sırasında maki-ne, otel döşeme eşyası gibi açıkça eklenti olarak gösterilen ve tapu kütüğünde beyanlar sütununa yazılan şeyler, kanuna göre bu nitelikte olamayacakları ispat edilmedikçe eklenti sayılır*" ifadesi yer almaktadır.

Görüldüğü üzere, taşınmaz malikinin yazılı istemi üzerine beyanlar sütununa yapılan kayıt bir karine yaratmakta, taşınmazın eklentisi durumunda olan şey tapu kütüğündeki beyanlar sütununa kaydedilmiş olmasa da rehinin kapsamına dâhil edilmektedir²⁰. Zira bir şeyin eklenti olup ol-

²⁰ **Sirmen**, s. 600; **Acar**, Nr. 185. Yine eklentinin rehinin kapsamına dâhil olmasının beyanlar sütununa kaydedilmesine bağlı olmadığı, yapılan kaydın ancak ispat yükünün yer değiştirmesine yol açacağı yönünde bkz. **Nomer/Ergüne**, s. 11. Bununla birlikte Yargıtay'ın ipotek akıt tablosunda eklenti olarak gösterilen taşınırların İİK 83/c'ye göre taşınmazdan ayrı olarak haczedilemeyeceğini; ancak bunun için taşınırların hem ipotek akıt tablosunda gösterilmesini hem bilirkişilerce TMK m. 686 anlamında eklenti olduğunun tespit edilmesini arayan kararları da bulunmaktadır. Yargıtay'ın ipoteğin bütünleyici parçalara ve eklentilere şamil olması için bunların ipotek akıt tablosunda yer almasını zorunlu kıldığı kararların toplu olarak incelenmesi için bkz. **Yasan, Mustafa/Özboyacı, Alper**: Yargıtay Kararları Işığında Gayrimenkul Üzerinde Banka Lehine Tesis Edilen İpotek ve Ticari İşletme Rehminin Kapsamlarının Çatışması Meselesi, Kazancı Hukuk Eserleri Bilgi Bankası, s. 4 – 5, <http://www.kazanci.com/kho2/hebb/files/makalemustafayasanalperozboyaci1.htm> (Erişim Tarihi: 03.11.2016). Buna karşılık, Yargıtay'ın ipotek akıt tablosunda yazılı olmayan durumlarda da, eklentinin haczedilmezliğini kabul ettiğine dair aksi yönde kararları da bulunmaktadır. Genel olarak bu kararlar için bkz. **Yasan/Özboyacı**, s. 5, <http://www.kazanci.com/kho2/hebb/files/makalemustafayasanalperozboyaci1.htm> (Erişim Tarihi: 03.11.2016). Öğretide İİK m. 83/c hükmünün lafzı yorumuna dayanarak ipoteğin kapsamının yalnızca akıt tablosunda yer alan eklentilerle sınırlı kabul edilmesinin

madığı, eklenti kavramını düzenleyen TMK m. 686 vd. hükümlerine göre belirlenmelidir. TMK m. 862/f.2 ise bu yönden ancak bir karine getirmektedir.

Konumuz bakımından değerlendirildiğinde TİTRK m. 1/5 hükmü, ipotekli bir taşınmazın eklenti ve bütünleyici parçası niteliğinde olan taşınmazların üzerinde TİTRK'ya göre bir aynı hak kurulmasının önüne geçerek, kanunlar arasında olası bir çatışmayı önleme amacı taşır görünmektedir. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere, TMK m. 686 vd.'na göre eklenti niteliğinde olan bir taşınmaz beyanlar hanesine yazılmasın yazılmasın taşınmaz rehininin kapsamına dâhil olacağından, hüküm mevcut haliyle bu soruna yanıt vermekten uzaktır.

Kanımızca burada bir taşınmaz üzerinde rehin hakkı kurulduğunda, artık taşınmaza bağlı diğer unsurlar olan eklenti ve bütünleyici parçalar üzerinde TİTRK kapsamında rehin hakkı kurulmasının önüne geçilmesinin amaçlandığı düşünülmektedir²¹. Şu halde hüküm; *“Tapu sicilinde kayıtlı bir rehin hakkının varlığı halinde, söz konusu taşınmaza bağlı eklenti ve bütünleyici parçalar üzerinde bu Kanuna göre rehin hakkı tesis edilemez”* şeklinde ifade edilseydi, olası farklı yorumların önüne geçilebilirdi.

Öte yandan farklı bir olasılık olarak bir taşınmazın eklentisi niteliğindeki taşınmaz üzerinde, TİTRK kapsamında bir rehin hakkı kurulduktan sonra, taşınmaz maliki tarafından üçüncü bir kişi lehine taşınmaz üzerinde rehin hakkı kurulması da gündeme gelebilir.

TİTRK bakımından konuyu inceleyen Kendigelen, *“Aynı şekilde ticari işletmenin üzerinde faaliyet gösterdiği taşınmaz rehin verene ait ise rehin hakkının tapu siciline bildirilmesi ve taşınmazın tapu kütüğünün ilgili sayfasındaki beyanlar hanesine yazılmasından sonra, anılan taşınmaz ve dolayısıyla bunun eklentileri üzerinde bir ipotek hakkı kazanan ancak eklentilerin ticari işletme rehnine dâhil olduğunu tapu kütüğünden gören üçüncü kişi artık iyiniyet iddiasında bulunamayacak (bu açıdan ayrıca bkz. TİTRK 10/2; MK 862/3) ve bu nedenle eklenti üzerindeki ipotek hakkı para-*

eşya hukukunun eklenti ve asıl şey ilişkisine ait temel ilkelere uygun olmadığı haklı olarak belirtilmektedir. **Acar**, Nr. 185.

²¹ Hükmün gerekçesine göre, madde genel olarak Kanunun amaç ve kapsamını düzenlemektedir. Hükümde, amaç ve kapsam dışında kalan ve önemli hukuki sonuçlar doğurabilecek düzenlemeler yer almasına karşılık; madde gerekçesinde bunların hiç birinin konu edilmemiş ve bunlara ilişkin herhangi bir açıklamaya yer verilmemiş olması ayrıca eleştiriye açıktır.

YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)

ya çevirme aşamasında sıra itibariyle ticari işletme rehninden sonra” geleceği sonucuna varmıştır²².

TİTRK m. 11 ile bu Kanun kapsamında geçerli bir taşınır rehini kurulduktan sonra tesis edilecek rehin hakları arasındaki öncelik ilişkisine açıklık getirilerek, çıkabilecek olası sorunların çözümü amaçlanmıştır. Hükme göre; “*Aynı taşınır varlık üzerinde derece sırası²³ belirtilmeksizin birden fazla rehin hakkı tesis edilmesi hâlinde alacaklıların öncelik hakkı, rehinin kurulma anına göre belirlenir. Derece belirtilmesi hâlinde ise derece sırası esas alınır. Sonraki sırada yer alan rehinli alacaklılara boşalan dereceye geçme hakkı verilmesi hâlinde ilk sırada yer alan rehin alacaklısı alacağını tamamen almadan bir sonraki rehin alacaklısına ödeme yapılmaz. Birleşen veya karışan varlıklar üzerindeki rehin hakları, varlığın birleşme ve karışmadan önceki durumuyla aynı önceliğe sahiptir. Birleşen veya karışan varlıklar aynı dereceye sahip olmaları durumunda tescil anı dikkate alınır. Getirisi üzerinde ayrıca bir rehin tesis edilmemiş ise varlığın getirisi üzerindeki öncelik hakkı, asıl rehinli varlığın öncelik sırasıyla aynıdır*”.

TİTRK m. 10 ve 11 hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, ticari işlemlerde taşınır rehninin derece veya tarih esasına göre kurulmasının mümkün olduğu söylenebilir. Öte yandan, ilk rehin hakkının tarih esasına göre kurulmasından sonra tesis edilebilecek ikinci veya sonraki rehin hakkı için derece sisteminin benimsenip benimsenemeyeceği; benimsenmesi halinde, birden fazla rehin hakkı arasındaki öncelik ilişkisinin hangi hükümlere göre çözümleneceği sorularına, TİTRK m. 10 ve 11 açık bir cevap vermemektedir.

²² **Kendigelen, Abuzer (Ülgen, Hüseyin/Helvacı, Mehmet/Kaya, Arslan/Nomer Er-tan, Füsün):** Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2015, Nr. 461. Ertaş ise; söz konusu beyan yapıldıktan sonra, taşınmaz üzerinde kurulan taşınmaz rehinlerinin, daha önce üzerinde ticari işletme rehini kurulmuş taşınmazın eklentilerini kapsamayacağını ifade etmiştir. **Ertaş**, s. 1165.

²³ TİTRK m. 10’da derece sistemine ilişkin esaslar düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre; “Rehin sağladığı güvence, tescilde belirtilen rehin tutarı ve derecesi ile sınırlıdır. Rehin, sırada kendisinden önce gelecek olanın miktarının tescilde belirtilmesi kaydıyla ikinci veya daha sonraki derecede de kurulabilir. Bu halde 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun 871 ila 876 ncı maddelerinin bu Kanuna aykırı olmayan hükümleri kıyasen uygulanır. Rehin sözleşmesinde sonraki sırada yer alan rehinli alacaklılara boşalan dereceye geçme hakkı verilebilir. Rehin sözleşmesi dışında bir sözleşme ile bu hakkın tanınması hâlinde sözleşmenin geçerliliği, Sicile tescil edilmesine bağlıdır”.

TİRK bakımından; TİRK’te hüküm bulunmayan hallerde, TMK’nın taşınmaz rehnine ilişkin hükümlerine yollama yapılmış iken (TİRK m. 20); TİTRK’da hüküm bulunmayan hallerde, TMK’nın taşınır rehnine ilişkin hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiştir (TİTRK m. 18).

II. TİTRK’YA GÖRE REHNİN KONUSU

A. REHİN HAKKI KURULABİLECEK TAŞINIR VARLIKLAR

1. Genel Olarak

TİTRK m. 5 üzerinde rehin hakkı kurulabilecek taşınır varlıkların neler olabileceğini düzenlemiştir. Buna göre; *rehin hakkı alacaklar, çok yıllık ürün veren ağaçlar, fıkri ve sınai mülkiyete konu haklar, hammadde, hayvan, her türlü kazanç ve iratlar, başka bir sicile kaydı öngörülmemeyen ve idari izin belgesi niteliğinde olmayan her türlü lisans ve ruhsatlar, kira gelirleri, kiracılık hakkı, makine ve teçhizat, araç, ekipman, alet, iş makineleri, elektronik haberleşme cihazları dâhil her türlü elektronik cihaz gibi menkul işletme tesisatı, sarf malzemesi, stoklar, tarımsal ürün, ticaret unvanı ve/veya işletme adı, ticari işletme veya esnaf işletmesi, ticari plaka ve ticari hat, ticari proje, vagon ve burada sayılanlardan üçüncü kişiler zilyetliğindeki taşınır varlık, hak ve paylı mülkiyet hakları*” üzerinde kurulabilecektir. Rehin hakkı burada sayılan unsurlardan bir veya birden fazlası üzerinde kurulabilir (TİTRK m. 5/6).

TİTRK m. 5’te, döner malvarlığı²⁴ niteliği taşıyan hammadde, sarf malzemeleri ve stok gibi eşyalar da üzerinde rehin kurulabilecek malvarlığı unsurları arasında sayılmıştır. Buna karşılık, TİRK’te; nakit, döner malvarlığı, taşınmazlar, kiracılık hakkı, müşteri çevresi üzerindeki hak, gemi siciline kayıtlı gemiler kapsam dışında bırakılmıştır²⁵. İşletmenin faaliyeti ni sürdürebilmesi için hammaddelerin nitelikleri gereği tüketilmeleri ge-

²⁴ Öğretide, döner malvarlığının; işletmeye geldiği haliyle kalmayan, işletmenin üretim yapabilmesi için asli veya tali amaçlarla kullanılan, işlenen ve şekli değiştirilen unsurlardan oluştuğu ifade edilmektedir. **Karayalçın, Yaşar**: Muhasebe Hukuku, Ankara 1988, s. 100; **Bahtiyar**, Ticari İşletme, s. 27.

²⁵ **Bahtiyar**, s. 46; **Arkan**, s. 54; **Kendigelen (Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan)**, N. 444. Ayrıca bkz ve krş. **Poroy/Yasaman**, s. 59. Anılan yazarlar; “... .. Kiracılık hakkının değerinin tartışma götürüleceği ve gayrimenkulleri esasen ipotek etmenin mümkün olduğu düşünülmüş gibi görünmektedir. İşletme tesisatı olarak gayrimenkuller başka türlü değerlendirilir; bu sebeple düzenleme tarzı eksiktir. Kiracılık hakkının değeri de bugün bilimsel olarak tespit edilebilir” ifadelerini kullanmaktadırlar.

rekmedir. Başka bir ifadeyle, döner malvarlığına dâhil olan hammadde, stok ve sarf malzemelerinin zilyedi kalan rehin veren faaliyetine devam edebilmek için bunları kullanacaktır. Dolayısıyla borcun zamanında ödenmemesi halinde, hangi malvarlığı unsurlarının rehin hakkının konusunu teşkil edeceği sorusu akla gelebilecektir.

Stokların gelen siparişler üzerine devredilmeleri ve teminat verenin mülkiyetinden çıkmaları ile kârlı, daha az maliyetli ve verimli bir işletme için işletmecilerin hiçbirinin stokta ürün biriktirmek istemeyeceği göz önüne alındığında, en azından stokların TİTRK kapsamında teminat konusu olabilecek varlıkların kapsamı dışında bırakılmaları daha isabetli olabilirdi²⁶. Öte yandan, TİTRK m. 5'in mevcut lafzı karşısında, menfaatler dengesine en uygun çözümün, aynı değerde stok konusu varlığın rehin alacaklısının haklarının kullanımı için rehin borçlusu tarafından hazır tutulması olacağı düşüncesindeyiz.

Hammaddeler açısından daha farklı bir durum söz konusudur. Öncelikle, stok ve sarf malzemelerinin TİTRK m. 4/f.6/c bendinde belirtilen unsurlarına rehin sözleşmesinde yer verilmesi mümkündür. Ancak her hammadde türü açısından, özellikle tarım ürünleri yönünden aynı sonuca ulaşılamaz. Öte yandan, TİTRK m. 7/f.3'te; "birleşen veya karışan taşınır varlıkta devam eden rehin hakkı, her bir birleşen taşınır varlığın; birleşme anındaki değerinin, birleşmiş ürün değerine oranı üzerinden devam eder" hükmü getirilmiştir. Bu hükme göre rehin hakkı, kullanılan hammaddelerin işlenerek dönüştüğü nihai ürün üzerindeki değeri oranında devam edecektir²⁷.

TİTRK m. 5/f.2'ye göre; "Ticari işletme ve esnaf işletmesinin tamamı üzerinde rehin kurulması hâlinde, rehnin kuruluşu anında işletmenin

²⁶ Hiç kuşkusuz bu yorum, stokların ayırt edici özelliklerini belirten seri numarası, markası, üretim yılı, şaşı numarası, belge seri numarası, varsa GTİP ya da PRODTR sanayi ürünü kodu gibi hususlar gösterilebildiği haller dışındadır.

²⁷ TİTRK m. 7: "(1) Birleşen veya karışan taşınır varlıklar üzerinde rehin hakkı kurulabilir. (2) Bir taşınırın diğer bir taşınır ile bütünleyici parçası olacak şekilde karışması veya birleşmesi hâlinde; rehin hakkı o taşınır varlığın tamamı üzerinde tesis edilmiş sayılır. (3) Birleşen veya karışan taşınır varlıkta devam eden rehin hakkı, her bir birleşen taşınır varlığın; birleşme anındaki değerinin, birleşmiş ürün değerine oranı üzerinden devam eder. (4) Taşınır varlıkların birbiriyle birleşmesi veya karışması hâlinde, alacaklılar yeni varlık üzerinde kendi taşınırlarının birleşme veya karışma zamanındaki değerleri oranında paylı rehne sahip olur".

*faaliyetine tahsis edilmiş olan her türlü varlık rehnedilmiş sayılır. Bu varlıkların rehni diğer kanunlarca bir sicile tescilini gerektiriyorsa bu rehin ilgili sicillere bildirilir*²⁸. *Bu varlıklar üzerinde diğer kanunlar uyarınca önceden bir rehin hakkı tesis edilmiş olması hâlinde bu Kanun çerçevesinde tesis edilerek bildirilen rehin sonraki sırada yer alır. Ticari işletme ve esnaf işletmesi rehinleri ticaret veya esnaf siciline bildirilir. Birinci fıkrada yer alan diğer taşınır varlıkların borcu karşılaması hâlinde işletmenin tümü üzerinde rehin kurulamaz*” (TİTRK m. 5/f.2)²⁹.

Rehin konusu olabilecek varlıkların kapsamına ilişkin dikkat çekici başka bir husus da üçüncü kişiler zilyetliğindeki taşınır varlık, hak ve paylı mülkiyet haklarının kapsama dâhil edilmesidir (TİTRK m. 5/f.1/ö bendi). Bu bağlamda, birbiriyle çatışan menfaatleri içeren farklı olasılıklar gündeme gelebilir. Ancak TİTRK’da, bu olasılıkların doğurabileceği çatışmalara ilişkin çözüm önerileri doğrudan düzenlenmemiştir. Buna karşılık, Model Kanun’da farklı hukuki konumlardaki hak sahipleri arasındaki hak çatışmaları detaylı olarak düzenlenerek, olası sorunlara çözüm sunulmuştur (Model Kanun m. 29-51). Dolayısıyla TİTRK’nın bu yönden sorunlara yol açabileceği söylenebilir.

TİTRK’nın, TMK’nın taşınır rehnine ilişkin hükümlerini uygulamadan kaldırıp kaldırmadığı sorusu akla gelebilir. Gerekçedeki ifadeler ve Kanun’un *ratio legis*’inden hareketle, tarafların dilerlerse, ticari işlemlerde dahi TMK’nın taşınır rehnine ilişkin hükümlerine göre rehin tesis edebil-

²⁸ TİTRK m. 5/f.2’nin söz konusu cümlesi ile TİTRK m. 5/f.8’in içerik olarak birbirinin tekrarı niteliğinde olduğunu belirtmek gereklidir. Bu düzenlemelerden yalnızca birine yer verilmesinin yeterli olacağı söylenmelidir.

²⁹ Acar, 22.11.2016 tarihinde Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde yapılan Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu panelindeki konuşmasında, TİTRK m. 5/f.2/c. son’daki; *“Birinci fıkrada yer alan diğer taşınır varlıkların borcu karşılaması hâlinde işletmenin tümü üzerinde rehin kurulamaz”* hükmünü yaptırım noktasında özel olarak değerlendirmiştir. Buna göre, Acar; bir ticari işletmenin malvarlığına dâhil olan ve TİTRK’ya göre taşınır rehninin konusu olabilen taşınır varlıkların, borcu karşılamasına rağmen, ticari işletmenin tümü üzerinde rehin tesis edilmesi durumunda, bu rehlin kanuna aykırı olup; rehin hakkının hiç doğmadığı sonucuna ulaşılabileceği akla gelebilirse de en azından küçük rakam farklılıkları için bu sonucun tatmin edici olmayacağını ifade etmiştir. Öte yandan, Acar; bu halde, tahvil ve uyarılmanın mümkün olmayacağını ve rehin verenin, bu yöndeki iddiasının TMK m. 2/f.2’ye göre çelişkili davranış yasağına aykırılık teşkil edeceğini ifade etmiştir. **Acar, Faruk**, 22.11.2016 tarihinde Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde yapılan Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu panelindeki konuşma. *YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)*

mesinin mümkün olduğu söylenebilir³⁰. Ancak konu yine de tartışma ve değerlendirmeye açıktır.

2. İkame Değerlerin Durumu

Görüldüğü üzere bu kanun kapsamında rehin konusu olabilecek taşınır varlıklar oldukça geniş bir şekilde sayılmıştır³¹. Ancak bu sayılanlar arasında ikame değerlere açıkça yer verilmemiştir.

Oysa, TİRK m. 9/f.3'te; rehin konusuna ilişkin bir sigorta bedeli veya tazminat ödenmesi gerekmesi halinde, rehin alacaklısının hakkının söz konusu sigorta bedeli veya tazminat üzerinde devam edeceği hükme bağlanmıştır. Buna göre, rehin konusunun zarar görmesi ve bu nedenle, ikame değerler olarak da ifade edebileceğimiz sigorta bedeli veya tazminat ödemesi gerçekleşmesi halinde, rehin hakkı güvence altına alınmaktadır³². TİRK ek madde 2'ye göre; sanayi işletmelerinde, rehinli mallar alacaklının

³⁰ Acar, TİTRK m. 5/f.2'yi incelerken bu hususa işaret etmiştir. **Acar, Faruk**, 22.11.2016 tarihinde Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde yapılan Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu panelindeki konuşma.

³¹ Söz konusu hüküm teslim şartlı taşınır rehninin istisnalarının kapsamını oldukça genişletmiştir. Zira TİRK m. 3'e göre; ticaret ünvanı ve işletme adı, rehlin kurulması anında mevcut olan ve işletmenin faaliyetine tahsis edilmiş olan menkul işletme tesisatı ve sını haklar rehlin kapsamı içindedir. Bu sayılanların dışında kalan bir husus; örneğin, kiracılık hakkının veya hammadenin ticari işletme rehni kapsamında rehnedilmesi TİRK'e göre mümkün değildir. Görüldüğü üzere ticari işletmenin malvarlığı unsurları ilk planda ticari işletme rehmine dâhil olanlar ve olmayanlar şeklinde ikiye ayrılır. Bkz. **Kendigelen (Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan)**, N. 444. Bunlardan rehne dâhil olanlardan bazılarının kural olarak kapsam dışında bırakılması mümkün değildir. Aksi halde rehin hakkı doğmaz. Buna göre kural olarak ticaret ünvanı ve işletme adı ile rehlin kurulması sırasında mevcut olan ve işletmenin faaliyetine tahsis edilmiş olan menkul işletme tesisatı kapsam dışında bırakılamaz, sını haklar ise istenirse kapsam dışında bırakılabilir. TİRK'te ana kural bu olmakla birlikte; bu kuralın iki istisnası bulunmaktadır. TİRK'e eklenen ek madde 2 ile, sanayi işletmeleri yönünden farklı bir düzenleme getirilmiştir. Bu düzenleme uyarınca TİRK m. 3 b ve c'de yer alan unsurlardan biri üzerinde dahi ticari işletme rehni kurulabilecektir. Benzer bir istisna TİRK 2/2'de gösterilmiştir. Kredili satış yapan kişiler lehine kurulacak ticari işletme rehni de yalnızca vadeli satışa konu olan ve işletmenin faaliyetine tahsis edilen taşınırı kapsayacaktır. Genel olarak TİRK'e göre rehlin kapsamı hakkında bkz. **Bahtiyar**, s. 45-46; **Arkan**, s. 54-58; **Kendigelen (Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan)**, N. 443-452; **Poroy/Yasaman**, s. 58-63; **Ayhan/Özdamar/Çağlar**, s. 192-193; **Bozer/Göle**, 27-30.

³² Aynı yönde bkz. **Kendigelen (Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan)**, Nr. 470; **Poroy/Yasaman**, s. 67.

belirleyeceği muhtemel rizikolara karşı sigorta ettirilerek; sigorta masraflarının hangi tarafa ait olacağı rehin sözleşmesinde belirtilir. Öte yandan, zorunlu olmasına karşılık sigorta yaptırılmamasının, rehin sözleşmesinin geçerliliğini etkilemeyeceği belirtilmektedir³³. Görüldüğü üzere, TİRK m. 9'da, rehin konusu eşyanın ikamesi olan değerlerin hukuki yazgısı da rehin alacaklısının menfaatleri korunacak şekilde ve açıkça düzenlenmiştir.

Getiri kavramını düzenleyen Model Kanun m. 2/f.1/bb bendinde; sigorta ve tazminat bedelleri de teminat konusunun getirileri arasında teminat konusuna dâhil olarak düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere, Model Kanun'da da sigorta bedeli ve tazminat bedellerinin kendiliğinden rehin kapsamına dâhil olacağına ilişkin açık bir düzenlemeye yer verilmiştir.

Buna karşılık, TİTRK'da sigorta bedeli ve tazminat bedelleri, başka bir ifadeyle ikame değerlere ilişkin açık bir düzenleme bulunmaması dikkat çekmektedir. Özellikle, TİTRK m. 5 gereği, rehin konusu teşkil eden varlıkların sınırlı sayıda düzenlendiği göz önüne alındığında, rehin konusu yerine geçen ikame değerlerin, rehin konusunun zarar görmesi halinde kendiliğinden rehin kapsamına alınıp alınmayacağı tartışılabilir³⁴.

Gerçekten, Eşya Hukuku doktrininde; taşınır rehni sözleşmesinde hüküm yer almaması durumunda, bu değerler üzerinden rehin hakkının kendiliğinden devam edip etmeyeceği tartışmalıdır³⁵. Fikrimizce; rehin hakkının, rehin konusunun değerine yönelik bir aynı hak olduğu düşünüle-

³³ **Helvacı, İlhan**: Sanayi İşletmelerinde Ticari İşletme Rehni Üzerine (Ticari İşletme Rehni Kanunu Ek Madde 2), İÜHFM, C. LXV, S. 1, s. 280; **Yıldız, Şükrü**: Ticari İşletme Rehni Kanunu'nda Yapılan Değişiklik ve Sanayi İşletmeleri Üzerinde Kurulacak Ticari İşletme Rehninde Ortaya Çıkabilecek Bazı Sorunlar, Makalelerim, 1988-2007, Ankara 2008, s. 487; **Topçuoğlu, Metin/Çon, Ömer**: Ticari İşletme Rehninde Rehin Alacaklısının Korunması, TBBD, S. 93, s. 208; **Kendigelen (Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan)**, Nr. 470; **Karabel, E. Gökçe**: Ticari İşletme Rehninin Paraya Çevrilmesi, Ankara 2011, s. 113. Krş. **Reisoğlu, Seza**: Ticari İşletme Rehni ve Son Yasal Düzenleme, Bankacılar Dergisi, Y. 2003, S. 47, s. 120. Yazar, hükmün sigorta ettirilmesine ilişkin düzenlemenin bir geçerlilik şartı olduğu yönünde yorumlara açık olduğunu belirtmektedir.

³⁴ TİTRK m. 5'in gerekçesinde, "madde ile, üzerinde rehin hakkı tesis edilebilecek varlıkların tahdidi olarak" sayıldığı belirtilmektedir.

³⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Makaracı Başak, Aslı**: Taşınır Rehni Sözleşmesi, İstanbul 2014, s. 209-210; **Nomer/Ergüne**, s. 98. Buna karşılık, taşınmaz rehni için TMK m. 879'da göre; "Muaccel olan sigorta tazminatı, malike ancak bütün rehinli alacaklıların rızasıyla ödenebilir. Sigorta tazminatı taşınmazın eski hâle getirilmesi için harcanacaksa, malik tarafından yeterli bir güvence gösterilmesi koşuluyla kendisine ödenir".

rek, açık bir kanun hükmü olmadan da ikame değerlerin, rehnin kapsamına kendiliğinden dâhil olacağı kabul edilmelidir³⁶.

TİTRK'daki durumun ise, bu tartışma ile birebir örtüşmediği belirtilmelidir. Zira burada kanun koyucu, rehin konusu olabilecek taşınır varlıkları TİTRK m. 5'de sınırlı sayıda düzenlediğinden; hükmün lafzından ve gerekçesinden, kanun koyucunun iradesinin ikame değerleri kapsam dışında bırakmak olduğu ileri sürülebilir. Öte yandan, TİTRK yönünden de rehin hakkının, rehin konusunun değerine yöneldiği gerekçesiyle, her ne kadar açık bir düzenleme bulunmasa da ikame değerlerin kendiliğinden rehnin kapsamına dâhil olacağını kabul etmenin daha isabetli olacağını düşünmekteyiz. Bununla birlikte, rehin sözleşmesinin taraflarının hak ve borçlarının düzenlendiği TİTRK m. 12'de zilyedin rehinli taşınırın değerini koruyacak her türlü tedbiri almakla yükümlü olduğu ve hakları zarar görenlerin önlem için yapmış oldukları giderlerin tazminini zarara sebep olanlardan isteyebilecekleri hüküm altına alınmıştır (TİTRK m. 12/2-3). Söz konusu düzenlemeler de bu görüşümüzü destekler niteliktedir. Ancak tartışmaların önüne geçebilmek adına, *de lege ferenda* kanun koyucunun konuyu açıkça düzenlemesi yerinde olacaktır.

3. Müstakbel Taşınır Varlıkların Durumu

Teslim şartlı rehin kuralının geçerli olduğu durumlarda henüz mevcut olmayan taşınırlar üzerinde rehin tesis edilebileceği konusunda tarafların rehin sözleşmesi yapabileceği kabul edilmektedir³⁷. Buna göre gelecekte taşınır üzerinde doğacak aynı hakka dayanarak yapılan ve söz konusu taşınırı konu alan bir rehin sözleşmesi geçerlidir. Ancak öğretilerde de belirtildiği üzere, bu sözleşme yalnızca taşınır üzerinde rehin kurulması için talepte bulunma yetkisi vermektedir. Buna göre, taşınır üzerinde tasarruf yetkisi kazanılana kadar rehin kurulması mümkün değildir³⁸.

Oysa TİTRK m. 5/f.3'te, "*İşletmelerin müstakbel taşınır varlıkları üzerinde rehin hakkı kurulabilir. Rehinli müstakbel taşınır varlık üzerindeki tasarruf yetkisi, bu varlıkların mülkiyete konu edilmesini müteakip kul-*

³⁶ Aynı yönde bkz. **Makaracı Başak**, s. 210; **Nomer/Ergüne**, s. 98.

³⁷ **Makaracı Başak**, s. 37.

³⁸ **Sirmen**, s. 648; **Makaracı Başak**, s. 38.

lanılabilir” düzenlemesi getirilmiştir³⁹. Görüldüğü üzere, kanun koyucu henüz mevcut olmayan taşınır üzerinde rehin hakkının kurulmasından bahsetmektedir. Hükümde geçen tasarruf yetkisinin rehin alana mı yoksa rehin verene mi ait olduğu, lafızdan tam olarak anlaşılammaktadır. Bununla birlikte, burada sözü edilenin rehin verenin tasarruf yetkisi olarak anlaşılması daha isabetli olacaktır⁴⁰. Aşağıdaki açıklamalarımız da bu bağlamda değerlendirilmelidir.

Model Kanun m. 6/f.1 ve 2’de, mevcut olmayan taşınırlar üzerinde rehin kurulmasına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Model Kanun m. 6/f.1’de; teminat sözleşmesi ile teminat hakkı kurulabilmesinin ancak teminat verenin, teminat konusu varlık üzerinde hak sahibi olması veya söz konusu varlık üzerinde böyle bir hak tesis etme yetkisinin bulunması şartıyla mümkün olduğu hükme bağlanmıştır. Konuyu doğrudan düzenleyen Model Kanun m. 6/f.2’de de gelecekte ortaya çıkacak bir varlık için teminat hakkı kurulmasına ilişkin bir sözleşme yapılabileceği, fakat teminat hakkının yalnızca teminat verenin söz konusu varlık üzerinde hak iktisap etmesi veya bir teminat hakkı tesis etme yetkisi kazanmasıyla kurulabileceği öngörülmüştür.

Model Kanun sisteminde, rehin hakkı sözleşme ile doğmaktadır. Dolayısıyla sözleşme, tasarruf işlemi niteliğindedir. Model Kanun m. 6/f.1 ve 2’de, malvarlığına henüz dâhil olmayan taşınırlar üzerinde rehin hakkının doğumu açıkça tasarruf yetkisinin kazanılması şartına bağlanmıştır. Esasen, teslimli taşınır rehninde de henüz mevcut olmayan veya rehin verenin zilyetliğinde bulunmayan taşınırları konu edinen rehin sözleşmesi yapılabileceği kabul edilmektedir⁴¹. Bu durumda, rehin hakkının doğumu geciktirici şarta bağlanmış olmaktadır⁴². Fikrimizce, düzenlemenin henüz mev-

³⁹ TİTRK öncesi dönemde yazdığı eserinde, Makaracı Başak; eserin yayınından sonraki tarihlerde yapılacak müstakbel düzenlemelerde, “gelecekte mevcut olacak taşınırlar üzerinde rehin hakkının tesisi de mümkün kılınmalıdır” ifadesini kullanmaktadır. Bkz. **Makaracı Başak**, s. 381. Ayrıca bkz. ve krş. **Makaracı Başak**, s. 380, dn. 300.

⁴⁰ Bir an için tasarruf yetkisinin rehin alan yönünden düzenlenmiş olduğu varsayılsa dahi alacağın ödenmemesi halinde, rehin alanın haklarını kullanabilmesinin bozucu şarta bağlandığı sonucuna ulaşmak gerekir.

⁴¹ **Oftinger, Karl/Bär, Rolf**: Zürcher Kommentar C. IV/2c, Das Fahrnispfand, Art. 884-918 ZGB, mit ergänzender Darstellung der im Gesetz nicht geordneten Arten dinglicher Sicherung mittels Fahrnis, Zürich 1981, Art. 884, Nr. 34; **Nomer/Ergüne**, s. 73.

⁴² **Oftinger/Bär**, Art. 884, Nr. 34; **Nomer/Ergüne**, s. 73.

cut olmayan taşınırın rehni konusunda rehin sözleşmesi yapılabileceği şeklinde kaleme alınması ve en geç tescilden önce rehin verenin rehin konusu taşınır varlık üzerinde tasarruf yetkisini kazanmış olmasının aranması daha isabetli olabilirdi.

6183 sayılı AATUHK ile 5510 sayılı SGK hükümleri saklı kalmak üzere her tür sözleşmeden doğan mevcut ve müstakbel alacaklar da bu kanun kapsamında rehne konu olabilecektir⁴³.

B. TAŞINIR VARLIKLARA İLİŞKİN DEĞER TESPİTİ

TİTRK'te bu hususa ilişkin açık bir kanun hükmü bulunmamaktaydı. TİTRK'da ise, hem rehin hakkının kurulması öncesinde hem de TİTRK m. 13/f.2'de sayılan hallerde değer tespiti yaptırılması konusu açıkça düzenlenmiştir.

Kanunda, tarafların rehin hakkının kurulması öncesinde rehne konu taşınırın değerinin tespiti amacıyla değer tespiti yaptırabilecekleri düzenlenmiştir (TİTRK m. 13/1).

TİTRK m. 13/2'ye göre; *“Rehinli taşınır varlığın birleşmesi veya karışması durumunda ya da temerrüt sonrası hakların kullanımında, alacaklının başvurusu üzerine rehin verenin yerleşim yerindeki sulh hukuk mahkemesince taşınırın değeri ekspertiz hizmeti sunan gerçek veya tüzel kişilere üç gün içerisinde tespit ettirilir. Bu değer tespitine itiraz edilmesi hâlinde, mahkemece üç gün içerisinde yeni bir değer tespiti yaptırılır. İtiraz üzerine ekspertiz hizmeti sunan gerçek veya tüzel kişiler üç gün içerisinde değer tespiti yapar. İtiraz üzerine yapılan değer tespiti kesindir. Bu tespit yapıldığı tarihten itibaren iki yıl geçmedikçe yeniden değer tespiti istenemez. Değer tespitine ilişkin rapor rehni verene ve rehni alacaklılarına tebliğ edilir”*⁴⁴. Bu kapsamdaki rehinli işlemlerde uygulanacak ekspertiz hizmetlerine ilişkin tavan ücret ilgili kurumların görüşü alınarak Bakanlık tarafından belirlenecektir. Ayrıca ekspertiz hizmeti sunan kişilerin nite-

⁴³ TİTRK öncesi dönemde yazdığı eserinde, Makaracı Başak; gelecekte doğacak alacaklar üzerinde taşınır rehni kurulmasının eserin yayın tarihinden sonraki düzenlemelerde özel olarak yer alması önerisinde bulunmaktadır. Bkz. **Makaracı Başak**, s. 381.

⁴⁴ Kanun tasarısı aşamasındayken, ekspertiz incelemesi için icra dairesine başvurulacağı ve yapılacak değerlemenin kesin nitelikte olduğu hükme bağlanmıştı (TİTRK Tasarısı m. 13/2).

likleri ile bu kişilere ilişkin diğer hususlara da Bakanlıkça çıkan Yönetmelikte yer verilecektir (TİTRK m. 13/3-4)⁴⁵.

Hükmün lafzına bakıldığında; “... *yaptırabilir*” ifadesi nedeniyle, rehin hakkının kurulması öncesi değer tespitin zorunlu olmayıp, tarafların iradesine bırakıldığı izlenimi uyanmaktadır. Buna karşılık, TİTRK m. 13/f.2’de sayılan; rehinli taşınır varlığın birleşmesi veya karışması durumunda ya da temerrüt sonrası hakların kullanımını halinde, değer tespiti yaptırılmasının zorunlu olduğu görülmektedir. Zira TİTRK m. 13/f.2’de; “... *tespit ettirilir*” ifadesi kullanılmıştır.

TİTRK’nın diğer bazı hükümleri ve uygulamada karşılaşılabilecek olası sorunlar göz önüne alındığında, rehin hakkı kurulmadan önce değer tespiti yaptırılmasının ihtiyarılığı üzerinde dikkatli düşünmek gerekir. Örneğin, TİTRK m. 5/f.2’de yer alan; TİTRK kapsamında üzerinde rehin kurulabilecek taşınır varlıkların borcu karşılması hâlinde işletmenin tümü üzerinde rehin kurulamayacağına ilişkin düzenleme bakımından, değer tespiti ileride ortaya çıkabilecek sözleşmenin hükümsüzlüğüne ilişkin tartışmaların önüne geçilebilmesi bakımından büyük önem taşımaktadır⁴⁶. Benzer şekilde, birleşme veya karışma sonrasında zorunlu olarak yapılacak değer tespitinin TİTRK m. 7/f.3’ün anlam ifade edebilmesi açısından, rehin hakkı kurulmadan önce de henüz birleşmemiş veya karışmamış varlık üzerinde değer tespiti yaptırılması gerekmektedir. Son olarak, derece sistemine göre rehin hakkı kurulan hallerde de değer tespiti yapılması, derece sisteminin niteliği karşısında büyük önem taşımaktadır. Uygulamanın da tarafların menfaatleri dikkate alındığında, rehin hakkının kurulması öncesi değer tespitinin yaptırılması yönünde gelişeceğini düşünmekteyiz.

Tespit edilen değer iki yıl süreyle geçerli olması ve bu süre içinde yeniden değer tespiti yaptırılmaması da eleştirilebilir. Zira TİTRK kapsamında rehin hakkının konusu olabilecek unsurların en azından bir bölümü kısa sürede ciddi değer değişimlerine uğrayabilecek niteliktedir⁴⁷.

⁴⁵ Kanun yapma tekniği açısından TİTRK m. 13/f.4’ün, TİTRK m. 13/f.3’ten önce gelmesi gerektiği söylenebilir.

⁴⁶ **Acar, Faruk**, 22.11.2016 tarihinde Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde yapılan Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu panelindeki konuşma.

⁴⁷ İki yıllık sürenin kesin olmasının eleştiriye açık olduğu yönünde bkz. **Acar, Faruk**, 22.11.2016 tarihinde Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde yapılan Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu panelindeki konuşma.

TİTRK kapsamında rehin hakkı konusu olabilecek taşınır varlıklarının nitelikleri, değer tespitine uygunluk yönünden de zorluk oluşturabilir. Zira kiracılık hakkı, işletme adı, ticaret unvanı gibi unsurlar yönünden, değer tespitinin kolay olmayacağı söylenebilir.

III. TİTRK'YA GÖRE REHİN SÖZLEŞMESİNDE TARAFLAR

Ticari işlemlerde taşınır rehni sözleşmesinin taraflarının kimler olabileceği TİTRK m. 3'de belirtilmiştir. Buna göre; rehin sözleşmesi kredi kuruluşları ile tacir, esnaf⁴⁸, çiftçi⁴⁹, üretici örgütü⁵⁰, serbest meslek erbabı⁵¹ gerçek ve tüzel kişiler arasında ya da tacir ve/veya esnaf arasında yapılabilir. Görüleceği üzere rehin sözleşmesinin tarafları oldukça geniş bir şekilde sayılmıştır⁵².

⁴⁸ Esnaf, 7/6/2005 tarihli ve 5362 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşları Kanunu göre faaliyet gösteren esnaf ve sanatkarlar (TİTRK m. 2/c).

⁴⁹ Çiftçi, 18/4/2006 tarihli ve 5488 sayılı Tarım Kanununa göre faaliyet gösteren kişiyi ifade etmektedir (TİTRK m. 2/b).

⁵⁰ Üretici örgütleri Üretici ve yetiştiricilerin ilgili kanunlara dayanarak kurdukları tarımsal amaçlı kooperatif ve birlikleridir (TİTRK m. 2/1).

⁵¹ Serbest meslek erbabı da 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununa göre belirlenecektir (TİTRK m. 2/j).

⁵² Oysa TİTRK'te rehin sözleşmesinin tarafları incelendiğinde TİTRK'ya oranla çok daha dar kapsamlı bir düzenleme yapıldığı görülmektedir. Buna göre, rehin alacaklıları tüzel kişiliği haiz ve sermaye şirketi şeklinde kurulmuş kredi kuruluşları, kredili satış yapan gerçek veya tüzel kişiler ile kooperatifler olabilir (TİTRK m. 2) Rehin alacaklılarının ilk grubunu bankalar oluşturmaktadır. Bankanın mevduat, katılım ya da kalkınma ve yatırım bankası olması önemli değildir. Öğretide, bankaların dışında, finansman şirketleri ile faktoring şirketlerinin de bu sözleşmede taraf olabileceği ifade edilmiştir. **Kendigelen (Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer-Ertan)**, Nr. 434. Kredili satış yapan gerçek veya tüzel kişilere ilişkin ifade kanun tasarı aşamasında iken, yalnızca kredili satış yapan tüzel kişiler şeklinde idi. Sonradan kredili satış yapan gerçek kişiler de eklendi. Maddede geçen kooperatif ifadesi ise, tüm kooperatifleri içine alacak şekilde kullanılmıştır. Rehın alacaklılarının bu şekilde sınırlandırılmasının amacı, teslim şartlı rehne istisna olan bu özel düzenlemenin istisnai durumlarda uygulanmasının sağlanması, istisnai düzenlemenin uygulama alanının genişlememesi ve rehın işleminin ancak borçlu esnaf veya taciri sonradan zor durumda bırakmayacak güvenilir ve itibarlı kuruluşlarla yapılmasının sağlanmasıdır. Lehine ticari işletme rehni tesis edilen kişinin sonradan bu rehınlı alacağını bir başkasına devretmesi mümkündür. Öğretideki bir görüş, rehın sözleşmesinin başlangıçta TİTRK m. 2/1'de sayılan niteliklere sahip bir kişi ile yapılmasının yeterli olduğunu, sonradan alacaklı tarafın değişmesinin rehın son bulmasına neden olmayacağını kabul etmektedir. **Kendigelen (Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer-Ertan)**, Nr. 435; **Reisoğlu**, s. 4; **Arkan** s. 51. Aksi görüş ise, kanunun amacından hareket ederek, rehın alan konusunda kanunda getirilmiş

Rehin sözleşmesinin taraflarına ilişkin hüküm, temel borç ilişkisinin taraflarını kapsamamaktadır⁵³. Zira TİTRK m. 5/f.9'da üçüncü kişilerin bu kanun kapsamında borçlu lehine rehin hakkı kurabileceği açıkça kabul edilmiştir⁵⁴.

Hükümde geçen kredi kuruluşları; 5411 sayılı Bankacılık Kanunu uyarınca faaliyet gösteren bankalar ve finansal kuruluşlar ve 6361 sayılı Finansal Kiralama ve Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu uyarınca faaliyet gösteren finansal kuruluşlar ile kredi ve kefalet sağlayan kamu veya özel kuruluşları ifade etmektedir (TİTRK m. 2/e). Söz konusu hükme göre; mevduat bankaları, katılım bankaları ile kalkınma ve yatırım bankalarına ek olarak, 5411 sayılı Kanun'da, finansal kuruluş olarak tanımlanan kredi kuruluşları dışında kalan ve sigortacılık, bireysel emeklilik veya sermaye piyasası faaliyetlerinde bulunmak veya bu Kanunda yer alan faaliyet konularından en az birini yürütmek üzere kurulan kuruluşlar ile kal-

olan istisnanın yalnızca rehlin kurulması adına ilişkin olmadığını, TİTRK m. 2'de alacaklıya ilişkin olarak hak ehliyetine ilişkin bir sınırlama getirildiğini belirterek, sınırlamanın yalnızca rehlin kurulması anında değil; aynı zamanda kurulması aşamasından sonra da aranması gerektiğini kabul etmektedir. Görüş ve gerekçeleri için bkz. **Dural, H. Ali:** Ticari İşletme Rehni İle Teminat Altına Alınan Alacağın TİTRK m. 2'de Sayılan Kişiler Dışındaki Kişilere Temlikinin Ticari İşletme Rehnine Etkisi, Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, GSÜHFD, C.1, Y. 3, S.1, İstanbul 2004, s. 323-330. Aynı yönde bkz. **Karabel,** s. 75; **Antmen, Alpay:** Ticari İşletme Rehni, Ankara 2001, s. 75-76. Rehlin borçlusu ise, sicile kayıtlı olan esnaf işletmesi veya ticari işletmenin maliki olabilir.

⁵³ **Acar, Faruk,** 22.11.2016 tarihinde Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde yapılan Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu panelindeki konuşma.

⁵⁴ TİTRK'de konuya ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. TİTRK m. 2'de ise, ticari işletmenin maliki olan gerçek veya tüzel kişinin bu kanun kapsamındaki sözleşmelerde rehin borçlusu olabileceği belirtilmiş, rehin borçlusu sıfatı bakımından ayrıca bir şarttan bahsedilmemiştir. Buna göre; işletme sahibi bir üçüncü kişinin borcunun güvencesi olarak kural olarak işletmesini rehnedebilecektir. **Arkan,** s. 51; **Kendigelen (Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer-Ertan),** Nr. 439. Bununla birlikte, Teoman bu dönemde, TİTRK ile teslim şartlı rehne yönelik istisnai bir düzenleme getirildiği ve istisnaların da ancak öngörüldükleri alan ile sınırlı olarak uygulanabileceği temel gerekçesiyle, tacirin ticari işletmesini, üçüncü bir kişinin borcunun teminatı için rehnedemeyeceğini ifade etmiştir. **Teoman, Ömer:** Tacir Ticari İşletmesini Üçüncü Bir Kişinin Borcunun Güvencesi Olarak Rehnedebilir mi?, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, İstanbul 2007, s. 82-87. Benzer yönde ayrıca bkz. **Haznedar, İbrahim Murat:** Ticari İşletme Rehni ve Paraya Çevrilmesi, İstanbul 2008, s. 36.

YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)

kınma ve yatırım bankaları ve finansal holding şirketleri bu kapsamdadır (5411 sayılı Bankacılık Kanunu m. 3)⁵⁵.

6361 sayılı Kanun'da tanımlanmamış olmakla birlikte, Kanun'un amacına ilişkin m. 1'de sayılan finansal kiralama, faktoring ve finansman şirketleri de TİTRK anlamında kredi kuruluşudur. Son olarak, kredi ve kefalet sağlayan kamu veya özel kuruluşları ifadesinden, esnaf ve sanatkarlar kredi kefalet kooperatifleri⁵⁶ ile tarım kredi kooperatifleri⁵⁷ de kredi kuruluşları arasında sayılacağı söylenebilir.

Model Kanun'da ise, teminat sözleşmesinin taraflarına ilişkin herhangi bir sınırlandırma bulunmamakta olup, yalnızca teminat veren (Model Kanun m. 2/f.1/o bendi) ve teminat alacaklısı (Model Kanun m. 2/f.1/ff bendi) kavramlarının tanımına yer verilmiştir. Model Kanun'un teminat konusu eşyaların/hakların türünden bağımsız bütüncül bir yaklaşım içinde teminat hukukunu düzenlediği düşünüldüğünde⁵⁸, Model Kanun'da taraflar yönünden bir sınırlandırma getirilmemesinin nedeni anlaşılacaktır.

TİTRK m. 2/f.1/ğ bendinde de tacirin, "13/1/2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa göre tacir kabul edilen kişiyi" ifade ettiği belirtilmiştir. Hükmün bu lafzı, gerçek kişi tacirler yönünden incelenmeyi gerektirir görünmektedir. Gerçek kişiler, tacir sıfatına ilişkin olarak TTK m. 12/f.1'de gösterilen tüm unsurların mevcut olması ile birlikte tacir sıfatını kazanırlar. Buna göre gerçek kişilerin tacir sıfatını kazanmaları için bir ticari işletmenin varlığı ve bu işletmenin ilgili kişinin adına işletilmesi gereklidir. Dolayısıyla gerçek kişi tacirlerin işletmelerini ticaret siciline tescil ettirmeleri veya kendilerini ticaret ve sanayi odalarına kaydettirmeleri tacir

⁵⁵ Bankacılık Kanunu anlamında kredi kuruluşu kavramının, Türkiye'de kurulu mevduat bankaları ve katılım bankaları ile yurtdışında bu nitelikteki yabancı bankaların Türkiye'deki bu tür şubelerinin anlaşılacağı ve kredi veren kuruluşlar olmalarına karşılık, yatırım ve kalkınma bankalarının bu tanımın dışında kaldığı yönünde bkz. **Reisoğlu, Seza**, Bankacılık Kanunu Şerhi, Ankara 2015

⁵⁶ Kooperatifler Kanunu m. 1'e göre; "Tüzel kişiliği haiz olmak üzere ortaklarının belirli ekonomik menfaatlerini ve özellikle meslek ve geçimlerine ait ihtiyaçlarını işgücü ve parasal katkılarıyla *karşılıklı yardım, dayanışma ve kefalet suretiyle* sağlayıp korumak amacıyla gerçek ve tüzel kişiler tarafından kurulan değişir ortaklı ve değişir sermayeli ortaklıklara kooperatif denir".

⁵⁷ Bkz. 1581 sayılı Tarım Kredi ve Kooperatifleri Birliği Kanunu.

⁵⁸ Bu yönde bkz.

http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/security/2016Model_secured.html (Erişim Tarihi: 13.11.2016).

sıfatının kazanılması bakımından zorunlu değildir. Bu sayılanlar tacir sıfatının kazanılması bakımından aranan unsurlar olmayıp, yalnızca tacir olmanın sonucudur⁵⁹. TTK m. 12/f.2'ye göre; bir ticari işletme açan kişi fiilen işletmeye başlamamış olsa bile, işletmeyi açtığını sirküler, gazete, radyo, tv ve diğer ilan araçlarıyla halka bildirmiş veya işletmesini ticaret siciline tescil ettirerek durumu ilan etmişse tacir sayılır. Tacir sayılan kişi de aynen tacir gibi olup, bu sığata bağı haklardan yararlanabileceğı gibi, yükümlülöklere de tabi olacaktır⁶⁰. TTK m. 12/f.3'te; ortada bir ticari işletme olmamasına rağmen, varmış gibi davranan kişinin iyiniyetli üçüncü kişilere karşı tacir gibi sorumlu olacağı hükme bağlanmıştır. Tacir gibi sorumlu olan kişiler tacir olmaya bağı haklardan yararlanamaz, ancak tacir sıfatının getirdiğı yükümlülöklere katlanır⁶¹. Buna göre, gerçek kişiler bakımından TİTRK kapsamında tacir kabul edilen kişiler; TTK m. 12 uyarınca tacirler ve tacir sayılan kişilerdir.

TİTRK m. 16/f.2'de ilgili kanun hükümleri saklı kalmak şartıyla bir taşınırı rehin almak suretiyle ödünç para verme işini devamlı olarak yapan kişinin TCK'nın 241. maddesine göre cezalandırılacağı belirtilmiştir. Buna göre, kanun koyucu bu kanun kapsamında ödünç verme işleminin bir taşınırı rehin almak suretiyle gerçekleştirilmesinin süreklilik taşıdığı durumlarda TCK m. 241'e atıf yaparak⁶², tefecilik suçunun gerçekleşeceğini hüküm altına almıştır. Burada süreklilikten ne anlaşılması gerektiğı ve sürekliliğın hangi ölçütlere göre belirleneceğı sorusu akla gelebilir. Bu işın meslek edinilmiş olarak yapılması ve birden fazla kişiye sistemli olarak rehin karşılığı ödünç para verilmesi halinde süreklilik unsurunun gerçekleştiğı kabul edilebilir. Ancak ticari ilişki içindeki tacir ve/veya esnafların, bu ilişkinin sonucu olarak, birden fazla defa - süreklilik unsuru taşımayacak şekilde - taşınır rehni tesis etmeleri, bu kapsamda değerlendirilmemelidir. Öte yandan, taraflar arasında konusu ödünç para verme olmayan ancak

⁵⁹ Arkan, s. 118, 121; Bahtiyar, s. 87; Nomer Ertan (Ülgen/ Helvacı/ Kendigelen/ Kaya), N. 511; Poroy/Yasaman, s. 128.

⁶⁰ Arkan, s. 121; İmregün, s. 32; Bahtiyar, s. 87; Nomer Ertan (Ülgen/ Helvacı/ Kendigelen/ Kaya), N. 493; Poroy/Yasaman, s. 129.

⁶¹ Arkan, s. 118; İmregün, s. 34; Bahtiyar, s. 87; Nomer Ertan (Ülgen/ Helvacı/ Kendigelen/ Kaya), N. 495; Poroy/Yasaman, s. 130.

⁶² TCK m. 241 hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2015, s. 909 vd. *YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)*

süreklilik taşıyan ticari ilişkilerle, niteliği gereği kredi kuruluşlarının faaliyetlerinin, bu hüküm kapsamına girmeyecekleri söylenebilir.

Rehin sözleşmesinin taraflarına ilişkin TİTRK m. 4/f.6'da; “*Ticari işletme ise ticaret unvanı, MERSİS numarası, temsil ve ilzama yetkili temsilcinin adı, soyadı ve imzası*” denilerek, ticari işletme de sözleşmenin tarafları arasında sayılmış ve ticari işletme adına sözleşmeyi imzalayacak kişi olarak yalnızca ticari işletmenin temsilcisine yer verilmiştir. Buna karşılık, ticari işletmenin, kendisini işleten tacirden bağımsız bir kişiliği bulunmadığı gibi bizatihi ticari işletmenin kendisi bir hukuk süjesi olarak hukuki işlemlerde taraf olamaz. Ayrıca ticari işletmeyi ilgilendiren sözleşmeyi imzalayacak olan da aslen gerçek kişi tacir yahut onun yetkili temsilcisi veya tüzel kişi tacirin yetkili temsilcisidir. Dolayısıyla hükmün lafzı yanlıştır.

Öte yandan, bu noktada TİRK bakımından tartışmalı olan bir konuya değinmek gerekebilir. Bu döneme ilişkin olarak, ticari temsilcinin ticari işletme rehni sözleşmesini özel olarak yetkilendirilmedikçe akdedip akdedemeyeceği tartışılmaktaydı. Doktrinde bir görüşe göre, en geniş yetkiye sahip tacir yardımcısı olan ticari temsilci TİRK kapsamında işletme rehni sözleşmesi akdedebilir⁶³. Buna karşın öğretilerdeki diğer görüş, ticari temsilcinin ticari işletmenin faaliyetinin sona ermesine neden olabilecek işlemleri yapamayacağından hareket ederek, ticari işletme üzerinde rehin hakkı kuramayacağını kabul etmektedir⁶⁴. TİRK m. 2/f.1'de rehin verenin, ticari işletmenin maliki bulunan gerçek veya tüzel kişi olduğu belirtilmiştir. KENDİGELEN, kanun koyucunun hükümde yalnızca malikten söz etmesinin, ticari temsilcinin özel olarak yetkilendirilmedikçe ticari işletme rehni sözleşmesi akdedemeyeceği görüşüne gerekçe olarak kullanılabileceğine işaret etmektedir⁶⁵.

TİTRK'da ise, malikten söz edilmediği gibi, temsilci ifadesine açıkça yer verilmiştir. Fikrimizce TİTRK'da temsilciden de açıkça söz edildiğinden, ticari temsilcinin söz konusu sözleşmeyi tacirin nam ve hesabına

⁶³ **Kırca, İsmail**: Ticarî Mümesillik, Ankara 1996, s. 114; **Kaya (Ülgen/ Helvacı/ Kendigelen/ Nomer Ertan)**, Nr. 1427.

⁶⁴ **Arkan**, s. 51, 180; **Bahtiyar**, s. 186; **Poroy/Yasaman**, s. 55; **Erten, Ali M.**: Bankacılık Uygulamasında Ticari İşletme Rehni, Ankara 2001, s. 15. Ayrıca bkz. **Kendigelen (Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan)**, Nr. 438.

⁶⁵ **Kendigelen (Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan)**, Nr. 438.

yapması geçerli kabul edilebilir. Zira ticari temsilci, en geniş yetkili tacir yardımcısıdır (TBK md. 547). Bununla birlikte, TİTRK md. 5/f.2’de yer alan; “*Ticari işletme ve esnaf işletmesinin tamamı üzerinde rehin kurulması hâlinde, rehnin kuruluşu anında işletmenin faaliyetine tahsis edilmiş olan her türlü varlık rehnedilmiş sayılır*” ifadesinin geniş kapsamı ve hükmün yorumu, işletmenin bütününe konu edinen rehin sözleşmeleri yönünden aksi sonucun benimsenmesine de neden olabilir.

IV. TİTRK’YA GÖRE REHNİN KURULUŞU

A. GENEL OLARAK

TİTRK Tasarısı’nda, TİTRK’nın kanunlaştığı metinden farklı olarak, rehin sözleşmesinin tanımına ilişkin TİTRK m. 2/f.1/i bendinde, rehin sözleşmesi; “*rehin veren ile rehin alan arasında imzalanan ve rehin hakkı tesis eden sözleşme*” olarak tanımlanmıştı. Bu tanıma rağmen, Tasarı m. 4/f.1’de de rehin hakkının, sicile tescil ile kurulacağı düzenlenmişti. Dolayısıyla tasarıda her iki hüküm arasında bir uyumsuzluk bulunmaktaydı.

Ancak kanunlaşan metinde, söz konusu uyumsuzluk, rehin sözleşmesinin tanımına ilişkin TİTRK m. 2/f.1/i bendinin değiştirilmesiyle giderilmiştir. Buna göre, rehin sözleşmesi; “*rehin hakkını tesis etmek amacıyla rehin veren ile alacaklı arasında imzalanan sözleşmeyi*” ifade eder. TİTRK’ya göre rehin hakkının kurulabilmesi sicile tescil edilmesine bağlıdır (TİTRK m. 4/1). Bununla birlikte, rehin hakkının üçüncü kişilere karşı hüküm ifade etmesi başlığını taşıyan TİTRK m. 9’da; rehin hakkının üçüncü kişilere karşı sözleşmenin sicile tesciliyle birlikte hüküm ifade edeceği belirtilmiştir. Rehinli Taşınır Sicili’ne tescilin etkisinin kurucu olduğu göz önüne alınırsa, TİTRK m. 9’da tescil ile birlikte rehin hakkının üçüncü kişilere karşı hüküm ifade edeceğinin ayrıca düzenlenmesi gereksizdir.

Model Kanun’da ise, farklı bir sistemin düzenlendiği görülmektedir. Model Kanun m. 6/f.1’de; teminat hakkının taraflar arasındaki sözleşme ile birlikte kurulacağı belirtilmiş fakat Model Kanun m. 18/f.1 ile bu hakkın üçüncü kişilere karşı hüküm ifade etmesi, sicile bildirim ve tescile bağlanmıştır.

TİTRK’da, bu Kanun kapsamında bir yabancı para üzerinden rehin kurulup kurulamayacağına ilişkin doğrudan bir düzenlemeye yer verilme-

miştir⁶⁶. Öte yandan, TİTRK m. 4/f.6/b bendinde, rehin sözleşmesinde yer alması zorunlu unsurlar arasında “borcun konusu, borcun miktarı, borcun miktarı belirli değilse rehnin ne miktar için güvence teşkil ettiği, ödenecek para cinsi ve rehnin azami miktarı”na yer verilmiştir. Hükümde, açıkça “ödenecek para cinsi” ifadesine yer verildiğinden, fikrimizce kanun koyucunun soruya olumlu cevap vermek istediği sonucuna ulaşılabilir.

B. SÖZLEŞME

TİTRK m. 4/f.2-4’e göre; “*Rehin sözleşmesi elektronik ortamda ya da yazılı olarak düzenlenir. Elektronik ortamda düzenlenen rehin sözleşmesinin Sicile tescil edilebilmesi için sözleşmenin güvenli elektronik imza ile onaylanması şarttır. Yazılı olarak düzenlenen rehin sözleşmesinin Sicile tescil edilebilmesi için tarafların imzalarının noterce onaylanması veya sözleşmenin Sicil yetkilisinin huzurunda imzalanması şarttır*”⁶⁷. Buna göre, hükmün lafzı rehin sözleşmesinin geçerli şekilde kurulabilmesi için yazılı şekilde veya elektronik ortamda yapılmasının yeterli olduğu izlenimini uyandırmaktadır. Çünkü hükmün lafzı yönünden, elektronik ortamda yapılan sözleşmeler için güvenli elektronik imza ile onay, yazılı şekilde yapı-

⁶⁶ TİRK m. 6’da, ticari işletme rehni siciline tescil edilecekler arasında, alacağın Türk Lirası olarak miktarından bahsedilmektedir. Söz konusu hüküm, TİRK m. 20’de taşınmaz rehnine ilişkin yapılan genel yollama karşısında, TMK’da taşınmazlar için yabancı para üzerinden ipotek tesisine cevaz verilmesiyle birlikte tartışmalara yol açmıştır. Doktrinde bir görüş, ticari işletme üzerinde de TMK hükümlerine dayanarak, yabancı para üzerinden rehin hakkı kurulabileceğini kabul ederken (Erten, s. 41; Karabel, s. 84); diğer görüş ise, TİRK m. 6’nın özel hüküm niteliğinde olmasından yola çıkarak, yabancı para üzerinden rehin kurulmasının mümkün olmayacağını savunmaktadır (Arkan, s. 53, dn. 1; Poroy/Yasaman, s. 64).

⁶⁷ TİRK m. 4’te ise, rehnin kapsamına giren unsurların tam listesinin ve bunların ayırt edici özelliklerinin yer alacağı rehin sözleşmesi, işletmenin kayıtlı olduğu sicil çevresindeki bir noter tarafından resen düzenleneceği hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla sadece imza tasdikini içeren bir rehin sözleşmesi ticari işletme rehminin kurulması için yeterli olmayacaktır. Yine bu hükme göre, ticari işletmenin kayıtlı olduğu sicil çevresi dışındaki bir noter tarafından hazırlanan sözleşme de düzenleme şeklinde yapılmış olsa dahi TİRK m. 4 kapsamında geçerli olmayacaktır. Bununla birlikte Ertaş, rehin sözleşmesinin rehin veren ticari işletmenin kayıtlı olduğu ticaret sicili çevresi dışında başka bir yerdeki noter tarafından düzenlenmesinin bir sakatlık nedeni olarak kabul edilemeyeceğini ifade etmiştir. Ertaş, s. 1164. TİRK m. 5’e göre de, rehin hakkının kurulması için sözleşmenin ticaret veya esnaf ve sanatkar siciline tescil edilmesi şarttır. Bu anlamda tescilin etkisi kuruçudur. Arkan, s. 52; Bahtiyar, s. 47; Kendigelen (Ülgen/Helvacı/Kaya/ Nomer Ertan), N. 452; Poroy/Yasaman, s. 65.

lan sözleşmeler için imzaların noterce onaylanması veya sözleşmenin Sicil yetkilisinin huzurunda imzalanması şartı, Taşınır Rehni Sicili'ne kaydın bir şartı olarak anlaşılmaya elverişlidir.

Yazılı şekil, irade beyanı için beyanda bulunanın imzasının yeterli olması veya senedin resmen düzenlenmesinin yahut irade beyanında bulunanın yalnızca imzasının onanması yönünden farklı türlere ayrılmaktadır. Adi yazılı şekilde, irade beyanının düzenlenmesi için resmi bir makama ihtiyaç bulunmadığı gibi imzanın onanması da aranmaz. Resmi şekil, kanun tarafından resmi şekli gerçekleştirmek için görevlendirilmiş ve yetkilendirilmiş resmi memurlar tarafından kanunda düzenlenen usule göre gerçekleştirilen şekil olarak tanımlanmaktadır⁶⁸.

Resmi şeklin kapsamı bakımından iki husus tartışmalıdır. Tartışmalı hususlardan ilki, noterde onama şeklinde yapılan hukuki işlemlerin, resmi şeklin kapsamına dâhil olup olmadığına ilişkindir. Bir görüşe göre; noterde onama şeklinde yapılan sözleşmeler de resmi şekle dâhildir⁶⁹. Diğer bir görüş ise; hukuki işlemde taraflara ait imzanın noter tarafından onanmasının, resmi şeklin kapsamına girmediği yönündedir⁷⁰. Bu görüşe katılan yazarlardan *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, noterde imzaların onanmasını ayrı bir başlıkta inceleyerek; “*resmi bir onamaya (tasdike) bağlı yazılı şekil*” olarak adlandırmaktadırlar⁷¹.

⁶⁸ **Altaş, Hüseyin:** Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara 1998, s. 78; **Kocayusufpaşaoğlu, Necip:** Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. I, İstanbul 2008, §25, Nr. 10; **Oğuzman, Kemal/Öz, M. Turgut:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul 2013, s. 153; **Eren, Fikret:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2014, s. 283; **Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla:** Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 126; **Tuğ, Adnan,** Türk Özel Hukukunda Şekil, Konya 1994, s. 35, 64; **Kavak, Yalçın:** Borçlar Hukukunda Yazılı Şekil, İstanbul 2015, s. 36. Ayrıca bkz. **Nomer, Haluk N.:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2013, Nr. 77.

⁶⁹ **Kocayusufpaşaoğlu,** §27, Nr. 4.

⁷⁰ **Oğuzman/Öz,** s. 155; **Eren,** s. 283; **Nomer,** Nr. 77. *Tuğ;* konuya ilişkin açık görüşünü belirtmemekle birlikte, noterde onama yoluyla senede resmi nitelik kazandırılmasının sağlamlığının, düzenleme şeklinde yapılan işlemlere göre daha az olduğunu belirtmektedir, **Tuğ,** s. 75, 76.

⁷¹ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** s. 121. Aynı yönde, **Yıldız, Hüseyin,** Akitlerde Şekilciliğin Geçirdiği Tarihi Evreler ve Türk-İsviçre Hukukunda ve Anglo-Amerikan Hukuk Sistemlerinde Şekilcilik, Bursa 1981, s. 113. Aynı yönde, anasözleşme ve ticaret şirketleri sözleşmeleri yönünden **Bahtiyar, Mehmet:** Anonim Ortaklık Anasözleşmesi, İstanbul 2001, s. s. 58-59.

Hüküm, tasarruf işleminin hangi işlemlerden ibaret olduğu ve kim tarafından yerine getirileceği noktalarında tartışmaya açıktır. Ayrıca bu yönüyle, taşınmazların devrine ilişkin tasarruf işlemleri⁷² ve TTK m. 11/f.3'te düzenlenen ticari işletmenin devrine ilişkin tasarruf işlemlerine yönelik doktrindeki farklı ve kapsamlı tartışmaların benzerini⁷³, ticari işlemlerdeki taşınır rehni konusuna da davet eder niteliktedir.

Elektronik İmza Kanunu (EİK) m. 5/f.2'de; "*Kanunların resmî şekle veya özel bir merasime tabi tuttuğu hukukî işlemler ile banka teminat mektupları dışındaki teminat sözleşmeleri, güvenli elektronik imza ile gerçekleştirilemez*"⁷⁴. Buna karşılık, TİTRK'ya göre borçlandırıcı işlem niteliğinde olduğu söylenebilecek rehin sözleşmesinin elektronik imza ile akdedilip akdedilemeyeceği sorunu açıkta kalmaktadır. Zira bu halde; kanunun lafzına göre, elektronik imza tasarruf işlemine dâhil bir unsur olup; borçlandırıcı işlemin elektronik imza ile yapılıp yapılamayacağı, EİK m. 5/f.2'ye göre bir sorun olarak kalmaya devam edecektir.

Fikrimizce, kanun koyucunun amacı işlem güvenliği bakımından rehin sözleşmesinin kuruluşunu resmi onamaya bağlı yazılı şekle tabi kılmaktır. Ancak hükmün lafzı tartışmalara açıktır. Bu tartışmaların ve uygulamada doğabilecek sorunların önüne geçebilmek için hüküm farklı şekilde kaleme alınabilirdi. Şöyle ki, resmi onamaya bağlı yazılı şekle tabi olan anonim ortaklık anasözleşmeleri yönünden TTK md. 339/f.1'deki ifade

⁷² Genel olarak bkz. **Sirmen**, s. 177-178.

⁷³ Genel olarak bkz. **Öz, Turgut**, Ticari İşletmenin Malvarlığının Devrine İlişkin Yeni Türk Ticaret Kanunu Düzenlemesi, Prof. Dr. Ersin Çamoğlu'na Armağan, İstanbul 2013, s. 111-113.

⁷⁴ EİK m. 5'te, 15.07.2016 tarihinde yapılan değişiklikle, banka teminat mektuplarının güvenli elektronik imza ile imzalanabilmeleri olanak tanınmıştır. Hükmün ilk halinde bir ayırım yapılmaksızın tüm teminat sözleşmeleri kapsam dışında bırakılmıştı. Buna ilişkin olarak hükmün gerekçesinde; "*Maddede, güvenli elektronik imzanın elle atılan imza ile aynı hukuki sonucu doğurması düzenlenmiş, kanunların resmi şekle veya özel bir merasime tabi tuttuğu hukukî işlemler ile teminat sözleşmeleri güvenli elektronik imza ile gerçekleştirilemez, hükmü getirilmiştir. Bu düzenleme ile teminat sözleşmeleri kapsam dışı bırakılmak suretiyle, elektronik imzanın kullanımının çabukluğu dolayısıyla doğması muhtemel zararların önlenmesi amaçlanmıştır*" denilerek, teminat sözleşmelerinde teminat verenin korunması açısından elektronik imzanın yeterli olmadığına vurgu yapılmıştır. EİK m. 5'in değişiklik öncesinde teminat sözleşmeleri yönünden bir ayırım yapılmaksızın gereksiz bir sınırlandırma getirdiği yönündeki eleştiriler için bkz. **Makaracı Başak**, s. 151.

şekli burada da benimsenebilirdi⁷⁵. Buna göre; “*Rehin sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması ve tarafların imzalarının noterce onaylanması veya sözleşmenin sicil görevlisi huzurunda imzalanması şarttır. Elektronik ortamda akdedilen sözleşmelerin güvenli elektronik imza ile onaylanmaları gereklidir. Rehin hakkı, her halde, rehin sözleşmesinin Rehinli Taşınır Sicili’ne tescili ile kurulur*” şeklinde bir düzenlemenin amaca daha uygun olacağı düşüncesindeyiz.

Bu haliyle, ticari işlemlerde taşınır rehni sözleşmesi de bir teminat sözleşmesi olmakla birlikte; ticari işlemlerde taşınır rehni sözleşmesinin elektronik ortamda, tarafların güvenli elektronik imzalarıyla yapılabileceğinden şüphe etmemek gerekir.

Bu noktada TTK m. 11/f.3 hükmüne de değinmek gerekebilir. TTK m. 11/f.3’e göre; ticari işletmenin, içerdiği malvarlığı unsurlarının devri için zorunlu tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmaksızın, yazılı bir sözleşme ile devredilebileceği ve yazılı sözleşmenin ticaret siciline tescil edileceği hükme bağlanmıştır⁷⁶.

TİRK bakımından, öğretide TTK m. 11/f.3’teki hükmün sadece işletmenin devri halinde değil, ticari işletmeyi bir bütün olarak konu alan diğer sözleşmeler hakkında da uygulanacağından yola çıkılarak, rehlin taraflarına ilişkin özel koşulların gerçekleşmesi kaydıyla ticaret siciline tescil olunacak yazılı bir sözleşme ile ticari işletme üzerinde rehin kurulmasının mümkün hale geldiğinin söylenebileceği ifade edilmiştir⁷⁷. Hatta bu dönemde TTK m. 11/f.3’de ticari işletmenin bir bütün olarak devrinin yanı sıra rehninin de düzenlenmiş olduğu kabul edilirse, “*TİRK hükümlerine göre kurulan ticari işletme rehninin yanı sıra, ticari işletmenin, malvarlığındaki taşınmazlar da dâhil bir bütün olarak yazılı bir sözleşme yapmak, ticaret siciline tescil ve ilan etmek suretiyle rehnedilmesi*”nin mümkün olabileceği, ancak bu sonucun taşınmaz üzerindeki diğer rehin hakları arasında çözülmesi gereken bir takım sorunlara neden olabileceği ifade edilmiştir⁷⁸. Buna karşın, kanımızca TİRK hükümlerinin özel nitelikte ol-

⁷⁵ TTK md. 339/f.1: “Esas sözleşmenin yazılı şekilde yapılması ve bütün kurucuların imzalarının noterce onaylanması veya esas sözleşmenin ticaret sicili müdürü yahut yardımcı huzurunda imzalanması şarttır”.

⁷⁶ Ticari işletmenin devrinde borçlandırıcı işlem-tasarruf işlemi ayırımına ilişkin görüşlerin toplu olarak incelenmesi için bkz. **Sirmen**, s. 345-346.

⁷⁷ **Arkan**, s. 43.

⁷⁸ **Sirmen**, s. 580-581.

duğu ve TİRK kapsamında rehin konusu olabilecek taşınır ve haklarla, rehin sözleşmesine taraf olabilecek kişilerin sınırlı bir şekilde sayılmasından yola çıkılarak, TTK m. 11/f.3'ün uygulama alanı bulmayacağı ya da sadece rehin sözleşmesinin şekli bakımından TİRK m. 4'teki şekil şartını ortadan kaldırdığı söylenebilir⁷⁹.

TİTRK açısından ise, bu kanunun hem özel hem de yeni tarihli bir kanun olması nedeniyle bu tartışmanın bir önemi kalmadığı düşünülebilirse de özellikle, ticari işletmenin değerinin alacağın üzerinde olmasına karşılık, bir rehin sözleşmesi akdedilmek istenen hallerde, TTK m. 11/f.3'e göre ticari işletmenin bütünü üzerinde rehin hakkı kurulması düşünülebilir. En azından, TTK m. 11/f.3 ve TİTRK düzenlemeleri, bu tartışmaya açıktır.

C. TESCİL

TİTRK m. 2/f.1/k bendi ile TİTRK m. 8'e göre, bu Kanun kapsamındaki sicil işlemlerinin, "Rehinli Taşınır Sicili" adını taşıyan ayrı bir sicil örgütü tarafından yerine getirileceği düzenlenmiştir. Bu Kanun kapsamında rehin hakkının doğumu, "*rehin sözleşmesinin taşınır rehni siciline tescil edilmesine*" bağlıdır (TİTRK m. 2/f.1/i bendi, 4/1). Bu bakımdan, tescilin rehin hakkı yönünden kurucu nitelik taşıdığı açık olup; tasarruf işleminin hangi işlemleri kapsadığı tartışmasına burada girilmeyecektir.

Rehinli Taşınır Sicili, Bakanlık tarafından kurulan ya da kurdurulan ve mevzuatı uyarınca kendi özel siciline tescili zorunlu olanlar dışındaki taşınır varlıklar üzerinde, bu Kanun kapsamında kurulacak rehinlere ilişkin tescil, terkin, değişiklik gibi tüm iş ve işlemlerin elektronik ortamda gerçekleştirildiği ve sunulduğu merkezi ve aleni bir sicildir (TİTRK m. 2/f.1/k). Hükmün gerekçesinde; rehin hakkının tesisi ve üçüncü kişilere karşı hüküm ifade etmesi, rehinli alacaklılar arasında öncelik hakkının belirlenmesi ve rehinli taşınırlara ilişkin aleniyetin sağlanması amacıyla Rehlinli Taşınır Sicili kurulması öngörüldüğü ifade edilmiştir.

TİTRK kapsamında rehin hakkı tescille doğduğundan tüm Türkiye'yi kapsayan ve işlemlerin elektronik ortamda yapılabildiği bir sicil sisteminin öngörülmüş olması yerindedir. Kanunda bu sicilin kanun kapsa-

⁷⁹ TİRK bakımından bu konuya ilişkin değerlendirmeler için bkz. **Aydın, Alihan:** Ticari İşletme Kavramı, Unsurları ve Hukuki İşlemlere Konu Olması, Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Ticari İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler Sempozyumu, İstanbul 2012, s. 19-20.

mına giren taşınır varlığa göre mi yoksa hak sahibine göre mi tutulacağı konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Konu, Bakanlık tarafından çıkarılacak yönetmelikle açıklığa kavuşturulabilir.

TİTRK m. 8/f.3'te; diğer kanunlar uyarınca bir sicile tescilli zorunlu olan taşınır rehinlerine ilişkin hükümlerin saklı olduğu ve bu taşınır varlıklar üzerinde bu Kanun kapsamında sicile tescil edilmek suretiyle rehin tesis edilmeyeceği hükme bağlanmıştır. Buna göre; ayrı bir sicili bulunan ve hali hazırda kendi siciline tescilli bir rehin hakkına konu olan taşınır ve hakların üzerinde, bu Kanun kapsamında rehin hakkı tesis edilemeyeceği sonucuna ulaşılabilir⁸⁰. Başka bir ifadeyle, üzerinde kendi özel sicilinde kayıtlı bir rehin hakkı bulunan taşınırlar üzerinde, sonradan Rehlinli Taşınır Sicili'ne yapılacak tescil ile rehin hakkı kurulması mümkün değildir.

TİTRK'da, taraflar arasında akdedilen rehin sözleşmesinin, Rehlinli Taşınır Sicili'ne tescili konusunda süreye ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir^{81, 82}. Tescili kimin talep edebileceği⁸³ ve sicile tescili gereken

⁸⁰ Hükümün lafzı ve TİTRK md. 2/f.1/k bendi ile birlikte değerlendirildiğinde, farklı yorumlara yol açabilecek bir ifade tarzı içermektedir. Gerçekten, kendi özel siciline tescilli zorunlu olan taşınır varlıklar üzerinde, TİTRK kapsamında rehin tesis edilemeyeceği yorumu dahi yapılabilir. Zira TİTRK md. 5'e göre; hayvan ve iş makineleri gibi unsurların, özel sicilleri bulunmakla birlikte, bu Kanun kapsamında rehne konu olabilmeleri mümkündür [İş makinelerinin, TMK md. 940/f.2 kapsamında, sicile tescilli zorunlu taşınır niteliğinde taşıdığı ve sicile bağlı rehin esasının geçerli olduğu yönünde bkz. **Ozanoğlu, Hasan Seçkin**, Türk Medeni Kanunu'nun 940. Maddesinin I. Fıkrası (Motorlu Araç Rehni) Üzerine, GÜHFD, C. V, S. 1-2, s. 24, 27, dn. 23]. Ancak böyle bir yorum, TİTRK'nın kapsamı geniş tutma ve teminat işlemlerini kolaylaştırma amacı ile Kanun'a göre üzerinde taşınır rehni kurulabilecek taşınır varlıkların kapsamını düzenleyen TİTRK md. 5 ile uyumsuz bir sonuç doğuracaktır. Buna karşılık, TİTRK md. 5'te belirtilmeyen ve özel sicilleri bulunan uçak, gemi gibi varlıkların rehinleri tümüyle kendi özel mevzuatlarına göre gerçekleştirilmelidir.

⁸¹ TİTRK'e göre; tescilli talep süresi sözleşmenin yapıldığı tarihten itibaren 10 gündür. Bu süre içinde tescilin yapılmaması halinde durumun ne olacağı kanunda gösterilmemiştir. Bazı yazarlar ve Yargıtay 10 günlük sürenin emredici nitelikte olduğunu belirtmektedir. **Erten**, s. 38-39; **Bozer/Göle**, s. 30; **Antmen**, s. 68; **Karabel**, s. 83. Ayrıca bkz. 21.HD. T. 15.12.2003, E. 2003/7748, K. 2003/10323, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; 19.HD.,T. 26.09.2003, E. 2003/5809, K. 2003/8881, LHD 2003, S. 11, s. 2874-2875. Diğer yazarlar ise, 10 günlük sürenin düzen hükmü niteliğinde olduğunu, 10 günlük sürenin geçirilmesinden sonra yapılacak tescillerin de geçerli bir rehin hakkının doğumuna yol açacağını kabul etmektedir. Bu noktada makul süre esas alınmalıdır. **Arkan**, s. 52; **İmregün**, s. 14; **Bahtiyar**, s. 47.

YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)

unsurlar konusunda da açık bir düzenlemeye Kanunda yer verilmemiştir. Öte yandan, rehin sözleşmesinin sicile tescil edilmesi yükümlülüğü karşısında, en azından TİTRK md. 2/f.6'da gösterilen hususların, sicile de tescil edileceği söylenebilir⁸⁴. Bununla birlikte, TİTRK m. 8/f.4'te sicilin kuruluşu ve işleyişi ile bu Sicille, diğer kanunlar uyarınca tutulan taşınır sicillerinin verilerinin paylaşımına yönelik usul ve esasların Bakanlıkça çıkarılan yönetmelik ile belirleneceği hükme bağlanmıştır. TİTRK'da geçen Bakanlık, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'dır (TİTRK m. 2/f.1/a bendi). Buna bağlı olarak, sicil örgütüne ilişkin düzenlemelerde, tapu sicil örgütüne ilişkin esasların değil; ticaret siciline ilişkin esasların dikkate alınacağı öngörülebilir. TİTRK'nın yürürlük tarihi 1.1.2017 olarak belirtildiği ve rehin hakkı da sicile tescille doğacağı için söz konusu Yönetmeliğin yeni yıla kadar çıkarılması kanunun uygulanabilirliği açısından büyük önem taşımaktadır.

TİTRK m. 4/f.8'de; sicile tescilinden doğan masrafların hangi tarafa ödeneceğinin sözleşmede belirtileceği hükme bağlanmıştır⁸⁵. Buna göre, tarafların sözleşmede masrafların nasıl ödeneceğine ilişkin bir düzenlemeye yer vermesi gereklidir. Bu kapsamda; sicile tescilden doğan masrafların rehin veren veya rehin alacaklısı tarafından ödeneceği yahut taraflarca paylaşılabilmesi kararlaştırılabilir. Hükümde; "tescilden doğan masraflardan" söz edildiği için tarafların imzalarını notere onaylatmaları halinde, noter masrafları da bu kapsamda değerlendirilmelidir. Bununla

⁸² TTK md. 30'dan yola çıkılarak, ticaret siciline tescil için öngörülen 15 günlük ve (sicil çevresi dışında oturanlar için) 1 aylık sürenin, TİTRK bakımından kıyasen uygulanabileceği düşünülebilirse de fikrimizce, tescilin kurucu etkiyi haiz olması ve rehinli taşınır sicilinin farklı bir sicil olması karşısında, böyle bir uygulama uzak bir olasılık olarak görülmektedir.

⁸³ TİTRK'de tescil talebinin hem rehin borçlusu hem de rehin alacaklısı tarafından istenebileceği hükme bağlanmıştır (TİTRK m. 5). Tescilin tasarruf işlemi niteliğinde olduğu göz önüne alındığında, tescil talebinde bulunmaya kim veya kimlerin yetkili olduğunun TİTRK'da açıkça düzenlenmemiş olması, tartışmaları beraberinde getirebilecektir. Ancak genel kural gereği, tescil talebinin rehin veren tarafından yapılması gerektiği söylenebilir. Konunun yönetmelikle düzenlenerek, her iki tarafa da tescil talebinde bulunma yetkisi tanınması olasılığında ise, bu defa normlar hiyerarşisi yönünden düzenlemenin yapılış tarzı eleştirilere neden olabilecektir.

⁸⁴ TİTRK m. 6'da ise, sicile tescil edilecek hususlar açıkça düzenlenmiştir. Hükme göre; "Rehin tescilinde, alacaklının ticaret unvanı, açık adresi ve ikametgahu, alacağın Türk lirası olarak miktarı, alacağın miktarı muayyen değilse ticari işletmenin ne miktar için teminat teşkil edeceği, alacak faizli ise faiz nisbeti kaydolunur".

⁸⁵ TİTRK'te ise, bu hususa ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktaydı.

birlikte; TİTRK m. 19’da “Muafiyetler” başlığı altında; rehin sözleşmesinin düzenlenmesi ile sicilde tesis edilen işlemlerin vergi, resim, harç ve değerli kağıt bedelinden muaf olduğu hükme bağlanmıştır.

V. TARAFLARIN HAKLARI ve BORÇLARI

A. Genel Olarak

TİTRK m. 12’de, tarafların hak ve borçları genel olarak düzenlenmiştir. Buna göre; taraflar arasındaki hak ve borçların belirlenmesi yönünden sözleşme esastır (TİTRK m. 12/f.1). Başka bir ifadeyle, kanun koyucu tarafların hak ve borçları yönünden, sözleşme özgürlüğü ilkesine kural olarak üstünlük tanımıştır.

TİTRK m. 12/f.2; zilyedin, rehinli taşınırın değerini koruyacak gerekli tedbirleri alma yükümlülüğünü düzenlemektedir⁸⁶.

Tasarı’daki düzenleme şu şekildedir: “Zilyet rehinli taşınırın değerini koruyacak gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür. Zilyedin rehinli taşınırın değerini düşüren davranışlarda bulunması halinde, hakları zarar görenler gerekli önlemleri kendiliğinden alabilir veya hakimden bu gibi davranışların yasaklanmasını isteyebilir”. Görüldüğü üzere, tasarıdaki düzenleme hakime başvurmadan hatta gecikmesinde sakınca bulunması şartı dahi aranmaksızın hakları zarar görenlerin “gerekli gördükleri önlemleri” alabilmelerine olanak tanımaktaydı. Tasarıdaki düzenlemenin çağdaş hukuk sisteminin temel ilkeleriyle bağdaşmadığı açıktır. Kanun koyucunun bu endişe ile Tasarıdaki düzenlemeyi değiştirdiği söylenebilir de, fikrimizce hüküm mevcut haliyle dahi eleştirilere açıktır. TİTRK m. 12/f.2’ye göre; zilyedin rehin konusu varlığın değerini düşüren davranışlarına karşı, rehin alacaklısı hâkimden bu gibi davranışları yasaklamasını isteyebilir. Ancak gerekli önlemlerin alınması konusunda ikili bir ayrıma gidilmiştir. Buna göre; hakim gerekli önlemleri almak üzere alacaklıya yetki verebilecek veya gecikmesinde tehlike bulunan hâllerde alacaklı, böyle bir yetki verilmeden de gerekli önlemleri kendiliğinden alabilecektir. Zira hüküm, hakları zarar görenlere sınırları belirlenmemiş şekilde “önlem alma” yetkisi tanımaktadır. Ayrıca “önlem alma” yetkisinin nasıl kullanılacağı da belirli değildir. Dolayısıyla ihkak-ı hak boyutuna varabilecek davranışlara dahi neden olabileceği söylenebilir.

⁸⁶ Söz konusu hüküm; rehin konusu varlığın, rehin veren dışındaki üçüncü kişilerin zilyetliğinde olabileceğini teyit etmektedir.

YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)

TİTRK m. 12/f.3'e göre; "hakları zarar görenler önlem için yapmış olduğu giderlerin tazminini zarara sebep olanlardan isteyebilir". Ayrıca TİTRK m. 12/f.5'te; rehin verenin, rehin konusu taşınır varlıkların değerini rehin alacaklısı aleyhine azaltan tasarruflarından doğan zararları tazmin etmekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir.

TİTRK m. 12/f.4'te, rehin alacaklısına tanınan denetim hakkı da uygulamada uyuşmazlıklara neden olabilecek niteliktedir. Zira hükümde, denetimin nasıl ve ne zaman yapılacağı ve denetim hakkının kullanılmasının sonuçları düzenlenmemiştir. Bu bakımdan, söz konusu hususların en azından yönetmelikte açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Aksi takdirde, kötü niyetli rehin alacaklısı denetim hakkını uygunsuz zamanlarda kullanmak isteyebileceği gibi örneğin, hammadde gibi kullanılması gerekli unsurlar üzerinde denetim yapılacağı iddiasıyla rehin verenin işletmesinin güç durumda bırakılması ve bu nedenlerle, taraflar arasında uyuşmazlık çıkması söz konusu olabilir.

TİTRK m. 12/f.6'da ise; rehin verenin, rehinli taşınır varlığın devri ile alacağın devrini sicile tescil yükümlülüğü düzenlenmiştir⁸⁷.

B. Temerrüt Sonrası Haklar

TİTRK m. 14'te; "Temerrüt Sonrası Haklar" başlığı altında şu düzenleme getirilmiştir: "*Bu Kanun kapsamındaki borçların süresinde ifa edilmemesi hâlinde alacaklı, aşağıdaki yollara başvurabilir:*

a) *Birinci derece alacaklı ise icra dairesinden 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 24 üncü maddesi uyarınca rehinli taşınırın mülkiyetinin devrini talep edebilir. Bu halde icra dairesi, bu devri Sicile bildirir. Rehlinli taşınırın, Kanunun 13 üncü maddesinin ikinci fıkrası uyarınca belirlenen değerinin, birinci derece alacaklının toplam alacağından fazla olması durumunda, aradaki fark miktarından, diğer derecelerdeki alacaklılara karşı, birinci derece alacaklı ile rehin veren müteselsilen sorumludur.*

b) *Alacağını, 5411 sayılı Kanun uyarınca faaliyet gösteren varlık yönetim şirketlerine devredebilir. Bu halde, varlık yönetim şirketleri, alacaklının rehin sırasına sahip olur. Öncelik hakkı bu Kanunun 11 inci maddesine göre belirlenir.*

⁸⁷ Tescil yükümlülüğüne aykırılığın yaptırımını ise, TİTRK m. 16/f.1'de düzenlenmiştir.

c) Zilyetliğin devrine konu olmayan varlıklarda kiralama ve lisans hakkını kullanabilir.

(2) Alacağın yukarıda belirtilen yollarla tahsil edilememesi hâlinde takip, genel hükümler çerçevesinde yapılır.

(3) Bu maddeye ilişkin diğer usul ve esaslar Bakanlıkça çıkarılan yönetmelikle düzenlenir”.

Hükmün a bendinde getirilen düzenlemenin rehin hukukunun temel ilkelerinden biri olan lex commissoria yasağı kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Temel olarak borçluyu koruma düşüncesine dayanan bu ilkeye göre, alacağın muacceliyetinden önce, borcun zamanında ödenmesi durumunda rehin konusu malların mülkiyetinin doğrudan doğruya alacaklıya geçmesi konusunda tarafların anlaşmaları yasaklanmıştır⁸⁸. Bu kapsamda borç vadesinde ödenmediği takdirde, kural olarak İİK hükümleri uyarınca rehlin paraya çevrilmesi gerekmektedir⁸⁹. TİTRK m. 14 hükmünün gerekçesinde, alacaklının temerrüt sonrası haklarının düzenlendiği ve rehinli varlığın mülkiyetinin devrine imkan sağlandığı ifade edilmiştir. Alacaklıya bu yönde bir devir yetkisinin verilmesinin lex commissoria yasağının kanuni bir istisnası olup olmadığı **sorusu** da akla gelebilir. Daha önce de ifade edildiği üzere, yasağın sadece teminat altına alınan alacağın muacceliyetinden önce yapılan anlaşmaları kapsadığı kabul edilmektedir.

Buna göre, alacak muaccel hale geldikten sonra, borçlu kendi iradesi ile borcuna karşılık olarak malını devredip devretmemeye karar verebilecektir. Bu noktada irade özgürlüğüne üstünlük tanımak gerekmektedir. Borçlunun bu aşamada, muacceliyetin gerçekleşmesinden önceki dönemdeki kadar korunmasına ihtiyaç bulunmamaktadır⁹⁰. Yasaklanan daha baş-

⁸⁸ **Saymen, Ferit Hakkı/Elbir, Halid K.**: Türk Eşya Hukuku (Aynî Haklar), İstanbul 1954, s. 690; **Akipek, Jale G./Akıntürk, Turgut**: Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s. 846; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, Nr. 3369; **Sirmen**, s. 607. **Haznedar**, s. 110. Lex Commissoria yasağı taşınır için TMK m. 949’da; taşınmazlar için de TMK m. 873/2’de özel olarak düzenlenmiştir. Söz konusu yasak TİTRK m. 14’te açık olarak düzenlenmiştir. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Helvacı, İlhan**: Türk Medeni Kanununa Göre Lex Commissoria Yasağı, İstanbul 1997.

⁸⁹ Öğretide tartışmalı olmakla birlikte alacak muaccel olmadan önce, tarafların rehinli alacaklının rehin konusu malı satarak alacağını tahsil etmesi konusunda anlaşabilecekleri kabul edilmektedir. **Sirmen**, s. 655; **Acar**, Nr. 136. Konuya ilişkin her iki görüşün temsilcileri ve görüşlerin ayrıntılı olarak değerlendirilmesi için ayrıca bkz. **Acar**, Nr. 130-136.

⁹⁰ **Helvacı**, s. 100-102; **Saymen/Elbir**, s. 690; **Akipek/Akıntürk**, s. 847; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, Nr. 3370; **Haznedar**, s. 110.

tan, alacak muaccel hale gelmeden önceki dönemde, borçlunun teminat alabilmek amacıyla kendisi için ağır koşullar getiren bir anlaşmayı kabul etmeye ve bu kapsamda rehin konusunu ileride devretmeye zorlanmasıdır. Görüldüğü üzere, borç muaccel olduktan sonra, borçlunun kendi iradesi ile rehlin paraya çevrilmesi yolunu seçmeyip, borcuna karşılık rehinli malın mülkiyetini rehin alacaklısına vermesi mümkündür. Çünkü alacağın muaccel olmasından sonra yapılan anlaşmalar ifa yerine edim veya borçlu açısından daha yararlı olabilecek ifa uğruna edim niteliği taşıyabilecektir⁹¹. Böylece, mülkiyet devri borcu sona erdirecek veya sona erdirmeye amacına yönelik olacaktır⁹².

Oysa TİTRK'nın söz konusu hükmünde, kanun koyucu rehin borçlusunun iradesinden bağımsız bir şekilde, rehlin kuruluşunda, temerrüt sonrasında rehin alacaklısına rehinli malın mülkiyetinin devrini talep etme imkanı tanımıştır. Bu bağlamda, söz konusu düzenlemenin, *lex commissoriarum* yasağına kanuni bir istisna getirdiği söylenebilir⁹³.

Bu kapsamda, söz konusu düzenlemenin ayrıca İcra ve İflas Hukuku'nun temel ilkelerinden biri olan alacaklının cebri icra yoluyla borçlunun malvarlığındaki mallar ile değil, malvarlığındaki mal ve hakların bedeli ile tatmin edilmesi kuralından uzaklaştığı görülmektedir⁹⁴. Ayrıca hü-

⁹¹ **Acar**, Nr. 145; **Sirmen**, s. 655; **Nomer/Ergüne**, s. 82.

⁹² **Acar**, Nr. 145.

⁹³ Aksi yönde, burada *lex commissoriarum* yasağına kanuni bir istisna getirilmediğine ilişkin **Acar, Faruk**, 22.11.2016 tarihinde Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde yapılan Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu panelindeki konuşma.

⁹⁴ Bu ilke ve ilkeden uzaklaşılacak benzer bir düzenleme girişimine ilişkin tespit ve değerlendirmeler için ayrıca bkz. **Özbek, Mustafa Serdar**, İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Taslağıyla Getirilmek İstenen Değişikliklerin Değerlendirilmesi, AÜHFĐ, C. LVII, S. 3, s. 490 vd. Yazar, söz konusu çalışmada, 2008 tarihinde paydaşların görüşüne açılan İcra ve İflâs Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Taslağı'nda yer alan hacizli malın alacaklıya devri başlığını taşıyan 113/a maddesini de incelemiştir. Taslak aşamasında kalan ve yasallaşmayan bu düzenlemeye göre; "Alacaklı, menkul haczinin ve takdir edilen kıymetin kesinleşmesinden itibaren satış talebine kadar mahcuzun kesinleşen kıymeti alacaktan mahsup edilmek ve ödeme yerine geçmek üzere malın mülkiyetini devir alabilir veya bu hakkını üçüncü şahıslara devredebilir. Mahsuptan artan kısım borçluya verilir. Alacaklının birden fazla olması durumunda yukarıdaki fıkraların uygulanması için bütün alacaklıların muvafakati aranır". Yazar; taslaktaki bu hükmün, mevcut paraya çevirme yollarından hiçbirinin kapsamına girmediğini ve geniş anlamda kullanılan paraya çevirme işlemini özel hukuktaki satım sözleşmesine yaklaştırdığını ifade etmektedir. **Özbek**, s. 492.

kümde, mülkiyetin devri için hangi kuralların uygulanacağı konusunda ilamlı icrada taşınır eşyanın teslimine ilişkin İİK m. 24'ün uygulanacağı düzenlenmiştir. Buna ek olarak, sonraki sırada yer alan alacaklıların hukuki durumlarına yönelik bir düzenleme de hükümde yer almıştır. Borcun ödenmemesi ve rehin verenin, rehin konusunun mülkiyetini devretmemesi halinde, TİTRK m. 16'ya göre rehin alacaklısının şikayeti üzerine, adli para cezası ile cezalandırılması da söz konusu olabilecektir⁹⁵.

Model Kanun'a bakıldığında; Model Kanun'un 72.-95. maddeleri arasında, temerrüt sonrası alacaklının hakları, söz konusu hakların nasıl kullanılacağı, diğer hak sahiplerinin haklarıyla olan ilişkisi ve bu hakların kullanılmasına ilişkin Devletler Özel Hukuku yönünden çatışma kurallarını da içeren oldukça kapsamlı bir düzenlemeye gidildiği görülmektedir.

Konumuz yönünden ise, Model Kanun m. 80 ile TİTRK m. 14/f.1-a bendinin karşılaştırılması faydalı olabilecektir. Model Kanun m. 80/f.1'de; temerrütten sonra teminat alacaklısının, teminat altına alınan alacağın tamamen veya kısmen tatmin edilmiş sayılması karşılığında, teminat konusu varlıkların bir veya daha fazlasının mülkiyetini iktisap etmek için yazılı bir öneride bulunabileceği düzenlenmiştir.

Model Kanun m. 80/f.2'ye göre; teminat alacaklısının yazılı öneriyi teminat veren ve borçluya, en azından teklif teminat verene varmadan (Model Kanun'u kabul eden devlet tarafından belirlenecek kısa bir süre) önce iktisap edilmek istenen varlık veya varlıklar üzerinde hak sahibi olduğunu teminat alacaklısına yazılı olarak bildiren diğer hak sahiplerine, en azından teklif teminat verene varmadan (Model Kanun'u kabul eden devlet tarafından belirlenecek kısa bir süre) önce varlıklara ilişkin sicile teminat hakkını bildirmiş olan diğer teminat alacaklılarına ve teminat konusu var-

⁹⁵ TİTRK m. 16'ya göre; "Rehin veren veya taşınırı rehin yüklü olarak devralan;

- a) Rehinli varlığı bu Kanunun hilafına kullanması,
- b) Borcu ödememesi hâlinde rehinli varlığın mülkiyetini devretmemesi,
- c) Rehinli varlığı alacaklıya zarar vermek kastıyla tahrip veya imha etmesi,
- ç) Rehinli taşınır varlığın devri ile alacağın devrini Sicile tescil ettirmemesi,
- d) Sicili yanılmaya yönelik fiillerde bulunması,

hâllerinde alacağını tamamen veya kısmen tahsil edemeyen rehin alacaklılarının şikayeti üzerine güvence altına alınan borç tutarının yarısını geçmemek üzere adli para cezası uygulanır.

(2) İlgili kanun hükümleri saklı kalmak kaydıyla, bir taşınırı rehin almak suretiyle ödünç para verme işini devamlı yapan kişi, 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 241 inci maddesine göre cezalandırılır".

lık teminat alacaklısının zilyetliğine geçtiği sırada teminat konusu varlığın zilyedi bulunan diğer teminat alacaklılarına göndermek zorundadır. Model Kanun m. 80/f.3'te, önerinin asgari içeriğine yer verilmiştir. Alacağın tamamen tatmin edilmiş sayılması karşılığında mülkiyeti iktisap talebinde bulunan teminat alacaklısı önerinin varmasından sonra (Model Kanun'u kabul eden devlet tarafından belirlenecek kısa bir süre içinde) Model Kanun m. 80/f.2'ye göre önerinin muhatabı sıfatını taşıyan hiç kimsenin yazılı olarak itiraz etmemesi halinde, mülkiyeti kazanacaktır (Model Kanun m. 80/f.4). Model Kanun m. 80/f.4, Model Kanun m. 80/f.2 ile birlikte ele alındığında; teminat veren, borçlu veya öneriden belirli bir süre önceden teminat konusu varlık üzerinde hak sahibi olduğunu usulüne uygun şekilde bildiren kişilerin yazılı itirazları halinde, teminat alacaklısı mülkiyeti iktisap edemeyecektir.

Başka bir ifadeyle; Model Kanun yalnızca alacaklının iradesini yeterli saymamış ve teminat konusu varlık üzerinde menfaatleri bulunan teminat veren, borçlu veya öneriden belirli bir süre önceden teminat konusu varlık üzerinde hak sahibi olduğunu usulüne uygun şekilde bildiren kişilerin de iradelerine hukuki sonuç bağlayarak, teminat alacaklısının mülkiyeti iktisap etmesine engel olabilmeleri imkanı tanımıştır. Teminat alacaklısının rehin konusu varlığı alacağına kısmen mahsup ederek iktisap etmek için öneride bulunması halinde, önerinin varmasından sonra – Model Kanun'u kabul eden devlet tarafından belirlenecek kısa bir süre içinde – Model Kanun m. 80/f.2'ye göre önerinin muhatabı sıfatını taşıyan herkesin yazılı onayı bulunması şartıyla mülkiyeti kazanacaktır (Model Kanun m. 80/f.5). Görüldüğü üzere; Model Kanun'da, teminat alacaklısının teminat konusu varlığın mülkiyetin alacağına tamamına karşılık olarak iktisap etmesi halinde, Model Kanun m. 80/f.2'de sayılan kişilerin itiraz etmemeleri, başka bir ifadeyle susmaları dahi yeterlidir. Ancak teminat alacaklısının, alacağına kısmen mahsup etmek üzere taşınır varlığın mülkiyetini iktisap edebilmesi için Model Kanun m. 80/f.2'de sayılan kişilerin, öneriye açıkça rıza göstermeleri aranmaktadır.

VI. REHNİN SONA ERMESİ

Rehin hakkı, asıl alacağına bağlı fer'i bir hak niteliğinde olduğundan, asıl borç ifa veya başka bir nedenle sona erdiği takdirde, rehin hakkı da sona ermiş olacaktır (TBK m. 131). TİTRK m. 15'in madde gerekçesinde de

belirtildiği üzere, hüküm rehin hakkının sona erdirilme usulünü düzenlemektedir.

TİTRK m. 15/f.1’de; rehin alacaklısının, alacağın son bulunduğu tarihten itibaren üç işgünü içinde, rehin kaydının Sicilden terkinini için başvuruda bulunması yükümlülüğü düzenlenmiştir. Rehin alacaklısının bu yükümlülüğe aykırı davranması halinde, Bakanlık tarafından rehin alacaklısı hakkında güvence altına alınan borç tutarının onda biri oranında idari para cezası uygulanır (TİTRK m. 15/f.1). Ayrıca süresi içinde rehin alacaklısının terkin yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde, rehin verene tek taraflı terkin talebinde bulunma hakkı da tanınmıştır. Gerçekten, TİTRK m. 15/f.3’e göre; “rehin alacaklısının, alacağın son bulmasını müteakip rehnin terkinini için süresi içinde Sicile başvurmaması hâlinde, borcunu ödeyen ve bunu belgeleyen borçlu, rehnin terkinini Sicilden isteyebilir”.

TİTRK m. 15/f.2’de ise; “*Şarta bağlı yükümlülükler de dâhil olmak üzere, mevcut ve müstakbel güvenceli yükümlülüklerin ödeme ve diğer yöntemlerle ifa edilmesi hâlinde rehin hakkı rehin alacaklısının talebi üzerine Sicilden terkin edilir*”. Fikrimizce, sona erdirilme usulü düzenlenirken, öncelikle TİTRK m. 15/f.2’de belirtilen bu düzenlemeye yer verilmesi ve terkin işleminin, rehin hakkını sona erdiren nedenin gerçekleşmesinden sonra, kural olarak rehin alacaklısının talebi üzerine gerçekleşeceğinin TİTRK m. 15/f.1’de açıkça düzenlenmesi daha isabetli olurdu. TİTRK m. 15/f.1’e ise, TİTRK m. 15/f.2’de yer verilebilirdi.

TİTRK kapsamında, bir işletmenin bütünü üzerinde rehin hakkı kurulabilmesi mümkündür (TİTRK m. 5/f.2). TİTRK’te, rehne konu olan işletmenin ilgili sicilden terkin edilmesi halinde, rehnin sona ermesine ilişkin özel bir düzenleme bulunmaktadır (TİTRK m. 18). Söz konusu hükme göre, sicil memuru işletme kaydının sicilden terkinini derhal alacaklıya bildirecektir. Kaydın sicilden terkin edilmesi halinde, alacağın tamamı muaccel olur. Bu halde; kanun koyucu, terkinin tebliğinden itibaren alacaklıya iki ay içinde işletme rehninin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapabileme imkanı getirmiştir. Öte yandan, belirtilen iki aylık süre içinde, takip yapılmaması halinde, rehin hakkı düşmekle birlikte, alacağın genel hükümlere göre tahsili mümkün kılınmıştır. Ancak TİTRK’da bu olasılığa ilişkin özel bir düzenleme getirilmemiştir.

SONUÇ

01.01.2017 tarihinde yürürlüğe girecek 6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu ile yaklaşık 45 yıldır yürürlükte olan 1447 sayılı Ticari İşletme Rehni Kanunu yürürlükten kaldırılmıştır. Öncelikle, TİTRK; yürürlükten kaldırılacak TİRK'ten farklı olarak, yalnızca ticari işletme veya esnaf işletmelerinin bir bütün olarak rehnini değil; çok geniş kapsamlı olarak nitelendirilebilecek taşınır varlıkları kapsamakta olup, Kanun kapsamında yer alan her bir taşınır varlık üzerinde bu Kanun'a göre teslimsiz taşınır rehni kurulabilir.

TİTRK'ya bir bütün olarak bakıldığında, Kanun ile ekonomik faaliyetlerdeki kredi işlemlerin kolaylaştırılabilmesi için daha kapsamlı bir teminat düzenlemesi yapma yoluna gidildiği görülmektedir. Bu yönüyle, TİTRK; TMK'nın taşınır rehnine ilişkin hükümlerinin uygulama alanını daraltmakta ve teslimsiz taşınır rehninin kapsamını oldukça genişletmektedir.

Benzer şekilde, maddi hukuk yönüyle de TİTRK'nın, TİRK'dan oldukça farklı hükümleri içerdiğinin altını çizmek gereklidir. Öte yandan; TİTRK'nın, UNCITRAL tarafından hazırlanan Teminat İşlemleri Hakkında Model Kanun hükümlerinin en azından bir bölümünü örnek aldığı söylenebilir. Bu noktada, Kanun'un adında yer alan "ticari işlemler" ifadesi de Kanun'un kapsamı karşısında eleştiriye açıktır.

Olumlu yönlerine karşılık, TİTRK'nın eleştiriye açık ve uygulamada sorunlara yol açabilecek bazı düzenlemeleri içerdiği de ifade edilebilir. Oldukça yeni ve kapsamlı düzenlemeler getiren Kanun, kısa sürede ciddi bir uygulama alanı bulma potansiyeline sahiptir. Öte yandan, uygulamanın beraberinde getirebileceği uyuşmazlık ve tartışmalar, Kanun'a ilişkin akademik çalışmalar ve yargı kararları doğrultusunda şekillenecektir.

KAYNAKÇA

- Acar, Faruk:** Rehin Hukuku Dersleri, İstanbul 2015.
- Acar, Faruk,** 22.11.2016 tarihinde Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde yapılan Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu panelindeki konuşma.
- Akipek, Jale G./Akıntürk, Turgut:** Eşya Hukuku, İstanbul 2009.
- Altaş, Hüseyin:** Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara 1998.
- Antmen, Alpay:** Ticari İşletme Rehni, Ankara 2001.
- Aydın, Alihan:** Ticari İşletme Kavramı, Unsurları ve Hukuki İşlemlere Konu Olması, Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Ticari İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler Sempozyumu, İstanbul 2012, s. 9-20.
- Ayhan, Rıza/Özdamar, Mehmet/Çağlar, Hayrettin:** Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2015.
- Arkan, Sabih:** Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2016.
- Bahtiyar, Mehmet:** Anonim Ortaklık Anasözleşmesi, İstanbul 2001.
- Bahtiyar, Mehmet:** Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2016.
- Bozer, Ali/Göle, Celal:** Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2015.
- Dural, H. Ali:** Ticari İşletme Rehni İle Teminat Altına Alınan Alacağın TİRK m. 2'de Sayılan Kişiler Dışındaki Kişilere Temlikinin Ticari İşletme Rehnine Etkisi, Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, GSÜHFD, C.1, Y. 3, S.1, İstanbul 2004, s. 323-330.
- Eren, Fikret:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2014.
- Erten, Ali M.:** Bankacılık Uygulamasında Ticari İşletme Rehni, Ankara 2001.
- Ertaş, Şeref:** Tescilli Taşınır Rehinleri, YÜD, Y.2013, C. II, s. 1155-1183.
- Haznedar, İbrahim Murat:** Ticari İşletme Rehni ve Paraya Çevrilmesi, İstanbul 2008.
- Helvacı, İlhan:** Türk Medeni Kanununa Göre Lex Commissoria Yasığı, İstanbul 1997.
- İmregün, Oğuz:** Kara Ticareti Hukuku Dersleri, İstanbul 2005.
- Kavak, Yalçın:** Borçlar Hukukunda Yazılı Şekil, İstanbul 2015.
- Karabel, E. Gökçe:** Ticari İşletme Rehninin Paraya Çevrilmesi, Ankara 2011.
- Karayalçın, Yaşar:** Muhasebe Hukuku, Ankara 1988.

- Kırca, İsmail:** Ticarî Mümesillik, Ankara 1996.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip:** Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. I, İstanbul 2008.
- Kuntalp, Erden:** Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk, Reha Poroy'a Armağan, İstanbul 1995, s. 263-299.
- Makaracı Başak, Aslı:** Taşınır Rehni Sözleşmesi, İstanbul 2014.
- Nomer, Haluk N.:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2013.
- Nomer, Haluk Nami/Ergüne, Mehmet Sekan:** Eşya Hukuku, C. II, Rehin Hukuku, İstanbul 2016.
- Oftinger, Karl/Bär, Rolf:** Zürcher Kommentar C. IV/2c, Das Fahrnispfand, Art. 884-918 ZGB, mit ergänzender Darstellung der im Gesetz nicht geordneten Arten dinglicher Sicherung mittels Fahrnis, Zürich 1981.
- Oğuzman, Kemal/Öz, M. Turgut:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul 2013.
- Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe,** Eşya Hukuku, İstanbul 2014.
- Ozanoğlu, Hasan Seçkin,** Türk Medeni Kanunu'nun 940. Maddesinin II. Fıkrası (Motorlu Araç Rehni) Üzerine, GÜHFD, C. V, S. 1-2, s. 22-38.
- Özbek, Veli Özer/Kanbur, Mehmet Nihat/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker:** Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2015.
- Özbek, Mustafa Serdar,** İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Taslağıyla Getirilmek İstenen Değişikliklerin Değerlendirilmesi, AÜHFD, C. LVII, S. 3, s. 463-524.
- Poroy, Reha/Yasaman, Hamdi:** Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2015.
- Reisoğlu, Seza:** Ticari İşletme Rehni ve Son Yasal Düzenleme, Bankacılar Dergisi, Y. 2003, S. 47, s. 107-121.
- Saymen, Ferit Hakkı/Elbir, Halid K.:** Türk Eşya Hukuku (Aynı Haklar), İstanbul 1954.
- Sirmen, Lale:** Eşya Hukuku, Ankara 2016.
- Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla,** Tekinay Eşya Hukuku, C. I, İstanbul 1991.

Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993.

Teoman, Ömer: Tacir Ticari İşletmesini Üçüncü Bir Kişinin Borcunun Güvencesi Olarak Rehnedebilir mi?, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, İstanbul 2007, s. 82-87.

Topçuoğlu, Metin/Çon, Ömer: Ticari İşletme Rehninde Rehin Alacaklısının Korunması, TBBD, S. 93, s. 174-214.

Tuğ, Adnan, Türk Özel Hukukunda Şekil, Konya 1994.

Ülgen, Hüseyin/Kendigelen, Abuzer/Helvacı, Mehmet/Kaya, Arslan/Nomer Ertan, Füsün: Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2015.

Yasan, Mustafa/Özboyacı, Alper: Yargıtay Kararları Işığında Gayrimenkul Üzerinde Banka Lehine Tesis Edilen İpotek ve Ticari İşletme Rehninin Kapsamlarının Çatışması Meselesi, Kazancı Hukuk Eserleri Bilgi Bankası, <http://www.kazanci.com/kho2/hebb/files/makalemustafayasan-alperozboyaci1.htm>.

Yıldız, Hüseyin, Akitlerde Şekilciliğin Geçirdiği Tarihi Evreler ve Türk-İsviçre Hukukunda ve Anglo-Amerikan Hukuk Sistemlerinde Şekilcilik, Bursa, 1981.

Yıldız, Şükrü: Ticari İşletme Rehni Kanunu'nda Yapılan Değişiklik ve Sanayi İşletmeleri Üzerinde Kurulacak Ticari İşletme Rehninde Ortaya Çıkabilecek Bazı Sorunlar, Makalelerim, 1988-2007, Ankara 2008, s. 477-489.

**AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN SON
DÖNEMDEKİ İÇTİHA TLARI İŞİĞINDA İLETİŞİMİN ADLİ VE
ÖNLEME AMAÇLI OLARAK DENETLENMESİ VE ÖZEL
HAYATA MÜDAHALE**

*(PREVENTIVE AND JUDICIAL SURVEILLANCE OF COMMUNICATION IN THE
LIGHT OF RECENT CASE LAW OF THE ECHR AND THE RIGHT TO RESPECT FOR
PRIVATE LIFE)*

Yard. Doç. Dr. / Asst. Prof. Dr. Begüm BULAK UYGUN*

ÖZET

Bu makalede, öncelikle iletişimin adli ve önleme amaçlı denetlenmesine ilişkin ilkeler özet olarak belirtilmiş, ardından da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu ilkeleri üç kararında uygulaması incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi, adli amaçlı iletişimin denetlenmesi, özel hayat, demokratik toplumda gereklilik, hesap verilebilirlik.

ABSTRACT

This article firstly outlines the principles related to the judicial and preventive monitoring of communications and afterwards examines the application of these principles by the European Court of Human Rights in three recent case.

Keywords: *Preventive surveillance, judicial surveillance, private life, necessity in a democratic society, accountability.*

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, **e-posta:** begum.bulak@yeditepe.edu.tr

Giriş

Birçok devlet günümüzde artan terör olayları, organize suçlar ve teknolojinin hızla gelişmesi nedeniyle güvenlik tedbirlerini arttırmıştır¹. İstihbarat toplamak ya da suç işlenmesini önleme amaçlı olarak telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, işlenmiş olan suçların soruşturulmasında ve kovuşturulmasında delil elde etmek amacıyla da sıkça başvuru olan bir yöntem haline gelmiştir.

İletişimin denetlenmesi ve verilerin toplanması polis tarafından yaygın şekilde kullanılmakta ve modern soruşturma yöntemlerinin temelini oluşturmaktadır. Yine, veri tabanlarının oluşturulmasında güvenlik endişeleri ön planda yer almaktadır. Kişisel verilerin toplanması bir suçun işlenmesini önlemek, işlenen bir suçu aydınlatmak ve/veya suçu işleyen kişiyi belirlemeyi hedeflerken, aynı zamanda veri sahibinin özel hayatına da müdahale niteliğindedir. Hukuk devletinin yükümlülüğü ise güvenliği sağlarken vatandaşlarının hak ve özgürlüklerini güvence altına almaktır. Dolayısıyla güvenlik önlemleri ve temel hakların korunması bir denge içerisinde olmalıdır.

Suç ve suçlulukla mücadelede özel hayatın gizliliğine yapılan müdahaleler sonucu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne (AİHM) birçok başvuru yapılmıştır. Bu çalışmada, AİHM'nin güncel içtihadında belirtilen adli ve önleme amaçlı yapılan iletişimin denetlenmesine yaklaşımını değerlendireceğiz. Bu bağlamda, öncelikle özel hayata müdahaleye ilişkin mahkemenin genel ilkelerine değinmemiz ve iletişimin denetlenmesinde kişisel verilerin işlenmesine dair uluslararası düzenlemeleri genel hatlarıyla belirtmemiz gerekir. Ardından AİHM'nin genel ilkeler ve uluslararası düzenlemeler ışığında iletişimin önleme ve adli amaçlı olarak denetlenmesinin kişisel verilere uygunluğunu üç somut dava örneğinde inceleyeceğiz.

A. Genel olarak özel hayata müdahale

1. İlkeler

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 8. maddesinin birinci fıkrasında herkesin özel ve aile yaşamına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Bu madde gereğince sözleşmeye taraf devletlerin negatif yükümlülüğü özel hayatın gizli-

¹ Bkz. 24 Temmuz 2015 Fransız İstihbarat Kanunu; 25 Eylül 2016 tarihli İsviçre Federal İstihbarat Kanunu ve 21 Ekim 2016 Alman İstihbarat Kanunu.
YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)

liğine müdahalesini yasaklar. Pozitif yükümlülük bağlamında ise devletlerin bireylerin gizliliğini keyfi veya hukuka aykırı müdahalelere karşı yasayla korumaları gerekir. Gizlilik, bireyin kimlik bilgilerinin yanı sıra, kişinin özel hayatını da içerir.

AİHM'nin yerleşik içtihadı uyarınca, 'özel hayat' eksiksiz bir tanıma açık olmayan geniş bir tanımdır². Kişisel veriler açısından değerlendirildiğinde, bir bireyin özel hayatına ilişkin verilerin yalnızca saklanması dahi AİHS'nin 8. Maddesi uyarınca bir müdahale anlamına gelmektedir³. Telefon görüşmeleri de, yine 8. madde anlamında 'özel hayat' ve 'haberleşme' kavramları içinde değerlendirilmektedir⁴. Bu görüşmelerin yürütülen bir ceza kovuşturması kapsamında dinlenmesi, kaydedilmesi ve kullanılması 8. Madde ile garanti altına alınan hakların kullanılması bakımından 'kamusal otoritenin müdahalesi' olarak yorumlanmaktadır⁵.

AİHS'nin 8. maddesinin ikinci paragrafında yer alan özel hayata olası bir müdahalenin bir ihlal teşkil etmemesi için genel itibariyle üç koşul öngörülmüştür: yasallık, meşru amaç ve demokratik toplum için gereklilik.

Yasallık ilkesi

AİHS'nin 8. maddesinde kullanılan "yasada öngörülmüş olması" ve "yasalar uyarınca" ifadelerine ilişkin olarak AİHM, "yasa" terimini "şeklen" değil "özü" itibariyle vurgulamaktadır. Böylelikle, yasaların yanı sıra kararnamele⁶ ve parlamento tarafından görevlendirilen bağımsız kanun koyucuların getirdiği düzenlemeleri⁷ de kapsayan "yazılı hukuku" ve "yazılı olmayan hukuku" da dâhil etmiştir. Dolayısıyla "hukuk" sözcüğünden hem yazılı hukuk, hem de hâkimler tarafından oluşturulan "hukuk" anlaşılmalıdır⁸. Sonuç olarak, "hukuk", yetkili mahkemeler tarafından yorumlandığı şekliyle yürürlükteki hükümlerdir.

² AİHM *Pretty / İngiltere* başvuru no. 2346/02, 29 Nisan 2002, para. 61.

³ AİHM *Leander/ İsveç*, başvuru no. 9248/81, 26 Mart 1987, para. 48.

⁴ AİHM *Weber ve Saravia / Almanya*, başvuru no.54934/00, 29 Haziran 2006, para. 77.

⁵ AİHM *Malone / İngiltere*, başvuru no. 8691/79, 26 Nisan 1985, para. 64.

⁶ AİHM *De Wilde, Ooms ve Versyp / Belçika*, başvuru no. 2832/66, 18 Haziran 1971, para. 93.

⁷ AİHM *Barthold / Almanya*, başvuru no. 8734/79, 25 Mart 1985, para. 46.

⁸ AİHM *Kruslin / Fransa*, başvuru no. 11801/85, 24 Nisan 1990, para. 29.

“Yasayla öngörülme” ibaresi, ilk olarak, müdahalenin iç hukukta bir temeli olması gerekliliğini belirtir⁹. Müdahalenin kanun tarafından öngörülmesi açısından iç hukukta bir dayanağının olması tek başına yeterli değildir. AİHM müdahalenin yasallık ilkesine uygunluğunu değerlendirirken, yasanın ‘ulaşılabilir’, ‘öngörülebilir’ ve ‘açık’ olması açısından incelemektedir. Başka bir deyimle, “kanunla öngörülme” yalnızca iç hukuka riayet etmek anlamına gelmez, aynı zamanda kanunun üstünlüğü ilkesiyle de bağdaşması gerekir¹⁰. Bu nedenle AİHS 8. Maddesinin birinci fıkrasında yer alan hakka kamu makamları tarafından yapılabilecek keyfi bir müdahaleye karşı hukuki koruma tedbirleri alınması icap etmektedir.

Yasanın ulaşılabilir olması, bireylerin belli bir olaya uygulanabilecek hukuk kurallarının varlığından haberdar olmasıyla değerlendirilir. Yasanın öngörülebilir ve açık olması özelliği ise, kişilerin – gerektiğinde uygun yönlendirme içererek – bu şartlarda makul olan ölçüde, belirli bir eylemin yol açacağı sonuçları öngörebilmelerini ve davranışlarını buna göre düzenlemelerini sağlayabilecek nitelikte olmasını ifade eder.

Meşru Amaç

Yasayla öngörülmesi bir müdahalenin Sözleşme kapsamında kabul edilebilir olması için, ikinci koşul olarak AİHS 8. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen şartların yerine getirilip getirilmediği belirlenmelidir. Yasayla imkân tanınan bir müdahale, ancak ‘ulusal güvenlik’, ‘kamu güvenliği’, ‘ülkenin ekonomik refahı’, ‘suç işlenmesinin önlenmesi’, ‘düzenin korunması’, ‘sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması’ için yapıldığı takdirde meşru bir amaç gütmek koşuluyla söz konusu olabileceği belirtilmektedir.

Demokratik bir toplum için gereklilik

Son olarak bir müdahalenin meşru bir amaç doğrultusunda ‘demokratik bir toplumda gerekli’ kabul edilebilmesi, ‘acil bir toplumsal gerekliliğe’ yanıt vermesi, özellikle güdülen meşru amaçla orantılı olması ve ulusal merciler tarafından bu müdahaleyi meşrulaştırmak için kullanılan gerekçelerin ‘ko-

⁹ AİHM *Gorzelik ve Diğerleri / Polonya* [BD], başvuru no. 44158/98, 17 Şubat 2004, para. 64.

¹⁰ AİHM *Ağaoğlu / Türkiye*, başvuru no. 27310/95, 6 Aralık 2005. *YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)*

nu ile ilgili ve yeterli' bulunması durumunda mümkündür¹¹. AİHM içtiha-
dı uyarınca, polis devletinin bir niteliği olan gizli izleme yetkilerine Söz-
leşme çerçevesinde ancak demokratik kurumları korumak için kesinlikle
gerekli olduğu ölçüde başvurulabilir¹².

2. Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği'nin İletişimin Denetlenmesi ile ilgili Metinleri

AİHS 8. maddesinin yansıra Avrupa Konseyi'nin (AK) çeşitli düzenleme-
leri de kişisel verilerin kullanılmasına dair temel ilkeleri belirtmektedir.

Bunlardan en önemlisi, AK'nin 1981 yılında yürürlüğe girmiş, bu
alandaki ilk uluslararası sözleşme olan 108 sayılı "Kişisel Verilerin Oto-
matik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşme-
si"dir¹³. Kişisel verilerin 'otomatik işleme' tabi tutulabilmesi için uyulması
gerekten temel kuralları belirleyen Sözleşmenin 5. Maddesi uyarınca 'oto-
matik işleme" konu olan kişisel veriler:

- (a) Adil biçimde ve yasal yoldan elde edilir ve işlenir;
- (b) Belli ve meşru amaçlar için kaydedilir ve bu amaçlara aykırı şe-
kilde kullanılmaz;
- (c) Kaydedilme amaçlarına göre uygun ve yerinde olur ve aşırı ol-
maz;
- (d) Doğru bilgileri yansıtır ve gerektiğinde güncellenir;
- (e) Kaydedilme amaçlarını gerçekleştirmek için gerekli olan süreyi
aşmayacak şekilde ilgili kişilerin kimliklerini belirlemeye imkân veren bir
biçimde saklanır.

AK Bakanlar Komitesi'nin Polis Sektöründe Kişisel Verilerin Kulla-
nılmasını düzenleyen 15 Eylül 1987 tarihli ve R(87)15 sayılı Tavsiye Ka-
rarı ise daha spesifik ilkeleri kapsamaktadır¹⁴. R(87)15 sayılı Tavsiye Ka-
rarına göre; ana ilke, polisin kişisel veriyi, gerçek bir tehlike veya belli bir

¹¹ AİHM *S. ve Marper / İngiltere* [BD], başvuru no. 30562/04, 4 Aralık 2008, para. 101.

¹² AİHM *Klass ve Diğerleri / Almanya*, başvuru no. 5029/71, 6 Eylül 1978, para. 42.

¹³ Convention for the Protection of Individual with Regard to Automatic Processing of Personal Data, Strasbourg, 28.I.1981, European Treaty Series No.108.

¹⁴ Recommendation No. R(87) 15 Of The Committee Of Ministers To Member States Regulating The Use Of Personal Data In The Police Sector (*Adopted by the Committee of Ministers on 17 September 1987 at the 410th meeting of the Ministers' Deputies*).

suçun kovuşturulması nedeniyle toplamasıdır (İlke 2.1). Bu düzenlemeye istisna getiren her durum, ulusal kanunlarla belirli şekilde düzenlenmelidir.

Verilerin depolanması konusunda ise R(87)15 Tavsiye Kararı uyarınca “Mümkün olduğu ölçüde, kişisel verilerin polise ilişkin amaçlarla depolanması kesin veriler ile polis birimlerinin kendilerine verilmiş bulunan hukuka uygun görevleri ulusal hukuk ve uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülükleri çerçevesinde yerine getirmeleri bakımından gerekli olan verilerle sınırlı tutulmalıdır (İlke 3).

Tavsiye Kararı verilerin depolanması ve güncellenme süresine ilişkin olarak ise “Polis ilişkin amaçlarla tutulan kişilerin verilerin, depolanma amaçları bakımından gerek kalmaması halinde silinmesine yönelik önlemler alınmasını” öngörmektedir (İlke 7).

Bunların yansıra terör suçları dâhil olmak üzere ağır suçlara yönelik “özel sorgulama teknikleri” üzerine Rec(2005)10 Sayılı Tavsiye Kararı¹⁵’na değinilmelidir. Bu Tavsiye Kararı bilhassa özel hayata müdahale niteliğinde olan özel tekniklerin kullanılması ve bu tür soruşturma tedbirlerine, ciddi bir suçun işlendiği ya da suçta zemin hazırlandığı ciddi durumlar hariç başvurmaması gerektiğini belirtmektedir. Söz konusu tedbirlere, yalnızca diğer tedbirlerden faydalanılmadığı ya da uygun olmadığı durumlarda, demokratik toplum koşullarında gerekli olduğu derecede ve cezai soruşturmalar ile kovuşturmalar bağlamında uygun olduğu düşünüldüğünde başvurulmalıdır¹⁶.

Rec(2005) 10 Sayılı Tavsiye Kararının tanım ve kapsamını belirleyen birinci bölüm uyarınca ‘özel soruşturma teknikleri’, ağır suçları ve şüphelileri tespit etmek ve araştırmak amacıyla yetkili makamlar tarafından cezai soruşturma kapsamında bilgi toplamak amacıyla uygulanan tekniklerdir. ‘Yetkili makamlar’ ise, ulusal mevzuata uygun olarak belirlenen özel soruşturma tekniklerini kararlaştırmaya, denetlemeye veya kullanmaya yetkili yargılama, kovuşturma ve soruşturma makamları anlamına gelir.

Ulusal düzeyde özel araştırma tekniklerinin kullanılmasını düzenleyen Tavsiye Kararının ikinci bölümü ise genel ilkeleri belirtmiştir. Buna

¹⁵ Recommendation Rec (2005)10 of the Committee of Ministers to member states on “special investigation techniques” in relation to serious crimes including acts of terrorism (Adopted by the Committee of Ministers on 20 April 2005 at the 924th meeting of the Ministers’ Deputies).

¹⁶ Rec(2005)10 sayılı Tavsiye Kararı, 2. paragraf.
YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)

göre, AİHS gereğine uygun olarak, ulusal mevzuatlarında, özel inceleme tekniklerini kullanmakla yetkili makamlara başvurulacak koşulları tanımlamalıdır. Etkili cezai soruşturma ve kovuşturma için özel soruşturma tekniklerinin kullanılması demokratik bir toplumda gerekli olduğu ölçüde olmalıdır. Son olarak özel soruşturma tekniklerinin uygulanmasının yeterli kontrolünü sağlamak amacıyla bağımsız kuruluşlar tarafından incelenmesi için uygun yasal önlemler alınmalıdır.

Özel soruşturma teknikleri, Tavsiye Kararında belirtilen kullanım koşulları gereğince, sadece bir veya daha fazla kişinin veya henüz kimliği belirlenemeyen bir kişi veya grup tarafından ciddi bir suçun işlendiğine veya hazırlandığına veya hazırlandığına inanmak için yeterli sebebin bulunduğu durumlarda kullanılmalıdır.

Özel araştırma tekniklerinin kullanılmasının etkileri ile tespit edilen amaç arasındaki orantı sağlanmalıdır. Bu bakımdan, bunların kullanımına karar verirken, suçun ciddiyetine ve kullanılan özel soruşturma tekniğinin müdahaleci niteliği dikkate alınarak bir değerlendirme yapılmalıdır.

Yetkili makamların, suçun uygun etkinlikle tespit edilmesi, önlenmesi veya kovuşturulmasına olanak tanımak için, özel araştırma tekniklerinden daha az müdahaleci araştırma yöntemi uygulayacaklarını temin etmelidir.

Üye ülkeler, prensipte, mahkemeler önünde özel soruşturma tekniklerinin kullanılmasından elde edilen kanıtların üretilmesine izin vermek için uygun yasama önlemlerini almalıdır. Bu tür kanıtların üretilmesini ve kabul edilebilirliğini düzenleyen usule ilişkin kurallar, sanık haklarını adil yargılanma güvencesi altına alacaktır.

Bu bağlamda, son olarak Avrupa Birliği (AB) kapsamında Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin 27 Nisan 2016 tarihli ve 2016/680 sayılı suçun önlenmesi, araştırılması, tespiti veya kovuşturulması amacıyla yetkili makamlar tarafından kişisel verilerin işlenmesine ilişkin olarak gerçek kişilerin korunması hakkında Yönergesi¹⁷'ne de kısaca değinmemiz gerekir.

¹⁷ Directive (EU) 2016/680 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data by competent authorities for the purposes of the prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offences or the execution of criminal penalties, and on the free
YUHFD Vol. XIII No. 2 (2016)

Kişisel verilerin işlenmesine ilişkin esaslar Yönergenin 4. Maddesinde belirtilmiştir. Bu madde uyarınca kişisel veriler:

(a) Yasal ve hakkaniyete uygun bir şekilde toplanmalı ve işlenmelidirler;

(b) Belirli, açık ve meşru amaçlar için toplanmalı ve bu amaçlarla uyumlu olmayan bir şekilde işlenmemeli;

(c) İşlendikleri amaçlara uygun olarak ve bunlarla ilgili olmalı, bu amaçlara göre aşırı olmamalıdır;

(d) Doğru olmalı ve gerektiğinde güncellenmelidirler; Depolanma amacı göz önünde bulundurularak yanlış olan kişisel verilerin gecikmeksizin silinmesi veya düzeltilmesi için her türlü makul adımın atılmalıdır;

(e) Veriler depolanmalarının amacı için gerekli olan sürelerden daha fazla tutulmamalıdır;

(f) Yetkisiz veya yasadışı depolamaya karşı koruma dâhil olmak üzere ve uygun teknik ya da organizasyonel önlemlerin kullanılarak, yanlışlıkla kayıp, imha ya da hasarlara karşı kişisel verilerin uygun bir şekilde güvenliğinin temin edilmesi gerekmektedir.

B. AİHM Kararları

1. *Roman Zakharov / Rusya Kararı*

Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi AİHM'nin 4 Aralık 2015 tarihli *Roman Zakharov / Rusya*¹⁸ kararında toplu gözetim açısından ele alınmıştır. Başvuran *Roman Zakharov*, St. Petersburg'da bir yayınevini genel yayın müdürlüğünü ve havacılık dergisinin editörlüğünü yapmaktadır. Başvuran aynı zamanda Rusya'daki medya özgürlüğü konusunda çalışmalar sürdüren bir sivil toplum kuruluşunun başkanlığını da yapmıştır. Başvuran AİHM'ne cep telefonlarının dinlenmesinin özel hayatına ve kişisel verilerinin ihlalini oluşturduğu gerekçesiyle başvurmuştur. *Zakharov*, özellikle yayınlanmayan bir bakanlık emri uyarınca cep telefonu operatörlerinin, öncesinde adli izin alınmaksızın Güvenlik Hizmetleri'nin Bölge Müdürlüğü'nün ('FGH') tüm telefon görüşmelerinin sınırsız bir şekilde dinlenmesine izin veren teçhizatlar kurduklarını ileri sürmektedir.

movement of such data, and repealing Council Framework Decision 2008/977/JHA, OJ L 119, 4.5.2016, p. 89–131.

¹⁸ AİHM *Roman Zakharov/Rusya* [BD], başvuru no. 47143/06, 4 Aralık 2015. *YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)*

AİHM, *Zakharov*'un bizzat somut bir gözetim önleminin konusu olduğunu iddia edememesine rağmen, ilgili düzenlemenin geniş kapsamı ve yetersiz korunma garantisini göz önünde bulundurarak Başvuranın soyut mağduriyetini tespit edip davayı incelemeyi kabul etmiştir¹⁹.

Gözetim tedbirlerinin gizli doğasını göz önünde bulunduran Mahkeme, yerleşmiş içtihadına atıfta bulunarak, iletişimin gizli olarak denetlenmesine izin veren yasaların ve uygulamaların varlığının, söz konusu mevzuatın uygulanabileceği herkes için bir gözetim tehdidi oluşturduğunu hatırlatmıştır²⁰. Böylesine bir tehdit, telekomünikasyon hizmetleri kullanıcıları arasındaki iletişim özgürlüğünü mutlaka etkileyen nitelikte olduğundan dolayı kendilerine karşı fiilen alınan önlemlerden bağımsız olarak, 8. madde kapsamındaki haklarına müdahale niteliğinde olduğu değerlendirilmiştir²¹.

AİHM gizli gözetim önlemleriyle ilgili içtihadında, gücün kötüye kullanılmasını önlemek amacıyla ulusal düzenlemelerde belirtilmesi gereken asgari güvenceleri sıralamıştır. Bunlar bu tür bir duruma yol açabilecek suçların niteliği;

telefonların dinlenmesiyle yükümlü kişilerin tanımı;

telefon görüşmelerinin kayıt süresinde belirlenen bir sınır;

elde edilen verilerin incelenmesi, kullanımı ve depolanması için izlenecek usul ve güvenceler;

verilerin üçüncü kişilerle paylaşımı durumunda alınması gereken tedbirler;

ve son olarak kayıtların hangi koşullarda silinmesi ve imha edilmesi gerektiğidir²².

AİHM istihbarat ve önleme amaçlı dinleme faaliyetleri ulusal ve kamu güvenliğinin sağlanması açısından meşru bir amaç olarak değerlendirmekle beraber, dinleme faaliyetlerinin demokrasiyi savunma bahanesi ile demokrasiye zarar verebilme potansiyelini de göz önünde bulundurmaktadır. Başka bir ifadeyle, demokrasiyi korumak isterken onu zayıflatabilecek, hatta tahrip edebilecek böyle bir yasanın tehlikesinin farkında olan

¹⁹ AİHM *Roman Zakharov*, para.163-178.

²⁰ AİHM *Roman Zakharov*, para. 168.

²¹ Aynı.

²² AİHM *Roman Zakharov/Rusya* para. 231.

Mahkeme, Sözleşmeci bir Devletin casusluğa ve terörizme karşı mücadele adına, uygun gördüğü her türlü önlemi alamayacağını belirtmektedir²³. Gözetimin keyfilik riskine karşı, yeterli korunma garantisi sağlanması gerektiği yönünde karar alınmıştır²⁴.

Dolayısıyla Mahkeme bu durumun, Sözleşmeci Devletlerin kendi egemenlik alanı içindeki kişileri gizli izlemeye tabi tutarken sınırsız bir takdir yetkisi kullanabileceği anlamına gelmediğini vurgulamaktadır. Mahkeme, hangi izleme sistemi benimsenirse benimsensin, kötüye kullanmaya karşı yeterli ve etkili güvencelerin bulunduğuna ikna olmalıdır. Bu değerlendirmeyi yaparken, Mahkeme muhtemel önlemlerin niteliğine, kapsamına ve süresine; bu önlemleri emretmek için gerekli sebeplere; bu önlemler için emri veren, uygulayan ve denetleyen yetkili makamlara ve ulusal hukukta tanınan iç hukuk yollarının türü gibi, olayın bütün koşullarını incelemektedir²⁵. Gizli denetlemeden kaynaklanan müdahalenin AİHS'nin 8. maddesi bakımından anlamı şudur: birinci fıkrada garanti altına alınan hakkın birey tarafından kullanılması ile ikinci fıkraya göre demokratik bir toplumun korunması için gizli izlemeye olan ihtiyaç arasında bir denge bulunmalıdır²⁶.

AİHM bir izleme işleminin denetiminin, ilk kez emredildiği zaman, sürdürülürken ve sona ermesinden sonra olmak üzere üç aşamada yapılabileceğini belirtmektedir²⁷. Bu denetime istinaden Mahkeme ilk iki aşama bakımından gizli izlemenin niteliği ve mantığı açısından, sadece izleme işleminin değil, ama ardından gelecek olan denetimin dahi bireyin bilgisi dışında yapılması gerekliliğini hatırlatmaktadır. Dolayısıyla, bireyin kendi rızasıyla hukuki bir yola başvurması veya her hangi bir denetim işlemine doğrudan taraf olması doğallıkla engelleneceği için, getirilmiş olan usullerin bireyin haklarının korunmasında yeterli ve eşdeğer güvenceleri sağlaması esas olarak belirtilmiştir. Ayrıca, 'AİHS 8. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca gerekliliğin sınırları açısından, denetim usullerinde mümkün olduğu kadar demokratik toplumun değerlerine sadık kalınmalıdır. Demokratik toplumun temel ilkelerinden biri, Sözleşme'nin Başlangıcında açıkça

²³ AİHM *Klass ve diğerleri*, para. 49, 50, 59.

²⁴ AİHM *Roman Zakharov*, para. 232 ve 233.

²⁵ AİHM *Roman Zakharov*, para 232.

²⁶ AİHM *Klass ve diğerleri*, para. 59.

²⁷ AİHM *Roman Zakharov*, para 233.

YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)

belirtilen hukukun üstünlüğüdür²⁸. ‘Hukukun üstünlüğü, idari makamların bireyin haklarına yaptığı bir müdahalenin, normal olarak yargı organının etkili denetimine, en azından son çare olarak bağımsızlık, tarafsızlık ve uygun usul güvencelerine sahip bir yargısal denetime tabi olmasını gerektirir’²⁹.

İzlemenin sona ermesinden sonraki son aşamada ise, ‘yani sonradan denetim konusunda özellikle bireyin katılabileceği yargısal bir denetime yer verilmesinin gerekli olup olmadığı hakkında karar verilmelidir. Sonradan bildirim sorunu bu konuyla ayrılmaz bir biçimde bağlantılıdır; çünkü birey bilgisi dışında alınan önlemler hakkında haberdar edilmedikçe, ilgili kişinin mahkemeye başvurma ve böylece önlemlerin hukukiliğine geriye dönük olarak itiraz etme imkânı kural olarak çok sınırlıdır’³⁰.

Mahkeme Rusya’da haberleşmenin dinlenmesi konusunu düzenleyen yasal hükümleri belirtmiş olduğu genel prensipler ışığında incelemiştir. Haberleşmenin gizli olarak denetlenmesinin yasal bir temeli olmasına rağmen, Mahkeme özellikle, kamu makamlarının gizli dinleme tedbirleri almaya yetkili olduğu durumların bu yetkinin keyfi şekilde ve kötüye kullanılma riskine karşı yeterli ve etkili güvencelerin sağlanmadığını tespit etmiştir. Mahkeme, gizli araştırma önlemlerini düzenleyen Rus yasasının yasallık ilkesinin gereklerini içermediği ve müdahalenin demokratik bir toplumda gerekliliği çerçevesinde kalmasını sağlayamadığını tespit ederek Sözleşme’nin 8. Maddesinin ihlal edilmiş olduğuna karar vermiştir.

2. Szabò ve Vissy / Macaristan Kararı

Yine önleme amaçlı iletişimin denetlenmesine ilişkin olarak AİHM’nin 12 Ocak 2016 tarihli *Szabò ve Vissy*³¹ kararında Macaristan’da 2011 yılında yürürlüğe giren terörle mücadele kapsamında gizli izleme tedbirlerine ilişkin mevzuatın Sözleşmenin 8. Maddesi’ne ilişkin uygunluğunu incelemiştir.

Bu davaya konu olan olayda Başvuranlar Máté Szabò ve Beatrix Vissy, ulusal güvenlik amacı doğrultusunda Macaristan’ın gizli izlemeye

²⁸ Bkz. AİHM *Golder / İngiltere*, başvuru no. 4451/70, 21 Şubat 1975, para. 34.

²⁹ AİHM *Roman Zakharov*, para. 233. Bkz. AİHM *Klass*, para. 55 ve 56.

³⁰ AİHM *Zakharov*, para. 234.

³¹ AİHM *Szabò ve Vissy / Macaristan*, başvuru no. 37138/14, 12 Ocak 2016.

dair yasal çerçevesini oluşturan madde 7/E (3) izleme düzenlenmesi kapsamında haksız ya da orantısız bir şekilde müdahaleci tedbirlere maruz kalma ihtimalleri bulunduğundan şikâyetçi olmuşlardır³².

"Gözlemci" bir sivil toplum örgütü olan *Eötvös Károly Közpolitikai Intézet*'in üyelerinden olan başvuranlardan biri 2014 yılında Hükümet tarafından mali kontrol önlemlerine tabi tutulduğunu belirtmiştir.

1 Ocak 2011'de CXLVII sayılı yasa ile Terörle Mücadele Gücü ("Anti-Terrorism Task Force" (TEK)) kurulmuş yetkileri ise söz konusu yasanın 7/E bölümünde tanımlanmıştır. Bu mevzuat uyarınca, TEK'in gizli istihbarat alanındaki yetkileri, ilgili kişilerin onayı olmadan gizli ev aramaları, verileri kaydetme, ayrıca elektronik veya bilgisayarlı iletişim içeriğini kontrol etme kaydetme ve gözetiminden oluşmaktadır.

Terörle mücadele kapsamında bu soruşturma tedbirleri, Milli Güvenlik Yasası kurallarına göre, hâkim kararı olmadan alınabileceği yönünde düzenlenmiştir. Başta 90 gün olarak başlatılabilecek olan denetim, yine aynı süre için gereklilik görüldükçe uzatılabilmektedir. Denetimin sona ermesinden sonra ise elde edilen verilerin yok edilmesi için herhangi bir yükümlülük öngörülmemiştir.

Mahkeme'nin bu kararında önleme amaçlı olarak iletişimin denetlenmesini düzenleyen mevzuatın uygulanması halinde özel yaşam ve haberleşmeye saygı hakkına müdahale edildiğine dair kuşku bulunmadığı ifade edilmiştir³³.

AİHM'ne göre müdahalenin yasal dayanağının varlığı şüphe yaratmazken, Mahkeme söz konusu mevzuatın yasada bulunması gerekli görülen 'ulaşılabilirlik', 'öngörülebilirlik' ve 'açıklık' özellikleri açısından değerlendirilmesi gerekliliğini hatırlatmıştır³⁴. Ancak, önleme amaçlı olarak uygulanan iletişimin denetlenmesi tedbirinin gizli olması gerekliliği göz önünde bulundurulduğunda dahi düzenlemede kişi bakımından herhangi bir sınırlama getirilmediğini tespit etmiştir.³⁵

Söz konusu mevzuatı meşru amaç açısından değerlendirdiğinde, mahkeme taraf devletlerin terörle mücadele çerçevesinde güvenlik amaçlı olarak iletişimin kitlesel izlenmesi de dahil olmak üzere son teknolojilere

³² AİHM *Szabò ve Vissy*, para.3.

³³ AİHM *Szabò ve Vissy*, para. 52-53.

³⁴ AİHM *Szabò ve Vissy*, para. 55.

³⁵ AİHM *Szabò ve Vissy*, para. 67. Bkz. AİHM *Roman Zakharov*, para. 245. *YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)*

başvurmanın terörle mücadele için alınan olağan bir yöntem olduğunu kabul etmiştir³⁶.

Ancak, AİHM söz konusu mevzuatın yetkilerin kötüye kullanılmasını önlemek için yeterli önlemleri içermediğini tespit etmiştir³⁷. Mahkeme özellikle, öngörülen tedbirlerin kapsamı kolayca operasyonun asıl amacının dışında kalan kişilerle ilgili verilerin toplanmasına imkan sağladığı için bu yasa çerçevesinde Macaristan'da hemen herkesin denetime dâhil olabileceğini belirtmiştir³⁸. Ayrıca, bu tür önlemler herhangi bir adli izin olmadan, denetlemenin kesinlikle gerekli olup olmadığına dair bir değerlendirme yapılmadan sadece yürütmenin takdirine bırakıldığını tespit ederek, Mahkeme 8. Maddenin ihlal edilmiş olduğuna karar vermiştir³⁹.

3. *Figueiredo Teixeira / Andorra Kararı*

Adli amaçlı iletişimin denetlenmesine ilişkin olan 8 Kasım 2016 tarihli *Figueiredo Teixeira / Andorra*⁴⁰ davası verilerin depolanması ve kullanılmasıyla ilgilidir.

Andorra Prensiği'ne karşı açılan bu davanın temelinde, uyuşturucu madde kaçakçılığı suçuyla itham edilen başvuran *Figueiredo Teixeira* tarafından yapılan telefon görüşmelerinin verisinin telekomünikasyon şirketi tarafından depolanması ve adli makama iletilmesi ile ilgilidir. Soruşturma çerçevesinde sorgu hâkimi Andorra telekomünikasyon servisinden (Andorra Telekom), belirtilen tarihlerde başvuranın iki telefon hattına ilişkin gelen ve giden aramaların listesini ve listede bulunan numaraların kimlere ait olduğunu bildirmesini talep etmiştir. Bu denetleme kararın temelinde Andorra Ceza Muhakeme Kanunu'nun 87. maddesinde düzenlenen iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması bulunmaktadır⁴¹.

Başvuran, telefon iletişimiyle ilgili verilerin depolanmasının, özel yaşamına saygı gösterilmesi hakkına haksız bir müdahaleye yol açtığını ileri sürmektedir. Başvuran, özellikle verilerin saklanması için onayını vermediğini ve ön ödemeli bir hat kullandığından dolayı kullandığı hattın

³⁶ AİHM *Szabò ve Vissy*, para. 68

³⁷ AİHM *Szabò ve Vissy*, para. 71.

³⁸ AİHM *Szabò ve Vissy*, para. 73.

³⁹ AİHM *Szabò ve Vissy*, para. 89-90.

⁴⁰ AİHM *Figueiredo Teixeira / Andorra* başvuru no. 72384/14, 8 Kasım 2016.

⁴¹ AİHM *Figueiredo Teixeira*, para. 6.

detaylı bir şekilde yaptığı konuşmaları belirtmemesi gerektiğini de öne sürmüştür⁴².

AIHM, özel yaşama böyle bir müdahalenin ilişkin iç hukuk mevzuatının sözleşmenin 8. Maddesi'ne uygunluğunu incelemiştir.

Mahkeme, iletişimin denetlenmesinin Ceza Muhakeme Kanunu'nun 87. Maddesi ile kişisel verilerin korunması hakkındaki 15/2003 sayılı kanunda belirtildiğinden dolayı, müdahalenin dayanağını oluşturan bir yasanın varlığını tespit etmiştir⁴³. Ancak, AIHM'nin yerleşik içtihadında belirttiği yasallık ilkesine ilişkin güvenceleri tekrarlamıştır: bir müdahalenin yasallık ilkesine uygunluğu için, müdahalenin dayanağını oluşturan yasanın ulaşılabilir, öngörülebilir ve açık olması gerektiğini hatırlatmıştır⁴⁴.

Mahkeme bu kararında yasallık ilkesine ilişkin olarak, özellikle öngörülebilir gerekliliği açısından değerlendirdiğinde, itiraz edilen müdahalenin, Andorra Ceza Muhakemesi Kanununun 87. Maddesi uyarınca öngörüldüğü için ön ödemeli bir cep telefonu kartına sahip bir kişinin makul bir şekilde böyle bir müdahalenin olabileceğini bilebileceğini tespit etmiştir⁴⁵.

Verilerin saklanması ve aktarılması kararının bağımsız bir yargılama makamı olarak soruşturma hâkimi tarafından verilmesinin bu yetkinin kullanılmasında kamu makamlarının takdir haklarının sınırlarının açıkça belirtilmesinden dolayı demokratik hukuk devleti ilkesine uygunluğunu tespit etmiştir⁴⁶.

Mahkeme uyuşturucu kaçakçılığıyla mücadelenin toplum düzenini yakından ilgilendiren bir suçun ortaya çıkartılmasındaki gerekliliğini göz önünde bulundurarak, bu müdahalenin AIHS'nin 8. Maddesinin ikinci fıkrası uyarınca meşru bir amacı olduğunu belirtmiştir⁴⁷.

Son olarak, AIHM Andorra Ceza Muhakemesi Kanunu'na uygun olarak, bir hakimin veri aktarımının gerekliliğini ve orantılılığını, elde edilen kanıtlar ve suçun ciddiyeti ışığında değerlendirmesinden ve kanunla belirtilen belirli süre için verebileceğinden dolayı, keyfi eylemlere karşı geniş bir koruma mekanizması sağladığına dikkat çekmiştir⁴⁸. Dolayısıyla

⁴² AIHM *Figueiredo Teixeira*, para. 29.

⁴³ AIHM *Figueiredo Teixeira*, para. 39.

⁴⁴ AIHM *Figueiredo Teixeira*, para. 40-47.

⁴⁵ AIHM *Figueiredo Teixeira*, para. 42.

⁴⁶ AIHM *Figueiredo Teixeira*, para. 43.

⁴⁷ AIHM *Figueiredo Teixeira*, para. 48.

⁴⁸ AIHM *Figueiredo Teixeira*, para. 50.

Mahkeme, mevcut davada, başvuranın özel yaşamına saygı gösterilmesi ve cezai suçların önlenmesi arasındaki dengeye saygı duyulduğunu tespit etmiş ve müdahalenin orantılılığından dolayı Sözleşme'nin 8'inci maddesinin ihlali olmadığına karar vermiştir.

Değerlendirme ve Sonuç

AİHM'nin incelenen üç kararı göz önünde bulundurulduğunda aşağıdaki tespitleri yapmak mümkündür:

AİHM'nin yerleşik içtihadında da belirtildiği üzere iletişimin adli ve önleme amaçlı olarak denetlenmesi özel hayatın gizliliğine bir müdahale niteliğinde olduğu şüphe yaratmamaktadır.

Yine böyle bir müdahalenin AİHS'nin 8. Maddesine ihlal niteliğinde olmaması için belirlenen genel ilkelerin ulusal mevzuatlarda bulunması gerekmektedir. Yasallık ilkesi bağlamında telefon dinleme sisteminin çeşitli istismlara karşı güvenceler içermesi gerekmektedir. Adli denetleme kapsamında, hangi kategorideki kişilerin yargısal kararlar dinlenebileceğine, hangi suçlardan ötürü dinleme yapılabileceğine, ne kadar süreyle dinleme yapılabileceğine, dinlenen telefonlardaki konuşmaların hangi usulle yazılı belge haline getirileceğine, kayıt yapılan kasetlerin ve numaraların denetlenmesine, alınan kayıtların nasıl ortadan kaldırılacağına dair bir hüküm bulunması şartıyla yasallık ilkesine riayet edildiği değerlendirilmektedir.

AİHM içtihadı gereğince, gizli dinleme tedbirlerinin, iç hukuk düzenlenmesinde yeterli şekilde öngörülebilir olup olmadığı hususu, bulunan müdahalenin demokratik toplumda gerekli olup olmadığı sorusu ile birlikte ele alınmalıdır⁴⁹.

AİHS'nin 8. maddesinin getirdiği koruma alanını değerlendirirken AİHM iki önemli olguyu kayda geçirmiştir. Birincisi, casuslukta ve buna karşılık izleme araçlarında meydana gelen teknik ilerlemeyi içermekte; ikincisi ise, son yıllarda Avrupa'da terörün ilerlediği gerçeğini kapsamaktadır. Demokratik toplumlar son zamanlarda kendilerini casusluğun ve terörizmin son derece gelişmiş biçimlerinin tehdidi ile karşı karşıya bulmuşlardır. Bu durum da devletlerin, bu tür tehditlerle etkin bir biçimde mücadele edebilmek için kendi egemenlik alanları içinde faaliyet gösteren

⁴⁹ Bkz. AİHM R.E. / İngiltere, başvuru no. 62498/11, 27 Ekim 2015.

yıkıcı unsurları gizli izlemeye almalarını gerektirmiştir. Bu nedenle, AİHM istisnai koşullar çerçevesinde mektup, posta ve telekomünikasyon üzerinde gizli izleme yetkileri veren bir yasanın, ulusal güvenlik nedeniyle ve/veya suç ve düzensizliği önlemek için demokratik bir toplumda gerekli olduğunu kabul etmektedir.

Ancak, kitlesel gözetim düzenlemelerinin doğası nedeniyle, bireylerin özel hayatlarına yapılan ihlali somut bir biçimde kanıtlamaları imkânsıza yakın olduğundan dolayı, söz konusu ulusal düzenlemelerin yeterli güvenceleri sağlayıp sağlayamadıkları belirtilen ilkeler ışığında değerlendirilmelidirler. Ulusal güvenlik ve kamu güvenliği adına meşru amaç güden gizli denetleme önlemleri yasayla düzenlenmiş olmalarına rağmen demokratik bir toplum için gerekli olarak değerlendirilebilmeleri için, istismara karşı yeterli ve etkili teminatı sağlamaları gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, yargı gücünün gözetimin orantılılığını ve gerekliliğini değerlendirme yetkisine sahip olması gerekir.

İletişimin önleme amaçlı yapıldığı durumlarda, gerek istihbarat gerekse terörle mücadele kanunları çerçevesinde polise tanınan yetkiler çoğu zaman geniş kapsamlı olmakta ve böyle bir denetlemeye tâbi tutulacak bireylerin – özellikle kitlesel denetim söz konusu olduğunda – bunu öngörebilmesi mümkün olmamaktadır. Yine, iletişimin önleme amaçlı olarak denetlenmesi uluslararası mevzuatlarda belirtilen ilkeler açısından sorunlu ve adli denetleme düzenlemelerine nazaran özel hayata daha önemli bir müdahale niteliğindedir. Sonuç olarak, iletişimin önleme amaçlı denetlenmesini düzenleyen ulusal mevzuatların demokratik bir toplum için gerekli olarak değerlendirilebilmeleri için, taraf devletlerin bu düzenlemelerin ihlali durumunda gerekli yaptırımları ve hukuki çözümleri sağlamaları gerekmektedir.

**TÜRKİYE'DE PARLAMENTONUN BİLGİ EDİNME
ARAÇLARININ ETKİNLİĞİ**
(*THE EFFICIENCY OF INSTRUMENTS OF OBTAINING INFORMATION BY
PARLIAMENT IN TURKEY*)

Yard. Doç. Dr. / Asst. Prof. Dr. Tefik Sönmez KÜÇÜK*

ÖZET

Türk hukukunda parlamentonun üç bilgi edinme aracı bulunur. 1982 Anayasası md. 98 uyarınca bu araçlar soru, genel görüşme ve meclis araştırmasıdır. Bu çalışmada, Hükümetin siyasi sorumluluğuna yol açmayan parlamenter bilgi edinme araçlarının etkinliği uygulamadaki örnekler çerçevesinde kapsamlı olarak tahlil edilecektir.

Anahtar Kelimeler: Parlamenter bilgi edinme araçları, soru, genel görüşme, meclis araştırması.

ABSTRACT

The parliament has three ways of obtaining information in Turkish law. According to Article 98 of Turkish constitution, these instruments are question, general debate and parliamentary inquiry. In this study, the efficiency of parliamentary ways of obtaining information, that do not cause political responsibility of government will be analyzed comprehensively in the light of examples in practice.

Keywords: *Parliamentary instruments of obtaining information, question, general debate, parliamentary inquiry.*

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi,
e-posta: sonmezk83@hotmail.com

I. Giriş

Parlamente rejim uygulamaları tahlil edildiğinde yasama organlarının farklı işlevlerle donatıldığı görülür. Toplumun değişik kesimlerinin temsil edilmesi, yasa yapılması ve siyasi kararların alınması, hükümetin faaliyetleri hakkında bilgi edinilmesi ve elde edilen bilgiler sonucunda bireysel ve kolektif düzeyde siyasi sorumluluk mekanizmasının işletilmesi ve tüm bu faaliyetlerin toplantı ve karar alma usulleri çerçevesinde müzakere edilerek gerçekleştirilmesi söz konusu işlevler arasında yer alır. Bu çalışmada da, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin (TBMM) Anayasa ve TBMM İçtüzüğü ile tanınmış olan hükümetin siyasi faaliyetleri ile ilgili bilgi edinme araçlarının işlevselliği meselesi ele alınacaktır. Öncelikle ifade etmek gerekir ki, çalışmada, sadece Anayasada ve TBMM İçtüzüğünde düzenlenen ve TBMM'nin bilgi edinme araçları olarak sayılan “soru”, “genel görüşme” ve “meclis araştırması” kurumları çerçevesinde bir inceleme yapılacaktır. Diğer bir anlatım ile bilgi edinme aracı olmaktan ziyade, bir parlamente denetim aracı olarak hükümet üyelerinin siyasi sorumluluğunu konu edinip görevden ayrılmaları sonucunu doğurabilecek “meclis soruşturması” ve “gensoru” usulü inceleme kapsamı dışında bırakılmıştır¹. Gerçi, özellikle meclis araştırması sonucunda elde edilen bulgulara dayanılarak hükümet veya ilgili hükümet üyesi hakkında gensoru önergesi verilebilir ya da görevini yerine getirirken suç işlediğine ilişkin bilgi elde edilen bakan hak-

¹ Anayasanın 98. maddesinin üst başlığını, “Türkiye Büyük Millet Meclisinin Bilgi Edinme ve Denetim Yolları” oluşturmaya rağmen, 98. maddenin birinci fıkrasında, “Türkiye Büyük Millet Meclisi soru, meclis araştırması, genel görüşme, gensoru ve meclis soruşturması yollarıyla denetleme yetkisini kullanır.” ifadeleri kullanılarak, bu noktada Meclisin sadece denetleme yetkisinden bahsedilmiştir. Ayrıca, Anayasa md. 98/2–5 arasında soru, genel görüşme ve meclis araştırması düzenlenmiş, gensoru ve meclis soruşturması ise sırasıyla 99. ve 100. maddelerde hükme bağlanmıştır. Bu çerçevede Anayasa md. 98'in lafzı da nazara alındığında, soru, genel görüşme ve meclis araştırması usullerinin bir bilgi edinme, gensoru ve meclis soruşturmasının ise bir denetim aracı olduğu izlenimi oluşmaktadır. Bu nedenle, Anayasa md. 98/1'in şöyle değiştirilmesi önerilebilir: “Türkiye Büyük Millet Meclisi soru, meclis araştırması, genel görüşme yollarıyla bilgi edinir ve gensoru, meclis soruşturması yollarıyla denetleme yetkisini kullanır.”. Cem Çağatay Orak, “Parlamento Hukukundaki İşlevselliği Bakımından Genel Görüşme Yöntemi”, **TBB Dergisi**, Sayı 48, 2003, s. 31–32. Bireysel ve kolektif düzeyde siyasi sorumluluğa yol açan parlamente denetim bilgi edinmeyi içerse de, siyasi sorumluluk bilgi edinmenin zorunlu bir neticesi olarak görülemez. Bu nedenle, parlamentoların bilgi edinme ve denetim araçlarının ayrı başlık altında incelenmesi gerekir.

ında meclis soruşturması açılabilir. Ancak, bu husus, bilgi edinme araçlarının zorunlu bir sonucu değildir².

Bu bağlamda, söz konusu çalışmada evvela parlamenter bilgi edinme yolları olan soru, genel görüşme ve meclis araştırması usulleri uygulamadan örneklerle yer verilerek ayrı ayrı mercek altına alınacaktır. Bu inceleme sonrasında parlamenter rejimler için olmazsa olmaz bir koşul olan disiplinli partiler ile birlikte parlamentoların siyasal iktidarlar karşısında nasıl ikinci plana düştüğü ortaya konarak, parlamento ile hükümet arasındaki bilgi alışverişini sağlayan araçların Türk hukukunda nasıl işlevsizleştiği açıklanacaktır. Nihayet, çalışmanın son kısmında, karşılaştırmalı hukuktaki örnekler ekseninde Türkiye’de parlamentonun bilgi edinme araçlarının etkinleştirilmesi için hangi somut adımların atılması gerektiği ifade edilecektir.

II. Türkiye’de Parlamentonun Bilgi Edinme Araçları

Milletin temsilcisi sıfatıyla en yetkili kurum olan meclisler, ülkelerin hukuk düzenini tesis ederken ya da karşılaşılan siyasi sorunlara çözüm ararken bilgi edinme, araştırma ve görüş alışverişinde bulunma ihtiyacı duyabilir³. Bu çerçevede, parlamenter sistemin özelliklerini bünyesinde taşıyan 1982 Anayasası (Md. 98), tıpkı 1961 Anayasası (Md. 88) gibi, TBMM’nin bu amaçla kullanacağı bilgi edinme araçlarını tespit etmiştir. Anayasa md. 98’e göre, hükümet üyelerinin siyasal sorumluluklarını doğurmayan bu bilgi edinme araçları, soru, genel görüşme ve meclis araştırması olmak üzere üç başlık altında tahlil edilebilir.

1. Soru

1982 Anayasasının 98. maddesinin 2. fıkrasına göre, soru, “Bakanlar Kurulu adına, sözlü veya yazılı olarak cevaplandırılmak üzere Başbakan veya bakanlardan bilgi istemekten ibarettir.”. Soru kurumu ve soruya verilecek

² Bülent Tanör / Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, Beta Yayınları, 16. Baskı, İstanbul, Ekim 2016, s. 322; Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, 16. Baskı, Ankara, 2016, s. 316; Ozan Ergül, “Parlamento Hukukunda Meclis Araştırması ve Genel Görüşme”, in Hasan Erikli / Bahadır Yeşilirmak (Editörler), **Parlamenter Denetim Sempozyumu**, TBMM Yayınları, Ankara, 2012, s. 88.

³ Bülent Tanör / Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, s. 314.

yanıtla ilgili ayrıntılı düzenleme TBMM İçtüzüğü md. 96–99 arasında yer almaktadır. Gerçekten, TBMM İçtüzüğüne göre Hükümet adına Başbakan veya ilgili bakan tarafından yanıtlanan soru, kısa ve gerekçesiz olmalı; kişisel görüş barındırmamalı; kişisel ve özel yaşama ilişkin hususları içermemelidir. Açık ve belirli meselelerle ilgili bilgi talep etmekten ibaret olan soru, yazılı bir önerge ile sonuna belge eklenmeksizin sadece bir milletvekili tarafından imzalanarak TBMM Başkanlığına teslim edilir (Md. 96). Soru önergeleri kendi içerisinde sözlü ve yazılı soru önergesi olmak üzere ikiye ayrılır. Ancak soru önergeleri her koşulda yazılı olmalıdır. Sözlü ve yazılı soru önergesi ayrımı, milletvekili tarafından ilgili Hükümet üyesine yöneltilen soruya göre değil, verilmesi istenen cevabın şekline göre farklılık arz eder⁴. Başka bir kaynaktan kolayca öğrenilmesi mümkün olan, danışma niteliğindeki sorular ile daha önce sunulmuş bir gensoru önergesi ile aynı konuda olan sorular, TBMM Başkanlığı tarafından kabul edilmez ve milletvekiline iade edilir (Md. 97).

Sözlü ve yazılı soru önergelerinin cevaplandırılması yöntemine ilişkin olarak ise şunlar ifade edilebilir: Sözlü sorular, önergenin, Başbakanlığa ya da ilgili Bakanlığa sevk edildiği tarihten itibaren beş gün içerisinde gündeme alınır. Bu sorular için kural olarak haftanın en az iki gününde, birleşim başında ve bir saatten az olmamak kaydıyla belli bir süre ayrılır. Hükümet adına verilecek cevabın süresi beş dakikayı geçemez. Soru sahibi milletvekili ek açıklama isteyebilir, bu istem üzerine verilecek cevabın süresi de beş dakikayı aşamaz. Soru sahibi Genel Kurul salonunda bulunmasa da soru cevaplandırılır. Şu kadar ki, üç birleşim içinde cevaplanmayan sorular, yazılı soruya çevrilir ve soru önergesini sunan milletvekiline istemi halinde bu konu hakkında konuşma yapmak amacıyla süresi beş dakikayı geçmemek üzere aynı birleşimde söz verilir (Md. 98). Yazılı sorular açısından öngörülen usul tamamen farklıdır. TBMM Başkanlığı, Başbakanlık veya ilgili Bakanlık tarafından yazılı soru önergesine verilmiş cevabı hemen soru sahibine iletir. Yazılı soru önergelerinin, Başbakanlığa ya da ilgili Bakanlığa iletilmesinden itibaren on beş gün içerisinde yanıt-

⁴ Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 320. Türk hukuk öğretisinde sözlü ve yazılı soru önergeleri bakımından ortaya çıkan bu terim karmaşasını önleyebilmek adına “sözlü soru” yerine, “sözlü cevaplı soru” ifadesi kullanılması önerilmiştir. Mahmut Bülbül, “Soruda İşleyiş ve Uygulamada Sorunlar”, in Hasan Erikli / Bahadır Yeşilirmak (Editörler), **Parlamentar Denetim Sempozyumu**, TBMM Yayınları, Ankara, 2012, s. 85. *YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)*

lanması zorunludur. Fakat gerekli bilgi ve belgelerin toplanabilmesi için süre bir defaya mahsus olmak ve bir ayı geçmemek üzere geciktirilebilir. Yazılı soru önergesi öngörülen süre içerisinde yanıtlanmazsa TBMM Başkanı, sorunun muhatabının dikkatini çeker. Bu yazının Başbakanlığa ya da ilgili Bakanlığa tebliğinden itibaren on gün içerisinde cevaplandırılmayan sorular gelen kâğıtlar listesinde ilan edilir (Md. 99). Nihayet bir yasama dönemi içerisinde cevaplandırılmayan sorular gündemde kalır ve TBMM İçtüzüğü md. 77/2 uyarınca tıpkı diğer bilgi edinme ve denetim araçları olan meclis araştırması, genel görüşme ve gensoru önergeleri gibi hükümsüz sayılır.

Görüldüğü gibi, ister yazılı isterse sözlü soru önergesi usulü tercih edilsin, soru, diğer milletvekillerinin müdahale etmesine olanak sağlama-yan ve sadece önerge sahibi ile muhatabı arasında bir bilgi alışverişinde bulunulmasına yol açan bir bilgi edinme aracıdır⁵. Ayrıca, soru önergesinin yanıtlanmaması halinde veya verilecek yanıtta göre bir oylama yapılmaz. Böylece, soru önergesinin konusu ne olursa olsun doğrudan doğruya hükümet üyelerinin siyasi sorumluluğunu doğurmadığı belirtilmelidir. Buna karşılık, meclis çoğunluğunu gerektirmeksizin her bir milletvekili tarafından kullanılabilmesi uygulamada soru önergesini sıklıkla tercih edilen bir yöntem olarak ortaya çıkarmaktadır⁶. Nitekim bu konudaki istatistik bilgileri de bu fikri destekler niteliktedir. Şöyle ki, 28 Haziran 2011–23 Haziran 2015 tarihleri arasında (24. Dönem) TBMM Başkanlığına toplam 71273 adet soru önergesi teslim edilmiştir. Söz konusu önergelerin 7161'i sözlü, 64112'si yazılı soru önergesi olarak sunulmuştur. Sözlü soru önergelerinden 2134'ü cevaplandırılabilmiş, 14'ü önerge sahibince geri alınmış, 5013 tanesi yanıtlanmayarak Genel Kurul gündeminde kalmış ve bir sonraki yasama döneminin (23 Haziran 2015–17 Kasım 2015, yani 25. Dönem) başında TBMM İçtüzüğü md. 77/2 gereğince hükümsüz olmuştur. Yazılı önergelerin, sadece 14251'i süresinde cevaplandırılmış, 25017'si

⁵ Bülent Tanör / Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, s. 315. Niteliği itibarıyla diğer denetim mekanizmalarının işletilebilmesine öncülük etmek amacını güden soru önergesi, milletvekillerinin şahsına bağlı bir siyasi hak olup, hakkın devredilmesi veya başkaları tarafından kullanması mümkün değildir. Mahmut Bülbül, **“Soruda İşleyiş ve Uygulamada Sorunlar”**, s. 74–75.

⁶ Ekrem Ali Akartürk, **Parlamentar Rejim Uygulamaları ve Parti Sistemleri**, Yeditepe Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2010, s. 146; Şeref İba, **Parlamentar Denetim**, Bilgi Yayınevi, Ankara, Ağustos 1997, s. 34.

süresi geçtikten sonra yanıtlanmış, 22556'sı süresi içerisinde yanıtlanmadığından gelen kâğıtlar listesinde ilan edilmiş, 12'si geri alınmış, 2276'sı ise Genel Kurul gündeminde kalarak hükümsüz sayılmıştır⁷.

2. Genel Görüşme

Anayasada ve TBMM İçtüzüğünde düzenlenen bir diğer bilgi edinme aracı genel görüşmedir. Anayasa md. 98/4 ve TBMM İçtüzüğü md. 101, genel görüşme yöntemini, toplumu ve Devlet faaliyetlerini ilgilendiren belirli bir meselenin TBMM Genel Kurulunda görüşülmesi şeklinde tanımlamıştır. Belirli bir konu hakkında genel görüşme açılması Hükümetin, siyasi parti gruplarının ya da en az yirmi milletvekilinin TBMM Başkanlığına bu yöndeki iradelerini gösteren bir önerge sunarak talepte bulunmasına bağlıdır. Genel görüşme açılıp açılmayacağı ile ilgili karar mercii Meclis Genel Kuruludur⁸. Bu konuda yapılacak oylama öncesinde Hükümet, siyasî parti grupları ve genel görüşme açılması için talepte bulunan milletvekillerinden ilk imza sahibi ya da onun göstereceği bir diğer imza sahibi konuşabilir. Genel görüşme açılıp açılmamasına işaretle oylama yapılarak karar verilir (Md. 102). Şayet, genel görüşme açılması yönünde bir karar çıkarsa, genel görüşmenin gerçekleştirileceği gün özel bir gündem halinde Danışma Kurulu tarafından tespit edilir. Şu kadar ki, genel görüşme günü görüşme

⁷ Geçmiş dönemlerle kıyaslandığında 24. Dönemde TBMM Başkanlığına verilen soru önergesi sayısında önemli bir artış yaşanmıştır. Şöyle ki, 18 Nisan 1999–14 Kasım 2002 tarihlerini kapsayan 21. Dönemde Meclis Başkanlığına sunulan toplam soru önergesi sayısı 10020, 14 Kasım 2002–23 Temmuz 2007 tarihleri arasında (22. Dönem) 25584, 23 Temmuz 2007–28 Haziran 2011 tarihleri arasında (23. Dönem) ise 21598'dir. Tüm bu istatistiki bilgilere TBMM'nin resmi internet adresinde yer alan “Yazılı ve Sözlü Soru Önergeleri” başlığı altından ulaşılabilir. www.tbmm.gov.tr, Son Erişim Tarihi: 30 Kasım 2016. Son dönemde Avrupa ülkelerinde bir yasama döneminde Meclis Başkanlıklarına sunulan soru önergesi sayısı 10 ilâ 20 bin arasında değişmektedir. Ömer Faruk Gençkaya, “Parlamentar Bilgi Edinme ve Denetim Aracı Olarak Soru”, in Hasan Erikli / Bahadır Yeşilirmak (Editörler), **Parlamentar Denetim Sempozyumu**, TBMM Yayınları, Ankara, 2012, s. 70; Türk hukukunda soru önergesi ile ilgili olarak ayrıca bkz. Şeref İba, **Parlamentar Denetim**, s. 63–75.

⁸ Genel görüşme önergesinin kabul edilmesi konusunda bir mutlak ya da nitelikli çoğunluk öngörülmemiştir. Bu aşamada sağlanması gereken çoğunluk TBMM Genel Kurulunun basit çoğunluğudur. Ekrem Ali Akartürk, **Parlamentar Rejim Uygulamaları ve Parti Sistemleri**, s. 146; genel görüşme ile ilgili ayrıca bkz. Didem Yılmaz, “Müzakere İşlevi Açısından Yasama Organı”, **Anayasa Hukuku Dergisi**, Cilt 5, Sayı 9, 2016, s. 64–69.

açılmasına karar verilmesinden itibaren kırk sekiz saatten evvel ve yedi gündün sonra olamaz. Genel görüşmede ilk söz hakkı, önerge sahibi olan siyasi parti grubuna ya da önergedeki ilk imza sahibine veya onun işaret edeceği bir diğer imza sahibi milletvekiline aittir (Md. 103).

Genel görüşmenin kabul edilmesi halinde soru önergesinden farklı olarak önerge sahibi olanların dışındaki milletvekillerinin de aktif bir biçimde görüş açıklamasına katılabilmesi genel görüşmeyi daha etkin bir bilgi edinme aracı haline getirmektedir. Genel görüşme usulünde tıpkı soru önergesinde olduğu gibi, sadece soru sahibi milletvekili ve muhatabı hükümet üyesi arasında bir diyalog gerçekleşmemekte, parlamentoda farklı görüşlerin ifade edilip tartışıldığı bir müzakere ortamı yaratılmaktadır⁹. Hatta TBMM Genel Kurulu tarafından belirli bir konuda genel görüşme açılması istemi kabul edilmese dâhi kararın alınmasından evvel talebin değerlendirildiği ön görüşme safhasında da milletvekilleri görüşlerini kısımense dile getirebilir¹⁰. Ancak, genel görüşme sonucunda herhangi bir oylama yapılmaması, sistemi, hükümetin siyasal sorumluluğunun işletilmesi bakımından elverişli bir araç kılmaz. Nitekim öğretilerde etkinlik derecesi açısından genel görüşme, soru ile hükümet üyelerinin bireysel ya da kolektif düzeyde görevden ayrılması sonucunu doğuran gensoru arasında yer

⁹ Bülent Tanör / Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, s. 315; benzer yönde bkz. Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 321; Ergun Özbudun, **Parlamentar Rejimde Parlamentonun Hükümeti Murakabe Vasıtaları**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 171, Ankara, 1962, s. 57; Şeref İba, **Parlamentar Denetim**, s. 24; Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Ekin Yayınları, 20. Baskı, Bursa, Ağustos 2016, s. 262; Cem Çağatay Orak, **"Parlamento Hukukundaki İşlevselliği Bakımından Genel Görüşme Yöntemi"**, s. 39.

¹⁰ Bkz. Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 321. Nitekim genel görüşme yapıp yapılmayacağı ile ilgili gerçekleştirilen ön görüşmede genel görüşmede görüşülmesi gereken birçok konunun görüşüldüğü ve bu nedenle milletvekillerinin, genel görüşme açılması için bir yarar kalmadığını belirterek, genel görüşme açılmasına ilişkin oylamada olumsuz oy kullandığı öne sürülmüştür. Salih Sağlam, "Meclis Araştırması ve Genel Görüşmede İşleyiş ve Uygulamadaki Sorunlar", in Hasan Erikli / Bahadır Yeşilirmak (Editörler), **Parlamentar Denetim Sempozyumu**, TBMM Yayınları, Ankara, 2012, s. 100. **ÖZBUDUN** ise genel görüşmedeki ön görüşme aşamasının, ön görüşmenin sonucunda asıl görüşmeye geçilmesine gerek olmadığına yönelik bir karar çıksa dâhi bu aşamada milletvekilleri fikirlerini ifade etme olanağına sahip olacağından, parlamentar denetime katkı sağlayacağını düşünmektedir. Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 321.

alan bir araç olarak kabul edilmiştir¹¹. Türk hukuk uygulamasında ise özellikle de soru önergesi ile mukayese edildiğinde genel görüşmenin parlamento tarafından pek tercih edilen bir bilgi edinme aracı olmadığı söylenebilir. Örneğin, 28 Haziran 2011–23 Haziran 2015 tarihleri arasında (24. Dönem) genel görüşme açılması için 84 önerge verilmiş, fakat bu önergelerin 79’u Genel Kurul gündemine alınamadığından TBMM İçtüzüğü md. 77/2’ye göre bir sonraki yasama döneminde hükümsüz kalmış, 1’i reddedilmiş, sadece 4’ü kabul edilerek görüşülmüştür¹².

3. Meclis Araştırması

Anayasa md. 98/3, parlamentonun bir diğer bilgi edinme aracı olan meclis araştırmasını, “belli bir konuda bilgi edinmek için yapılan inceleme” olarak tanımlamıştır. Anayasanın öngördüğü sınırlar dâhilinde karar alma yetkisine sahip olan Meclis bu anayasal yetkisini kullanırken karar vereceği konular ile ilgili olarak bilgi edinme ihtiyacı duyabilir ve bu ihtiyacını doğrudan doğruya kendisi karşılayabilmelidir. Başka bir ifade ile karar alma yetkisi öncesinde bir araştırma yapabilmeyi de içerir. Öyle ki, bu durumu, Anayasada yer alıp almadığına bakmaksızın parlamentonun doğal bir yetkisi olarak görmek gerekir¹³. Hal böyle olunca, Meclisin araştırma yapma yetkisinin Anayasada ve TBMM İçtüzüğünde düzenlenmiş olması sadece bu yetkinin somutlaştırılmasına katkıda bulunur, yoksa Meclisin

¹¹ Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 321; Şeref İba, **Parlamentar Denetim**, s. 78; Cem Çağatay Orak, “**Parlamento Hukukundaki İşlevselliği Bakımından Genel Görüşme Yöntemi**”, s. 39.

¹² Diğer dönemler bakımından da benzer bir durum söz konusudur. Gerçekten, 14 Kasım 2002–23 Temmuz 2007 tarihleri arasında toplamda 37 adet genel görüşme önergesi verilmiş, bu önergelerin 3’ü kabul edilmiş, 1’i reddedilmiş, 23 önerge ise Genel Kurul gündeminde kalarak hükümsüz sayılmıştır. 23 Temmuz 2007-28 Haziran 2011 arasında 26 genel görüşme önergesi verilmiş, bu önergelerin 1’i kabul edilmiş, 1’i reddedilmiş, 24’ü Genel Kurul gündeminde kalarak bir sonraki yasama dönemi başladığında hükümsüz olmuştur. Söz konusu istatistiki bilgilere TBMM’nin resmi internet adresinde yer alan “Genel Görüşme Önergeleri” başlığı altından ulaşmak mümkündür. www.tbmm.gov.tr, Son Erişim Tarihi: 30 Kasım 2016.

¹³ Bkz. Erdal Onar, **Meclis Araştırması**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 419, Ankara, 1977, s. 15; benzer yönde bkz. Bülent Tanör / Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, s. 316; Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 322.

belirli meseleler hakkında araştırma yapabilmesinin bir ön koşulu olarak nitelendirilemez.

TBMM İçtüzüğü md. 104/3'te meclis araştırmasının açılmasında genel görüşme usulünün açılmasında geçerli olan kuralların uygulanacağı ifade edildiğinden, bu hususta TBMM Başkanlığına önerge verebilme yetkisine sahip olanlar, Hükümet, siyasi parti grupları ve en az yirmi milletvekilidir. Meclis araştırmasının açılıp açılmamasına karar verecek makam, genel görüşmede olduğu gibi, Meclis Genel Kuruludur¹⁴. Şayet, TBMM, meclis araştırması yapılması konusunda bir karar verirse bu araştırmayı yürütecek bir komisyon kurulur. Genel Kurul, bu araştırma komisyonunun üye sayısını, çalışma süresini ve gerekirse Ankara dışında da çalışıp çalışmayacağını belirler. Meclis araştırma komisyonu, çalışmasını üç ay içerisinde neticelendirmelidir. Bu sürede çalışmasını tamamlayamayan komisyona bir ay ek süre verilir. Söz konusu süre kesindir. Öngörülen sürede çalışmanın bitirilememiş olması halinde sürenin bitiminden itibaren on beş gün içerisinde çalışmanın neden sonuçlandırılmadığı ya da o zamana kadar ulaşılan sonuçlar üzerinde Genel Kurulda görüşme açılır. TBMM Genel Kurulu bu görüşme ile yetinebileceği gibi elde edilen veriler çerçevesinde yeni bir meclis araştırma komisyonu kurulmasına da karar verebilir. Yeni bir komisyonun kurulmasına karar verilmesi durumunda süreç aynen tekrarlanır. Zira ortada artık yeni bir karar vardır. Meclis araştırma komisyonu, kamu kurum ve kuruluşlarından bilgi alarak inceleme yapabilir, gerekli görürse ilgilileri ve uzmanları dinleyebilir. Ancak, Devlet sırları ile ticari nitelikli sırlar bu araştırma komisyonunun inceleme alanının dışında kalır (Md. 105).

TBMM İçtüzüğü md. 104/son gereğince meclis araştırma komisyonu inceleme faaliyetlerini bitirdiğinde Meclise bir rapor sunar ve bu raporla ilgili Genel Kurulda genel görüşme açılır. Ne var ki, genel görüşme neticesinde herhangi bir kararın alınması ve hükümetin siyasi sorumluluğunun işletilmesi mümkün değildir. Elbette, meclis araştırması sonucunda elde edilen veriler doğrultusunda ilgili hükümet üyesi hakkında meclis soruşturması süreci başlatılabilir ya da siyasal sorumluluk mekanizmasını işle-

¹⁴ Meclis araştırmasının açılması genel görüşme açılmasına ilişkin kurallara tabi olduğuna göre meclis araştırması açılabilmesi için yeterli olan çoğunluğu TBMM Genel Kurulunun basit çoğunluğu olarak kabul etmek gerekir. Bu konuda bkz. Ekrem Ali Akartürk, **Parlamentar Rejim Uygulamaları ve Parti Sistemleri**, s. 146.

tecek gensoru önergesi verilebilir. Fakat yukarıda ifade edildiği gibi, bu husus, meclis araştırmasının zorunlu bir sonucu değildir. Benzer bir durum Meclisin yapacağı kanuni düzenlemeler bakımından geçerlidir. Şöyle ki, TBMM, araştırma komisyonunun faaliyeti sonucunda elde ettiği veriler ekseninde yeni bir kanun yapabilir veya belirli bir kanunda değişikliğe gidebilir. Meclis araştırması Meclisin bilgi edinme araçlarından biri olduğuna göre, bu araştırma ve inceleme faaliyeti neticesinde tespit edilen hususlar çerçevesinde birtakım kanuni değişikliklerin yapılması da gayet doğaldır¹⁵. Uygulamada meclis araştırması TBMM tarafından tercih edilme sayısı bakımından soru önergesinden az, ancak genel görüşmeden fazladır. Örneğin, 28 Haziran 2011–23 Haziran 2015 tarihleri arasında (24. Dönem) toplam 3309 meclis araştırması önergesi verilmiş, bu önergelerin 3192’si Genel Kurulda görüşülmeyerek TBMM İçtüzüğü md. 77/2’e göre hükümsüz sayılmış, 1’i reddedilmiş, 1’i işlemden kaldırılmış, 115’i ise kabul edilerek görüşülmüştür¹⁶.

III. Türkiye’de Parlametonun Bilgi Edinme Araçlarının Etkisini Kaybetmesi

Çağdaş parlamenter rejimler, parlamento ile bu parlamentodan doğup ona karşı siyasi sorumluluğu olan hükümetlerin karşı karşıya geldiği bir yapının ürünü değildir. Parlametoların, kendilerini oluşturan siyasi partilerden ayrı birer kimliği bulunmaz. Parlametolar, temsil, yasama, müzakere, bilgi edinme ve denetim gibi işlevlerle donatılmış bir mekanizma olup, bu

¹⁵ Bülent Tanör / Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, s. 316–317; Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 322–323; Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, s. 263.

¹⁶ Diğer yasama dönemleri açısından da benzer bir husus söz konusudur. 14 Kasım 2002–23 Temmuz 2007 tarihleri arasında toplamda 433 meclis araştırması önergesi verilmiş, bu önergelerin 341’i Genel Kurulda görüşülmeyerek hükümsüz kalmış, 23’ü reddedilmiş, 3’ü işlemden kaldırılmış, 65’i kabul edilmiştir. 23 Temmuz 2007–28 Haziran 2011 arasında ise toplam 1100 meclis araştırması önergesi verilmiş, önergelerin 961’i Genel Kurulda görüşülmediğinden hükümsüz kalmış, 2’si reddedilmiş, 3’ü işlemden kaldırılmış, 134’ü kabul edilmiştir. Tüm bu istatistikî bilgilere TBMM’nin resmi internet adresinde yer alan “Meclis Araştırması Önergeleri” başlığı altından ulaşmak mümkündür. www.tbmm.gov.tr, Son Erişim Tarihi: 30 Kasım 2016.

sistemi harekete geçiren, ona yön veren aygıt siyasi partilerdir¹⁷. Diğer bir ifade ile siyasi parti gerçeğini göz ardı ederek parlamento–hükümet ilişkilerinin değerlendirilmesi mümkün değildir. Elbette, bu tespit, Meclisin bilgi edinme ve denetim işlevi açısından da geçerlidir. Gerçekten, parlamenter rejimlerde parti disiplininin artan etkinliğine bağlı olarak yasama ve yürütme erkleri iç içe geçmiştir ki, uygulamada artık parlamentoların hükümet faaliyetleri ile ilgili denetim araçlarını kullanmasının söz konusu olmadığı¹⁸, siyasal düzeyde bu konuda yürütülecek faaliyetin, iktidar–muhalafet ayrılığı üzerinden gerçekleştiği öne sürülebilir¹⁹. Hal böyle olunca, parlamenter rejimlerdeki bilgi edinme ve denetim sisteminin parlamento aracılığı ile değil, parlamento çatısı altındaki muhalafet partileri yoluyla işletildiği ifade edilebilir. Hatta yasama organının hükümeti denetlemesi bir yana, disiplinli parti örgütü aracılığıyla hükümetin parlamento-yu kontrol altında tuttuğu savunulabilir²⁰.

Parlamenter muhalafetin bilgi edinme araçlarının etkinliği hakkında şu tespitler yapılabilir: Öncelikle belirtmek gerekir ki, bilgi edinme araçları bir parlamenter denetim aracı olan meclis soruşturması ve gensoru usulüne kıyasla daha fazla tercih edilir²¹. Bu durumun iki nedeni olduğu ileri sürü-

¹⁷ Ekrem Ali Akartürk, **Parlamenter Rejim Uygulamaları ve Parti Sistemleri**, s. 142; bu konuda benzer yönde bkz. Ergun Özbudun, **Parlamenter Rejimde Parlamentosunun Hükümeti Murakabe Vasıtaları**, s. 124–125.

¹⁸ Her ne kadar, hükümetin siyasal sorumluluğunu doğurabilen mekanizmaların işletilmesi ender karşılaşılan bir durum olsa da, bilgi edinme araçları bakımından aynı husus geçerli değildir. İktidar partisi milletvekilleri, muhalafetle işbirliği yaparak bilgi edinme araçlarını kullanabilmektedir. Federal Almanya için de aynı tespit yapılabilir. Bkz. Christoph Gusy, “Parlamentarische Kontrolle”, **Juristische Arbeitsblätter**, Jg. 37, Heft 5, 2005, s. 397.

¹⁹ Erdal Onar, **Meclis Araştırması**, s. 127; Mehmet Merdan Hekimoğlu, “Parlamentosunun Hükümeti Denetim Araçları: Federal Almanya Anayasa Hukuku Açısından Karşılaştırmalı Bir Bakış”, **Güncel Aylık Hukuk Dergisi**, Mayıs 2010/5–77, s. 43–44; Faruk Bilir, “Hükümetin Siyasal Sorumluluğu ve Gensoru”, in Hasan Erikli / Bahadır Yeşilirmak (Editörler), **Parlamenter Denetim Sempozyumu**, TBMM Yayınları, Ankara, 2012, s. 136.

²⁰ Eberhard Schütt–Wetschky, “Gouvernementale Parlamentskontrolle”, **Kampf der Gewalten? Parlamentarische Regierungskontrolle–gouvernementale Parlamentskontrolle. Theorie und Empire**, Holtmann, Everhard; Patzelt, Werner J. (Hrsg.), Wiesbaden 2004, s. 17–42’den aktaran Ekrem Ali Akartürk, **Parlamenter Rejim Uygulamaları ve Parti Sistemleri**, dipnot 277, s. 142–143.

²¹ Her ne kadar muhalafetin siyasal etkinliği muhalafet ile iktidar arasındaki milletvekili sayısı farkına dayansa da, çok parti sisteminin geçerli olduğu azınlık ya da koalisyon hükümetleri bir kenara bırakılırsa, parlamenter rejimlerde doğrudan doğruya hükümetin

lebilir. Bir kere, soru, genel görüşme ve meclis araştırmasının parlamenter denetim araçlarından farklı olarak hükümet üyelerinin siyasal sorumluluğuna yol açmaması bilgi edinme mekanizmasının işletilmesini kolaylaştırır. Parlamenter muhalefetin bu araçlara başvurması sonuçta hükümetin siyasal kaderini doğrudan doğruya etkilemeyeceği için iktidar partisi milletvekilleri bilgi edinmeyi amaçlayan önergelerin reddi konusunda aktif bir çaba içerisine girmeyebilir, hatta bazen kendileri de bu araçları kullanabilir. Ayrıca, soru önergelerinin tek milletvekili tarafından verilmesi, genel görüşmenin ve meclis araştırmasının açılmasının parlamenter çoğunluğun kararına bağlı olmakla birlikte, basit çoğunluk koşulunun yeterli görülmesi de uygulamada bu araçların tercih edilmesini teşvik eder. Oysa parlamenter denetim araçları için aynı husus geçerli değildir. Rasyonelleştirilmiş parlamentarizmin²² bir neticesi olarak bir hükümet üyesinin Yüce Divana sevk kararının ya da gensoru sonucunda hükümetin bireysel veya kolektif siyasal sorumluluğunun TBMM üye tamsayısının salt çoğunluğunun kararına bağlı kılınması, Bakanlar Kurulunun ya da bir üyesinin görevden düşürülmesi amacı ile yapılan oylamada sadece güvensizlik oylarının sayılması parlamenter muhalefet tarafından bu mekanizmaların işletilmesini zorlaştırır.

Ne var ki, parlamenter muhalefetin bilgi edinme araçlarını denetim araçlarına kıyasla daha fazla kullanması, soru, genel görüşme ve meclis

siyasal sorumluluğuna yol açacak denetim mekanizmalarının uygulamada pek işletilmediği iddia edilebilir. Zira sayısal çoğunluğa sahip iktidar partisi milletvekilleri ile parlamenter muhalefetin işbirliği yaparak hükümeti ve bu hükümetin bir üyesini düşürmesini beklemek siyasal gerçeklerle bağdaşmaz. Elbette bu tespit, parlamenter rejimin öğelerini bünyesinde taşıyan Türk anayasal sistemi açısından da geçerlidir. Nitekim TBMM 14 Kasım 2002–23 Haziran 2015 tarihleri arasında meclis soruşturması ile sadece sekiz bakanın Yüce Divana sevk edilmesi yönünde karar almış, ancak bu bakanlar görevde olmadığından siyasal sorumlulukları gündeme gelmemiştir. Bu istatistiki verilere TBMM'nin resmi internet adresinde yer alan "Meclis Soruşturması Önergeleri" başlığı altından ulaşılabilir. www.tbmm.gov.tr, Son Erişim Tarihi: 30 Kasım 2016. Böylece, meclis soruşturmasının bir parlamenter denetim aracı olmaktan çıkarak, iktidar partisinin elinde muhalifleri cezalandırmada kullanılan bir araç haline dönüştüğü belirtilebilir. Gensoru ise uygulamada gündeme hiç gelmemektedir. Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluşundan bu yana sadece iki bakan ve iki hükümet gensoru usulü neticesinde görevden alınmıştır. Ekrem Ali Akartürk, **Parlamenter Rejim Uygulamaları ve Parti Sistemleri**, s. 149, 152.

²² Bkz. Kemal Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, Ekin Yayınevi, 8. Baskı, Bursa, Temmuz 2016, s. 255–257; Faruk Bilir, "Hükümetin Siyasal Sorumluluğu ve Gensoru", s. 148–150.

araştırması usullerinin etkin bir biçimde işlediği anlamına gelmez. Gerçekten, örneğin, uygulamada soru yöntemine genellikle muhalefet partileri başvurmakta, iktidar partisi milletvekilleri hükümeti zor durumda bırakan sorular sormaktan özellikle kaçınmakta²³, muhalefet partisi milletvekillerinin sorularına ise hükümet ya hiç ya da tatmin edici cevaplar vermemektedir²⁴. Ayrıca, Türk hukukunda soru yöntemi, belirli bir mesele hakkında bilgi edinmek, etki sağlamak, kamuoyunda kişisel olarak gündeme gelmek ve seçmen çıkarlarına yönelik ilgi göstermek amacıyla kullanılmaktadır. Milletvekilleri soru önergesi usulünü hükümetin faaliyetleri hakkında bilgi edinmekten ziyade adeta seçmene “selam vermek” için tercih etmektedir. Nitekim hükümet üyelerine yöneltilen soruların önemli bir kısmının içeriğini, çoğu zaman seçim çevresi ile ilgili sorunların oluşturması bu yöntemin siyasal saiklerle kullanıldığının bir göstergesidir²⁵. Bu

²³ İktidar partisi milletvekilleri tarafından soru önergesinin çok tercih edilen bir bilgi edinme aracı olmadığı ifade edilmelidir. Hükümet faaliyetleri ile ilgili bilgi edinmek iktidar partisi milletvekilleri için parti içerisinde çözülebilecek bir mesele olarak değerlendirilir. İstatistikî veriler de bu görüşü destekler niteliktedir. Mesela, 28 Haziran 2011–23 Haziran 2015 tarihleri arasında 18 iktidar partisi milletvekili 64 soru önergesi vermiştir. Aynı dönemde TBMM Başkanlığına sunulan soru önergesi sayısının 71273 olduğu dikkate alınırsa bu sayının ne kadar az olduğu anlaşılır. Bu bilgilere TBMM'nin resmi internet adresinde yer alan “Yazılı ve Sözlü Soru Önergeleri” başlığı altından ulaşılabilir. www.tbmm.gov.tr, Son Erişim Tarihi: 30 Kasım 2016. İktidar partisi milletvekillerinin soru önergesi usulünü kullanmalarının nedenini, hükümeti eleştirmek değil, hükümetin faaliyetleri ile ilgili parlamentoya bilgi vererek hükümetin icraatlarına dikkat çekmek oluşturmaktadır. Benzer yönde ayrıca bkz. Ergun Özbudun, **Parlamentar Rejimde Parlamantonun Hükümeti Murakabe Vasıtaları**, s. 44.

²⁴ İter Turan, “Parlamentar Demokraside Denetim İşlevi ve Türkiye”, **AÜSBFD**, Cilt 33, Sayı 1, Mart–Haziran 1978, s. 19; Ekrem Ali Akartürk, **Parlamentar Rejim Uygulamaları ve Parti Sistemleri**, s. 146; Şeref İba, **Parlamentar Denetim**, s. 24. 14 Kasım 2002–23 Haziran 2015 tarihleri arasında TBMM Başkanlığına 118455 soru önergesi verilmiştir. Bu önergelerin sadece 78177'si cevaplandırılmıştır. Görüldüğü gibi, soru önergelerinin önemli bir kısmı yanıtlanmamakta ve bir sonraki yasama döneminin başında hükümsüz kalmaktadır. Buna karşılık hükümetin, iktidar partisi milletvekillerince hazırlanan soru önergelerinin yanıtlanması konusunda daha istekli davrandığı söylenebilir. Mesela, 28 Haziran 2011–23 Haziran 2015 tarihleri arasında iktidar partisi milletvekillerince sunulan 64 soru önergesinin 59'u yanıtlanmışken, aynı dönemde muhalefet milletvekillerince hazırlanan 71209 soru önergesinin 41343'ü yanıtlanmıştır. Bu bilgilere TBMM'nin resmi internet adresinde yer alan “Yazılı ve Sözlü Soru Önergeleri” başlığı altından ulaşılabilir. www.tbmm.gov.tr, Son Erişim Tarihi: 30 Kasım 2016.

²⁵ Ömer Faruk Gençkaya, “**Parlamentar Bilgi Edinme ve Denetim Aracı Olarak Soru**”, s. 70, 73; parlamentar denetimin ve bilgi edinmenin etkisiz olduğu hakkında ayrıca

husus, bir yasama döneminde TBMM Başkanlığına sunulan soru sayısının artmasına yol açmakta ve hükümetin tüm soruları yanıtlamasını önleyerek, soru önergelerinin etkinliğini kaybetmesine neden olmaktadır. Uygulamada özellikle de sözlü soru önergelerinin işlevsel bir bilgi edinme aracı olmaktan çıkmasına sebep olan bir diğer husus, bir bakanın başka bakana

bkz. Şeref İba, **Parlamentar Denetim**, s. 134–135. Bir yasama döneminde TBMM Başkanlığına sunulan soru sayısı incelendiğinde her koşulda yazılı soru sayısının sözlü soru sayısından daha fazla olduğu görülür. Yazılı soru önergesinin lehine oluşan bu farkın tesadüf olmadığı savunulabilir. Şöyle ki, TBMM İçtüzüğü md. 96/1 uyarınca, sözlü soru önergeleri 100 kelime ile sınırlandırılmış ve fakat yazılı soru önergeleri açısından bu tür bir üst sınır kabul edilmemiştir. Hal böyle olunca, milletvekillerinin seçmenlerinin sorunlarını daha fazla dile getirmek ve bu şekilde, özellikle yerel basın organlarında daha çok haber konusu olarak, seçmenleri gözünde parlamenter görevlerini eksiksiz biçimde yerine getirdikleri izlenimini uyandırmak için yazılı soru önergesini tercih ettikleri iddia edilebilir. Nitekim arka arkaya seçilen “profesyonel” bazı milletvekilleri, soru önergesi hazırlama işini öyle ileri noktaya taşımıştır ki, bir yasama dönemi içerisinde on bine yakın soru önergesi sunan milletvekilleri bulunmaktadır (Örneğin, 28 Haziran 2011–23 Haziran 2015 tarihleri arasında MHP Kütahya Milletvekili Âlim Işık 5412, CHP Ardahan Milletvekili Ensar Ögüt 5433, CHP İstanbul Milletvekili Mustafa Sezgin Tanrıkulu 7229, MHP Ankara Milletvekili Özcan Yeniçeri 9389 soru önergesi sunmuştur. Bu istatistiki bilgilere TBMM’nin resmi internet adresinde yer alan “Yazılı ve Sözlü Soru Önergeleri” başlığının altından ulaşılabilir. www.tbmm.gov.tr, Son Erişim Tarihi: 30 Kasım 2016.). Türk hukuk öğretisinde **İBA** yazılı soru önergesinin çoğu zaman yerel sorunları konu edindiğini, ulusal nitelikli konularda ise daha çok başka denetim araçlarının tercih edildiğini ifade ederek, söz konusu önerge şeklinin uygulamada sözlü önergelere göre daha fazla tercih edilme nedenini şu şekilde açıklamaktadır: “... Yazılı soru önergeleri yoluyla sözlü soruya göre genellikle daha kısa sürede sonuç alınmaktadır. Bunun başlıca nedeni özellikle Genel Kurul çalışmalarının yoğun olduğu dönemlerde sözlü soru önergelerine yeterince zaman ayrılmaması ve İçtüzüğün bazı engelleyici hükümleri yüzünden önergelerin görüşmelerinin sürekli ertelenerek çok uzun zaman almasıdır... Uygulamada, yazılı soru önergelerine alınan cevapların çoğu zaman basına intikal ettirilerek seçmen kitlesine ve kamuoyuna mesajlar yollanmak istendiği görülmektedir... Milletvekilleri kimi zaman belirli bir bakanlığı veya genel müdürlüğü ilgilendiren konularda o kuruluşu soru yağmuruna tutarak bir bakıma ölç alma ve kuruluş yöneticilerini köşeye sıkıştırma stratejisi izleyebilmektedir...” Şeref İba, **Parlamentar Denetim**, s. 67. Fakat soru önergelerinin sadece Türkiye’de değil, diğer ülkelerde de zaman zaman siyasi amaçlarla kullanılabilirdiği belirtilmelidir. Gerçekten, örneğin Fransa ve Polonya’da milletvekillerinin, soru önergesini kamuoyu nezdinde itibar kazanmak, seçmenlerin çıkarlarını karşılayarak, onların isteklerini gündeme taşımak gibi bilgi edinmek dışında farklı amaçlarla da kullanılabilirdiği ileri sürülmüştür. **Parlamentolar ve Parlamentar Gözetim ve Denetim (Seçili Avrupa Ülkesi Tecrübelerinin Karşılaştırılması)– SIGMA Raporu Çevirisi**, (Çeviren Muhammed Emin Güzel / Abdussamed Sığırtmaç), TBMM Basımevi, 1. Baskı, Ankara, Ağustos 2016, s. 33, 57.

sorulan sorulara Genel Kurulda cevap vermesidir. Soruların ilgili konuda uzman olmayan bakan tarafından yanıtlanması cevap metnin kürsüden okunması şeklinde gerçekleşmekte ve bu bakan soru sahibinin ek açıklamalarına yanıt veremediğinden bir bilgi edinme aracı olarak soru yöntemi işlevini kaybetmektedir²⁶.

Türk hukukunda genel görüşme ve meclis araştırması usullerinin etkinliği hususunda da önemli sorunlar ortaya çıkmaktadır. Bu konuda ifade edilebilecek ilk husus, Meclis çoğunluğu tarafından kabul edilmediği sürece bu bilgi edinme araçlarının kullanılmasının mümkün olmamasıdır²⁷. Parlamenter rejimlerde parlamentonun çoğunluğunu iktidar partisi oluşturduğuna göre muhalefet partileri bu araçları tek başına kullanamaz. Bu nedenle, genel görüşme açılması veya meclis araştırma komisyonu kurulması önergelerinin ya Hükümetten gelmesi ya da iktidar partisinin muhalefet partilerinden gelen önergeleri desteklemesi veya en azından bu önergelere karşı çıkmaması gerekir²⁸. Bilgi edinme araçlarının kullanılmasını Hükümetin iradesine bağlı kılan bu durumun, parlamenter muhalefeti işlevsizleştirdiği açıktır. Genel görüşme ve meclis araştırması ile ilgili üzerinde durulması gereken bir diğer husus, bu bilgi edinme araçlarına ilişkin öner-

²⁶ Bkz. İrfan Neziroğlu, “Türkiye Büyük Millet Meclisinde Parlamenter Denetim Aracı Olarak Sözlü Soru Önergelerinin Etkinliği”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 8, Sayı 2, 2006, s. 159.

²⁷ Ekrem Ali Akartürk, **Parlamenter Rejim Uygulamaları ve Parti Sistemleri**, s. 147; bu konuda benzer yönde bkz. Didem Yılmaz, “Muhalefetin Anayasal Statüsü Nasıl Düzenlenebilir?”, in İbrahim Ö. Kaboğlu (Der.), **Türkiye'nin Anayasa Gündemi (27 uzman, 66 soru-yanıt)**, İletişim Yayınları, İstanbul, 2016, s. 266.

²⁸ Ekrem Ali Akartürk, **Parlamenter Rejim Uygulamaları ve Parti Sistemleri**, s. 147. Parlamenter rejimlerde iktidar partisi parlamentonun çoğunluğunu oluşturacağından parti disiplinin de katkısıyla iktidar partisi milletvekilleri tarafından verilen önergelerin parlamentoda kabul edilerek görüşüleceği ileri sürülebilir. Ancak, 14 Kasım 2002–23 Temmuz 2007 tarihlerini kapsayan dönemde bu konuda istisnai bir hal ortaya çıkmış ve Adalet ve Kalkınma Partisi milletvekilleri tarafından TBMM Başkanlığına verilen 6 genel görüşme önergesinin 4'ü, 31 meclis araştırması önergesinin 7'si reddedilmiştir. Bu istatistiki bilgilere TBMM'nin resmi internet adresinde yer alan “Genel Görüşme Önergeleri” ve “Meclis Araştırması Önergeleri” başlığı altından ulaşılabilir. www.tbmm.gov.tr, Son Erişim Tarihi: 30 Kasım 2016. Bu dönemde Adalet ve Kalkınma Partisinin milletvekili sayısının 363 olduğu dikkate alındığında, bu önergelerin reddi meselesi daha da önemli bir hal alır. Nitekim sonraki yasama dönemlerinde milletvekili sayısı azalmakla birlikte parlamentonun çoğunluğuna sahip olan Adalet ve Kalkınma Partisinin genel görüşme ve meclis araştırması önergeleri bir daha reddedilmemiştir. Bu durum, Adalet ve Kalkınma Partisindeki disiplinin 2007 sonrasında fark edilir bir şekilde katılaştığının göstergesidir.

gelerin büyük bir kısmının uygulamada TBMM Genel Kurul gündemine hiç gelmemesi ve bunun sonucu olarak takip eden yasama döneminin başında TBMM İçtüzüğü md. 77/2 uyarınca hükümsüz olmasıdır. 14 Kasım 2002–23 Haziran 2015 tarihleri arasında 147 genel görüşme önergesi verilmiş, bunların 126’sı Genel Kurul gündemine gelmemiş, aynı tarih aralığında yine 4842 meclis araştırması önergesi verilmiş, bunların 4494’ü Genel Kurul gündemine gelmeyecek, takip eden yasama döneminde hükümsüz kalmıştır²⁹. Gündeme alınmayarak işlevini kaybeden önerge sayısının bu kadar yüksek olması, Hükümetin sadece önergelerin kabul edilmesinde değil ve ayrıca gündeme alınması konusunda da etkin olmasının bir sonucudur. Diğer bir anlatım ile önergelerin reddi gibi gündeme alınmaması da bu önergelerin görüşülmesinin engellenmesini amaçlar. Şöyle ki, TBMM Genel Kurulunun gündemini siyasi parti gruplarınca görevlendirilen milletvekillerinden oluşan Danışma Kurulu tespit eder. Her ne kadar, yasama döneminin başında Danışma Kurulunun önerisinin Genel Kurul tarafından kabul edilmesi ile bilgi edinme dâhil denetim araçlarının önergelerin görüşülmesi salı gününe bırakılsa da, ilerleyen birleşimlerde çoğu zaman iktidar partisi grubunun önerisi sonucunda Genel Kurul tarafından önergelerin görüşülmemesi yönünde karar alınır³⁰. Hükümet bakımından önergelerin gündem dışı bırakılması, görüşülerek reddedilmesine kıyasla daha tercih edilir bir yoldur. Çünkü genel görüşme açılmasına veya meclis araştırma komisyonu kurulmasına ilişkin bir önerge gündeme alındığında önergenin en azından ön görüşmesi yapılır. Bu ön görüşme neticesinde önerge Genel Kurul tarafından reddedilse de milletvekilleri fikirlerini ifade etme olanağına sahip olur. Oysa önerge gündeme hiç alınmazsa ön görüşme de yapılamaz. Bu durumun özellikle de muhalefet milletvekillerince hazırlanan genel görüşme veya meclis araştırması önergelerinin işlevini kaybetmesine yol açacağı konusunda şüphe yoktur³¹.

²⁹ Bu bilgilere TBMM’nin resmi internet adresinde yer alan “Genel Görüşme Önergeleri” ve “Meclis Araştırması Önergeleri” başlıkları altında ulaşılabilir. www.tbmm.gov.tr, Son Erişim Tarihi: 30 Kasım 2016.

³⁰ Bu konuda bkz. İzzet Eroğlu, “Türkiye Büyük Millet Meclisi Danışma Kurulunun İşlevleri”, *Yasama Dergisi*, Sayı 8, Ocak–Şubat–Mart–Nisan 2008, s. 16–17.

³¹ Nitekim 14 Kasım 2002–23 Haziran 2015 tarih aralığını kapsayan üç yasama döneminde TBMM Başkanlığına sunulan ve TBMM İçtüzüğü md. 77/2 uyarınca gündeme alınmayarak hükümsüz kalan 126 genel görüşme önergesinin sadece 1 tanesi Adalet ve Kalkınma Partisi milletvekillerine aittir. Gündeme alınmayan diğer 125 önerge muhalefet *YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)*

IV. Türkiye’de Parlamentonun Bilgi Edinme Araçlarının Etkinleştirilmesi Üzerine Somut Çözüm Önerileri

Türkiye’de parti disiplininin de etkisiyle bilgi edinme kanalları büyük ölçüde tıkanan parlamenter muhalefetin yeniden etkinleştirilmesi için bir takım hukuki değişikliklerin yapılması zorunludur. Çünkü parlamenter faaliyet, öncesinde bir bilgi akışını gerekli kılar. Bu bilgi alışverişinin sağlanması, etkin bir parlamenter rejimin oluşturulmasının temel şartlarından biri olarak ortaya çıkar. Nitekim son dönemde karşılaştırmalı hukukta yaşanan gelişmeler mercek altına alındığında, parlamentoların bilgi edinme ve denetim işlevlerini arttıran düzenlemelerin kabul edildiği görülür³². Bu yaşanan gelişmeler çerçevesinde Türk hukukunda da benzer değişikliklerin gerçekleştirilmesi önerilebilir. Bu noktada yapılması gereken ilk değişiklik, milletvekilleri tarafından uygulamada en fazla tercih edilen bilgi edinme aracı konumunda olan soru önergesini tekrar düzenlemek olmalıdır. Yukarıda da ifade edildiği gibi, bir yasama döneminde milletvekillerce hazırlanan soru önergelerinin önemli bir kısmı cevaplandırılmamakta ve sonraki yasama döneminin başında hükümsüz kalmaktadır. Bu nedenle, öncelikle bu soruların yanıtlanmasını teşvik edecek değişiklikler yapılmalıdır. Hollanda Ulusal Meclis İçtüzüğü incelendiğinde yazılı soru önergelerinin belirlenen sürelerde cevaplanmaması durumunda yanıtız kalan soru ile birlikte ilgili hükümet üyesinin isim ve soy isminin Tutanak Dergisinde veya Resmi Gazetede ifşa edildiği görülür³³. Benzer bir usulün, TBMM

milletvekilleri tarafından hazırlanmıştır. Bu istatistiki verilere TBMM’nin resmi internet adresinde yer alan “Genel Görüşme Önergeleri” başlığı altından ulaşılabilir. www.tbmm.gov.tr, Son Erişim Tarihi: 30 Kasım 2016. Bu konuda bir hususun altı çizilmesidir: Uygulamada özellikle meclis araştırması önergesi muhalefet milletvekilleri tarafından parlamenter çoğunluğun karar almasını yavaşlatmak amacıyla kullanılır. Muhalefet milletvekilleri, güncel her konuda araştırma önergesi vererek önerge sayılarını artırma yarışını içine girmekte ve önergeleri siyasal iktidar karşısında bir obstrüksiyon aracı olarak görmektedir. Buna karşılık, iktidar partisinin önerisi ve Genel Kurulun kararı ile önergelerin görüşülmesini engelleyen girişimler, hükümetin, parlamento içerisindeki etkinliğini korumaya yönelik bir giyotin aracı olarak değerlendirilebilir.

³² **Parlamentolar ve Parlamenter Gözetim ve Denetim (Seçili Avrupa Ülkesi Tecrübelerinin Karşılaştırılması)– SIGMA Raporu Çevirisi**, s. 111.

³³ Şeref İba, **Parlamenter Denetim**, s. 48. Hollanda Ulusal Meclis İçtüzüğü md. 135’e göre, altı hafta geçmesine rağmen hala yanıtlanmamış olan soru önergeleri üç aylık aralıklarla Genel Sekreter tarafından kamuoyuyla paylaşılır.

İçtüzüğüne eklenmesi önerilebilir. Bu ilanın, soru önergelerinin muhatabını kamuoyu baskısı altına alıp soruları öngörülen sürede cevaplandırmaya yönelteceği iddia edilebilir.

Ayrıca, bir yasama dönemi içerisinde milletvekilleri tarafından yöneltebilecek yazılı soru önergesi sayısının sınırlandırılması da önerilebilir³⁴. Zira hükümet üyelerinin kendilerine yöneltilen soruların büyük bir çoğunluğunu cevaplayamamasının nedenini, milletvekilleri tarafından uygulamada özellikle yazılı soru önergelerinin diğer ülkelere kıyasla çok daha fazla tercih edilmesi oluşturur. Bu sınırlandırmanın nasıl yapılacağı ile ilgili olarak ise farklı fikirler ileri sürülebilir. Örneğin, Federal Alman Meclisi İçtüzüğü md. 105'te milletvekillerinin Federal Hükümete sözlü ve yazılı soru önergesi yöneltebileceği belirtildikten sonra, Federal Meclisin Soru Saatleri ve Yazılı Sorular İçin 4 Nolu Yönergenin 13. maddesinde bir milletvekilinin ayda sadece dört yazılı soru önergesi sunabileceği düzenlenmiştir³⁵. Öğretide bu konuda ifade edilen bir diğer görüş, soru önergele-

https://www.houseofrepresentatives.nl/sites/default/files/atoms/files/141120-rules_of_procedure.pdf, Son Erişim Tarihi: 30 Kasım 2016, s. 32. Benzer bir ilan, Portekiz Ulusal Meclis İçtüzüğü md. 230/1'de öngörülmüştür.

http://www.en.parlamento.pt/Legislation/Rules_of_Procedure.pdf, Son Erişim Tarihi: 30 Kasım 2016.

³⁴ Soru önergeleri açısından öngörülecek sınır sadece yazılı önergeler için geçerli olmalıdır. Nitekim uygulamada sayısal bakımdan parlamentonun işleyişini zayıflatan sözlü değil, yazılı soru önergeleridir. Geçmiş dönemlere ait istatistikî bilgiler de bu yöndedir. 18 Nisan 1999–14 Kasım 2002 tarihlerini kapsayan 21. Dönemde Meclis Başkanlığına sunulmuş soru önergesi sayısı 10020 (1980'i sözlü, 8240'ı yazılı), 14 Kasım 2002–23 Temmuz 2007 tarihleri arasında (22. Dönem) 25584 (2590'ı sözlü, 22994'ü yazılı), 23 Temmuz 2007–28 Haziran 2011 arasında (23. Dönem) 21598 (2355'i sözlü, 19243'ü yazılı), 28 Haziran 2011–23 Haziran 2015 arasında (24. Dönem) ise 71273'tür (7161'i sözlü, 64112 yazılı). Bu verilere TBMM'nin resmi internet adresinde yer alan "Yazılı ve Sözlü Soru Önergeleri" başlığı altından ulaşılabilir. www.tbmm.gov.tr, Son Erişim Tarihi: 30 Kasım 2016.

³⁵http://www.bundestag.de/parlament/aufgaben/rechtsgrundlagen/go_btg/anlage4/245184, Son Erişim Tarihi: 30 Kasım 2016. Avrupa Birliği Parlamentosu İçtüzüğü md. 130/3'te de bir milletvekilinin ayda en fazla beş yazılı soru önergesi sunabileceği belirtilmiştir. <http://www.europarl.europa.eu/sipade/rulesleg8/Rulesleg8.DE.pdf>, Son Erişim Tarih: 30 Kasım 2016, s. 79. Soru önergesi sayısının sınırlandırılmasının yanı sıra soru önergelerinde yer alan sözcük sayısının sınırlandırılması da ileri sürülebilir. Bkz. İrfan Neziroğlu, "Türkiye Büyük Millet Meclisinde Parlamenter Denetim Aracı Olarak Sözlü Soru Önergelerinin Etkinliği", s. 167. Türk hukukunda bu kural, yazılı soru önergeleri için düşünülebilir. Zira TBMM İçtüzüğü md. 96/1 gereğince sözlü soru önergesi yüz kelimeyi *YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)*

rinin sayısını siyasi parti gruplarının parlamentodaki toplam üye sayısı oranına göre sınırlandırmaktadır. İspanya³⁶ ve Portekiz Meclis İçtüzüklerinden esinlenen görüşe göre, TBMM İçtüzüğü değiştirilerek Genel Kurul gündeminde her hafta belirli sayıda sorunun yanıtlanması kararlaştırılabilir ve bu sorular Genel Kurulda temsil oranına göre siyasi parti grupları ve bağımsız milletvekilleri arasında paylaştırılabilir³⁷. Hangi yöntem kabul edilirse edilsin bu sınırlandırma milletvekilleri arasındaki seçmenlerin dikkatini çekmek için daha fazla soru sorma konusunda yaşanan rekabeti önleyecektir.

Soru önergesi usulünün etkin bir bilgi edinme aracı olması için yapılması gereken bir diğer değişikliği, milletvekillerince TBMM Başkanlığına sunulan soru önergelerinin soru sahibi tarafından talep edilmesi halinde Genel Kurul dışında komisyonlarda da yanıtlanabilmesi oluşturur. Karşılaştırmalı hukukta İspanya Ulusal Meclis İçtüzüğü'nün 187. maddesi bu konuda yön gösterici bir niteliğe sahiptir. Gerçekten, bu maddeye göre, "Aksi belirtilmediği sürece soru sahibinin yazılı bir cevap beklediği varsayılır, eğer sözlü bir cevap talep edilmiş ve başka bir açıklama yapılmamışsa, cevabın ilgili komisyonda verileceği kabul edilir³⁸". Genel Kurul gün-

geçemez. Fakat yazılı önergelerde bu tür bir sayı öngörülmemiş, sadece kısa olması gerektiği düzenlenmiştir. Milletvekilleri ise uygulamada birkaç sayfa soru önergesi vererek, sayısal olarak zaten fazla olan yazılı önergelerin, içeriğinin de artmasına ve soruların önemli bir kısmının yanıtız kalmasına neden olmaktadır.

³⁶ İspanya Ulusal Meclis İçtüzüğü'nün 188. maddesi uyarınca siyasi parti grupları ve milletvekilleri, hükümete ya da hükümet üyelerine yazılı soru sorabilmektedir. Ancak, 6 Eylül 1983 tarihli Meclis Başkanlığı Kararı soruların yanıtlanmasında siyasi parti gruplarına öncelik tanıdığından uygulamada yalnızca siyasi parti grupları parlamentoda temsil oranına göre soru sorabilmektedir. Bkz. **Parlamentolar ve Parlamenter Gözetim ve Denetim (Seçili Avrupa Ülkesi Tecrübelerinin Karşılaştırılması)– SIGMA Raporu Çevirisi**, s. 99. Portekiz'de de uygulamada soru önergeleri siyasi parti grupları arasında paylaştırılmaktadır. Bkz. İrfan Neziroğlu, "Türkiye Büyük Millet Meclisinde Parlamenter Denetim Aracı Olarak Sözlü Soru Önergelerinin Etkinliği", s. 167.

³⁷ Bu öneri için bkz. İrfan Neziroğlu, "Türkiye Büyük Millet Meclisinde Parlamenter Denetim Aracı Olarak Sözlü Soru Önergelerinin Etkinliği", s. 166–167.

³⁸http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Hist_Normas/Norm/stan ding_orders_02.pdf, Son Erişim Tarihi: 30 Kasım 2016. Avrupa Birliği Parlamentosu İçtüzüğü md. 130/4'e göre soru önergesi zamanında cevaplandırılmazsa, soru sahibinin istemi durumunda bir sonraki oturumda ilgili komisyona yönlendirilir. <http://www.europarl.europa.eu/sipade/rulesleg8/Rulesleg8.DE.pdf>, Son Erişim Tarihi: 30 Kasım 2016, s. 79.

deminin genellikle yoğun olduğu dikkate alındığında³⁹, önergelerin TBMM Başkanlığınca sorunun konusuna göre ilgili komisyona havale edilmesi yanıtlanan soru sayısını da artıracaktır. Hatta bu noktada bir adım daha ileriye giderek, ilgili komisyonda soru önergelerinin sadece muhatabı bakan tarafından değil ve ayrıca bakanlık faaliyetinin yerine getirilmesinde bakana yardımcı ve alanında uzman olan bakan yardımcıları ya da müsteşarlar tarafından da yanıtlanabilmesine olanak tanınabilir⁴⁰. Burada önem arz eden asıl husus, soru önergelerinin başka bir bakan tarafından yanıtlanmasına imkân vermemektir. Zira yukarıda belirtildiği gibi, uygulamada çoğu zaman sorunun muhatabı olmayan bakanlar soru önergelerine cevap vermekte ve bilgi eksikliği nedeniyle bu cevaplar soru sahibini tatmin etmemektedir.

Soru önergesinin dışında diğer bilgi edinme araçları olan genel görüşmenin ve meclis araştırmasının etkinleştirilmesi ile ilgili olarak ise şunlar ifade edilebilir: Öncelikle, genel görüşme ve meclis araştırması önergelerinin kabul edilmesi, parlamentonun çoğunluğunun kararına bağlanmalı, genel görüşmenin açılabilmesi veya meclis araştırma komisyonunun kurulabilmesi için parlamenter muhalefetin istemi yeterli olmalıdır. Nitekim karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemeler bu yöndedir. Örneğin, Federal Alman Anayasası md. 44/1 uyarınca Federal Meclis doğrudan doğruya veya üyelerinin dörtte birinin⁴¹ talebi üzerine açık oturumda gerekli delil-

³⁹ Soru önergelerinin görüşülmesi için TBMM İçtüzüğü md. 98/2'ye göre haftanın salı ve çarşamba günleri birleşimin başında bir saatlik süre ayrılmıştır. Ancak, gündemin yoğunluğu gerekçe gösterilerek bu sürelerde genelde kanun önerileri görüşülür. Oysa soru önergelerinin etkinleştirilmesi için söz konusu sürelerle uyulması gerekir. Mahmut Bülbül, “**Soruda İşleyiş ve Uygulamada Sorunlar**”, s. 80. Soru önergelerinin geç cevaplanarak güncelliğini yitirmesini engellemek için sorular arasında acil olan ve olmayan şeklinde bir ayrımına gidilmesi ve milletvekillerinin her yasama döneminde sadece belli sayıda sorabileceği acil soruların, muhatapları tarafından aynı hafta içerisinde yanıtlanması zorunluluğunun getirilmesi de önerilebilir. İrfan Neziroğlu, “**Türkiye Büyük Millet Meclisinde Parlamenter Denetim Aracı Olarak Sözlü Soru Önergelerinin Etkinliği**”, s. 166.

⁴⁰ Benzer yönde bir kural, İspanya Ulusal Meclis İçtüzüğü'nün 189. maddesinin 2. fıkrasında yer almaktadır. Bkz.

http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Hist_Normas/Norm/standi ng_orders_02.pdf, Son Erişim Tarihi: 30 Kasım 2016.

⁴¹ Federal Meclis üyelerinin dörtte birinin talep etmesi durumunda meclis araştırma komisyonu kurulması zorunludur. Bu dörtte birlik çoğunluk, anayasal organların yetki ihtilafına ilişkin davalarda Federal Meclisin bir unsuru olarak taraf ehliyetine sahiptir. Bkz. *YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)*

leri toplamakla görevli bir meclis araştırma komisyonu kurulabilir⁴². Benzer yönde hükümler, 9 Haziran 1975 tarihli Yunanistan Anayasası md. 68/2'de⁴³, 2 Nisan 1976 tarihli Portekiz Anayasası md. 178/4'te⁴⁴, yeni

Tevfik Sönmez Küçük, "Anayasa Hukukunda Organ Uyuşmazlığı Davası Üzerine Bir İnceleme", **Anayasa Hukuku Dergisi**, Cilt 5, Sayı 9, 2016, s. 183–184.

⁴² Bkz. <http://www.verfassungen.de/de/gg49-i.htm>, Son Erişim Tarihi: 30 Kasım 2016. Almanya'da federe devlet düzeyinde de meclis araştırma komisyonu kurulabilir. Fakat federal meclis araştırma komisyonunun kurulmasından farklı olarak federe meclislerin çoğunluğunun kararı gereklidir. Bu çerçevede Baden–Württemberg Federe Devleti bir istisna oluşturur. Şöyle ki, Meclis Araştırma Komisyonu Kanunu md. 3/2 ve Baden–Württemberg Meclis İçtüzüğü md. 33 uyarınca federe düzeyde meclis araştırma komisyonu kurulması için iki siyasi parti grubunun istemde bulunması yeterlidir. Bkz. Hans H. Klein, Artikel 44, in Theodor Maunz / Günter Dürig (Hrsg.), **Grundgesetz–Kommentar**, C. H. Beck Verlag, 77. Ergänzungslieferung, München, 2016, Rn. 37. Federal Almanya'da Türk hukukundaki genel görüşme usulüne benzeyen güncel meselelerin tartışıldığı "güncel saat" yöntemi de bir parlamenter bilgi edinme aracıdır. "Güncel Saat" görüşmesinin yapılabilmesi Federal Meclis Başkanlık Divanı, siyasi parti grubu ya da milletvekili üye tamsayısının yüzde beşi tarafından bu yönde alınan bir karara bağlıdır. Bu noktada Federal Meclisin bir kararı söz konusu değildir. Diğer bir ifade ile parlamenter muhalefetin istemi yeterlidir. Konuşmacı sayısının ve süresinin sınırlandırıldığı bu usule uygulamada sıklıkla başvurulmaktadır. 2009–2013 yılları arasında, yani 17. Yasama Döneminde söz konusu yöntem 131 defa başvurulmuştur. Bu konuda bkz. http://www.bundestag.de/parlament/aufgaben/regierungskontrolle_neu/kontrolle/instru/255462, Son Erişim Tarihi: 30 Kasım 2016. Başlı başına bu örnek, Federal Almanya'da parlamenter muhalefetin bilgi edinme araçlarının kullanılmasında ne ölçüde etkin olduğunun bir göstergesidir. Oysa yukarıda işaret edildiği gibi, Türk hukukunda durum farklıdır. 14 Kasım 2002–23 Haziran 2015 arasında TBMM Başkanlığına sunulan toplam 147 genel görüşme önergesinden ancak 21'i görüşülebilmiş ve bu önergelerin de yalnızca 8'i kabul edilebilmiştir. Bu istatistiksel bilgilere TBMM'nin resmi internet adresinde yer alan "Genel Görüşme Önergeleri" başlığı altından ulaşılabilir. www.tbmm.gov.tr, Son Erişim Tarihi: 30 Kasım 2016.

⁴³ Yunanistan Anayasası md. 68/2'de meclis araştırma komisyonu kurulabilmesi için öngörülen çoğunluk diğer anayasalara göre daha fazladır. Gerçekten de, bu hükme göre milletvekili üye tamsayısının beşte birinin talebi ve beşte ikisinin kararı ile meclis araştırma komisyonu kurulur. Ne var ki, md. 68/3 farklı bir çoğunluk kabul etmiştir. Dış ilişkiler ve ulusal savunma konularında meclis araştırma komisyonu kurulması için milletvekili üye tamsayısının mutlak çoğunluğu gerekir. <http://www.verfassungen.eu/griech/>, Son Erişim Tarihi: 30 Kasım 2016.

⁴⁴ Portekiz Anayasası md. 178/4 uyarınca meclis araştırma komisyonunun meclis üye tamsayısının beşte birinin talep etmesi halinde kurulması gerektiği gibi, her yasama döneminde en fazla bir kez olmak üzere bir milletvekilinin talep etmesi halinde de kurulması mümkündür. Portekiz Anayasası, meclis araştırma komisyonu kurulması için istemde bulunma yetkisini sadece belli bir parlamenter muhalefete değil ve ayrıca, her milletveki-

akım anayasacılık hareketinin bir sonucu olarak 4 Mayıs 1990 tarihli Letonya Anayasası md. 26'da⁴⁵, 23 Aralık 1991 tarihli Slovenya Anayasası md. 93'te⁴⁶, 16 Aralık 1992 tarihli Çek Cumhuriyeti Anayasası md. 30/1'de⁴⁷ ve 28 Haziran 1996 tarihli Ukrayna Anayasası md. 89/4'te⁴⁸ yer almaktadır⁴⁹.

Genel görüşme ve meclis araştırması önergelerinin etkinleştirilmesi için gerçekleştirilmesi gereken bir diğer değişiklik, bu önergelerin en azından belli bir kısmının Genel Kurulda görüşülmesini sağlamaktır. Yukarıda da belirtildiği gibi, Türk hukukunda parlamenter muhalefetin sunduğu önergeler genelde iktidar partisinin önerisi ve Genel Kurulun kararı ile görüşülememektedir. Bu nedenle, TBMM İçtüzüğü değiştirilerek, bir yasa döneminde parlamenter muhalefetin verdiği genel görüşme ve meclis araştırması önergelerinin onda veya beşte birlik gibi bir kısmının görüşülmesi esası kabul edilebilir. Fakat muhalefet partileri tarafından sunulan

line tanıyarak diğer anayasalardan ayrılmıştır. Bkz. <http://www.verfassungen.eu/p/>, Son Erişim Tarihi: 30 Kasım 2016.

⁴⁵ Meclis araştırma komisyonunun kurulması milletvekillerinin üçte birinin bu yönde istemde bulunmasına bağlıdır. <http://www.verfassungen.eu/lv/index.htm>, Son Erişim Tarihi: 30 Kasım 2016.

⁴⁶ Meclis araştırma komisyonunun kurulması için milletvekillerinin üçte birinin bu konuda bir talepte bulunması gerekir. <http://www.verfassungen.eu/sl/verf91-i.htm>, Son Erişim Tarihi: 30 Kasım 2016.

⁴⁷ Meclis araştırma komisyonunun kurulabilmesi milletvekillerinin beşte birinin bu yönde istemde bulunmasına bağlıdır. <http://www.verfassungen.eu/cz/index.htm>, Son Erişim Tarihi: 30 Kasım 2016.

⁴⁸ Meclis araştırma komisyonunun kurulması için milletvekillerinin üçte birinin bu konuda bir talepte bulunması gerekir. <http://www.verfassungen.net/ua/verf96-i.htm>, Son Erişim Tarihi: 30 Kasım 2016.

⁴⁹ Türk hukuk öğretisinde **ONAR** ise, meclis araştırma komisyonu parlamenter muhalefetin talebi ile kurulsa bile parlamenter çoğunluk söz konusu komisyonunda sayısal olarak üstün olacağından, muhalefetin araştırmayı istediği gibi yürütemeyeceğini ve araştırmanın kontrolünün yine iktidar partisi tarafından sağlanacağını ifade etmiştir. Bu sebeple, Yazara göre meclis araştırmasının açılması için belli bir azınlığın talebinin yeterli görülmesi durumunda dâhi şayet, meclis araştırması partiler üstü bir konuya yönelmemişse bir sonuç alınması beklenemez. Erdal Onar, **Meclis Araştırması**, s. 128. Parlamenter çoğunluğun meclis araştırma komisyonlarındaki bu üstünlüğünü azaltmak ve parlamenter muhalefeti etkinleştirmek için tıpkı Fransız hukukunda olduğu gibi araştırma komisyonunun başkasının muhalefet partisi üyesi olması kuralının kabul edilmesi önerilebilir. **Parlamentolar ve Parlamenter Gözetim ve Denetim (Seçili Avrupa Ülkesi Tecrübelerinin Karşılaştırılması)– SIGMA Raporu Çevirisi**, s. 34. Bu tür bir hüküm ile birlikte parlamenter muhalefet en azından komisyonun araştırmalarını yönetebilecektir.

YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)

önergelerin görüşülmesi noktasında bir üst sınırın benimsenmesinde fayda vardır. Zira genel görüşme ve meclis araştırması önermeleri, bir yandan bilgi edinme yolu olarak parlamenter denetime katkı sağlarken, diğer yandan bir obstrüksiyon aracı olarak hükümetin faaliyetlerini aksatabilir⁵⁰. Hal böyle olunca, asgari görüşülecek önerge sayısının yanı sıra azami bir sayı da tespit edilerek, parlamentonun bilgi edinme ve denetim işlevi ile hükümetin istikrar ve etkinliği arasında bir denge kurulması gerekir.

V. Sonuç

Soru, genel görüşme ve meclis araştırması olarak ifade edilebilecek olan parlamenter bilgi edinme araçları, hükümetin bireysel ya da kolektif ölçekte siyasi sorumluluğuna yol açmayarak parlamentonun denetim işlevinden ayrılır. Belirli bir konu hakkında karar alabilmek öncesinde bir bilgi akışını gerekli kıldığından bilgi edinme parlamenter faaliyetin bir ön koşulu olarak kabul edilmektedir. Fakat günümüzde parlamenter rejimler açısından olmazsa olmaz bir yapı arz eden disiplinli partiler parlamento-hükümet ilişkilerini de etkilemiş ve hükümetin iktidar partisi aracılığı ile parlamento üzerinde hâkimiyet kurmasına yol açmıştır. Parlamenter rejimlerdeki istikrarlı ve etkin hükümet arayışları ve güçlü hükümetler kurmak için öngörülen anayasal hükümler, disiplinli parti örgütü sayesinde parlamentoların karşısında siyasal düzeyde zaten etkin bir konumda olan hükümetlerin daha da güçlenmesini sağlamıştır. Nitekim çok parti sisteminin geçerli olduğu azınlık ve koalisyon hükümetleri bir yana bırakılırsa, artık parlamentoların hükümetleri denetleyerek bilgi edinebilmesi bir tarafa, hükümetlerin parlamentoların faaliyetlerini kontrol altında tuttuğu ileri sürülebilir.

Parlamenter rejimlerde parlamento ve hükümet arasındaki dengenin hükümetin lehine bozulması, parlamentonun bilgi edinme araçlarının etkinleştirilmesi için yeni usullerin kabul edilmesi gerekliliğini de beraberinde getirmiştir. Bu çerçevede, soru önermelerini yanıtlamayanların isimlerinin kamuoyu ile paylaşılması, soru usulünün amacı dışında kullanılmasını önlemek için bir yasama döneminde milletvekillerce verilebilecek önerge sayısının sınırlandırılması, soruların parlamento gündeminin yoğunluğu esas alınarak soru sahibinin talebi halinde ilgili komisyonda da

⁵⁰ Ergun Özbudun, **Parlamenter Rejimde Parlamentonun Hükümeti Murakabe Vasıtaları**, s. 125.

yanıtlanabilmesi, genel görüşmenin ve meclis araştırmasının açılabilmesi için parlamenter muhalefetin isteminin yeterli görülmesi ya da bir dönemde parlamento tarafından görüşülebilecek asgari önerge sayısının önceden belirlenmesi gibi usuller parlamentoların bilgi edinme işlevini artıran araçlardır. İşte, parlamenter muhalefetin hükümet karşısındaki işlevselliği ile ilgili önemli sorunların ortaya çıktığı Türk hukukunda da bu tür değişikliklerin yapılması öne sürülebilir. Siyasi sorumluluğu doğurmadığından hükümet istikrarını olumsuz yönde etkilemeyecek bu değişiklikler güçlü bir parlamenter rejim için de zorunludur. Çünkü parlamenter demokrasiler sadece etkin ve istikrarlı hükümetlerle değil ve ayrıca siyasal düzeyde etkin, güçlü bir parlamenter muhalefetle kurulabilir.

KAYNAKÇA

AKARTÜRK Ekrem Ali, **Parlamenter Rejim Uygulamaları ve Parti Sistemleri**, Yeditepe Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2010.

BİLİR Faruk, “Hükümetin Siyasi Sorumluluğu ve Gensoru”, in Hasan Erikli / Bahadır Yeşilirmak (Editörler), **Parlamenter Denetim Sempozyumu**, TBMM Yayınları, Ankara, 2012, s. 135–152.

BÜLBÜL Mahmut, “Soruda İşleyiş ve Uygulamada Sorunlar”, in Hasan Erikli / Bahadır Yeşilirmak (Editörler), **Parlamenter Denetim Sempozyumu**, TBMM Yayınları, Ankara, 2012, s. 74–86.

ERGÜL Ozan, “Parlamento Hukukunda Meclis Araştırması ve Genel Görüşme”, in Hasan Erikli / Bahadır Yeşilirmak (Editörler), **Parlamenter Denetim Sempozyumu**, TBMM Yayınları, Ankara, 2012, s. 88–94.

EROĞLU İzzet, “Türkiye Büyük Millet Meclisi Danışma Kurulunun İşlevleri”, **Yasama Dergisi**, Sayı 8, Ocak–Şubat–Mart–Nisan 2008, s. 5–64.

GENÇKAYA Ömer Faruk, “Parlamenter Bilgi Edinme ve Denetim Aracı Olarak Soru”, in Hasan Erikli / Bahadır Yeşilirmak (Editörler), **Parlamenter Denetim Sempozyumu**, TBMM Yayınları, Ankara, 2012, s. 66–73.

GÖZLER Kemal, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, Ekin Yayınevi, 8. Baskı, Bursa, Temmuz 2016.

GÖZLER Kemal, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Ekin Yayınları, 20. Baskı, Bursa, Ağustos 2016.

GUSY Christoph, “Parlamentarische Kontrolle”, **Juristische Arbeitsblätter**, Jg. 37, Heft 5, 2005, s. 395–399.

HEKİMOĞLU Mehmet Merdan, “Parlamentonun Hükümeti Denetim Araçları: Federal Almanya Anayasa Hukuku Açısından Karşılaştırmalı Bir Bakış”, **Güncel Aylık Hukuk Dergisi**, Mayıs 2010/5–77, s. 42–47.

İBA Şeref, **Parlamentar Denetim**, Bilgi Yayınevi, Ankara, Ağustos 1997.

KLEIN Hans H., Artikel 44, in Theodor Maunz / Günter Dürig (Hrsg.), **Grundgesetz–Kommentar**, C. H. Beck Verlag, 77. Ergänzungslieferung, München, 2016, Rn. 1–258.

KÜÇÜK Tefik Sönmez, “Anayasa Hukukunda Organ Uyuşmazlığı Davası Üzerine Bir İnceleme”, **Anayasa Hukuku Dergisi**, Cilt 5, Sayı 9, 2016, s. 171–198.

NEZİROĞLU İrfan, “Türkiye Büyük Millet Meclisinde Parlamentar Denetim Aracı Olarak Sözlü Soru Önergelerinin Etkinliği”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 8, Sayı 2, 2006, s. 151–168.

ONAR Erdal, **Meclis Araştırması**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 419, Ankara, 1977.

ORAK Cem Çağatay, “Parlamento Hukukundaki İşlevselliği Bakımından Genel Görüşme Yöntemi”, **TBB Dergisi**, Sayı 48, 2003, s. 29–39.

ÖZBUDUN Ergun, **Parlamentar Rejimde Parlamentonun Hükümeti Murakabe Vasıtaları**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 171, Ankara, 1962.

ÖZBUDUN Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, 16. Baskı, Ankara, 2016.

Parlamentolar ve Parlamentar Gözetim ve Denetim (Seçili Avrupa Ülkesi Tecrübelerinin Karşılaştırılması)– SIGMA Raporu Çevirisi, (Çeviren Muhammed Emin Güzel / Abdussamed Sığırtmaç), TBMM Basımevi, 1. Baskı, Ankara, Ağustos 2016.

SAĞLAM Salih, “Meclis Araştırması ve Genel Görüşmede İşleyiş ve Uygulamadaki Sorunlar”, in Hasan Erikli / Bahadır Yeşilirmak (Editörler), **Parlamentar Denetim Sempozyumu**, TBMM Yayınları, Ankara, 2012.

TANÖR Bülent / YÜZBAŞIOĞLU Necmi, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, Beta Yayınları, 16. Baskı, İstanbul, Ekim 2016.

TURAN İlter, “Parlamentar Demokraside Denetim İşlevi ve Türkiye”, **AÜSBFD**, Cilt 33, Sayı 1, Mart–Haziran 1978, s. 1–33.

YILMAZ Didem, “Muhalefetin Anayasal Statüsü Nasıl Düzenlenebilir?”, in İbrahim Ö. Kaboğlu (Der.), **Türkiye’nin Anayasa Gündemi (27 uzman, 66 soru–yanıt)**, İletişim Yayınları, İstanbul, 2016, s. 263–267.

YILMAZ Didem, “Müzakere İşlevi Açısından Yasama Organı”, **Anayasa Hukuku Dergisi**, Cilt 5, Sayı 9, 2016, s. 55–85.

Diğer Kaynaklar

http://www.bundestag.de/parlament/aufgaben/rechtsgrundlagen/go_btg/anlage4/245184, Son Erişim Tarihi: 30 Kasım 2016.

http://www.bundestag.de/parlament/aufgaben/regierungskontrolle_neu/kontrolle/instru/255462, Son Erişim Tarihi: 30 Kasım 2016.

http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Hist_Normas/Norm/standing_orders_02.pdf, Son Erişim Tarihi: 30 Kasım 2016.

http://www.en.parlamento.pt/Legislation/Rules_of_Procedure.pdf, Son Erişim Tarihi: 30 Kasım 2016.

<http://www.europarl.europa.eu/sipade/rulesleg8/Rulesleg8.DE.pdf>, Son Erişim Tarih: 30 Kasım 2016.

https://www.houseofrepresentatives.nl/sites/default/files/atoms/files/141120-rules_of_procedure.pdf, Son Erişim Tarihi: 30 Kasım 2016.

<http://www.verfassungen.de/de/gg49-i.htm>, Son Erişim Tarihi: 30 Kasım 2016.

<http://www.verfassungen.eu/cz/index.htm>, Son Erişim Tarihi: 30 Kasım 2016.

<http://www.verfassungen.eu/griech/>, Son Erişim Tarihi: 30 Kasım 2016.

<http://www.verfassungen.eu/lv/index.htm>, Son Erişim Tarihi: 30 Kasım 2016.

<http://www.verfassungen.eu/p/>, Son Erişim Tarihi: 30 Kasım 2016.

<http://www.verfassungen.net/ua/verf96-i.htm>, Son Erişim Tarihi: 30 Kasım 2016.

<http://www.verfassungen.eu/sl/verf91-i.htm>, Son Erişim Tarihi: 30 Kasım 2016.

www.tbmm.gov.tr, Son Erişim Tarihi: 30 Kasım 2016.

**KONŞİMENTODA VE ÇARTER SÖZLEŞMELERİNDE BULUNAN
TAHKİM ŞARTININ YÜK İLGİLİLERİNE ETKİSİ**
(*THE EFFECT OF AN ARBITRATION CLAUSE CONTAINED IN BILLS OF LADING
AND CHARTERPARTIES ON PARTIES CONCERNED WITH THE CARGO*)

Yard. Doç. Dr. / Asst. Prof. Dr. Hüseyin Afşın İLHAN¹

ÖZET

Bir tahkim sözleşmesinin taraflarının belirlenmesi her zaman kolay olmamakta, bazı hallerde tahkim sözleşmesine taraf olmayan üçüncü kişilere de tahkim sözleşmeleri teşmil edilebilmektedir. Deniz ticaretinde gerek kırkambar taşımalarında gerekse de çarter sözleşmelerinde kullanılan konşimentolarda tahkim şartına sıkça yer veriliyor olması ve konşimento ilgilerinin bazılarının taşıma sözleşmesine taraf olmaması, bu üçüncü kişilerin hukuki güvenliğini önemli ölçüde tehlikeye atabileceğinden ötürü, tahkim sözleşmesinin konşimento ilgililerine etkisi özel olarak bu çalışmada incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Tahkim, tahkim şartı, tahkim sözleşmesi, konşimento, çarter sözleşmesi, teşmil.

ABSTRACT

Determining the parties to an arbitration agreement is not always an easy task because there are cases in which arbitration agreements are extended to third parties. Arbitration clauses are widely used in bills of lading and charterparties and some of the concerned parties to the cargo are not a party to the contract of affreightment between the carrier and the shipper. The status of non-signatory concerned parties vis-à-vis the signatories is evaluated in this article.

¹ Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra – İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, **e-posta:** afsin.ilhan@yeditepe.edu.tr

Keywords: *Arbitration, arbitration clause, arbitration agreement, bill of lading, charter party, extension.*

I- Giriş

Tahkim sözleşmesinin üçüncü kişilere teşmili meselesi tahkim sözleşmesinin hem şekli geçerliliğini, hem de esasına ilişkin geçerliliğini ilgilendiren bir meseledir. Zira tahkim sözleşmesinde imzası olmayan üçüncü kişilerin tahkim sözleşmesi ile bağlı olduğunun kabulü halinde yazılılık şartının yerine gelip gelmediği tartışmalıdır. Diğer taraftan tahkim sözleşmesinin sözleşmeyi imzalamamış üçüncü kişiye teşmil edilmesi halinde sözleşmenin tarafı haline gelen üçüncü kişide tahkim iradesinin bulunup bulunmadığı, tahkim sözleşmesinin esasa ilişkin geçerliliği açısından belirleyici niteliktedir.

Tahkim sözleşmesinin üçüncü kişiye teşmili zaruretinin deniz ticaretinde sıklıkla ortaya çıkması ise konunun bu alanda ayrıca incelenmesini gerektirmektedir. Konşimentolarda sadece taşıyanın imzasının bulunması karşısında konşimentodaki hükümlerin taşıtan, gönderilen ve sigortacı gibi üçüncü kişileri bağladığı hallerde bu tarafların ayrıca tahkim sözleşmesinin tarafı haline gelmesi söz konusu olmaktadır. Diğer taraftan konşimentodan çarter sözleşmesine yapılan atıf ile sözleşmedeki hükümlerin konşimentonun bir parçası haline gelmesi durumunda, çarter sözleşmesinde bulunan tahkim şartının üçüncü kişi konumundakileri bağlaması da mümkündür. Bu çalışmada konu, konşimentoların arkasında bulunan genel şartlardaki tahkim şartı ve çarter sözleşmesinde bulunan ve atıf yolu konşimentodaki hükümlerin bir parçası haline getirilen tahkim şartı açısından iki farklı başlık altında mukayeseli bir yaklaşımla incelenecektir.

II- Konşimentoların Arka Yüzünde Yer Alan Genel Şartlarda Bulunan Tahkim Şartının Konşimento İlgililerine Teşmili

A- Türk Hukuku Bakımından

TTK 1228(1). madde hükmünün tarifi uyarınca konşimento “... bir taşıma sözleşmesinin yapıldığını ispatlayan, eşyanın taşıyan tarafından teslim alındığını veya gemiye yüklendiğini gösteren ve taşıyanın eşyayı, ancak onun ibrazı karşılığında teslim yükümlü olduğu senettir.” şeklinde tanım-

lanmıştır. Buna göre konşimento, bir navlun sözleşmesinin mevcudiyeti ile taşıyan tarafından konşimentoda belirtilen cins, miktar ve durumda eşyanın taşınmak üzere teslim alındığını ispatlar; taşıyanın eşyayı taşıma ve taşındıktan sonra varma limanında konşimento uyarınca teslim almaya yetkili şahsa teslim edeceği taahhüdünü içerir. Konşimento, bir navlun sözleşmesi uyarınca taşınan yük için taşıyan (veya yetkili bir temsilcisi) tarafından düzenlenir ve eşyayı temsil eden kıymetli evrak niteliğinde bir senettir.”

Konşimentolar genellikle taşıyanın matbu olarak kullandığı ve arka yüzlerinde basılı halde temel şartlar içeren belgelerdir. Taşıma işinin ise taşıyan, taşıtan, gönderilen, ciro (veya nama yazılı konşimentoda alacağın temlik yolu) ile konşimentodaki haklara sahip olan kişiler ve duruma göre yük sigortacısı olarak beş tane ilgilisi olduğu halde, konşimentonun üzerindeki kayıtların ve arka tarafındaki matbu genel şartların taraflarının kimler olduğunun tayini gereklidir.

a- Taşıyan

Konşimentoyu bizzat veya acentesi aracılığıyla düzenleyen taşıyanın konşimentodaki hükümlerle bağlı olduğu ve bu durumun konşimentoda mevcut tahkim şartını kapsayacağı tartışmasızdır. Taşıyan bazı hallerde konşimentoyu düzenleyen acentenin bu hususta yetkisi olmadığı iddiasını öne sürebilir.

Acente tarafından tahkim sözleşmesi akdedilmesi için ise yazılı olarak verilmiş özel yetki gerekir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2012 tarihli bir kararı² bu hususu aydınlatıcı niteliktedir: “... TTK'nın 121. maddesi hükmü uyarınca hususi ve yazılı bir muvafakat olmadan acente müvekkili namına mukavele akdine salahiyyetli değildir. Ayrıca, hangi hallerde vekile özel yetki verileceği, BK'nın 388/2. maddesiyle HUMK.63. maddelerinde belirtilmiştir. Buna göre vekilin tahkim sözleşmesi yapabilmesi için özel yetki verilmesi gerekir. Aksi halde müvekkili yapılan tahkim sözleşmesi hukuken geçersizdir.”

Gerçekten de, acente ile taşıyan arasındaki vekalet ilişkisine uygulanacak BK'nın 388. maddesinin yerini alan TBK'nın 504(3) maddesi “*Vekil, özel olarak yetkili kılınmadıkça dava açamaz, sulh olamaz, hakeme*

² Yargıtay HGK. E.2011/11-742 K.2012/82, T. 22.02.2012 (HukukTürk Hukuk Bilgi Bankası).

başvuramaz, iflas, iflasın ertelenmesi ve konkordato talep edemez, kambiyo taahhüdünde bulunamaz, bağışlama yapamaz, kefil olamaz, taşınmazı devredemez ve bir hak ile sınırlandıramaz.” hükmünü getirerek vekalet akdinden kaynaklanan temsil yetkisi ile iş gören acente gibi temsilcilerin müvekkili adına tahkim sözleşmesi akdedebilmesi için özel yetkiye ihtiyaç duyduğunu vurgulamıştır³. Şu durumda konşimentonun kendisi adına acentesi tarafından keşide edildiği hallerde taşıyan, tahkim şartından sadece konşimentoyu keşide eden acentesinin bu yönde özel yetkisi olmadığı iddiası kaçınılmazdır.

b- Gönderilen

TTK 1237(1) maddesinde taşıyan ile gönderilen arasındaki ilişkide konşimentonun esas alınacağı ifade edilmiştir. Şu durumda gönderilen, sadece taşıyan veya acentesi tarafından tek taraflı olarak imza edilmiş konşimentodaki hükümlerle, imzası olmadığı halde konşimento hamili olduğu surette kanunun uygulaması yoluyla bağlıdır⁴. Yük sigortacısının durumunu incelerken değineceğimiz Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında da ifade edildiği üzere gönderilenin konşimentodaki kayıtlar ile bağlı tutulabilmesi için usulüne uygun şekilde ciro edilmiş konşimentoyu yükün kendisine teslimi için ibraz etmiş olması gerekir. Ancak taşıyan ile taşıtan arasında ayrıca bir navlun sözleşmesi olması ve bu sözleşmede bir tahkim şartı bulunması halinde, gönderilen hem navlun sözleşmesine⁵, hem de tahkim şartına karşı üçüncü kişi konumundadır. Elbette bu açıklama gönderilen ile taşıtanın farklı kişiler olması halinde mümkündür. Gönderilenin aynı zamanda taşıtan olması halindeki hukuki durum aşağıda incelendiği gibidir.

³ 6102 sayılı TTK'nın 107. maddesi uyarınca da acenteler müvekkilleri adına sözleşme yapmak için özel ve yazılı yetkiye ihtiyaç duyarlar. Yine TTK'nın 107. maddesi uyarınca müvekkili adına tahkim sözleşmesi imzalamak yetkisini acenteye sağlayan yetki belgesinin acente tarafından tescil ve ilan ettirilmesi zorunludur. **Eksi, Nuray**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim, İstanbul 2013, s. 115.

⁴ **Yeğenil, Rasih**, Tahkim, İstanbul 1974, s. 189; **Kalpsüz, Turgut**, Takim Anlaşması, Bilgi Toplumunda Hukuk-Ünal Tekinalp'e Armağan (Cilt II, s. 1027-1053) içinde İstanbul 2003, s. 1036. İngiliz Hukukunda gönderilenin konşimento hükümleri ile bağlı olması kuralı 1888 yılında verilen *Leduc v. Ward* kararına dayandırılmaktadır. (1888) 20 QBD 475. **Wilson, John F.**, Carriage of Goods by Sea, Pearson 2010, s. 130.

⁵ **Sözer, Bülent**, Deniz Ticaret Hukuku-1 (Ders Kitabı), İstanbul 2014, s. 322. *YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)*

c- Taşıtan

Taşıtan ile taşıyan arasında ise kural olarak bir navlun sözleşmesi bulunmaktadır. TTK 1237/2 maddesi uyarınca taşıtan ve taşıyan arasındaki münasebet bu navlun sözleşmesi hükümlerine göre tayin olunacaktır. Peki, taşıyan ve taşıtan arasında ayrıca yapılmış yazılı bir navlun sözleşmesi yok veya var olmakla beraber yetkili mahkeme ya da tahkim konusunda bir düzenleme yoksa ne olacaktır? Taşıyan ile taşıtan arasında ayrıca yazılı bir navlun sözleşmesi yok veya var olan yazılı sözleşme tahkime ilişkin bir hüküm içermiyorsa konşimento kayıtları esas alınacaktır. Taşıtanın bu şekilde imzası olmadığı halde konşimento hükümleri ile bağlı olması Yargıtay uygulaması yolu ile yerleşmiştir.

Bu hususta 1983 tarihli bir Yargıtay kararı şu şekilde hüküm vermiştir: “*Kırkambar taşımalarında konşimento, koşullar ile kural olarak aynı zamanda navlun sözleşmesinin içeriğini de kanıtlayan bir belgedir. Bu nedenle konşimento, yalnız taşıyanla gönderilen (6762 sayılı TTK m. 1110/1, 6102 sayılı TTK m. 1237) arasında değil, aynı zamanda, taşıyanla taşıtan arasındaki ilişkileri de düzenler.*”⁶

Aynı yönde hüküm getiren 1982 tarihli diğer bir Yargıtay kararı şu şekildedir: “*Davacı şirketin davalı işletmeye çektiği 18.10.1980 tarihli telekte navlun konusunda kesin bir anlaşmaya varılmadığı "takribi" kelimesi kullanılmak suretiyle fiyat sorulduğu ve ahiren davalının düzenlediği konşimentonun bir nüshasının davacıya teslim edildiği ve orada navlun ücretinin m³ üzerinden alınacağı yazılı bulunmasına ve kaldı ki taraflar arasında bir navlun sözleşmesi bulunmadığı⁷ cihetle (6762 sayılı) TTK'nun 1110. (6102 sayılı TTK m. 1237) maddesine göre konşimentonun akdi ilişkiyi düzenleyen bir delil niteliğinde olduğunun kabulü gerekmesine ve ayrıca davacı taraf hiçbir kaydı ihtirazi dermeyan etmeksizin konşimen-*

⁶ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 1983/1594, K. 1983/1772, T. 07.04.1983. (HukukTürk Hukuk Bilgi Bankası)

⁷ Bu noktada Yargıtay'ın *taraflar arasında navlun sözleşmesi bulunmadığı* şeklindeki ifadesini açıklamak gerekmektedir. Konşimentonun düzenlenmesi ile navlun sözleşmesi TTK'nın 1228(1) maddesi uyarınca yapılmış sayılır. Yargıtay'ın burada asıl ifade etmek istediği kanaatimizce navlun sözleşmesinin hiç bulunmadığı değil, ayrıca yazılı olarak yapılmış bir navlun sözleşmesi bulunmadığıdır.

toya dayanılarak hesap edilen navlun bedelini tam olarak ödemiş bulunmasına göre davacı vekilinin bütün temyiz itirazları yerinde değildir.”⁸

Yukarıdaki açıklamalar ışığında konşimentonun hem taşıyan ile gönderilen, hem de taşıyan ile taşıtan arasındaki ilişkileri düzenlediği kabul edilmektedir⁹. Ancak taşıyan ile gönderilen arasındaki tahkim sözleşmesi açısından bir ayırım yapmak gerekmektedir. Konşimento, taşıyan ile taşıtan arasındaki navlun sözleşmesini¹⁰ ispat eden bir belgedir¹¹ ve bu şekilde navlun sözleşmesinin varlığına karine teşkil eder¹². Konşimentonun bir karine yaratmaktan ibaret olan bu fonksiyonu karşısında taşıtan, karinenin aksini ispat ederek konşimentoda bulunan genel şartlar ile bağlı olmaktan kurtulabilir¹³. Bu ihtimalin tahkim şartı bakımından da kabulü yerindedir. Ancak taşıyan ile gönderilen arasında konşimento hükümlerinin bağlayıcılığı TTK'nın 1237(1) maddesi uyarınca kesindir, yani bir karine yaratmamaktadır. Gönderilen navlun sözleşmesinin tarafı olmadığı için aksi halde konşimentonun navlun sözleşmesine karine teşkil etmesi gönderilen bakımından bir anlam ifade etmezdi. Bu ayırımın tahkim sözleşmesini ilgilendiren tarafı ise şudur: Konşimentoda bulunan tahkim şartının taşıtan açısından bağlayıcılığı bir karineye dayalı olduğu için tartışmaya açıktır. Ancak gönderilenin tahkim sözleşmesinden kaçınabilmesi, tahkim sözleşmesinin var olduğuna dair bir karinenin aksini ispat ile değil, genel hükümlerdeki geçersizlik sebepleri ile tahkim sözleşmesine özgü geçersizlik sebeplerini öne sürmesi ile mümkün olabilir.

d- Sigortacı

Konşimento ile taşıyanın taşınmasını üstlendiği ve konşimentonun temsil ettiği yükün sigortacısı, yükün hasarı veya zıyı halinde sigortalıya sigorta sözleşmesi şartları altında ödeme yaparak 6102 sayılı TTK'nın 1472. mad-

⁸ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 1982/2838, K. 1982/3274, T. 06.07.1982. (HukukTürk Hukuk Bilgi Bankası)

⁹ **Çağa, Tahir/Kender, Rayegân**, Navlun Sözleşmesi (Cilt II), İstanbul 2010, s. 83, 84.

¹⁰ Tahkim sözleşmesinin bağımsızlığı ilkesi gereği teknik olarak konşimentonun navlun sözleşmesinin içeriğinin yanında tahkim sözleşmesinin de varlığını ispat ettiği ayrıca ifade edilebilir.

¹¹ **Çağa/Kender**, s. 83; **Wilson**, s. 129.

¹² **Ekşi, Nuray**, Milletlerarası Ticaret Hukuku, İstanbul 2010 (**Milletlerarası Ticaret Hukuku**), s.561.

¹³ **Wilson**, s. 129.

desi (6762 sayılı TTK madde 1361) uyarınca sigortalının halefi olarak taşıyana tazminat davası açmak hakkına sahiptir. Şu durumda yük sigortacısı, hasarı ödeyerek sigortalıya halef olmakla konşimento hükümleri ve özellikle tahkim şartı ile bağlı olacağı kabul edilmektedir¹⁴.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 1995 tarihli kararında şu şekilde sonuca varmıştır: “T.T.K.nun 1110 f.l 'de "Taşıyan ile gönderilen arasındaki hukuki münasebetlerde konşimento esas tutulur" kuralı konulmuştur. Gönderilen, konşimentoyu ciro ile alıp bunu ibrazla yükü teslim almada kullandığı vakit, konşimentonun şartları ile bağlanmış olur. Artık tahkim şartının, taşıyanla yükleten arasında kararlaştırılmış olduğunu, kendisinin konşimentonun üçüncü şahıs hamili durumunda bulunduğunu ve bu sebeple, Çarter Partideki atıf yapılan tahkim şartıyla bağlı tutulamayacağını iddia edemez. Konşimentoyu devralmakla yükleteni ilzam eden bütün konşimento kayıtları ile mülzem olur (Prof.Dr. S. Okay, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası (29 K. - 4 Aralık 1965 tahkim sh.429). Bu itibarla sigorta ettiren ile davalı taşıyan arasındaki tahkim şartı, 6762 sayılı TTK. 1361 maddesine (6102 sayılı TTK m. 1472) göre ve kanuni halefiyet ilkesi gereğince davacı sigortacıyı da bağlar.” Şu durumda konşimentoda imzası olmayan sigortacının tahkim şartına taraf olması halefiyet prensibi gereğidir¹⁵.

B- Mukayeseli Hukukta Durum

İsviçre Milletlerarası Özel Hukuka ilişkin Federal Kanununun 178. maddesinin birinci fıkrası yazılılık şartını geçerlilik şartı olarak kabul etmekte ancak ilgili sözleşmenin iki tarafça da imzalanmış olmasını şart koşmamaktadır:

Tahkim sözleşmesi telegram, telex, telekopi veya diğer herhangi bir şekilde yazılı olarak kanıtlanmaya izin veren bir iletişim yolu ile yazılı olarak yapılmalıdır.

Bu sebeple sadece taşıyanın imzasını havi konşimentonun arkasında bulunan gelen şartlardaki tahkim sözleşmesinin teşmili için konşimento ilgililerinin imzası aranmamaktadır. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi

¹⁴ Yeğengil, s. 189.

¹⁵ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E.1994 / 11-765, K. 1995 / 39, T. 01/02/1995. **Ekşi, Nuray**, Milletlerarası Nitelikli Davalara İlişkin Mahkeme Kararları, İstanbul 2007 (**Milletlerarası Nitelikli Davalara İlişkin Mahkeme Kararları**), s. 447-449.

de 1995 tarihinde bu yaklaşımı benimseyerek Yargıtay ile paralel bir karar vermiştir¹⁶:

21 Aralık 1991 tarihli bir konşimento ile Fransız Somatrans şirketi, taşıyan MSC şirketi ile iki konteyner yükün taşınması için anlaşmıştır. İlgili konşimentonun arka tarafında Londra’da tahkimi öngören bir tahkim şartı bulunmaktadır. Konşimento aslını sadece taşıyan MSC imzalamıştır. Yük varna limanında boşaltıldığında, konteynerlerin zorlanarak açılmış olduğu, 52 paketin kaybolduğu ve iki paketin de hasarlı olduğu anlaşılmıştır. Bunun üzerine hasar Somatrans tarafından yük sigortacısına bildirilmiş, sigortacı hasarı ödedikten sonra MSC aleyhine Cenevre’de dava açmıştır. MSC tahkim itirazında bulunmuşsa da ilk derece mahkemesi itirazı reddetmiştir. Bunun üzerine MSC kararı temyiz etmiştir.

Mahkeme öncelikle, hem tarafların vatandaşı olduğu ülkelerin, hem de tahkim yerinin Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Konvansiyonuna taraf olduğu için Konvansiyonun olaya uygulanacağını belirlemiş; tahkim yerinin Londra olmasından mütevellit tahkim sözleşmesinin şekline ilişkin İsviçre Tahkim Kanununun 178. maddesinin uygulanamayacağına karar vermiştir. Mahkeme, Konvansiyonun II. maddesi gereğince, iki tarafça da imzalanmış sözleşmedeki tahkim şartı ile veya taraflarca teati edilmiş yazışmalar yolu ile tarafların uyuşmazlıkları tahkimde çözmek yönünde yazılı irade beyanlarını sunmuş olmaları gerektiğini açıklamış ve şu saptamalarda bulunmuştur:

(1) MSC ve Somatrans arasında yıllara dayalı bir ticari ilişki mevcuttur. Bu sebeple Somatrans’ın konşimentonun arkasında bulunan genel şartlardan haberdar olduğu varsayılmalıdır.

(2) Konşimentonun üzerindeki boşluklar Somatrans tarafından doldurulmuştur ve bu şekilde Konvansiyondaki şekil şartı Somatrans’ın imzası olmasa da yerine getirilmiş sayılmalıdır.

(3) Somatrans’ın bir acentesi, aslını değil fakat konşimentonun bir kopyasını imzalamıştır.

(4) Gelişen teknoloji ve milletlerarası ticaret uygulamaları imzasız belgelerin önemini arttırmış ve o oranda imzanın değerini düşürmüştür.

(5) Konşimentoyu dolduranın kendisi olmasına ve uzun yıllar aynı şirket ile aynı matbu konşimento ile çalışmasına rağmen konşimentodaki

¹⁶ BGE 121 III 38. **van den Berg, Albert J.**, New York Convention of 1958 Commentary Cases Reported in Volume XXI YBCA, Cilt 21, 1996, (Yearbook Vol. XXI), s. 690. *YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)*

imza eksikliğini öne sürerek tahkim şartını reddetmek dürüstlük kuralına aykırıdır.

Bu gerekçelerle İsviçre Temyiz Mahkemesi tahkim şartının geçerli olduğu yönünde karar vermiştir.

Bu konuda Anglo-Sakson hukuk sistemindeki uygulamaya örnek olarak da 1995 tarihli Kanematsu kararı¹⁷ verilebilir. Kanematsu 1993 yılında Dreyfus şirketinden 37.000 ton mısır almıştır. Dreyfus, Hyundai şirketi ile yükün M/V Gretchen ile taşınması için anlaşmış, Hyundai'de bir konşimento keşide etmiştir. Yük Kanematsu'ya teslim edilmiş ancak yükün hasarlı olduğu tespit edilmiştir. Kanematsu, Portland'da gemiyi tutuklatmış ve donatana burada dava açmıştır. Donatan konşimentodaki tahkim şartı sebebiyle tahkim itirazında bulunmuştur. Kanematsu da gönderilen olarak taşıtan ile taşıyan arasındaki navlun sözleşmesine göre üçüncü kişi olduğunu zira konşimentoda imzasının bulunmadığını iddia etmiştir.

İlk derece mahkemesi tahkim itirazını kabul etmiş ve karar Kanematsu tarafından temyiz edilmiştir. Mahkeme gönderilenin, taşıtan ile taşıyana karşı hasarlı yükten doğan talepleri için konşimentodaki tahkim şartına başvurması gerektiğine, zira konşimentonun taşıyan ile taşıtan arasındaki navlun sözleşmesinin hükümleri için bir karine teşkil ettiğine ancak gönderilenin hasarlı yük için ancak konşimento hükümlerine dayanabileceğine karar vermiştir. Mahkeme taraflardan birinin konşimentoya dayanarak hasarlı yük için talepte bulunması halinde tahkim şartı dahil konşimentonun bütün hükümleri ile bağlı hale geleceğini de ifade etmiştir.

III- Çarter Sözleşmelerinde Bulunan Tahkim Şartlarının Konşimento İlgililerine Teşmili

A- Türk Hukuku Bakımından

Çarter sözleşmeleri, kırkambar sözleşmesinden farklı olarak taşıyanın yük taşıma kapasitesini taşıtana ücreti karşılığı tahsis etmesidir.¹⁸ Geminin bütün halinde belli bir süre için kullanımının bırakılması zaman çarteri, belli bir sefer için (mesela İstanbul ile Hamburg arasındaki bir yolculuk için) kullanımının bırakılması sefer çarteri ve nihayetinde bir geminin mü-

¹⁷ Kanematsu Corp, et al v. M/V Gretchen W, 897 F.Supp. 1314, 1995 A.M.C. 2957 (Westlaw)

¹⁸ Ülgener, M. Fehmi, Çarter Sözleşmeleri (Cilt I), İstanbul 2000, s.38.

rettebat, kumanya ve yakıt olmadan tamamen kullanımının bırakılmasına gemi kirası denilmektedir

Donatan ile geminin kullanımının bırakılacağı kişi arasında imzalanan charter sözleşmesi uyarınca taşınacak yük, yine bir konşimento ile temsil edilir. Bu konşimentoya charter sözleşmesinde bir atıf yapılarak konşimento ile charter sözleşmesi arasında bir hukuki bağ kurulur. Aynı şekilde benzer bir atıf da konşimento üzerinde yapılarak charter sözleşmesi hükümleri konşimentoya dahil edilmektedir¹⁹. TTK'nın 1237(3) maddesi de konşimentodan yapılacak atıf yolu ile sefer charteri sözleşmesi hükümlerinin konşimento hamiline uygulanabilmesi için, charter sözleşmesinin konşimento hamiline ibrazını ve uygulanacak sözleşme hükümlerinin niteliğinin uygun olmasını aramaktadır.

Söz konusu, charter sözleşmesine tahkim şartı olarak dercedilmiş tahkim sözleşmesinin konşimento hamiline atıf yolu ile teşmili olduğunda, atıf yolu ile geçerli bir tahkim sözleşmesinin oluşturulabilmesi için nasıl bir atıf yapılması gerektiği konusu mülga TTK döneminde tartışılmıştır. Öğretide Şanlı, charter sözleşmesine yapılan atfın tahkim şartını da kapsayacak şekilde özel atıf yapılması halinde konşimentoyu devralanın tahkim şartı ile bağlı olacağı ifade etmiştir²⁰. Ülgener, charter sözleşmesindeki tahkim şartının konşimento hamili bakımından geçerli sayılabilmesi için, hamilin konşimentoyu devralırken tahkim şartını fark etmesinin gerekli olduğunu veya charter sözleşmesindeki tahkim şartı konşimentodan kaynaklanacak uyuşmazlıkları da kapsayacak şekilde düzenlenmiş olması gerektiğini belirtmiştir²¹. Kalpsüz ise genel atfın yeterli olduğunu, nitekim milletlerarası ticarete tacirlerin basiretli davranmakla ve özen göstermekle

¹⁹ Taraflar çoğu zaman matbu charter sözleşmeleri kullanırlar ve bu charter sözleşmelerini hazırlayan kurum tarafından bu charter sözleşmeleri ile kullanılmak üzere matbu konşimentolar da hazırlanır. Örnek olarak Gencon 94 charterpartisi ile kullanılması öngörülen konşimento Congenbill konşimentosudur.

²⁰ **Şanlı, Cemal**, Konşimentonun Devri, Alacağın Temliki ve Perdeyi Kaldırma Teorisi Uygulamasında Sözleşmede Yer Alan Tahkim Şartının Konşimentoyu Devralan, Alacağı Temellük Eden ve Perdenin Arkasında Kalan Bakımından Geçerliliği Sorunu, MHB Ergin Nomer'e Armağan, 2002 (**Konşimentonun Devri, Alacağın Temliki ve Perdeyi Kaldırma Teorisi**), s. 774-779; **Ekşi, Nuray**, Milletlerarası Deniz Ticareti Alanında "Incorporation" Yoluyla Yapılan Tahkim Sözleşmeleri, İstanbul 2004, (**Deniz Ticareti Alanında Incorporation Yoluyla Yapılan Tahkim Sözleşmeleri**), s. 114.

²¹ **Ülgener**, s. 615; **Ekşi**, Milletlerarası Deniz Ticareti Alanında "Incorporation" Yoluyla Yapılan Tahkim Sözleşmeleri, s. 117.

yükümlü olduğunu, bu sebeple de bütün belgeleri inceleyerek içeriklerine vakıf olmaları gerektiği kanaatini ifade etmiştir²².

Mülga TTK döneminde Yargıtay, konşimentolardan çarter sözleşmelerine yapılan en geniş atıflarda bile çarter sözleşmesine tahkim şartı ile dercedilmiş tahkim sözleşmesinin konşimento hamiline teşmil edildiği kabul etmekte idi²³. Örnek olarak Yargıtay'ın 2005 tarihli bir kararı²⁴ verilebilir:

Ukrayna'dan Türkiye'ye taşınan yükün su alması sebebiyle bozulduğu iddiası ile gönderilen, yerel mahkemede dava açmış ve davalı taşıyan da konşimentonun atfıyla çarter sözleşmesindeki tahkim şartının uygulanması gerektiğini iddia etmiştir. Davalının bu iddiasını kabul etmeyen yerel mahkeme esasa ilişkin hüküm vermiştir. Konu Yargıtay'a intikal etmiştir. Olay konusu konşimentoda atıf yapılan çarter sözleşmesi gemi işleteni davalı ile onun gemiyi kiraladığı taşıyan arasında akdedilmiştir. Yargıtay, davacı gönderilenin konşimentosunda çarter sözleşmesine atıf yapıldığını, sözleşmenin 41. maddesinde tahkim şartı olduğunu ve gönderilenin ciro yolu ile konşimento hamili olup yükü konşimentoyu kullanarak çektiğinde taşıma sözleşmesinin tarafı haline geldiğini hükme bağlamış; "...tahkim şartının taşıyanla yükleten arasında kararlaştırılmış olduğunu, kendisinin üçüncü şahıs durumunda bulunduğunu ve bu nedenle konşimentoda kararlaştırılan tahkim şartı ile bağlı tutulamayacağını iddia edemez." diyerek yerel mahkeme kararını bozmuştur.

Yine Yargıtay 2012 tarihli bir kararında²⁵ "(6267 sayılı) TTK'nun 1110. maddesinde taşıyan ile gönderilen arasındaki hukuki ihtilaflarda konşimentonun esas tutulacağı hükme bağlandığı, davacıya gönderilen ve konşimentoya göre teslim alınan malların millileştirilmesinin yapıldığı, bu durumda davacı tarafça konşimentonun kullanıldığı açık olup konşimento ile birlikte kullanılacak çarterparti hükümlerinin de artık davacı için bağlayıcı hale geldiği, bu çarterpartide mevcut tahkim klotuna göre taraflar

²² **Kalpsüz**, s. 1037-1039; **Eksi**, Deniz Ticareti Alanında "Incorporation" Yoluyla Yapılan Tahkim Sözleşmeleri, s. 116.

²³ **Eksi**, Deniz Ticareti Alanında "Incorporation" Yoluyla Yapılan Tahkim Sözleşmeleri, s. 115.

²⁴ Yargıtay11.H.D.,2004/9458 E., 2005/6114 K., 13.06.2005 T. (HukukTürk Hukuk Bilgi Bankası).

²⁵ Yargıtay11.H.D., 2012/5132 E.,2012/7052 K., 02.05.2012 T. (HukukTürk Hukuk Bilgi Bankası).

arasındaki uyuşmazlığın Londra'da oluşturulacak hakem heyetince çözümlenmesi gerektiği" gerekçesi ile yerel mahkeme kararını onamıştır.

TTK'nın 1237. maddesinin üçüncü fıkrası tahlil edildiğinde, Yargıtay'ın yukarıda anılan görüşü artık uygulanabilir görünmemektedir. Nitekim ilgili fıkra uyarınca, konşimentolardan yolculuk çarteri sözleşmelerine yapılan atfın geçerli kabul edilebilmesi, çarter sözleşmesinin bir suretinin konşimento hamiline ibrazı ile mümkün olabilir. Bu halde ancak nitelikleri elverdiği sürece çarter sözleşmesi hükümleri konşimento hamilini bağlayacaktır. Öncelikle yolculuk çarteri, yani sefer çarteri sözleşmesi açısından getirilen bu hükmün zaman çarteri sözleşmesine de uygulanmasının mümkün olduğu görüşüne²⁶ katılıyorum. Şu hâlde sefer çarteri veya zaman çarteri ayrımı yapılmaksızın çarter sözleşmesinin konşimento hamiline ibrazı halinde çarter sözleşmesinin içine tahkim şartı olarak dercedilmiş tahkim sözleşmesinin konşimento hamiline teşmili mümkündür. Nitekim tahkim sözleşmesi, navlun sözleşmesinden doğacak uyuşmazlıkların çözüm yolunu belirlediğinden, tahkim sözleşmesinin niteliğinin navlun sözleşmesi veya konşimento hamilinin durumuna aykırı bir yönü yoktur. Bu noktada çarter sözleşmesinin bir suretinin konşimento hamiline ibraz edildiğini kanıtlamak zor olmayacaktır. Nitekim çarter sözleşmesinin konşimento hamiline e-posta ile gönderilmesi gibi güncel iletişim teknolojilerinin kullanılması ibrazın kanıtlanmasında yardımcı olabilecektir. Diğer yandan sınır ötesi vesaik mukabili veya akreditifli satışlarda, alıcıya banka tarafından ödeme karşılığı sunulacak belgelere çarter sözleşmesinin dahil edilmesi, alıcının aynı zamanda gönderilen olduğu durumlarda ibrazın kanıtlanmasını büyük ölçüde mümkün kılacaktır.

Bu noktada değerlendirilmesi gereken diğer bir husus, çarter sözleşmenin konşimento hamiline ibraz edilmediği hallerde çarter sözleşmesine tahkim şartı olarak dercedilmiş tahkim sözleşmesinin yinede hamile teşmil edilip edilemeyeceğidir. Bu hallerde konşimento hamiline ciro edilmiş konşimentonun arka yüzünde, atıf yapılmak istenen çarter sözleşmesinin tarihi başta olmak üzere sözleşmenin belirleyici nitelikleri anılarak ve tahkim sözleşmesi açıkça ifade edilerek yapılan özel atıf bulunması halinde tahkim sözleşmesinin konşimento hamiline çarter sözleşmesi ibraz edilmiş olsa bile teşmil edilebilmesi gerektiği kanaatindeyim.

²⁶ **Sözer**, s. 398.

YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)

Yukarıdaki açıklamalar ışığında; konşimentodan çarter sözleşmesine yapılan atfın tahkim şartını başarıyla konşimento hamiline teşmil ettiği durumlarda konşimento ilgililerinin tahkim şartı ile bağlılığı tahkim şartı sanki konşimentonun bir parçasıymış gibi telakki edilerek daha önce yukarıda ikinci kısımda izah edildiği şekilde belirlenir.

B- Mukayeseli Hukukta Durum

Devlet tahkim kanunları, tahkim sözleşmesinin şeklini düzenlerken, konşimento veya çarter sözleşmesine yapılan atıfların geçerliliğini genellikle düzenlememektedir. Dolayısıyla konşimentodan çarter sözleşmesine atıf yapmak yolu ile oluşturulan tahkim sözleşmesinin şekli genel kurala göre belirlenir. Bu konuda ilk istisna olan ve temelini Model Kanun'dan alan Singapur Uluslararası Tahkim Kanunu²⁷, konşimentodaki atıf yolu ile akdedilen tahkim sözleşmesini 2(4). maddesinde ayrıca düzenlemiştir: “*Bir konşimentoda bir çarter sözleşmesine ya da tahkim sözleşmesi içeren bir başka belgeye yapılan atıf tahkim sözleşmesi teşkil eder, meğerki atıf tahkim sözleşmesini konşimentonun parçası haline getirilmek amacı ile yapılmış olmasın*”. Bu konuda bir hüküm getiren ve yine Model Kanun temelli Alman Medeni Usul Kanununun²⁸ 1031 (4) hükmü konuyu şu şekilde düzenlemiştir: “*Konşimentoda, bir çarter sözleşmesindeki tahkim sözleşmesine açık bir atıf var ise, tahkim sözleşmesi düzenlenmiş olur*”.

Fransız Temyiz Mahkemesi bir kararında, çarter sözleşmesinin bir kopyası karşı tarafa verilmeden sadece konşimentodaki genel atıf yolu ile konşimentoda alıcı olan kişiye tahkim sözleşmesinin teşmil edilemeyeceğine karar vermiştir²⁹. Fransız Temyiz Mahkemesi diğer bir kararında yine, gemi kiracısının tahkim sözleşmesinin tarafı olmasının yükün alıcısının da tahkim sözleşmesinin tarafı olacağı anlamına gelmeyeceğine, zira her ne kadar yükün alıcısı yükü kabul etmekle taşıma sözleşmesinin tarafı haline gelse de tahkim sözleşmesinin tarafı haline gelmesi için alıcının tahkim sözleşmesine *özel olarak onay* vermesi gerektiğine karar vermiştir³⁰. Diğer yandan Fransız uygulamasının genel eğilimi alıcının yük boşaltıl-

²⁷ Uluslararası Tahkim Kanunu, Bölüm 143A.

²⁸ Alman Medeni Usul Kanunu, ZPO 10. Kitabı.

²⁹ **van Houtte, Vera**, Consent to Arbitration through Agreement to Printed Contracts: The Continental Experience. *Arbitration International*, 16 (2000)1, s. 14.

³⁰ **van Houtte**, s. 14.

madan önce charter sözleşmesinin bir kopyasını alması halinde charter sözleşmesindeki tahkim şartını kabul etmiş sayılacağı yönündedir³¹.

Hollanda'da da charter sözleşmesindeki tahkim şartının konşimento hamilini bağlaması için konşimentoda özel atıf bulunmasının gerekli olduğu yönünde mahkeme kararları mevcuttur³².

Amerika Birleşik Devletleri hukukunda mahkemeler üç aşamalı bir inceleme yapmaktadır³³. Bu aşamalardan birincisi, konşimentodan charter sözleşmesine yapılan atfın açıkça yapılması ve konşimento hamilinin bu atıftan haberdar olması veya haberdar edilmesi gerektiğidir³⁴. Atfın açık olarak yapılmadığı durumlardan birisine örnek olarak JooSeng davası³⁵ verilebilir. Bu davada üç ayrı konşimento bir charter sözleşmesine atıf yapmıştır. Ancak olayda üç ayrı charter sözleşmesi bulunduğundan atıf yapılına hangi charter sözleşmesi olduğu Amerika Birleşik Devletleri Federal Mahkemesince kesin olarak anlaşılamamıştır. Amerika Birleşik Devletleri mahkemelerince genel olarak kabul edilen atıf şekli atıf yapılan charter sözleşmesinin ya taraflarının ya da imza tarihi ve yerinin belirtilmesidir³⁶. Kanaatimizce birden fazla charter sözleşmesi var ise bütün anılan unsurları tek tek belirtmek faydalı olacaktır.

Konşimento hamilinin de bu atıftan haberdar olması veya haberdar edilmesi gerekmektedir. Amoco Oil davasında³⁷, konşimentodan charter sözleşmesine atıf yapılırken sözleşmenin tarihinin ve taraflarının yazılacağı kısmın boş bırakılmasını Amerika Birleşik Devletleri Federal Mahkemesi konşimento hamilinin charter sözleşmesine atıf yapılmadığını düşünerek bilerek boş bıraktığı şeklinde yorumlamış ve bu sebeple konşimento

³¹ **Eksi, Nuray**, Milletlerarası Deniz Ticareti Alanında "Incorporation" Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları ve Bu Anlaşmaların Üçüncü Kişilere Etkisi, Deniz Hukuku Dergisi (2003)1-4, s. 1-23, (**Incorporation Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları**), s. 14.

³² **Meier, Gerard J./Paulsson, Marike. R.**, National Report For the Netherlands. J. Paulsson içinde, International Handbook on Arbitration, Kluwer Law International 1984 s. 14, 15.

³³ **Ling, Li**, Bindign Effect of Arbitration Clauses on Holders of Bills of Lading As Nonoriginal Parties and a Potential Uniform Approach Through Comparative Analysis, Tulane Maritime Law Journal (2012)37, s.111.

³⁴ **Ling**, s. 111.

³⁵ JooSeng Hong Kong Co., Ltd. v. S.S. Unibulkfir, 269 F.Supp.2d 348 (Westlaw).

³⁶ Örnek olarak Associated Metals&Minerals Corp. v. M/V ARKTIS SKY, 1991 WL 51087 (Westlaw).

³⁷ Amoco Oil Co. v. M. T. Mary Ellen, 529 F.Supp. 227. *YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)*

hamilinin atıftan haberdar olduğunun açıkça anlaşılacağına hükmetmiştir.

Amerika Birleşik Devletleri uygulamasında geçerli bir atıf yapılmasının ikinci şartı ise çarter sözleşmesindeki tahkim şartının dar değil, geniş olarak kaleme alınmış olmasıdır³⁸. Mesela çarter sözleşmesindeki tahkim şartı “çarter sözleşmesinden doğabilecek bütün uyuşmazlıklar” yerine “gemi sahipleri ve kiracılar arasında doğabilecek bütün uyuşmazlıklar” olarak dar bir çerçeve çiziyorsa, tahkim şartı konşimento hamilini bağlamayacaktır³⁹.

Üçüncü şart ise elbette geçerli bir tahkim şartının söz konusu olmasıdır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, tahkim sözleşmesine uygulanacak hukuka göre geçerli bir tahkim sözleşmesi olmalıdır. Ancak özellikle konşimentolardaki tahkim sözleşmelerinin geçerliliğini etkileyen diğer bir engel Deniz Yolu ile Yük Taşınması Kanunu’dur (COGSA)⁴⁰. Bu kanun uyarınca, taşıyıcının sorumluluğunun sınırlanmasına yol açacak hükümlerin deniz taşıma sözleşmesine konulması geçersizliğe sebep olmaktadır. Önceleri Amerika Birleşik Devletleri mahkemeleri yabancı bir ülkede tahkimi öngören tahkim sözleşmelerini bu kural kapsamında geçersiz sayarken, artık bu görüşünü terk etmiş ve geçerli saymaya başlamıştır⁴¹.

İngiliz Hukukunda ise konumuz açısından en önemli kararlardan biri “the Merak” davasıdır⁴². The Merak davasında, davacıların kereste yükü taşınırken zarar görmüş; bu sebeple taşıyıcı aleyhine dava açılmıştır. Davacılar, çarter sözleşmesindeki tahkim şartının konşimentoya atıf yolu ile ithal edildiği iddiası ile tahkim itirazında bulunmuşlardır. Konşimentodaki atıf şartı şu şekildedir: (Önceden tarihini vererek) “*Anılan çarter sözleşmesindeki, 30. madde dahil bütün şart ve hükümler bu konşimentoya uygulanacaktır.*” Burada ilk olarak tartışılan nokta, konşimentoda atıf yapılan 30. maddenin konşimento ile alakalı olmaması dolayısıyla gerçekte, davalının

³⁸ **Ling**, s. 112.

³⁹ Örnek olarak: *Steel WarehouseCo.,Inc. v. Abalone Shipping Ltd. of Nicosai*, 141 F.3d 234 (Westlaw).

⁴⁰ Bu kanun Amerika Birleşik Devletlerinden veya Amerika Birleşik Devletlerine yapılacak okyanus taşımalarında kargo ilgilileri ile gemi sahiplerinin birbirlerine karşı olan hak ve yükümlülüklerini düzenleyen federal bir kanundur.

⁴¹ **Ling**, s. 113.

⁴² *TB&S Batchelor & Co Ltd v Owners of the SS Merak*, [1964] 2 Lloyd's Rep 527. **Ekşi, Nuray**, *Incorporation Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları*, s. 13.

iddia ettiği üzere, atıf yapılan maddenin tahkim şartını barındıran 32. maddede olup olmadığıdır. Mahkeme sözleşmedeki bir şartın olduğu gibi kabul edilmesi gerekçesi ile bu iddiayı reddetmiştir. Sonraki bölümde mahkeme önceki kararları da anarak, çarter sözleşmesindeki hükümlerin konşimentoya uygulanabilmeleri için konşimento ile bir ahenk içerisinde olmaları gerektiğini dile getirmiştir. Bu sebeple mahkeme, çarter sözleşmesindeki tahkim şartında bulunan atfın, konşimentoyu da içine alacak şekilde konşimento ile uyumlu bir atıf olduğuna ve bu sebeple geçerli olduğu sonucuna varmıştır.

Bu kararda ilginç olan mahkemenin atfın geçerli olduğu sonucuna konşimentodan çarter sözleşmesine yapılan atıftan değil, çarter sözleşmesinden konşimentoya yapılan atıftan ulaşılmış olmasıdır. Kanaatimizce izlenen bu yol doğru değildir. Zira konşimento hamilinin bir irade açıklamasıyla tahkim şartını kabul ettiğini bu şekilde ispatlamak mümkün değildir. Eğer konşimento hamiline (çarter sözleşmesine taraf olmadığı düşünülürse), konşimento ile beraber çarter sözleşmesi verilmedi ise, sözleşmedeki atfın konşimento ile ne kadar uyumlu olduğunun bir önemi yoktur çünkü o durumda asıl olan konşimento hamilinin vakıf olduğu konşimentodaki atıftır⁴³. Bu durumda konşimento çarter sözleşmesindeki tahkim şartına özel atıf yapmıyorsa tahkim şartı konşimentoya dahil edilmiş olarak kabul edilmemelidir.

Çin hukukunda ise henüz oturmuş bir kural görünmemektedir. Çin mahkemeleri her davada ayrı ayrı konşimentodan çarter sözleşmesine açık bir atıf yapılıp yapılmadığına ve bu atıf dahilinde konşimento hamilini tahkim sözleşmesine taraf yapmanın hakkaniyetli olup olmadığına bakmaktadır⁴⁴. Şu durumda her ne kadar genel atfın yeterli olduğu ilk bakışta düşünülse de, Çin mahkemelerinin dürüstlük kuralı geliştirerek genel atfı uygun bulmayacakları muhtemeldir. Dolayısıyla da Çin mahkemelerinin önüne gelecek tahkim sözleşmelerine yapılacak atfın tahkim sözleşmesi açıkça belirtilerek özel atıf şeklinde yapılması hukuk güvenliğini sağlamak için gereklidir.

⁴³ **Goldby, Miriam**, Incorporation of Charterparty Arbitration Clauses Into Bills of Lading: Recent Developments, *The Denning Law Journal* (2007)19, s. 174.

⁴⁴ **Ling**, s. 118.

YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)

IV-Sonuç

Konşimentoyu imzaladığı için taşıyan konşimentonun arka yüzünde bulunan tahkim şartı ile bağlıdır. Gönderilen ve taşıtan ise konşimentoda imzaları bulunmamasına rağmen hukukumuzda TTK'nın 1237(1) ve 1237(2) maddeleri uyarınca ve Yargıtay kararları ışığında tahkim sözleşmesi ile bağlı kabul edilmektedir. Taşıtan açısından konşimentodaki şartların bir karine olması ve taşıtanın aksine hükümler içeren bir navlun sözleşmesinin şartlarını kanıtlayabilmesi ile konşimentodaki şartlarla bağlı olmaktan kurtulması yerinde bir uygulama olarak taşıtanı iradesi hilafına tahkim sözleşmesinin tarafı haline gelmekten koruyabilecektir. Diğer taraftan gönderilenin konşimento ibraz ederek yükü teslim almak istemesi halinde konşimentodaki tahkim şartının da tarafı haline gelmesi konşimentoyu kullandıktan başka çaresi olmayan gönderilen açısından hakkaniyetsiz bir durumun ortaya çıkmasına sebep olduğu düşünülebilir. Yük sigortacısının tahkim sözleşmesi ile bağlı olması ise halefiyet prensibi gereğidir.

Tahkim sözleşmesinin tahkim şartı olarak çarter sözleşmesine dercedilmiş bulunduğu hallerde ise, TTK'nın 1237(3) maddesine uygun şekilde çarter sözleşmesinin konşimento hamiline ibrazı halinde tahkim sözleşmesinin hamile teşmili mümkündür. Çarter sözleşmesinin ibrazı edilmediği veya TTK'nın uygulama alanı bulmadığı haller açısından ise çarter sözleşmesine tahkim şartı olarak dercedilmiş tahkim sözleşmesinin konşimento hamiline teşmili ancak konşimentoda çarter sözleşmesine, ayırt edilebilecek şekilde yapılan atufta tahkim sözleşmesinin de özel olarak ifade edilmesi halinde mümkün olabilir. Aksi halde yükü teslim almak için konşimentoya dayanmak zorunda olan gönderilenin konşimentodaki şartları müzakere etmek imkânı çoğunlukla bulunmadığından tahkim sözleşmesinin tarafı haline geldiğinin kabulü sakıncalıdır.

KAYNAKÇA

Çağa, Tahir/Kender, Rayegân, Navlun Sözleşmesi (Cilt II), İstanbul 2010.

Ekşi, Nuray, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim, İstanbul 2013. (**HMK'da Tahkim**).

Ekşi, Nuray, Milletlerarası Deniz Ticareti Alanında "Incorporation" Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları ve Bu Anlaşmaların Üçüncü Kişilere Etkisi, Deniz Hukuku Dergisi (2003)1-4, s. 1-23, (**Incorporation Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları**).

Ekşi, Nuray, Milletlerarası Deniz Ticareti Alanında "Incorporation" Yoluyla Yapılan Tahkim Sözleşmeleri, İstanbul 2004, (**Deniz Ticareti Alanında Incorporation Yoluyla Yapılan Tahkim Sözleşmeleri**).

Ekşi, Nuray, Milletlerarası Nitelikli Davalara İlişkin Mahkeme Kararları, İstanbul 2007 (**Milletlerarası Nitelikli Davalara İlişkin Mahkeme Kararları**).

Goldby, Miriam, Incorporation of Charterparty Arbitration Clauses Into Bills of Lading: Recent Developments, The Denning Law Journal (2007)19.

Kalpsüz, Turgut, Takim Anlaşması, Bilgi Toplumunda Hukuk-Ünal Tekinalp'e Armağan (Cilt II, s. 1027-1053) içinde İstanbul 2003.

Kender, Rayegân/Çetingil, Ergon/Yazıcıoğlu, Emine, Deniz Ticaret Hukuku Temel Bilgiler, (Cilt 1). İstanbul 2014.

Ling, Li, Bindign Effect of Arbitration Clauses on Holders of Bills of Lading As Nonoriginal Parties and a Potential Uniform Approach Through Comparative Analysis, Tulane Maritime Law Journal (2012)37.

Meier, Gerard J./Paulsson, Marike. R., National Report For the Netherlands. J. Paulsson içinde, International Handbook on Arbitration, Kluwer Law International 1984.

Sözer, Bülent, Deniz Ticaret Hukuku-1 (Ders Kitabı), İstanbul 2014.

Şanlı, Cemal, Konşimentonun Devri, Alacağın Temliki ve Perdeyi Kaldırma Teorisi Uygulamasında Sözleşmede Yer alan Tahkim Şartının Konşimentoyu Devralan, Alacağı Temellük Eden ve Perdenin Arkasında Kalan Bakımından Geçerliliği Sorunu, MHB Ergin Nomer'e Armağan, 2002 (**Konşimentonun Devri, Alacağın Temliki ve Perdeyi Kaldırma Teorisi**).

Ülgener, M. Fehmi, Çarter Sözleşmeleri (Cilt I), İstanbul 2000.

van den Berg, Albert J., New York Convention of 1958 Commentary Cases Reported in Volume XXI YBCA, Cilt 21, 1996.

van Houtte, Vera, Consent to Arbitration through Agreement to Printed Contracts: The Continental Experience. Arbitration International, 16 (2000)1.

Wilson, John F., Carriage of Goods by Sea, Pearson 2010.

Yeğengil, Rasih, Tahkim, İstanbul 1974.

**KARA YOLUNDA YAPILAN YÜK TAŞIMASINDA SINIRLI
SORUMLULUKTAN YARARLANMA HAKKININ KAYBINA SE-
BEBİYET VEREN KUSUR TÜRLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ**
(*EVALUATION OF DEFAULT TYPES, WHICH RESULT WITH LOSING THE RIGHT OF
LIMITED LIABILITY IN THE CARRIAGE OF GOODS BY ROAD*)

Yard. Doç. Dr. / Asst. Prof. Dr. Aksoy YAVAŞ¹

ÖZET

Bu makalede sınırlı sorumluluktan yararlanma hakkının kaybına sebebiyet veren kast ve kasta eşdeğer kusur kavramları özellikle Türk hukukundaki kusur kavramı açısından değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Kara yolunda yük taşınması, kast ve kasta eşdeğer kusur.

ABSTRACT

In this essay wilful misconduct and such equivalent default are compared to the notion of fault under Turkish law comprehensively.

Keywords: *Carriage of goods by road, wilful Misconduct and Such Equivalent Default.*

GİRİŞ

1. Genel Olarak

Borçlu sebep olduğu borcun kural olarak tamamından sorumludur; borcunu tam ve gereği gibi ifa etmek ile yükümlüdür. Borcun sona erdirilmesi için

¹ Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Deniz Ticareti Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-posta: aksoyyavas@hotmail.com

alacaklı usulü dairesinde ve tamamen tatmin edilmelidir; dolayısıyla borçlu, borcunu tam ve gereği gibi ifa etmeyecek olursa, alacaklı alacağını cebri icra yolu ile tahsil edebilmek için borçlunun haczi mümkün bütün malvarlığına başvurmak hakkına sahip olur². Başka bir ifadeyle, borçlu tüm malvarlığı ile sorumludur. Esasında, genel-geçer kural olan bu düzenleme, sınırsız (gayri mahdut) veya diğer bir ifadesi ile şahsi sorumluluk olarak ifade edilmektedir³.

Kanun koyucu bazı sosyal veya ekonomik düşünceler ile, borçlu lehine genel kurala istisnalar getirerek borçluyu ancak belli bir sınır içinde sorumlu tutmayı tercih edebilir⁴. Hukuk düzeninin böyle bir sınırlama yaptığı hallerde alacaklı, borçlu borcun tamamını kendi rızası ile ödemediği takdirde, borçlusunu ancak belli bir sınır içinde takip edebilir⁵.

Kanun koyucu borçlunun sorumluluğunu sınırlandırmayı tercih ettiğinde, iki yoldan birini izler: Ya borçlunun sorumluluğunu malvarlığındaki belli bir mal grubu (sınırlı ayni sorumluluk⁶) ile ya da belli bir tutar (sınırlı şahsi sorumluluk) ile sınırlar. Bu sorumluluk, *sınırlı şahsi sorumluluk* (mahdut şahsi mesuliyet⁷) olarak adlandırılmaktadır: Bu usulde, alacaklı borçludan alacağının tamamını değil, fakat sadece ilgili hükümlerle belirtilmiş olan tutarı talep edebilir. Dolayısıyla, alacaklı icra takibini borçlunun bütün malvarlığı üzerinden sadece kanunun belirttiği tutarı karşılayacak kadar mala el koyabilecek şekilde yürütür. CMR ve TTK⁸ taşıyanın sorumluluğunu sınırlamayı tercih ederek burada sınırlı şahsi mesuliyeti kabul etmiştir. Ancak, sınırlandırılan sorumluluktur, borç değildir. Dolayısıyla, borçlu

² ANTALYA, Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt.1, 2. Bası, İstanbul 2013, s.49; OĞUZMAN, Kemal / ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku, Cilt I, 12. Bası, İstanbul 2014, s.16; SÖZER, Bülent: Deniz Ticareti Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2012, s.388

³ OĞUZMAN/ÖZ, s.17-18; SÖZER, s.388

⁴ SÖZER, s.388

⁵ ANTALYA, s.50-52; SÖZER, s.388

⁶ Bu tür sorumlulukta alacaklı, alacağın tamamı için borçlunun ancak (kanunen) muayyen bazı mallarına (aktiflerine) el uzatabilir. eTTK m.948'de düzenlenen hallerde donatan gemi ve navlun ile sorumlu idi. Bkz. ÇAĞA, Tahir / KENDER, Rayegan: Deniz Ticareti Hukuku I, 15. Bası, İstanbul 2009, s.140.

⁷ ÇAĞA/KENDER (I), s.140; SÖZER, s.389

⁸ Kural olarak CMR'de ve TTK'da azami sorumluluk miktarı SDR (ÖÇH) üzerinden hesaplanan sınırlı sorumluluk hükümleri bulunmaktadır.

borcunu rızası ile ödemediği takdirde, sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak geri alamaz⁹.

Taşıma hukukunda sınırlı sorumluluk ilkesinin kabul edilmesinde özellikle önem arz eden iki sebep bulunmaktadır:

a) Sorumluluk riskinin hesaplanabilir ve sigorta edilebilir şekilde belirlenerek taşıma ücretlerinin uygun bir seviyede tutulması,

b) Taşıma işinin niteliği gereğince hukukî olarak ağır bir sorumluluk altında olan taşıyanların öngöremeyecekleri, ekonomik olarak çöküntüye yol açabilecek tazminat talepleri ile karşı karşıya kalmamalarıdır¹⁰.

CMR'de ve TTK'da öngörülen sınırlı sorumluluk sisteminin iki yönünün bulunduğu söylenebilir: Birincisi, taşıyanın sorumluluğunun kayıp, hasar ve gecikme hâllerinde objektif olarak sınırlanmasıdır. İkincisi ise, sözleşme dışı bir sebebe dayanılarak, kayıptan, hasardan veya gecikmeden dolayı talepte bulunulması hâlinde taşıyanın yine de sorumluluğunu kaldıran, ödeyeceği tazminatın kapsamını belirleyen veya sınırlandıran hükümlere başvurabilecek olmasıdır. Taşıyana haksız fiilden dolayı sorumluluğuna gidilmek istendiğinde de TTK m.885 ve CMR m.28 gereğince kural olarak yükün kaybindan veya hasarından dolayı, sorumluluktan kurtulma sebeplerine ve sınırlamalara dayanabilir. Zira burada amaçlanan, öngörülen sorumluluk sisteminin sözleşme dışı sebeplere dayanılarak bertaraf edilmesinin önlenmesidir¹¹.

Taşıyan CMR'de ve TTK'da düzenlenen sorumsuzluk hükümlerinin uygulama bulmadığı durumlarda, taşıma sırasında yükteki kayıptan veya hasardan ya da gecikmeden doğan zararı tazmin etmekle yükümlüdür. Borcunu, hiç veya gereği gibi ifa etmeyen borçlu tarafından ödenecek tazminat kural olarak, alacaklının, borcun ifasındaki menfaatinin gerçekleşmemesi yüzünden uğradığı zararın giderilmesine yöneliktir. Başka bir ifadeyle, borçlu borcunu gereği gibi ifa etseydi, alacaklının mal varlığı ne durumda

⁹ ÇAĞA/KENDER (I), s.140 ve dn.12

¹⁰ ARKAN, Sabih: Karada Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu, Ankara 1982, s.150; USLU, Murat: CMR Hükümleri Çerçevesinde Taşıyıcının Gecikmeden Doğan Sorumluluğu, Ankara 2010, s.110; YAZICIOĞLU, Emine: Hamburg Kurallarına Göre Taşıyanın Sorumluluğu (Lahey/Visby Kuralları ile Karşılaştırmalı Olarak), İstanbul 2000, s.150; Detaylı bilgi için bkz. SÖZER, s.389-394.

¹¹ AKINCI, Ziya: Karayolu ile Milletlerarası Eşya Taşımacılığı ve CMR, Ankara 1999, s.152; GENÇTÜRK, Muharrem: Uluslar arası Eşya Taşıma Hukuku, İstanbul 2006, s.203; HAAK, K. P.: The CMR Interpretation, International Carriage of Goods by Road (CMR), Londra 1987, s.237

olacaksa, bu durumla mal varlığının hâlihazır durumu arasındaki fark olan müsbet zarar, borçlu tarafından ödenecek tazminat miktarını belirler¹².

Taşıma hukukunda kural olarak borca aykırılıktan doğan zararın tam olarak karşılanması söz konusu değildir. Örneğin kimyasal ham maddenin taşınması sırasında yükün tamamen kaybolmasından dolayı gönderilenin fabrikasında üretim dursa ve bu yüzden gönderilen diğer sözleşmelerdeki alacaklılarına karşı borçlarını ifa edememesinden dolayı cezai bedeller, tazminatlar ödemek zorunda kalsa bile, kural olarak taşıyanın sorumluluğu bu verdiği tüm zararın giderilmesine yönelik olmayacaktır¹³. Taşıma hukukunda kural olarak, yükün kayıp olması halinde ödenecek tazminat, TTK m.880/f.3'te ve CMR m.23/f.2'de düzenlendiği üzere yükün piyasa veya borsa değeri gibi objektif bir değer üzerinden belirlenirken; hasar halinde, TTK m.880/f.2'de ve CMR m.25'de düzenlenen yükün hasardan önceki değeri ile hasardan sonraki değeri arasındaki farka göre belirlenir. Taşıyanın tazminat sorumluluğu yükün objektif değeri esas alınarak belirlendiğinde, yoksun kalınan kâr ve dolaylı zararların tazmin edilmesi kural olarak mümkün değildir¹⁴. Bu durum, taşıma sözleşmelerinde tazminatın her zaman zarara eşit olmadığını göstergesidir¹⁵.

¹² **AKINCI**, s.137; **ARKAN**, s.146

¹³ Sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmediğinde alacaklı borçludan müspet zararının karşılanmasını talep edebilir. Bu zarar, edim tam ve gereği gibi ifa edilse idi, alacaklının malvarlığının göstereceği durum ile hâlihazırda gösterdiği durum arasındaki farktır. Müspet zarar; fiili zarar ve yoksun kalınan kârdan ibarettir. Fiili zarar kavramına alacaklının, borçlunun edimi gereği gibi ifa edeceğini düşünerek 3. kişilerle yaptığı sözleşme ile borçlandığı edimi yerine getirememekten dolayı ödeyeceği tazminat ve cezai koşullar girmektedir. Yoksun kalınan kâr da ise, borçlu gereği gibi ifade bulunsaydı alacaklının malvarlığında göstereceği artış dikkate alınır. Detaylı bilgi için bkz. **EREN**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Bası, Ankara 2015, s.1056-1057; **TEKİNAY**, Selahattin Sulhi / **AKMAN**, Sermet / **BURCUOĞLU**, Haluk / **ALTOP**, Atilla: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993, s.856.

¹⁴ **ARKAN**, s.148; **USLU**, s.109. Bu yönde; “Eşyanın kaybolması veya hasara uğraması nedeniyle kendi aracını çalıştıramaması yüzünden uğradığı kâr yoksunluğunun istenebilmesi için, ağır kusur veya hilenin varlığı şarttır” Yarg. 11.HD, T.19.01.1971, E.2626, K.253 sayılı kararı için bkz. **ERİŞ**, Gönen: Açıklamalı-İçtihatlı-Uygulamalı Kara Taşıma Hukuku, Ankara 1996, s.410.

CMR'de ve TTK'da taşıyanın sorumluluğunu sınırlandıran hükümler sadece bu düzenlemeler değildir. TTK m.882'teki ve CMR m.23 ve 25'teki sınırlı sorumluluk miktarları aşağıda ayrıca ele alınacaktır.

¹⁵ **SEVEN**, Vural: Dış Ticarete Vesaik Mukabili Ödemeli Satışların CMR Kapsamındaki Taşıma Sözleşmelerine Etkisi, Legal Hukuk Dergisi, Y.2006, C.4, S.38, s.447-460, s.455

Kayba veya hasara ya da gecikmeye sebebiyet veren kusurun niteliği dikkate alınmaksızın taşıyanın sorumluluğunun sınırlı olması, hakkaniyete aykırılık teşkil etmektedir¹⁶. Dolayısıyla CMR m.29'da olduğu gibi TTK m.886'da da taşıyanın sınırlı sorumluluktan yararlanma hakkının kaybı konusunda düzenleme getirilmiştir.

TTK m.886'nın madde gerekçesinde, hükmün kaynaklarının CMR m.29 ve ATK § 435 olduğu belirtilmektedir. Dolayısıyla aksi belirtilmedikçe bu konuya ilişkin yapılacak açıklamalar CMR'deki ve TTK'daki düzenlemeleri kapsayacak şekilde olacaktır.

2. Terminoloji

TTK yenileme çalışmaları sırasında terim birliğinin sağlanması hususunda ki temenniye rağmen¹⁷ mevzuatımızda taşıma sözleşmesinin aslî taraflarının belirlenmesi için terim birliğine varılamamıştır.

Doktrinde ve mevzuatta sözleşmenin tarafları için farklı kelimeler tercih edilmektedir: Doktrinde kullanılanlar; taşıtan¹⁸, gönderen¹⁹, taşıyan²⁰, nakliyecisi²¹, taşıyıcı²², taşımacı²³ sözcükleridir.

¹⁶ **KENDER**, Rayegan / **ÇETİNGİL**, Ergon / **YAZICIOĞLU**, Emine: Deniz Ticareti Hukuku C.1, 14. Bası, İstanbul 2014, s.224

¹⁷ **SÖZER**, Bülent: Türk Hukukunda ve Uluslararası Hukukta Havayolu ile Yük Taşıma Sözleşmesi, Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul 2009, s.50-51

¹⁸ **KENDER/ÇETİNGİL/YAZICIOĞLU**, s.157; **SÖZER**, s.578-579

¹⁹ **ATABEK**, Reşat: Eşya Taşıma Hukuku, İstanbul 1960, s.34; **BOZKURT**, Tamer: Deniz Ticareti Hukuku ve Kara Taşıma Hukuku, Ticaret Hukuku Cilt-V, 6. Bası, İstanbul 2013, s.206; **GENÇTÜRK**, s.24; **SOPACI**, Birgül: Multimodel Taşımalarda Taşıma Hukukuna İlişkin Problemler, İstanbul 2001, s.131-132; **ZEYNELOĞLU**, Ahmet: Uygulamalı Taşıma Hukuku, Ankara 1980, s.24-25

²⁰ **ÇAĞA**, Tahir / **KENDER**, Rayegan: Deniz Ticareti Hukuku II, 9. Bası, İstanbul 2009, s.129; **KENDER/ÇETİNGİL/YAZICIOĞLU**, s.156; **SOPACI**, s.133-135; **SÖZER**, s.564-567; **YAZICIOĞLU**, s.38-41

²¹ **ATABEK**, s.34

²² **ARKAN** Sabih: Mühürlü Tankerlerle Yapılan Sıvı Mal Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu III. s.299-338; **ATABEK**, s.34; **BOZKURT**, s.212; **CANBOLAT**, Ayşe Gül: Hava Taşıma Sözleşmesinde Taşıyıcının Sorumluluğu, Ankara 2009, s.19-20; **DOĞANAY**, İsmail: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, İkinci Cilt – Madde 420-815, 4. Bası, İstanbul 2004, s.2205; **GENÇTÜRK**, s.25; **KÜÇÜK**, Orhan: Lojistik İlkeleri ve Yönetimi, Ankara 2012, s.67-69; **TÜZÜN**, Necat: Hava ve Kara Taşıma Hukuku, Ankara 1981, s.48-50; **USLU**, s.36-38; **ÜLGEN**, Hüseyin: Uluslararası Taşımacılık ve Hukuki Sorunları, İstanbul 1988, s.11-12; **YAP-YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)**

Mevzuattaki duruma bakacak olursak; gönderen²⁴, gönderici²⁵, taşıyıcı²⁶, taşımacı²⁷, taşıyan²⁸ kelimeleri kullanılmaktadır. TTK karayolu ile yük taşınmasına ilişkin gönderen - taşıyıcı kavramlarını kullanılmasına rağmen gerek CMR’de gerek diğer mevzuatta terim birliği sağlanamamıştır. Dolayısıyla terim birliği bulunmayan bu alanda, taşıma hukukunun anası sayılan deniz ticareti hukukunun²⁹ terminolojisine sadık kalmayı tercih ettiğimizden sözleşmenin tarafları için taşıtan ve taşıyan kelimelerini tercih edeceğiz.

Taşınanın nasıl tarif edileceği veya isimlendirileceği üzerinde de yeknesaklık göremiyoruz. TSHK’da genellikle *yük* kelimesini kullanılmışken³⁰ KTK’da *eşya*³¹ kelimesi tercih edilmiştir. CMR’nin resmi tercümesinde ise *eşya*³², *yük*³³ ve *mal*³⁴ kelimeleri birlikte kullanılmıştır.

TTK’daki hükümler için bu konuda terim birliğinin hemen hemen sağlandığını söylemek mümkündür. TTK tercihini kural olarak “eşya”dan yana kullanmıştır. Ancak TTK m.850/f.1, c.2 ile eşya terimi ile yükün de kastedilmek istendiği yani *eşya* ile *yük* kelimelerinin birbirlerinin eş anlamlı olarak kullanılmak istendiği açıkça hükme bağlanmıştır. Adalet Komisyonunca “6762 sayılı Kanunda “yük” “mal” ve “eşya” terimleri, eş anlamlı olmak üzere bir arada kullanılmaktadır. Tasarıda, bu üç terimin yerine

RAKLI, Şükrü: Kargo Taşımacılık Hizmetleri, İstanbul 2006, s.81; **ZEYNELOĞLU**, s.24-25

²³ **AKKİPRİK**, Ali: Karma Taşımada Taşımacının Sorumluluğu CMR m.2.1: Deniz ile Karayolunun Kesişme Noktasında Bulanıklık, Deniz Hukuku Dergisi, Yıl:5, S.1-4, s.215-230, s.215-230; **BEZGİNLİ** Hakan / **KÖKSAL**, Tunay: Karayolu Taşımacılık Hukuku, Ankara 2012, s.4; **ÇELİK**, Çelik Ahmet: Karayoluyla Yolcu Taşıma, İstanbul 2008, s.9; **GÖRÇÜN**, Ömer Faruk: Karayolu Taşımacılığı, İstanbul 2010, s.210 ve 237; **GÖRÇÜN**, Ömer Faruk / **GÖRÇÜN**, Özhan: Demiryolu Taşımacılığı, İstanbul 2010, s.179.

²⁴ TTK m.850; KTK m.3.

²⁵ 04.01.1995 tarihli ve 22161 sayılı Resmi Gazete’deki CMR resmi çevirisi: m.5,10 vb.

²⁶ TSHK m.106 vd.; TTK m.850 vd.

²⁷ CMR resmi çevirisi: m.3, 5 vb.; KTK m.3.

²⁸ TTK m.920, m.1062 vd.

²⁹ **ARKAN**, s. 9.

³⁰ Bkz. TSHK. Üçüncü Kısım, Birinci Bölüm (m.106-117) ve Dördüncü Kısım, Birinci Bölüm (m.120-132).

³¹ KTK m.3 vd.

³² CMR m.1/f.4, b.c.

³³ CMR m.1/f.1.

³⁴ CMR m.2/f.1.

geçmek üzere, yalnızca “eşya” sözcüğü kullanılmıştır. Ancak, yeni düzenlemede herhangi bir tereddüdün doğmaması için.. ” bu ikinci cümle maddeye eklenmiştir. Fakat TTK m.882’de “eşya” terminolojisi terk edilerek “gönderi” kavramı kullanılmıştır. Yani yapılmak istenen terminoloji birliği yine de sağlanamamıştır. Ayrıca TTK yük kelimesinin kullanımından vazgeç(e)memektedir. TTK m.932’de “yüke elverişli” gemi ibaresi hala mevcuttur. Yani taşıma hukukuna yerleşmiş kavramlardan TTK vazgeçememiş; “eşyaya elverişli” gemi gibi bir kavramın kullanılmasından imtina edilmiştir. Çünkü taşıma hukukunda yerleşik olan ve tercih edilmesi gereken deyim “yük”tür.

Yük, mala/eşyaya/şeye, taşıma aşamasında veya taşınması sırasında verilen isimdir³⁵. Diğer bir ifadeyle, yük, taşıma işlemine has ve taşıma ile ilgili olarak kullanılan bir deyimdir³⁶. Bu sebeple, biz de *yük* kelimesini kullanmayı tercih ediyoruz³⁷.

1. SINIRLI SORUMLULUKTAN YARARLANMA HAKKININ KAYBINA SEBEBİYET VEREN KUSUR TÜRLERİ:

CMR m.29’da ve TTK m.886’da sınırlı sorumluluktan yararlanma hakkının kaybedilmesine sebep oluşturan iki tür kusurdan söz edilmektedir:

Bunlardan birincisi kasttır. TTK m.886’da geçen kasıt ifadesi için CMR m.29’un orijinal İngilizce metinde “wilful misconduct”, Fransızca metinde ise “dol” kavramı kullanılmıştır. “Dol” kavramının ayırt edici özelliği, birini zarara uğratmak niyetinin varlığı iken; “wilful misconduct”dan bahsedebilmek için zarar verenin, genel olarak hareketinin yanlış olduğunun ve bunun sonucunda bir zararın meydana gelmesi ihtimali bulunduğu bilincinde olması aranmaktadır³⁸. Ancak “dol” kavramı daha geniş

³⁵ **ARKAN**, s.1 dn.1.

³⁶ **SÖZER** (Yük), s.6 .

³⁷ Aynı yönde bkz. **SÖZER** (Yük), s.6.

³⁸ **AYDIN**, Alihan: CMR’ye göre Taşıyıcının Zıya, Hasar ve Gecikmeden Doğan Sorumluluğu, 2. Bası, İstanbul 2006, s.141 dn.106; **CLARKE**, A. Malcolm: International Carriage of Goods by Road: CMR, London 2009, s.316; **ÇAĞA**, Tahir: Hava Taşıyıcısının Sınırlı ve Sınırsız Mesuliyetine Dair, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu IV. 25/26 Mart 1988, Ankara 1989, s.173-217, s.199; **KAYA**, Arslan: Taşıyıcının Kara Yolu ile Eşya Taşınmasına İlişkin Uluslar Arası Sözleşmede (CMR) Öngörülen Sorumluluğun Esasları (II), İÜHFMD, C.LVI, S. 1-4(1998), s.239-267, s.267; **ÖZDEMİR**, Atalay: Hava Taşıyıcısının Sorumluluğu: Bagaj ve Yükün Kaybı, Hasarı ve Gecikmeden Doğan Zararlar Nedeniyle Sorumluluğu, Ankara 1992, s. 109; **SÖZER**, s. 508; **USLU**, s. 125; **YAZI-YÜHFMD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)**

şekilde yorumlanmaya başlanmıştır ve söz konusu netice istenmemiş olmakla beraber meydana gelmesi olasılığı göze alınarak hareket edilmesini (dolus eventualis – ihtimali (olası) kastı) de kapsayacak şekilde taşıyanın sorumluluğun belirlenmesinde bu kavrama başvurulmaktadır³⁹. CMR m.29’un uygulanmasında kast kavramı herhangi bir sorun teşkil etmemektedir: Doğrudan ve dolaylı kast bu kavramın içinde değerlendirilmektedir. Ancak ikinci kusur türü olan “kasta eşdeğer kusur” kavramının ne ifade ettiği üzerinde bir görüş birliği bulunmamaktadır. Bu kavramın daha iyi anlaşılabilmesi için ilk olarak “wilful misconduct” kavramı incelenmelidir.

1.1. Wilful Misconduct Kavramı

Anglo-Sakson Hukuku’nda wilful misconduct kavramı; bilerek, isteyerek hukuka aykırı davranmaktır; zarar verende bir başkasına zarar vermek kastı olabileceği gibi, olmayabilir de, önemli olan zarar veren, davranışının hukuka aykırı olduğunu, bir zarar meydana gelebileceğini bilmektedir ve buna rağmen davranışını sürdürmektedir⁴⁰. Wilful misconduct kavramı Anglo-Sakson Hukuku’na özgü ve kastla sınırlı olmayan bir kusur türüdür⁴¹. Bu kusur türüne göre kişinin, bilerek gerçekleştirdiği eyleminin, zararın meydana gelmesi olasılığını arttırdığının bilincinde olması, davranışının wilful misconduct olarak değerlendirilmesi için yeterli görülmektedir⁴².

Anglo-Sakson Hukuku’nda mahkemeler wilful misconduct kavramının oldukça geniş kapsamı olduğu için, başka bir kusur türüne başvurmaya

CIOĞLU, s. 171; **YETİŞ ŞAMLI**, Kübra: Taşıyıcının / Taşıyanın Sınırlı Sorumluluktan Yararlanma Hakkının Kaybı, İstanbul 2008, s.40-41

³⁹ **AYDIN**, s.141; **CLARKE**, s.318; **GUERRERİ**, Giuseppe: Wilful Misconduct in the Warsaw Convention: A Stumbling Block?, American Jurisprudence on the Warsaw Convention, Publication N:6, Institute of Air and Space Law, McGill University, s.275; **KIRMAN**, Ahmet: Hava Yolu ile Yapılan Uluslar Arası Yolcu Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu, Ankara 1990, s.151; **MESENT**, Andrew / **GLASS**, David A.: Hill&Messent, CMR: Contracts for the International Carriage of Goods by Road, 3. Bası, Londra 2000, s.224-225

⁴⁰ **DAMAR**, Duygu: Wilful Misconduct in International Transport Law, Springer Verlag, Heidelberg 2011, s.269-273; **DAMAR**, Duygu / **YETİŞ ŞAMLI**, Kübra: Milletlerarası Taşıma Hukukunda ve Yeni Türk Ticaret Kanununda “Pervasızca Hareket” (Wilful Misconduct) Kusuru, Deniz Hukuku Derneği – Sigorta Hukuku Derneği, İstanbul 2012, s.27; **SÖZER**, s.506

⁴¹ **ÇAĞA**, s.199; **GUERRERİ**, s.270; **ÖZDEMİR**, s.109

⁴² **CLARKE**, s.320; Detaylı inceleme için bkz. **DAMAR**, s.269-275.

gerek görmemişlerdir⁴³. Her somut olayda zarar verenin davranışına ve zihnî yapısına göre hüküm vermişlerdir^{44,45}.

Wilful misconduct kavramının CMR metninde yer almasının tarihi gelişimine ve hazırlık çalışmalarına bakıldığında, ilk olarak havayolu ile yapılan taşımalara ilişkin 1929 Varşova Konvansiyonu'nun 25. maddesinde kullanıldığı ve bu Konvansiyon'a ilham veren metin olduğu anlaşılmaktadır⁴⁶. Dolayısıyla, Konvansiyonu'nun getirdiği düzenlemeyi daha iyi anlayabilmek için, bu hükmün incelenmesi gerekmektedir.

1929 Varşova Konvansiyonu'nun 25. maddesinde⁴⁷, zararın "... taşıyanın kastından veya davaya bakan mahkemenin hukukuna göre kasta eşit kusurundan ..." doğması halinde, taşıyanın Konvansiyon'un sorumluluğunu kaldıran veya sınırlandıran hükümlerinden yararlanamayacağı belirtilmektedir.

1929 Varşova Konvansiyonu'nun hazırlık çalışmalarında, taşıyanın kasıtlı bir davranışından dolayı zarar meydana gelmesi durumunda, sınırlı sorumluluktan yararlanmayacağı kabul edilmişti. Ayrıca, zarara ağır ihmal

⁴³ **CLARKE**, s.322; **MESSENT/GLASS**, s.227, 232-233

⁴⁴ **SÖZER**, s.507. Bu konuya ilişkin verilen örnek şu şekildedir: İki sürücünden birinin çok hızlı gittiği için duramayarak kırmızı ışıkta geçtiğindeki davranışı ihmal olarak; diğerrinin ise yoldan başka bir aracın gelmeyeceğini düşünerek kırmızı ışıkta geçmeye karar verdiğiindeki davranışı, kast olarak değerlendirilecektir, bkz. **MESSENT/GLASS**, s.227-228.

⁴⁵ Bir Amerikan mahkeme kararında "wilful misconduct"ın üç unsurdan oluştuğu ifade edilmiştir. Bunlardan ilki, davranışı gerçekleştirme niyetinin mevcudiyeti; ikincisi zarar verenin davranışının sonuçlarının farkında olması ve buna rağmen davranışı gerçekleştirmeye pervasızca karar vermesidir. Üçüncü unsur, zararın anılan davranışın sonucu olmasıdır, naklen alınan bu karar için bkz. **YETİŞ ŞAMLI**, s.90. Goepf v. American Overseas Airlines, Rashap v. American Airlines davalarında da aynı koşulların arandığı görülmektedir. Kararlar için bkz. **GUERRERİ**, s.269-271. Son koşul, Türk Hukukunda aslında uygun illiyet bağının bir konusudur. Uygun illiyet bağına ilişkin detaylı bilgi için bkz. **EREN**, Fikret: Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975.

⁴⁶ **AKINCI**, s.154; **CLARKE**, s.315; **GENÇTÜRK**, s.235; **GLÖCKNER**, H.: Limits to Liability and Insurance of Carriers Under Articles 3 and 23 to 29 of the CMR, International Carriage of Goods by Road (CMR), Londra 1987, s.106-107; **SÖZER** (Yük), s.232-233. Detaylı inceleme için bkz. **DAMAR**, s.49 vd.

⁴⁷ Maddenin İngilizce resmî tercümesi şöyledir: "The carrier shall not be entitled to avail himself of the provisions of this Convention which exclude or limit his liability, if the damage is caused by his wilful misconduct or by such default on his part as, in accordance with the law of the Court seised of the case, is considered to be equivalent to wilful misconduct." Fransızca orijinal metinde "... dol ou d'une faute qui, d' apres la loi du tribunal saisi, est consideree comme equivalente au dol." ifadesi bulunmaktadır.

(culpa lata) ile sebebiyet verilmesi halinde de taşıyanın sınırlı sorumluluk hükümlerine başvuramaması yönünde görüşler bulunmaktaydı⁴⁸. Ancak, bir taraftan bu kavramın çok esnek olduğu, birçok davranışın bu kusur türü olarak nitelendirilebileceği ve sınırlı sorumluluk prensibinin uygulama alanının kalmayabileceği yönünde tereddütler vardı⁴⁹. Maddenin en son hali⁵⁰, İngiliz delegasyonunun, Anglo-Sakson Hukuku'nda, dolus kavramının bilinmediğini bildirmesi üzerine⁵¹ yapılan görüşmelerin neticesinde oluşturulmuştur⁵². CMR'nin hazırlık görüşmelerinde bu metinden örnek alınmasında etken olan diğer bir faktör olarak; Konvansiyon'un bazı ülkelerce kabul edilmemesinden endişe edildiği için bu kavrama yer verilmediği ve kasta eşdeğer kusur kavramının benimsendiği belirtilmektedir⁵³.

CMR'nin İngilizce metninde, wilful misconduct denildikten sonra “or by such default on his part as, in accordance with the law of the court or tribunal seized of the case, is considered as equivalent to wilful misconduct” denilmiştir. Bu metne göre, TTK m.886'nın gerekçesinde de belirtildiği üzere kasıt veya davaya bakan mahkemenin hukukuna ya da hakemin uygulayacağı hukuka göre kasta eşit olarak mütalâa edilebilecek kusur söz konusudur. Bu kavram incelememizde kasta eşdeğer kusur olarak ifade edilecektir.

Bu kavramın davaya bakan mahkemenin hukukuna veya hakemin uygulayacağı hukuka göre belirleneceği hükme bağlanmıştır⁵⁴. Milli hukuka yapılan bu atıfla, hukuk birliğinin sağlanması amacının bilinçli şekilde terk edildiği ifade edilmektedir⁵⁵. Konvansiyona taraf devletler uygulamalarına

⁴⁸ SÖZER, s. 505; SÖZER (Yük), s. 232.

⁴⁹ SÖZER, s. 505.

⁵⁰ Önceki metinler için bkz. DAMAR, s. 49-50.

⁵¹ DAMAR/YETİŞ ŞAMLI, s. 8; GUERRERİ, s. 272.

⁵² ÇAĞA Tahir: Enternasyonal Deniz Hususi Hukukunda Yeni Bazı Gelişmeler, BATİDER, Y.1977, C. IX, s. 289-327, s. 299; DAMAR, s. 51-53; GUERRERİ, s. 272; SÖZER, s. 505; SÖZER (Yük), s. 232.

⁵³ AYDIN, s.142; MESSENT/GLASS, s. 223.

⁵⁴ ADIGÜZEL, Burak: Karayolu ile Yapılan Taşımalarda Taşıyıcının Ziya ve Hasardan Doğan Sorumluluğu, Ankara 2012, s. 184; AYDIN, s. 142; KARAN, Hakan: CMR Şerhi, Ankara 2011, s. 736; KAYA, s. 267; ÖZDEMİR, Turkey: Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku, Ziya ve/veya Hasar Sorumluluğu, İstanbul 2006, s. 176; YEŞİLOVA Ecehan: Taşıyıcının CMR Hükümlerine Göre Yardımcı Şahıslarının ve Müteakip Taşıyıcıların Eylemlerinden Doğan Sorumluluğu, Ankara 2004, s. 99

⁵⁵ GENÇTÜRK, s.236; YETİŞ ŞAMLI, s.33

bakıldığında bu kavramın farklı şekillerde yorumlandığı görülmektedir⁵⁶. Dolayısıyla, madde metninde geçen bu ikinci kusur türü olan kasta eşdeğer kusurun ne olduğu ve içinin nasıl doldurulacağı önem arz etmektedir.

1.2. Kasta Eşdeğer Kusur Kavramı

TTK m.886'da kasta eşdeğer kusur olarak "pervasızca bir davranışla ve böyle bir zararın meydana gelmesi ihtimalinin bilinciyle" şeklinde bir ifade kullanmıştır. Gerekçede, "Pervasızca ve zararın muhtemelen gerçekleşebileceği bilinciyle hareket" ifadesinin birlikte, yani tek bir kavram olarak değerlendirilmesi ve kasta eşit bir kusur olarak yorumlanması gerektiği belirtilmektedir. Madde gerekçesinden de anlaşıldığı üzere, bu kavram ATK § 435'ten alınmıştır. ATK § 435'e ilham olan metin ise, havayolu ile yapılan taşımalara ilişkin 1929 Varşova Konvansiyonu'nun tadil edildiği 1955 Lahey Protokolü'dür⁵⁷. Dolayısıyla, Konvansiyon'un getirdiği sorumluluk rejimini daha anlaşılır kılabilmek için, bu değişikliği de incelememiz gerekir. Bu hüküm için yapılan açıklamalar TTK'da kullanılan bu yeni kavram için yol gösterici niteliği haiz olacaktır.

Lahey Protokolü'nün müzakere edildiği konferansta, 25. maddenin daha somut bir ifade ile yazılması yönünde görüşler belirdi⁵⁸ ve görüşmelerin sonunda şu metin kabul edildi: "Zarar, ... bir zararın meydana gelme ihtimali olduğunu bilerek pervasızca yaptıkları bir fiil veya ihmalin sonucunda ortaya çıkmış ise, 22. maddede belirlenen sorumluluk sınırları uygulanmaz ..."⁵⁹

⁵⁶ AYDIN, s.142

⁵⁷ AKINCI, s.154; CLARKE, s.380; GENÇTÜRK, s.235; GLÖCKNER, s.106-107. 12 Ekim 1929'da Varşova'da imzalanan Uluslararası Hava Taşımalarına İlişkin Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkında Sözleşmeyi Tadil Eden Protokol (Protocol to Amend the Convention for the Unification of Certain Rules Relating to International Carriage by Air) 28 Eylül 1955'te Lahey'de imzalanmış ve onaylayan devletler arasında 1 Ağustos 1963 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir. Türkiye hem Varşova Konvansiyonu'na hem de Lahey Protokolü'ne taraftır. Onay kanunu: 1 Mart 1977-2073 (RG. 13 Mart 1977-15877), BKK.: 29 Ağustos 1977-7/13874 (RG. 3 Aralık 1977-1612).

⁵⁸ SÖZER, s.507; SÖZER (Yük), s.234

⁵⁹ İngilizce metin aynen şöyledir: "The limits of liability specified in Article 22 shall not apply if it is proved that the damage resulted from ... or recklessly and with knowledge that damage would probably result..."

YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)

Lahey Protokolü'ndeki metnin hemen hemen aynısı Türk Ticaret Kanunu m.886'da kullanılmıştır⁶⁰. Kasta eşdeğer kusur kavramının daha iyi anlaşılabilmesi için önce taraf ülkelerdeki ileri sürülen görüşlerden ve kararlardan bahsedilecek sonra Türk Hukuku'nda nasıl değerlendirildiği incelenecek daha sonra ise bu kavram, Türk Borçlar Hukuku'nun ana ilkeleri açısından yorumlanmaya çalışılacaktır. Dolayısıyla Türk hukukunda kusur; kast ve ihmâl kavramları ayrıca incelenerek; kasta eşdeğer kusurun, kusurun bu türlerinden biri olarak mı yoksa yeni bir kusur türü olarak mı düzenlendiği tespit edilecektir.

1.2.1. Kasta Eşdeğer Kusur Bakımından İleri Sürülen Görüşler ve Taraf Devlet Uygulamaları

Yabancı doktrin ve mahkeme kararları da, bu kavramın nasıl yorumlandığını ortaya koymakta faydalı olabilecektir: CMR tarafından milli hukuka yapılan atfın neticesinde, gerek taraf devlet doktrinlerinde gerek mahkeme kararlarında birbirinden farklı uygulamaların olduğu görülmektedir.

İngiltere ve Belçika hukukunda kasta eşdeğer kusur kavramına yer verilmemektedir⁶¹.

Avusturya, Fransa, İsviçre, İtalya, Hollanda ve İskandinav ülkeleri hukuku bakımından kasta eşdeğer kusur kavramının geniş yorumlandığı ve ağır ihmâlin bu madde kapsamında değerlendirildiği görülmektedir⁶².

Alman doktrininde ise, taşıma hukukunda gerçekleştirilen reformdan önce kasta eşdeğer kusurun ağır ihmâl olduğu ağırlıklı olarak kabul edilmekteydi ve uygulamada da bu doğrultuda hükümler verilmekteydi⁶³. Doktrinde farklı görüşler de savunulmaktadır:

⁶⁰ Modern taşıma hukukundaki eğilim, kasta eşdeğer kusur kavramını Varşova Konvansiyonu'nun Lahey Protokolü ile değişik 25. maddesinde verilen tanımı benimsemek yönündedir, bkz. **KAYA**, s.267; **YETİŞ ŞAMLI**, s.44. Nitekim Almanya'da ve Hollanda'da gerçekleştirilen reformlar ile, anılan tanım iç hukuka alınmıştır, bkz. **YETİŞ ŞAMLI**, s.44. TTK m.886'da getirilen düzenleme ile Türk hukuku açısından da bu görüş doğrultusunda hareket edildiği iddia edilebilir.

⁶¹ **AKINCI**, s.154; **ARKAN**, s.167 dn.76; **AYDIN**, s.142; **CLARKE**, s.324; **GLÖCKNER**, s.107 vd.; **KAYA**, s.267; **MESSENT/GLASS**, s.224-225; **YETİŞ ŞAMLI**, s.34 vd.

⁶² **AKINCI**, s.154; **AYDIN**, s.142; **CLARKE**, s.324; **DAMAR/YETİŞ ŞAMLI**, s.16; **KARAN**, s.734; **KAYA**, s.267; **MESSENT/GLASS**, s.224; **YETİŞ ŞAMLI**, s.34

⁶³ Alman doktrinindeki görüşler için bkz. **YETİŞ ŞAMLI**, s.35-36.

a) Bir görüşe göre, kasta eşdeğer sayılan kusur “bilinçli ağır ihmal” olarak ifade edilmektedir⁶⁴.

b) Diğer görüşe göre, sorulması gereken esas soru kasta eşdeğer kusurun ne olduğu değil; ihmalin ne zaman kastla aynı hukuki sonuçlara bağlanabileceğidir. Böylelikle kusur bakımından taraf ülkelerde yeknesak bir uygulamaya, standart bir kavrama ulaşmak mümkün olacaktır⁶⁵.

c) Taşıma hukuku reformundan sonra⁶⁶, Alman Yüksek Mahkemesi'nin kasta eşdeğer kusur kavramını ağır ihmal olarak kabul eden görüşü değişmiştir. Kavramı yorumlamada; ATK § 435 çerçevesinde, 1955 tarihli Varşova Konvansiyonu'nun 25. maddesini esas almış ve CMR m.29'un uygulanması bakımından artık ağır ihmal kavramı ile karşılamamış, zararın mümkün olduğunu bilinerek ve pervasızca bir davranışla meydana geldiğinde, bunu kasta eşdeğer kusur kabul etmiştir⁶⁷.

Diğer taraf devlet mahkemelerinin kararları da, bu kavramın nasıl yorumlandığını ortaya koymakta faydalı olabilecektir:

Yunan Yüksek Mahkemesi; Yunan hukukunda kasta eşdeğer kusurun kast ve ihtimali kasttan daha az bir derecede sorumluluğu ihtiva ettiğini, kasta eşdeğer kusurun ağır ihmalden ayrılması gerektiğini, kasta eşdeğer

⁶⁴Alman doktrinindeki bu görüş için bkz. **YETİŞ ŞAMLI**, s. 36.

⁶⁵ Alman doktrinindeki bu görüş için bkz. **ADIGÜZEL**, s. 235; **YETİŞ ŞAMLI**, s.36-37.

⁶⁶ Reformdan önce verilen karar örnekleri şu şekildedir:

Münih İstinaf Mahkemesi'nin bir kararında; şeftali yüklenilen araçta, şeftaliler ile taşıtın arka kapısı arasında boşluk kalmış ve aracın hareket etmesiyle hasar oluşmuştur. Şoför, bu durumu yüklemeyi yapan taşıtanın adamlarına bildirmiş, ancak işçilerin duruma aldirmaması üzerine, şoförün başka hiçbir girişimde bulunmamasını kasta eşdeğer kusur saymıştır. Naklen alınan Münih OLG'nin 27.11.1968 tarihli bu karar için bkz. **AKINCI**, s. 155.

Uluslararası taşımada İtalya'nın riskli bir bölge olduğundan; taşıma sırasında İtalya'da durulması gerekiyorsa ve durmak için korumalı bir park bölgesi seçilmiş olsa da, ikinci bir şoförün bulunmaması ve silahlı soyguna bu yüzden karşı koyulamamasını ağır ihmal olarak kabul etmiştir ve tam tazminat istenebileceğine karar vermiştir. Naklen alınan BGH 28.05.1998 tarihli bu karar için bkz. **ADIGÜZEL**, s. 238.

Almanya Mahkemeleri tarafından verilen diğer örnekler için bkz. **YETİŞ ŞAMLI**, s. 42-43.

⁶⁷ Alman Federal Mahkemesinin başka bir kararında, taşıma sırasında yolculuğun hırsızlık açısından, en tehlikeli anlarında özellikle birden fazla sürücü kullanmayan, gerekli tüm önlemleri titizlikle almayan ve bu yüzden kamyonun içinden yüklerin çalınmasına yol açan taşıyanın davranışını; kasta eşdeğer kusur olarak kabul etmiştir. Naklen aktarılan bu karar için bkz. **ADIGÜZEL**, s. 239.

YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)

kusur durumunda, taşıyanın hareketlerini bilmekte ve bu hareketlerin zarar riskini yükselteceğini ve pervasız davranışlarından dolayı mutlaka bir zarar verebileceğini kabul etmeyerek, uygulamaya devam ettiğini hüküm altına almaktadır⁶⁸.

Fransız mahkeme kararlarında; gümrük belgelerinin kaybedilmesi, yükün kar yağarken delik tente altında taşınması ve şoförün ortadan kaybolması, kasta eşdeğer kusur kapsamında değerlendirilmektedir⁶⁹.

Hollanda Mahkemesinin kararında; İtalya’da taşıma için sözleşmede belirtilmiş olan taşıyanın yardımcılarının, yolculukta 50-60 km. ötede güvenli ve korumalı bir park bölgesi olmasına karşın ışılandırılmış endüstriyel bir bölgenin açık köprüsü üzerinde taşıma aracını bırakarak soyguna davetiye çıkarmalarını ağır ihmal olarak kabul etmiş ve tam tazminata hükmetmiştir⁷⁰.

1.2.2. Türk Hukukunda Kasta Eşdeğer Kusur Kavramı

TTK m.886’nın gerekçesinde “pervasızca ve böyle bir zararın meydana gelme ihtimalinin bilinciyle” kavramı için kasta eşdeğer kusur ifadesi kullanılmaktadır. Türk Hukuku’nda kasta eşdeğer kusura ilişkin gerek kara yolu gerek diğer taşıma türleri ile yapılan taşımalar için bu kavramın kusurun hangi türü olduğuna dair doktrinde bir görüş birliği bulunmamaktadır. Dolayısıyla önce doktrindeki bu görüşlerin incelenmesi isabetli olacaktır⁷¹.

a) Doktrindeki çoğunluk görüşü, kasta eşdeğer kusurun ağır ihmal olduğunu ifade etmektedir⁷². Aynı görüşte olmakla birlikte, CMR m.29’daki ifadeyi kasta eşdeğer kusur olarak değil, kasta benzer kusur ola-

⁶⁸ Naklen alınan bu karar için bkz. **ADIGÜZEL**, s.238.

⁶⁹ Naklen alınan bu kararlar için bkz. **AKINCI**, s.156.

⁷⁰ Naklen alınan bu karar için bkz. **ADIGÜZEL**, s.238.

⁷¹ Bu görüşlere ilişkin eleştirilerimizi hemen aşağıda 3.2.7.4.’te yapacağız.

⁷² **AKINCI**, s.156; **AYDIN**, s.142; **DOĞANAY**, s.2302; **ÜLGEN**, Hüseyin: Hava Taşıma Sözleşmesi, Ankara 1987, s.203; **YEŞİLOVA** (CMR), s.98-99. *Sözer*, kasta eşdeğer kusurun unsurlarını değerlendirirken ağır ihmalde birlikte bilinçli ihmalin de kasta eşdeğer kusur olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir, bkz. **SÖZER**, s.798; **SÖZER**, s.511; **SÖZER**, Bülent: Türk Sivil Havacılık Kanunu’nun Hükümlerine Göre Taşıyanın ve İşletenin Sorumluluğu, **BATİDER**, Y.1984, C.XII, S.4, s.3-92, s.57; **SÖZER** (Yük), s.241. *Sözer* ile aynı yönde bkz. **BOZKURT BOZABALI**, Banu: Havayoluyla Yolcu Taşıma Sözleşmelerinde Taşıyanın Ölüm ve Cismani Zarardan Doğan Hukuki Sorumluluğu, 2013 Ankara, s.183-184.

rak anlaşılması dolayısıyla kasta eşdeğer olmayan ağır ihmalin, kast benzeri bir kusur türü olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirten bir görüş de doktrinde savunulmaktadır⁷³.

b) Bu kusur türünün Türk/İsviçre Hukuku'ndaki kusur kavramının derecelendirilmesinde tam olarak bir karşılığının olmadığı belirtilmektedir. Ancak doktrinde bu görüşü savunanlar arasında da bir görüş birliği bulunmamaktadır:

1) Ağır ihmale nazaran daha “ağır” ve “yoğun” bir ihlal teşkil eden ve daha sıkı şartlara bağlanmış bir kusur türüdür. Dolayısıyla kasta eşdeğer kusur ağır ihmalden daha nitelikli bir kusur derecesi oluşturduğu, hatta dolaylı kasttan da bir bakıma daha ağır olduğu kabul edilmektedir⁷⁴.

2) Diğer görüşe göre bu kavram; nitelikli bir kusur türü olarak dolaylı kasta yakın, fakat ağır ihmal ile dolaylı kast arasında yer alan bir kusurdur⁷⁵.

3) Bir diğer görüşe göre ise bu kavram hemen aşağıda detaylı şekilde inceleyeceğimiz⁷⁶ kasta eşdeğer kusurun objektif ve sübjektif unsurların var olup olmadığına göre tespit edilecek yeni bir kusur türüdür⁷⁷: Her somut olayda mahkemeler, hukuk birliği bakımından diğer taraf devletlerin uygulama ve doktrinini de dikkate alarak, maddede aranan şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini belirlemelidirler.

c) Yargıtay, kasta eşdeğer kusurun karşılığının eTTK m.786/f.3'te düzenlenen “taşıyıcının ağır kusuru veya hilesi” kavramları olduğunu belirtmiştir⁷⁸. Doktrinde, kanun koyucunun isabetsiz şekilde eTTK'nın birçok maddesinde olduğu gibi, bu maddede de hileden söz ettiği, aslında burada kastı ifade

⁷³ ÖZDEMİR, s.175 vd.

⁷⁴ ÇAĞA, s.201-203; ÇAĞA (Gelişmeler), s.301

⁷⁵ KENDER/ÇETİNGİL/YAZICIOĞLU, s.225; ÖZDEMİR (Hava), s.119; YAZICIOĞLU, s.172-173; YETİŞ ŞAMLI, s.94

⁷⁶ Kasta eşdeğer kusurun unsurları için bkz. 1.4.

⁷⁷ ADIGÜZEL, s.235-236; DENİZ KANER, İnci: Hava Hukuku: Hususi Kısım, 2. Bası, İstanbul 2004, s.92-93; YETİŞ ŞAMLI, s.94-95

⁷⁸ Yarg. 11.HD, T.12.06.2000, E.2000/4546, K.2000/5446 sayılı kararında: “CMR'nin 29. maddesinde taşıyıcının sınırlı sorumluluğunun hangi hallerde uygulanmayacağı gösterilmiş olup... anılan maddede sözü edilen taşıyıcının kendi fena hareketi veya kastı fena hareketi kavramlarını Türk Ticaret Kanununun 786. maddesinde sözü edilen ağır ihmal ve hile kavramları en yakın olarak karşılamakta olup, taşıyıcının ağır ihmal veya hilesinin bulunduğu durumlarda, sınırlı sorumluluğun bulunmadığının kabulü gerekmektedir.” Bkz. Kazancı Hukuk Otomasyon.

YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)

etmek istediği, ayrıca maddede kullanılan ağır kusur ile anlatılmak istene- nin ise ağır ihmâl olduğu belirtilmektedir⁷⁹.

Yargıtay'ın CMR m.29 anlamında kasta eşdeğer kusura örnek olarak eTTK döneminde verdiği kararlar şu şekildedir: Hırsızlık olaylarının sık yaşan- dığı bir bölgede en basit tedbirlerin dahi alınmamış olması⁸⁰, yükün başkasına satılması⁸¹ veya üçüncü bir kişiye teslim edilmesi⁸², taşıyanın zarara hiçbir açık- lama getirememesi⁸³. Ancak taşıyanın taşıtan tarafından öngörülen taşıma planı- na uymaması⁸⁴, vesaik mukabili olarak ihraç edilen yükü ödeme makbuzu ve teslim belgesi olmaksızın teslim etmesi⁸⁵, gümrüğe teslim ettiği yük için ordi-

⁷⁹ ADIGÜZEL, s.237; ARKAN, s.165-166; ATABEK, s.273-274

⁸⁰ Yarg. HGK'nun T.20.06.1984, E.1982/11-338, K.1984/723 sayılı kararında: "...hırsızlık olayının meydana geldiği güzergahta hemen her gün bu tür hırsızlık olaylarına rastlandığını belirtmiş olmasına ve bu durumda davalının daha tedbirli davranması gerekmesine ve bu olgu- nun ağır bir kusur olarak kabulü gerekmesine..." Bkz. Kazancı Hukuk Otomasyon.

⁸¹ Yarg. 11.HD, T.24.01.1980, E.1980/191, K.1980/286 sayılı kararında "...Davalı taşıyıcının suç sayılan fiili ile kendisine taşınmak üzere teslim edilen malı başkalarına satmış bulunmasına göre, olayda ağır kusuru vardır..." Bkz. ERİŞ, s.415.

⁸² Yarg. 11.HD, T.06.06.1994, E.1994/778, K.1994/4782 sayılı kararında "...Taşınan eşyanın gönderilen yerine meçhul kişilere teslimi ağır kusurdur..." Bkz. ERİŞ, s.522.

⁸³ Yarg. 11.HD, T.12.06.2000, E.2000/4546, K.2000/5446 sayılı kararında: "...Mahkemece alınan bilirkişi raporunda hukukçu bilirkişilerin de isabetli olarak belirttikleri üzere, taşıyıcının zarara hiçbir açıklama getirmemiş olması, kendisinin karine olarak sorumluluğunu sınırlama hakkını kaybetmiş sayılmasına yol açabileceği gibi, iki büyük palet ve toplam 698 kg. olan yükün, 273 kg.dan oluşan bir paletinin alıcıya ulaşmamasının makul, kabul edilebilir bir açık- lamasını yapamayan davalı taşıyıcının bu hareketinin kötü niyete eşdeğer bir kusur olduğu, bu halde de taşıyıcının CMR'deki sınırlı sorumluluk esasından yararlanamayacağını, davacının gerçek zararının karşılanması gerektiğinin kabulü gerekirken yazılı olduğu şekilde taşıyıcının sınırlı sorumlu olduğunun kabulü ile hüküm kurulması doğru görülmemiştir." Bkz. Kazancı Hukuk Otomasyon.

Ayrıca Yarg. 11.HD, T.09.11.2006 , E.2005/9589, K.2006/11435 sayılı kararında: "...Davalılara teslim edilen emtianın alıcısına eksik ulaşmasına ilişkin davalı açıklamasının makul ve kabul edilebilir olup olmadığı üzerinde durulmaksızın, taşıyıcının sınırlı sorumlulu- ğuna ilişkin yapılan hesaplama sonucu belirlenen miktar üzerinden karar verilmiştir... eksik inceleme ve değerlendirme ile... davalı K... Taş. Ltd. Şti.'nin sınırlı sorumluluğuna karar ve- rilmesi doğru görülmemiştir..." Bkz. YKD, Eylül 2007, C.33, S.9, s.1697.

⁸⁴ Yarg. 11.HD, T.24.10.1994, E.1994/3370, K.1994/7769 sayılı kararında: "...Taşıyıcının, taşıtan tarafından öngörülen taşıma plânına uymama hali, taşıyıcı yönünden ağır ihmâl oluşturu- maz..." Bkz. ERİŞ, s.214.

⁸⁵ Yarg. 11.HD, T.06.11.2000, E.2000/8660, K.2000/8576 sayılı kararında: "...davalının ve- saik mukabili ihraç edilen malların alıcısına ödeme makbuzu ve teslim belgesi ibraz edilmeden

noyu banka yerine alıcı adına düzenlemesi⁸⁶ kasta eşdeğer kusur olarak kabul edilmemiştir.

1.3. Türk Borçlar Hukukunda Kusur Kavramı

Kusurun genel tanımında bir görüş birliği olmadığı gibi ihmalin türleri arasında açık ve kesin bir sınır çizmek de mümkün değildir⁸⁷. Kasta eşdeğer kusur, böyle üzerinde görüş birliği bulunmayan kavramların dışında, yeni bir kusur türü olarak doğrudan değerlendirmektense çözümü önce borçlar hukukunun genel kusur kavramı içinde bulmaya çalışmalıyız. Bu incelemeden sonra kasta eşdeğer kusurun yeni bir kusur türü olup olmadığı tespit edilmelidir.

Doktrinadaki ve uygulamadaki hâkim görüşe göre kusur; hukuk düzeninin kınadığı, kısaca hoş görmediği davranış biçimidir⁸⁸. Bir hareket tarzı, belirli şartlar altında kişilerden beklenen ortalama hareket tarzından (genel davranış kurallarından) ayrıldığı ölçüde kusur kavramından bahsedilir⁸⁹. Borca aykırılık açısından kusur, haksız fiiller için aranan kusurdan mahiyeti itibarıyla farklı değildir ancak borca aykırılıkta kusur “haksız fiil işlemek” gibi genel bir yapmama görevinin (genel bir davranış kuralına) değil, mevcut ve belli bir borcun (özel bir yükümlülüğün) ihlaline yönelmektedir⁹⁰. Bu anlamda kusur borçlunun özen eksikliği (gösterilmesi gereken özenin gösterilmemesi⁹¹), yani davranış yanlışlığıdır⁹².

teslimi CMR Konvansiyonunun 32/1. maddesi uyarınca kasti fena hareket olarak değerlendirilemez...” Bkz. **ERDİL**, s.380.

⁸⁶ Yarg. 11.HD, T.25.04.1995, E.1995/1346, K.1995/3779 sayılı kararında: “...Olayda davalı taşıyıcı şirket, gümrüğe teslim ettiği mallar için, ordinoyu banka yerine, alıcı adına düzenlenmesi taşıyıcı için ağır ihmal teşkil etmez...” Bkz. Kazancı Hukuk Otomasyon.

⁸⁷ **OĞUZMAN**, Kemal / **ÖZ**, Turgut: Borçlar Hukuku, Cilt II, 11. Bası, İstanbul 2014, s.53, 58

⁸⁸ **KANETİ**, Selim: Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler 1. Sempozyumu, 21-22 Ekim 1977, İstanbul 1980, s.29-67, s.40; **ÖZSUNAY**, Ergun: Türk Hukukunda İşletenin Sorumluluğu ve Sorumluluktan Kurtulması Bakımından Kusurun Etkisi ve Önemi, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler 1. Sempozyumu, Ankara, 21-22 Ekim 1977, İstanbul 1980, s.67-129, s.69; **TANDOĞAN**, Haluk: Türk Mesuliyet Hukuku: İstanbul 2010, s.45

⁸⁹ **TANDOĞAN**, s.46

⁹⁰ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.875. Haksız fiildeki kusurun türleri ve dereceleri hakkındaki bilgilerin sözleşmesel sorumluluklar için de geçerli olduğu yönünde bkz. **TANDOĞAN**, s.416. Türk Hukukunda kusur kavramı haksız fiilere ilişkin bölümlerde daha detaylı incelendiğinden açıklamalarımız buradaki kusur kavramı üzerine *YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)*

Sorumluluk hukuku açısından kusur, kast ve ihmal olmak üzere ikiye ayrılır⁹³.

a) Kast:

Hukuka aykırı sonucun zarar veren tarafından bilerek istenmesine, kast denir⁹⁴. Bu tanıma göre, kast iki unsurdan oluşmaktadır. Bunlar, tasavvur ve isteme unsurlarıdır: Tasavvur unsuru, hukuka aykırı sonucun zarar veren tarafından tasarlanmasını, bilinmesini, öngörülmesini ifade etmekteyken; isteme unsuru ise, bu sonucun zarar veren tarafından istenmesi, kabul edilmesidir⁹⁵. Dolayısıyla kasıt halinde zarar veren; hem fiili, hem de hukuka aykırı sonucu istemektedir ancak hukuka aykırı sonucun mutlaka arzu edilmesi gerekmemektedir. Bunun tasvip ve kabul edilmesi, göze alınması da yeterlidir⁹⁶. Bu sebeple kast ikiye ayrılmaktadır:

Kastta, isteme, irade unsuru, doğrudan ve dolaylı kast olmak üzere iki türdür⁹⁷. Sonucun tasarlandığı, açıkça istendiği ve davranışın bu sonucu sağlayacak şekilde olduğu durumlarda doğrudan kasttan (dolus directus)⁹⁸; zarar verenin hukuka aykırı bir sonuç elde etmek istemediği, iradesinin zararlı bir sonuç sağlamaya yönelik olmadığı, fakat fiilinin hukuka aykırı bir sonuç vereceği öngördüğü ve bu sonuca razı olarak hareket ettiği durumlarda dolaylı kasıttan (dolus eventualis) bahsedilir⁹⁹. Bu durumda zarar veren hukuka aykırı sonucu istememekle beraber, meydana gelecek sonuçları kabul etmektedir¹⁰⁰.

b) İhmal:

Zarar verenin, hukuka aykırı sonucu istememekle birlikte, böyle bir sonucun meydana gelmemesi için şartların gerekli kıldığı özeni göstermemesine ihmal denir. Diğer bir ifadeyle, ihmal zararlı sonucun doğmasını

den olacaktır ama hukuka aykırılık ile kast edilen sözleşmeye aykırılık, sözleşmenin ihlali olarak da adlandırılan borca aykırılık olacaktır. Aynı yönde bkz. **EREN**, s.1051-1052.

⁹¹ Hemen aşağıda 1.4.'te taşıyanın göstermesi gereken özen kavramı incelenecektir.

⁹² **EREN**, s.1060

⁹³ **EREN**, s.574; **OĞUZMAN/ÖZ (II)**, s.53

⁹⁴ **EREN**, s.574; **KANETİ**, s.52; **OĞUZMAN/ÖZ (II)**, s.55

⁹⁵ **OĞUZMAN/ÖZ (II)**, s.55

⁹⁶ **EREN**, s.575

⁹⁷ **EREN**, s.575; **OĞUZMAN/ÖZ (II)**, s.55

⁹⁸ **OĞUZMAN/ÖZ (II)**, s.55

⁹⁹ **EREN**, s.575; **TANDOĞAN**, s.47

¹⁰⁰ **EREN**, s.575; **SÖZER**, s. 509.

önlemek için hukuk düzeninin yüklemiş olduğu ödevde aykırı hareket etmek, gerekli önlemleri almamaktır¹⁰¹.

İhmal (culpa) ağırlık derecesine göre ağır ihmal (culpa lata) ve hafif ihmal (culpa levis) olmak üzere ikiye ayrıldığı gibi bilinçli ve bilinçsiz ihmal şeklinde de bir ayrıma tabi tutulduğu görülmektedir¹⁰²:

1) Ağır ihmal- Hafif ihmal:

Aynı durum ve koşullar altında her insanın göstereceği dikkat ve özenin gösterilmemesi hâlinde, diğer bir ifadeyle, hal ve şartların ya da sözleşmenin yüklediği tedbir alma ödevlerine karşı kayıtsızlık, ilgisizlik halinde¹⁰³ ağır ihmalden; ağır ihmal derecesine ulaşmayan ihmalde (dikkatli ve tedbirli kişilerin gösterebileceği özenin gösterilmemesinde) ise hafif ihmalden söz edilir¹⁰⁴.

İhmalin derecesi belirlenirken, somut olayla ilgili insan tipi, meslek (şoförlük, hekimlik), yaş, cinsiyet gibi unsurlar dikkate alınacaktır. Fakat bir meslekteki kötü teamüller ya da kişinin şahsi özellikleri bu değerlendirilmede dikkate alınmayacaktır¹⁰⁵. Örneğin şoförün lastikleri aşınmış bir araçla yolculuk yapması ağır ihmal olarak kabul edilmektedir¹⁰⁶.

2) Bilinçli ihmal - Bilinçsiz ihmal

Zarar verenin, hukuka aykırı bir sonucun meydana gelebileceği ihtimalini öngörmesine rağmen, bunun gerçekleşmeyeceğini ümit ettiği ve zararlı sonucu önleyecek yeterli tedbir almaması durumu için bilinçli ihmal; hukuka aykırı sonucu istemediği gibi, öngörmediği, tasarlamadığı ve davranışının hukuka aykırı olduğunu bilmediği haller için bilinçsiz ihmal, kavramları kullanılır¹⁰⁷. Bilinçli ihmal ağır ihmalin en ağır hali olarak da kabul edilmektedir¹⁰⁸.

¹⁰¹ EREN, s.576; OĞUZMAN/ÖZ (II), s. 56.

¹⁰² EREN, s.580; SÖZER, s.510; TANDOĞAN, s. 46-49.

¹⁰³ FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, C.II, 2. Bası, İstanbul 1977, s.480-481; KARAHASAN, Mustafa Reşit: Sorumluluk Hukuku, 6. Bası, İstanbul 2003, s. 435.

¹⁰⁴ AKINCI, s.154; EREN, s.580; OĞUZMAN/ÖZ (II), s.57; ÖZSUNAY, s.71-72; TANDOĞAN, s.54-55; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.495-496; UYGUR, s. 406.

¹⁰⁵ OĞUZMAN/ÖZ (II), s.57; TANDOĞAN, s. 50-51.

¹⁰⁶ ÖZSUNAY, s. 71.

¹⁰⁷ EREN, s.580-581; KANETİ, s.52-53; ÖZSUNAY, s.72 dn.16; SÖZER, s.510; TANDOĞAN, s.49; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.495

¹⁰⁸ OĞUZMAN/ÖZ (II), s.58

Bilinçli ihmal ile dolaylı kastı ayırmanın güç olduğundan bahsedilmekle birlikte¹⁰⁹, aralarında önemli bir fark vardır. Bilinçli ihmalde, zarar veren hukuka aykırı sonucu istememekte böyle bir sonucun meydana gelmeyeceğini ümit etmektedir; dolaylı kastta bu sonucu, dolaylı da olsa istemekte, göze almaktadır¹¹⁰. Netice olarak, dolaylı kastta zarar veren eyleminin sonucunu göze almakta, bu nedenle de neticeyi dolayısıyla istemiş sayılmaktadır¹¹¹; bilinçli ihmalde ise sonucun ortaya çıkması ihtimalini görmekle beraber, bunun meydana gelmeyeceğini ummakta hatta bazen yeterli olmamakla birlikte tedbir almaktadır. Dolayısıyla bilinçli ihmalde, sonucun doğrudan veya dolaylı olarak istenmesi, yani kastta mevcut olan hukuka aykırı sonuca yönelmiş irade unsuru bulunmamaktadır¹¹².

1.4. Türk Borçlar Hukukundaki Kusur Kavramı Bakımından Taşıyanın Kastı ve Kasta Eşdeğer Kusurun Değerlendirilmesi¹¹³

TTK m. 886’da, taşıyanın zarara kastı bir davranışıyla sebebiyet vermesi durumunda, sorumluluktan kurtulma hallerine¹¹⁴ ve sınırlı sorumluluk hükümlerine başvuramayacağı açıkça düzenlenmiştir. Kusurun bu türünün uygulanmasında bir zorluk yaşanmayacaktır. Türk Hukuku’nda kast ile *dolus directus* ve *dolus eventualis* kavramlarının düzenlendiğinden yukarıda bahsettik¹¹⁵. Dolayısıyla TTK m. 886’daki kast ifadesi ile hem doğrudan hem de dolaylı kast ifade edilmektedir¹¹⁶.

¹⁰⁹ OĞUZMAN/ÖZ (II), s.58

¹¹⁰ SÖZER (Yük), s.240; TANDOĞAN, s.49; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU /ALTOP, s.495

¹¹¹ TANDOĞAN, s.47

¹¹² SÖZER, s.510; YETİŞ ŞAMLI, s.40

¹¹³ Taşıyanın sorumluluğu için kural olarak kusurunun önemi yoktur. Ancak taşıyanın sınırsız sorumluluk hükümlerinden faydalanmasına engel teşkil edecek kusurunun varlığı tazminatın belirlenmesinde önem arz etmektedir. Kusursuz sorumlulukta zarar verenin kusuruna “ek kusur – eklenen (munzam) kusur” denilmektedir ve bu kusurun varlığı ve derecesi tazminat miktarının hesaplanmasında rol oynamaktadır, bkz. EREN, s.572; OĞUZMAN/ÖZ (II), s.117 dn.384; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.592.

¹¹⁴ Bkz. 2.4.

¹¹⁵ Bkz. 1.3.

¹¹⁶ Alman Hukukunda da kast ifadesi ile hem doğrudan hem de dolaylı kastın ifade edildiği yönünde bkz. HERBER, Rolf: §§ 425-437 in Münchener Kommentar, 3. Auflage, München 2014, § 435 N.9; Merkt, BAUMBACH, Adolf / HOPT, Klaus J. / MERKT, YUHFD Vol. XIII No. 2 (2016)

Taşıyanın zarar olasılığını¹¹⁷ hiçe saydığı¹¹⁸, bu olasılığı düşüncesizce göze aldığı¹¹⁹, sonuca aldırmaksızın¹²⁰ bir davranışı söz konusu olduğunda, taşıyan esasında bu davranışları ile hukuka aykırı sonucu doğrudan doğruya istememekte ancak bu neticeyi dolaylı da olsa kabul etmektedir. Dolaylı kastta zarar verenin hukuka aykırı sonucu mutlaka arzu etmesi gerekmemektedir. Bunun tasvip ve kabul edilmesi, göze alınması da yeterlidir¹²¹. Bu bakımdan artık burada dolaylı kastın varlığından bahsedilebilecektir. Diğer bir ifadeyle, zarar veren, davranışıyla öngördüğü hukuka aykırı neticeyi (doğrudan veya dolaylı şekilde) ya ister ya da istemez. Hukuka aykırı neticenin (doğrudan veya dolaylı olarak) istenmesi ile istenmemesi hâli haricinde, bir durum mevcut değildir. Bu bakımdan taşıyanın kasta eş değer kusurunun; dolaylı kasttan da bir bakıma daha ağır bir kusur olduğunu kabul eden görüşe¹²² ve taşıyanın zarar olasılığını hiçe saydığı, bu olasılığı düşüncesizce göze aldığı, sonuca aldırmaksızın bir davranışı söz konusu olduğu durumlarda, nitelikli bir kusur türü olarak dolaylı kasta yakın, fakat ağır ihmal (hukuka aykırı neticenin istenmediği durum) ile dolaylı kast (hukuka aykırı neticenin dolaylı da olsa istendiği durum) arasında yer alan yeni bir kusur türü olduğunu kabul eden görüşe de¹²³ katılmamaktayız. Dolayısıyla taşıyanın fiili ya da ihmali ile hukuka aykırı bir sonuca sebebiyet vereceğini öngördüğü ve bu sonuca razı olarak hareket ettiği bu durumlarda dolaylı kasttan (dolus eventualis) bahsedilir¹²⁴ ve taşıyan, sorumluluktan kurtulma hallerine ve sınırlı sorumluluk hükümlerine başvuramaz.

TTK m.886 madde gerekçesinde bu kusurun “kast derecesindeki kusurdan sonra gelen ikinci kusur” olduğu açıkça ifade edilmektedir. TTK’da, taşıyanın doğrudan ve dolaylı kastını kapsayacak şekilde yapılan

Hanno: Handelsgesetzbuch, 36. Auflage, München 2014, § 435 Rn. 2; **PASCHKE**, Marien: §§ 407-475, 476 ff. HGB in Oetker HGB, 3. Auflage, München 2013, § 435 N.3.

¹¹⁷ Bu olasılık hesabına ilişkin görüşlerimiz hemen aşağıda belirtilmiştir.

¹¹⁸ **KENDER/ÇETİNGİL/YAZICIOĞLU**, s.225; **YAZICIOĞLU**, s.171

¹¹⁹ **KENDER/ÇETİNGİL/YAZICIOĞLU**, s.225; **ÖZDEMİR** (Hava), s.109; **YAZICIOĞLU**, s.171; **YETİŞ ŞAMLI**, s.96

¹²⁰ **YETİŞ ŞAMLI**, s.96

¹²¹ **EREN**, s.575

¹²² **ÇAĞA**, s.201-203; **ÇAĞA** (Gelişmeler), s.301

¹²³ **KENDER/ÇETİNGİL/YAZICIOĞLU**, s.225; **ÖZDEMİR** (Hava), s.119; **YAZICIOĞLU**, s.172-173; **YETİŞ ŞAMLI**, s.94

¹²⁴ **EREN**, s.575; **TANDOĞAN**, s.47

YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)

bu düzenleme ile (kast ile dolus directus ve dolus eventualis kavramları düzenlendiğinden¹²⁵) kasta eşdeğer kusurun varlığında, kusurun bu türleri (doğrudan veya dolaylı kastın) dışında bir fiil ya da ihmal¹²⁶ ile zarara sebebiyet verilmesi gerekecektir. Yani taşıyanın aşağıda incelenecek olan kusurunun, doğrudan ya da dolaylı kastın dışında bir kusur türü olarak yorumlanması isabetli olacaktır.

Taşıyan, (doğrudan ya da dolaylı kast teşkil etmeyen) kasta eşdeğer bir kusurunun varlığı halinde de taşıyanın sorumluluktan kurtulma hallerine ve sınırlı sorumluluk hükümlerine başvuramaz: Lahey Protokolü'ndeki metnin hemen hemen aynısı Türk Ticaret Kanunu m.886'da kullanılmıştır. Bu hükümlere göre, kasta eşdeğer kusur kavramından bahsedebilmek için “pervasızca davranış¹²⁷” ve “muhtemelen zarar meydana geleceğine ilişkin bilinç” olmak üzere iki unsur bir arada bulunmalıdır¹²⁸. Bu unsurların detaylı şekilde incelenmesi isabetli olacaktır. Bu unsurlar ayrı ayrı incelendikten sonra, kasta eşdeğer kusurun Türk Hukuku'nda ihmal olarak mı yoksa kusurun yeni bir türü olarak mı düzenlendiği değerlendirilecektir.

¹²⁵ Bkz. 1.3.

¹²⁶ Madde metninde geçen fiil ve ihmal deyimleri, Türk hukuk sisteminin sorumluluk kavramları açısından *kusur* olarak anlaşılmalıdır, aynı şekilde bkz. **SÖZER**, s.514. Kusurun bir çeşidi olan ihmal ile fiilin bir çeşidi olan ihmalin; yani yapılması gereken bir davranışı yapmamanın (ihmal tarzında icra, omission) birbiri ile karıştırılmaması gerekir. Detaylı bilgi için bkz. **OĞUZMAN/ÖZ (II)**, s.13, 20, 56 dn.145.

¹²⁷ Madde metninde geçen davranış kavramından taşıyanın bir fiili anlaşılmalıdır. Bu fiil; yapma veya yapmama şeklinde olabilir. Başka bir ifadeyle fiil sadece olumlu bir davranışta bulunmak ve aktif olmak suretiyle değil, bazen olumsuz bir harekette bulunarak yani pasif kalarak da meydana getirilebilir. Fiil, bir eylemde bulunma şeklindeyse hareketten; kişinin o eylemde bulunması gerekirken hareketsiz kalması halinde ise kaçınmadan bahsedilir. Taşıyanın taşıma sözleşmesinden ya da kanundan doğan yükümlülüklerini ihmal etmesi (omission), onun bu davranışının taşıyanın kaçınması olarak değerlendirilmesine sebebiyet verir. Detaylı bilgi için bkz. **OĞUZMAN/ÖZ (II)**, s.13, 20, 56; **TANDOĞAN**, s.12-13.

Buradaki ihmal (omission: Unterlassung) ile kusurun türü olan ihmal (culpa: Fahrlässigkeit) karıştırılmamalıdır. Olumsuz davranışın (hareketsiz kalmanın) kasten yapıldığı; hastabakıcının ilacın zamanını bilerek ve isteyerek geçirdiğinde bir ihmal suretiyle icra (omission) söz konudur, ama kusurun derecesi ihmal değil, kastır, bkz. **OĞUZMAN/ ÖZ (II)**, s.13.

¹²⁸ **ADIGÜZEL**, s.236; **HERBER**, § 435 N.11; **KENDER/ÇETİNGİL/YAZICIOĞLU**, s.225; **YAZICIOĞLU**, s.171-172; **YETİŞ ŞAMLI**, s.96

Tanımı verilen bu kusur türü iki ana unsurdan oluşmaktadır: a) Pervasızca davranış (objektif unsur)¹²⁹ ve b) Zarar ihtimaline ilişkin bilinç (sübjektif unsur)¹³⁰.

a) Doktrinde, taşıyanın *pervasızca davranış* için farklı kavramlar¹³¹ kullanılmakla birlikte, temel alınan ortak husus *özen yükümlülüğünün ihlal edilmesidir*¹³².

¹²⁹ Doktrinde, pervasızca davranışın ortaya çıkabilmesi için zarar verende zarar ihtimaline ilişkin bilincin varlığının da bu unsurun bir kriteri olduğu iddia edilmektedir, bkz. **YETİŞ ŞAMLI**, s.97. Zarar ihtimaline ilişkin bilinç, hemen aşağıda inceleneceği üzere, kasta eşdeğer kusurun pervasızca davranıştan ayrı, diğer bir unsurdur. Zarar ihtimaline ilişkin bilinç, pervasızca davranışın kapsamına giriyor olsaydı, farklı bir unsur olarak ayrıca düzenlenmez ve sadece “pervasızca davranış” ifadesi ile kasta eşdeğer kusur kavramı tanımlanabilirdi. Pervasızca davranış ifadesi ile sadece davranışın biçimi nitelendirilmektedir yoksa zararın meydana gelme ihtimaline ilişkin bilinç bu unsurun ayrı bir koşulu olarak aranmamaktadır. Bu bakımdan pervasızca davranış unsurunun içinde bir de zarar ihtimaline ilişkin bilincin aranması gerektiği görüşüne katılmamaktayız.

¹³⁰ **ADIGÜZEL**, s.236; **ÇAĞA**, s.201; **DENİZ KANER**, s.92-93; **KENDER /ÇETİNGİL/YAZICIOĞLU**, s.225; **ÖZDEMİR** (Hava), s.112-114; **SÖZER** (TSHK), s.55; **YAZICIOĞLU**, s.171-172; **YETİŞ ŞAMLI**, s.96-98

¹³¹ **ADIGÜZEL**, s.234-237; **ÇAĞA**, s.201; **DENİZ KANER**, s.92-93; **KENDER /ÇETİNGİL/YAZICIOĞLU**, s.225; **ÖZDEMİR** (Hava), s.112-114; **SÖZER** (TSHK), s.54; **YAZICIOĞLU**, s.171-172; **YETİŞ ŞAMLI**, s.96-98

¹³² Alman Federal Mahkemesinin pervasızca davranışın, özen yükümlülüğünün ihlali olduğu yönündeki karar için bkz. **YAZICIOĞLU**, s.172 dn.474.

Bu kavram açıklanırken kullanılan ifadeler şu şekildedir: “tedbirli bir taşımacının dikkat ve özenini göstermemesi... pervasızca bu özeni göstermekten kaçınmaktadır.” bkz. **KARAN**, s.737; “taşıyıcının korumasına bırakılan ... yük üzerindeki koruma borcunun... ihlali gerekir “ bkz. **ÖZDEMİR** (Hava), s.113; “davranışın pervasızca kabul edilebilmesi için, yüke özen gösterme yükümlülüğünün ... ihlal edilmiş olması gerekir.” bkz. **YETİŞ ŞAMLI**, s.96.

Yazıcıoğlu, taşıyanın pervasızca davranışa ilişkin olmamakla birlikte taşıyanın kusurunun incelendiği bölümde; “... alınması makul surette beklenebilecek tedbirlerin alınmış olup olmadığı, yani kusuru tayin ve tespit edebilmek için, aynı şartlar altında, tedbirli bir taşıyanın, zarar doğurucu olay ve sonuçlarını önlemek üzere... elverişli tedbirler esas alınmalıdır” ifadesiyle, taşıyanın kusurunun değerlendirilmesinde yüke özen kavramını temel almaktadır, bkz. **YAZICIOĞLU**, s.97.

Kusurun objektif ve sübjektif olmak üzere iki unsuru bulunmaktadır. Sübjektif unsur; ayırt etme gücüne ilişkindir ve çalışmamızın kapsamı dışında değerlendirilmesi gerekir. Ancak kusurun objektif yönü, zarar verenin göstereceği özenle ilgilidir, bkz. **EREN**, s.572, 1060-1063. Taşıyanın kusurunun varlığı tespit edilirken de, özen yükümlülüğünün ihlal edilip edilmemesine göre bir ayırım yapılması gerektiği kabul edilmektedir, bkz. **ÇAĞA/KENDER**, s.136 vd.; **YAZICIOĞLU**, s.95-98. Dolayısıyla kusur kavramının temeli, özen yükümlülüğünün ihlali olarak karşımıza çıkmaktadır. Taşıyanın davranışını *YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)*

Dolayısıyla bu kavramın özen yükümlülüğünün ihlaline ve davranışın niteliğine¹³³ uygun bir tanımının yapılmasını daha isabetli bulmaktayız. Kanaatimizce, pervasızca hareket ya da kaçınma şu şekilde tanımlanabilir: *Taşıyanın (kendisinden beklenen¹³⁴) en basit dikkat ve özeni (en basit tedbir*

(kusurunu) sözleşmeye aykırılık, sözleşmenin ihlali olarak da adlandırılan borca aykırılık açısından değerlendirdiğimizde; bu davranış, mevcut ve belli bir borcun (özel bir yükümlülüğün) ihlaline yönelmektedir. Bu anlamda da kusur taşıyanın özen eksikliği (gösterilmesi gereken özenin gösterilmemesi), davranış yanlışlığıdır.

¹³³ Mehaz Konvansiyon'un İngilizce metninde "recklessly" mehz Kanun'da ise "leichtfertig" ifadesi kullanılmıştır. TTK m.886'nın gerekçesinde seçilen pervasızca sözcüğünün "leichtfertig"den geldiği belirtilmektedir.

Alman Federal Mahkemesi pervasızca hareket (leichtfertig) kavramını; taşıyanın taşıma sözleşmesinden doğan yükün güvenliği ile ilgili hususları açıkça önemsememesi ya da sözleşmeden doğan borçların ciddi bir şekilde ihlali durumu olarak değerlendirmektedir: Yükün güvenliği ile ilgili hususların önemsenmemesi; taşımadaki temel güvenlik önlemlerinin alınmaması şeklinde, borçların ihlalini ise; taşıyanın, taşıyanın ve gönderilenin taşıma sözleşmesinden doğan haklarını yaptığı hareketin bilincinde ihlal ettiği durum olarak kabul etmektedir, naklen alınan BGH 20.01.2005 tarihli karar için bkz. **ADIGÜ-ZEL**, s.239; **HERBER**, § 435 N.12; *Merkt*, **BAUMBACH / HOPT / MERKT**, § 435 Rn.2; **PASCHKE**, § 435 N.5.

Netice itibariyle, bu unsurda taşıyanın basit ve sıradan davranışının ifade edilmediği kolaylıkla anlaşılmaktadır.

¹³⁴ Her somut olayda hâkim, *gereken özeni gösterme yükümlülüğünün ihlal edilip edilmediğini* inceleyecektir, bkz. **ÇAĞA/KENDER**, s.136-137; **ÖZDEMİR** (Hava), s.113; **YAZICIOĞLU**, s.95-97.

Bu değerlendirme objektif bir ölçü üzerinden; *tedbirli bir taşıyan dikkate alınarak yapılmaktadır*, bkz. **ÇAĞA/KENDER**, s.136; **DENİZ KANER**, s.92-93; **ÖZDEMİR** (Hava), s.112-114; **SÖZER**, s.661; **YAZICIOĞLU**, s.96-97; **YETİŞ ŞAMLI**, s.96-98.

Dolayısıyla özen yükümlülüğünün ihlalinde *tedbirli bir taşıyanın göstermesi gereken, ondan beklenen dikkat ve özen dikkate alınmalıdır*. Ancak özen yükümlülüğündeki tedbirli taşıyanın göstermesi gereken özen kavramı ile hafif ihmalin değerlendirilmesinde dikkate alınan tedbirli kişinin davranışı birbirine karıştırılmamalıdır.

Gösterilmesi gerekli özenin derecesi hakkında iki kriter vardır: İlki borçlunun (taşıyanın) kendi işlerinde gösterdiği özen, diğeri ise makul bir borçlunun benzer işlerde göstereceği özendir, bkz. **EREN**, s.1060; **OĞUZMAN/ÖZ**, s.417.

Taşıma hukukunda gösterilmesi gereken özende aranan kriter; tedbirli bir taşıyanın göstereceği özendir. Yani aynı şartlar altında kusuru değerlendirilecek kişi (özne) taşıyan olacak ama bu taşıyanın, kendisinden beklenen özen gösterme yükümlülüğünde; tedbirli bir taşıyanın göstermesi gereken özen kavramı dikkate alınacaktır. Her somut duruma göre taşıyanın, tedbirli bir taşıyanın göstermesi gereken özeni göstermemesinden doğan sorumluluğundaki kusuru; hafif ya da ağır ihmal olabilir.

ve ihtiyatı¹³⁵) göstermemesi. Diğer bir ifadeyle taşıyanın kendisinden beklenecek asgari özeni ve dikkati gösterse yapmayacağı bir davranışta bulunmasıdır.

Kara yolu ile yük taşınmasında özen gösterme yükümlülüğü; yükü koruma borcu olarak ifade edilmektedir¹³⁶. Bu bakımdan taşıyanın yükü korumak için (koruma borcunda) göstermesi gereken (kendisinden beklenen) en basit dikkat ve özeni göstermemesi, kara yolu ile yük taşınmasında pervasızca bir davranış olarak değerlendirilebilecektir.

Kasta eşdeğer kusurun bu unsurunun, Türk Hukuku'ndaki kusur türlerinden herhangi birinin koşullarını haiz olup olmadığı incelenmelidir.

TTK m.886'da düzenlenen kast kavramı, borçlar genel hukukunda oybirliğiyle dolus directus'u ve dolus eventualis'i de kapsayacak şekilde yorumlanmaktadır¹³⁷. Dolayısıyla bu unsurun, kusurun diğer bir türü olan ihmâl olarak yorumlanabilme ihtimali değerlendirilecektir¹³⁸.

Taşıyanın pervasızca hareketi, basit ve sıradan bir davranış niteliğinde olmadığından, bu kavramın hafif ihmâl¹³⁹ veya bilinçsiz ihmâl olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Bu unsurda zararın meydana gelme ihtimalinin bilinmesi, öngörülmesi aranmadığından bilinçli ihmâl olarak da değerlendirilmesi isabetli değildir. İhmâlin diğer bir türü olan ağır ihmâl olup olmadığı ise incelenmelidir.

Taşıyanın, "kaçınamayacağı ve sonuçlarını önleyemeyeceği durum"a dayanarak sorumluluktan kurtulabilmesi için en yüksek özeni göstermiş ve gerekli tüm tedbirleri almış olduğu ispatlanmalıdır. Bu bakımdan taşıyanın en yüksek özeni göstermesi, onun kusurlu olup olmadığı açısından değil; kendisine tanınan sorumsuzluk hükümlerinden faydalanabilmesi için gerekli özeni gösterip göstermediği açısından önemlidir. Bu bakımdan kusur kavramı ile özen yükümlülüğü birbirine karıştırılmamalıdır.

Netice itibariyle, taşıyan sorumluluktan kurtulabilmek için en yüksek özeni göstermiş olduğunu ispatlamalıdır ancak taşıyanın sınırlı sorumluluk hükümlerine başvurup başvuramayacağının tespiti için ise kusurunun varlığı ve derecesi ispatlanmalıdır.

¹³⁵ SÖZER (TSHK), s.54

¹³⁶ ADIGÜZEL, 50; ARKAN, s.47. Deniz yolu ile yük taşınmasında bu kavramın yüke özen olarak ifadesi için bkz. AKAN, Pınar: Deniz Taşımacılığında Taşıyanın Yüke Özen Yükümlülüğünün İhlalinden Doğan Sorumluluğu, Ankara 2007, s.31 vd.; ÇAĞA/KENDER, s.135 vd. Taşıyanın diğer özen yükümlülükleri için bkz. AKAN, s.31-59.

¹³⁷ Bkz. 1.3.

¹³⁸ Aynı yönde bkz. SÖZER, s.510; SÖZER (Yük), s.241.

¹³⁹ Benzer şekilde bkz. SÖZER, s.511; SÖZER (Yük), s.241.

İhmalin derecesi belirlenirken, hemen yukarıda bahsettiğimiz gibi¹⁴⁰, somut olayla ilgili insan tipi, *meslek* (şoförlük, hekimlik), yaş, cinsiyet gibi unsurlar dikkate alınacaktır. Dolayısıyla ihmalin tespiti için burada kıyas yapılacak kişi, *taşıyan* olacaktır¹⁴¹. Ayrıca, yine hemen yukarıda bahsettiğimiz gibi¹⁴², *sözleşmenin yüklediği tedbir alma ödevlerine karşı kayıtsızlık, ilgisizlik* halinde ağır ihmalden söz edilmektedir. Bu bakımdan *taşıyanın taşıma sözleşmesinden kaynaklanan, sözleşmesinin yüklediği tedbir alma ödevini somut ihlali olan; yükü korumak için göstermesi gereken en basit dikkat ve özeni göstermemesi* hali, bir ağır ihmal durumu teşkil etmektedir. Diğer bir ifadeyle ağır ihmalde de pervasızca davranışta olduğu gibi *taşıyanın kendisinden beklenen asgari özeni ve dikkati gösterse yapmayacağı bir davranış* söz konusudur¹⁴³.

Netice itibarıyla *pervasızca davranış = ağır ihmal*'dir¹⁴⁴.

b) Kasta eşdeğer kusurun ikinci unsuru olan zarar ihtimaline ilişkin bilincin tespitinde iki yöntem bulunmaktadır: Objektif yöntemde, taşıyanın makul bir düşünce ile zarar ihtimalini öngörüp öngöremeyeceği değerlendirilir. Bu görüşe göre, taşıyanın veya adamlarının davranışları objektif bir kriter göz önüne alınarak ve kıyas yapılarak; makul, tedbirli bir taşıyanın aynı şartlar altında zararın doğması ihtimaline ilişkin bilince sahip olup olmadığı dikkate alınır¹⁴⁵. Fransız İstinaf Mahkemesi taşıyanın veya adamlarının zararın doğması ihtimaline ilişkin bilincini değerlendirirken objektif kriteri kullanmaktadır ve zarar ihtimaline ilişkin bilincin tespitinde makul bir taşıyana veya adamlarına göre değerlendirmede bulunmaktadır¹⁴⁶. Ör-

¹⁴⁰ Bkz. 1.3.

¹⁴¹ İhmalin tespitinde makûl insanın davranışlarının objektif olarak temel alınması, bu ölçünün mutlak, sabit, bütün haller ve bütün insanlar için aynı olacağı anlamına gelmez. Kişinin mesleği de nazara alınması gereken unsurlardan biridir, bkz. **EREN**, s.577; **OĞUZMAN/ÖZ (II)**, s.58-59; **TANDOĞAN**, s.53.

¹⁴² Bkz. 1.3.

¹⁴³ **OĞUZMAN/ÖZ (II)**, s.57; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.495-496.

¹⁴⁴ Taşıyanın pervasızca davranışının ağır ihmal olarak değerlendirilmesine yönelik ayrıca bkz. **SÖZER**, s.511; **SÖZER (TSHK)**, s.57-58; **SÖZER (Yük)**, s.241. Alman Hukukunda "leichtfertig (pervasızca davranışın)" kavramının ağır ihmal (grobe Fahrlaessigkeit) olduğu hakkında bkz. **HERBER**, § 435 N.11; *Merkt*, **BAUMBACH/HOPT/MERKT**, § 435 Rn.2.

¹⁴⁵ **ÖZDEMİR (Hava)**, s. 114; **SÖZER (Yük)**, s. 237.

¹⁴⁶ **ÖZDEMİR (Hava)**, s. 114-115; **SÖZER (Yük)**, s. 237.

neğin bir kararında; zarara sebep olan taşıyanın adamlarına ilişkin değerlendirilmesinde, makul bir taşıyanın adamı ölçüsü (“makul bir mürettebat”) ile yapılacak bir karşılaştırma suretiyle zararın doğması ihtimaline ilişkin bilinci değerlendirmiştir¹⁴⁷: Kıymetli bir yükü kolayca açılabilen bir yere koyan taşıyanın adamının, zarar ihtimalinin farkında olmadığını ancak olması gerektiğini kabul etmiştir¹⁴⁸.

Sübjektif yöntemde ise, somut olayda zarar verenin bir zarar doğması ihtimalini gerçekten bilip bilmediği esas alınmaktadır¹⁴⁹. Bu görüşe göre, taşıyanın veya adamlarının, bir zararın meydana gelme ihtimali olduğunu gerçekten ve fiilen bilmeleri gerekmektedir: Taşıyanın davranışı kusur teşkil etse bile kişisel nitelikleri, eksiklikleri nedeniyle tehlikeyi fark edemeyen taşıyan, bir zarar doğması ihtimalini öngörmemiştir. Bu bilincin emarelerle de olsa ispat edilmesi gerekmektedir¹⁵⁰. Zarar verenin, bilincinde olduğu zarar ihtimali ile fiilen meydana gelen zararın aynı olması ise gerekmez¹⁵¹. Belçika İstinaf Mahkemesi sübjektif görüşe uygun olarak, taşıyanın veya adamlarının bir zararın meydana gelme ihtimalini fiilen ve gerçekten bildiklerinin ispat edilmediği gerektiğine karar vermiştir¹⁵².

Kanaatimizce, ikinci unsurda sübjektif yöntemin uygulanması daha isabetlidir. CMR Konvansiyonu’nda ve TTK’da kural olarak taşıyanın sorumluluğu sınırlıdır. Sınırsız sorumluluk hükümleri istisnadır ve istisnalar dar yorumlanır. Dar yorumun neticesinde, taşıyanın sınırsız sorumluluğuna sebebiyet verici durumlar daha dar şekilde ele alınmalıdır. Dolayısıyla, objektif yöntem kabul edilecek olursa, taşıyanın zarar ihtimaline yönelik bilincinin ispatında belirli kriterler üzerinden hareket edilecek ve bu durumda

¹⁴⁷ **ÖZDEMİR** (Hava), s. 114-115.

¹⁴⁸ **ÖZDEMİR** (Hava), s. 115; Benzer şekilde bir karar için bkz. **SÖZER** (Yük), s. 237 dn. 102.

¹⁴⁹ **ÖZDEMİR** (Hava), s.114-117; Sübjektif kriteri kullanan yabancı Mahkeme kararları için bkz. *Merkt*, **BAUMBACH/HOPT/MERKT**, §435 Rn.2; *Schaffert*, Wolfgang / **EBENROTH**, Carsten Thomas / **BOUJONG**, Karlheinz / **STROHN**, Lutz: *Handelsgesetzbuch HGB* 2. Band, §§ 343-475, 2. Auflage, München 2009, §§ 407-450, § 435 Rn.12; **YETİŞ ŞAMLI**, s.98.

¹⁵⁰ **ÖZDEMİR** (Hava), s.115-116; **PASCHKE**, § 435 N.7

¹⁵¹ **HERBER**, § 435 N.14; *Schaffert*, **EBENROTH/BOUJONG/STROHN**, § 435 Rn.12; **YETİŞ ŞAMLI**, s.98

¹⁵² **ÖZDEMİR** (Hava), s.115-116; *Tondriau v. Air India* kararı için bkz. **SÖZER** (Yük), s.237 dn 104. Objektif kriteri kullanan yabancı Mahkeme kararları için bkz. **SÖZER** (Yük), s.237.

davacı tarafından ispat edilmesi gereken hususlar, bu kriterler ile mukayese edilecek ve taşıyanın ağır bir risk altına girmesine sebebiyet verilecektir¹⁵³. Esasen zarar ihtimalini “bilmesi gereken” değil, gerçekten bilen kişi pervasızca davranmış kabul edilir¹⁵⁴. Ayrıca TTK m.886’da, taşıyanın bir tehlike ihtimalinin bilincinde olması gerektiği açıkça ifade edilmektedir. Dolayısıyla taşıyanın gerçek ve fiili iradelerine ve bilgi durumlarına bakılarak; sübjektif şekilde değerlendirilme yapılması gerekmektedir¹⁵⁵.

Kasta eşdeğer kusurun sübjektif unsuru doktrinde farklı kıstaslara göre değerlendirilmektedir: Doktrindeki bir görüşe göre, zarar veya tehlike ihtimali objektif, galip olmalıdır (galip ihtimal); zararın veya tehlikenin gerçekleşme şansı, gerçekleşmemesine oranla yüksek bir ihtimal olmalıdır¹⁵⁶. Hatta bu ihtimalin %50’nin üzerinde olması gerektiği belirtilmektedir¹⁵⁷.

Doktrindeki diğer görüşe göre, sadece zararın meydana gelmesinin muhtemel olduğunun bilinmesi gerekir¹⁵⁸. Başka bir ifadeyle, zararın meydana gelme ihtimalinin “yüksek” ya da “düşük” olmasının herhangi bir önemi yoktur. Önemli olan böyle bir olasılığın mevcudiyetinin bilinmesidir¹⁵⁹. Bu unsurda zarar ihtimalinin bilinmesi, öngörülebilir olması bu koşulun varlığı açısından yeterlidir¹⁶⁰. TTK m.886’nın gerekçesinde açıkça zararın “muhtemelen gerçekleşebileceği bilinciyle” ifadesi kullanılmaktadır. Kanun metninde zararın gerçekleşebileceğinin muhtemel olması ve bunun

¹⁵³ Varşova/Lahey sistemine yönelik olarak aynı görüş için bkz. **SÖZER** (TSHK), s.56; **SÖZER** (Yük), s.237-238.

¹⁵⁴ **YETİŞ ŞAMLI**, s.97

¹⁵⁵ **YAVAŞ**, Aksoy: Kara Yolunda Konteyner ile Yapılan Yük Taşımada Kayıp veya Hasardan Doğan Sorumluluk (Türk Hukukunda ve Uluslararası Sözleşmelerde), İstanbul 2016, s.221

¹⁵⁶ **ADIGÜZEL**, s.234; **ÇAĞA**, s.202; **KENDER/ÇETİNGİL/YAZICIOĞLU**, s.225; **ÖZDEMİR** (Hava), s.113; **YAZICIOĞLU**, s.172; **YETİŞ ŞAMLI**, s.94. Aksi görüş için bkz. **HERBER**, § 435 N.15.

¹⁵⁷ **ÖZDEMİR** (Hava), s.113; **YAZICIOĞLU**, s.172. Aksi görüş için bkz. **HERBER**, § 435 N.15.

¹⁵⁸ **CANBOLAT**, s.103; **KIRMAN**, s.157; **SÖZER** (Yük), s.241

¹⁵⁹ Bu görüş **YAZICIOĞLU** s.172 dn.476’da adı geçen yazar (Kienzle) tarafından savunulmaktadır.

¹⁶⁰ **SÖZER**, s.797; **SÖZER** (TSHK), s.57; **SÖZER** (Yük), s.241

bilinciyle hareket edilmesi düzenlenmiştir. Zararın veya tehlikenin gerçekleşme nispeti bu unsur açısından ayrıca aranmamaktadır¹⁶¹.

Doktrinde zararın meydana gelme ihtimalinin yüksek olması gerektiğini iddia eden görüş, zararın meydana gelme ihtimalinin bilincinin, subjektif yõteme uygun olarak yorumlanmasını kabul etmektedir¹⁶² ancak yorumlarını, esasında objektif bir kriter ile temellendirmektedirler. Çünkü aşikâr tehlikenin, zarar verende tehlike bilincinin varlığına karine teşkil etmesi, zararın meydana gelme ihtimalinin objektif olarak yorumlandığı durumlarda kabul edilmektedir¹⁶³. Kabul ettiğimiz subjektif yöntem çerçevesinde, zararın meydana gelme ihtimalinin değerlendirilmesinde objektif bir kriterin ayrıca aranmasının bu yorum tarzına uygun olmadığı kanaatindeyiz¹⁶⁴.

Ayrıca zararın gerçekleşme nispetinin ölçülebilir olması hususu çok müphemdir. TTK m.886'da zararın gerçekleşme nispeti değil sadece zararın muhtemelen gerçekleşebileceği bilinci aranmaktadır. Kanun koyucu bu unsuru "zararın meydana gelme ihtimalinin yüksek olması bilinciyle" gibi bir ifadeyle düzenleyebilirdi. Dolayısıyla zararın gerçekleşme ihtimalinde,

¹⁶¹ YAVAŞ, s.222

¹⁶² ÖZDEMİR (Hava), s.117; YETİŞ ŞAMLI, s.96. Çağa, açıkça subjektif yöntemin uygulanması gerektiğinden bahsetmese de "muhtemelen bir zarar meydana geleceği şuuru" ilişkin bölümünde, bu unsurun değerlendirilmesinin "iç yaşama ilişkin" olduğundan bahsederek subjektif yorumu esas almaktadır, bkz. ÇAĞA, s.201.

¹⁶³ ÖZDEMİR (Hava), s.115

¹⁶⁴ Ayrıca, zararın galip olma ihtimalini savunan görüş, zararın gerçekleşme nispetinin nasıl ölçüleceğine ya da hesaplanacağına dair herhangi bir açıklamada bulunmamaktadır. Kaldı ki gerçekten zararın gerçekleşme nispeti ölçülebilir midir? İfade edilmek istenen aynı taşıma işleminin aynı şekilde yüz kere yapıldığında, bu taşımaların elli biri ve daha fazlasında yükte zararın meydana gelmesi midir? Eğer zararın gerçekleşme nispetini gerçekten ölçmek mümkün olsa, yüzde kaç ihtimale kadar bu unsurun içinde değerlendirilme yapılacaktır: Örneğin zarar ihtimali yüzde doksan dokuz, yüzde yüz ise yine bu unsurun kapsamında mı kabul edilmelidir? Ya da zararın meydana gelme ihtimali yüzde 80-90 olduğunda ve taşıyanın bu ihtimale rağmen taşıma işlemine devam etmesi durumunda artık dolaylı kastın varlığı mı iddia edilmelidir? Taşıyan zararın gerçekleşme ihtimalini yüzde 51 olarak öngörse ancak yetersizde olsa bazı tedbirler alarak bu ihtimali yüzde 49'a, yüzde 30'a hatta yüzde 10'a düşürdüğü kanaatinde olarak yükü taşıdığı için zarar meydana gelse taşıyanın bu kusuru nasıl değerlendirilecektir?

Kanaatimizce bugünkü teknolojik imkânlar ile Türk Hukuku'nda zararın gerçekleşme nispetinin tespit edilebilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla bu tür farazi ihtimaller üzerinden unsurların belirlenmesini hukuki ve isabetli bulmamaktayız, bkz. YAVAŞ, s.222-223 dn.973.

YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)

ayrıca zararın gerçekleşme nispetinin de aranması gerektiği görüşünü isabetli bulmamaktayız.

Netice itibariyle, bu unsurda zararın meydana gelme ihtimalinin bilinci; yani zarar ihtimalinin bilinmesi, öngörülmesi düzenlenmektedir.

Türk Hukuku'nda kusurun türü belirlenirken zararın meydana gelme ihtimalin öngörülüp öngörülmemesine göre yapılan ayrıma göre ya kastın ya da bilinçli ihmal-bilinçsiz ihmalin mevcudiyetinden bahsedilebilir. Ancak hukuka aykırı neticenin öngörülmesi bu unsurda arandığından bilinçsiz ihmalden bahsedilemez.

Taşıyan, zararın meydana gelmesinin muhtemel olduğunu bilmesine rağmen pervasızca davranmaktadır. Burada kasıt unsuru bulunmamaktadır¹⁶⁵: Yukarıda da belirttiğimiz gibi, zarar veren davranışıyla öngördüğü hukuka aykırı neticeyi (doğrudan veya dolaylı şekilde) ya istemektedir ya da istememektedir. Hukuka aykırı neticenin istenmesinin veya istenmemesinin ortası gibi bir durum söz konusu olamaz. Bu bakımdan, hukuka aykırı neticenin öngörüldüğü ve bu neticenin doğrudan veya dolaylı şekilde istendiği kusur ayrıca düzenlendiği için kasta eşdeğer kusur, hukuka aykırı neticenin öngörüldüğü ancak bu neticenin istenmediği bir kusur türü olarak değerlendirilmelidir. Dolayısıyla bu kusur türünün bilinçli ihmal mi yoksa yeni bir kusur türü mü olup olmadığı tespit edilmelidir.

Taşıyan, zararın meydana gelmesinin muhtemel olduğunu bilmesine rağmen söz konusu davranışta bulunmaktadır. Bu davranış ise, ilk unsurda bahsedilen pervasızca bir hareket tarzıdır. Dolayısıyla bu iki unsur bir arada değerlendirilerek bu kavramın bilinçli ihmal mi yoksa yeni bir kusur türü olarak mı düzenlendiği incelenecektir.

Kasta eşdeğer kusur, unsurları bir arada değerlendirildiğinde şu şekilde tanımlanabilir: *Taşıyanın kendisinden beklenen asgari özeni ve dikkati gösterse yapmayacağı bir davranışın neticesinde hukuka aykırı bir sonucun meydana gelebileceğini öngördüğü ancak bu neticeyi istemediği bir kusurdur*¹⁶⁶.

Kasta eşdeğer kusur ve bilinçli ihmalde *hukuka aykırı netice öngörülmekte ancak istenmemektedir*. Bu hukuka aykırı netice iki kusur türünde

¹⁶⁵ SÖZER, s.510

¹⁶⁶ YAVAŞ, s. 224.

de *özen ve dikkat noksanlığı* neticesinde meydana gelmektedir¹⁶⁷. Dolayısıyla Türk Hukukunda kasta eşdeğer kusur ile ifade edilmek istenen bilinçli ihmaldir.

Netice itibariyle *kasta eşdeğer kusur = bilinçli ihmal*'dir¹⁶⁸.

Doktrinde, kasta eşdeğer kusurun bilinçli ihmal olmadığını iddia eden görüş, bu hususu şu şekilde açıklamaktadır: Kasta eşdeğer kusurda zarar veya tehlike ihtimali objektif, galip olmalıdır (galip ihtimal); zararın veya tehlikelin gerçekleşme şansı gerçekleşmemesine oranla yüksek bir ihtimal olmalıdır. Ancak galip ihtimal unsuru bilinçli ihmalde bulunan bir unsur olmadığı için kasta eşdeğer kusur bilinçli ihmal olarak yorumlanamaz¹⁶⁹. Hemen yukarıda incelediğimiz üzere, kasta eşdeğer kusurda, zararın veya tehlikelin gerçekleşme şansının gerçekleşmemesine oranla yüksek bir ihtimal olması hususunu isabetli bulmamaktayız. Dolayısıyla kasta eşdeğer kusurun yeni bir kusur türü olduğunu iddia eden görüşe de katılmamaktayız. Ayrıca diğer taraf devletlerin doktrinlerinde ve mahkeme kararlarında kasta eşdeğer kusur kavramı üzerinde bir uzlaşma yoktur. Kaldı ki kusurun genel tanımında bir görüş birliği olmadığı gibi ihmalin türleri arasında açık ve kesin bir sınır çizmek de mümkün değildir¹⁷⁰. Kasta eşdeğer kusur, böylece üzerinde görüş birliği bulunmayan kavramların dışında, yeni bir kusur türü olarak doğrudan değerlendirmektense çözümü önce borçlar hukukunun genel kusur kavramı içinde bulmanın daha isabetli olduğu kanaatindeyiz¹⁷¹.

Oğuzman, bilinçli ihmali ağır ihmalin en ağır hali olarak kabul etmektedir¹⁷². Bu görüşe göre dolaylı kast ile ağır ihmal¹⁷³ arasında bir kusur

¹⁶⁷ Bilinçli ihmalde özen ve dikkat noksanlığının bulunduğu yönünde bkz. TANDOĞAN, s. 49.

¹⁶⁸ YAVAŞ, s.224; *Sözer*, “aynı zamanda şuurlu ihmal niteliğinde bulunan ağır ihmal ile verilmiş olması icab eder” ifadesi ile taşıyanın kasta eşdeğer kusurunun bilinçli ihmal olduğunu belirtmektedir, bkz. SÖZER, s. 515.

¹⁶⁹ ADIGÜZEL, s. 234; ÇAĞA, s. 202; KENDER/ÇETİNGİL/YAZICIOĞLU, s. 225; ÖZDEMİR (Hava), s. 113; YAZICIOĞLU, s. 172; YETİŞ ŞAMLI, s. 94

¹⁷⁰ OĞUZMAN/ÖZ (II), s. 53, 58

¹⁷¹ YAVAŞ, s. 224-225.

¹⁷² OĞUZMAN/ÖZ (II), s.58. *Oğuzman*’ın bu ifadesi ile “ağır ihmal” kavramı ile bir nevi *alelade ağır ihmal* ve *nitelikli ağır ihmal* olmak üzere iki türlü ağır ihmal halinin kabul edildiği iddia edilebilecektir. Bilinçli ihmal, ağır ihmalin en ağır hali olarak nitelikli ağır ihmal ve bilinçli ihmal derecesi kadar ağır olmayan ağır ihmal hali ise sadece alelade ağır ihmal olarak kabul edilmektedir. Bu durumda, (alelade) ağır ihmal hali ile dolaylı kast arasında bilinçli ihmal kusur türünün yer aldığı da kabul edilmektedir.

YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)

türü olarak bilinçli ihmal bulunmaktadır. Fakat *Oğuzman*'ın bu kusur derecelendirmesi ile kasta eşdeğer kusurun; ağır ihmal¹⁷⁴ ile dolaylı kast arasında yer alan bilinçli ihmal olarak ifade edilebilmesi mümkün iken kasta eşdeğer kusurun dolaylı kasta yakın, fakat ağır ihmal ile dolaylı kast arasında yer alan yeni yeni bir kusur türü¹⁷⁵ olarak ifade edilmesini de isabetli bulmamaktayız¹⁷⁶.

Netice olarak, *Oğuzman*'ın ağır ihmal-bilinçli ihmal derecelendirmesi çerçevesinde, kasta eşdeğer kusur ile ağır ihmalin en ağır hali olan bilinçli ihmali ifade etmekteyiz. Dolayısıyla kasta eşdeğer kusurun; ağır ihmalin her hali olarak değil sadece ağır ihmalin nitelikli hali (en ağır hali) teşkil eden bilinçli ihmal olarak değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz¹⁷⁷.

SONUÇ

Çalışmamızda taşıyanın sınırlı sorumluluktan yararlanma hakkının kaybına sebebiyet veren kastı ve kasta eşdeğer kusuru özellikle Türk Hukukundaki kusur kavramı açısından kapsamlı şekilde değerlendirilmiştir.

CMR m.29'da ve TTK m.886'da sınırlı sorumluluktan yararlanma hakkının kaybedilmesine sebep oluşturan iki tür kusurdan söz edilmektedir: Bunlardan birincisi kasttır. Türk Hukuku'nda kast ile *dolus directus* ve *dolus eventualis* kavramlarının düzenlendiğinden bahsettik.

TTK m.886 madde gerekçesinde bu kusurun “kast derecesindeki kusurdan sonra gelen ikinci kusur” olduğu açıkça ifade edilmektedir. TTK'da, taşıyanın doğrudan ve dolaylı kastını kapsayacak şekilde yapılan bu düzenleme ile (kast ile *dolus directus* ve *dolus eventualis* kavramları düzenlendiğinden) kasta eşdeğer kusurun varlığında, kusurun bu türleri (doğrudan veya dolaylı kastın) dışında bir fiil ya da ihmal ile zarara sebebiyet verilmesi gerekecektir. Yani taşıyanın aşağıda incelenecek olan kusurunun, doğru-

¹⁷³ *Oğuzman*'ın görüşü çerçevesinde burada ağır ihmal ile alelade ağır ihmal kavramı ifade edilmektedir.

¹⁷⁴ *Oğuzman*'ın görüşü çerçevesinde burada ağır ihmal ile alelade ağır ihmal kavramı ifade edilmektedir.

¹⁷⁵ **KENDER/ÇETİNGİL/YAZICIOĞLU**, s.225; **ÖZDEMİR** (Hava), s.119; **YAZICIOĞLU**, s. 172-173; **YETİŞ ŞAMLI**, s. 94.

¹⁷⁶ **YAVAŞ**, s. 225.

¹⁷⁷ **YAVAŞ**, s. 225.

dan ya da dolaylı kastın dışında bir kusur türü olarak yorumlanması isabetli olacaktır.

TTK m.886’da kasta eşdeğer kusur olarak “pervasızca bir davranışla ve böyle bir kayıp, hasar veya gecikmenin meydana gelmesi ihtimalinin bilinciyle” şeklinde bir ifade kullanmıştır.

Bu hükümlere göre, kasta eşdeğer kusur kavramından bahsedebilmek için “pervasızca davranış” ve “muhtemelen zarar meydana geleceğine ilişkin bilinç” olmak üzere iki unsur bir arada bulunmalıdır.

Doktrinde, taşıyanın pervasızca davranışı için farklı kavramlar kullanılmakla birlikte, temel alınan ortak husus özen yükümlülüğünün ihlal edilmesi olduğundan, bu kavramın özen yükümlülüğünün ihlaline ve davranışın niteliğine uygun bir tanımının yapılmasını daha isabetli bulmaktayız. Bu bakımdan kara yolu ile yük taşınmasında pervasızca davranışı şu şekilde tanımlamaktayız: *Taşıyanın yükü korumak için (koruma borcunda) göstermesi gereken (kendisinden beklenen) en basit dikkat ve özeni göstermemesi*. Bu tanım değerlendirildiğinde ağır ihmalde de pervasızca davranışta olduğu gibi taşıyanın kendisinden beklenen asgari özeni ve dikkati gösterse yapmayacağı bir davranış söz konusudur. Netice itibariyle *pervasızca davranış = ağır ihmal*’dir.

Kasta eşdeğer kusurun ikinci unsuru olan zarar ihtimaline ilişkin bilinç değerlendirildiğinde ise, bu unsurda zararın meydana gelme ihtimalinin bilinci; yani zarar ihtimalinin bilinmesi, öngörülmesi düzenlenmektedir.

Taşıyan, zararın meydana gelmesinin muhtemel olduğunu bilmesine rağmen pervasızca davranmaktadır. Burada kasıt unsuru bulunmamaktadır: Yukarıda da belirttiğimiz gibi, zarar veren davranışıyla öngördüğü hukuka aykırı neticeyi (doğrudan veya dolaylı şekilde) ya istemektedir ya da istememektedir. Hukuka aykırı neticenin istenmesinin veya istenmemesinin ortası gibi bir durum söz konusu olamaz. Bu bakımdan, hukuka aykırı neticenin öngörüldüğü ve bu neticenin doğrudan veya dolaylı şekilde istendiği kusur ayrıca düzenlendiği için kasta eşdeğer kusur, hukuka aykırı neticenin öngörüldüğü ancak bu neticenin istenmediği bir kusur türü olarak değerlendirilmelidir.

Dolayısıyla kasta eşdeğer kusur, unsurları bir arada değerlendirildiğinde şu şekilde tanımlanabilir: *Taşıyanın kendisinden beklenen asgari özeni ve dikkati gösterse yapmayacağı bir davranışın neticesinde hukuka*

aykırı bir sonucun meydana gelebileceğini öngördüğü ancak bu neticeyi istemediği bir kusurdur.

Kasta eşdeğer kusur ve bilinçli ihmalde hukuka aykırı netice öngörülmekte ancak istenmemektedir. Bu hukuka aykırı netice iki kusur türünde de özen ve dikkat noksanlığı neticesinde meydana gelmektedir. Dolayısıyla Türk Hukukunda kasta eşdeğer kusur ile ifade edilmek istenen bilinçli ihmaldir. Netice itibarıyla *kasta eşdeğer kusur = bilinçli ihmal*'dir.

KISALTMALAR

ATK: Alman Ticaret Kanunu

BATİDER: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi

BGH: Bundesgerichtshof

BKK.: Bakanlar Kurulu Kararı

bkz.: bakınız

C.: Cilt

c.: cümle

CMR: La Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route

dn.: dip notu

E.: Esas

eTTK: 6762 Sayılı Eski Ticaret Kanunu

f.: fıkra

HD: Hukuk Dairesi

HGK: Hukuk Genel Kurulu

İÜHFİM: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

K.: Karar

KTK: Karayolu Taşıma Kanunu

m.: madde

OLG: Oberlandesgericht

ÖÇH: Özel Çekme Hakları

RG.: Resmi Gazete

S.: Sayı

s.: sayfa

SDR: Special Drawing Rights

T.: Tarih

TSHK: Türk Sivil Havacılık Kanunu
TTK: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu
v.: versus
vb.: ve benzeri
vd.: ve devamı
Y.: Yıl
Yarg.: Yargıtay
YKD: Yargıtay Kararları Dergisi

KAYNAKÇA

- ADIGÜZEL, Burak: Karayolu ile Yapılan Taşımalarda Taşıyıcının Zıya ve Hasardan Doğan Sorumluluğu, Ankara 2012.
- AKAN, Pınar: Deniz Taşımacılığında Taşıyanın Yüke Özen Yükümlülüğünün İhlalinden Doğan Sorumluluğu, Ankara 2007.
- AKINCI, Ziya: Karayolu ile Milletlerarası Eşya Taşımacılığı ve CMR, Ankara 1999.
- AKKİPRİK, Ali: Karma Taşımada Taşımacının Sorumluluğu CMR m.2.1: Deniz ile Karayolunun Kesişme Noktasında Bulanıklık, Deniz Hukuku Dergisi, Yıl:5, S.1-4, s.215-230.
- ANTALYA, Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt.1, 2. Bası, İstanbul 2013.
- ARKAN, Sabih: Karada Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu, Ankara 1982.
- ARKAN, Sabih: Mühürlü Tankerlerle Yapılan Sıvı Mal Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu III. s.299-338, (ARKAN, Mühürlü Tanker).
- ATABEK, Reşat: Eşya Taşıma Hukuku, İstanbul 1960.
- AYDIN, Alihan: CMR'ye göre Taşıyıcının Zıya, Hasar ve Gecikmeden Doğan Sorumluluğu, 2. Bası, İstanbul 2006.
- BAUMBACH, Adolf / HOPT, Klaus J. / MERKT, Hanno: Handlungsbuch, 36. Auflage, München 2014.
- BEZGİNLİ, Hakan / KÖKSAL, Tunay: Karayolu Taşımacılık Hukuku, Ankara 2012.

BOZKURT BOZABALI, Banu: Havayoluyla Yolcu Taşıma Sözleşmelerinde Taşıyanın Ölüm ve Cismani Zarardan Doğan Hukuki Sorumluluğu, 2013 Ankara.

BOZKURT, Tamer: Deniz Ticareti Hukuku ve Kara Taşıma Hukuku, Ticaret Hukuku Cilt-V, 6. Bası, İstanbul 2013.

CANBOLAT, Ayşe Gül: Hava Taşıma Sözleşmesinde Taşıyıcının Sorumluluğu, Ankara 2009.

CLARKE, A. Malcolm: International Carriage of Goods by Road: CMR, London 2009.

ÇAĞA, Tahir / KENDER, Rayegan: Deniz Ticareti Hukuku I, 15. Bası, İstanbul 2009, (ÇAĞA/KENDER, I).

ÇAĞA, Tahir / KENDER, Rayegan: Deniz Ticareti Hukuku II, 9. Bası, İstanbul 2009.

ÇAĞA, Tahir: Enternasyonal Deniz Hususi Hukukunda Yeni Bazı Gelişmeler, BATİDER, Y.1977, C.IX, s.289-327, (ÇAĞA, Gelişmeler).

ÇAĞA, Tahir: Hava Taşıyıcısının Sınırlı ve Sınırsız Mesuliyetine Dair, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu IV. 25/26 Mart 1988, Ankara 1989, s.173-217.

ÇELİK, Çelik Ahmet: Karayoluyla Yolcu Taşıma, İstanbul 2008.

DAMAR, Duygu / YETİŞ ŞAMLI, Kübra: Milletlerarası Taşıma Hukukunda ve Yeni Türk Ticaret Kanununda “Pervasızca Hareket” (Wilful Misconduct) Kusuru, Deniz Hukuku Derneği – Sigorta Hukuku Derneği, İstanbul 2012.

DAMAR, Duygu: Wilful Misconduct in International Transport Law, Springer Verlag, Heidelberg 2011.

DENİZ KANER, İnci: Hava Hukuku: Hususi Kısım, 2. Bası, İstanbul 2004, (DENİZ KANER, Hava).

DENİZ KANER, İnci: Hava Yük Taşımada Kısmi Zıya ve İhbar Mükellefiyeti, İBD, 1997, C.7, S.1-2-3, s.51-53.

DOĞANAY, İsmail: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, İkinci Cilt – Madde 420-815, 4. Bası, İstanbul 2004.

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Bası, Ankara 2015.

EREN, Fikret: Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975, (EREN, Uygun illiyet Bağı).

ERİŞ, Gönen: Açıklamalı-İçtihatlı-Uygulamalı Kara Taşıma Hukuku, Ankara 1996

FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, C.II, 2. Bası, İstanbul 1977.

GENÇTÜRK, Muharrem: Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku, İstanbul 2006.

GLÖCKNER, H.: Limits to Liability and Insurance of Carriers Under Articles 3 and 23 to 29 of the CMR, International Carriage of Goods by Road (CMR), Londra 1987.

GÖRÇÜN, Ömer Faruk / GÖRÇÜN, Özhan: Demiryolu Taşımacılığı, İstanbul 2010.

GÖRÇÜN, Ömer Faruk: Karayolu Taşımacılığı, İstanbul 2010.

GUERRERI, Giuseppe: Wilful Misconduct in the Warsaw Convention: A Stumbling Block?, American Jurisprudence on the Warsaw Convention, Publication N:6, Institute of Air and Space Law, McGill University.

HAAK, K. P.: The CMR Interpretation, International Carriage of Goods by Road (CMR), Londra 1987.

HERBER, Rolf: §§ 425-437 in Münchener Kommentar, 3. Auflage, München 2014.

KANETİ, Selim: Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler 1. Sempozyumu, 21-22 Ekim 1977, İstanbul 1980, s.29-67.

KARAHASAN, Mustafa Reşit: Sorumluluk Hukuku, 6. Bası, İstanbul 2003.

KARAN, Hakan: CMR Şerhi, Ankara 2011.

KAYA, Arslan: Taşıyıcının Kara Yolu ile Eşya Taşınmasına İlişkin Uluslar Arası Sözleşmede (CMR) Öngörülen Sorumluluğun Esasları (II), İÜHFMD, C.LVI, S. 1-4(1998), s.239-267.

KENDER, Rayegan / ÇETİNGİL, Ergon / YAZICIOĞLU, Emine: Deniz Ticareti Hukuku C.1, 14. Bası, İstanbul 2014.

KIRMAN, Ahmet: Hava Yolu ile Yapılan Uluslar Arası Yolcu Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu, Ankara 1990.

KÜÇÜK, Orhan: Lojistik İlkeleri ve Yönetimi, Ankara 2012.

MESSENT, Andrew / GLASS, David A.: Hill&Messent, CMR: Contracts for the International Carriage of Goods by Road, 3. Bası, Londra 2000.

OĞUZMAN, Kemal / ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku, Cilt I, 12. Bası, İstanbul 2014.

OĞUZMAN, Kemal / ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku, Cilt II, 11. Bası, İstanbul 2014, (OĞUZMAN/ÖZ, II).

ÖZDEMİR, Atalay: Hava Taşıyıcısının Sorumluluğu: Bagaj ve Yükün Kaybı, Hasarı ve Gecikmeden Doğan Zararlar Nedeniyle Sorumluluğu, Ankara 1992, (ÖZDEMİR, Hava).

ÖZDEMİR, Turkyay: Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku, Zıya ve/veya Hasar Sorumluluğu, İstanbul 2006.

ÖZSUNAY, Ergun: Türk Hukukunda İşletenin Sorumluluğu ve Sorumluluktan Kurtulması Bakımından Kusurun Etkisi ve Önemi, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler 1. Sempozyumu, Ankara, 21-22 Ekim 1977, İstanbul 1980, s.67-129.

PASCHKE, Marien: §§ 407-475, 476 ff. HGB in Oetker HGB, 3. Auflage, München 2013.

SCHAFFERT, Wolfgang / EBENROTH, Carsten Thomas / BOUJONG, Karlheinz / STROHN, Lutz: Handelsgesetzbuch HGB 2. Band, §§ 343-475, 2. Auflage, München 2009, §§ 407-450.

SEVEN, Vural: Dış Ticarete Vesaik Mukabili Ödemeli Satışların CMR Kapsamındaki Taşıma Sözleşmelerine Etkisi, Legal Hukuk Dergisi, Y.2006, C.4, S.38, s.447-460.

SOPACI, Birgül: Multimodel Taşımalarda Taşıma Hukukuna İlişkin Problemler, İstanbul 2001.

SÖZER, Bülent: Deniz Ticareti Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2012.

SÖZER, Bülent: Türk Hukukunda ve Uluslararası Hukukta Havayolu ile Yük Taşıma Sözleşmesi, Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul 2009, (SÖZER, Yük).

SÖZER, Bülent: Türk Sivil Havacılık Kanunu'nun Hükümlerine Göre Taşıyanın ve İşletenin Sorumluluğu, BATİDER, Y.1984, C.XII, S.4, s.3-92, (SÖZER, TSHK).

TANDOĞAN, Haluk: Türk Mesuliyet Hukuku: İstanbul 2010 (1961 yılı birinci basıdan tıpkı basım yapılmıştır).

TEKİNAY, Selahattin Sulhi / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Haluk / ALTOP Atilla: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993.

TÜZÜN, Necat: Hava ve Kara Taşıma Hukuku, Ankara 1981.

USLU, Murat: CMR Hükümleri Çerçevesinde Taşıyıcının Gecikmeden Doğan Sorumluluğu, Ankara 2010.

ÜLGEN, Hüseyin: Hava Taşıma Sözleşmesi, Ankara 1987.

ÜLGEN, Hüseyin: Uluslararası Taşımacılık ve Hukuki Sorunları, İstanbul 1988 (ÜLGEN, Sorunlar).

YAPRAKLI, Şükrü: Kargo Taşımacılık Hizmetleri, İstanbul 2006.

YAVAŞ, Aksoy: Kara Yolunda Konteyner ile Yapılan Yük Taşımasında Kayıp veya Hasardan Doğan Sorumluluk (Türk Hukukunda ve Uluslararası Sözleşmelerde), İstanbul 2016.

YAZICIOĞLU, Emine: Hamburg Kurallarına Göre Taşıyanın Sorumluluğu (Lahey/Visby Kuralları ile Karşılaştırmalı Olarak), İstanbul 2000.

YEŞİLOVA, Ecehan: Taşıyıcının CMR Hükümlerine Göre Yardımcı Şahıslarının ve Müteakip Taşıyıcıların Eylemlerinden Doğan Sorumluluğu, Ankara 2004.

YETİŞ ŞAMLI, Kübra: Taşıyıcının / Taşıyanın Sınırlı Sorumluluktan Yararlanma Hakkının Kaybı, İstanbul 2008.

ZEYNELOĞLU, Ahmet: Uygulamalı Taşıma Hukuku, Ankara 1980.

TİCARET MAHKEMELERİNİN TEŞKİLAT VE GÖREVİNE İLİŞKİN 6545 SAYILI KANUN DEĞİŞİKLİĞİ

(LAW NO. 6545 AMENDING THE ORGANIZATION AND AREA OF COMPETENCE
OF COMMERCIAL COURTS)

Araş. Gör. Dr. / Res. Asst. Dr. Fatih AYDEMİR*

ÖZET

18.6.2014 tarih ve 6545 sayılı Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 45. maddesi ile 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun(Adli Mahkemeler Kanunu) 5 inci maddesinin ikinci fıkrası değiştirilmiş ve mülga üçüncü fıkra yeniden düzenlenmiştir. Bu değişikliklerle asliye ticaret mahkemeleri yeniden toplu mahkeme haline dönüştürülmüş ve hangi hallerde tek hâkimli hangi hallerde toplu mahkeme olarak yargılama yapacağı düzenlenmiştir. Ayrıca HMK ve MTK kapsamında tahkime ilişkin dava ve işler bakımından asliye ticaret mahkemesi görevlendirilmiştir. Bu çalışmada, Adli Mahkemeler Kanunu'nun 5. maddesinin 6545 sayılı Kanun'un 45. maddesi ile değiştirilen ve yeniden düzenlenen hali incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Görev, asliye ticaret mahkemesi, tek hâkimli mahkeme, toplu mahkeme, tahkim.

ABSTRACT

Article 45 of the Law on the Amendment of Turkish Criminal Code and other Laws dated 18.6.2014 and numbered 6545 and 2nd paragraph of Article 5 of the Law on the Establishment, Duties and Authorities of the Courts of First Instance and Appeal Courts numbered 5235 was amended.

* Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra – İflas Hukuku Anabilim Dalı, e-posta: fatih.aydemir@kocaeli.edu.tr

As a result of this amendment, commercial courts reorganized as collective courts. Commercial courts hear cases as tribunal and some cases by single judge. In addition, the Commercial Court of First Instance are also the competent court to hear the cases related to arbitration under Turkish Civil Procedure Law (HMK) and International Arbitration Law (MTK). This article considers the revised and reorganized version of Article 5 of the Law on the Establishment, Duties and Authorities of the Courts of First Instance and Appeal Courts (No. 5235).

Keywords: *Subject matter jurisdiction, tribunal, single judge, arbitration.*

I- GİRİŞ

18.6.2014 tarihinde kabul edilerek 28.6.2014 tarih ve 29044 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 6545 sayılı Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 45. maddesinin ilk fıkrası ile 26.9.2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun 5. maddesinin ikinci fıkrasının değiştirilmiş ve mülga üçüncü fıkranın yeniden düzenlenmiştir.

Değiştirilen ikinci fıkrada, tek hâkimden oluşan mahkemeler arasından asliye ticaret mahkemesi çıkartılmıştır. Mülga üçüncü fıkra yerine yeniden düzenlenen fıkrada ise, asliye ticaret mahkemelerinin başkan ve yeteri kadar üyeden oluşacağı; bu fıkrada sayılan bazı dava ve işler bakımından başkan ve iki üye ile yargılamanın yapılacağı, bunun dışındaki uyuşmazlıklar bakımından ise o mahkemedeki hâkimlerden birinin tek başına yargılama yapacağı düzenlenmiştir.

Böylece bu değişiklik ile asliye ticaret mahkemeleri için önce yeni bir yapılanmaya gidilmiş, sonrasında bu yapılanmaya göre yeni bir görevlendirme yapılmıştır. Zira bu yeni düzenleme ile öncelikle asliye ticaret mahkemeleri 2011 yılından önceki haline döndürülmüş ve tekrar toplu mahkeme haline getirilmiş, toplu mahkeme olarak görülecek dava ve işler

belirtilirken tahkime ilişkin konularda hem HMK hem de MTK bakımından görevli mahkeme olarak asliye ticaret mahkemesi belirlenmiştir.¹

Bu çalışmada, anılan düzenleme kapsamında asliye ticaret mahkemesinin görevlendirilmesi incelenmeye çalışılacaktır.

II. 5235 SAYILI ADLİ MAHKEMELER KANUNU KAPSAMINDA HUKUK MAHKEMELERİ

A. Genel Olarak

1982 Anayasa'mızın yargı yetkisi başlıklı 9. maddesine göre, "Yargı yetkisi, Türk milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır."² Bu hükmü tamamlar mahiyetteki, Anayasa'mızın mahkemelerin kuruluşu başlıklı 142. maddesine göre ise, "Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir." Benzer bir hüküm 18.06.1927 tarihli mülga 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK) m. 1/ f. 1'de "Mahkemelerin görevi kanunla belirlenir." şeklinde düzenlenmişti. Bu düzenlemenin daha geniş ise, 2011 tarihli Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK)³ m. 1/ f. 1'de "Mahkemelerin görevi, ancak kanunla düzenlenir. Göreve ilişkin kurallar, kamu düzenindedir." şeklinde yer almıştır.⁴

¹ Sema TAŞPINAR AYVAZ, "Asliye Ticaret Mahkemeleri Hakkında Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Tahkimde Görevli Mahkeme", Dokuz Eylül Üniversitesi HFD, 2014, C. XVI, Özel Sayı: Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, C. I, İzmir 2015, s. 470.

² Aynı hüküm, 1961 Anayasası'nın 7. maddesinde de yer almaktaydı.

³ 12.01.2011 tarihinde kabul edilmiş, 04.02.2011 tarih ve 27836 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak, 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

⁴ Abdurrahim KARSLI, Medeni Muhakeme Hukuku, 6100 Sayılı HMK Hükümlerine Göre Yargıtay Kararları İşlenmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, İstanbul 2012, s. 121. Mahkemelerin görevinin kanunla düzenlenmesi, sadece hukukumuzda özgü bir durum olmayıp, evrensel hukuk kuralları da bu durumu ortaya koymaktadır. Zira gerek ulusal gerekse uluslararası seviyedeki bu düzenlemeler kaynağını "tabii hâkim" ilkesinden almaktadır. Bu ilke, genel bir tanımla, henüz bir uyumsuzluk doğmadan önce, (doğması halinde) o uyumsuzluğa ilişkin yargılamanın hangi mahkemede yapılacağına belirlenmesidir. Bu ilke sayesinde, sadece belli kişi veya uyumsuzlukları yargılamak üzere yeni mahkemelerin kurulamaması ve hâkimlerin atanmasının önüne geçebilmek mümkün olabilecektir. Bu hususta Anayasa'mızın kanuni hâkim güvencesi başlıklı 37. maddesi, "Hiç kimse kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz. - Bir kimseyi kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz." hükmü ile kanuni (tabii)

Bunlarla birlikte, Cumhuriyet devrinde mahkemeler teşkilatına ilişkin olarak konulan ilk kanun ise, 08.4.1924 tarihinde kabul edilen ve 26.4.1924 tarihli ve 69 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 469 sayılı Mehâkimi Şer'iyenin İlgasına ve Mehâkim Teşkilatına Ait Ahkamı Muadil Kanun idi.⁵ Zamanla yetersiz hale gelen bu kanun⁶, 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un⁷ 54. maddesi ile yürürlükten kaldı-

hâkim ilkesini ortaya koymuştur (bkz. Ejder YILMAZ, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Değiştirilmiş 2. Baskı, Ankara 2013, s. 42-43).

⁵ Yavuz ALANGOYA/ Kamil YILDIRIM/ Nevhis DEREN YILDIRIM, Medeni Usul Hukuku Esasları, Genişletilmiş Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, İstanbul 2009, s. 21; Hakan PEKCANITEZ/ Oğuz ATALAY/ Muhammet ÖZEKES, Medeni Usul Hukuku, 14. Bası, Ankara 2013, s. 114; KARSLI, s. 123. Bu kanuna dayanak olabilecek 1921 Teşkilât-ı Esasiye Kanunu'nda (1921 Anayasası'nda) bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak, 469 sayılı Kanun'un kabulünden sonra, 20.4.1924 tarihinde kabul edilen 1924 Teşkilât-ı Esasiye Kanunu'nun (1924 Anayasası'nın; Resmî Gazete, 24 Nisan 1924; Düstur, 3. Tertip, Cilt 5, s. 576) 8'inci maddesine göre, "hakk-ı kazâ, Millet nâmına, usûlü ve kanunu dairesinde müstakil mehâkim tarafından istimal olunur". 1924 Teşkilât-ı Esasiye Kanunu'nu 10.01.1945 tarih ve 4695 sayılı Kanunla, anlam ve kavramlarında bir değişiklik yapılmaksızın Osmanlıca ilk halinden Türkçeleştirilerek 15.01.1945 tarihli ve 5905 sayılı Resmi Gazete'de yeniden yayımlanmıştır. Yayımlanan bu metne göre madde 8; "Yargı hakkı, millet adına usul ve kanuna göre bağımsız mahkemeler tarafından kullanılır." şeklinde ifade edilmiştir (bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa24.htm> E.T. 07.11.2015).

⁶ Bu hususta Kuru, 469 sayılı Kanun'un çok eski ve mahkemeler teşkilatına ilişkin hükümlerinin eksik olduğunu ifade ederek, bütün mahkemeler teşkilatını, görevleri ve aralarındaki hukuki yardımcı ayrıntılı bir şekilde düzenleyecek yeni bir "Mahkemeler Teşkilatı Kanunu"nun çıkarılması gerektiğini, 202 maddelik Almanya Mahkemeler Teşkilatı Kanunu örneğini vererek belirtmiştir (bkz. Baki KURU, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Baskı, Cilt I, 2001 İstanbul, s. 52).

⁷ 26.9.2004 tarihinde kabul edilerek, 07.10.2004 tarih ve 25606 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)

rılmış,⁸ 5235 sayılı Kanun ise, 01 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir (m. 55).⁹

5235 sayılı Adli Mahkemeler Kanunu, adli yargı ilk derece mahkemeleri ile bölge adliye mahkemelerinin kuruluş, görev ve yetkilerini düzenlemek amacıyla taşırken (m. 1); temyiz mahkemesinin kuruluş, görev ve yetkileri ise 08.02.1983 tarihinde yayımlanarak yayımı tarihinde yürürlüğe giren (m. 69) 2797 sayılı Yargıtay Kanunu¹⁰ ile düzenlenmiştir.¹¹

Böylece, 5235 sayılı Kanun'la birlikte (m. 1) adli yargı sistemi, idari yargı teşkilatı gibi, üç kademeli hale getirilmiştir: ilk derece mahkemeleri, bölge adliye (istinaf) mahkemeleri ve temyiz mahkemesidir.¹² 5235 sayılı Kanun'un 2. maddesine göre: "Adli yargı ilk derece mahkemeleri, hukuk ve ceza mahkemeleridir." Kanun'un müteakip 3. maddesine göre ise "Adli yargı ikinci derece mahkemeleri, bölge adliye mahkemeleridir." Ancak konumuz bakımından bundan sonra sadece hukuk mahkemelerini inceleyeceğiz.

B. Hukuk Mahkemeleri

5235 sayılı Adli Mahkemeler Kanunu'nun adli yargı ilk derece mahkemeleri başlıklı ikinci kısmının 4. maddesine göre: "Hukuk mahkemeleri, sulh hukuk ve asliye hukuk mahkemeleri ile özel kanunlarla kurulan diğer hukuk mahkemeleridir." Bu hükümden de anlaşılacağı üzere, adli yargı ilk

⁸ Baki KURU/ Ramazan ARSLAN/ Ejder YILMAZ, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 6100 Sayılı HMK'na Göre Yeniden Yazılmış 25. Baskı, Ankara 2014, s. 78; YILMAZ, s. 44, dn. 5; KARSLI, s. 123. 5235 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde, "... Mahkemelerin verimli, etkili, süratli ve güvenli çalışmalarını sağlamak ve denetim yargılamasını güçlendirmek üzere, eskiyen ve yetersiz hükümler taşıyan 469 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılarak, bunun yerine adli yargı ilk derece mahkemeleri ile bölge adliye mahkemelerinin kuruluşunu, görevlerini ve yetkilerini düzenlemek amacıyla bu Tasarı hazırlanmıştır." ifadelerine yer verilmiştir.

⁹ PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s. 114. Aynı yönde bkz. ALANGOYA/ YILDIRIM/ DEREN YILDIRIM, s. 21.

¹⁰ 04.02.1983 tarihinde kabul edilmiş, 08.02.1983 tarihli ve 17993 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

¹¹ KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, s. 78. Aynı yönde bkz. PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s. 114; KARSLI, s. 121; Ömer ULUKAPI, Medeni Usul Hukuku, 2. Baskı, Konya 2014, s. 45.

¹² KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, s. 78; PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s. 114-115; KARSLI, s. 124.

derece hukuk mahkemeleri, genel mahkeme¹³ niteliğinde olan sulh ve asliye hukuk mahkemeleri¹⁴ ile özel kanunlarla kurulan özel mahkeme¹⁵ statüsündeki diğer hukuk mahkemeleridir.¹⁶

Bu mahkemelerin görevlerine ilişkin temel düzenleme, 5235 sayılı Kanun'un 6. maddesinde yapılmıştır. Hukuk mahkemelerinin görevleri başlıklı söz konusu madde: "Sulh hukuk mahkemeleri, 18.6.1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile diğer kanunlarda belirtilen görevleri yerine getirir.

Asliye hukuk mahkemeleri, sulh hukuk mahkemelerinin görevleri dışında kalan ve özel hukuk ilişkilerinden doğan her türlü dava ve işler ile kanunların verdiği diğer dava ve işlere bakar.

Özel kanunlarla kurulan hukuk mahkemelerinin görevleri saklıdır." şeklindedir.

Bu hükümlerle birlikte, HUMK'nun yerini alan HMK'da m. 4'de¹⁷ sulh hukuk mahkemesinin, m. 2'de¹⁸ ise asliye hukuk mahkemesinin görevleri

¹³ Özel mahkeme teriminin karşıtı olarak kullanılan genel (görevli) mahkeme terimi, bakacağı dava ve işlerin belirli kişi veya kişiler yahut belirli işlerle sınırlandırılmadığı, hatta aksine düzenleme bulunmadıkça özel hukuka giren her türlü dava ve içe bakan mahkemeler için kullanılır (bkz. KURU, Cilt I, s. 53; KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, s. 79; PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s. 115; KARSLI, s. 125; ARSLAN Ramazan/ YILMAZ Ejder/ TAŞPINAR AYVAZ Sema, Medeni Usul Hukuku, 1. Baskı, Ankara 2016, s. 98).

¹⁴ Sulh hukuk ve asliye hukuk mahkemesi ayırımının tarihsel gelişimi ile amacı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Süha TANRIVER, "Sulh Hukuk- Asliye Hukuk Mahkemesi Ayırımının Anlam ve Önemi Üzerine Bazı Düşünceler", TBB, 2013 (105), s. 38-41, (TANRIVER, Sulh- Asliye Hukuk Ayırımı); aynı ifadeler için ayrıca bkz. Süha TANRIVER, Medeni Usul Hukuku, Cilt I, Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması, Ankara 2016, s. 139, dn. 124; ayrıca bu ayırma yöneltelen eleştiri ve bunlar hakkındaki değerlendirmeler için de ayrıca bkz. TANRIVER, Sulh- Asliye Hukuk Ayırımı, s. 42-50.

¹⁵ Genel mahkeme kavramının karşıtı olarak kullanılan bu kavram, belirli kişiler arasında çıkan uyuşmazlıklara veya belli niteliklerdeki uyuşmazlıklara bakmak üzere kurulan mahkemeleri ifade etmektedir (bkz. KURU, Cilt I, s. 53; KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, s. 80; KARSLI, s. 131-132; ARSLAN/ YILMAZ/ TAŞPINAR AYVAZ, s. 103).

¹⁶ KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, s. 79; ALANGOYA/ YILDIRIM/ DEREN YILDIRIM, s. 21; PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s. 115; KARSLI, s. 125; TANRIVER, Sulh-Asliye Hukuk Ayırımı, s. 36; ARSLAN/ YILMAZ/ TAŞPINAR AYVAZ, s. 85.

¹⁷ "Sulh hukuk mahkemeleri, dava konusunun değer veya tutarına bakılmaksızın; - a) Kiralanan taşınmazların, 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununa göre ilamsız icra yoluyla tahliyesine ilişkin hükümler ayrı olmak üzere, kira ilişkisinden doğan alacak davalarını da dâhil olmak üzere tüm uyuşmazlıkları konu alan davalar ile bu davalara YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)

sayılmıştır. Bu hükümlerden anlaşıldığına göre; 4. maddede ilk üç bent halinde sayılan davalar ile gerek HMK'nın gerekse diğer kanunlarda sulh hâkiminin görevli olarak belirtildiği dava ve işler, sulh hukuk mahkemesinin görevine girerken¹⁹; sulh hukuk mahkemeleri ile özel mahkemelerinin görevleri dışında kalan ve özel hukuk ilişkilerinden doğan her türlü dava ve işler ile diğer kanunların verdiği dava ve işler ise asliye hukuk mahkemesinin görevine girmektedir.²⁰

Özel mahkemelerin kuruluşu, mutlaka ayrı (özel) bir kanun hükmü ile düzenlenir ve bu şekilde özel bir mahkemenin kurulması, tabii hâkim ilkesine aykırılık teşkil etmez.²¹ Bununla birlikte, özel kanunlarla kurulan hukuk mahkemelerinin²² görevleri ise, o kanunlarda belirtilenlerle sınırlı-

karşı açılan davaları, - b) Taşınır ve taşınmaz mal veya hakkın paylaşılmasına ve ortaklığın giderilmesine ilişkin davaları, - c) Taşınır ve taşınmaz mallarda, sadece zilyetliğin korunmasına yönelik olan davaları, - ç) Bu Kanun ile diğer kanunların, sulh hukuk mahkemesi veya sulh hukuk hâkimini görevlendirdiği davaları, görürler."

¹⁸ "(1) Dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığı haklarına ilişkin davalarla, şahıs varlığına ilişkin davalarda görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkemesidir. (2) Bu Kanunda ve diğer kanunlarda aksine düzenleme bulunmadıkça, asliye hukuk mahkemesi diğer dava ve işler bakımından da görevlidir."

¹⁹ Sulh hukuk mahkemelerinin bakacakları dava ve işlerin ismen sayılmış ve sınırlı tutulmuş bulunması, bu mahkemeleri bir bakıma özel mahkemelere yaklaştırmıştır. Ancak, 5235 sayılı Kanun'un 4. maddesinde genel görevli olarak gösterilmesi nedeniyle, bugün itibarıyla genel mahkeme olarak kabul edilmektedir (bkz. KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, s. 80). Ayrıca sulh hukuk mahkemelerinin çok farklı türdeki dava ve işlere bakmaları nedeniyle de özel görevli mahkeme olarak nitelendirilmeleri de mümkün değildir (bkz. ARSLAN/ YILMAZ/ TAŞPINAR AYVAZ, s. 99).

²⁰ Bkz. ARSLAN/ YILMAZ/ TAŞPINAR AYVAZ, s. 98. Bu bakımdan adeta, hukukumuzda adli yargı alanında tek genel görevli mahkemenin asliye hukuk mahkemesi olduğunu söylemek de yanlış olmayacaktır (bkz. KARSLI, s. 125; YILMAZ, s. 50).

²¹ KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, s. 83; ARSLAN/ YILMAZ/ TAŞPINAR AYVAZ, s. 104.

²² Medeni yargı alanında kurulmuş bulunan özel mahkemeler ve ilgili kuruluş kanunları şunlardır: 1- Aile Mahkemesi: 09.01.2003 tarih ve 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun (bkz. 18.01.2003 tarih ve 24997 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak, m. 10 gereği yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir). 2- İş Mahkemesi: 30.01.1950 tarih ve 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu (bkz. 04.02.1950 tarih ve 7424 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak, m. 17 gereği yayımı tarihinden altı ay sonra yürürlüğe girmiştir). 3- İcra Mahkemeleri: 09.6.1932 tarih ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu (bkz. 19.6.1932 tarih ve 2128 sayılı Resmi Gazete). İİK m. 4'de "İcra Tetkik Mercii" adı altında kurulmuş, 21.02.2004 tarih ve 25380 sayılı Resmi Gazete'de yayımla-

dır. Bunun dışındaki dava ve işler genel mahkemelerin, hatta aksine bir düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkemesinin görevine girmektedir (HMK m. 2/ f. 2).²³ Bununla birlikte, bir yerde özel mahkemenin görevine giren bir dava veya iş bulunmakla birlikte, o yerde o özel mahkeme kurulmamış ise, o dava veya iş için asliye hukuk mahkemesi görevlidir.²⁴ Özel mahkemelerin birbirleri ve genel mahkemeler ile arasındaki ilişki, görev ilişkisi olması²⁵ nedeniyle, dava şartıdır (HMK m. 114/ f. 1, c) bendi) ve taraflarca yargılamanın her aşamasında ileri sürülebileceği gibi mahkemece ve Yargıtay'ca da re'sen göz önünde bulundurulmalıdır (bkz. ve karşı. HMK m. 115; HUMK m. 428/ f. 1, 2. bend).²⁶

narak yürürlüğe giren, 12.02.2004 tarih ve 5092 sayılı İcra ve İflâs Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un geçici 6. maddesi ile "İcra Mahkemesi" adını almıştır. 4- Kadastro Mahkemesi: 21.6.1987 tarih ve 3402 sayılı Kadastro Kanunu (bkz. 09.7.1987 tarih ve 19512 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır). 5- Tüketici Mahkemeleri: 23.02.1995 tarih ve 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun (bkz. 08.3.1995 tarih ve 22221 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır). Ancak bu kanun, 07.11.2013 tarih ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 86. maddesi ile yürürlükten kaldırılmış ve yeni kanun yürürlüğe girmiştir (bkz. 28.11.2013 tarih ve 28835 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır). 5- Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi: 21.01.2001 tarih ve 4630 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (bkz. 03.3.2001 tarih ve 24335 mükerrer sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır). 7- Deniz İhtisas Mahkemeleri: 5136 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile 6762 sayılı eski TTK'nın 4. maddesine eklenen son fıkra ile kurulmuştu. Ancak 6102 sayılı Yeni TTK'nın 1533. maddesiyle eski TTK yürürlükten kaldırılmış, yeni TTK m. 5/f. 2'de "Bir yerde asliye ticaret mahkemesi varsa, ... bu kanundan ve diğer kanunlardan doğan deniz ticaretine ve deniz sigortalarına ilişkin hukuk davalarına bakmakla görevlendirilebilir." hükmü ile, denizcilik ihtisas mahkemelerinin yerine, o yerdeki asliye ticaret mahkemelerinden bir veya bir kaçına görev verilmiştir. Böylece deniz ihtisas mahkemeleri sona ermiştir (ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. KARSLI, s. 138-140; Bilge UMAR, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2011, s. 4; PEK-CANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s. 118).

²³ Bkz. KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, s. 82; KARSLI, s. 132.

²⁴ Karş. KURU, Cilt I, s. 53; KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, s. 83; KARSLI, s. 132.

²⁵ Bkz. ARSLAN/ YILMAZ/ TAŞPINAR AYVAZ, s. 104.

²⁶ Bkz. KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, s. 83; KARSLI, s. 132.

C. Asliye Ticaret Mahkemesi ile Diğer Hukuk Mahkemeleri Arasındaki İlişki

01.7.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (yeni TTK)²⁷, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (eski TTK)²⁸ yerini almıştır. Bununla birlikte, 6102 sayılı yeni TTK'nın kabulü ve resmi gazetede yayımından sonra, ancak henüz yürürlüğe girmesinden önce, 6335 sayılı Türk Ticaret Kanunu İle Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun²⁹ ile bazı değişiklikler yapılmış ve bu kanun da yeni TTK ile aynı tarihte yürürlüğe girmiştir.

6762 sayılı eski TTK'nın 5. maddesinde; "Aksine hüküm olmadıkça, dava olunan şeyin değerine göre asliye hukuk veya sulh hukuk mahkemesi ticari davalara dahi bakmakla vazifelidir.

Şu kadar ki; bir yerde ticaret mahkemesi varsa, asliye hukuk mahkemesinin vazifesi içinde bulunan ve bu kanunun 4 üncü maddesi hükmünce ticari sayılan davalarla hususi hükümler uyarınca ticaret mahkemesinde görülecek diğer işlere ticaret mahkemesinde bakılır.

İkinci fıkrada yazılı hallerde, münhasıran iki tarafın arzularına tabi olmayan işler hariç olmak üzere, bir davanın ticari veya hukuki mahiyeti itibarıyla mahkemenin iş sahasına girip girmediği yalnız iptidai itiraz şeklinde taraflarca dermeyan olunabilir” hükmü bulunmaktaydı.

Bu hükmün ikinci fıkrası ile asliye ticaret mahkemelerinin kuruluşu ve görevleri gösterilmiş, üçüncü fıkrasında ise, iki tarafın arzusuna tabi olmayan işler hariç olmak üzere, bir davanın ticari veya hukuki niteliği itibarıyla asliye ticaret mahkemesinin görevine girip girmediği hususundaki itirazın sadece ilk itiraz olarak ileri sürülebileceği belirtilmişti. Bu nedenle, asliye hukuk mahkemesi ile asliye ticaret mahkemesi arasındaki ilişki de görev değil iş bölümü ilişkisiydi.³⁰

²⁷ 13.01.2011 tarihinde kabul edilmiş, 14.02.2011 tarih ve 27846 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

²⁸ 29.6.1956 tarihinde kabul edilmiş, 09.7.1956 tarih ve 9353 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak, 1474. Maddesi hükmüne göre 01.01.1957 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

²⁹ 26.6.2012 tarihinde kabul edilmiş, 30.6.2012 tarih ve 28339 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak, 49. maddesine istinaden 01.7.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

³⁰ Bkz. KURU, Cilt I, s.60; KARSLI, s. 134-135. Bu durumda mahkemenin ilk itirazı kabul etmesi halinde gönderme kararı verilmekteydi (bkz. YILMAZ, s. 62, dn. 36).

6102 sayılı yeni TTK'nın 5. maddesinin 6335 sayılı Kanun'un 2. maddesi ile yapılan değişiklik öncesindeki hali, 6762 sayılı eski TTK'nın 5. maddesinin yukarıya aktarılan (2. fıkranın deniz ihtisas mahkemelerinin yerine asliye ticaret mahkemelerini yetiren 2. cümlesi hariç) metninin günümüz Türkçesi ile kaleme alınmış şeklinden ibaretti. Ancak 6335 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle, yeni TTK'nın anılan 5. maddesinin başlığı ve içeriğinde değişikliğe gidilmiştir. Böylece 6102 sayılı yeni TTK'nın "Ticari davalar ve çekişmesiz yargı işlerinin görüleceği mahkemeler başlıklı" 5. maddesi şu hali almıştır: "(1) Aksine hüküm bulunmadıkça, dava olunan şeyin değerine veya tutarına bakılmaksızın asliye ticaret mahkemesi tüm ticari davalar ile ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işlerine bakmakla görevlidir.

(2) Bir yerde asliye ticaret mahkemesi varsa, asliye hukuk mahkemesinin görevi içinde bulunan ve 4 üncü madde hükmünce ticari sayılan davalarla özel hükümler uyarınca ticaret mahkemesinde görülecek diğer işlere asliye ticaret mahkemesinde bakılır. Bir yerde ticaret davalarına bakan birden çok asliye ticaret mahkemesi varsa, iş durumunun gerekli kıldığı yerlerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca, asliye ticaret mahkemelerinden biri veya birkaçı münhasıran bu Kanundan ve diğer kanunlardan doğan deniz ticaretine ve deniz sigortalarına ilişkin hukuk davalarına bakmakla görevlendirilebilir.

(3) (Değişik: 26/6/2012-6335/2 md.) Asliye ticaret mahkemesi ile asliye hukuk mahkemesi ve diğer hukuk mahkemeleri arasındaki ilişki görev ilişkisi olup, bu durumda göreve ilişkin usul hükümleri uygulanır.

(4) (Değişik: 26/6/2012-6335/2 md.) Asliye ticaret mahkemesi bulunmayan yargı çevresindeki bir ticari davada görev kuralına dayanılmamış olması, görevsizlik kararı verilmesini gerektirmez; asliye hukuk mahkemesi, davaya devam eder."

Söz konusu maddenin ikinci fıkrasında, bir özel mahkeme olarak asliye ticaret mahkemesinin kuruluşu ve 4. maddesine atfen görevleri düzenlenmiş; üçüncü fıkrasında açıkça asliye ticaret mahkemesi ile asliye hukuk mahkemesi ve diğer hukuk mahkemeleri arasındaki ilişkinin, diğer özel mahkemeler ile genel mahkeme arasındaki gibi, görev ilişkisi olduğu belirtilmiştir.³¹ Buna göre, asliye ticaret mahkemesi ile asliye hukuk ve diğer

³¹ Bkz. KARSLI, s. 136; YILMAZ, s. 62.
YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)

hukuk mahkemeleri arasındaki işbölümü ilişki görev ilişkisi dönüşmüştür.³² Böylece asliye ticaret mahkemeleri özel görevli mahkeme olmuştur.³³ Bu durumda göreve ilişkin usul hükümleri uygulanacağından³⁴, artık görevsizlik iddiası ilk itiraz değil dava şartı halini almış (HMK m. 114/ f. 1, c) bendi) olacak ve daha önce yapılan ve yürürlüğe girmiş bulunan HMK'nın ilk itirazlar başlıklı 117. maddesinin c) bendinde sayılan "iş bölümü itirazı" da kanaatimizce zımnen kaldırılmış olacaktır. Zira anılan değişiklikte, HMK'nın 117. maddesi c) bendinin kaldırıldığı açıkça düzenlenmemiştir.

III. 5235 SAYILI ADLİ MAHKEMELER KANUNU BAKIMINDAN HUKUK MAHKEMELERİNİN KURULUŞU (MADDE 5)

A. 6545 Sayılı Kanun ile Yapılan Değişiklik Öncesi

5235 sayılı Adli Mahkemeler Kanunu'nun ilk halindeki hukuk mahkemele-
rinin kuruluşu başlıklı 5. maddesi şu şekildeydi: "Hukuk mahkemeleri, her
il merkezi ile bölgelerin coğrafi durumları ve iş yoğunluğu göz önünde
tutularak belirlenen ilçelerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun
olumlu görüşü alınarak Adalet Bakanlığınca kurulur.

Sulh hukuk ve asliye hukuk mahkemeleri tek hâkimlidir.³⁵

Asliye ticaret mahkemesi kurulan yerlerde bu mahkemede bir başkan
ile yeteri kadar üye bulunur ve mahkeme bir başkan ve iki üye ile toplanır.

³² ARSLAN/ YILMAZ/ TAŞPINAR AYVAZ, s. 103; TAŞPINAR AYVAZ, s. 476, dn. 19. "Hukukumuzda yer alıp, başka bir hukuk sisteminde yer almayan bu iş bölümü meselesinin ortadan kaldırılması gerekiyordu. Bu ayırım bu şekliyle manasız ve gereksiz bir ayırımdı." (Bkz. KARSLI, s. 136).

³³ TAŞPINAR AYVAZ, s. 476, dn. 19.

³⁴ Bkz. YILMAZ, s. 62; ARSLAN/ YILMAZ/ TAŞPINAR AYVAZ, s. 103.

³⁵ Ancak, 469 sayılı Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde, sulh hukuk mahkemelerinin tek hâkimli, asliye hukuk mahkemelerinin ise, toplu mahkeme şeklinde kurulması öngörülmüştür. Ancak hâkim sayısının yetersizliği sebebiyle, Kanun'da yer alan geçici maddeye dayanılarak, asliye hukuk mahkemeleri de, sulh hukuk mahkemeleri gibi tek hâkimli mahkeme biçiminde örgütlenmiş ve böylece kanundaki toplu mahkeme sistemi sadece bir öngörü olarak kalmıştır. Zira 5235 sayılı Kanun'un bu hükmü ile birlikte, yasal çerçevede de gerek sulh gerekse asliye hukuk mahkemelerinin örgütlenmesi bakımından, artık tümüyle tek hâkimli mahkeme sistemi işlerlik kazanmıştır (bkz. TANRIVER, Sulh- Asliye Ayrımı, s. 50). Doktrinde Tanrıver'e göre tek hâkimli mahkeme ile toplu mahkeme modelinin işlerlik kazanmış olması halinde, her iki mahkeme türü arasında, statü itibarıyla bir farklılığın bulunduğu söylenebilirdi (bkz. TANRIVER, Sulh- Asliye Ayrımı, s. 50).

Özel kanunlarla kurulan diğer hukuk mahkemelerinin kuruluşuna ilişkin hükümler saklıdır.

İş durumunun gerekli kıldığı yerlerde hukuk mahkemelerinin birden fazla dairesi oluşturulabilir. Bu daireler numaralandırılır. Hukuk mahkemeleri arasında iş dağılımı yapılması ve iş dağılımına ilişkin esaslar Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenir.

Hukuk mahkemeleri buldukları il veya ilçenin adı ile anılır."

Bu maddede, hukuk mahkemelerinin nasıl kurulacağı, isminin nasıl belirleneceği, birden fazla dairenin oluşturulabileceği ve iş dağılımı ile özel mahkemelerin kuruluşu hakkındaki özel kanun hükümlerinin saklı olduğu düzenlenmiş, ayrıca adli yargı hukuk mahkemelerinden genel görevli sulh ve asliye hukuk mahkemelerinin tek hâkimli olduğu³⁶ ve asliye ticaret mahkemelerinin kurulduğu yerlerde, bunların bir başkan ve yeteri kadar üyeden oluşacağı ve başkan ve iki üye ile toplanarak yargılama yapacakları hüküm altına alınmıştır.³⁷

Ancak, 14.02.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6110 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un³⁸ 13. maddesi ile 5235 sayılı Kanun'un yukarıya aktarılan 5. maddesinin ikinci fıkrası "Sulh hukuk, asliye hukuk ve asliye ticaret mahkemeleri tek hâkimlidir." şeklinde değiştirilmiş ve üçüncü fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır. Böylece, sulh ve asliye hukuk mahkemeleri yanında asliye ticaret mahkemeleri de tek hâkimli mahkeme haline getirilmiş; bu düzenlemenin doğal sonucu olarak da, üçüncü fıkradaki asliye ticaret mahkemesinin başkan ve yeteri kadar üye ile toplanacağı ve yargılamalarını başkan ve iki üye ile yapacağına ilişkin düzenleme anlamsız hale geldiğinden kaldırılması gerekmiştir.³⁹

Şimdiye kadar toplu mahkeme olarak çalışan asliye ticaret mahkemelerinin tek hâkimli olarak çalışmaya başlayabilmeleri için yapılacak

³⁶ 5235 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılan 469 sayılı Kanun'da, asliye hukuk mahkemelerinin bir başkan ve iki üyeden oluşan bir heyet halinde yargılama yapması öngörülmesine rağmen, bu mahkemeler hâkim açığı nedeniyle Kanun'un geçici maddesine dayanarak tek hâkimli olarak çalışmışlardır (bkz. KARSLI, s. 129).

³⁷ Bkz. ve karşı. KARSLI, s. 129.

³⁸ 09.02.2011 tarihinde kabul edilmiş, 14.02.2011 tarih ve 27846 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak, 15. maddesine istinaden yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir.

³⁹ Ayrıca sadece bu fıkra değil, 6100 sayılı HMK'nın içindeki toplu mahkemelere ilişkin bütün düzenlemeler ilk derece mahkemeleri bakımından gereksiz hale gelmiştir (bkz. KARSLI, s. 129).

yetkilendirme ve tayin işlemleri ve tek hâkimli olarak çalışmaya başlayacakları tarihin nasıl belirleneceği hakkında 6110 sayılı Kanun'un geçici 3. maddesi⁴⁰ ile bir hüküm konulmuştur. Bu hükme istinaden, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Birinci Dairesi, tek hâkimli asliye ticaret mahkemelerinin faaliyete başlamasına ilişkin oy birliği ile aldığı 16.5.2011 tarih ve 879 sayılı kararı⁴¹ ile asliye ticaret mahkemelerinin 25.7.2011 tarihinden itibaren tek hâkimli olarak çalışmaya başlamalarına, bu tarihe kadar ise heyet halinde çalışmaya devam etmelerine karar vermiştir.

Bununla birlikte, 17.4.2013 tarih ve 6460 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un⁴² 10. maddesi ile 5235 sayılı Adli Mahkemeler Kanunu'nun 5. maddesinin beşinci fıkrası değiştirilmiştir. Yeni beşinci fıkra şöyledir: "İş durumunun gerekli kıldığı yerlerde hukuk mahkemelerinin birden fazla dairesi oluşturulabilir. Bu daireler numaralandırılır. Özel kanunlarda başkaca hüküm bulunmadığı takdirde, ihtisaslaşmanın sağlanması amacıyla, gelen işlerin yoğunluğu ve niteliği dikkate alınarak, daireler arasındaki iş dağılımı Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenebilir. Bu kararlar Resmî Gazete'de yayımlanır. Daireler, tevzi edilen davalara bakmak zorundadır."

⁴⁰ Söz konusu madde şöyledir: "(1) Bu Kanunla, 5235 sayılı Kanunun 5 inci maddesinde yapılan değişikliğin yürürlüğe girmesinden itibaren altı ay içinde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından yetkilendirme veya tayin işlemleri yapılır ve bu mahkemelerin tek hâkimli olarak çalışmaya başlayacakları tarih belirlenerek Resmî Gazetede ilân edilir. Bu mahkemeler, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenen ve ilân edilen tarihe kadar heyet hâlinde çalışmaya devam eder."

⁴¹ Karar şu şekildedir: "5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun 5 inci maddesinin ikinci fıkrasını "Sulh hukuk, asliye hukuk ve asliye ticaret mahkemeleri tek hâkimlidir." şeklinde değiştiren, 6110 sayılı Kanunun 13 üncü maddesi ve aynı Kanunun Geçici 3 üncü maddesi dikkate alınarak, ticaret mahkemelerinin 25/7/2011 tarihinden itibaren tek hâkimli olarak çalışmaya başlamalarına, 25/7/2011 tarihine kadar ticaret mahkemelerinin heyet halinde çalışmaya devam etmelerine oybirliği ile karar verilmiştir." (bkz. 03.6.2011 tarih ve 27953 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır).

⁴² 30.4.2013 tarih ve 28633 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış, 14. maddesine istinaden yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir.

B. 6545 Sayılı Kanun ile Yapılan Değişiklik Sonrası

6545 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik öncesi, yukarıdaki tüm değişikliklerin ardından, 5235 sayılı Adli Mahkemeler Kanunu'nun "Hukuk mahkemelerinin kuruluşu" başlıklı 5. maddesi şu şekli almıştır.

"Hukuk mahkemeleri, her il merkezi ile bölgelerin coğrafi durumları ve iş yoğunluğu göz önünde tutularak belirlenen ilçelerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun olumlu görüşü alınarak Adalet Bakanlığınca kurulur.

Sulh hukuk, asliye hukuk ve asliye ticaret mahkemeleri tek hâkimlidir.

(Mülga üçüncü fıkra: 9/2/2011-6110/13 md.)

Özel kanunlarla kurulan diğer hukuk mahkemelerinin kuruluşuna ilişkin hükümler saklıdır.

İş durumunun gerekli kıldığı yerlerde hukuk mahkemelerinin birden fazla dairesi oluşturulabilir. Bu daireler numaralandırılır. Özel kanunlarda başkaca hüküm bulunmadığı takdirde, ihtisaslaşmanın sağlanması amacıyla, gelen işlerin yoğunluğu ve niteliği dikkate alınarak, daireler arasındaki iş dağılımı Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenebilir. Bu kararlar Resmî Gazete'de yayımlanır. Daireler, tevzi edilen davalara bakmak zorundadır.

Hukuk mahkemeleri buldukları il veya ilçenin adı ile anılır."

Buna karşılık, 6545 sayılı Kanun'un 45. maddesi ile yapılan değişiklik sonucunda, 5235 sayılı Kanunun 5. maddesi aşağıdaki hali almıştır.

"Hukuk mahkemeleri, her il merkezi ile bölgelerin coğrafi durumları ve iş yoğunluğu göz önünde tutularak belirlenen ilçelerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun olumlu görüşü alınarak Adalet Bakanlığınca kurulur.

(Değişik ikinci fıkra:18/6/2014–6545/45md.) Sulh hukuk ve asliye hukuk mahkemeleri tek hâkimlidir.

(Mülga üçüncü fıkra: 9/2/2011-6110/13 md.; Yeniden düzenleme:18/6/2014–6545/45 md.)

Asliye ticaret mahkemesi kurulan yerlerde bu mahkemelerde bir başkan ile yeteri kadar üye bulunur. Konusu parayla ölçülebilen uyuşmazlıklarda dava değeri üç yüz bin Türk lirasının üzerinde olan dava ve işler ile dava değerine bakılmaksızın;

1. İflas, iflasın ertelenmesi, iflasın kaldırılması, iflasın kapatılması, konkordato ve yeniden yapılandırmadan kaynaklanan davalara,

2. 13/1/2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununda hâkimin kesin olarak karara bağlayacağı işler ile davalara,

3. Şirketler ve kooperatifler hukukundan kaynaklanan genel kurul kararlarının iptali ve butlanına ilişkin davalara, yönetim organları ve denetim organları aleyhine açılacak sorumluluk davalarına, organların azline ve geçici organ atanmasına ilişkin davalara, fesih, infisah ve tasfiyeye yönelik davalara,

4. 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 davalara,

ilişkin tüm yargılama safhaları, bir başkan ve iki üye ile toplanacak heyetçe yürütülür ve sonuçlandırılır. Heyet hâlinde bakılacak davalarla ilgili olmak üzere, dava açılmadan önce veya açıldıktan sonra talep edilen ihtiyati haciz ve ihtiyati tedbirler de heyet tarafından incelenir ve karara bağlanır. Bu fıkrada belirtilen dava ve işler dışında kalan uyuşmazlıklar mahkeme hâkimlerinden biri tarafından görülür ve karara bağlanır. Başkan ve üye hâkimler arasında dağılıma ilişkin esaslar, işlerde denge sağlanacak biçimde mahkeme başkanı tarafından önceden tespit edilir.

Özel kanunlarla kurulan diğer hukuk mahkemelerinin kuruluşuna ilişkin hükümler saklıdır.

İş durumunun gerekli kıldığı yerlerde hukuk mahkemelerinin birden fazla dairesi oluşturulabilir. Bu daireler numaralandırılır. Özel kanunlarda başkaca hüküm bulunmadığı takdirde, ihtisaslaşmanın sağlanması amacıyla, gelen işlerin yoğunluğu ve niteliği dikkate alınarak, daireler arasındaki iş dağılımı Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenebilir. Bu kararlar Resmî Gazete’de yayımlanır. Daireler, tevzi edilen davalara bakmak zorundadır.

Hukuk mahkemeleri buldukları il veya ilçenin adı ile anılır.”

Ayrıca 6545 sayılı Kanun’un 55. maddesi ile asliye ticaret mahkemelerinin heyet halinde çalışmaya başlayabilmeleri için yapılacak yetkilendirme ve tayin işlemleri ile heyet olarak çalışmaya başlayacakları tarihin belirlenmesi ve bunların ilanı hususunda HSYK’ya görev verildiğine iliş-

kin, 5235 sayılı Kanun'a geçici 5. madde ilave edilmiştir.⁴³ Bu görev için HSYK'ya anılan geçici 5. maddede üç aylık süre tanınmıştır. HSYK ise yaklaşık iki ay sonra 28.08.2014 tarihinde, mevcut asliye ticaret mahkemelerinden hangilerinin toplu mahkemeye dönüştürüleceğine karar vermiş; toplu mahkemelerin faaliyete başlayacağı tarihi 15.9.2014 olarak belirlemiştir; bazı asliye ticaret mahkemelerinin faaliyetlerini de durdurmuştur. Tüm bunlar 02.09.2014 tarih ve 29107 sayılı Resmi Gazete'de ilan edilmiştir.⁴⁴

1. Asliye Ticaret Mahkemelerinin Yeniden Yapılandırılması ve Yargılama Esası

6545 sayılı Kanun'un 45. maddesi ile 5235 sayılı Kanunun 5. maddesinde yapılan ilk değişiklik, 2. fıkrada kendisini göstermiştir. Değişiklik öncesi hükümde, sulh hukuk, asliye hukuk ve asliye ticaret mahkemeleri tek hâkimli mahkeme olarak sayılırken; değişiklikle bunlar arasından asliye ticaret mahkemesi çıkartılmış ve böylece tek hâkimli mahkeme olarak sulh hukuk ve asliye hukuk mahkemeleri kalmıştır. Fıkranın bu hali, 5235 sayılı Kanun'un 14.02.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6110 sayılı Kanun'un 13. maddesi ile değiştirilmeden önceki, yani ilk hükmü ile aynı hale gelmiştir. Böylece, son birkaç yılda yapılan değişiklikler neticesinde son olarak ticaret mahkemelerinin örgütlenmesi bakımından toplu mahkemeye dönüş yapıldığı ilk dikkat çeken husus olmuştur.⁴⁵

Asliye ticaret mahkemelerinin toplu mahkemeye dönüştürülmesinin sonucu olarak da 6545 sayılı Kanun'un 45. maddesinde 5235 sayılı Kanun'un 5. maddesinin mülga üçüncü fıkrası yeniden düzenlenmiştir. Ancak bu yeni üçüncü fıkra, kendisinden önceki ikinci fıkranın aksine, 5235 sayılı Kanun'un ilk halindeki hüküm ile aynı hale getirilmemiştir. Zira Kanun'un ilk halindeki tek cümleden oluşan üçüncü fıkrada, sadece asliye ticaret mahkemesinin bir başkan ve yeteri kadar üyeden oluşacağı ve baş-

⁴³ "GEÇİCİ MADDE 5- Bu maddeyi ihdas eden Kanunla, 5235 sayılı Kanunun 5 inci maddesinde yapılan değişikliğin yürürlüğe girmesinden itibaren üç ay içinde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından yetkilendirme veya tayin işlemleri yapılır ve bu mahkemelerin heyet hâlinde çalışmaya başlayacakları tarih belirlenerek Resmî Gazete'de ilan edilir. Bu mahkemeler, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenen ve ilan edilen tarihe kadar tek hâkimle çalışmaya devam eder."

⁴⁴ Bkz. TAŞPINAR AYVAZ, s. 476-477, 480.

⁴⁵ TAŞPINAR AYVAZ, s. 476.
YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)

kan ve iki üye ile toplanacağı hükme bağlanmış idi. Buna göre, asliye ticaret mahkemelerinin görevine giren tüm dava ve işler bakımından daimi olarak heyet halinde yargılama yapacaklardı. Ancak 6545 sayılı Kanun'la yeniden düzenlenen üçüncü fıkra, 5235 sayılı Kanun'un ilk halindeki üçüncü fıkradan çok farklı bir hal almıştır.

Bu fıkroda, önce asliye ticaret mahkemesinin bir başkan ve yeteri kadar üyeden oluşacağı hususu korunmuş, ancak toplanma usulüne ilişkin mutlak ifade yerini şartlı bir hükme bırakmıştır. Buna göre, söz konusu üçüncü fıkranın 2. cümlesi ve devamındaki 4 bent halinde sayılan dava ve işler ile bunlarla ilgili dava açılmadan önce veya sonra talep edilen ihtiyati haciz ve ihtiyati tedbir talepleri bakımından, asliye ticaret mahkemesinin yargılamanın her safhasında bir başkan ve iki üye ile toplanacağı ve heyetçe yargılamanın yürütülüp sonuçlandırılacağı hükme bağlanmıştır.

Dolayısıyla asliye ticaret mahkemeleri artık toplu mahkeme olmasına rağmen, bütün dava ve işlere kural olarak bu şekilde bakamayacak olması, değişiklik bakımından dikkat çeken ikinci husustur.⁴⁶ Buna göre, hangi dava ve işlerin toplu mahkeme olarak görüleceği hususunda ise anılan üçüncü fıkroda iki kriter getirilmiştir. Bunlardan ilkinde göre, konusu parayla ölçülebilen uyuşmazlıklar bakımından dava değeri esas alınacak ve bu değeri üç yüz bin Türk lirasının üzerinde olan dava ve işler, toplu mahkeme olarak görülecektir. İkinci kritere göre ise dava değerine bakılmaksızın anılan fıkroda dört bent halinde tek tek sayılan dava ve işler asliye ticaret mahkemesinde görülecektir.⁴⁷

Buna karşılık, bunların dışındaki dava ve işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar hakkında yapılacak yargılamalar bakımından, mahkeme başkanı tarafından, işlerde denge sağlanacak şekilde önceden tespit edilecek dağılıma ilişkin esaslar çerçevesinde gerek kendisi gerekse üyeler arasında işlerin dağıtılması ve böylece yargılamanın tek hâkim tarafından yürütülmesi hususu düzenlenmiştir.

Bu bakımdan bu düzenleme medeni yargı bakımından bir yenilik olarak kabul edilmelidir.⁴⁸ İlk yenilik, asliye ticaret mahkemesinin toplu mahkeme olarak görev yapacağı dava ve işler bakımından başkan ve iki üyenin heyet olarak yargılama tüm safhaların birlikte yürütmeleri baki-

⁴⁶ TAŞPINAR AYVAZ, s. 476.

⁴⁷ Bkz. TAŞPINAR AYVAZ, s. 477.

⁴⁸ TAŞPINAR AYVAZ, s. 477.

mından kendini göstermiştir. Zira ticaret mahkemelerinin toplu mahkeme olarak görev yaptığı dönemde mahkeme dışında tahkikat yapılması gereken işler bakımından, üyelerden birinin görevlendirilmesi mümkün olmakla birlikte, karar yine kurul halinde verilirdi (HUMK m. 386).⁴⁹ Oysa bu yeni düzenleme de yargılamanın her safhasının toplu olarak yürütülmesi zorunlu hale getirilmiştir. Bu hüküm karşısında, bir yargılamanın içindeki ön inceleme ve tahkikat aşamaları da asliye ticaret mahkemesinin bir hâkimi tarafından yürütülemeyecektir.⁵⁰ Bu bakımdan, yeni hüküm, asliye ticaret mahkemeleri dışında yeni bir toplu mahkeme ihdas edilmediği sürece, HMK'nun toplu mahkemelerde tahkikatın sona ermesi hususundaki 185. maddesini etkisiz kılacak bir sonuca götürecektir.⁵¹

Burada görülen ikinci yenilik ise, toplu mahkeme olan asliye ticaret mahkemesinde bazı dava ve işlerin tamamının bu mahkemeyi oluşturan hâkimlerden yalnızca birisi tarafından tek başına yürütüleceği ve kararın da tek hâkimle verilecek olmasıdır.⁵² Burada özel bir düzenleme bulunmadığından, tek hâkimle verilen kararlar ile toplu mahkeme olarak verilen kararlar bakımından bir fark da olmayacaktır.⁵³ Ancak, tek hâkimle yapılması gereken yargılamanın toplu olarak yapılması ya da toplu olarak yapılması gereken yargılamanın tek hâkimle yapılması ve böylece karar verilmesi hallerinde bunun bir sorun teşkil edip etmediği ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Bu hususta doktrinde bir görüşe göre, yargılamanın bu şekilde yapılması ve karar verilmesi halinde uygulanacak bir yaptırım olmayıp, bu hüküm ile mahkemenin çalışma biçimi ve yargının hızlı yürütülmesine yönelik bir düzenleme yapılmıştır ve mahkeme her halde asliye ticaret mahkemesi sıfatıyla görev yapmaktadır.⁵⁴ Yargılamanın bu şekilde yapılması ve karar verilmesi halinde bir yaptırım olmadığı hususuna katılıyorum. Öte yandan bilhassa toplu olarak yargılama yapılması gereken hallerde tek hâkimce yargılama yapılmış ve karar verilmiş ise, tam olarak bir dava şartı eksikliği olarak kabul etmek de doğru olmamakla birlikte burada dava şartları bakımından mahkemenin görevli olması hususunu

⁴⁹ TAŞPINAR AYVAZ, s. 477.

⁵⁰ TAŞPINAR AYVAZ, s. 478.

⁵¹ Bkz. TAŞPINAR AYVAZ, s. 477.

⁵² Bkz. TAŞPINAR AYVAZ, s. 477.

⁵³ TAŞPINAR AYVAZ, s. 477.

⁵⁴ TAŞPINAR AYVAZ, s. 477.

YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)

zedeleyn bir eksiklik olduğu kanaatindeyim. HMK’nu yapılırken, asliye ticaret mahkemelerinin bu şekilde yapılanması ve görevlendirilmesi söz konusu olmadığından düşünölmeyen bu durumun çözümü kanunda kanaatimce yer almamaktadır. Dolayısıyla göreve ilişkin hükümler bakımından bu hususun değlerlendirilmesi ve bir düzenleme yapılması yerinde olacaktır.

Netice itibariyle üçüncü fıkrada yapılan bu düzenleme, 5235 sayılı Kanunun ilk halindeki düzenlemeden tamamen farklı bir hal almıştır. Bu nedenle, daha evvel asliye ticaret mahkemeleri için kullanılan “toplu mahkemelerdir” şeklindeki ifadeyi, bundan böyle asliye ticaret mahkemeleri bazı hallerde toplu, bazı hallerde ise tek hâkimli mahkemedir şeklinde ifade etmek daha doğru olacaktır. Ayrıca adeta mahkemenin içinden, başka mahkemeler çıkmaktadır. Öyle ki, bir asliye ticaret mahkemesinden, başkan ve üye sayısı kadar aynı mahkeme numarası ile anılan tek hâkimli asliye ticaret mahkemeleri ortaya çıkacaktır. Bununla birlikte, şayet bir asliye ticaret mahkemesinde başkan dışında üye sayısı ikiden daha fazla olursa, kaç değışik heyet toplanacağı ise ayrı bir hesaplama sorunudur. Mahkeme başkanının, ihtisaslaşma sağlanması düşüncesiyle kendisi dâhil her üyeye, belli nitelikteki uyuşmazlıkları vermesi halinde, kanaatimce kanuni hâkim ilkesinden ayrılma riski ile de karşılaşılacaktır.

2. Öteden Beri Ticari Dava Olan Uyuşmazlıklar Bakımından Asliye Ticaret Mahkemelerinin Yeniden Yapılandırılması

Yeniden düzenlenen 3. fıkraya göre, konusu parayla ölçölebilen uyuşmazlıklar bakımından dava değeri üç yüz bin Türk lirasının üzerinde olan dava ve işler ile dava değeri bakılmaksızın dört bent halinde tek tek sayılan dava ve işler ve bunlarla ilgili bu davalar açılmadan önce veya açıldıktan sonra talep edilen ihtiyati haciz ve ihtiyati tedbir talepleri asliye ticaret mahkemesinde görölecektir.

Konusu parayla ölçölebilen uyuşmazlıklar bakımından dava değeri üç yüz bin Türk lirasının üzerinde olan dava ve işler ifade edilirken, “ticari dava” kavramı kullanılmamış olsa da, bu davaların gerek TTK gerekse diğer kanunlarda öngörölen ticari davalar olduğu anlaşılmaktadır.

Öte yandan bu fıkrada ilk üç bent halinde sayılan hususların, zaten daha önce de gerek eski gerekse yeni TTK m. 4’te (veya İİK muhtelif hükümlerinde) sayılan ticari dava ve çekişmesiz yargı işleri kapsamında ol-

ması bakımından asliye ticaret mahkemesinin görevine girmektedir.⁵⁵ Bu bakımdan, buradaki düzenlemeyle asliye ticaret mahkemelerine daha evvel ticari dava olmayan bir uyuşmazlık bakımından görev verilmiş değildir. Burada sadece, şimdiye kadar ticari dava olup da, asliye ticaret mahkemesinin tek hâkimli olarak gördüğü bazı dava ve işler sayılmış ve bundan sonra bunların toplu mahkeme olarak çözüleceği öngörülmüştür. Sonuç olarak bu hususta asliye ticaret mahkemelerine yeni görev verilmiş olmayıp, sadece yargılama bakımından bir yapılandırmaya gidilmiştir.

3. MTK ve HMK'nun Tahkime İlişkin Hükümleri Bakımından Asliye Ticaret Mahkemesinin Görevlendirilmesi

Anılan üçüncü fıkranın 4. bendinde 6100 sayılı HMK ve 4686 sayılı MTK'ya atıf yapılmış, bu kanunlar çerçevesinde yapılan tahkim yargılamalarında tahkim şartına ilişkin itirazlar, iptal davaları, hakemlerin seçimi ve reddine yönelik davalar ile yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizine yönelik davaların asliye ticaret mahkemesince heyet olarak yürütüleceği düzenlenmiştir.

Anılan bentte dikkat çeken hususlardan biri “yabancı hakem kararlarının tanıma ve tenfizine yönelik davalara” ifadesine HMK ve MTK'ya atfen sayılan davaların ardından doğrudan yer verilmesinin tanıma ve tenfiz davalarının da HMK veya MTK kapsamındaki davalardan olduğu şeklinde yanlış anlamaya mahal verilmiş olmasıdır. Bilindiği üzere ne HMK ne de MTK'nda yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi hakkında bir hüküm bulunmaktadır. Yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi hakkındaki davalar 5718 sayılı MÖHUK m. 58 vd. maddelerde yer alan hükümlerde düzenlenmiştir. Bu nedenle, yukarıda yer verilen dördüncü bentte, “yabancı hakem kararlarının tanıma ve tenfizine yönelik davalara” ifadesinden önce “5718 sayılı MÖHUK kapsamında” şeklinde bir ifadeye yer verilmesi daha isabetli olurdu.

Yeniden düzenlenen üçüncü fıkranın anılan dördüncü bendinde öncelikli olarak tespit edilmesi gereken önemli bir husus, tahkime ilişkin olarak mahkemelerin görevinin bu bentte sayılanlarla sınırlı olup olmadığıdır. Bu hususta hem HMK hem de MTK hükümlerini incelediğimiz zaman, tahkim yargılaması sırasında mahkemelerin görevli olacağı hallerin

⁵⁵ Bkz. ve karşı. TAŞPINAR AYVAZ, s. 479. *YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)*

burada belirtilenler ile sınırlı olmadığı görülecektir. Örneğin; hakemlerce verilen ihtiyati tedbir kararlarının icra edilebilirliğine karar verilmesi (HMK m. 414/ f. 2), ihtiyati tedbir ve delil tespiti için başvurulması (HMK m. 414/ f. 3), hakemlerin yetkisinin sona erdirilmesi hususunda karar vermesinin istenmesi (HMK m. 420), tahkim süresinin uzatılması (HMK m. 427/ f. 2), delillerin toplanması (HMK m. 432; MTK m. 12), hakem kararlarının saklanması (HMK m. 436/ f. 3; MTK m. 14/ A), yargılamanın iadesi davasının görülmesi (HMK m. 443/ f. 2) hususlarında da mahkemeye başvurulacaktır.⁵⁶

Bu tespit üzerine ikinci bir aşama olarak burada ele alınması gereken diğer bir husus ise, 6545 sayılı Kanun'un 45. maddesi ile yeniden düzenlenen üçüncü fıkraya istinaden, bu hususlar bakımından da asliye ticaret mahkemesinin görevli kılınıp kılınmadığıdır. Bu hususta doktrinde bir görüş, kanun koyucu madde metninde "tahkim yargılamasında mahkemeye başvurulacağı belirtilen işlerden tahkim şartına ilişkin itirazlar, hakem kararlarının iptali davaları, hakemlerin seçimi ve reddine yönelik talepler ile yabancı hakem kararlarının tanıma ve tenfizine yönelik davaların asliye ticaret mahkemelerinde ve toplu mahkeme olarak görüleceği"ni hükme bağlayarak son fıkrada bunların dışında kalanların da tek hâkimle görüleceği belirtilseydi tahkimle ilgili konuların tamamı bakımından asliye ticaret mahkemesinin görevlendirildiği sonucunu çıkarmanın kolaylaşacağını belirtmek suretiyle eleştiride bulunmakla birlikte,⁵⁷ tahkimle ilgili mahkemeye başvurulması gereken tüm hususlar bakımından asliye ticaret mahkemesinin görevlendirildiği sonucuna varmak gerektiğini de ifade etmiştir.⁵⁸

Kanaatimizce de madde daha açık ve anlaşılır bir şekilde kaleme alınabilirdi. Bununla birlikte anılan fıkranın, "Bu fıkrada belirtilen dava ve işler dışında kalan uyuşmazlıklar mahkeme hâkimlerinden biri tarafından görülür ve karara bağlanır." şeklindeki son cümlesini, fıkranın dördüncü bendi ile birlikte değerlendirdiğimizde, bu bentte tahkimle ilgili olarak sayılan beş husus dışındaki dava ve işler bakımından da yine asliye ticaret mahkemesinin görevlendirildiğini anlamaktayız. Ancak buradaki fark asli-

⁵⁶ Bkz. ve karşı. Nuray EKŞİ, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim, 1. Baskı, İstanbul 2013, s. 153-154; TAŞPINAR AYYVAZ, s. 479.

⁵⁷ Bkz. TAŞPINAR AYYVAZ, s. 479.

⁵⁸ Bkz. TAŞPINAR AYYVAZ, s. 480.

ye ticaret mahkemesinin açıkça sayılmayan bu hususlarla ilgili olarak yapacağı yargılamayı toplu mahkeme olarak değil, tek bir hâkimle yürütüp karar verecek olmasıdır. Sonuç olarak ister toplu mahkeme olarak isterse tek hâkimli mahkeme olarak yargılama yaparak karar verecek olsun, 6545 sayılı Kanun'un getirdiği bu hükme göre, gerek MTK gerekse HMK'nın tahkime ilişkin hükümleri ve de yabancı hakem kararlarının tanıma ve tenfizi bakımından mahkemeye başvurulması gereken tüm hususlarda asliye ticaret mahkemesi görevlendirilmiş bulunmaktadır.

Ancak 6545 sayılı Kanun'un 45. maddesi ile yenilenen 5235 sayılı Kanun'un m. 5 hükmündeki asliye ticaret mahkemesinin görevlendirildiğine ilişkin hüküm ile tahkimle ilgili hususlar bakımından asliye ticaret mahkemesi ilk defa mı görevlendirilmiştir, yoksa öteden beri ticari dava olan diğer hususlardaki gibi zaten görevli olup burada sadece toplu veya tek hâkimli mahkeme olarak görev yapacağı hususlar bakımından bir yapılandırma hükmü mü getirilmiştir, bu soruların cevabını almak için önce, anılan kanunlar bakımından tahkim ile ilgili dava ve işlerde hangi mahkemenin görevlendirilmiş olduğunu tespit etmekte fayda vardır.

MTK m. 3/ f. 1'de bu kanun çerçevesinde mahkeme tarafından yapılabacağı belirtilen işlerde "asliye hukuk mahkemesinin" görevli olduğu açıkça düzenlenmiştir. Bununla birlikte, MTK m. 7, 10, 12, 14, 15 ve gerekse geçici madde 1'de belirtilen işler bakımından da "asliye hukuk mahkemesinin" görevli olduğu yine aynı açıklıkla belirtilmiştir.

Öte yandan yabancı hakem kararlarının tanıma ve tenfize yönelik davalar bakımından görevli mahkeme 5718 sayılı MÖHUK m. 60/ f. 2, c. 1'e göre, asliye mahkemesidir. Ancak bilindiği üzere asliye mahkemesinden "asliye hukuk mahkemesi" ve "asliye ticaret mahkemesi" anlaşılmaktadır. MÖHUK'un 2007 tarihinde yapıldığı ve yapıldığı tarih itibarıyla yürürlükteki (eski) TTK ve HUMK bakımından asliye hukuk ve asliye ticaret mahkemeleri arasındaki ilişkinin işbölümü ilişkisi olduğu da düşünülürse, MÖHUK'un "asliye mahkemesi" ifadesi ile "asliye hukuk mahkemesi" ve "asliye ticaret mahkemesi"ni kast ettiği söylenebilir. Bu nedenle uygulamada da ticari dava niteliğindeki yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi için asliye ticaret mahkemelerine, ticari dava niteliği bulunmayanlar için de asliye hukuk mahkemelerine başvurulduğu bilinmektedir.

Son olarak HMK m. 410'da, "(1) Tahkim yargılamasında, mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerde görevli ve yetkili mahkeme tahkim yeri bölge adliye mahkemesidir..." şeklindeki ilk cümlede, bu kanun kapsamında yapılan tahkim yargılamasında, mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerde görevli mahkemenin bölge adliye mahkemesi olduğu belirtilmiştir. Ancak, bölge adliye mahkemelerinin göreve başlaması ise HMK'nun yürürlüğe girdiği 01.10.2011 tarihinde de mümkün olmamıştır.

HMK'da da bölge adliye mahkemeleri göreve başlayıncaya kadar hangi mahkemenin görevli olacağı hususunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır.⁵⁹ Bu durumda, HMK m. 410 hükmü karşısında tahkime ilişkin dava ve işler bakımından hangi mahkemenin görevli olacağı tartışmaları da beraberinde gelmişti.⁶⁰ Görevle ilgili ortaya çıkan bir başka sorun da, iç tahkim bakımından yeni bir kurum olan hakem kararlarına karşı açılacak "iptal davası"nın hangi mahkemede açılacağı hususundaki belirsizlikti.⁶¹ Bu hususta da çeşitli görüşler ortaya konulmuştu.⁶² Her iki sorun

⁵⁹ Bkz. İbrahim ÖZBAY/ Yavuz KORUCU, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim, HMK m. 407-444, Ankara 2016, s. 14.

⁶⁰ Doktrinde bir görüşe göre, HMK geçici m. 3'e atıfla tahkime ilişkin dava ve işler bakımından görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesidir (bkz. YILMAZ, s. 1717; PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s. 74). Başka bir görüşe göre ise burada davanın niteliğine göre görevli mahkeme sulh veya asliye hukuk mahkemesi olacaktır (bkz. Ali Cem BUDAK, "Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Tahkim Hükümleri", UTTER, Y. 2012, C. 1, S. 1, s. 38, 43). Bir başka görüşe göre ise, HMK geçici m. 3/ f. 3'e istinaden, HUMK'nda yer alan düzenlemeler bakımından (örneğin; HMK m. 415, 416, 418, 421, 426, 427, 432, 436/ f. 3) HUMK'nda öngörülen görev kurallarının uygulanacağı; HUMK'nda yer almayan ve ilk defa HMK'da düzenlenmiş bulunan hususlar (örneğin, HMK m. 414) bakımından ise HMK geçici m. 3/ f. 3 hükmü uygulanmayacağı için HMK m. 2'deki genel görev hükmüne istinaden görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesi olacaktır. Ancak müellif, bu farklı görev düzenlemesinin uygulama bakımından zorluk ve sorunlar doğuracağı endişesi ile olması gereken hukuk bakımından, bölge adliye mahkemeleri faaliyete geçinceye kadar, tahkime ilişkin dava ve işler bakımından bir mahkemeyi görevli kılan bir düzenlemenin yapılmasının isabetli olacağını da ifade etmiştir (bkz. Sema TAŞPINAR AYVAZ, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) Zaman Bakımından Uygulanması, Ankara 2013, s. 212-213).

⁶¹ TAŞPINAR AYVAZ, s. 472.

⁶² Bu hususta doktrindeki bir görüş, bu konuda boşluk bulunsa da bunun TMK m. 1 uyarınca doldurulması gerektiğini ve görevli mahkemenin de asliye ticaret mahkemesi olduğunu savunmaktadır (bkz. YILMAZ, s. 1769). Bir başka görüşe göre, HMK geçici m. 3/ f. 3 ve MTK m. 15 dikkate alınarak bölge adliye mahkemeleri faaliyete geçinceye kadar asliye hukuk mahkemelerinin görevli olduğu ifade edilmektedir (bkz. BUDAK, s. 55-56).

bakımından ortaya çıkan tüm bu tartışma ve görüşlerde, görevli mahkeme olarak genel itibariyle asliye hukuk mahkemesi ve asliye ticaret mahkemesinin öne çıktığı görülmüştür. Ancak 6545 sayılı Kanun’la tahkime ilişkin hususlar bakımından asliye ticaret mahkemesinin görevlendirilmesiyle artık bu görüşlerin de önemi kalmamıştır.⁶³ Ayrıca bu değişiklik olmasaydı bile 20.7.2016 tarihinde bölge adliye mahkemelerinin göreve başlaması zaten bu tartışmalar da sona erdirecekti.

Netice olarak, ne yabancı hakem kararlarının tanıma ve tenfizi bakımından MÖHUK ne de tahkimle ilgili tüm dava ve işler bakımından MTK ve gerekse HMK’ya göre asliye ticaret mahkemesinin zaten görevli olduğu söylenemez. Bu nedenle, 6545 sayılı Kanun’un 45. maddesi ile yenilenen 5235 sayılı Kanun’un m. 5 hükmündeki tahkime ilişkin hususlar bakımından asliye ticaret mahkemesinin görevlendirilmesi, yargılamanın toplu veya tek hâkimli olarak yapılacağına ilişkin hüküm içermekle birlikte aslında ilk defa ihdas edilmiş bir görev hükmüdür.

6545 sayılı Kanun’un 104. maddesinde bu Kanun’un yayımı tarihinde yürürlüğe gireceği düzenlenmiştir. Bu hükme istinaden, anılan Kanun yayım tarihi olan 28.6.2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Usul kuralları bakımından derhal uygulanma ilkesinin geçerli olması nedeniyle,⁶⁴ yeni

Öte yandan başka bir görüşe göre HMK geçici m. 3/ f. 3 hükmünde eksiklik ve yetersizlik bulunsa da derhal uygulamanın kural olması nedeniyle, HMK’nın yeni getirdiği iptal davası müessesesinin de yeni tahkim sisteminin bütünlüğü içinde uygulanması gerektiği ifade edilerek, bu davaya bakacak bölge adliye mahkemesinin ilk derece sıfatı ile bu davaya bakacak olması nedeniyle, HMK m. 2 hükmünden hareketle asliye hukuk mahkemesinin görevli olması gerektiği savunulmuştur (bkz. TAŞPINAR AYVAZ, Zaman Bakımından Uygulanma, s. 214-215). Bunlardan farklı bir görüşe göre ise HMK geçici m. 3/ f. 1’e istinaden bölge adliye mahkemeleri faaliyete geçmeden iptal davası açılmayacağından, HUMK’nun temyize ilişkin hükümleri uygulanmaya devam edilecek, tahkim bakımından da HMK’nın iptal ve temyiz sebepleri değil HUMK’nun temyize ilişkin hükümleri uygulanmaya devam edecektir (bkz. KARSLI, s. 939).

⁶³ Bkz. ve karşı. İbrahim ÖZBAY “Yargıtay’ın Son Kararları Işığında Hakem Kararlarına Karşı Açılacak İptal Davasına İlişkin HMK m. 439 Hükmünün Zaman Bakımından Uygulanması”, Dokuz Eylül Üniversitesi HFD, 2014, C. XVI, Özel Sayı: Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, C. I, İzmir 2015, s. 806.

⁶⁴ Zira usul hukukunda yapılan değişiklikler, maddi hukuktan farklı olarak yürürlüğe girdiği andan itibaren devam eden yargılamalarda hemen uygulanacaktır (bkz ÖZBAY, s. 781). Keza HMK m. 448 “Bu Kanun hükümleri tamamlanmış işlemleri etkilememek kaydıyla derhal uygulanır.” hükmü de bu ilkeyi işaret etmektedir.

YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)

görev kuralı da aynı tarihte yürürlüğe girmiştir.⁶⁵ Öte yandan 6545 sayılı Kanun'un 55. maddesi ile 5235 sayılı Kanun'a geçici m. 5 ilave edilmiş ve değişikliğin yürürlüğe girmesinden itibaren üç ay içinde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından asliye ticaret mahkemelerine yetkilendirme veya tayin işlemleri yapılarak bu mahkemelerin heyet hâlinde çalışmaya başlayacakları tarihin belirlenmesi ve Resmî Gazete'de ilan edilmesi öngörülmüş; ayrıca bu mahkemeler, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenen ve ilan edilen tarihe kadar da tek hâkimle çalışmaya devam edecekleri düzenlenmiştir. HSYK üzerine düşeni iki ay sonra 28.08.2014 tarihinde gerçekleştirmiş ve asliye ticaret mahkemelerinin toplu mahkeme olarak faaliyete başlayacağı tarihin 15.9.2014 olarak belirlendiği 02.09.2014 tarih ve 29107 sayılı Resmi Gazete'de ilan edilmiştir. Dolayısıyla 6545 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 28.6.2014 ile asliye ticaret mahkemelerinin toplu mahkeme olarak göreve başladığı 15.9.2014 tarihleri arasında yaklaşık 2,5 aylık sürede asliye ticaret mahkemeleri tek hâkimli olarak göreve devam etmişlerdir.

Bu süre içinde 5235 sayılı Kanun'un değişik 5. maddesinin üçüncü fıkrasında öteden beri asliye ticaret mahkemesinin görevine giren ticari davalar bakımından yargılamaya tek hâkimle devam edilmiş ve geçiş bakımından bir sorun olmamıştır. Buna karşılık, tahkime ilişkin hususlar bakımından asliye ticaret mahkemesinin ilk defa görevlendirilmiş olması bu görevlerin bir kısmının toplu mahkeme olarak görülecek olması bakımından, asliye ticaret mahkemeleri toplu mahkemeye dönüştürülünceye kadar Kanun'un uygulanması bakımından öngörülen üç aylık sürenin geçmesi uygun olurdu.⁶⁶ Ancak anılan geçici maddede, üç aylık süre (ilan edilen tarih) içinde asliye ticaret mahkemelerinin tek hâkimle çalışmaya devam edeceklerinin düzenlenmesi nedeniyle, tahkimle ilişkin hususlarla ilgili hem HMK hem MTK hem de yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizine yönelik davalar için MÖHUK bakımından kanaatimizce de Kanun'un yürürlük tarihi olan 28.6.2014 tarihinden itibaren asliye ticaret mahkemeleri görevlidir.⁶⁷

Öte yandan 6545 sayılı Kanun'un 45. maddesi ile asliye ticaret mahkemesinin ilk defa görevlendirildiği tahkimle ilgili hususlar bakımından ne

⁶⁵ TAŞPINAR AYVAZ, s. 481.

⁶⁶ TAŞPINAR AYVAZ, s. 481.

⁶⁷ Bkz. ve karşı. TAŞPINAR AYVAZ, s. 481.

HMK (m. 410) ne MTK'ya (m. 3) ne de MÖHUK'a (m. 60/ f. 2) atfen getirilmiş bir ilga düzenlemesi de bulunmamaktadır. Bu nedenle 6545 sayılı Kanun'un 45. maddesi ile yenilenen 5235 sayılı Kanun'un m. 5 hükmündeki tahkimle ilgili hususlar bakımından asliye ticaret mahkemesinin görevlendirildiğine ilişkin hüküm yanında, HMK'na istinaden "bölge adliye mahkemesinin", MTK'na istinaden "asliye hukuk mahkemesinin" ve MÖHUK'un yukarıda anılan hükmüne istinaden "asliye mahkemesinin (asliye hukuk ve asliye ticaret mahkemelerinin)" de aynı anda görevli olduğu düşünülebilir mi? Bunun yanında, 5235 sayılı Kanun'un m. 5/ f. 3'te tahkim bakımından sayılan dava ve işlerin asliye ticaret mahkemesinin toplu olarak bakacağı, bunlar dışındakiler bakımından HMK ve MTK hükümlerinin uygulanacağı gibi bir sonuç çıkarılabilir mi?

Kanaatimizce de, 6545 sayılı Kanun'da HMK, MTK ve MÖHUK'a atfen bir ilga düzenlemesinin bulunmaması ve madde metninin kaleme alınışı bakımından eksik ve hatalar bulunmasına rağmen, tahkimle ilgili başvurulması gereken tüm hususlar bakımından asliye ticaret mahkemesinin görevli olduğu sonucuna varılmalıdır.⁶⁸ Ayrıca kanaatimizce 6545 sayılı Kanun'un 45. maddesi ile HMK m. 410, MTK m. 3 ve MÖHUK m. 60/ f. 2'deki hükmün görevli mahkemeye ilişkin kısmı zımnen mülga da olmuştur.⁶⁹

Bununla birlikte kanun koyucunun, HMK ve MTK çerçevesinde tahkimle ilgili hususlarda mahkemenin görevli olacağı dava ve işler bakımından "asliye ticaret mahkemesini" görevli kılmasına ilişkin iradesinin gerekçesini maddeye ilişkin gerekçede bir açıklama bulunmadığından anlamak mümkün değildir. Ancak milletlerarası tahkimde başta olmakla birlikte iç tahkim bakımından da tahkime başvurulmuş uyuşmazlıkların neredeyse tamamının ticari veya en azından taraflardan birinin tacir olduğu ve ticari işletmesini ilgilendiren işlerden kaynaklandığı da bilinmektedir. Bu durumda kanun koyucunun iç ve milletlerarası tahkime ilişkin hususları ticari iş/ dava görme isteği anlaşılabilir.⁷⁰ Bu nedenle, bilhassa MTK m. 3 hükmüne karşılık "asliye ticaret mahkemesinin" görevli kılınması kanaatimizce çok daha isabetlidir.

⁶⁸ Bkz. TAŞPINAR AYVAZ, s. 480.

⁶⁹ Bkz. ve karşı. ÖZBAY/ KORUCU, s. 15.

⁷⁰ Bkz. TAŞPINAR AYVAZ, s. 479-480.

YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)

Öte yandan, hem HMK hem de MTK'na tabi tahkim bakımından sadece "iptal davası" için görevli mahkemenin "bölge adliye mahkemesi" olarak belirlenmesi kanaatimce olması gereken hukuk bakımından daha isabetlidir.⁷¹ HMK m. 439/ f. 6, c. 1'de iptal davası hakkında verilen kararlara karşı temyiz yoluna başvurulabileceği düzenlenmiş, "temyize edilebilen kararlar" başlıklı 361. maddede ise bölge adliye mahkemesi hukuk dairelerinden verilen temyizi kabil nihai kararlar yanında hakem kararlarının iptali talebi üzerine verilen kararlara karşı temyiz yoluna başvurulabileceği belirtilmiştir. Bu hükümlerden, iptal davasının istinaf yargılaması mahiyetinde konumlandırıldığı kanaati oluşmuştur. MTK'nun 2001 tarihli olması ve o dönemde HUMK'nun tek dereceli yargılama sistemini öngörmüş bulunması nedeniyle MTK m. 15 hükmünde iptal davası için ilk derece mahkemesi olan asliye hukuk mahkemesinin görevli kılınmış olması kanaatimce bir tereddüt oluşturmamalıdır.

Uygulamada karşılaşılabilecek muhtemel problem ve tereddütleri ortadan kaldırmak bakımından da gecikmeksizin MTK m. 3, HMK m. 410 ve MÖHUK m. 60/ f. 2 hükümlerini yürürlükten kaldırmak yerinde olacaktır.⁷² Zira hem MTK hem de HMK çerçevesinde yapılan tahkim yargılamalarına ilişkin mahkemelerin yapacağı dava ve işlerde yargılamanın tarafları, MTK'daki hükümlere göre asliye hukuk mahkemesinin görevli gözükmesi bakımından taleplerini bu mahkemelere, HMK bakımından ise bölge adliye mahkemelerine yöneltmek isteyebilirler. Bunu karşılık davanın açıldığı ilk derece veya istinaf mahkemesince, görevli mahkemenin 6545 sayılı Kanun ile değişik 5235 sayılı Kanun'un m. 5/ f. 3, b. 4 hükmüne istinaden asliye ticaret mahkemesi olduğu gerekçesi ile görevsizlik kararı verilebilecek veya uyuşmazlığı diğer tarafı görev şartını ileri sürebilecektir. Kanaatimce bu durum tarafların ve vekillerinin gereksiz yere emek, zaman ve maddi kayıplara uğramaları, ayrıca mahkemeler de dâhil olmak üzere gereksiz iş yüküne maruz kalınmalarına da sebebiyet verecektir.

⁷¹ Aksi yönde bir görüşe göre, tahkimde mahkemenin görevli olduğu belirtilen işler ve hakem kararlarının iptali davası esasen ilk derece mahkemesi sıfatıyla bakılacak işlerden olduğundan, bölge adliye mahkemesinin görevlendirilmesi zaten isabetli değildir. Bu nedenle, iptal davası için de asliye ticaret mahkemesinin görevlendirilmiş olması yerinde olmuştur (bkz. TAŞPINAR AYVAZ, s. 481).

⁷² Bkz. ve karşı. TAŞPINAR AYVAZ, s. 480.

IV. SONUÇ

6545 sayılı Kanun'un 45. maddesi ile 26.9.2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun 5 inci maddesinin ikinci fıkrasının değiştirilmiş ve mülga üçüncü fıkranın yeniden düzenlenmiştir. Anılan değişiklik 6545 sayılı Kanun'un yayımlandığı 28.6.2014 tarihinde de yürürlüğe girmiştir.

Değiştirilen ikinci fıkrada, tek hâkimden oluşan mahkemeler arasından asliye ticaret mahkemesi çıkartılmıştır. Mülga üçüncü fıkra yerine yeniden düzenlenen fıkrada ise, önce asliye ticaret mahkemelerinin başkan ve yeteri kadar üyeden oluşacağı; bu fıkrada sayılan bazı dava ve işler bakımından başkan ve iki üye ile yargılamanın yapılacağı, bunun dışındaki uyuşmazlıklar bakımından ise o mahkemede hâkimlerden birinin tek başına yargılama yapacağı düzenlenmiştir.

Yenilenen 3. fıkranın ikinci cümlesi ile takip eden ilk üç bentte gerek TTK gerekse diğer kanunlar bakımından öteden beri ticari dava olarak sayılan dava ve işlerden hangilerinin tek hâkimli hangilerinin toplu mahkeme şeklinde asliye ticaret mahkemesince görüleceğine ilişkin yeniden yapılandırmaya yönelik bir hüküm konulmuş olup, bu bakımdan bir sorun ile karşılaşılmamıştır.

Bununla birlikte anılan üçüncü fıkranın 4. bendi ile fıkranın devamında, gerek HMK gerekse MTK kapsamındaki tahkimle ilgili hususlar yanında yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizine yönelik davalar bakımından mahkemeye başvurulması gereken hususlarda asliye ticaret mahkemesi görevlendirmiştir. Ancak, 6545 sayılı Kanun'da bu hususlarla ilgili anılan kanunlarda mahkemelerin görevlendirilmesine ilişkin hükümlere atfen ilga düzenlemesi bulunmaması bazı tereddütleri beraberinde getirmiş olsa da, kanaatimizce tahkimle ilgili mahkemeye başvurulması gereken tüm hususlar bakımından artık asliye ticaret mahkemesinin görevli olduğuna ve bu görevin Kanun'un yürürlük tarihinden itibaren başladığına şüphe edilmemelidir. Ancak bu tereddütleri gidermek için gecikmeksizin açık bir ilga düzenlemesi yapılması yerinde olacaktır.

Hem HMK hem de MTK kapsamında tahkimle ilgili mahkemeye başvurulması gereken dava ve işler bakımından bölge adliye mahkemeleri ve asliye hukuk mahkemeleri yerine, asliye ticaret mahkemesinin görevlendirilmesi kanaatimce daha isabetli olmuştur. Tahkime götürülen uyuş-

mazlıkların neredeyse tamamının ticari nitelikte olduğu düşünülürse, asliye hukuk mahkemesi yerine asliye ticaret mahkemesinin görevlendirilmesi ve bu tür dava ve işlerin aslında ilk derece mahkemesi sıfatıyla bakılacak işlerden olması nedeniyle de istinaf yargılaması yapacak mahkeme yerine ilk derece mahkemesi olan asliye ticaret mahkemesinin görevlendirilmesi daha uygundur. Ayrıca hem HMK hem de MTK bakımından aynı hususlarda görevli mahkemelerin farklı olması bir çelişkiydi. Bu bakımdan da çelişki ortadan kaldırılmıştır. Bu nedenlerle bu düzenleme kanaatimce daha yerindedir.

Ancak iptal davası bakımından, hem HMK hem de MTK bakımından asliye ticaret mahkemesi yerine “bölge adliye mahkemesi”nin görevli kılınmasının olması gereken hukuk bakımından daha uygun olacağı kanaatindeyim.

KAYNAKÇA

ALANGOYA Yavuz/ YILDIRIM Kamil/ DEREN YILDIRIM Nevhis, Medeni Usul Hukuku Esasları, Genişletilmiş Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2009.

BUDAK Ali Cem, "Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Tahkim Hükümleri", UTTDER, Y. 2012, C. 1, S. 1, s. 31-60.

KARSLI Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, 6100 Sayılı HMK Hükümlerine Göre Yargıtay Kararları İşlenmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Alternatif Yayıncılık, İstanbul 2012.

KURU Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Baskı, Cilt I, 2001 İstanbul, Beta Basım.

KURU Baki/ ARSLAN Ramazan/ YILMAZ Ejder, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 6100 Sayılı HMK'na Göre Yeniden Yazılmış 25. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2014.

ÖZBAY İbrahim “Yargıtay’ın Son Kararları Işığında Hakem Kararlarına Karşı Açılacak İpral Davasına İlişkin HMK m. 439 Hükümünün Zaman Bakımından Uygulanması”, Dokuz Eylül Üniversitesi HFD, 2014, C. XVI, Özel Sayı: Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez’e Armağan, C. I, İzmir 2015, s. 779-811.

ÖZBAY İbrahim/ KORUCU Yavuz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim, HMK m. 407-444, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.

PEKCANITEZ Hakan/ ATALAY Oğuz / ÖZEKES Muhammet, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, 14. Bası, Ankara 2013.

TANRIVER Süha, “Sulh Hukuk- Asliye Hukuk Mahkemesi Ayırımının Anlam ve Önemi Üzerine Bazı Düşünceler”, TBBĐ, 2013 (105), s. 35-50, (TANRIVER, Sulh- Asliye Hukuk Ayırımı).

TANRIVER Süha, Medeni Usul Hukuku, Cilt I, Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.

TAŞPINAR AYVAZ Sema, “Asliye Ticaret Mahkemeleri Hakkında Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Tahkimde Görevli Mahkeme”, Dokuz Eylül Üniversitesi HFD, 2014, C. XVI, Özel Sayı: Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, C. I, İzmir 2015, s. 469- 482.

TAŞPINAR AYVAZ Sema, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun (HMK) Zaman Bakımından Uygulanması, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, (TAŞPINAR AYVAZ, Zaman Bakımından Uygulama).

ULUKAPI Ömer, Medeni Usul Hukuku, 2. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya 2014.

UMAR Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, Ankara 2011.

YILMAZ Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Değiştirilmiş 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.

ARSLAN Ramazan/ YILMAZ Ejder/ TAŞPINAR AYVAZ Sema, Medeni Usul Hukuku, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.

**5684 SAYILI SİGORTACILIK KANUNU'NDA YER ALAN
TAHKİM HÜKÜMLERİ İLE 6100 SAYILI HUKUK
MUHADEMELERİ KANUNU'NDAKİ TAHKİM HÜKÜMLERİNİN
KARŞILAŞTIRILMASI**

*(COMPARISON BETWEEN THE ARBITRATION PROVISIONS IN INSURANCE ACT
NO. 5684 AND THE ARBITRATION PROVISIONS IN CODE OF CIVIL PROCEDURE
NO. 6100)*

Araş. Gör. / Res. Asst. Tuğba SEMERCİ VURALOĞLU*

ÖZET

Bu makalede, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun (SK) 'Sigortacılıkta Tahkim' başlıklı 30. maddesiyle 2007 yılında hukukumuza giren sigortacılıkta tahkim sistemi ile o dönemde yürürlükte bulunan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'ndaki (HUMK) tahkime ilişkin hükümleri ve bugün yürürlükte olan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) tahkime ilişkin hükümleri karşılaştırılmıştır. Ayrıca, SK yürürlüğe girdiğinden itibaren sigortacılıkta tahkime ilişkin mevzuatta yapılan değişiklikler, Sigortacılıkta Tahkime İlişkin Yönetmelik'te 2016 yılında yapılan değişiklikleri de içerir biçimde, detaylı olarak incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Sigortacılık Kanunu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu, sigortacılıkta tahkim, tahkim, Sigortacılıkta Tahkime İlişkin Yönetmelik.

ABSTRACT

In this article, insurance arbitration system issued by the Article 30 of the Insurance Act No. 5684, which entered into Turkish Law in 2007, is compared with arbitration provisions of Civil Procedure Act No. 1086,

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı, **e-posta:** tugba.semerci@yeditepe.edu.tr

which was in effect at that time, and also with arbitration provisions of Code of Civil Procedure No. 6100 which is in force now. In addition, all amendments to insurance arbitration legislation since 2007, including the amendments in 2016 to Regulation on Insurance Arbitration, are scrutinized.

Keywords: Insurance Act, Code of Civil Procedure, insurance arbitration, arbitration, Regulation on Insurance Arbitration.

A. GİRİŞ

Sigorta ettirenler veya sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişiler ile riski üstlenen taraf arasındaki ihtilaflar devletin kurduğu mahkemeler aracılığıyla çözümlenmektedir. Ne var ki, sigortacılık alanına ilişkin ihtisas mahkemelerinin bulunmayışı sebebiyle, yargılama süreci uzun ve masraflı olmaktadır. Bu durum ise, özellikle zararın tazminini geciktirmekte ve böylece, sigortanın varoluş amacıyla ters düşerek sigortalının mağduriyetine yol açmaktadır¹. Sigortacılık sektörüne duyulan güvenin artması ve sigorta müessesesinin amacına yaklaşmasının tesisi bakımından mahkeme dışı çözüm yollarının oluşturulması ve bunun teşviki amacıyla düzenlemeler yapılması önem arz etmektedir².

Sigortacılık sisteminin gelişmiş olduğu ülkelerde, sigorta ihtilaflarının çözümünde tercih edilen diğer yöntemler hakem-bilirkişilik, ombudsmanlık³ ve nihayet tahkim kurumudur.

¹ 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu gerekçesi, TBMM Yasama Dönemi 22, Yasama Yılı 5, Sıra Sayısı 1364 (SK Gerekçesi); T.C. Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı'nın 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'na İlişkin 20 Haziran 2007 tarihli Basın Açıklaması (Hazine Müsteşarlığı Basın Açıklaması), Sayı: 2007/65, 4. Hazine Müsteşarlığı Basın Açıklaması, 4.

² Aynı yönde bkz. *Yılmaz*, Zekeriya, Sigortacılık Kanununa Göre Sigortacılıkta Tahkim, Terazi Hukuk Dergisi, 2008, S.17, 38.

³ Kamu denetçisi olarak çevrilmesi mümkün olan ombudsmanlık sistemi, özel hukuk sistemine güçsüz konumda bulunan tüketicinin korunması amacıyla girmiş, sigortacılık alanında bu hususta ilk hukuki düzenleme 1972'de İsviçre'de yapılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Özdamar*, Mehmet, Alman Hukukunda Sigorta Ombudsmanlığı, 2008 Batider, C. XXIV, S. 3, 309 vd.. SK Gerekçesinde de belirtildiği üzere, sigortacılıkta tahkim sistemi kurulurken uluslararası uygulamalarda var olan "Ombudsman Sistemi"nin işleyişi *YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)*

Sigortacılıkta tahkim sistemi, mülga Sigorta Murakabe Kanunu'nun⁴ yerine geçen 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu (SK)⁵ ile 2007 yılında hukukuza girmiştir. Bu dönemde yürürlükte bulunan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'ndaki (HUMK) tahkime ilişkin hükümlerden farklı olarak SK'nın sekizinci bölümündeki 'Sigortacılıkta Tahkim' başlıklı 30. maddesi ile tahkim müessesesinin ayrıca düzenlenmesi, sigortalı ile sigorta şirketi arasındaki ihtilafların hızlı çözümünü sağlama gerekçesine bağlanmıştır⁶.

Bir diğer taraftan, 1 Ekim 2011 tarihinde 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu⁷ (HMK) yürürlüğe girmiş ve HUMK ilga edilmiştir. Medeni Usul Hukuku'nun diğer pek çok alanında olduğu gibi, tahkim ile ilgili olarak da bir takım değişiklikler olmuştur. Mülga HUMK'ta m. 516 ilâ 536'da yer alan tahkim hükümleri, HMK'da m. 407-444 arasında düzenlenmiştir.

SK m. 30(23) uyarınca, *"Bu Kanunda hüküm bulunmayan hâllerde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun hükümleri, sigortacılıktaki tahkim hakkında da kıyasen⁸ uygulanır"*. denmiştir. HMK m. 447(2)'de ise, *"Mevzuatta, yürürlükten kaldırılan 18/6/1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa yapılan yollamalar, Hukuk Muhakemeleri Kanununun bu hükümlerin karşılığını oluşturan maddelerine yapılmış sayılır."* denmiştir⁹. Böylece, hukuk sistemimizde yer alan tahkim hükümleri ile köprü kurulmuş, tahkim sisteminin temel usul ve esasları bakımından

esas alınmış, ülkemizdeki hukuk sistemi ile paralellik sağlanmasını teminen HUMK'ta yer alan tahkim sisteminin temel esas ve usulleri çerçevesinde sistem şekillendirilmiştir.

⁴ 21/12/1959 tarihli ve 7397 sayılı Sigorta Murakabe Kanunu 14 Haziran 2007 tarihine kadar yürürlükte kalmıştır.

⁵ RG. 14.06.2007, 26552.

⁶ SK Gerekçesi; Hazine Müsteşarlığı Basın Açıklaması, 3.

⁷ RG. 04.02.2011, 27836.

⁸ Özel norm / genel norm ilişkisinin sistematik yorum meselesi olduğu, o alanda kıyasen doldurulacak bir boşluk olmadığı hususunda detaylı bilgi için bkz. *Yeşilova Aras*, Ecehan / *Yeşilova*, Bilgehan, Sigortacılık Tahkimi-Sigorta Tahkim Usulü ve Ayırdedici Özellikleri, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, Yaşar Üniversitesi Dergisi, Volume 8, 2013, Özel Sayı, 284-286.

⁹ Mayıs 2008'de Adalet Bakanlığı tarafından yayınlanan karşılaştırma cetveli dışında, gözden geçirilmiş ve güncelleştirilmiş karşılaştırma defteri için bkz. *Budak*, Ali Cem, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, İsviçre Medeni Usul Kanunu ve Alman Medeni Usul Kanunu ile Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, 7. Bası, Ankara 2014.

HMK ile paralellik sağlanmaya çalışılmıştır. Bu nedenledir ki, sigortacılıkta tahkim sisteminin daha iyi kavranabilmesi bakımından SK'daki tahkime ilişkin düzenlemelerin HMK hükümleri ile bir arada değerlendirilmesi gerekmektedir.

6327 sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf Ve Yatırım Sistemi Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un¹⁰ (6327 sayılı Kanun) 58. maddesi ve 6456 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un¹¹ (6456 sayılı Kanun) 45. maddesi ile 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nda birtakım değişiklikler yapılmıştır. İlgili kanun değişikliklerinin gerekesinde¹² de belirtildiği üzere, HMK çerçevesinde yeniden değerlendirme amacı gdlmşse de, her ikisi de HMK'nın yürürlük tarihi olan 1 Ekim 2011'den sonra çıkarılan kanunlardaki HUMK'a yapılan atıfların HMK olarak değiştirilmemesi ve SK m. 30(23)'teki ve maddenin diğer fıkralarındaki HUMK'a yapılan atfın muhafaza edilmesi yerinde olmamıştır.

Çalışmamızda SK'nın sekizinci bölümünde yer alan tahkime ilişkin hükümleri ile HMK'nın tahkime ilişkin hükümleri, ilgili yerlerde mülga HUMK hükümlerine de değinmek suretiyle, karşılaştırılarak ele alınacaktır. Bu bağlamda, tahkime ilişkin tüm hukuki müessesenin incelenmesi ayrı bir çalışmaya konu olabilecek uzunlukta olduğundan çalışmamızın kapsamı dışında bırakılmıştır. Ayrıca, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda¹³ (MTK) düzenlenmiş olan milletlerarası tahkime ilişkin konu¹⁴ kapsam dışındadır ve bu anlamda yalnızca i tahkime ilişkin HMK hükümleri inceleme konusudur.

¹⁰ RG. 29.06.2012, 28338.

¹¹ RG. 18.04.2013, 28622.

¹² Gerekçe ve hazırlık çalışmaları için bkz. 6327 sk. için TBMM Yasama Dönemi 24, Yasama Yılı 2, Sıra Sayısı 271, 6456 sk. için TBMM Yasama Dönemi 24, Yasama Yılı 3, Sıra Sayısı 443 .

¹³ RG. 05.07.2001, 24453.

¹⁴ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. *Nomer*, Ergin / *Eksi*, Nuray / *ztekin Gelgel*, Günseli, Milletlerarası Tahkim Hukuku, Cilt I, 5. Bası, İstanbul 2016. Ayrıca, HMK'nın tahkime ilişkin hükümleri ile MTK ve UNCITRAL Model Kanunu ile karşılaştırmalı değerlendirme için bkz. *Vuraloğlu*, Mehmet Oğuz, HMK'nın Tahkim Hakkındaki Hükümleri, YHFĐ, Prof. Dr. Erhan Adal'a Armağan, Cilt IX/1, İstanbul 2012, 1055 vd. *YHFĐ Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)*

B. TAHKİMİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Özel hukuka ilişkin yargılama yapma yetkisini haiz kurum Devlet'in mahkemeleridir. Özel hukuka ilişkin ihtilafların çözümü istisnaen tahkim yolu ile hakemler tarafından da sağlanabilmektedir¹⁵. Bir hak üzerinde uyuşmazlığa düşmüş olan iki tarafın anlaşarak, söz konusu uyuşmazlığın çözümünü özel kişi / kişilere (hakemlere) tevdi etmelerine ve uyuşmazlığın bunlarca incelenip nihai karara bağlanmasına tahkim denmektedir. Tahkim, ileride doğacak olan belli uyuşmazlıkların taraflarca seçilen hakemlerce karara bağlanmasını da ifade eder¹⁶.

1. İhtiyari Oluşu Bakımından

Yukarıda verilen tanımdan da anlaşılacağı üzere, HMK anlamında tahkim ihtiyaridir¹⁷, bir diğer deyimle; uyuşmazlığa düşen taraflar, davalarını hakem önüne getirmek zorunda bırakılamazlar. Zira kural olarak Devlet'in mahkemelerine ait olan yargı fonksiyonu, ancak belli hâllerde tarafların anlaşması suretiyle hakeme / hakem heyetine bırakılabilir. İhtiyari tahkim, uygulama alanı MTK m. 1 anlamında yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar olan tahkim sözleşmesi ve hakem sözleşmesi olmak üzere başlıca iki sözleşmeye dayanmaktadır¹⁸.

Sigortacılıkta tahkimde ise durum farklılık arz etmektedir. SK m. 30(1)'e göre, sigortacılık yapan kuruluşlardan sigorta tahkim sistemine üye

¹⁵ *Kuru*, Baki / *Arslan*, Ramazan / *Yılmaz*, Ejder, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 25. Bası, Ankara 2014, 778; *Pekcanitez*, Hakan / *Atalay*, Oğuz / *Özekes*, Muhammet, HMK Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku, 11. Bası, Ankara 2011,736; *Ercan*, İsmail, Medeni Usul Hukuku, 6100 sayılı HMY'ye göre, 6. Bası, İstanbul 2011, 600.

¹⁶ *Kuru/ Arslan/ Yılmaz*, 779; *Yılmaz*, Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Bası, Ankara 2013, 1713.

¹⁷ Tahkim kurumunun zorunlu oluşu tamamen *istisnaidir* ve yalnızca kanun hükmü ile belli birtakım hâllerde tahkim zorunlu kılınmıştır. Bkz. 3533 sayılı Umumi Mülhak Ve Hususi Bütçelerle İdare Edilen Daireler Ve Belediyelerle Sermayesinin Tamamı Devlete veya Belediye veya Hususi İdarelere Ait Daire Ve Müesseseler Arasındaki İhtilafların Tahkim Yolu ile Halli Hakkında Kanun; Menkul Kıymetler Borsaları Hakkında Kanun Hükmünde Kararname m. 13(2) vb. birtakım kanunlarda hakeme başvurmak zorunlu kılınmıştır.

¹⁸ *Kuru/ Arslan/ Yılmaz*, 780; *Yılmaz*, 1714.

olmak isteyenlerin¹⁹, Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği (Birlik) nezdinde oluşturulan Sigorta Tahkim Komisyonu'na (STK) bu isteklerini bildirmeleri gerekmektedir. Bu bildirim STK'ya yapıldıktan sonra, artık üye kuruluşlarla²⁰ uyuşmazlığa düşen kişi / kişiler, uyuşmazlığın konusu olan sigorta sözleşmesinde tahkime ilişkin bir hüküm bulunmasa dahi tahkim usulünden faydalanabilecektir. Ayrıca 6327 sayılı Kanun değişikliği ile STK'nın görev alanı genişlemiş, "*Hesaptan²¹ faydalanacak kişiler ile Hesap arasında*"ki uyuşmazlıklar da sigorta tahkimine dâhil edilmiştir. Burada sözleşmede özel hüküm bulunmasa bile tahkim usulünden faydalanabilecek taraf yalnızca sigorta ettiren veya sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişidir, sigortacı değildir. Vurgulanması gereken husus ise, tahkim anlaşmasının, bir nevi uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra sigortacı ile ihtilafa düşen kişinin iradesi ile oluşmasıdır²².

Uygulamada ender karşılaşılan bir durum olmakla birlikte, HMK anlamında da uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra, tarafların tahkim sözleşmesi yapmak hususunda anlaşmaları mümkünse de, tahkim sözleşmesi ancak *belirli* bir uyuşmazlık hakkında yapılabilir²³. Bu anlamda, bir kişinin ticari hayatında girişeceği tüm ilişkilerde tahkime gitmeye hazır olduğunu bildirmesi HMK anlamında tahkim sözleşmesinin geçersizliğine yol açacak-

¹⁹ Doktrinde, sigorta tahkim sistemine girişin sigortacı kuruluşların seçimine bırakılmış olması, sigortacılık tahkimi sistemi içerisinde sigorta sözleşmesinin taraflarına eşit hak arama olanağı tanımadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. *Ulaş, Işıl, Sigortacılıkta Tahkim*, Prof. Dr. Seza Reisoğlu'na Armağan, 2007 Batider C. XXIV, S. 2., 249. Karşı görüş için bkz. *Yeşilova Aras/ Yeşilova*, 296, dn. 45.

²⁰ SK m. 30(1)'de açıkça riski üstlenen taraf ile uyuşmazlıktan bahsedildiğinden, sigorta acenteleri aleyhine sigorta tahkimine başvurulması mümkün değildir. Aynı yönde bkz. *Özdamar*, Mehmet, *Sigorta Hukukunda Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim Sistemi (Sigorta Hukukunda Tahkim)*, Prof. Dr. Oğuz Kürşat Ünal'a Armağan, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, Y.2013, S.1-2, 846. Örneğin hayat sigortası da yapılabilen emeklilik şirketleri bulunduğundan, kanun koyucu "sigorta şirketleri" yerine "riski üstlenen taraf" terimini tercih etmiştir, *Kabukçuoğlu Özer*, Fatma Dilek, *Sigortacılık Kanunu Şerhi*, İstanbul 2012, 509.

²¹ "Hesap"tan anlaşılması gereken, SK m. 14'te bahsedilen çeşitli kanunlarla ihdas edilen zorunlu sigortalara ilişkin olarak bazı koşulların oluşması hâlinde ortaya çıkan zararların bu sigortalara saptanan geçerli teminat miktarlarına kadar karşılanması amacıyla Birlik nezdinde oluşturulan Güvence Hesabıdır.

²² *Öztek*, Selçuk, *Hukuk Usulü Muhakemeleri Yönünden Sigortacılıkta Tahkime Bakış*, MİHDER, Cilt V/13, 2009/2, 222.

²³ *Kuru/ Arslan/ Yılmaz*, 783; *Pekcanitez / Atalay/ Özkes*, 745. *YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)*

tır. Sigortacılıkta tahkimde ise, sisteme üyelik ihtiyari olmakla birlikte, sigortacılık yapan kuruluş STK'ya yaptığı bildirim ile adeta çerçeve irade belirtirmişçesine, sigorta sözleşmesinin diğer tarafının iradesi bu yönde olması hâlinde tahkim usulüne tabi olmaktadır. Sigortacılık alanında faaliyet gösteren kurumların, 31.12.2015 tarihi itibarıyla sektördeki pazar payları toplamı %90,67 olan 53 kuruluşun STK'ya üye olduğu²⁴ göz önüne alındığında HMK sisteminden ayrılan bu düzenlemenin önemi daha iyi kavranacaktır.

Yukarıda belirtildiği üzere, sigorta tahkim sistemi, sigorta kuruluşlarının iradi katılımı esasına dayanmaktadır. Dolayısıyla, STK'ya başvuruda bulunabilmek için uyumsuzluğa düşülen sigorta kuruluşunun sigorta tahkim sistemine üye olması ve uyumsuzluk konusu rizikonun üyelik tarihinden sonra meydana gelmiş olması gerekmektedir. İlgili kuruluşların sisteme üyeliğinin ihtiyari oluşu hususu ile ilgili olarak, 6456 sayılı Kanun değişikliği ile SK m. 30'da çok önemli değişiklikler yapılmıştır. 6456 sayılı Kanun ile değişik SK m. 30(1)'e göre, "*İlgili mevzuat ile zorunlu tutulan sigortalardan kaynaklanan bu fıkra kapsamındaki uyumsuzluklar için ilgili kuruluş sigorta tahkim sistemine üye olmasa dahi hak sahiplerinin bu bölüm hükümlerine göre tahkim usulünden faydalanabileceği*" düzenlenmiştir. Böylece zorunlu sigortalarda²⁵, kuruluşun STK'ya üye olup olmadığına

²⁴ Sigorta Tahkim Komisyonu 2015 Yılına İlişkin Faaliyet Raporu (2015 Faaliyet Raporu), 15.

²⁵ Zorunlu sigortanın temel unsuru, sigorta ettirenin belirli bir sigorta dalında, kanun hükmü gereği sigorta sözleşmesi yapma mecburiyetidir. SK m. 13(1) ile Bakanlar Kuruluna, kamu yararı açısından gerekli gördüğü hâllerde zorunlu sigorta ihdas etme yetkisi verilmiştir. Zorunlu sigortalardan bazıları şunlardır: 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nda düzenlenmiş olan mecburi mali mesuliyet sigortası, MK m. 815 uyarınca intifa sahibinin malik menfaatine yaptırdığı yangın ve sair sigortalar, Finansal Kiralama Kanunu m. 17'ye göre kiralayan şirketin finansal kira konusu malı sigorta ettirme zorunluluğu, DASK (Zorunlu Deprem Sigortası), Zorunlu Karayolları Taşımacılık Mali Sorumluluk Sigortası, Karayolu Yolcu Taşımacılığı Zorunlu Koltuk Ferdi Kaza Sigortası, Tehlikeli Maddeler ve Tehlikeli Atık Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası, Kıyı Tesisleri Deniz Kirliliği Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası, Özel Güvenlik Mali Sorumluluk Sigortası, Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası, Sertifika Mali Sorumluluk Sigortası, Zorunlu Paket Tur Sigortası. Sigorta sözleşmesi yapma mecburiyeti ile ilgili olarak bkz. **Kender**, Rayegân, Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2016, 196-204.

bakılmaksızın, 18.04.2013 tarihinden sonra ortaya çıkan uyuşmazlıklar için STK'ya başvuru mümkün hâle getirilmiştir.

2. Hakem-Bilirkişiden Farklı Oluşu Bakımından

Tahkim kurumunun hakem-bilirkişiden farklı olduğunu belirtmek gerekir. Taraflar, hakem-bilirkişi anlaşması ile hakem-bilirkişi tayiniyle bu kişinin tespitlerinin taraflarca kabul edileceğine ilişkin uzlaşmış olurlar ki, bu da HMK m. 193'e uygun bir delil sözleşmesi sayılır²⁶. Böylece, hakem-bilirkişilerin verdikleri raporlar hem tarafları hem de mahkemeyi bağlar. Bilirkişi raporlarından farklı olarak bu raporlar takdiri delil değildir, mahkeme için bağlayıcıdır. Tahkimde hakem, bir ihtilafı hâkim gibi çözen ve bu hususta karar veren kişi iken, hakem-bilirkişiler haklar ve hukuki ilişkiler üzerine karar veremezler²⁷.

Sigorta hukuku alanında da sigorta poliçeleri genel şartlarının birçoğunda hasarın tespitinin seçilecek olan hakem-bilirkişiler tarafından yapılacağı ve bu tespitin taraflar bakımından bağlayıcı nitelikte olduğu kararlaştırılır²⁸. Burada da hakem-bilirkişiler, rizikonun teminatın kapsamında bulunduğu hususunun çekişmesiz olduğu durumlarda, hasarın miktarına ilişkin uyuşmazlığı çözmeye yönelik raporlarını hazırlar. Bu raporun kapsamı yalnızca hasarın miktarını belirlemekle sınırlı olup²⁹, kimin ne kadar tazminat ödeyeceğine ilişkin tespit yapılması hakem-bilirkişinin yetki ve görev alanı dışındadır. Diğer bir söylemle, hakem-bilirkişiler, hakemler gibi hak ve hukuki ilişkiler hakkında karar verme yetkisine sahip değildir.

²⁶ Yargıtay hakem-bilirkişi sözleşmesini delil sözleşmesi olarak nitelendirmenin yanı sıra, hakem-bilirkişi raporunu sözleşmede tespiti istenen hususun ispatı için kesin delil saymaktadır, *Deren Yıldırım*, Nevhis, Hakem Bilirkişi Sözleşmesinin Hukuki Mahiyeti ve Delillerin Serbestçe Değerlendirilmesi İlkesinin Vazgeçilmezliği, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1991-1994, C. LIV, S. 1-4, 326, dn. 32.

²⁷ *Kuru/ Arslan/ Yılmaz*, 781; *Umar*, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Bası, Ankara 2014, 1197; *Pekcanutez / Atalay/ Özekes*, 744; *Yeşilirmak*, Ali, Türkiye'de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi için Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tah-kim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul 2011, 31-33.

²⁸ *Öztek*, 224; *Kabukçuoğlu Özer*, 500; *Yeşilirmak*, 26.

²⁹ Uyuşmazlığın hukuki yönüne ilişkin değerlendirme hakem-bilirkişinin yetkisi dışındadır. Örneğin sigorta uyuşmazlığında hasarın sigorta poliçesi teminatı içinde kalıp kalmadığı hususunda hakem-bilirkişi tespitinde bulunamaz, *Yeşilirmak*, 36, dn. 104.

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, hakem-bilirkişilik müessesesi hem genel anlamda tahkim hem de sigortacılıkta tahkim kurumundan farklıdır.

C. TAHKİM USULÜ

Sigortacılıkta tahkim usulüne ilişkin olarak genel hükümlere yapılan atfın yanı sıra, SK ve ikincil mevzuatta genel hükümlerden ayrılan birtakım düzenlemeler bulunmaktadır. Özellik arz eden bu hükümlere aşağıda yer vermeye çalışılmıştır. Bu anlamda sırasıyla, hakemlerin seçimi, hakemlerin yasaklılığı ve reddi, hakemlerin önünde davanın ne zaman açılmış sayılacağı, sigortacılıkta tahkimde duruşma yapılmasının, ihtiyati tedbir kararı alınmasının ve bilirkişi atanmasının mümkün olup olmadığı ve tahkim süresi bahisleri, bu hususlara ilişkin tartışmalar ile birlikte incelenecektir.

1. Hakemlerin Seçimi

Hakemlerin seçimi HMK'da ayrıntılı olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. HMK m. 415'e göre, tek sayı olmak koşulu ile taraflar hakem sayısını belirlemede serbesttir ve bu sayı taraflarca kararlaştırılmamışsa üçtür. Taraflar, HMK m. 416 uyarınca, belirli bazı şartlara uymak koşulu ile hakemleri de serbestçe kararlaştırabilirler³⁰. Hakemlerin seçimi hususu kararlaştırılmış olmasına karşılık taraflardan birinin sözleşmeye uymaması; kararlaştırılmış olan usule göre tarafların veya taraflarca seçilen hakemlerin hakem

³⁰ 'Hakemlerin Seçimi' başlığını taşıyan HMK m. 416(1) hükmü aynen şu şekildedir: "Taraflar, hakem veya hakemlerin seçim usulünü kararlaştırmakta serbesttir. Taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa hakem seçiminde aşağıdaki usul uygulanır:

a) Ancak gerçek kişiler hakem seçilebilir.

b) Tek hakem seçilecek ise ve taraflar hakem seçiminde anlaşamazlarsa hakem, taraflardan birinin talebi üzerine mahkeme tarafından seçilir.

c) Üç hakem seçilecek ise taraflardan her biri bir hakem seçer; bu şekilde seçilen iki hakem üçüncü hakemi belirler. Taraflardan biri, diğer tarafın bu yoldaki talebinin kendisine ulaşmasından itibaren bir ay içinde hakemini seçmezse veya tarafların seçtiği iki hakem seçilmelerinden sonraki bir ay içinde üçüncü hakemi belirlemezlerse, taraflardan birinin talebi üzerine mahkeme tarafından hakem seçimi yapılır. Üçüncü hakem, başkan olarak görev yapar.

ç) Üçten fazla hakem seçilecek ise son hakemi seçecek olan hakemler yukarıdaki bentte belirtilen usule göre taraflarca eşit sayıda belirlenir.

d) Hakemin birden fazla kişiden oluşması hâlinde en az birinin kendi alanında beş yıl ve daha fazla kıdeme sahip bir hukukçu olması şarttır."

seçimi konusunda birlikte karar vermeleri gerektiği hâlde, tarafların ya da hakemlerin bu konuda anlaşamamaları veya hakem seçimi ile yetkilendirilen üçüncü kişi, kurum veya kuruluşun, hakemi ya da hakem kurulunu seçmemesi durumunda ise hakem veya hakem kurulunun seçimi, taraflardan birinin talebi üzerine mahkeme tarafından yapılacaktır (HMK m. 416(2)).

Sigortacılıkta tahkimde ise durum tamamen farklıdır; hakem seçimi tarafların iradesine bağlı değildir. SK m. 30(8)'de öngörülen şartları³¹ taşıyan hakemlik yapmak isteyen kişiler, Sigortacılıkta Tahkime İlişkin Yönetmelik³² (Yönetmelik) m. 13'e göre başvurularını gerçekleştirirler. Yönetmelik m. 14'e göre, başvurusu Hazine Müsteşarlığı'nca kabul edilenler, İstanbul ve büro bazında belirtilmek şartıyla Türkiye genelinde oluşturulan listelere yazılırlar³³. Listeler sigorta hakemleri ile itiraz hakem heyetinde yer alacak sigorta hakemleri için hayat ve hayat dışı sigorta grupları esas alınarak tutulur. Bir hakem, sigorta hakem heyeti ile itiraz hakem heyeti listelerinden yalnızca birinde yer alabilir.

Yönetmelik m. 13'te yer alan hakem olma şartları 2013 değişikliği³⁴ ile zorlaştırılmıştır. SK m. 30(8)'de Müsteşarlığa verilen yetki ile Yönetmelik m. 13(3)'te gerekli deneyim süresi uzatılmış, itiraz hakem heyetinde yer alacaklarda aranacak deneyim süresi sigorta hukuku için en az on yıl, sigortacılık için en az on iki yıl olarak düzenlenmiştir. Ayrıca, 2013 deği-

³¹ SK m. 30(8)'e göre, sigorta hakemlerinin, malî güç dışında sigorta şirketi ve reasürans şirketi kurucularında aranan nitelikleri taşımaması, en az dört yıllık yüksek okul mezunu olması, sigorta hukukunda en az beş yıl veya sigortacılıkta en az on yıl deneyimi olması gerekir. Ayrıca, 6327 sayılı Kanun değişikliği ile Müsteşarlığın bu fıkra uyarınca aranacak deneyimin ve bu deneyime esas teşkil eden bilginin tespitine ilişkin ölçütleri belirlemeye yetkili olduğu belirtilmiştir.

³² RG. 17.08.2007, 26616.

³³ 31.12.2015 itibarıyla sigorta hakemliği listesine kayıtlı 152 sigorta hakemi ve 57 itiraz hakemi bulunmaktadır. Sigorta hakemliği görevini yürüten kişiler; sigorta hukuku ve sigortacılık alanında uzman akademisyenler, emekli Yargıtay ve ticaret mahkemesi hâkimleri, sigorta hukukunda deneyimli avukatlar, sigorta şirketlerinin ilgili birimlerinde görev yapmış emekli sektör mensupları ile Hazine Müsteşarlığının Sigortacılık ile ilgili birimlerinde görev yapan, denetim elemanları ve uzmanlardan oluşmaktadır. İtiraz hakemleri de sigorta hakemlerinde aranan niteliklere sahip olup, itiraz hakemlerinde aranacak deneyim süresi sigorta hukuku alanında uzman olanlar için en az on yıl, sigortacılık alanında uzman olanlar için en az on iki yıldır. İtiraz hakemleri heyet olarak çalışmaktadır, 2015 Faaliyet Raporu, 9.

³⁴ Yönetmelik'te de RG. 24.07.2013, 28717 ile köklü birtakım değişiklikler yapılmıştır. *YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)*

şikliği ile hakem olmak isteyen kişilere Müsteşarlıkça yapılan sınavda başarılı olma şartı getirilmişti. Yönetmelik hükmü m. 13(3)'e göre, hukuk alanında doçent ve üzeri akademik unvana sahip olanlar ile adli yargı hâkim emeklileri³⁵ söz konusu sınavdan muaf tutulmuştu. Ne var ki, Yönetmelik 2016 yılında bir kez daha ve yine oldukça kapsamlı biçimde değiştirilmiştir³⁶. Hukuk alanında doçent ve üzeri akademik unvana sahip olanlar ile adli yargı hâkim emeklilerinin sınavdan muafiyetini düzenleyen bu hüküm, 2016 Yönetmeliği m. 3 ile yürürlükten kaldırılmıştır. Eşitlik ilkesine aykırılık teşkil edebilecek bu düzenlemenin kaldırılması kanaatimizce isabetli olmuştur.

2016 Yönetmeliği ile değişik Yönetmelik m. 13(7)'de sigorta hakemlerinin başka işle iştigal edebileceği, ancak fiilen sigorta hakemliği yapacak hakemler için Yönetmeliğin 14. maddesinin üçüncü fıkrası hükümlerinin saklı olduğu belirtilmiştir. Yine 2016 Yönetmeliği ile değişik Yönetmelik m. 14(3)(c)'de ise, tahkim davalarında kanuni temsilcilik dışında tarafları temsil edebilmesi mümkün kişilerin fiilen sigorta hakemliği yapamayacağı düzenlenmiştir. 2016 Yönetmeliği ile Yönetmelik'e eklenen 14/A maddesi³⁷ ile özetle mevcut hakemlerle ilgili olarak, kanuni temsilci-

³⁵ Hemen belirtmek gerekir ki 25 Haziran 2009'da 2009/1 sayılı Sigorta Tahkim Usulü ve Sigorta Hakemlerine İlişkin Tebliğ Uyarınca Sigorta Hakemlerinde Aranacak Mesleki Deneyime İlişkin Genelge çıkarılmıştır. Bu Genelge uyarınca, yapılan işin sigorta tekniği ile ilgili uzmanlık gerektirmesi nedeniyle savcı, ceza hâkimi gibi sigorta hukuku ile bağlantılı olmayan diğer hukuk alanlarında uzmanlaşmış kişilerin ve sigortacılık sektöründe aktif mesleki yaşamı 2000 yılından önce sona erenlerin mesleki deneyimlerinin, SK m. 30(8)(c) bendinde aranan sigorta hukukunda en az beş yıl veya sigortacılıkta en az on yıl deneyimi olması şartını karşılamadığı kabul edilir. Genelge metni için bkz. **Kabukçuoğlu Özer**, 955.

³⁶ Sigortacılıkta Tahkime İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik (2016 Yönetmeliği), RG. 19.01.2016, 29598.

³⁷ 2016 Yönetmeliği m. 5 ile Yönetmelik'e eklenen madde 14/A aynen şu şekildedir: **“Tarafsızlık taahhütnamesi MADDE 14/A - (1) 14 üncü maddenin üçüncü fıkrasının (c) bendinin uygulanması ile ilgili olarak aşağıdaki esaslar dikkate alınır.**

a) Mevcut hakemlerle ilgili olarak, kanuni temsilcilik dışında sigorta davalarını vekil sıfatıyla takip edenler arasından fiilen sigorta hakemliği yapmak isteyen hakemlerin; bu maddenin yürürlük tarihinden itibaren dört ay içinde, 14 üncü maddenin 3 üncü fıkrasının (c) bendi kapsamında Komisyona sigorta davalarını vekil sıfatıyla takip etmeyeceğine dair taahhütname vermesi gerekmektedir. Bu maddenin yürürlük tarihinden önce, vekil sıfatıyla sigorta davası takip etmekte olan hakemlerin sonuçlanmamış davaları bu taahhütname kapsamında değerlendirilmez.

lik dışında sigorta davalarını vekil sıfatıyla takip edenler arasından fiilen sigorta hakemliği yapmak isteyen hakemlerin tarafsızlık taahhütnamesi vermesi gerektiği ve buna aykırılığın sonuçları düzenlenmiştir. Açıkça zikredilmemiş olmakla birlikte, ‘kanuni temsilcilik dışında sigorta davalarını vekil sıfatıyla takip edenler’ den kasıt, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun³⁸ “Yalnız Avukatların Yapabileceği İşler” başlıklı 35. maddesi³⁹ göz önüne alındığında avukatlardır. O hâlde, anılan düzenlemeler toplu hâlde değerlendirildiğinde; sigorta hakemliği yapmak isteyen avukatların sigorta davalarında avukatlık yapmalarının yasaklanmak istendiği, mevcut hakem listelerinde yer alan avukatların ise sigorta davalarını vekil sıfatıyla takip etmeyeceklerine ilişkin taahhütname vermeleri gerektiği anlaşılmaktadır. Avukatların mesleklerini icra etme haklarını önemli ölçüde kısıtlayan düzenlemeler içeren bu hükümlerin yürütmesinin durdurulması ve iptali istemiyle Ankara Barosu Başkanlığı tarafından Danıştay’da 23 Şubat 2012 tarihinde dava açılmıştır. Danıştay 10. Dairesi 2016/735 Esas No.lu kararında SK’da sigorta hakemliği yapamayacak kişilerin açıkça gösterilmesine rağmen, Kanunun Hazine Müsteşarlığına verdiği düzenleme yetkisi aşılarak, kanuni temsilcilik dışında tarafları temsil yetkisine sahip avukatların sigorta hakemliği yapmasını kısıtlayan, sigorta hakemliği ile sigorta davaları arasında tercih yapılmasını şart koşan Yönetmelik değişikliğinin hukuka aykırı olduğu sonucuna varmıştır. Bu gerekçesi ile, 2016 Yönetmeliğinin 3. maddesiyle, Yönetmeliğin değişik 13. maddesinin 7. fıkrasında yer alan "*Ancak fiilen sigorta hakemliği yapacak hakemler için bu Yönetmeliğin 14 üncü maddesinin üçüncü fıkrası hükümleri saklıdır.*" ibare-

b) Bu madde yürürlüğe girdikten sonra hakem olan ve sigorta davalarını vekil sıfatıyla takip eden hakemlerin, hakemliğe başladıkları tarih itibarıyla (a) bendinde belirtilen taahhütnameyi vermesi gerekmektedir.

c) Taahhütname vermeyen hakemler, bu Yönetmeliğin 14 üncü maddesinin üçüncü fıkrasının (c) bendi kapsamında değerlendirilir.

(2) Birinci fıkranın (a) ve (b) bentlerinde belirtilen taahhütnameye aykırı davranılması durumu, Kanunun 30 uncu maddesinin on birinci fıkrasının (a) bendi uyarınca tarafsızlık ilkesine aykırı davranılması şeklinde değerlendirilir.

(3) Müsteşarlık bu maddenin uygulanmasına ilişkin gerekli tedbirleri alır."

³⁸ RG. 07.04.1969, 13168.

³⁹ 1136 sayılı Avukatlık Kanunu m. 35(1)’e göre, kanun işlerinde ve hukuki meselelerde mütalaa vermek, mahkeme, hakem veya yargı yetkisini haiz bulunan diğer organlar huzurunda gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava etmek ve savunmak, adli işlemleri takip etmek, bu işlere ait bütün evrakı düzenlemek, yalnız baroda yazılı avukatlara aittir.

sinin; değişikliğin 4. maddesiyle Yönetmeliğin 14. maddesine 3. fıkranın (c) bendi olarak eklenen "*Tahkim davalarında kanuni temsilcilik dışında tarafları temsil edebilmesi mümkün kişiler*" ibaresinin; değişikliğin 5. Maddesiyle Yönetmeliğe eklenen 14/A maddesinin yürütmesinin durdurulmasına 17 Mayıs 2016 tarihinde karar vermiştir⁴⁰.

SK m. 30(15)'e göre, sigortacılık yapan kuruluşla uyuşmazlığa düşen kişinin STK'ya başvurusu üzerine sigorta raportörleri tarafından en geç 15 gün içerisinde inceleme tamamlanamazsa başvuru sigorta hakemine iletilecektir⁴¹. Uyuşmazlığa hangi sigorta hakeminin bakacağı, STK tarafından sigorta hakemi listesinden seçilecektir⁴². Ayrıca, Yönetmelik m. 16(8)'e göre hakem seçimi, m. 14(3) saklı kalmak üzere, hakemlerin uzmanlık alanları esas alınarak, genel listeden sıra usulüne göre yapılacaktır. Buna ek olarak fıkroda, uyuşmazlığın daha kısa sürede ve etkin bir biçimde çözümlenebilmesi amacıyla, uzmanlık alanı koşuluna uymak kaydıyla hakem atamasında coğrafi kriterlerle birlikte hakemin iş yükünün de dikkate alınacağı belirtilmiştir. STK uyuşmazlık konusu miktarın 15.000 TL ve üzerinde olduğu hâllerde en az biri hukukçu olmak kaydıyla, en az üç

⁴⁰ Danıştay 10. Dairesinin bu kararının tam metni ile yürütmesinin durdurulması istenen ve reddedilen diğer hükümlerle ilgili detaylı bilgi için bkz.

<http://www.ankarabarosu.org.tr/images/diger/63/DANISTAY10DAIRE2016-735.pdf>, Çevrimiçi 09.12.2016. Danıştay'ın yürütmenin durdurulması kararına karşı 2016/555 Esas No.lu dava ile itiraz edilmiş, ancak bu itiraz 25.10.2016 tarihli karar ile reddedilmiştir.

⁴¹ Oysa, Yönetmelik m. 15(6)'da, çözümlendirilemeyen başvuruların sigorta hakemine iletileceği değil, "gerekli görülen hâllerde" dosya ile birlikte derhal Komisyon merkezine iletileceği hükme bağlanmıştır. Büronun hangi hâllerde dosyanın Komisyon merkezine iletmesini gerekli göreceği hususu ise tartışmaya açıktır. Aynı yönde bkz. **Kale**, Serdar /**Tunç Yücel**, Müjgan, Sigortacılık Kanununda Tahkim, Halûk Konuralp Anısına Armağan, C. 1, Ankara 2009, 466. Kurt Konca'ya göre, gerek görülen hâllerden kasıt, bir sağlık sigortasına ilişkin uyuşmazlıkta olduğu gibi bir an evvel çözüme kavuşturulması lazım gelen, aciliyet arz eden uyuşmazlıklar olabilir, **Kurt Konca**, Nesibe, Sigorta Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, 1. Cilt, Ankara 2010, 1360; **Yeşilova Aras/ Yeşilova**, 315, dn. 73.

⁴² Ulaş, hakem seçiminin yalnızca Komisyon'a bırakılmış olmasının eleştiri konusu yapılabileceğini, Komisyon'ca belirlenen listelere dâhil olması koşuluyla uyuşmazlığın taraflarına da hakem seçim hakkı tanınmasının sistemin güvenilirliğini artırabileceğini düşünmektedir, **Ulaş**, 253. Kender ise, hakem seçiminin STK'ya bırakılmış olmasının düzenlemedeki en isabetli kural olduğunu, bu kural ile tarafsızlığın sağlanacağını belirtmektedir, **Kender**, Rayegân, 346.

sigorta hakeminden müteşekkil heyet oluşturmaya zorunludur; uyuşmazlık konusu bu miktarın altında olsa dahi işin niteliğine göre yine heyet teşekülüne karar verebilecektir.

HMK m. 440(1) uyarınca, taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa, hakemlerin ücreti, dava konusu alacağın miktarı, uyuşmazlığın niteliği ve tahkim yargılamasının süresi dikkate alınarak, hakem veya hakem kurulu ile taraflar arasında kararlaştırılacaktır. Taraflarla hakem veya hakem kurulu arasında ücretin belirlenmesi konusunda anlaşmaya varılamaz veya tahkim sözleşmesinde ücretin belirlenmesine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmazsa ya da taraflarca bu konuda yerleşmiş kurallara veya kurumsal tahkim kurallarına yollama yapılmamışsa, hakem veya hakem kurulunun ücreti, her yıl Adalet Bakanlığınca ilgili kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının görüşleri alınarak hazırlanan ücret tarifesine göre belirlenecektir.

Sigortacılıkta tahkimde ise, SK m. 30(18)'e göre, hakemlik ücreti, STK'ya başvuru ücreti ve üyeliğe katılma payı STK'nın görüşü alınarak Hazine Müsteşarlığınca belirlenir⁴³ ve hakem ücreti STK tarafından ödenir. Bu anlamda, HMK sisteminin aksine hakemlik ücretinin tayini tarafların iradelerine bırakılmamıştır⁴⁴. Sistemin gereksiz kullanımından kaçınılması amacıyla⁴⁵, başvuruda bulunacak sigorta ettirenler veya sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişilerden cüz'i bir ücret⁴⁶ alınmaktadır ve bu yolla tahkim sistemine teşvik sağlanmıştır. Ne var ki, 5 Ocak 2016 tari-

⁴³ Hakemlik ücretinin Müsteşarlıkça belirlenecek olması, bu hususun tamamen sigorta sözleşmesine ait bir konu olması ve ücretin de bu çalışmaya uygun olması gerektiği gerekçesiyle eleştirilmiştir, *Kender*, 346.

⁴⁴ Sigorta hakemlerine dosya başına ödenecek ücret, Hazine Müsteşarlığının 15.04.2013 tarihli yazısı ile asgari 275 TL (brüt), azami 1.000 TL (brüt) olarak; İtiraz Hakemlerine ödenecek dosya başı ücret ise Müsteşarlığın 25.04.2014 tarihli ve 13247 sayılı yazısı ile asgari 300 TL (brüt) azami 1.100 TL (brüt) olarak belirlenmiştir, 2015 Faaliyet Raporu, 11.

⁴⁵ SK Gerekçesi; Hazine Müsteşarlığı Basın Açıklaması, 4.

⁴⁶ Müsteşarlığın 05.01.2016 tarih ve 310.99/ E.341 sayılı düzenlemesi ile uyuşmazlık miktarına göre belirlenen ücretler şu şekildedir: uyuşmazlığa konu miktar 5000 TL'ye kadar ise 100 TL; 5001-10.000 TL arası ise 250 TL, 10.001-20.000 TL ise 350 TL ve 20.001 TL ve üzeri ise uyuşmazlık tutarının %1.5'i (en az 350 TL olmak üzere) kadar başvuru ücreti alınmaktadır,

http://www.sigortatahkim.org/index.php?option=com_content&view=article&id=67&Itemid=92, Çevrimiçi 09.12.2016. STK'ya güncel başvuru ücretleri 2015 Faaliyet Raporunda yer alan ücretlerden farklıdır, bkz. 2015 Faaliyet Raporu, s.20.

YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)

hinde Müsteşarlık, yaptığı yeni düzenleme ile uyuşmazlık tutarı 20.000 TL üzerinde olan uyuşmazlıklar için başvuru ücretini uyuşmazlık tutarının %1.5'i olarak belirlemiştir. Bu oranın çoğu ihtilafta adli yargıda ortaya çıkacak yargılama masraflarından birkaç kat daha yüksek bir tutara ulaşması muhtemeldir. Söz gelimi uyuşmazlık tutarı 500 bin TL olan bir durumda, ödenmesi gereken başvuru ücreti 7.500 TL olacaktır. Bu durum ise, SK'nın sigortacılık tahkim sistemini teşvik amacı ile bağdaşmamaktadır⁴⁷.

2. Hakemlerin Yasaklılığı ve Reddi

HMK m. 417'de hakemlerin ret sebepleri ve HMK m. 418'de hakemin reddi usulü detaylı olarak düzenlenmiştir. HMK m. 417(2)'ye göre, hakem, taraflarca kararlaştırılan niteliklere sahip olmadığı, taraflarca kararlaştırılan tahkim usulünde öngörülen bir ret sebebi mevcut bulunduğu veya tarafsızlığından şüphe edilmeyi haklı gösteren durum ve koşullar gerçekleştiği takdirde reddedilebilir. Taraflardan birisinin kendisinin atadığı veya atanmasına katıldığı hakemi reddetmesi ise, yalnızca hakemin atanma tarihinden sonra öğrenilen ret sebeplerine dayanılarak yapılabilir. HMK 418(2)'ye göre ise, hakemi reddetmek isteyen taraf, hakemin veya hakem kurulunun seçiminden ya da hakemin reddi talebinde bulunabileceği bir durumun ortaya çıktığını öğrendiği tarihten itibaren iki hafta içinde ret talebinde bulunabilir ve bu talebini karşı tarafa yazılı olarak bildirir.

Sigortacılıkta tahkimde ise, hakemlerin yasaklılığına ilişkin SK m. 30(19)'da yer alan düzenlemede, kimlerin sigorta hakemliği yapamayacağı ve bu sınırlandırmaların söz konusu kimselerin eş ve çocukları için de geçerli olduğu belirtildikten sonra, HUMK m. 28'in sigorta hakemleri hakkında da uygulanacağı düzenlenmiştir⁴⁸. Ayrıca Yönetmelik m. 18'de de hakemin uyuşmazlığa bakamayacağı hâller detaylı olarak düzenlenmiştir⁴⁹.

⁴⁷ Nitekim Ankara Barosu başvuru ücretlerine ilişkin bu düzenlemeye karşı Danıştay'da yürütmenin durdurulması istemli iptal davası açmıştır, detaylı bilgi ve dava dilekçesi için bkz. <http://eski.ankarabarusu.org.tr/Detay.aspx?SYF=10165>, Çevrimiçi 09.12.2016.

⁴⁸ Hâkimin yasaklılığı ile ilgili HUMK m. 28'e yapılan atfın, HMK m. 34'e yapılmış sayılması gerekir, *Budak*, Ali Cem, Sigortacılıkta Tahkim, Sigortacılık Kanunu'nun 30. Maddesi, HMK'nun Yürürlüğe Girmesi ve 6327 Sayılı Kanun Değişikliğinden Sonra Nasıl Yorumlanmalıdır? (Sigortacılıkta Tahkim), Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, 2013, C. 2, S. 2, 63.

⁴⁹ 2016 Yönetmeliği ile değişik Yönetmelik m. 18'e, HMK m. 34 ile uyumlu olarak, hakemin evlilik bağı kalkmış olsa bile üçüncü derece de dâhil kayın hısımlığı bulunanların

Hakemlerin reddine ilişkin olarak ise, SK m. 30(15)'te tarafların, HUMK'ta yer alan hâkimi ret nedenlerine dayanarak hakemi reddedebileceği, ret talebinin STK'ya durumun öğrenildiği tarihten itibaren en geç beş iş günü içinde bir dilekçeyle yapılacağı ve ret talebi üzerine STK müdürünün, iki tarafın görüşlerini dinledikten sonra bu konuda en geç beş iş günü içinde karar vereceği düzenlenmiştir. Yönetmelik m. 17'de ise hakemi ret nedenleri örneklendirici biçimde sayılmıştır. Ne var ki, Yönetmelik m. 17(1)'e göre, ret sebeplerinin varlığı hâlinde tarafların atanan hakem / hakemleri, atamayı öğrendikleri tarihten itibaren 15 gün içerisinde yazılı olarak reddedebileceği düzenlenmiştir. Yönetmelik'teki hakemi ret süresine ilişkin bu düzenleme açıkça SK m. 30(15)'te düzenlenen süreye aykırıdır. Kaldı ki, kanunda düzenleme olmasaydı dahi sürenin atamanın öğrenildiği tarihten değil, hakemi ret sebebinin öğrenilmesinden itibaren başlatılması gerekirdi. Zira hakemin reddini gerektirecek sebepler tahkim yargılaması sırasında ortaya çıkabileceği gibi, yargılama öncesinde meydana gelmiş sebeplerden tarafların sonradan haberdar olması da mümkündür. Kanun hükmüne aykırı bir yönetmelik maddesinin uygulanma kabiliyeti bulunmadığından, hakemi ret süresi, ret sebebinin öğrenildiği tarihten itibaren başlayacaktır ve beş gündür⁵⁰.

Üzerinde durulması gereken bir diğer husus, SK m. 30(15)'te HUMK'ta yer alan hâkimi ret nedenlerine yapılan atfın nereye yapılmış sayılacağıdır. Mülga HUMK m. 521'de hakemlerin reddi ile hâkimin reddi aynı hükümlere tabi tutulmuştu. HMK'da ise hâkimin reddi sebepleri HMK m. 36'da, hakemlerin reddi sebepleri, bu sefer ayrı olarak, HMK m. 417'de düzenlenmiştir. O hâlde, sigorta hakemlerinin reddinde de HMK m. 36'nın değil özel olarak düzenlenmiş bulunan HMK m. 417'nin uygulanması yerinde olacaktır⁵¹.

ve nişanlısının davasına da bakamayacağı eklenmiş, ayrıca hakemin yasaklığına ilişkin genel düzenleme yapılarak, hakemin söz konusu davada tarafsızlığını engelleyebilecek diğer hâllerde de uyuşmazlıklara bakamayacağı, talep olmasa bile "çekinmek" zorunda olduğu belirtilmiştir.

⁵⁰ **Kurt Konca**, 1354; **Budak**, Sigortacılıkta Tahkim, 63; **Yeşilova Aras/ Yeşilova**, 328.

⁵¹ **Budak**, Sigortacılıkta Tahkim, 64.
YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)

3. Hakemlerin Önünde Dava Ne Zaman Açılmış Sayılır?

Tahkim davası hakem belirlendikten veya hakem kurulu oluşturulduktan sonra ve hukuk mahkemelerinde olduğu gibi dava dilekçesi ile açılır⁵². Ancak, HMK m. 426(1)'e göre, hakemler mahkeme tarafından seçilecekse dava hakemlerin seçimi için mahkemeye başvuru tarihinde açılmış sayılır. Yine HMK m. 426(1) hükmünde belirtildiği üzere, hakemlerin taraflarca seçilmesi hâlinde ise, davacının hakemini seçip, diğer tarafa kendi hakemini seçmesini bildirdiği tarih davanın açıldığı tarihtir. Hakemlerin bir üçüncü kişi tarafından tayin edileceği hâlde dava, bu üçüncü kişi, kurum veya kuruluşa başvurulduğu tarihte açılmış sayılır. Hakemlerin tahkim sözleşmesinde ismen belirtildiği durumda ise uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi talebinin karşı tarafça alındığı tarihte dava açılmış sayılacaktır (HMK m. 426(1)). Görüldüğü üzere, HMK sisteminde dava açılması hakem heyetinin oluşturulmasından önceki bir tarih olarak saptanmıştır⁵³.

Sigortacılıkta tahkimde ise, SK m. 30(13) uyarınca sigortacılık yapan kuruluşla⁵⁴ uyuşmazlığa düşen kişinin STK'ya başvurabilmesi için öncelikle bu kuruluşa gerekli başvuruları yaptığı hâlde talebinin kısmen ya da tamamen olumsuz sonuçlandığını belgelemiş⁵⁵ olması gerekmektedir. Sigortacılık yapan kuruluşun, başvuru tarihinden itibaren 15 iş günü içinde yazılı olarak cevap vermemesi de STK'ya başvuru için yeterli görülmüştür. SK m. 30(14)'e göre ise, mahkemeye ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümleri uyarınca Tüketici Sorunları Hakem Heyeti'ne in-

⁵² *Kuru/ Arslan/ Yılmaz*, 788.

⁵³ *Öztek*, 226.

⁵⁴ 6327 sayılı Kanun'la değişik SK m. 30(1) düzenlemesine rağmen 13. fıkrada Hesap aleyhine açılacak davalar anılmamış, gereken eklemenin yapılması unutulmuştur. Bu sebeple, STK'ya gidilebilmesi için, “sigortacılık yapan kuruluşla uyuşmazlığa düşen kişinin, uyuşmazlığa konu teşkil eden olay ile ilgili olarak sigortacılık yapan kuruluşa gerekli başvuruları yapmış ve talebinin kısmen ya da tamamen olumsuz sonuçlandığını belgelemiş olması gerekmesi” kuralının Hesap aleyhine açılacak sigortacılıkta tahkim davalarında da uygulanması gerekir. *Budak*, Sigortacılıkta Tahkim, 61; *Özdamar*, Sigorta Hukukunda Tahkim, 847.

⁵⁵ Belge dendiği için STK, başvuru sırasında noter ihtarnamesi, iadeli taahhütlü posta veya kargo alındısı, sigorta kuruluşunun evrak kayıt tarihini gösteren suret gibi ispata yönelik belge aramaktadır, bkz.

http://www.sigortatahkim.org.tr/index.php?option=com_content&view=article&id=50&Itemid=75, Çevrimiçi 09.12.2016.

tikel etmiş uyuşmazlıklar ile ilgili olarak STK'ya başvuru yapılamaz⁵⁶. Başvurunun nerede yapılacağı, Yönetmelik'in 16. maddesinde, STK merkezi veya başvuru yapan kişinin ikametgâhının⁵⁷ bulunduğu veya rizikonun gerçekleştiği yerdeki büro olarak düzenlenmiştir⁵⁸. Davanın ne zaman açılmış sayılacağı hususuna ilişkin olarak ise ne SK'da ne de ikincil mevzuatta herhangi bir düzenleme bulunmaktadır. O hâlde, SK m. 30(23)'ün atfıyla, kıyasen uygulanması gereken kural " tarafların sözleşmesine göre hakem seçecek olan kişi, kurum veya kuruluşa başvurulduğu" tarihin davanın açıldığı tarih olarak kabul edilmesidir. Bu durumda, başvuru yapılan kurum STK; davanın açıldığı tarih de STK'ya başvuru tarihi olacaktır⁵⁹.

4. Tahkimde Duruşma

Hakemlerin yargılama usulü taraflarca tahkim sözleşmesinde tespit edilmişse, HMK m. 424(1) uyarınca tahkim yargılaması hakem/hakem heyeti tarafından, HMK m. 407-444 hükümleri göz önünde bulundurularak, uygun görülen şekilde yürütülecektir. Ancak, elbette, tespit edilecek bir yargılama usulü olacağı gibi, eşit işlem ilkesine uyulması, hukukî dinlenilme hakkının gözetilmesi⁶⁰ gibi temel hukuk ilkelerine de riayet edilecektir⁶¹.

Sigortacılıkta tahkimde ise, SK m. 30(15)'te tahkimde uygulanacak yargılama usulüne ilişkin birtakım düzenlemeler yer almaktadır. SK m. 30(15)'e göre, hakemler, sadece kendilerine verilen evrak üzerinden karar verecektir. SK m. 30(21)'de "...sigorta hakemlerinin çalışma usûl ve esasları, kararların ne şekilde düzenleneceği, Komisyona başvuru esasları ... gibi hususlar"ın yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiştir. Ne var ki, Yö-

⁵⁶ HMK hükümleri uyarınca tahkime gidilmiş olması da STK'ya başvuruya engeldir.

⁵⁷ Özetek'e göre bu sözcüğün 'yerleşim yeri' olarak değiştirilmesi gerekmektedir, *Özetek*, 227.

⁵⁸ Budak'a göre Yönetmelik hükmüne kanun hükmü gibi sonuç bağlamamak; hak arama özgürlüğünün korunması bakımından, yanlış yerdeki büroya yapılan başvurunun da geçerli sayılarak hatalı olarak seçilen büro tarafından yetkili büroya gönderilmesi gerekir, *Budak*, Sigortacılıkta Tahkim, 62; *Özdamar*, Sigorta Hukukunda Tahkim, 847.

⁵⁹ *Özetek*, 227; *Budak*, Sigortacılıkta Tahkim, 62. Karş. *Yeşilova Aras/ Yeşilova*, 335 vd.

⁶⁰HMK m. 423'te tarafların tahkim yargılamasında eşit hak ve yetkiye sahip oldukları, taraflara hukuki dinlenilme hakkının tanınacağı belirtilmiştir. Bu anlamda örneğin hakem, talebi üzerine davacıya beyanda bulunması için yirmi günlük süre vermişse; davalının talebini de aynı şekilde yirmi günlük süre vererek kabul etmelidir, *Yılmaz*, 1745.

⁶¹ *Kuru/ Arslan/ Yılmaz*, 789; *Pekcanitez / Atalay/ Özkes*, 424; *Yılmaz*, 1745-1746. *YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)*

netmelik'te sigorta tahkiminde hakemlerin uygulayacağı yargılama usulü hakkında hüküm sevk edilmemiştir⁶². Sınırlı da olsa, sigorta tahkiminde yargılama usulüne ilişkin birtakım düzenlemeler Sigorta Tahkim Usulü Ve Sigorta Hakemlerine İlişkin Tebliğ (Tebliğ No: 2009/1)⁶³ (mülga Tebliğ) ile getirilmişti⁶⁴. Söz konusu tebliğ yakın tarihte, kanaatimizce isabetli olarak, yürürlükten kaldırılmıştır⁶⁵. Sigortacılıkta tahkim usulüne ilişkin olarak, SK m. 30(15)'te yer alan “evrak üzerinden karar verme” kuralı, duruşma yapma yasağının varlığı şeklinde anlaşılmaya müsaittir.

Doktrinde çoğunluk görüşüne göre, hakemlerin sadece kendilerine verilen evrak üzerinden karar vermelerinden anlaşılması gereken, HMK m. 25'teki taraflarca getirilme ilkesinin vurgulanmış olması yani hakemlerin kendilerinin bizzat delil ikame edemeyecek olmalarıdır⁶⁶. Nitekim HMK m. 25'te, kanunda öngörülen istisnalar dışında, hâkimin, iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamayacağı ve onları hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamayacağı, kanunla belirtilen durumlar dışında, hâkimin, kendiliğinden delil toplayamayacağı hüküm

⁶² *Öztek*, 230; *Ulaş*, 255.

⁶³ RG. 21.01.2009, 27117.

⁶⁴ ‘Karar Süreci’ başlıklı mülga Tebliğ m. 7’de, hakemlerin kendilerine tevdi edilen evrak üzerinden karar vereceği, ilke olarak dosya üzerinden inceleme yapacağı ancak duruşma yapmalarına engel olmadığı, HMK’da delillere ilişkin sevk edilen hükümlerin uygulanacağı, hakemlerde açılmış bir davanın üçüncü kişilere ihbar edilebileceği ve üçüncü kişilerin de hakemlerde açılmış davaya müdahil olabileceği, hakemlerin ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararı veremeyeceği düzenlenmişti.

⁶⁵ Sigorta Tahkim Usulü ve Sigorta Hakemlerine İlişkin Tebliğ (Tebliğ No: 2009/1)’in Yürürlükten Kaldırılmasına İlişkin Tebliğ, RG. 19.01.2016, 29598. Mülga Tebliğ yürürlükte olduğu dönemde SK ve Yönetmelik’e aykırı düzenlemeler içerdiği gibi, kanunda yer almayan sınırlandırmalar da ihtiva etmekteydi (Örneğin bkz. Mülga Tebliğ m(7)(1)(ç)). Adsız düzenleyici işlemlerden olan tebliğ ile yönetmeliğe veya kanuna aykırı düzenleme yapılması veya orada bulunmayan sınırlama getirilmesi mümkün değildir. Ayrıca, SK’da belirtilen sair hususların yönetmelik ile düzenleneceği ifade edilmişken, tebliğ ile düzenlenmesi de norma ulaşma olasılığını azaltmakta ve hukuk güvenliğini zedelemekteydi. Adsız düzenleyici işlemlerden olan tebliğlerin normlar hiyerarşisinde yönetmeliklerin altında yer aldığına ilişkin görüş ve bu düzenleyici işlemlerin normlar hiyerarşisindeki yerini isabetli biçimde tespit eden Danıştay kararı için bkz. *Sevgili Gençay*, Fatma Didem, Adsız Düzenleyici İşlemlerin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri, AÜHFD, Cilt 63, Sayı 2, 2014, 415.

⁶⁶ *Ulaş*, 256; *Kale / Tunç Yücel*, 471; *Kurt Konca*, 1362; *Kabukçuoğlu Özer*, 512; *Budak*, Sigortacılıkta Tahkim, 65.

altına alınmıştır. Bu durumda, hakemler evrak üzerinde karar verecek, yani taraflarca getirilme ilkesine uyulacak, ancak gerekli hâllerde sigorta hakemleri de duruşma yapabilecektir.

Sigorta hakemlerinin duruşma yapıp yapamayacakları hususuna ilişkin diğer görüşe göre⁶⁷, SK m. 30(15)'in lafzı açıktır ve hakemler kendilerine verilen evrakı esas alarak karar verebilir, SK ve ikincil mevzuatta lahiyalar teatisinin takip edileceğine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Uygulama HMK m. 428 hükmüne uygun olarak tesis ve temin edilmiş olsa bile, fiili sonuç bu sefer uygulamanın kanuna aykırı olması sonucunu doğuracaktır.

Kanaatimizce, hakemlerin evrak üzerinden karar vermeleri gerektiği kuralı, hakemin kendisinin delil toplayamayacağı ve hâlihazırda toplanan deliller üzerinden karar vermesi gerektiğine vurgu yapmaktadır. HMK'da öngörülen tahkim sürelerine nazaran çok daha kısa süreler öngörülen sigortacılıkta tahkimde, ivedilik önem arz etmektedir. Gerek görülen hâllerde duruşma yapılması ise, adil yargılamanın tesisini ve hukukî dinlenilme hakkının teminini sağlamaktadır. Ne var ki, duruşma yapma zorunluluğu⁶⁸ bulunduğunu söylemek de sigortacılıkta tahkimde ivedilik ilkesi ile bağdaşmaz.

5. Tahkimde İhtiyati Tedbir

HMK m. 414(1)'e göre, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, tahkim yargılaması sırasında hakem veya hakem kurulu, taraflardan birinin talebi üzerine, bir ihtiyati tedbir kararı alabilir⁶⁹. Yine SK m. 30(23) hükmü gereği, yargılama usulüne ilişkin SK ve Yönetmelik'te herhangi bir düzenleme

⁶⁷ *Yeşilova Aras/ Yeşilova*, 342-344. Yazarlar görüşlerini gerekçelendirirken mülga Tebliğ'e de atıfta bulunmuşlardır. Bu gerekçelere dayanmak, bugün artık mümkün değildir.

⁶⁸ Karş. Hakemlerin uyuşmazlığın çözümü için yargılamayı, mahkemeler gibi tutanak düzenleyerek ve duruşmalı olarak yapmak zorunda olduğu ve bu hususun genel bir buyurucu kural bulunduğu Yargıtay'ca benimsendiği ve bu hususa aykırılığın bozma sebebi teşkil ettiğine ilişkin bkz. 11. H.D. 05.05.1994, E. 1993/6433, K. 1994/4604 (1994 Batider, C. XVII, S. 4, 162).

⁶⁹ Mülga Tebliğ m. 7(1)(ç)'de hakemlerin ihtiyati tedbir kararı veremeyecekleri söylenmiştir. Hakemlerin ihtiyati tedbir kararı veremeyecekleri hususu mülga HUMK m. 527'de de vardı. Kanaatimizce, mülga Tebliğ'in yürürlükte olduğu dönemde dahi, bu düzenlemenin tavsiiye niteliğinden öte herhangi bir hukuki bağlayıcılığı yoktu. Tebliğin normlar hiyerarşisindeki yeri ile ilgili açıklamalarımız için bkz. dn. 65. Aynı yönde bkz. *Budak*, Sigortacılıkta Tahkim, 65; *Yeşilova Aras/ Yeşilova*, 344. Karş. *Kurt Konca*, 1362. *YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)*

bulunmadığından, HMK hükümlerinin kıyasen uygulanması gerekmektedir. Böylece, HMK m. 414'teki düzenleme sigorta tahkiminde de geçerli olacak, tahkim yargılaması sırasında hakem / hakem kurulu ihtiyati tedbire karar verebilecektir. Ancak HMK m. 414(2)'ye göre, mahkeme talep üzerine alınan ihtiyati tedbir kararının icra edilebilirliğine karar verecektir. Bir diğer söylemle, hakem ihtiyati tedbir kararı verebilecektir; ancak hakemin vereceği ihtiyati tedbir kararının icra dairesince icra edilebilmesi için mahkemeden icra edilebilirlik kararı almak gerekmektedir⁷⁰.

6. Tahkimde Bilirkişi Atanması

Tahkim yargılaması sırasında bilirkişilik müessesesinden faydalanmanın mümkün olup olmadığı sigortacılıkta tahkim usulüne ilişkin bir diğer önemli husustur. 2016 Yönetmeliği ile Yönetmelik'in 16. maddesine eklenen 12. fıkrayla sigortacılıkta tahkimde bilirkişilik müessesesi düzenlenmiştir. Anılan düzenlemeye göre hakem, çözümü hukuk dışında özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verebilecektir. Sigorta alanında çok sık rastlanan hakem-bilirkişiler ile sigortacılıkta tahkim esnasında başvurulmuş bilirkişilik müessesesinin birbirine karıştırılmaması gerekir. Hakem-bilirkişi ile bilirkişi, bağımsız ve tarafsız olmaları gereği, bir rapor hazırlamaları, teknik ve özel bilgi gerektiren bir konuda bir vakıya veya işlem hakkında tespit yapmaları hususlarında birbirleriyle benzeşirler⁷¹. Ancak, hakem-bilirkişinin tespiti taraflar arasında münhasır delil niteliğinde iken, bilirkişi raporu sigorta hakemini bağlamaz. Bir diğer önemli fark, hakem-bilirkişiyi tarafların ataması, bilirkişiyi ise tarafların talebi üzerine veya kendiliğinden STK Müdürü tarafından hazırlanan listeden seçerek sigorta hakeminin / hakem heyetinin atamasıdır⁷².

⁷⁰ Umar, 1202. İcra edilebilirliğe karar verecek olan mahkeme, önce tahkim sözleşmesinin geçerli olup olmadığını inceler ve hakemin verdiği ihtiyati tedbir kararının Türk Hukuku'na göre icra edilebilir olduğunu görürse, hakem kararının icrasına hükmeder, *Yılmaz*, 1728.

⁷¹ *Yeşilirmak*, 34.

⁷² Hakem-bilirkişilik ve bilirkişilik kurumları arasındaki farklar ile ilgili detaylı bilgi için bkz. *Yeşilirmak*, 34-35 ve ona atıfla *Demirel*, Duygu, Hakem-Bilirkişi Sözleşmesi ve Uygulama Esasları, Terazi Hukuk Dergisi, 2014, S.93, 32.

Yönetmelik m. 16(12)'ye göre hakemler hakkındaki yasaklılık ve ret sebepleriyle ilgili kurallar, bilirkişiler⁷³ bakımından da uygulanacaktır. Bu kapsamda, hakem ve bilirkişi ile taraf ve bilirkişi arasındaki ilişki bakımından Yönetmelik m. 17 ve 18'in kıyasen uygulanacağı belirtilmiştir. Taraf ve bilirkişi arasındaki ilişki bakımından Yönetmelik m. 17 ve 18'in uygulanması isabetlidir ve HMK m. 272'de düzenlenen bilirkişinin görevini yapmaktan yasaklı olması ve reddi başlıklı hüküm⁷⁴ ile de uyumludur. Ne var ki, hakem ve bilirkişi arasındaki ilişki bakımından da bu kuralların uygulanmasının gerekçesi sorgulamaya açıktır. Bir örnekle açıklamak gerekirse, sigortalı malın hasar tespiti için düzenlemeye göre STK Müdürünün belirlediği listeden seçilen bilirkişinin, ilgili uyuşmazlıkta STK tarafından görevlendirilmiş hakem heyetindeki hakemlerden birinin 10 yıl evvel boşanmış olduğu eşinin amcası olması ihtimalinde de Yönetmelik m. 18 uyarınca bilirkişinin uyuşmazlığa bakmaması, talep olmasa bile çekilmesi gerekecektir.

Kanaatimizce burada korunması gerekli meşru bir hukuki menfaat bulunmamaktadır. SK m. 30(19)'a göre hakem tarafsız olmak zorundadır. Taraf ile bilirkişi arasındaki ilişki bakımından Yönetmelik m. 17 ve 18'in uygulanması yeterlidir; nitekim 2016 Yönetmeliği ile değişik m. 18(1)(ğ)'ye göre, bilirkişinin söz konusu davada tarafsızlığını engelleyebilecek diğer hâllerde de uyuşmazlıklara bakamayacağı ve talep olmasa bile "çekinmek" zorunda olduğu zaten düzenlenmiştir. Mevcut düzenleme, kanaatimizce sigorta tahkimi ile uyuşmazlıkların ivedilikle çözümlenmesi amacı ile de bağdaşmamaktadır.

7. Tahkim Süresi

Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça tahkim süresi HMK m. 427'ye göre *bir yıldır*⁷⁵. Bu bir yıllık sürenin başlangıcı, HMK m. 427(1) hükmünce,

⁷³ Yönetmelik'te ayrıca Müsteşarlığın belirleyeceği esaslar çerçevesinde STK Müdürünün her yıl hakemlerin başvuracakları bilirkişi listesini düzenleyeceği ve bilirkişilerin bu listelerden seçileceği belirtilmiştir. Bilirkişiye, sarf etmiş olduğu emek ve mesaiyle orantılı bir ücret ile varsa diğer giderleri ödenecektir. Bu konuda, Adalet Bakanlığı'na çıkarılan ve her yıl güncellenen tarifenin asliye ticaret mahkemelerinde görülecek işler için uygulanacak kısmı esas alınır.

⁷⁴ HMK m. 272(1)'e göre, hâkimler hakkındaki yasaklılık ve ret sebepleriyle ilgili kurallar, bilirkişiler hakkında da uygulanır.

⁷⁵ Mülga HUMK m. 529'da tahkim süresi altı ay olarak belirlenmişti.
YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)

bir hakemin görevli olduğu davalarda hakemin seçildiği tarih; birden çok hakemin görev yapacağı davalarda ise hakem kurulunun ilk toplantı tutanağının düzenlendiği tarihtir. Bu bir yıllık sürenin tarafların anlaşmasıyla veya anlaşamamaları hâlinde taraflardan birinin başvurusu üzerine mahkemece uzatılması mümkündür (HMK m. 427(2)). Ayrıca, tahkim hükümlerine göre mahkemenin görev alanına giren dava ve işlerde ve hakem tarafından bakılan davalarda, adlî tatil hükümleri uygulanmaz (HMK m. 103(1)(g)). Hakemlerin tahkim süresi geçtikten sonra yaptıkları işlemler ve verdikleri kararlar batıldır. Bu hâlde tarafların artık, aralarındaki uyuşmazlığın çözülmesi için mahkemeye başvurmaları gerekmektedir⁷⁶.

Sigortacılıkta tahkimde ise, SK m. 30(16)'ya göre tahkim süresi dört aydır. Bu süre ise hakem / hakemlerin STK tarafından görevlendirilmesi ile başlar. "Görevlendirme" den anlaşılması gereken hakem / hakemlere tebliğ tarihidir⁷⁷. Yine bu dört aylık sürenin tarafların anlaşmalarıyla uzatılması mümkündür. Ancak, sigortacılıkta tahkimde bu sefer HMK'dan farklı olarak 'açık ve yazılı muvafakat' şartı aranmıştır⁷⁸ ve kanunun amir hükmünden anlaşılacağı üzere⁷⁹ bu uzatmanın muhakkak dört aylık süre dolmadan yapılması gerekmektedir⁸⁰. Söz konusu dört aylık sürenin dolmasından sonra verilecek karar veya yapılacak işlem yine batıl olacaktır. Sürenin dolmasından sonra artık uyuşmazlığın görevli ve yetkili mahkemece halledilmesi gerekir.

Dört aylık tahkim süresi içerisinde, süre uzatımına ilişkin uyuşma sağlanamaması hâlinde, taraflardan yalnızca birinin süre uzatım talebinde bulunup bulunamayacağı hususunda Sigortacılık Kanunu ya da Yönetmelik'te herhangi bir yer verilmemiştir. HMK m. 427(2)'de ise, tahkim süresinin, tarafların anlaşamamaları hâlinde taraflardan birinin başvurusu üzerine mahkemece uzatılabileceği düzenlenmiştir. Bu bağlamda, sigortacılıkta tahkimde de HMK'nın ilgili hükmünün kıyasen uygulanarak taraflardan yalnızca birinin de mahkemedeki süre uzatım talebinde bulunabileceğinin

⁷⁶ Özbek, 237.

⁷⁷ Ulaş, 257.

⁷⁸ Mülga HUMK m. 529'da da "sarih ve tahriri muvafakat" aranmıştır.

⁷⁹ Zira SK m. 30(16) herhangi bir yoruma yer vermeyecek şekilde aynen şu şekilde kaleme alınmıştır: "Hakemler, görevlendirildikleri tarihten itibaren en geç dört ay içinde karar vermeye mecburdur. Aksi halde, uyuşmazlık yetkili mahkemece halledilir...".

⁸⁰ Aynı yönde bkz. Özbek, 238.

kabulü gerekir⁸¹. Ne var ki, hükümet gerekçesinde de belirtildiği üzere⁸², süre uzatım talebini değerlendiren mahkemenin tahkimdeki sürati mümkün mertebe etkilemeyecek şekilde, taraflardan birinin sürenin geçirilmesi amacını güden kötü niyetli yaklaşımlarını özenle dikkate alarak karar vermesi gerekir.

Kanaatimizce, sigortacılıkta tahkim sisteminin kuruluş amacıyla da uyumlu olarak tahkim süresinin dört ay olarak belirlenmesi isabetli olmuştur. Zira, böylece sigortacılık kuruluşu ile uyumsuzluğa düşen tarafın, tahkimin hızlı bir çözüm yöntemi olması sağlanarak sigorta himayesine kısmen / tamamen kavuşamaması nedeniyle oluşan mağduriyetinin de bir anlamda önüne geçilmiş olacaktır.

D. TAHKİM YARGILAMASININ SONA ERMESİ VE HAKEM KARARI

‘Tahkim yargılamasının sona ermesi’ başlıklı HMK m. 435 hükmü aynen şu şekildedir:

“(1) Tahkim yargılaması, nihai hakem kararının verilmesi veya aşağıdaki hâllerden birinin gerçekleşmesi ile sona erer:

a) Davalının itirazı üzerine hakem veya hakem kurulunun uyuşmazlığın kesin olarak çözümünde davalının hukuki yararı bulunduğunu kabul etmesi hâli hariç, davacı davasını geri alırsa.

b) Taraflar, yargılamanın sona erdirilmesi konusunda anlaşılırsa.

c) Hakem veya hakem kurulu, başka bir sebeple yargılamanın sürdürülmesini gereksiz veya imkânsız bulursa.

ç) 427 nci maddenin ikinci fıkrası uyarınca tahkim süresinin uzatılmasına ilişkin talep mahkemece reddedilirse.

d) Taraflarca kararın oybirliğiyle verilmesinin öngörülmesine rağmen, hakem kurulu oybirliğiyle karar veremezse.

e) 442 nci maddenin ikinci fıkrası uyarınca yargılama giderleri için avans yatırılmazsa.

(2) 437 nci madde hükmü saklı kalmak üzere, hakem veya hakem kurulunun yetkisi, yargılamanın sona ermesiyle ortadan kalkar.”

HMK m. 433(1)’e göre, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça

⁸¹ Aynı yönde bkz. *Kale / Tunç Yücel*, 469, *Kurt Konca*, 1362; *Yeşilova Aras/ Yeşilova*, 348-349.

⁸² *Budak*, 592.

hakemlerin, kararlarını oy çokluğu ile vermeleri mümkündür. Hakem kararında bulunması gereken asgari hususlar ile kararın şekline ilişkin bilgiler, HMK m. 436'da düzenlenmiştir. Anılan hükme göre, hakem kararında, kararı veren hakem veya hakem kurulu üyelerinin ad ve soyadları, tarafların ve varsa temsilcileri ile vekillerinin ad ve soyadları, unvanları ve adresleri, kararın dayandığı hukuki sebepler ile gerekçesi, bir sıra numarası altında açık ve kesin bir biçimde taraflara yüklenen hak ve borçlar ile yargılama giderleri, karara karşı iptal davası açılabileceği ve süresi, tahkim yeri ve kararın tarihi ile kararı veren hakem veya hakem kurulu üyelerinin tamamı veya çoğunluğunun imzaları ve karara eklenmiş ise karşı oy (muhalefet şerhi) yazısı gösterilir.

Sigortacılıkta tahkim sistemine gelince, SK m. 30(21)'de kararların ne şekilde düzenleneceğinin yönetmelikle belirleneceği ifade edilmesine karşın Yönetmelik'te bu hususa ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktadır⁸³. Yalnızca, 2016 Yönetmeliği ile değişik Yönetmelik m. 16(11)'e göre, STK Müdürüne, Müsteşarlığın uygun görüşü ile ilgili mevzuata uygun olarak yargılamanın işleyişi ile hakem kararlarının şekil yönünden içeriğine ilişkin bilişim temelli usuller getirme yetkisi verilmiştir. O hâlde, hakemler kararlarını şekil, içerik ve saklanması bakımından SK m. 30(23) uyarınca, HMK m. 436'ya göre vermelidirler⁸⁴.

HMK m. 436(3)'e göre, hakem veya hakem heyeti başkanı kararını taraflara bildirir; ayrıca kararın aslı, dosya ile birlikte mahkemeye gönderilir ve bu da mahkemece saklanır. Ancak, Kanun'da, mülga HUMK'ta olduğu gibi, hakem kararının mahkemeye gönderilmesi için bir süre tayin edilmemiştir. Bu bakımdan kanunun lafzından hakem kararının tahkim süresi içinde mahkemeye gönderilmesi gerektiği gibi bir anlam çıkmamaktadır. Ne var ki, doktrinde, tahkim süresi geçtikten sonra karar veren hakemlerin, kararlarına tahkim süresi içinde kalan bir tarih yazıp bunu mahkemeye göndermeleri olasılığının bulunduğu; bu sebeple hakemlerin ka-

⁸³ Mülga Tebliğ'in 'Kararın Şekli' başlıklı 8. maddesinde ise, hakem kararında uyuşmazlığın neden ibaret olduğu, maddî ve hukukî gerekçe ile davanın esası ve yargılama giderlerinin yer almak zorunda olduğu belirtilmişti. Şekil bakımından ise, STK tarafından belirlenen ve Hazine Müsteşarlığı tarafından uygun görülen formatın izleneceği ifade edilmişti.

⁸⁴ Aynı yönde bkz. *Kabukçuoğlu Özer*, 514.

rarlarını mahkemeye tahkim süresi içerisinde göndermelerinin daha doğru olacağı savunulmaktadır⁸⁵.

Sigortacılıkta tahkimde, hakemin kararını STK Müdürüne tevdi edeceği düzenlenmiştir. HMK'dan farklı olarak burada, 6327 sayılı Kanun ile değişik SK m. 30(16), son cümleye göre STK Müdürü kendisine tevdi edilen kararın *en geç üç iş günü içerisinde* taraflara bildirir; ayrıca kararın aslı dosya ile birlikte STK'nın bulunduğu yerdeki görevli mahkemeye gönderilir ve mahkemece saklanır. Buradaki üç günlük süre düzenleyicidir; bu süreye uyulmaması hakem kararının sıhhatini etkilemez, olsa olsa gecikme nedeniyle oluşan zararın STK Müdüründen talebine veya Müdür hakkında disiplin soruşturmasına yol açar⁸⁶. Dolayısıyla, kanun hükmünün yukarıdaki gibi kötüye kullanımı mümkün olmadığından söz konusu üç günlük sürenin dört aylık tahkim süresine dâhil olmadığı sonucuna varılması isabetli olacaktır.

“Bilgilendirme” başlıklı 2016 Yönetmeliği ile değişik Yönetmelik m. 19(3) uyarınca, hakemler tarafından verilen bütün kararlar ilgililerin erişimine açık bir veri tabanında STK tarafından yayımlanacaktır. Söz konusu kararlar, STK'nın internet sitesinde⁸⁷ üç aylık dönemlerle çıkarılan Hakem Karar Dergisi'nde yayınlanmaktadır.

E. HAKEM KARARINA KARŞI KANUN YOLLARI

Mülga HUMK'tan farklı olarak HMK ile getirilen önemli bir değişiklik, HMK m. 439(4)'e göre, hakem kararlarının icra edilebilmesi için kesinleşmesinin gerekmemesi ve kararların verildiği anda icra edilebilir olmasıdır⁸⁸. Kararın icrasının durdurulmasını sağlamak, ancak taraflardan birinin talebi üzerine, hükmolunan para veya eşyanın değerini karşılayacak bir teminat gösterilmesi şartı ile mümkündür. Ayrıca, hakem kararı maddi anlamda *kesin hüküm* teşkil etmekle birlikte; aynı taraflar arasında, aynı konuda ve aynı sebeple açılan yeni bir davada *kesin delil* hükmündedir.

HMK ile tahkime ilişkin getirilen yeniliklerden belki de en kapsamlısı, hakem kararlarına karşı başvuru yolunun yalnızca iptal davası oluşudur. Söz konusu iptal davası ise, tahkim yerindeki mahkemede açılacak;

⁸⁵ Öztekin, 240.

⁸⁶ Öztekin, 240.

⁸⁷ www.sigortatahkim.org, Çevrimiçi 09.12.2016.

⁸⁸ Kuru/ Arslan/ Yılmaz, 792.

YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)

öncelikle ve ivedilikle görülecektir (HMK m. 439(1), 2. cümle). Oysa, mülga HUMK m. 533 uyarınca, hakem kararlarına karşı, doğrudan doğruya temyiz yoluna başvurulurdu⁸⁹. HMK m. 439(2)'de, hakem kararlarına karşı iptal davasının hangi hâllerde açılabileceği, tahdidi olarak (sınırlı sayıda) sayılmıştır. Anılan hükme göre hakem kararı:

*tahkim sözleşmesinin taraflarından birinin ehliyetsiz ya da tahkim sözleşmesinin geçersiz olduğu;

*hakem veya hakem kurulunun seçiminde, sözleşmede belirlenen veya HMK m. 407-444'te öngörülen usule uyulmadığı;

*kararın, tahkim süresi içinde verilmediği; hakem veya hakem kurulunun, hukuka aykırı olarak yetkili veya yetkisiz olduğuna karar verdiği;

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

*tahkim yargılamasının, usul açısından sözleşmede veya bu yönde bir sözleşme bulunmaması hâlinde, HMK m. 407-444'te yer alan hükümlere uygun olarak yürütülmediği ve bu durumun kararın esasına etkili olduğu; yargılamada tarafların eşitliği ilkesi ve hukukî dinlenilme hakkına riayet edilmediği;

*hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk Hukuku'na göre tahkime elverişli olmadığı veyahut kararın kamu düzenine aykırı olduğunun

tespit edildiği hâllerde iptal edilebilecektir. Ayrıca söz konusu iptal davasının hakem kararının veya tavzih, düzeltme ya da tamamlama kararının taraflara bildirildiği tarihten itibaren *bir ay* içerisinde açılması gerekmektedir (HMK m. 439(4)). Yukarıda açıkladığımız üzere, hakem kararlarının icra edilebilmesi için kesinleşmesi gerekmediğinden, iptal davasının açılması kararın icrasını durdurmaz. Ancak, taraflardan birinin talebi üzerine hükmolunan para veya eşyanın değerini karşılayacak bir teminat gösterilmesi şartı ile kararın icrası durdurulabilir (HMK m. 439(4), son cümle). HMK m. 439(6)'ya göre, iptal davası hakkında verilen kararlara karşı temyiz yoluna başvurulabilecektir. Temyiz incelemesi, yukarıda belirtilen iptal sebepleriyle sınırlı olarak, öncelikle ve ivedilikle karara bağlanır ve yine temyiz de kararın icrasını durdurmaz.

⁸⁹ *Kuru/ Arslan/ Yılmaz*, 792'deki dn. 16.

Sigortacılıkta tahkimde ise, 6327 sayılı Kanun ve 6456 sayılı Kanun ile değişik SK m. 30(12)'ye göre, 5.000 TL'nin altındaki uyuşmazlıklar hakkında verilen hakem kararları kesindir. 5.000 TL ve daha üzerindeki uyuşmazlıklar hakkında verilen hakem kararlarına karşı kararın STK tarafından ilgiliye bildiriminden itibaren on gün içinde bir defaya mahsus olmak üzere Komisyon nezdinde itiraz edilebilir. İtiraz üzerine hakem kararının icrası durur. 5.000 TL ve daha üzerindeki uyuşmazlıklar hakkında verilen hakem kararları bu madde uyarınca süresinde itiraz başvurusunda bulunulmaması hâlinde kesinleşir. Bu uyuşmazlıklar hakkında bu madde uyarınca yapılan itiraz üzerine verilen karar kesindir. 40.000 TL⁹⁰'nin üzerindeki uyuşmazlıklar hakkında itiraz üzerine verilen kararlar için temyize⁹¹ gidilebilir. Ancak, tahkim süresinin sona ermesinden sonra karar verilmiş olması, talep edilmemiş bir şey hakkında karar verilmiş olması, hakemlerin yetkileri dâhilinde olmayan konularda karar vermesi ve hakemlerin, tarafların iddiaları hakkında karar vermemesi durumlarında her hâlükârda temyiz yolu açıktır. Temyize ilişkin usûl ve esaslar hakkında HUMK'un uygulanacağı belirtilmiştir.

Yukarıda açıkladığımız üzere, sigortacılıkta tahkimde kanun koyucu itiraz ve temyiz olmak üzere iki basamaklı kanun yolu sistemi öngörmüştür. Uyuşmazlık konusu 5.000 TL'ye kadar ise verilen hakem kararına karşı itiraz veya temyiz başvurusu mümkün değildir. Fakat burada dikkat edilmesi gereken husus şudur:

⁹⁰ Bu rakam Sigortacılık Kanunu Tasarısı'nda 60.000 TL idi, Sigortacılık Kanunu Tasarısı (1/1218), 26.05.2006, TC Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü, sayı B.02.0.KKG.0.10./101-644/2712, 34. 6456 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik öncesinde taraflar arasında açık ve yazılı şekilde yapılacak olan sözleşme ile yalnızca daha yüksek bir tutar için belirleme yapılabilmesi mümkündü. Yani taraflar açık ve yazılı olarak temyiz sınırını söz gelimi 50.000 TL olarak belirleyebilmekteydi ve fakat tarafların bu sınırı 39.900 TL'ye dahi indirmeleri ya da bu uyuşmazlıkta verilen kararların kendileri bakımından kesin olmadığını ve temyize gidilebileceğini kararlaştırmaları ise, kanunun amir hükmü gereği mümkün değildi. Kanun yolundan feragat anlamına gelen bu tip bir sözleşmenin ancak hakem kararı verildikten sonra yapılmasının mümkün olduğuna ilişkin bkz. *Budak*, Sigortacılıkta Tahkim, 68. 6456 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle sözleşmeyle daha yüksek oranda temyiz sınırı belirlenebilmesi olanağı kaldırıldığından, kanaatimizce artık bu sınırı açık ve yazılı anlaşma ile artırabilmek mümkün değildir.

⁹¹ Aşağıda, 'Temyiz' başlığı altında açıklayacağımız üzere, HMK sisteminin yeniliği ile paralel olarak bu hükmü 'temyize gidilebilir' olarak değil 'iptal davası açılabilir' olarak anlamak gerekip gerekmediği hususu tartışmalıdır.

- Tahkim süresinin sona ermesinden sonra karar verilmesi;
- Talep edilmemiş bir şey hakkında karar verilmesi;
- Hakemlerin yetkileri dışındaki konularda karar vermesi ve
- Hakemlerin tarafların iddiaları hakkında karar vermemeleri duru-
munda temyiz yolu yine açık olacaktır.

Uyuşmazlık konusu 5.000 TL üzerinde ise, bu sefer de hakem kara-
rına karşı STK nezdinde tek sefere mahsus itiraz edilebilecek, burada da
yalnızca bahsi geçen 4 hâlin varlığında yine temyiz mümkün olacaktır.
40.000 TL'nin üzerindeki uyuşmazlıklar bakımından ise itiraz üzerine ve-
rilen hakem kararları için temyize gitmek mümkündür.

Kanun sistematigi bakımından oldukça karmaşık olan SK m. 30(12)
hükmünü, bu hususta verilmiş güncel Yargıtay kararlarını da değerlendiri-
mek suretiyle aşağıda “İtiraz” ve “Tahkim” olmak üzere iki başlık altında
inceleyeceğiz.

1. İtiraz

Sigortacılıkta tahkimde, hakem kararlarına karşı STK nezdinde itiraz
imkânı 6456 sayılı Kanun değişikliği ile getirilmiştir. Bu değişiklik önce-
sinde 40.000 TL'nin altındaki kararlar bakımından hakem kararlarına karşı
kanun yolu kapalı idi. İstisna teşkil eden tek husus, 6327 sayılı Kanun ile
değişik SK m. 30(12)'de belirtilen, Mülga HUMK m. 533'ün⁹² Türkçe
kökenli karşılıklarıyla sadeleştirilmesi suretiyle tekrarından ibaret olan
dört hâlde temyiz yolunun açık oluşuydu.

6456 sayılı Kanun m. 60(ç) uyarınca, hakem kararlarına karşı itiraz
müessesesini düzenleyen hüküm, Kanun'un yayımı tarihinden 6 ay sonra,
18.10.2013 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Böylece 5.000 TL ve üzerindeki
uyuşmazlıklara ilişkin verilen hakem kararlarına karşı bu tarihten sonra
itiraz yoluna gitmek mümkün hâle gelmiştir. 5.000 TL altında kalan uyuş-
mazlıklar bakımından ise yalnızca tahkim süresinin sona ermesinden sonra
karar verilmesi, talep edilmemiş bir şey hakkında karar verilmesi, hakem-

⁹² Mülga HUMK m. 533 şu şekildedir: “Hakemlerin kararı ancak aşağıdaki hâllerde
temyizen nakz olunur: 1 – Tahkim müddetinin inkızasından sonra karar verilmiş olması, 2
– Talep edilmemiş bir şey hakkında karar verilmesi, 3 – Hakemlerin salahiyetleri dahilinde
olmayan meseleye karar vermeleri, 4 – Hakemlerin, iki tarafın iddialarından her biri
hakkında karar vermemeleri, karar son üç sebepten birine binaen temyizen nakzedilirse
hakemler ve müddet yeniden intihap ve tayin olunur”.

lerin yetkileri dışındaki konularda karar vermesi ve hakemlerin tarafların iddiaları hakkında karar vermemeleri durumunda temyiz yolu ile denetim mümkündür.

Doktrinde, kanun koyucunun 5.000 TL altında kalan uyuşmazlıklar bakımından kanun yolunu kesin olarak kapattığı; kanun metnindeki “her halükârda” vurgusuyla kastedilenin kanun yolu imkânının kendisinin değil, temyiz sebeplerinin olduğu, her iki taraf için de kesin olan bir kararın bahsi geçen dört hâlde dahi temyiz denetimine tabi tutulamayacağı; aksi yorumun lafzen ve sistematik açıdan mümkün olmadığı savunulmuştur⁹³.

Kanaatimizce bu görüşe katılmak mümkün değildir. Öncelikle kanun koyucu 6327 sayılı Kanun değişikliği ile, herhangi bir parasal ayırım gözetmeksizin, bu değişiklik öncesi eleştirilen, 40.000 TL altındaki kararlara ilişkin hakem kararlarının denetimsiz kalması durumunu nispeten ortadan kaldırmıştır. Buna ilaveten, 6456 sayılı Kanun ile birlikte, bir de itiraz yolu öngörülmüş; kanun sistematığı açısından ise bahsi geçen dört hâlde temyiz yolunun “her halükârda” açık olduğu düzenlemesine SK m. 30(12) hükümünün en son cümlesi olarak yer verilmiştir. Bu durumda, 5.000 TL’ye kadar olan uyuşmazlığın kesinliği, 5.000 TL ve 40.000 TL arasındaki uyuşmazlıklar bakımından itiraz yolunun mevcut bulunduğu ve 40.000 TL üzerindeki uyuşmazlıklar bakımından temyize gidilebileceği belirtildikten sonra, bahsi geçen dört hâlde temyiz yolunun “her halükârda” açık olduğunun ifade edilmesi ile 5.000 TL altında kalan uyuşmazlıkların söz konusu denetime açık olduğundan kuşku duyulmaması gerekir.

Nitekim Yargıtay da yeni tarihli bir kararında⁹⁴, SK m. 30 uyarınca sigortalıya STK’ya başvuru imkânı sağlayan hakkın, sigortalının şahsına özgü bir hak olduğu ve bu hakkın temlik yoluyla devrinin mümkün olmadığı; her ne kadar uyuşmazlık konusu 5.000 TL’den düşük de olsa, aslında kendisine devri mümkün olmayan STK’ya başvuru hakkının, başvurabile-

⁹³ *Yeşilova Aras/ Yeşilova*, 355-356 ve 365. Karş. *Özdamar*, Sigorta Hukukunda Tahkim, 851.

⁹⁴ 11. H.D. 25.01.2016, E. 2016/58, K. 2016/693 [Yayınlanmamış Yargıtay Kararı]. Yargıtay, 6327 sayılı Kanun sonrası ve fakat 6456 sayılı Kanun öncesi döneme ilişkin verdiği bir başka kararda da, 40.000 TL altındaki alacak ile ilgili davaya konu uyuşmazlıkta hakem kararının temyizen incelenmesini gerektirir SK m. 30(12)’de anılan dört hâlden herhangi birinin bulunmaması sebebiyle temyiz isteminin miktar itibarıyla reddine karar vermiştir, 11. H.D. 13.05.2013, E. 2012/14737, K. 2013/9729 [Yayınlanmamış Yargıtay Kararı].

cek kişiler arasında bulunmayan davacı tarafından kullanılması sonucu, kanunda sayılan hâllerden, hakemin görev ve yetkisi dâhilinde bulunmayan bir hususta karar vermesi durumunun olduğu gerekçesiyle verilen kararın her halükârda temyiz edilebileceğine karar vermiştir. Uyuşmazlığın Sigorta Tahkim Komisyonu'nun görev ve yetkisi dâhilinde olmayan bir husustan kaynaklandığı gözetilerek başvurunun reddine karar verilmesi gerekirken, işin esasına girilerek karar verilmesi SK m. 30(12) anlamında, uyuşmazlık konusu 5.000 TL'nin altında bulursa dahi temyiz sebebi olarak görülmüştür.

İtirazın yapılacağı mercii Sigorta Tahkim Komisyonudur. İtirazda bulunma şartları ise SK m. 30(12)'ye ve 28717 sayılı Yönetmelik ile değişik "İtiraz hakem heyetleri, heyete başvuru ve atama" başlıklı Yönetmelik m. 16/A'ya göre, süresi içerisinde *başvuru formu ile*⁹⁵ başvuru yapılması ve yeniden başvuru ücreti⁹⁶ yatırılmasıdır. Yönetmelik m. 16/A'ya göre, itirazın süresi içinde usulüne uygun yapıp yapılmadığı, itiraz yetkilisince⁹⁷ incelenecektir. Yapılan incelemede, itirazın değerlendirmeye alınmayacağı anlaşılırsa durum ilgiliye bildirilecek ve yatırılan ücretin yüzde doksanı iade edilecektir.

İtiraz süresi SK'da hakem kararının STK tarafından ilgiliye bildiriminden itibaren 10 gündür⁹⁸. Bu süre içerisinde itirazda bulunulmazsa hakem kararı kesinleşir. Bu durumda artık uyuşmazlık konusu miktar 40.000

⁹⁵ STK uygulamasında ıslak imzalı başvuru formu aranmaktadır, http://www.sigortatahkim.org.tr/index.php?option=com_content&view=article&id=300&Itemid=223, Çevrimiçi 09.12.2016.

⁹⁶ Uyuşmazlık miktarına göre belirlenen başvuru ücretleri için bkz. dn. 46.

⁹⁷ Doktrinde bu düzenleme, itiraz yetkililerinin tıpkı rapörtörler gibi kanunla dahi düzenlenmemiş kimi yargısal yetkileri kullanmasının sakıncalı olduğu, itiraz başvurusunun yalnızca süre yönünden reddinin dahi yargısal bir karar olması sebebiyle yargılama makamları dışında idarenin hak arama özgürlüğüne bu yönde müdahale etmesinin doğru görülemeyeceği gerekçesi ile eleştirilmiştir, *Yeşilova Aras/ Yeşilova*, 367.

⁹⁸ STK uygulamasında 10 günlük sürenin hesaplanması bakımından hakem kararının ilgili tarafa bildirim tarihi ve itiraz tarihinin belirlenmesinde PTT kayıtları esas alınmaktadır. Bunun dışındaki yollarla yapılan itirazlarda (kargo, kurye, şahsen vb.) itirazın süresi içinde STK'ya ulaşması itiraz edenin sorumluluğunda tutulmuştur, http://www.sigortatahkim.org.tr/index.php?option=com_content&view=article&id=297&Itemid=212, Çevrimiçi 09.12.2016.

TL'nin üzerinde olsa dahi temyize gitmek mümkün olmayacaktır⁹⁹. Kanunun emredici düzenlemesi gereği, tek sefere mahsus olmak üzere itiraz yoluna başvurulabilir. Usulüne uygun yapılan itirazın en önemli sonucu ise hakem kararının icrasını durdurmasıdır.

Hakem teşekkülünden farklı olarak SK'da açıkça "... *itiraz talepleri ... hakem heyetlerince incelenir*" hükmü sevk edildiğinden, 15.000 TL'lik sınır gözetilmeksizin burada itiraz hakem heyeti teşekkülü zorunlu tutulmuştur. İtiraz hakem heyetinde görev alacak hakemlerde aranacak deneyim süresi ise hakem heyetlerinde görev alan hakemlere nazaran daha uzundur¹⁰⁰.

İtiraz hakem heyetinin çalışma süresi SK m. 30(12)'ye göre iki ay olarak belirlenmiştir. İki aylık süre, işin heyete intikalinden itibaren işlemeye başlar. SK m. 30(16)'ya göre hakem heyetlerine tanınan dört aylık süre, burada iki aya indirilmiştir. İtiraz aşamasında uyulması gereken yargılama usulüne ilişkin olarak SK veya Yönetmelik'te herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, elbette burada da tespit edilen bir yargılama usulü olacağı gibi, eşit işlem ilkesine uyulması, hukuki dinlenilme hakkının gözetilmesi gibi temel hukuk ilkelerine de riayet edilecektir¹⁰¹. İtiraz hakem heyetinin yaptığı yargılama kanun yolu teşkil ettiğinden kanaatimizce itiraza ilişkin yargılama sırasında usulî müktesep haklara¹⁰² da riayet edilerek karar verilmesi gerekmektedir.

28717 sayılı Yönetmelik ile değişik Yönetmelik m. 16/B hükmüne göre, itiraz hakem heyeti kararını STK Müdürü'ne tevdi edecektir. STK Müdürü ise en geç üç iş günü içerisinde kararı taraflara bildirmek zorundadır. Ayrıca, itiraz hakem heyeti kararı, STK'nın bulunduğu yerdeki görevli mahkemeye gönderilir ve mahkemece saklanır.

⁹⁹ Aynı yönde bkz. *Yeşilova Aras/ Yeşilova*, 365. Yargıtay da bir kararında, hakem heyeti kararının taraflara tebliğinden sonra süresi içerisinde itirazda bulunulmadığı gerekçesiyle, uyuşmazlık konusu miktar 40.000 TL'yi geçtiği halde, temyiz isteminin reddine karar vermiştir, 11. H.D. 21.10.2014, E. 2013/18360, K. 2014/16118 [Yayınlanmamış Yargıtay Kararı].

¹⁰⁰ Bkz. "Hakemlerin Seçimi" başlığı altındaki açıklamalarımız.

¹⁰¹ *Kuru/ Arslan/ Yılmaz*, 789; *Pekcanitez / Atalay/ Özokes*, 424.

¹⁰² Ne mülga HUMK'ta ne de HMK'da usulî müktesep haklara ilişkin açık bir kanun hükmü bulunmamaktadır. Usulî müktesep hakkı tarif eden 09.05.1960 tarihli ve 21/9 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ve açıklamalar için bkz. *Kuru/ Arslan/ Yılmaz*, 629 vd. *YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)*

2. Temyiz

HMK'nın yürürlüğe girmesinden sonra sigortacılıkta tahkime ilişkin en büyük tartışma 40.000 TL üzerindeki uyuşmazlıklar bakımından hakem kararına karşı kanun yolunun HMK'daki gibi iptal davası olarak değişmiş sayılıp sayılmayacağı hususunda yaşanmıştır. HMK m. 439'a göre hakem kararlarına karşı sadece iptal davası açılabilen; iptal davası hakkında verilen kararlara karşı temyiz yoluna başvurulabilmekte, fakat temyiz kararın icrasını durdurmamaktadır.

Bir görüşe göre¹⁰³, HMK m. 447(2) gereği mevzuatta yürürlükten kaldırılan HUMK'a yapılan yollamalar HMK'ya yapılmış sayıldığından, SK m. 30(12)'de HUMK'un temyize ilişkin hükümlerine yapılan yollamanın da HMK'nın temyize ilişkin hükümlerine yapılmış sayılması gerekecektir. Ancak böyle bir varsayım anlamsız olacaktır, zira artık HMK'da hakem kararlarına karşı temyiz yolu öngörülmemiştir. Ayrıca, yürürlükten kalkan kanun hükümlerine başka bir kanunda yapılmış olan atfın, yürürlükten kalkan kanun hükümlerini tekrar yürürlüğe sokmuş olduğu da varsayılmaz. Bu sebeplerle HUMK'un hakem kararlarının temyizine ilişkin hükümlerine yapılan atfın, hakem kararının iptali hakkındaki HMK m. 438 hükmüne yapılmış sayılması gerektiği savunulmaktadır.

Diğer görüşe göre¹⁰⁴ ise, SK m. 30(12)'de mülga HUMK'a genel atıf yapılmayıp, açık şekilde temyizden bahsedilmiştir. Ayrıca, 6327 sayılı Kanun değişikliği ile HUMK m. 533 hükmü aynen madde metnine geçirilerek temyiz kurumu yönündeki irade açıkça ortaya konmuştur. Sigorta tahkim yargılaması sonucunda verilen kararlara karşı kanun yolunun temyiz olduğuna ilişkin bir diğer gerekçe ise, 6327 sayılı Kanun ile değişikliğin yapıldığı tarihin HMK'nın yürürlüğe girdiği tarihten dokuz ay sonra olmasıdır. Bu bakımdan da kanun koyucunun sigorta tahkiminde kanun yolu olarak temyiz usulünü muhafaza etmek istediğinin açık olduğu, sigorta tahkim yönteminin düzenlenmesinin temel amaçlarından birisi de yargı-

¹⁰³ *Budak*, Sigortacılıkta Tahkim, 67-68. Eserin 6456 sayılı Kanun değişikliği öncesinde kaleme alındığına vurgu yapmakta fayda vardır.

¹⁰⁴ *Kabukçuoğlu Özer*, 499-500. Yeşilova Aras / Yeşilova da sigortacılıkta tahkimdeki hakem kararlarına karşı iptal davası açılabileceğini değil, doğrudan temyize gidilebileceğini düşünmektedir, *Yeşilova Aras/ Yeşilova*, 363.

lama sürecini hızlandırmak olduğundan kanun koyucunun iptal davası yoluna gidilmesini arzu etmediği ifade edilmiştir¹⁰⁵.

Kanaatimizce de, sigorta tahkim yargılaması sonucunda itiraz üzerine verilen karara karşı gidilebilecek yok, uyuşmazlığın hükümde belirtilen miktarı aşması koşuluyla temyizdir. Özellikle 6456 sayılı Kanun değişikliği sonrası kanun koyucu bu yöndeki iradesini bir kez daha “kırk bin Türk Lirasının üzerindeki uyuşmazlıklar hakkında itiraz üzerine verilen kararlar için temyize gidilebilir” diyerek ortaya koymuştur¹⁰⁶. Nitekim Yargıtay da birçok kararında, sigorta tahkiminde hakem kararlarına karşı öncelikle itiraz ve sonrasında temyiz yoluna gidilebileceğini, iptal davası açılmasının mümkün olmadığını açıkça belirtmiştir¹⁰⁷.

İtiraz üzerine verilen karara karşı temyize başvurulduğunda, bu sefer temyize ilişkin usul ve esaslar hakkında hangi hükümlerin uygulanacağı da tartışılması gereken bir başka sorundur. 6456 sayılı Kanun değişikliği ile SK m. 30(12)’deki “*Temyize ilişkin usul ve esaslar hakkında Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu uygulanır.*” ibaresi kaldırılmıştır. HMK Geçici m. 3’e göre ise, “*Bölge adliye mahkemelerinin, 26/9/2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanununun geçici 2 nci maddesi uyarınca Resmi Gazetede ilan edilecek göreve başlama tarihine kadar, 1086 sayılı Kanunun temyize ilişkin yürürlükteki hükümlerinin uygulanmasına devam olunur.*”. Hükümde bahsedilen ilan Resmi Gazete’de¹⁰⁸ yapılmış,

¹⁰⁵ **Özdamar**, Sigorta Hukukunda Tahkim, 850-851.

¹⁰⁶ Kaldı ki, yargılama sürecini hızlandırmak gayesinde olan sigorta tahkim sisteminde, 6456 sayılı Kanun değişikliği sonrasında hakem kararına karşı önce itiraz yoluna başvurulacağı, itiraz üzerine verilen karara karşı iptal davası açılacağı ve iptal davası üzerine verilen karara karşı da temyiz yoluna gidileceği şeklinde uzun bir sürecin öngörüldüğü kanunun ruhuna da aykırı bir yorum olurdu.

¹⁰⁷ 11. H.D. 08.01.2014, E. 2013/17981, K. 2014/236 [Yayınlanmamış Yargıtay Kararı]; 11. H.D. 29.04.2014, E. 2014/4951, K. 2014/8036 [Yayınlanmamış Yargıtay Kararı]; 11. H.D. 02.07.2014, E. 2014/3916, K. 2014/12748 [Yayınlanmamış Yargıtay Kararı]; 11. H.D. 02.02.2015, E. 2014/19164, K. 2015/1056 [Yayınlanmamış Yargıtay Kararı]; 11. H.D. 11.01.2016, E. 2015/14279, K. 2016/94 [Yayınlanmamış Yargıtay Kararı]. Yargıtay 17. H.D. de HMK m. 439(1)’de hakem kararına karşı yalnızca iptal davası açılabilmesine dair düzenleme mevcutsa da sigorta sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların çözümlenmesine yönelik olarak sigorta tahkim sistemi ile ilgili usul ve esasları düzenleyen özel kanun niteliğindeki SK’nın uygulama önceliği olduğuna karar vermiştir, 17. H.D. 25.02.2013, E. 2013/1181, K. 2013/2272 (Kazancı Bilişim – İtihat Bilgi Bankası).

¹⁰⁸ RG. 07.11.2015, 29525.

Bölge Adliye Mahkemeleri 20 Temmuz 2016'da göreve başlamıştır. O hâlde, HMK Geçici m. 3'ü uygulamak mümkün olmadığından, temyize ilişkin uygulanacak hükümler HMK m. 361 vd. hükümleridir. Ancak dikkat edilmesi gereken husus HMK Geçici m. 3(2)'ye göre, Bölge Adliye Mahkemelerinin göreve başlama tarihinden önce verilen kararlar hakkında, kesinleşinceye kadar 1086 sayılı Kanunun 26/9/2004 tarihli ve 5236 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten önceki 427 ilâ 454 üncü madde hükümlerinin uygulanmasına devam olunacaktır.

6327 sayılı Kanun ile değişik SK m. 30(12) uyarınca, uyuşmazlık tutarına bakılmaksızın; tahkim süresinin sona ermesinden sonra karar verilmesi, talep edilmemiş bir şey hakkında karar verilmesi, hakemlerin yetkileri dışındaki konularda karar vermesi ve hakemlerin tarafların iddiaları hakkında karar vermemesi durumunda temyiz yolu ile denetimin mümkün olduğunu yukarıda belirtmiştik. 40.000 TL'nin altındaki uyuşmazlıklar bakımından ise, bunlar dışında bir sebeple temyiz yoluna başvurmak mümkün değildir. Doktrinde bu düzenleme, özellikle 6327 ve 6456 sayılı Kanun değişiklikleri öncesi dönemde, 40.000 TL eşliğinin çok yüksek oluşu bakımından hak arama özgürlüğünün sınırlanması olarak nitelendirilmiş ve hükmün Anayasa'ya aykırılık iddiasına konu olabileceği savunulmuştur¹⁰⁹.

Anayasada hükmünü bulan hak arama özgürlüğü, kanun yollarına başvurma hakkını da içerir. Diğer taraftan, temyiz edilebilirlik bakımından miktar sınırının varlığı anayasaya aykırı bulunmamıştır¹¹⁰. Ne var ki, Anayasa Mahkemesi'nin kararında¹¹¹ bahsi geçen temyiz edilebilirlik bakı-

¹⁰⁹ *Öztek*, 242; *Ulaş*, 266; *Kale / Tunç Yücel*, 474; *Kurt Konca*, 1364; *Budak*, Sigortacılıkta Tahkim, 68; *Yeşilova Aras/ Yeşilova*, 360-361.

¹¹⁰ *Yeşilova Aras/ Yeşilova*, 360, dn. 149.

¹¹¹ AYMK 20.01.1986, E. 1985/23, K. 1986/2, RG. 16.04.1986, 19080, 18-28. Anayasa Mahkemesi'nde açılan davada [mülga] HUMK m. 427'de öngörülen temyiz edilebilirlik açısından miktar sınırlamasının anayasaya aykırılığı iddia edilmişse de, Mahkeme özetle itiraz konusu kuralla, davaların süratlendirilmesi ve Yargıtay'ın yükünün bir ölçüde azaltılmasının amaçlandığı; getirilen sınırlamanın kamu yararına yönelik bulunduğu; Anayasa'da bütün mahkeme kararlarının bir ayırım gözetilmeksizin üst mahkeme denetiminden geçmesini zorunlu kılan bir hükmün mevcut bulunmadığı gerekçeleriyle iptal talebini *oyçokluğu* ile reddetmiştir. Karşı oy yazılarında ise özetle, yabancı ülkelerdeki sınırlamaların, ara mahkemelerin kararlarının temyizi aşamasında uygulandığı, ilk derece mahkemesinin kararlarının denetiminin mutlak olduğu; temyizden bir yasa yolu olduğu, söz konu-

mından, o günkü asgari ücretin Mahkeme'nin deyimiyle “*brüt iki buçuk, net üç katına ulaşan*” miktar sınırlaması bugün yine mevcut ve fakat 6763 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Kanun (6763 sayılı Kanun) m. 42 ile değişik HMK m. 362'ye (Mülga HUMK m. 427) göre 40.000 TL'dir¹¹²¹¹³. Ayrıca, HMK m. 362'de öngörülen temyize ilişkin parasal sınırlama 01.01.2017 yılından itibaren 41.530 TL olacaktır¹¹⁴. Söz konusu Anayasa Mahkemesi kararında bahsi geçen

su hükmüyle hak arama özgürlüğünün sınırlandırıldığı, bu düzenleme ile adaletten beklenen hızın gerçekleşmeyeceği gibi, Yargıtay'ın yükünün de hafiflemediği, içtihat mahkemesi olma niteliği yanında, olağan bir kanun yolu mercii gibi, adeta İstinaf Mahkemesi olarak işlevini sürdüren Yargıtay'da iş yükünün olağanüstü boyutlara ulaşmasının bu nedenle doğal sayılması gerektiği, mali ve ekonomik açıdan önemi yadsınamayacak olan, miktar veya değeri itibarıyla asgari ücretin brüt iki buçuk, net üç katına ulaşan, bu bakımdan, toplumun, geliri ve satın alma gücü son derece düşük büyük bir kesimi için hayati değer taşıyan talep ve uyuşmazlıklarla ilgili davalara ve bu tür davaların maddi imkânları yetersiz ve malen güçsüz taraflarına gereğince önem verilmeyerek, öteki davalar yönünden açık tutulan temiz yolunun bunlara kapatılmasının haklı görülemeyeceği, hak arama özgürlüğünün bir parçası olan yasa yolunun göreceli ölçülerle kapatılmayacağı, Yargıtay'ın yükünü hafifletmek için ona başvurunun önlenmesinin, mahkemelerin yükünü azaltmak için kimi davaların açılmamasını kurallaştırmakla bir olduğu; Yargıtay denetiminin karar birliğini sağladığı; hukuk devleti ve sosyal devlet ilkeleriyle, hukukun egemenliği ve hak arama özgürlüğüyle çelişen kuralın uygulanmasının mümkün olmaması gerektiği vurgulanmıştır.

¹¹² RG. 02.12.2016, 29906. Ayrıca, 6763 sayılı Torba Yasa'nın 4. ve 5. maddeleriyle, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 364. maddesinin birinci fıkrasında yer alan 10.000 TL'lik temyiz sınırı 40.000 TL'ye; 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 8. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan 5.000 TL'lik temyiz sınırı da 40.000 TL'ye çıkarılmıştır.

¹¹³ HMK m. 362'de öngörülen 25.000 TL'lik temyize ilişkin miktar sınırlaması, çalışmamızı teslim etmek üzereyken 6763 sayılı Torba Yasa ile 40.000 TL'ye çıkarılmıştır. SK'daki 40.000 TL'lik sınırlamanın en azından HMK m. 362 ile uyumlu olarak 25.000 TL'ye indirilmesinin isabetli olacağı şeklindeki yorumlarımızı değiştirmiş olmakla birlikte konuya ilişkin vardığımız sonuç değişmemiştir.

¹¹⁴ 6763 sayılı Torba Yasa ile HMK'ya eklenen “Parasal sınırların artırılması” başlıklı Ek Madde 1 şu şekildedir: “*EK MADDE 1- (1) 200 üncü, 201 inci, 341 inci, 362 nci ve 369 uncu maddelerdeki parasal sınırlar her takvim yılı başından geçerli olmak üzere, önceki yılda uygulanan parasal sınırların; o yıl için 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298 inci maddesi hükümleri uyarınca Maliye Bakanlığınca her yıl tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında artırılması suretiyle uygulanır. Bu şekilde belirlenen sınırların on Türk lirasını aşmayan kısımları dikkate alınmaz. (2) 200 üncü ve 201 inci maddelerdeki parasal sınırların uygulanmasında hukuki işlemin yapıldığı, 341 inci, 362 nci ve 369 uncu maddelerdeki parasal sınırların uygulanmasında hükmün verildiği tarihteki miktar esas alınır.*”. Bu hüküm uyarınca, HMK m. 362'de öngörülen temyizi YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)

meblağ ve bu meblağın asgari ücrete oranı ile kıyaslandığında, 40.000 TL'lik sınırın hak arama özgürlüğünün özüne dokunur¹¹⁵ nitelikte olduğu savunulabilir. Anayasa m. 36'da düzenlenen hak arama hürriyeti sınırlan-
dırılırken, Anayasa m. 13'e muhakkak uyulması gerekmektedir. Ayrıca, söz konusu Anayasa Mahkemesi kararında sık sık vurgu yapılan İstinaf Mahkemeleri'nin işler olmaması sebebiyle Yargıtay'ın aşırı iş yükü altında oluşu durumunun, İstinaf Mahkemeleri'nin göreve başlaması sonrası aynı ölçüde olmayacağı aşikârdır. Kaldı ki, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden bir diğerini teşkil eden arabuluculuk¹¹⁶ kurumunun ülkemizde de yaygın olarak uygulanmasına geçilmesiyle birlikte, mahkemelerin iş yükünde bir miktar daha azalma olacaktır.

Sigortacılık Kanunu'nda, SK'nın yürürlüğe girdiği 2007 tarihinden beri öngörülen temyize ilişkin miktar sınırlamasının bu denli yüksek tutulması, HMK sistemi ve bu sistem içerisinde dahi yukarıda açıklanan sınırlamaları burada da geçerli olmak üzere, bir tarafa bırakılacak olursa, daha da vahim sonuçlar doğurabilecek niteliktedir. Bir kere, içtihat mahkemesi niteliğindeki Yargıtay'ın denetimi uygulama birliği açısından önem arz etmektedir. Ayrıca, sigortacılıkta tahkimde, HMK anlamında tahkimden farklı olarak hakem kararlarına karşı iptal davası açılabilmesi imkânının bulunmadığı, mahkeme denetiminin yalnızca Yargıtay mertebesinde ger-

ze ilişkin parasal sınır, yeniden değerlendirme oranı 2017 yılı için % 3,83 olarak belirlendiğinden, 01.01.2017 tarihinden itibaren 41.530 TL olacaktır.

¹¹⁵ Hakkın özüne dokunan sınırlandırmalar, bir hakkın kullanılmasını “açıkça yasaklayıcı veya örtülü bir şekilde yapılamaz hâle koyucu veya ciddi surette güçleştirici ve amacına ulaşmasını önleyici ve etkisini ortadan kaldıracı nitelik”teki kanuni sınırlandırmalardır, AYMK 04.01.1963, E. 1962/208, K. 1963/1 (Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, S.1, 74).

¹¹⁶ 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu RG. 22.06.2012, 28331'de yayınlanmış ve bugün de yürürlüktedir. Kanunda yer alan “Tanımlar” başlıklı m. 2(1)(b)'ye göre, arabuluculuk, sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Diğer tanımlar ve konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz. **Kekeç**, Elif Kısmet, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Asamalar ve Taktikler, 2. Baskı, Ankara 2014, 23 vd.; **Taşpolat Tuğsavrul**, Melis, Türk Hukukunda Arabuluculuk, 6325 sayılı Hukuku Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde, Ankara 2012, 26 vd.

çekleşebileceği de göz önünde bulundurulmalıdır. Son olarak vurgulanması gereken bir diğer husus, sigorta tahkim sistemine başvuracak olanların sigorta ettiren veya sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişiler olduğu; bu kişilerin ise çoğu ihtimalde aynı zamanda tüketici sıfatını haiz oldukları ve sigorta tahkimine çoğunlukla 40.000 TL altında kalan uyuşmazlıklar için başvurulduğudur¹¹⁷.

Her ne kadar 6456 sayılı Kanun değişikliği ile 5.000 TL üzerindeki uyuşmazlıklar bakımından itiraz müessesesini çalıştırmak mümkünse de kanaatimizce, 40.000 TL'lik temyiz eşiği oldukça yüksektir ve pek çok kararın mahkeme denetiminden geçmeden kesinleşmesi sonucunu doğuracaktır¹¹⁸.

Yanıtlanması gereken önemli bir diğer soru ise, temyiz edilebilirlik açısından miktar sınırlamasının neye göre hesaplanacağıdır. 6456 sayılı Kanun değişikliği öncesinde SK m. 30(12)'de 40.000 TL üzerindeki *kararlar* için temyize gidilebileceği kararlaştırılmıştı. Bu sebeple temyize esas teşkil eden miktarın, tahkime gidilen miktar değil hakemin kararındaki miktar olduğu; kısmi kabul ya da kısmi ret durumunda ise, reddedilen ya da kabul edilen kısmın 40.000 TL'nin üzerinde olması hâlinde temyize gidilebileceği savunuluyordu¹¹⁹. Diğer tarafta, HMK sisteminde bu belirlenimin kararlar hâleldar olan menfaatin tutarının, yazılı sınırı geçip geçmediğine bakılarak belirlendiğini (HMK m. 341(4) ve 362(2)), hükmedilen karardaki miktara göre temyiz edilebilirliğin belirlenmesinin yargısal temel haklara müdahale ettiğinin düşünülebileceği görüşü bulunmaktaydı¹²⁰.

¹¹⁷ Uyuşmazlık miktarı bazında dağılıma bakıldığında, başvuruların 2014 yılında % 61'ini 5.000 TL'nin altındaki uyuşmazlıklar oluştururken, 2015 yılında 5.000 TL'nin altındaki uyuşmazlıkların oranı % 66 olarak gerçekleşmiştir. 5.000 ila 15.000 TL arasındaki uyuşmazlıkların oranı bir önceki yıla göre yaklaşık 10 puan yükselerek % 20 olmuştur. 2014 yılında, 15.000 ila 40.000 TL aralığındaki başvuruların oranı % 9 iken bu oran 2015 yılında % 6 olarak gerçekleşmiş, 40.000 TL ve üzerindeki uyuşmazlıkların oranı da bir önceki yıla göre 12 puan düşerek **% 8** olarak gerçekleşmiştir, 2015 Faaliyet Raporu, 19.

¹¹⁸ Aynı yönde bkz. *Yeşilova Aras/ Yeşilova*, 360. Yüksek miktardaki temyiz sınırının neden olduğu bir diğer ağır yargısal temel hak ihlalinin, hakemin reddi talebi üzerine yaşanacağı; zira hakemin reddi talebi hakkında verilen Müdürlük kararının ancak ve en erken nihai hakem kararına karşı başvuru kanun yolu sırasında denetlenebileceği hususundaki isabetli tespitleri için bkz. *Yeşilova Aras/ Yeşilova*, 360, dn. 154.

¹¹⁹ *Kabukçuoğlu Özer*, 514.

¹²⁰ *Yeşilova Aras/ Yeşilova*, 362. Yazarlar durumu 200 bin TL'lik bir alacak davasında hakemlerce 40 bin TL'ye hükmedilmesi durumunda, davacının bu kararla hâleldar olan *YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)*

6456 sayılı Kanun değişikliği sonrasında, bu tartışmalar geçerliliğini yitirmiş, 40.000 TL üzerindeki *uyuşmazlıklar* hakkında itiraz üzerine verilen kararlar için temyize gidilebileceği düzenlenmiştir. Doktrinde bu husus, HMK sistemine yine uyum sağlanmadığı; önem arz eden hususun uyuşmazlığın tutarının da değil, kararda geçen ve talebin kabul edilmeyen bölümünün belli bir miktarı geçip geçmediğinin olduğu; uyuşmazlığın tutarının 40.000 TL'yi geçmekle beraber alacağının neredeyse tamamına hükmedildiği durumda davacının temyiz yoluna başvurmasında acil ve güncel bir menfaati bulunmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir¹²¹. Kanaatimizce, 6456 sayılı Kanun değişikliği sonrasında da olağandışı sayılabilecek derecede yüksek olarak muhafaza edilmiş 40.000 TL'lik temyiz sınırının en azından yargılamaya konu edilen uyuşmazlığa göre belirlenecek şekilde düzenlenmesi isabetlidir.

Temyiz sonrası karar düzeltmenin mümkün olup olmadığı sorusunu ise ikili ayırım yaparak yanıtlamak gerekmektedir. Bölge adliye mahkemelerinin göreve başlama tarihi olan 20 Temmuz 2016'dan önce verilen kararlar hakkında (bu kararlar kesinleşmemişse) HMK Geçici m. 3(2) uyarınca mülga HUMK m. 427 ilâ 454 uygulanacaktır. HUMK m. 440(III)(4) uyarınca hakemlerin verdiği hükümlerin ve HUMK'un tahkim hükümlerine göre mahkemece verilecek kararların onanmasına veya bozulmasına ilişkin kararlara karşı karar düzeltme yolu kapalıdır. 20 Temmuz 2016'dan sonra verilen kararlar hakkında ise HMK m. 361 vd. hükümleri uygulanacak olup, HMK'da karar düzeltme kanun yolu bulunmadığından, yine karar düzeltme yolu kapalı olacaktır. Diğer bir söylemle, her iki hâlde de sonuç değişmeyecek¹²², yalnızca tarih saptamasına göre atıfta bulunulacak kanun hükmü değişecektir. Yargıtay da kararlarında açıkça HMK Geçici m. 3(2) delaletiyle mülga HUMK m.440(III)(4) uyarınca hakem kararlarına ilişkin temyiz sonrası karar düzeltme yolunun kapalı olduğunu belirtmiştir¹²³.

menfaati 160 bin TL olduğu hâlde, karar 40 bin TL'yi aşmadığından bu kararı temyiz etme olanağı olmayacağı örneği ile somutlaştırmaktadır.

¹²¹ *Yeşilova Aras/ Yeşilova*, 364.

¹²² Aynı yönde bkz. *Yeşilova Aras/ Yeşilova*, 363.

¹²³ 11. H.D. 26.02.2015, E. 2015/1355, K. 2015/2602 [Yayınlanmamış Yargıtay Kararı]; 11. H.D. 01.04.2015, E. 2014/17025, K. 2015/4496 [Yayınlanmamış Yargıtay Kararı]; *YUHFD Vol. XIII No. 2 (2016)*

F. SONUÇ

Yukarıda açıklandığı üzere, Sigortacılık Kanunu ile birlikte hukuk sistemimize giren sigortacılıkta tahkim, özellikle tarafların uyuşmazlıklarının çözümlenmesinin hızlanmasında, yargılama giderlerinin nispeten azalmasında önemli bir rol oynamıştır. Nitekim uyuşmazlık başvurularını 2009 yılının ikinci yarısından itibaren kabul etmeye başlayan STK, bugüne kadar 46 binin üzerinde başvuru kabul etmiş, bunlardan yalnızca 2015 yılında 15.612 uyuşmazlık sigorta hakemlerince karara bağlanmıştır. Dikkat çekilmesi gereken en önemli veri ise, 2015 yılı itibariyle verilen hakem kararlarında ortalama çözüm süresinin 64 gün oluşudur¹²⁴. Bu da gösteriyor ki, sigortacılıkta tahkim müessesesi ile amaç edilen uyuşmazlıkların hızlıca çözümü yolunda önemli oranda yol kat edilmiştir.

SK'nın tahkime ilişkin 30. maddesinin lafzından ve ruhundan anlaşıldığı üzere medeni usul hukukumuzdaki tahkim müessesesi ile paralel ve fakat kendine özgü kuralları olan bir düzenleme ihdas edilmiştir. Ne var ki, HUMK'un ilga edilmesi ile birlikte ortaya içinden çıkılması pek de kolay olmayan bir durum çıkmıştır. 6327 sayılı Kanun ve 6456 sayılı Kanun ile SK'da birtakım değişiklikler yapılmıştır. İlgili kanun değişikliklerinin gerekçesinde de belirtildiği üzere, HMK çerçevesinde yeniden değerlendirme amacı güdülmüşse de, her ikisi de HMK'nın yürürlük tarihi olan 1 Ekim 2011'den sonra çıkarılan kanunlardaki HUMK'a yapılan atıfların HMK olarak değiştirilmemesi ve SK m. 30(23)'teki ve maddenin diğer fıkralarındaki HUMK'a yapılan atıfların muhafaza edilmesi yerinde olmamıştır.

Son hali ile yirmi dört fıkradan oluşan SK m. 30'un kanun yapma sistematiği bakımından karmaşıklığı bir tarafa, yeni sayılabilecek bir tarihte yürürlüğe giren SK ve buna bağlı Yönetmelik ikişer kere değiştirilmiş, sigorta tahkimine ilişkin çıkarılan tebliğ ise yürürlükten kaldırılmıştır. 2016 Yönetmeliği ile değiştirilen Yönetmelik hükümlerinin bir kısmının yürütmesi ise hukuka aykırılığı sebebiyle Danıştay tarafından durdurulmuştur. Bu denli kısa süre içerisinde sigorta tahkimi sistemine ilişkin oldukça köklü değişikliklerin yaşanması hukuk güvenliğinin tesisi açısından sorun teşkil edebilecek niteliktedir.

11. H.D. 03.04.2015, E. 2014/15814, K. 2015/4667 [Yayınlanmamış Yargıtay Kararı];
11. H.D. 10.12.2015, E. 2015/6519, K. 2015/13325 [Yayınlanmamış Yargıtay Kararı].

¹²⁴ 2015 Faaliyet Raporu, 19.

YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)

6456 sayılı Kanun değişikliği ile SK m. 30(12)'ye 5.000 TL'nin üzerindeki uyuşmazlıklar hakkında verilen kararlar bakımından STK bünyesinde itiraz imkânı getirilmiştir. Bu kanun değişikliği öncesi dönem ile mukayese edildiğinde, istisnai dört hal bir tarafa bırakılacak olursa, 40.000 TL'nin altındaki hakem kararların denetimsiz kalması durumu iyileştirilmiştir; hem temyiz sınırının yargılamaya konu edilen uyuşmazlığa göre belirleneceği düzenlemesi getirilmiş, hem de STK bünyesinde oluşturulacak itiraz hakem heyetiyle bir denetim imkânı sağlanmıştır. Olumlu olarak değerlendirilmesi gereken bu değişikliklerin yanı sıra, 40.000 TL gibi oldukça yüksek olarak öngörülen temyiz sınırı SK'nın son halinde de muhafaza edilmiştir.

İstinaf Mahkemelerinin göreve başlamasıyla temyiz ve içtihat mahkemesi niteliğindeki Yargıtay'ın iş yükünde yaşanacak azalma da göz önünde bulundurulduğunda, hak arama özgürlüğünün özüne dokunur nitelikte yüksek olarak öngörülen bu sınırlamanın en azından indirilmesi isabetli olacaktır. Sigorta tahkimine başvuran kişilerin çoğu zaman tüketici sıfatını da haiz oldukları; sisteme çoğunlukla 40.000 TL altında kalan uyuşmazlıklar için başvurulduğu, yalnızca 2015 yılında 40.000 TL altındaki uyuşmazlıklar için başvuru oranının % 92 olduğu; sigortacılıkta tahkimde, HMK sisteminde olduğu gibi hakem kararlarına karşı iptal davası açmanın mümkün olmadığı, bu sebeple mahkeme denetiminin yalnızca Yargıtay mertebesinde gerçekleşebileceği gözden uzak tutulmamalıdır. Bu gerekçelerle, sigortacılıkta tahkimde miktara ilişkin öngörülen söz konusu temyiz sınırının en azından indirilmesinin isabetli olacağı kanaatindeyiz.

KISALTMALAR

AÜHFD: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

AYMK: Anayasa Mahkemesi Kararı

Batider: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi

Birlik: Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği

Bkz.: Bakınız

C.: Cilt

dn.: dipnot

E.: Esas

H.D.: Hukuk Dairesi

HMK: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu

HUMK: 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu

K: Karar

karş.: karşılaştırınız

m.: madde

MİHDER: Medeni Usul ve İcra – İflas Hukuku Dergisi

Müsteşarlık: Hazine Müsteşarlığı

RG.: Resmi Gazete

S.: Sayı

SK: 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu

STK: Sigorta Tahkim Komisyonu

vb.: ve benzeri

vd.: ve devamı

Yönetmelik: Sigortacılıkta Tahkime İlişkin Yönetmelik

2016 Yönetmeliği: Sigortacılıkta Tahkime İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

KAYNAKÇA

Adalet Bakanlığı: HMK Tasarısı'nda İç Tahkim (m. 411-448) Paneli (BTHAE 2007).

Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, S.1, 1974.

Budak, Ali Cem: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, İsviçre Medeni Usul Kanunu ve Alman Medeni Usul Kanunu ile Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, 7. Bası, Ankara 2014.

Budak, Ali Cem: Sigortacılıkta Tahkim, Sigortacılık Kanunu'nun 30. Maddesi, Hmk'nun Yürürlüğe Girmesi Ve 6327 Sayılı Kanun Değişikliğinden Sonra Nasıl Yorumlanmalıdır?, Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi (Sigortacılıkta Tahkim), 2013, C. 2, S. 2, s.53-69.

Demirel, Duygu: Hakem-Bilirkişi Sözleşmesi ve Uygulama Esasları, Terazi Hukuk Dergisi, 2014, S.93, 24-42.

Deren Yıldırım, Nevhis: Hakem Bilirkişi Sözleşmesinin Hukuki Mahiyeti ve Delillerin Serbestçe Değerlendirilmesi İlkesinin Vazgeçilmezliği, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1991-1994, C. LIV, S. 1-4, 321-330.

Ercan, İsmail: Medeni Usul Hukuku, 6100 sayılı HMY'ye göre, 6. Bası, İstanbul 2011.

Kabukçuoğlu Özer, Fatma Dilek: Sigortacılık Kanunu Şerhi, İstanbul 2012.

Kale, Serdar/Tunç Yücel, Müjgan: Sigortacılık Kanununda Tahkim, Halûk Konuralp Anısına Armağan, Cilt 1, Ankara 2009, 461-477.

Kekeç, Elif Kısmet: Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Asamalar ve Taktikler, 2. Baskı, Ankara 2014.

Kender, Rayegân: Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2016.

Kurt Konca, Nesibe: Sigorta Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, 1. Cilt, Ankara 2010, s. 1343-1365.

Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 25. Bası, Ankara 2014.

Nomer, Ergin/Ekşi, Nuray/Öztekin Gelgel, Günseli: Milletlerarası Tahkim Hukuku, Cilt I, 5. Bası, İstanbul 2016.

Özdamar, Mehmet: Alman Hukukunda Sigorta Ombudsmanlığı, 2008 Batider, C. XXIV, S. 3, 309-328.

Özdamar, Mehmet: Sigorta Hukukunda Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim Sistemi, Prof. Dr. Oğuz Kürşat Ünal'a Armağan (Sigorta Hukukunda Tahkim), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, Y.2013, S.1-2, 831-855.

Öztek, Selçuk: Hukuk Usulü Muhakemeleri Yönünden Sigortacılıkta Tahkime Bakış, MİHDER, Cilt V/13, 2009/2, 221-249.

Pekcanitez, Hakan: Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanununun Tahkim İlişkin Hükümleri, 19 Nisan 2011 Milletlerarası Tahkim Semineri'ndeki Tebliği, 63-84.

Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet: HMK Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku, 11. Bası, Ankara 2011.

Sevgili Gençay, Fatma Didem: Adsız Düzenleyici İşlemlerin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri, AÜHFD, Cilt 63, Sayı 2, 2014, 397-417.

Taşpolat Tuğsavrul, Melis: Türk Hukukunda Arabuluculuk, 6325 sayılı Hukuku Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde, Ankara 2012.

Ulaş, Işıl: Sigortacılıkta Tahkim, Prof. Dr. Seza Reisoğlu'na Armağan, 2007 Batider C. XXIV, S. 2., 239-266.

Umar, Bilge: Hukuk Muhakemeleri Kanunu şerhi, 2. Bası, Ankara 2014.

Vuraloğlu, Mehmet Oğuz: HMK'nın Tahkim Hakkındaki Hükümleri, YÜHFD, Prof. Dr. Erhan Adal'a Armağan, Cilt IX/1, İstanbul 2012, 1055- 1068.

Yeşilirmak, Ali: Türkiye'de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi için Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul 2011.

Yeşilova Aras, Ecehan/Yeşilova, Bilgehan: Sigortacılık Tahkimi-Sigorta Tahkim Usulü ve Ayrıdedici Özellikleri, Prof. Dr. Aydın Zevklilere Armağan, Yaşar Üniversitesi Dergisi, Volume 8, 2013, Özel Sayı, 275-379.

Yılmaz, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu şerhi, 2. Bası, Ankara 2013.

Yılmaz, Zekeriya: Sigortacılık Kanununa Göre Sigortacılıkta Tahkim, Terazi Hukuk Dergisi, 2008, S.17, 37-48.

REHİN AÇIĞI BELGESİ

(CERTIFICATE OF PLEDGE DEFICIT)

Araş. Gör. / Res. Asst. Mustafa Okan YAĞCI*

ÖZET

İcra İflas Kanunu (İİK) md. 150/e ve devamında ilamlı ve ilamsız rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takibin son aşamaları olan paraya çevirme ve paraların paylaşılması safhaları müşterek hükümlerle düzenlenmiştir. Paraya çevirme süreci devam etmekte iken veya paraların paylaşılması sonucunda rehlinli mal bedelinin alacağın tamamını karşılamayacağına anlaşılması halinde İİK md. 150/f (geçici rehin açığı belgesi) veya İİK md. 152 (kesin rehin açığı belgesi) uyarınca icra dairesi tarafından bir rehin açığı belgesi düzenlenerek alacaklıya verilir. Bu çalışmamızda geçici ve kesin rehin açığı belgelerinin kapsamı, nitelikleri ve ortaya çıkardıkları sonuçlar incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: İcra ve İflas Kanunu, kesin rehin açığı belgesi, geçici rehin açığı belgesi.

ABSTRACT

The final phases, namely the phase of foreclosure and the phase of distribution of foreclosed money, of enforcement proceeding with judgment and without judgment for foreclosure of pledged property have been regulated with common provisions under article 150/e & et. seq. of the Enforcement and Bankruptcy Law (EBL). While foreclosure process is going on or in case of determination of the value of pledged property shall not cover all debt as a result of distribution of foreclosed money, a certificate of pledge deficit prepared by the enforcement office is submitted to creditor pursuant to article 150/f (temporary certificate of pledge deficit)

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, e-posta: okan.yagci@yeditepe.edu.tr

or article 152 (final certificate of pledge deficit) of EBL. This study will examine scope, legal nature and consequences of certificates of temporary and final pledge deficit.

Keywords: Code of Enforcemet and Bankruptcy, final certificate of pledge deficit, temporary certificate of pledge deficit.

I. Kesin Rehin Açığı Belgesi (İİK md. 152)

1. Genel Bilgi

İİK md. 152 uyarınca rehlin paraya çevrilmesi yolu ile takipte, rehinli mal eğer (i) rehin satışı isteyen alacaklının alacağına derece itibariyle rüçhanlı olan diğer rehinli alacakların tutarından fazla bir bedelle alıcı çıkmamasından dolayı satılamazsa (İİK md. 150/g, 129) veya (ii) rehinli mal satılmasına rağmen tutarı takip konusu alacağı (faiz ve masraflar dâhil olmak üzere) yetmezse alacaklıya bütün veya geri kalan alacağı için bir kesin rehin açığı belgesi verilir¹. Diğer bir ifadeyle, rehinli malın paraya çevirme işlemi sonucuna bağlı olarak takip konusu alacak tutarında açık kalan miktarı tevsik eden bir rehin açığı belgesi düzenlenerek alacaklıya verilecektir.

İcra İflas Dairesi'nin 19.11.1968 tarihli kararında da belirttiği üzere, yukarıda (i) ile belirtilen durumda alacak tutarının tamamı için (ii) ile belirtilen durumda ise bakiye kalan alacak miktarı için rehin açığı belgesi düzenlenir:

*“Rehin açığının tespiti şekline gelince; rehin edilen şey, satış istene- nin alacağına derece itibariyle rüçhanlı olan diğer **rehinli alacakların***

¹ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, İcra ve İflas Hukuku, 6. Bası (Ankara: Yetkin 2008), s. 419; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 2. Bası (Ankara: Yetkin 2014), s. 352-353; Kuru, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Baskı (Ankara: Adalet 2013), s. 1026, 1027; Muşul, İcra ve İflas Hukuku C. II, 6. Baskı (Ankara: Adalet 2013), s. 1029; Muşul, İcra ve İflas Hukukunun Esasları, 5. Baskı (Ankara: Adalet 2015), s. 502; Üstündağ, İcra Hukukunun Esasları, 8. Bası (İstanbul: Yetkin 2004), s. 331; Kuru, İcra ve İflas Hukuku C:3, 3. Tıpkı Basım (İstanbul: Alfa 1993), s. 2482; Uyar, İcra ve İflas Kanunu Şerhi C:8, 2. Baskı 2007, s. 12612; Karşlı, İcra Hukuku Ders Kitabı, Yenilenmiş 1. Baskı (İstanbul: Alternatif 2010), s. 734; Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz, İcra ve İflas Hukuku, 1. Baskı (Ankara: Yetkin 2016), s. 411; Kuru, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku, 1. Baskı (İstanbul: Legal 2016), s. 447.

tutarından fazla bir bedelle alıcı çıkmamasından dolayı satılmamışsa veya satılıp da tutarı takdir olunan alacağa yetmemişse alacaklıya bütün veya geri kalan alacağı için rehin açığı belgesi verilir².

Bu belgenin düzenlenebilmesi için temel şart rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takipte son aşama olan paraların paylaşırma safhasının sona ermesidir. Bu nedenle rehlin paraya çevrilmesi yolu ile takip sonucunda açık kalan miktar kesin olduğu için bu belgeye geçici rehin açığı belgesinin karşılığı bir ifade olarak kesin rehin açığı belgesi denilmektedir³. Bu belgenin düzenlenmesindeki amaç önce rehne başvurma kuralı altında, rehlin paraya çevrilmesi yolu ile takip yapmak durumunda olan alacaklının bu süreç devam ederken borçlunun diğer mallarına haciz veya iflas yolu ile takip yapabilen diğer alacaklılar karşısındaki hukuki durumunun korunmasıdır⁴.

Kesin rehin açığı belgesi bedava ve pulsuz olarak verilen bir belgedir. Bu belgeye, dosya numarası; alacaklı ve borçlunun adı ve soyadı; alacağın miktarı; rehnedilenin takdir edilen kıymeti; satış tutarı; satış yapılamamışsa sebebi; geriye kalan alacak miktarı ve ne için verildiği; kanunî dayanağı yazılır. Belge, icra müdürü tarafından imzalanır ve mühürlenir. Bu belge biri alacaklıya verilmek üzere iki nüsha olarak düzenlenir ve bir belge dosyasında saklanır (İİK Yön. md. 54). Uygulamada rehin açığı belgesi olarak basılı örnekler kullanılmaktadır⁵.

Kesin rehin açığı belgesi kural olarak rehlin paraya çevrilmesi yolu ile takipte bulunmuş olan alacaklı için düzenlenen bir belgedir. Ancak *Üstündağ*⁶'ın belirttiği üzere İsviçre doktrininde kesin rehin açığı belgesinin sadece rehlin paraya çevrilmesi yolu ile takipte bulunmuş alacaklıya mı, yoksa bu alacaklı ile beraber takipte bulunmamış diğer rehlinli alacaklılara da verilip verilemeyeceği hususu tartışmalıdır⁷. Bu konuda Türk doktrininde kabul edilen görüş, rehlinli malın satılamaması halinde sadece takipte

² İİD. 19.11.1968 T. E: 9846, K: 10614 (*Uyar*, Şerh C:8, s. 12627).

³ *Kuru/Arslan/Yılmaz*, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 27. Baskı (Ankara: Yetkin 2013), s. 433.

⁴ *Deynekli*, İcra ve İflas Hukukunda İpoteğin Paraya Çevrilmesi, (Ankara: Turhan 2013), s. 226.

⁵ Kesin rehin açığı belgesi (Örnek No: 31) için bakınız: Ek – 1.

⁶ *Üstündağ*, a.g.e., s. 331.

⁷ İsviçre doktrininde yer alan görüşlere ilişkin detaylı bilgi için bakınız: *Üstündağ*, a.g.e., s. 331-332.

bulunan alacaklıya; rehinli malın satılması halinde ise, takipte bulunan alacaklı ile aynı derecede olan veya derece itibariyle sonra gelen alacaklılara da rehin açığı belgesi düzenlenmesi gerektiği yönündedir⁸.

Kesin rehin açığı belgesinin düzenlenmesi için gerekli şartların gerçekleşmesine rağmen icra müdürü tarafından bu belgenin düzenlenmemesi durumu İİK md. 16, f.2’de öngörüldüğü üzere bir hakkın yerine getirilmemesi niteliğinde olup süresiz şikâyete tabi olacaktır. Aynı şekilde koşulları yerine gelmeksizin bu belgenin düzenlenmesi halinde de borçlu süresiz şikâyet yoluna başvurabilecektir⁹.

Kesin rehin açığı belgesi sadece rehinli alacaklının o rehne ilişkin olarak alacağına ne kadarını alamadığını gösteren bir belge olduğu için İİK md. 143’de yer alan borç ödemedi aciz belgesi hükmünde bir belge değildir. Yani rehin açığı belgesi borçlunun acizini gösteren bir belge değil sadece alacağın rehinli maldan karşılanmadığını gösteren bir belgedir¹⁰. Dolayısıyla, rehin açığı belgesi, aciz belgesinin doğuracağı hüküm ve sonuçları ortaya çıkarmayacak aksine çok sınırlı bir alanda etkisini gösterecektir¹¹. Örneğin, kesin veya geçici rehin açığı belgesi alacaklıya İİK md. 277 uyarınca tasarrufun iptali davası açma hakkı vermez. Bunun nedeni rehin açığı belgesinin borçlunun acizini tevsik eden bir belge niteliğinde olmaması ve sadece rehinli malın paraya çevrilmesi sonucunda alacağın ne kadarının karşılanıp karşılanmadığını gösteren bir belge olmasıdır¹². Ancak borçlunun takibe konu rehin dışındaki malvarlığı takip edilir ve bunun sonucunda bir aciz belgesi alınırsa tasarrufun iptali davası açılması mümkün olabilir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 29.02.2012 tarihli kararında özel dairenin tasarrufun iptali davasında ortada geçici aciz belgesi bulunmasına bağlı olarak dava şartlarının tamam olduğuna ilişkin kararına ka-

⁸ Gürdoğan, Türk-İsviçre İcra ve İflas Hukukunda Rehlin Paraya Çevrilmesi, (Ankara: Ankara Ajans Matbaası 1967), s. 97 vd.; *Deliduman*, İcra ve İflas Hukukumuzda Borç Ödemedi Aciz Vesikası, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1995, s. 22; *Uyar*, Şerh C:8, s. 12612 – 12613; *Deynekli*, a.g.e., s. 229.

⁹ *Uyar*, Şerh C:8, s. 12612.

¹⁰ *Akyazan*, Borç Ödemedi Aciz Belgesi, s. 315 (Ansay Armağanı); *Pehlivanlı*, Açıklamalı İcra ve İflas Kanunu C:1 (Ankara: Turhan 1998), s.1142; *Gürdoğan*, a.g.e., s.93; *Yıldırım*, İcra Hukuku Ders Notları, 1. Baskı (İstanbul: Alkim 2002), s. 170; *Yıldırım / Deren – Yıldırım*, İcra Hukuku, 5. Baskı (İstanbul: Beta 2012), s. 290.

¹¹ *Gürdoğan*, a.g.e., s. 100.

¹² *Kuru/Arslan/Yılmaz*, a.g.e., s. 434, dn: 3.
YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)

tilmayan yerel mahkemenin direnme kararını incelerken bu durumu şu şekilde belirtmiştir:

*“İcra takibi sırasında verilen geçici rehin açığı belgesi ise, alacaklı-
nın satış talebi üzerine rehlin paraya çevrilmesi yolu ile takibin devamı
sırasında takdir edilen ve kesinleşen kıymete göre rehlin alacağı karşıla-
mayacağına anlaşılmaması halinde, alacaklının talebi üzerine kendisine açık
kalan miktar için verilen belgedir (İİK. m.150/f). Ancak, **rehin açığı bel-
gesi, aciz belgesi niteliğinde olmadığından bu belgeye dayanılarak tasar-
rufun iptali davası açılmaz.** (...) Trabzon İcra Müdürlüğü’nün 1999/936
Esas sayılı dosyasında, davacı/alacaklı banka tarafından kredi sözleşmesi,
ihtarname, ipotek belgesi ve hesap özetine dayanılarak, dava dışı borçlu
A... K... Gıda Mad. Tic. ve San. A.Ş. ile aleyhine, 06.04.1999 tarihinde,
toplam 82.230.779.829 TL alacağın tahsili için İpoteğin Paraya Çevrilme-
si Yolu ile İcra Takibi başlatılmış, takip sırasında bir kısım ipotekli taşın-
mazlar haczedilmiş, kıymet takdirleri yapılmış ve davacı/alacaklının ala-
cağına mahsuben toplam 32.000.000.000 TL bedelle davacı/alacaklı ban-
ka vekiline ihale edilmişse de İcra Müdürlüğünce 15.06.2005 tarihinde
düzenlenen Rehin Açığı Belgesi ile alacağın miktarının, 1.290.313 YTL 62
YKR, merhuna takdir edilen kıymetin 43.850 YTL, geriye kalan alacağın
ise 1.246.463 YTL 62 YKR olduğu tespit olunmuştur.*

*Yukarıda yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, Trabzon İc-
ra Müdürlüğü’nün 1999/940 Esas sayılı dosyasında 21.10.2005 tarihinde
“Geçici Aciz Belgesi” adı altında düzenlenen tutanak, 2004 sayılı İcra ve
İflas Kanunu’nun 105. maddesinde gösterilen “Geçici Aciz Belgesi” nite-
liğindedir ve davanın açılması için bir ön koşul olan, aciz belgesinin ibrazı
koşulu, bu belgenin varlığı ile davacı/alacaklı yanca yerine getirilmiştir¹³
14”.*

Aynı şekilde kesin rehin açığı belgesine dayanılarak borçlunun İİK
md. 331, 332 ya da 338’e göre cezalandırılması istenemez ya da kesin aciz
belgesinin doğurmuş olduğu maddi hukuka ilişkin diğer sonuçların (örne-
ğin TBK md. 133 borcun tecdit edilmemiş sayılması, İİK md. 143, f.4 aciz
belgesine bağlanmış alacak hakkında faiz istenememesi, TMK md. 513,

¹³ YHGK 29.02.2012 T. E: 17-49, K: 114 (www.legalbank.net – 14.12.2016).

¹⁴ Benzer kararlar için bakınız: YHGK 01.12.1999 T. E: 15-986, K: 997; İİD. 23.11.1968
T. E: 11048, K: 10834 (Uyar, Şerh C:8, s. 12616, 12626).

562, 648'de sayılan miras hukukuna ilişkin sonuçlar vb.) ortaya çıkması beklenemez.

Rehin açığı belgesi, aciz belgesi hükmünde olmadığı gibi takip hukuku bakımından yarattığı sonuçlar dışında herhangi bir medeni hukuka ilişkin sonuç da meydana getirmemektedir¹⁵. Bu konuda *Jaeger*, kanunun emredici hükmü altında rehinli mala ilişkin satışın yapılamaması durumunda da kesin rehin açığı belgesinin düzenlenmesi gerektiği ve bunun sonucu olarak mal üzerindeki ipoteğin ortadan kalkacağını belirtmektedir¹⁶. Türk doktrininde bu görüş, böyle bir hükmün olmaması halinde önce rehne başvurma kuralı gereği alacaklının hiçbir şekilde borçlu aleyhine haciz veya iflas yoluna başvuramayacağı; diğer takip yollarına başvurmalarının vazgeçilmez olduğu gerekçesiyle böyle bir hükmün kanunda yer aldığı ve satışının yapılamaması halinde verilen kesin rehin açığı belgesinin rehni ortadan kaldıracak bir etkiye sahip olmadığı belirtilerek eleştirilmektedir¹⁷. *Gürdoğan* da rehinli alacaklının hakkını aramış olduğu için rehin hakkından mahrum bırakılmasını hakkaniyete aykırı görmektedir¹⁸. Kanaatimizce de, böyle bir yaklaşım isabetli değildir. Rehin paraya çevrilmediği müddetçe üzerinde bulunan aynı hakkın, satışın yapılamaması sonucunda verilen kesin rehin açığı belgesi ile ortadan kalkacağına ilişkin yapılan yorum ilgili hükmün amacına hizmet etmeyen lafzi bir yorumdan ibaret olacaktır.

2. Kesin Rehin Açığı Belgesine Bağlanan Hüküm ve Sonuçlar

a) Alacaklı Borçluyu Haciz veya İflas Yolu ile Takip Edebilir (İİK md. 152, f.2).

Alacağı irat senedinden (TMK md. 903 – 908) veya bir taşınmaz mükellefiyetinden (TMK md. 839 – 849) doğmayan alacaklı rehlin paraya çevrilmesi işlemi sonucunda almış olduğu kesin rehin açığı belgesine dayanarak borçlunun sıfatına göre haciz veya iflas yolu ile takip yapabilir (İİK md. 152, f.2). Bu belgenin varlığı altında kendisine karşı haciz veya iflas yo-

¹⁵ *Postacioğlu/Altay*, İcra Hukuku Esasları, 5. Baskı (İstanbul: Vedat 2010), s. 730.

¹⁶ Naklen: *Postacioğlu/Altay*, a.g.e., s. 730.

¹⁷ *Postacioğlu/Altay*, a.g.e., s. 730.

¹⁸ *Gürdoğan*, a.g.e., s.105. Aynı yönde görüş için bkz: *Berkin*, İcra Hukuku Dersleri (İstanbul: Hamle Matbaası 1969), s. 156.

YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)

luyla takip yapılan borçlu artık önce rehlin paraya çevrilmesi gerektiği iddiası ile açılmış olan takibe karşı çıkamaz¹⁹.

Eğer rehin üçüncü bir kişi tarafından verilmiş ise kesin rehin açığı belgesine dayanılarak üçüncü kişi aleyhine haciz veya iflas yoluyla takip yapılamaz²⁰. Çünkü ipotek veren üçüncü kişinin sorumluluğu satış bedeli ile sınırlı olacaktır. Bu nedenle bakiye kalan alacak miktarı için borçlu aleyhine takip yapılması gerekmektedir²¹. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi 31.03.1994 tarihli kararında bu hususu şu şekilde dile getirmektedir:

“Kredi sözleşmesi ipotek belgesine dayalı olarak borçlu ... Nak. ve Tic. Ltd. Şti. ile Y.A. ve müşterekleri hakkında ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takip yapılmış, takip kesinleşmiş ve ipotekli 696 parsel no.lu taşınmaz açık artırma ile satılmıştır. Satış bedelinin alacağı karşılama üzerine alacaklıya muvakkat rehin açığı belgesi verilmiş ve aynı dosya üzerinden alacaklı vekilinin talebi üzerine borçlulardan Y.A.’nın malik

¹⁹ Postacıoğlu/Altay, a.g.e., s. 729.

²⁰ Uyar, Şerh C:8, s. 12614.

²¹ Yakın tarihli bir karar olarak bkz. 12 HD. 28.01.2015 T. E: 2014/28490, K: 2150 (www.legalbank.net – 14.12.2016):

“Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki borçlu Ahmet A. tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olup, dava dosyası için Tetkik Hakimi Asye Parlak tarafından düzenlenen rapor dінlendikten ve dosya içerisindeki tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşüldü:

Alacaklı tarafından asıl borçlu şirketler ile taşınmaz ipotekle yükümlü olarak alan 3.kişi A. hakkında yapılan ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile ilamlı icra takibinde, ipotekli taşınmazların toplam 472.000,00 TL'ye ihale edildiği, alacaklı vekilinin talebi üzerine, icra müdürlüğüince, ihale bedeli alacağı karşılamadığından İİK.nun 152. maddesi gereğince asıl borçlular ve İpotekli taşınmaz maliki A. hakkında 19.11.2013 tarihli ve 773.000,00 TL'lik rehin açığı belgesi düzenlendiği, alacaklı tarafından bu belgeye dayalı olarak asıl borçlu şirketler ile taşınmaz ipotekle yükümlü olarak alan 3.kişi A. hakkında takip başlatılarak mallarına haciz konulduğu anlaşılmıştır.

İpotekli taşınmaz maliki üçüncü kişinin sorumluluğu, ipotekli taşınmaz ile sınırlıdır. Bu nedenle, ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla taşınmazın satılması halinde sorumluluğu kalmayacağından, bir diğer anlatımla borçtan şahsen sorumlu olmadığından, hakkında İİK.nun 152.maddesi uyarınca rehin açığı belgesi düzenlenemez. Bu maddeye göre düzenlenen rehin açığı belgesi ile ancak asıl borçlu aleyhine takip yapılması mümkün olup, borçtan şahsen sorumlu olmayan ipotekli taşınmaz maliki 3. kişinin mal varlığına başvurulamaz.

O halde mahkemece şikayetin kabulü yerine yazılı gerekçe ile reddi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir.”

olduğu 48 parsel sayılı taşınmaz üzerine haciz konulmuştur. Borçlu vekili 12.02.1993 tarihinde İcra Müdürlüğü'ne başvurarak ipotek veren 3.kişi olduğunu, sorumluluğunun ipotekli taşınmazla sınırlı bulunduğunu, malik olduğu 48 parsel haciz konulmasının usule aykırı olduğunu bildirmiş, haczin kaldırılmasını istemiştir. Talebi İcra Müdürlüğü'nce reddedilmiş, borçlu vekili mercie şikâyetle bulunmuştur. **İpotek veren 3.kişinin sorumluluğu satış bedeli ile sınırlıdır. Satış bedeli ile karşılanmayan ancak, borçlunun kişisel borcu olup ipotek veren 3.kişiden istenemez.** Kaldı ki ipotekli taşınmaz satılmıştır. İİK.'nun 152. maddesi gereğince alacaklının İcra Müdürlüğü'nden kesin rehin açığı belgesi alarak ayrıca bir takip yapması gerekir. Aynı takip üzerinden alacağın tahsilini istemesi de usule aykırıdır. Şikâyet kamu düzenine ilişkin olup süreye tabi değildir. Mercice bu yönler gözetilerek şikâyetin kabulüne karar verilmek gerekirken yazılı gerekçe ile reddi isabetsizdir²²”.

Aynı yönde daha yakın tarihli bir kararda ise Yargıtay 8. Hukuk Dairesi TMK hükümlerine göre gayrimenkul ipoteği veren malik üçüncü kişinin alacaklıya karşı sorumluluğunun ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla gayrimenkulün satılması ile sona erdiğini; rehin açığı belgesinin borçlu ve borçtan şahsen (kefil veya müşterek borçlu) sorumlu olanlar aleyhine düzenlenebileceğini ve bu belge ile üçüncü şahıs ipotek veren aleyhine takip yapılamayacağını ve buna ilişkin olarak üçüncü kişinin süresiz şikâyet yoluna gidebileceğini belirtmiştir:

“14.06.2010 tarihinde gayrimenkul 70.000,00.-TL'ye ihale edilmiştir. Alacaklı vekilinin talebi üzerine, icra dairesince ihale bedeli alacağı karşılamadığından İİK'nun 152. maddesi gereğince 14.12.2010 tarihli ve 114.289,00.-TL'lik rehin açığı belgesi düzenlenmiştir. Rehin açığı belgesinde borçlu olarak sadece ipotek veren sıfatına sahip malik K. gösterilmiştir.

Malik K. 26.01.2012 harç tarihli dilekçesinde; diğer şikâyet nedenleri yanında takipte ipotek limitinin aşılamayacağı ve **ipotek veren 3. kişi olarak hakkında rehin açığı belgesi düzenlenemeyeceği yönündeki şikâyetlerini de bildirmiştir.** Mahkemece istem süreden reddedilmiştir.

TMK hükümlerine göre gayrimenkul ipoteği veren malik üçüncü kişinin alacaklıya karşı sorumluluğu, ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla

²² 12 HD. 31.03.1994 T. E: 3653, K: 4346 (www.legalbank.net – 14.12.2016).
YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)

gayrimenkulün satılması ile sona erdiğinden, İİK'nun 150/f ve 152. maddelerinde yer verilen rehin açığı belgesi ile borçlu aleyhine takip yapılabilir, rehin açığı belgesi borçtan şahsen (kefil veya müşterek borçlu olarak) sorumlu olmayan ipotek veren aleyhinde düzenlenemez ve bu belge ile 3. şahıs ipotek veren aleyhinde takip yapılamaz.

O halde mahkemece ipotek veren malikin, limitin aşıldığı ve aleyhine rehin açığı belgesi düzenlendiği yönündeki şikâyetlerinin duruşma açılarak incelenmesi ve oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, başvurunun süresinde yapılmadığından bahisle reddi isabetsizdir²³.

İlgili borçta borçlu ile beraber kefillerin olması halinde, borçluya ait rehinli mal paraya çevrilip kesin rehin açığı belgesi alındıktan sonra bakiye alacak miktarı için bu belgeye dayanılarak kefiller aleyhine takip yapılabilir:

“(…) itirazın kaldırılması duruşmasında T. T.A.Ş. asıl ve ipotek borçlusunu olduğu, hakkında yapılan takip sonunda 4.458.272 TL'lık rehin açığı belgesi verildiği, diğer borçluların da kredi sözleşmesine göre T. T.A.Ş.'nin müşterek borçlu ve müteselsil kefilleri olduğu belgelendirilmiştir. Asıl borçlunun borcu rehin açığı belgesine İİK'nun 152/son maddesine göre kesinleşmiş olduğundan onu tamamlayan kredi sözleşmelerine dayanarak kefiller hakkında adi takip yoluna başvurulmasında yasaya aykırı bir yön yoktur. Bu nedenle sair temyiz itirazları yerinde değildir²⁴”.

Son olarak belirtmelidir ki, kesin rehin açığı belgesine dayanılarak haciz veya iflas yoluyla yapılacak olan takip eski takibin devamı niteliğinde değildir. Bu nedenle kesin rehin açığı belgesi düzenlendikten sonra alacaklının yeni bir takip açarak borçluya karşı haciz veya iflas yoluna müracaat etmesi gerekmektedir. Bu takipte borçlu rehin açığı belgesinde yazılı bilgilerin dosyaya uygun olmadığı yönünde şikâyette bulunabilir veya ödeme emri gönderildiği hallerde rehin açığı belgesi düzenlenmesinden önceki veya sonraki sebeplere itiraz edebilir²⁵.

“İİK. nun 150/f ve 152 nci maddelerine göre rehlin paraya çevrilmesi yolu ile takiplerde takip süreci, rehin konusu malın satışı ve bedelin alacaklılara dağıtılması ile son bulur. Borçlunun rehinli malının bedeli araç üzerindeki hak sahiplerinin alacaklarını karşılamaya yetmezse,

²³ 8 HD. 12.10.2012 T. E: 7851, K: 9057 (www.legalbank.net – 14.12.2016).

²⁴ 12 HD. 18.03.1992 T. E: 1991/9637, K: 3279 (www.legalbank.net – 14.12.2016).

²⁵ Gürdoğan, a.g.e., s. 104.

başka malların haczi suretiyle takibe devam edilemez. Bu durumda alacaklılara rehin açığı belgesi verilir ve alacaklılar bu belgeye dayanarak borçlu hakkında haciz ya da iflas yolu ile takip yollarına müracaat edebilirler. Somut olayda davalı bankanın rehnin paraya çevrilmesi yolu ile yaptığı takibe, rehinli araç dışında bir malın satış bedelinden pay ayrılması da hatalı olup, kamu düzenine ilişkin bu aykırılığın da İcra Mahkemesi'nce re'sen giderilmesi gerekir²⁶”.

Aynı yönde bir başka kararda ise Yargıtay 12. Hukuk Dairesi alacaklının kesin rehin açığı belgesi düzenlendikten sonra ayrı bir takip yapması gerektiğini; aynı takip üzerinden alacağın istenmesinin usule aykırı olduğunu; buna ilişkin olarak borçlunun şikâyet yoluna gidebileceğini ve bu şikâyetin süreye tabi olmadığını belirtmiştir:

“Kaldı ki ipotekli taşınmaz satılmıştır. İİK.’nun 152. maddesi gereğince alacaklının İcra Müdürlüğü’nden kesin rehin açığı belgesi alarak ayrıca bir takip yapması gerekir. Aynı takip üzerinden alacağın tahsilini istemesi de usule aykırıdır. Şikâyet kamu düzenine ilişkin olup süreye tabi değildir. Mercice bu yönler gözetilerek şikâyetin kabulüne karar verilmek gerekirken yazılı gerekçe ile reddi isabetsizdir²⁷”.

b) Alacaklı Bir Yıl İçinde İlamlı veya İlamsız Haciz Yoluyla Takip Yaparsa Borçluya Yeniden Ödeme Emri veya İcra Emri Tebliğ Edilmez (İİK md. 152, f.3).

İİK, 03.07.1940 tarih ve 3890 sayılı kanun ve Türk Ticaret Kanununun Meriyet ve Tatbik Şekli Hakkındaki 29.06.1956 tarih ve 6763 sayılı kanun ile yapılan kısmi değişikliklere ek olarak 18.2.1965 tarihli ve 538 sayılı kanun ile yapılan değişiklikler ve şu an süre gelmekte olan diğer değişiklikler ile İsviçre mehz kanunundan uzaklaşmıştır²⁸. 538 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler ile rehin açığı belgesinin hüküm ve sonuçlarının kapsamı genişletilmiş ve aciz belgesinin takip hukukuna ilişkin bazı sonuçları da rehin açığı belgesinin kapsamına alınmıştır²⁹. Bu bağlamda İİK md. 152, f.3’te rehinli mala ilişkin satış yapılmamışsa artırma gününden itiba-

²⁶ 19 HD. 23.12.2004 T. E: 2572, K: 12980 (www.legalbank.net – 14.12.2016).

²⁷ 12 HD. 31.03.1994 T. E: 3653, K: 4346 (www.legalbank.net – 14.12.2016).

²⁸ Akyüz, İcra ve İflas Kanunu’nda Değişiklik Yapan 3222 Sayılı Kanun Üzerinde İnceleme, Ankara Barosu Dergisi, 1985/5-6, s. 764 vd.

²⁹ Postacioğlu/Altay, a.g.e., s. 731.

YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)

ren; satış yapılmış ise satışın kesinleşmesi tarihinden itibaren bir sene içinde alacaklının haciz yolu ile takip talebinde bulunması halinde borçluya yeniden icra veya ödeme emrinin tebliğ olunmayacağı hükme bağlanmıştır. Diğer bir deyişle, alacaklı rehinli malın paraya çevrilmesi işleminden hemen sonra (bir yıl içerisinde) hiçbir ödeme veya icra emri tebliğine gerek kalmaksızın doğrudan borçlunun diğer malları üzerinde haciz işlemlerini gerçekleştirilmesi için talepte bulunabilecektir.

İİK'nın bu hükmünde iflastan bahsedilmemiş olması nedeniyle alacaklının borçluyu iflas yolu ile takip etmesi halinde borçluya ödeme emri gönderilecektir³⁰. Böyle bir düzenlemenin olmasının nedeni Türk hukukunda İsviçre hukukundan farklı olarak haciz veya iflas yoluyla takibin başlangıçtan itibaren farklı olmasıdır³¹.

Bunun yanında alacaklının bir yıl içerisinde haciz talebinde bulunmaması halinde ise ilamsız icrada ödeme emrinin (İİK md. 60) veya ilamlı icrada ise icra emrinin (İİK md. 32) tebliğ edilmesi zorunludur. Bu durum altında ilamsız bir takip altında gönderilmiş olan ödeme emrine borçlunun itiraz etmesi halinde alacaklı İİK md. 152, f.4 uyarınca kesin rehin açığı belgesinin borç ikrarını mutazammın bir senet mahiyetinde olması nedeniyle bu belgeye dayanarak itirazın kaldırılmasını sağlayabilir.

“Somut olayda, takip dayanağı kesin rehin açığı belgesinin verildiği Ankara Gayrimenkul 22. Satış İcra Müdürlüğü'nün 2007/1586 esas sayılı takip dosyasında alacaklı tarafından borçlu aleyhinde ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile ilamlı takip yapıldığı ve borçluya icra emri gönderildiği anlaşılmaktadır.

O halde, alacaklının bu kesin rehin açığı belgesi ile borçlusunu aleyhinde ilamlı takip yapması ve icra emri düzenlenmesinde bir usulsüzlük bulunmadığı nazara alınarak Mahkemece, borçlunun şikâyetinin reddi yerine yazılı gerekçeyle kabulü ve icra emrinin iptaline dair hüküm tesisi isabetsizdir³²”.

³⁰ Uyar, Şerh C:8, s. 12614.

³¹ Gürdoğan, İpoteğin Paraya Çevrilmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar (Ankara: Türkiye Bankalar Birliği Yayınları 1979), s. 33.

³² 12 HD. 26.01.2009 T. E: 556, K: 1424 (www.legalbank.net – 14.12.2016).

**c) Rehin Açığı Belgesi İİK md. 68, f.1 Anlamında Borç İkrarını Muta-
zamın Senet Sayılır (İİK md. 152, f.4).**

İİK md. 152, f.3'de belirtildiği üzere kesin rehin açığı belgesinin düzenlenmesinden itibaren bir yıl içerisinde alacaklının ilamlı ya da ilamsız haciz yoluyla takip yapması halinde borçluya ödeme veya icra emri tebliğ edilmeyecektir. Bu nedenle İİK md. 152, f.4 anlamında kesin rehin açığı belgesinin borç ikrarını mutazammın bir senet niteliğinde sayılması ancak alacaklının bir yıl sonra yapacağı takipte önem taşıyacaktır. Çünkü bir yıl içerisinde yapılmış olan bir takipte borçluya ödeme emri gönderilmediği için borçlunun ödeme emrine itiraz etmesi söz konusu olmayacak ve İİK md. 152, f.4 ve İİK md. 68, f.1 hükümlerine dayanılarak itirazın kaldırılması gündeme gelmeyecektir³³.

Kesin rehin açığı belgesinin İİK md. 68, f.1 uyarınca borç ikrarını mutazammın senet mahiyetinde olması, alacaklıya rehinin paraya çevrilmesi sonucunda elde edemediği bakiye alacağı için borçluyu daha kolay takip etme imkânı tanımaktadır. Şöyle ki, eğer (bir yıl sonra) yapılan takibe borçlu itiraz ederse alacaklı İİK md. 68, f.1 uyarınca itirazın kesin kaldırılmasını sağlayabilecektir. Ancak, her ne kadar bu belge takip hukuku bakımından bir borç ikrarı teşkil etse de maddi hukuk anlamında bir borç ikrarı teşkil etmemektedir. Senedin sadece icra müdürünün imza ve mühürünü taşıması ve borçlunun imzasını taşıması sebebiyle bu senet borcun ispatını sağlayan bir kesin delil de sayılmayacaktır. Bu nedenle alacaklı borçlunun ödeme emrine itiraz etmesi nedeniyle İİK md. 67 uyarınca itirazın iptali için mahkemeye başvurursa mahkeme maddi hukuk anlamında borçlunun borçlu olup olmadığını araştırır³⁴. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 02.07.1987 tarihli kararında bu hususu şu şekilde belirtmiştir:

*“İİK. ’nun 152/son maddesinde, rehin açığı belgesinin borç ikrarını mutazammın senet mahiyetinde olduğu belirtilmiş ise de, rehin açığı belgesi, aciz vesikasının doğurduğu hükümlere hiçbir zaman sahip değildir ve aciz vesikasına göre bu belgenin hükümlerinin geniş ölçüde sınırlı olduğunun kabulü gerekir. Rehin açığı belgesinin hükümleri sadece takip hukukuna ilişkin bulunmaktadır. **Rehin açığı belgesine dayalı bir takipte, alacaklıya takip hukuku bakımından kolaylık sağlanmışsa da, anılan belge,***

³³ Uyar, Şerh C:8, s. 12613.

³⁴ Uyar, Şerh C:8, s. 12613.

YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)

maddi hukuk bakımından alacağın varlığının kesin delilini teşkil edemeyeceğinden (...)³⁵”.

Ayrıca, kesin rehin açığı belgesinin İİK md. 68, f.1 hükmü altında kullanılabilmesi için kesin rehin açığı belgesinin ilamsız bir takibin sonucunda alacaklıya verilmesi gerekmektedir. Aksi halde ilamlı bir takip sonucunda verilmiş olan rehin açığı belgesi ile haciz yoluyla takibine devam edecek olan alacaklı açısından kesin rehin açığı belgesi, dayanağı olan ilam veya ilam niteliğindeki belge ile birlikte yine ilam hükmünde olacaktır. Buna dayanılarak yapılan takip de yine ilamlı takip niteliğinde olacaktır^{36 37}.

d) Kesin Rehın Açığı Belgesi Alacaklıya İİK md. 100 esasları dâhilinde diğer alacaklıların haczine iştirak imkânı verir.

Aşağıdaki bölümde inceleneceği üzere geçici rehin açığı belgesi alacaklıya İİK md. 100 hükümleri altında hacze iştirak imkânı vermektedir³⁸. Bu husus altında kesin rehin açığı belgesinin de alacaklısına evleviyetle hacze iştirak imkânı vereceği aşikârdır. Kesin rehin açığı belgesi İİK md. 100, b. 4’de anılan belge niteliğinde olması sebebiyle hacze iştirakin diğer şartlarının da varlığı halinde hacze takipli iştirak imkânı sağlamaktadır³⁹.

e) Kesin Rehın Açığı Belgesinin Vergi Hukuku Bakımından Sonuçları

Vergi Usul Kanunu md. 313 uyarınca amortisman kavramı bir işletmede bir yıldan fazla kullanılan ve yıpranmaya, aşınmaya, değerden düşmeye konu olan varlıkların değerinin yok edilmesi olarak tanımlanmaktadır. Alacaklar da bu amortisman kavramı içerisinde yer almaktadır. Çünkü ticari bir işletmenin aktif kıymetleri arasında yer alan alacaklar zaman içerisinde bazı nedenlere bağlı olarak (misal yargı kararı sonucu tahsiline imkân olmaması, alacağın dava veya icra aşamasında olması gibi) değerini kaybedebilmektedir⁴⁰. Bu nedenle VUK’ta alacak amortismanları muhasebeleştirme biçimi ve değer kaybı risklerine göre belirli gruplara ayrılmıştır.

³⁵ 11 HD. 02.07.1987 T. E: 3601, K: 4048 (Uyar, Şerh C:8, s. 12622 vd.).

³⁶ Kuru, El Kitabı, s. 1027.

³⁷ Bu yönde karar için bakınız: 12 HD. 13.01.2009 T. E: 2008/27103, K: 385 (Kaçak, İpotek ve İpoteğin Paraya Çevrilmesi, 3. Baskı (Ankara: Seçkin 2013), s. 1194).

³⁸ Berkin, a.g.e., s. 155.

³⁹ Muşul, a.g.e., C. II, s. 1029; Muşul, a.g.e., s. 503.

⁴⁰ Arslan, Vergi Hukuku, 4. Baskı (Ankara: Yaklaşım 2005), s. 200.

Bunlar değersiz alacak (VUK md. 322), şüpheli alacak (VUK md. 323) ve vazgeçilen alacaklardır (VUK md. 324). Değersiz alacak kazai bir hükme veya kanaat verici bir vesikaya göre tahsiline artık imkân kalmayan alacaklardır. Şüpheli alacak ticari veya zirai kazancın elde edilmesi ve idame ettirilmesi ile ilgili olmak şartıyla dava veya icra safhasında bulunan alacaklar veya yapılan protestoya veya yazı ile bir defadan fazla istenilmesine rağmen borçlu tarafından ödenmemiş bulunan dava ve icra takibine değmeyecek derecede küçük alacaklardır. Yani şüpheli alacaklar tahsil imkânının tam olarak belli olmadığı ve bu nedenle değersiz alacak niteliği belirlenemeyen alacaklardır⁴¹. Vazgeçilen alacaklar ise sulh ya da konkordato yoluyla alınmasından vazgeçilen alacaklardır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, geçici rehin açığı belgesine bağlanmış bir alacak vergi hukuku anlamında yukarıda belirtilmiş olan alacak amortismanları sınıflarından herhangi birisinin sonucunu doğuracak mahiyette değildir.

Kesin rehin açığı belgesine bağlanmış alacaklarda ise alacağın değersiz alacak mı yoksa şüpheli alacak mı olduğuna ise somut olaydaki koşullara bakılarak karar verilmesi gerekmektedir. Çünkü VUK hükümleri gereği bir alacağın değersiz alacak olarak kabul edilebilmesi için tahsilinin imkânsız hale gelmesi gerekmektedir⁴². Somut olayın koşullarına göre, nadiren de olsa, rehin açığı belgesine bağlanmış bir alacağın da tahsilinin şüpheli veya imkânsız hale geldiği sonucuna varılabilir. Kesin rehin açığı belgesine benzer olarak kesin aciz belgesine bağlanmış alacaklar açısından da aynı durum geçerlidir. Her ne kadar aciz belgesine bağlı alacağın değersiz alacak olduğuna dair yerleşmiş içtihatlar⁴³ bulunsada VUK hükümlerinde doğrudan bir sınıflandırma olmadığı için vergi idarelerinin vermiş oldukları görüşlerde somut olayın koşulları gözetilerek bu ayrımı yapılmaktadır:

“(...) Değersiz alacaklar konusunda özellik arz eden durumların başında aciz vesikası gelir. İflas kararı, iflasa uğramış şahıstan alacaklı du-

⁴¹ Öztekin, İcra ve İflas Hukukunda Borç Ödemeden Aciz Vesikası (İİK m. 143; m. 251), 1. Bası (İstanbul: Alfa 1994), s. 100.

⁴² Danıştay 4. Daire 11.10.1991 T. E:1989/1829, K: 3078 (Kızılot, Danıştay Kararları ve Özetler C:2 (İstanbul: Yaklaşım 1994), s. 2614).

⁴³ Örnek olarak bkz: Danıştay 4. Daire 10.01.1984 T. E: 1982/8216, K: 98; Danıştay 4. Daire 17.10.1978 T. E: 1977/2400, K: 2938 (Kızılot, a.g.e., C:2, s. 2618, 2619).

YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)

rumunda olan kişilerin bütün alacaklarını değersiz hale getirmemektedir. Öncelikle iflas açılır, alacaklılar iflas masasına başvurur, varsa müflisin mevcutları paraya çevrilir. Taksimat sonucunda alacaklıların alacaklarının tamamını alamamaları durumunda icra müdürü ödenmeyen bu alacak tutarı için her bir alacaklıya “aciz belgesi” verir. Aciz belgesinin verilmesi alacağı sona erdirmemekte, aksine bu alacak borçluya karşı kuvvetlendirilmiş bir biçimde mevcut olmakta devam etmektedir. Bununla birlikte, değersiz alacaklarda, alacağın kazai bir hükme veya kanaat verici bir vesikaya göre tahsiline imkân kalmamaktadır.

Bu itibarla, bir alacağın aciz vesikası veya aynı mahiyette başkaca bir belgeye bağlanması durumunda alacak son bulmamakta veya tahsili imkânsız hale gelmemektedir. Şüpheli alacak niteliğinde olan bir alacağın, değersiz olarak kabul edilerek değerlendirilmesinin şartlarından biri tahsilinin imkânsız hale gelmesi olduğu göz önünde bulundurulduğunda bahsi geçen belgelerdeki alacağın değersiz alacak olarak doğrudan zarar yazılması mümkün değildir⁴⁴”.

Rehinli bir malın satılamaması yahut alacağın tamamını karşılamaması halinde, alacaklının borçlunun diğer malları üzerinde haciz veya iflas yoluna giderek alacağına kavuşmasına imkân her zaman bulunmaktadır. O halde VUK md. 323’te belirtildiği üzere ve aciz belgesine ilişkin olarak idarelerin vermiş olduğu görüşlere kıyasla, kesin rehin açığı belgesinin varlığı halinde alacaklının ticari veya zirai kazancını elde etmesi veya idame ettirebilmesi ile ilgili olmak kaydıyla, alacaklının alacağının tamamına kavuşması için sürdürdüğü icra safhasının devam edebileceği ve alacağının tamamını tahsil ihtimali hala olduğu için kural olarak böyle bir alacağın şüpheli bir alacak olarak nitelendirilmesinin daha doğru olduğu kabul edilmelidir⁴⁵. Fakat borçlunun rehin verdiği mal paraya çevrildikten sonra bu mal dışında başkaca bir malının olmadığı anlaşılması veya borçlunun geride bir malvarlığı bırakmadan yurt dışına kaçması gibi ka-

⁴⁴ T.C. Gelir İdaresi Başkanlığı Büyük Mükellefler Vergi Dairesi Başkanlığı B.07.1.GİB.0.04.99.16.01./01/VUK-322-2008-MUK-18 sayılı yazı (<http://www.bmvdb.gov.tr/ozelgeler/2008/vuk/8064.htm> - 14.12.2016)

Aynı yönde görüş için bakınız: T.C. İstanbul Valiliği Defterdarlık Usul Gelir Müdürlüğü B.07.4.DEF.0.34.20./13/05/2005*3788 VUK-1-11452 sayılı yazı (www.ivdb.gov.tr - 14.12.2016).

⁴⁵ Uysal/Eroğlu, Açıklamalı ve İçtihatlı Vergi Usul Kanunu, 3. Baskı (Ankara: 2005), s. 590.

naat verici hallerde kesin rehin açığı belgesine bağlı alacak değersiz alacak hükmünde de olabilir. Ancak bu durum altında da borcun tahsiline imkân kalmadığına kanaat verici bir belge olarak kesin rehin açığı belgesi yerine ayrıca bir haciz veya iflas yoluyla takip yapıldıktan sonra alınacak olan kesin aciz belgesinin kullanılması daha yerinde olacaktır.

Kesin rehin açığı belgesine bağlanmış alacağın değersiz alacak mı yoksa şüpheli alacak olarak mı nitelendirilmesindeki önem bu alacakların nasıl muhasebeleştirileceğinde karşımıza çıkmaktadır. Şöyle ki, değersiz alacaklar, değersiz alacak mahiyetine girdikleri tarihte tasarruf değerlerini kaybederler ve mukayyet kıymetleriyle zarara geçirilerek yok edilirler. İşletme hesabı esasına göre defter tutan mükellefler ise değersiz alacaklarını gider kaydetmek suretiyle yok ederler. Şüpheli alacaklar ise bir karşılık hesabı açılarak zarara yazılır. Diğer bir deyişle pasifte karşılık ayrılma- dan bir alacağın şüpheli alacak olarak zarar hesabına aktarılması mümkün değildir⁴⁶. Aksi halde vergi incelemesi sırasında matrah farkı olarak dikka- te alınır ve cezalı vergi ödenmesi söz konusu olur⁴⁷.

II. Geçici Rehin Açığı Belgesi (İİK md. 150/f)

1. Genel Bilgi

Rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip devam ederken alacaklının satış talebinden sonra takdir edilen ve kesinleşen kıymet ile rehinli malın alacağın tamamını karşılamayacağı anlaşılırsa bu açık kalan miktar için alacaklının talebi üzerine kendisine bir geçici rehin açığı belgesi verilir (İİK md. 150/f; İİK Yön. md. 53). Maddenin amacı dikkate alındığında rehinli malın alacağın tamamını karşılamama ihtimali altında haciz yoluna başvurmak isteyen rehinli alacaklı önce rehne başvurma kuralının ortaya çıkara- cağı sakıncalardan korunmak istemiştir⁴⁸. Diğer bir deyişle, bu hükümle rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip ile alacağına kavuşmak isteyen alacaklının kesin rehin açığı belgesi düzenlenene kadar geçecek sürede (taki- bin kesinleşmesi, paraya çevirme ve paraların paylaşılması aşamaları) adi alacaklıların borçlunun diğer mallarını haczettirip sattırması sonucunda

⁴⁶ Danıştay 4. Daire, 07.03.1995 T. E: 1124, K: 955 (www.legalbank.net - 14.12.2016).

⁴⁷ Uysal/Eroğlu, a.g.e., s. 594.

⁴⁸ Gürdoğan, a.g.e., s. 94.

YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)

daha kötü bir duruma düşmesi engellenmek istenmiştir⁴⁹. İsviçre İcra ve İflas Kanunu'nda yer almayan geçici rehin açığı belgesi kurumu 538 sayılı Kanun'la yapılan bir değişiklik ile İcra ve İflas Kanunumuzda önce rehne başvurma kuralının (İİK md. 45) bir istisnasını getirmiştir⁵⁰.

Geçici rehin açığı belgesi rehinli malın paraya çevrilmesi sonucunda elde edilecek paranın rehinli alacaklının alacağını karşılamayacağına anlaşılması üzerine, alacaklının istemi üzerine, icra dairesi tarafından asıl ipotek borçlusu hakkında verilir⁵¹. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi 09.04.2004 tarihli bir kararında hakkında rehin açığı belgesi düzenlenmiş olan borçlunun vefatı üzerine mirasçılardan şahsi mallarına gidilemeyeceğine belirterek bu hususu şu şekilde vurgulamıştır:

“4.11.1999 tarihinde alacaklının ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile başlattığı takipte borçlu Mehmet Köseoğlu taşınmazın asıl borçlunun borcuna karşılık ipotek eden malik üçüncü kişi konumunda olup, icra dosyasında yapılan kıymet takdirleri sonucu, taşınmazın ipotek borç bedelini tam karşılamadığı anlaşılmalı İİK.nun 150/f maddesi gereğince muvakkat rehin açığı belgesinin asıl ipotek borçlusu adına verilmesi gerekir. Zira üçüncü kişinin bu borçtan sorumluluğu taşınmazın kıymeti ile sınırlıdır. Öte yandan somut olayda gözlemlendiği gibi takibin kesinleşmesinden sonra 18.05.2002 tarihinde borçlu Mehmet Köseoğlu'nun vefatı ile takip İİK.nun 53/son madde hükmü gereğince mirasçılara ihbar edilmiş ise de murisleri hakkında dahi hüküm ifade etmeyen rehin açığı belgesine dayanılarak, mirasçılardan şahsi mallarının haciz edilemeyeceğinin tabii bulunmasına, tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dayandıkları belgelere, temyiz olunan kararda yazılı gerekçelere göre yerinde bulunmayan temyiz sebeplerinin reddiyle usul ve kanuna uygun mahkeme kararının İİK.nun 366. ve HUMK.nun 438. maddeleri uyarınca ONANMASINA (...)⁵²”.

Borçlunun kişisel olarak sorumlu olduğu durumlarda ancak geçici rehin açığı belgesinin düzenlenebilmesi mümkündür⁵³. Yani, İİK md. 152,

⁴⁹ Budak, İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip, 2. Baskı (İstanbul: XII Levha 2009), s. 19.

⁵⁰ Deynekli, a.g.e., s. 73; 227.

⁵¹ Uyar, Şerh C:8, s. 12434. Ayrıca aynı yöne bkz: 12 HD. 10.03.2015 T. E: 2979, K: 5357 (Kuru, İstinaf, s. 447, dn: 4).

⁵² 12 HD. 09.04.2004 T. E: 3959, K: 8753 (www.legalbank.net – 14.12.2016).

⁵³ Gürdoğan, a.g.e., s. 95.

f.2'ye kıyasen alacaklı borçlunun sorumluluğunun irat senedi veya taşınmak yükünden doğduğu hallerde geçici rehin açığı belgesi düzenlenmesini talep edemez⁵⁴.

Geçici rehin açığı belgesi alacaklıya satış talebinden sonra, isteği üzerine verilen bedava ve pulsuz bir belgedir. Bu belgeye, dosya numarası; alacaklı ve borçlunun adı ve soyadı; alacağın miktarı, rehnedilenin takdir edilen kıymeti ve kıymete göre açık kalan miktar ve ne için verildiği; bu belgenin kanunî dayanağı yazılır. Belge, icra müdürü tarafından imzalanır ve mühürlenir. Belge iki nüsha olarak düzenlenir ve biri dosyasında saklanır (İİK Yön. md. 53). Uygulamada geçici rehin açığı belgesi olarak basılı örnekler kullanılmaktadır⁵⁵.

2. Geçici Rehın Açığı Belgesinin Hüküm ve Sonuçları

Geçici rehin açığı belgesine dayanan alacaklı, rehinli mal henüz paraya çevrilmeden rehinli mal bedelinin karşılamayacağı tahmin edilen alacak miktarı için aynı takip dosyası üzerinden⁵⁶ borçlunun diğer mallarına haciz konulmasını icra müdüründen talep edebilir. Ancak rehinli mal satılıp alacaklının bakiye kalan alacak miktarı kesinleşmedikçe alacaklı haczedilen malların satışını isteyemez. Haczedilen mallar diğer alacaklıların talebi ile satılmış olsa bile bu satış bedellerinden alacaklıya ayrılan miktar bakiye kalan alacak miktarı kesinleşinceye kadar kendisine ödenmez; İİK md. 9 uyarınca icra dairesince muhafaza altına alınır⁵⁷. Bu yönüyle geçici rehin açığı belgesi hem alacaklının borçlunun diğer mallarına giderek alacağını güvence altına almasını sağlayarak; hem de borçlunun paraya çevirme işlemi sona ermeden mallarının satılmasını engelleyerek iki yönlü bir koruma sağlamaktadır⁵⁸.

Kanunda belirtilmiş olan hüküm bu şekilde olmakla beraber burada *Kuru*⁵⁹'nun belirtmiş olduğu nokta önem arz etmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 18.04.2001 tarihli kararında “*takep konusu alacağın rehinle*

⁵⁴ *Budak*, a.g.e., s.20.

⁵⁵ Geçici rehin açığı belgesi (Örnek No: 30) için bakınız: Ek – 2.

⁵⁶ Bkz: 538 sayılı Kanun'a ait Adalet Komisyonu Raporu Gerekçesi (*Uyar*, Şerh C:8, s. 12433).

⁵⁷ *Kuru*, El Kitabı, s. 1026.

⁵⁸ *Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özkes*, İcra İflas, s. 419; *Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özkes*, Ders Kitabı, s. 352.

⁵⁹ *Kuru*, El Kitabı, s. 1026 dn: 31.

YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)

karşılanamayacağına belirgin olması halinde, tüm alacak için tahsilde tekerrür olmamak kaydı ile haciz yolu ile takip yapılmasında usulsüzlük bulunmadığına” karar vermiştir⁶⁰. Bu durumun sonucu olarak da uygulamada geçici rehin açığı belgesinin verilmesine gerek kalmadığına kanaat getirilebilir⁶¹. Kanaatimizce mahkemenin vermiş olduğu bu karar isabetli değildir. Çünkü rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip devam ederken karardaki ucu açık biçimde belirtildiği üzere “alacağın rehinle karşılanamayacağına belirgin olması” hali herhangi bir aşamada vuku bulduğunda önce rehne başvurma kuralı açık bir şekilde ihlal edilmiş olacaktır. Bu karar ile alacağının tamamen karşılanamayacağı kanaatinde olan rehinli alacaklının kıymet takdirinden dahi önce diğer yollara başvurarak alacağını takip etmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır.

Ayrıca geçici rehin açığı belgesine sahip alacaklı İİK md. 100 esasları dâhilinde diğer alacaklıların hazineye iştirak edebilir (İİK md. 150/f, f.2). Burada aynı hacizli malların diğer alacaklılar tarafından sattırılmasında olduğu gibi iştirak geçici nitelikte olup satış bedelinin alacağın tamamını karşılamayacağına kesinleşmesi halinde alacaklıya ayrılan pay kendisine ödenecektir⁶².

Rehnin satışı neticesinde, alacağının tahsil edilemeyen bakiye kısmını alacaklı, her halde, borçlunun diğer mahcuz mallarından rüçhansız olarak alır.

⁶⁰ YHGK 18.04.2001 T. E: 12-354 K: 367 (Uyar, Şerh C:8, s. 12440).

⁶¹ *Kuru*, El Kitabı, s. 1026 dn: 31.

⁶² *Muşul*, a.g.e., C. II, s. 1026; *Muşul*, a.g.e., s. 502.

EK – 1**T.C.****İcra Dairesi****Örnek No:31⁶³****Dosya No :****REHİN AÇIĞI BELGESİ**

- 1-Alacaklının adı, soyadı :
- 2-Borçlunun adı, soyadı :
- 3-Alacağın miktarı :
- Yalnız
- 4-Rehnedilene takdir edilen değer :
- 5-Satış tutarı :
- 6-Satış yapılmamışsa sebebi :
- 7-Geriye kalan alacak miktarı :
-

İşbu rehin açığı belgesi İcra ve İflâs Kanununun 152 nci maddesi uyarınca
 / / tarihinde alacaklı verilmiştir.
 / /

(İİK m.152)

..... / /

İcra Müdürü**Mühür ve İmza**

⁶³ Bu örnek, bu Yönetmelikten önceki uygulamada kullanılan Örnek 160'a karşılık gelmektedir.

EK – 2**T.C.****İcra Dairesi****Dosya No :****Örnek No: 30⁶⁴****MUVAKKAT REHİN AÇIĞI BELGESİ**

- 1-Alacaklının adı, soyadı :
- 2-Borçlunun adı, soyadı :
- 3-Alacağın miktarı : (.....)
- 4-Rehnedilenin takdir edilen kıymeti: (.....)
- 5-Takdir edilen kıymete göre açık kalan miktar :

İşbu rehin açığı belgesi İcra ve İflâs Kanununun 150/f maddesi uyarınca/...../..... tarihinde alacaklı verilmiştir.

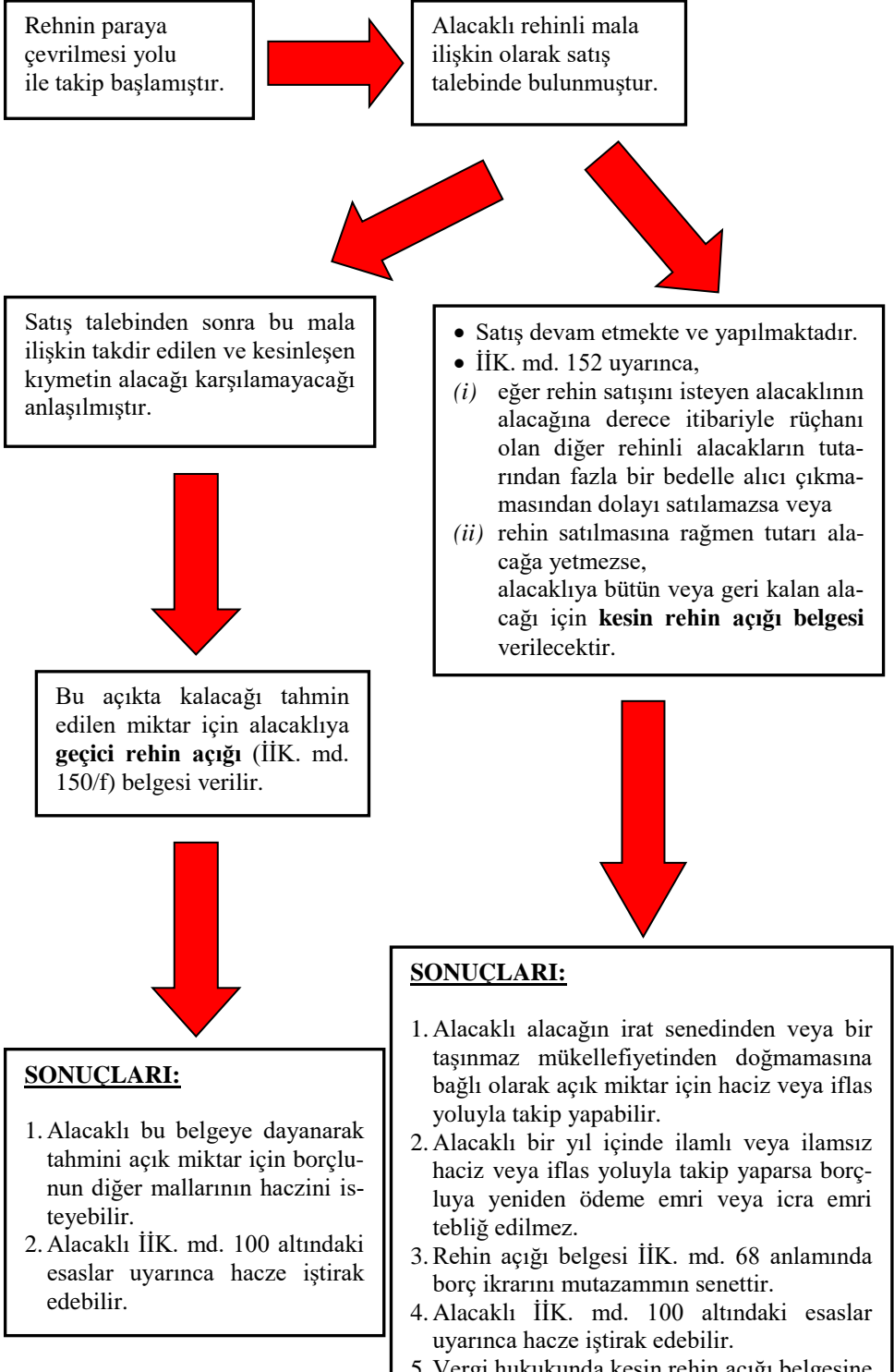
(İİK m.150/f)

...../...../.....

İcra Müdürü**Mühür ve İmza**

⁶⁴ Bu örnek, bu Yönetmelikten önceki uygulamada kullanılan Örnek 159'a karşılık gelmektedir.

EK - 3: Rehin Açığı Belgesi (İİK. md. 150/f ve md. 152)



KISALTMALAR

- a.g.e.: Adı Geçen Eser
b.: Bent
C.: Cilt
dn.: Dipnot
E.: Esas Numarası
f.: Fıkra
HD.: Hukuk Dairesi
YHGK.: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
İİD.: İcra İflas Dairesi
İİK.: İcra İflas Kanunu
İİK. Yön.: İcra İflas Kanunu Yönetmeliği
K.: Karar Numarası
md.: Madde
no.: Numara
TMK.: Türk Medeni Kanunu
s.: Sayfa
Sa.: Sayı
vd.: Ve Devamı
VUK.: Vergi Usul Kanunu

KAYNAKÇA

- Arslan, Mehmet:* Vergi Hukuku, 4. Baskı (Ankara: Yaklaşım 2005).
Arslan, Ramazan / Yılmaz, Ejder /Taşpınar-Ayvaz, Seda: İcra ve İflas Hukuku, 1. Baskı (Ankara: Yetkin 2016).
Akyazan, Sıtkı: Borç Ödemeden Aciz Belgesi (Ansay Armağanı).
Akyüz, Erdem: İcra ve İflas Kanunu'nda Değişiklik Yapan 3222 Sayılı Kanun Üzerinde İnceleme, Ankara Barosu Dergisi, 1985/5-6.
Berkin, Necmeddin: İcra Hukuku Dersleri (İstanbul: Hamle Matbaası 1969).
Budak, Ali Cem: İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip, 2. Baskı (İstanbul: XII Levha 2009).
Deliduman, Seyithan: İcra ve İflas Hukukumuzda Borç Ödemeden Aciz Vesikası, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1995.

Deynekli, Adnan: İcra ve İflas Hukukunda İpoteğin Paraya Çevrilmesi, (Ankara: Turhan 2013).

Gürdoğan, Burhan: Türk-İsviçre İcra ve İflas Hukukunda Rehnin Paraya Çevrilmesi, (Ankara: Ajans Türk Matbaası 1967).

Gürdoğan, Burhan: İpoteğin Paraya Çevrilmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar (Ankara: Türkiye Bankalar Birliği Yayınları 1979).

Kaçak, Nazif: İpotek ve İpoteğin Paraya Çevrilmesi, 3. Baskı (Ankara: Seçkin 2013).

Karlı, Abdurrahim: İcra Hukuku Ders Kitabı, Yenilenmiş 1. Baskı (İstanbul: Alternatif 2010).

Kızılot, Şükrü: Danıştay Kararları ve Özelgeler C:2 (İstanbul: Yaklaşım 1994).

Kuru, Baki: İcra ve İflas Hukuku C:3, 3. Tıpkı Basım (İstanbul: Alfa 1993).

Kuru, Baki: İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Baskı (Ankara: Adalet 2013).

Kuru, Baki: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku, 1. Baskı (İstanbul: Legal 2016).

Kuru, Baki / Arslan, Ramazan / Yılmaz, Ejder: İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 27. Baskı (Ankara: Yetkin 2013).

Muşul, Timuçin: İcra ve İflas Hukuku C. II, 6. Baskı (Ankara: Adalet 2013).

Muşul, Timuçin: İcra ve İflas Hukukunun Esasları, 5. Baskı (Ankara: Adalet 2015).

Uyar, Talih: İcra ve İflas Kanunu Şerhi C:8, 2. Baskı 2007.

Üstündağ, Saim: İcra Hukukunun Esasları, 8. Bası (İstanbul: Yetkin 2004).

Pehlivanlı, Gündüz: Açıklamalı İcra ve İflas Kanunu C:1 (Ankara: Turhan 1998).

Pekcanitez, Hakan / Atalay, Oğuz / Sungurtekin-Özkan, Meral / Öze-kes, Muhammet: İcra ve İflas Hukuku, 6. Bası (Ankara: Yetkin 2008).

Pekcanitez, Hakan / Atalay, Oğuz / Sungurtekin-Özkan, Meral / Öze-kes, Muhammet: İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 2. Bası (Ankara: Yetkin 2014).

Postacıoğlu, İlhan / Altay, Sümer: İcra Hukuku Esasları, 5. Baskı (İstanbul: Vedat 2010).

Öztek, Selçuk: İcra ve İflas Hukukunda Borç Ödemeden Aciz Vesikası (İİK m. 143; m. 251), 1. Bası (İstanbul: Alfa 1994).

Uysal, Ali / Eroğlu, Nurettin: Açıklamalı ve İçtihatlı Vergi Usul Kanunu, 3. Baskı (Ankara: 2005).

Yıldırım, Kamil: İcra Hukuku Ders Notları, 1. Baskı (İstanbul: Alkım 2002).

Yıldırım, Kamil / Deren – Yıldırım, Nevhis: İcra Hukuku, 5. Baskı (İstanbul: Beta 2012).

KARAR VE GÖRÜŞLERİN LİSTESİ

12 HD. 28.01.2015 T. E: 2014/28490, K: 2150

12 HD. 10.03.2015 T. E: 2979, K: 5357

8 HD. 12.10.2012 T. E: 7851, K: 9057

YHGK 29.02.2012 T. E: 17-49, K: 114

12 HD 26.01.2009 T. E: 559, K: 1424

12 HD. 13.01.2009 T. E: 2008/27103, K: 385

19 HD. 23.12.2004 T. E: 2572, K: 12980

12 HD 09.04.2004 T. E: 3959, K: 8753

YHGK 18.04.2001 T. E: 12-354 K: 367

YHGK 1.12.1999 T. E: 15-986, K: 997

12 HD. 31.03.1994 T. E: 3653, K: 4346

11 HD 02.07.1987 T. E: 3601, K: 4048

12 HD. 18.03.1992 T. E: 1991/9637, K: 3279

İİD. 23.11.1968 T. E: 11048, K: 10834

İİD. 19.11.1968 T. E: 9846, K: 10614

Danıştay 4. Daire 07.03.1995 T. E: 1124, K: 955

Danıştay 4. Daire 11.10.1991 T. E:1989/1829, K: 3078

T.C. Gelir İdaresi Başkanlığı Büyük Mükellefler Vergi Dairesi Başkanlığı B.07.1.GİB.0.04.99.16.01./01/VUK-322-2008-MUK-18 sayılı yazı

T.C. İstanbul Valiliği Defterdarlık Usul Gelir Müdürlüğü B.07.4.DEF.0.34.20./13/05/2005*3788 VUK-1-11452 sayılı yazı

ULUSLARARASI HUKUKTA DENİZ TERÖRİZMİ VE DENİZ HAYDUTLUĞUNUN MUKAYESESİ

(A COMPARISON BETWEEN MARITIME TERRORISM AND MARITIME PIRACY IN
INTERNATIONAL LAW)

Ferhat ALTUNDAĞ¹

ÖZET

Denizde gerçekleşen en eski suçlardan biri olan deniz haydutluğu uluslararası toplumun denizde adaleti sağlama gayretlerinin başından beri evrensel yargı yetkisine tabi olmuştur. Deniz haydutluğunun çağlar boyunca değişik şekillerde devam eden uzun soluklu varlığına rağmen, uluslararası hukukta kodifikasyon süreci Harvard Araştırma Grubunun 1932'deki çalışmalarıyla başlamış, 1958 Cenevre Açık Denizler Sözleşmesiyle devam etmiş ve yarım yüzyıl sonunda 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesiyle son bulmuştur. Deniz haydutluğuna göre uluslararası sahneye daha geç çıkan deniz terörizmi, 1988 tarihli Denizde Seyir Güvenliğine Karşı Yasadışı Eylemlerin Önlenmesine Dair Sözleşme'nin imzalanmasına vesile olan ve 1985'te Akdeniz'de gerçekleşen Achille Lauro olayı ile birlikte yeniden uyanmıştır. El-Kaide terör örgütü ABD'nin Ortadoğu'da artan etkinliğine karşı 11 Eylül saldırılarından aylar önce deniz terörü mücadelesi başlatmış ve Aden limanında bulunan ABD savaş gemisi USS COLE'u terörist bot saldırısı ile vurmuştur. Ekim 2002'de Yemen açıklarında Fransa bayraklı tanker Limburg'a gerçekleştirilen bir diğer El-Kaide saldırısından sonra deniz güvenliğinin sağlanması uluslararası terörizmle mücadelede öne çıkmıştır. Denizde gerçekleşen ve iç içe geçmiş iki suç olan deniz haydutluğu ve deniz terörizmi pek çok benzerliğe sahip olsa da, dikkate alınması gereken önemli farklılıklar da söz konusudur. Bu makalede ilk olarak, genel ve özel tanımları dahil olmak üzere,

¹ Harp/Harekât Hukuku Uzmanı, Türk Deniz Kuvvetleri, e-posta: ferhat.altundag@gmail.com

deniz haydutluğunun kodifikasyon sürecini ele alınmaktadır. Müteakiben BMDHS tanımı kapsamında suçun unsurlarıyla ilgili detaylı açıklamalar yapılmakta, deniz terörizminin genel özellikleri ve SUA sözleşmesinden söz edildikten sonra deniz haydutluğu ve deniz terörizmi arasındaki benzerlikler ve farklılıklar ortaya konmaktadır. Nihayet deniz kökenli bu iki uluslararası suça ilişkin öz bir karşılaştırma yapılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: deniz haydutluğu, deniz terörizmi, BMDHS, SUA Sözleşmesi, uluslararası deniz hukuku.

ABSTRACT

Maritime piracy, one of the oldest crimes conducted at sea, have come under the universal jurisdiction since the very beginning of international community's attempts to secure international justice at sea. Despite maritime piracy's long-lasting existence in different forms through ages, codification process under international law had begun with Harvard Research Groups efforts in 1932, followed by Geneva Convention on the High Seas in 1958, and through nearly a half century, finalized by United Nations Convention on Law of the Sea in 1982. Maritime terrorism, newly promoted to the international scene compared to maritime piracy, aroused by the Achille Lauro incident on Mediterranean in 1985, subsequently led to the adoption of the Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Maritime Navigation. Al-Qaida launched a maritime terror campaign several months before 9/11 attacks, hitting United States guided-missile USS COLE with terrorist boat attack in port Aden, as a response to increasing United States involvement in the Middle East. After another Al-Qaida directed attack against France flagged supertanker Limburg off coast Yemen in October 2002, providing maritime security came up to the fore in international counter-terrorism efforts. Maritime piracy and maritime terrorism, two intertwined crimes taking place at sea, have indeed many similarities, but there are also significant differences should be taken into account. This article initially analyses the codification process of maritime piracy, including general and specific definitions of maritime piracy. Then it gives a detailed explanation about elements of crimes according to UNCLOS definition. After having cited general specifications of maritime terrorism and SUA Convention, it discusses similari-

ties and differences between maritime piracy and maritime terrorism. Eventually it sets out a brief comparison of two maritime-based international crimes.

Keywords: *maritime piracy, maritime terrorism, UNCLOS, SUA Convention, international maritime law.*

GİRİŞ

Arapça kökenli “haydut” kelimesinin sözlük anlamı “silahlı soygun yapan, yol kesen kimse”dir.² İngilizce karşılığı olan “pirate” kelimesi ise Latince “pirata” kelimesinden gelmektedir. Latince “pirata” kelimesinin Türkçe karşılığı “korsan”dır. Ancak deniz haydutluğu ile deniz korsanlığı birbirinden farklı anlaşılması gereken, hukuki tanımları farklı olan kavramlardır. 1856 Paris Deklarasyonu ile birlikte uluslararası hukuk alanından kaldırılan deniz korsanlığı 19’uncu yüzyılın ortalarına kadar varlığını sürdüren, devletler tarafından verilen yetkiye istinaden denizde gerçekleştirilen ve ganimet elde etmeyi esas alan eylemlere verilen addır. Ancak günümüzde farklı kavramlar olmalarına rağmen özellikle günlük konuşmada deniz korsanlığı ile deniz haydutluğu aynı anlamda kullanılmaktadır.³

Deniz haydutluğu denizin ticari maksatla kullanıldığı ilk dönemlerden günümüze kadar dünyanın değişik bölgelerinde farklı boyutlarda varlığını sürdüren geniş tarihsel sürece sahip bir uluslararası suç tipi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu tarihsel süreçte deniz haydutluğu faaliyetlerinin özellikle önemli deniz ticaret yolları çevresinde ve denizde kıyı devletlerinin otorite boşluğu olduğu dönemlerde yükselişe geçtiği görülmektedir. Deniz haydutluğunun uluslararası suç niteliği kazanması onun tüm denizci devletlerin çıkarlarını ilgilendiren ve devletlerin egemen yargı yetkisinin olmadığı açık denizlerde de gerçekleşmesiyle ilgilidir. Bu durum deniz

² *Türk Dil Kurumu Resmi İnternet Sayfası*, “Güncel Türkçe Sözlük”, http://www.tdk.org.tr/index.php?option=com_gts&view=gts (Erişim Tarihi: 08.05.2014).

³ Kerem Batır, *Yirmibirinci Yüzyılda Deniz Haydutluğu ve Uluslararası Hukuk*, USAK Yayınları, Ankara, 2011, ss.1-3.
YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)

haydutluğu suçunun hukuk terminolojisinde “*sui generis*”, kendine özgü olan şekilde ifade edilmektedir.⁴

Deniz haydutluğunun uluslararası güvenliğe olan etkileri tüm insanlığı kapsamaktadır. Deniz haydutları ayırım gözetmeksizin ve bayrağı ne olursa olsun kazanç sağlayabilecekleri her gemiye saldırarak tüm insanlık için tehdit oluşturmaktadır. Bu nedenle deniz haydutluğu literatürde “*hostis humani generis*”, tüm insanlığın düşmanı olarak anılmaktadır.⁵ Deniz haydutluğu suçunun evrensel yargı yetkisine tabi olması suçun bu niteliği ile doğrudan ilişkilidir. Tüm uluslararası kamuoyunu etkileyen bu suç için uluslararası teamül hukukunda ve andlaşmalar hukukunda evrensel yargı yetkisinin varlığı söz konusudur.

Terörizm ise uluslararası hukukta deniz haydutluğuna göre çok daha yeni bir kavramdır. Zira günümüz uluslararası hukukunda evrensel nitelikte kabul gören bir terörizm tanımı bulunmamaktadır. Devletlerin terörizmin önlenmesine yönelik çok sayıda uluslararası andlaşma imzalamasına rağmen terörizmin tanımını yapmakta isteksiz davrandıkları görülmektedir.⁶

Terörizm üzerine yapılan akademik çalışmalar ve araştırmalar terör eylemlerinin ağırlıklı olarak karada gerçekleştiğini ortaya koymaktadır. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri’ndeki (ABD) “National Targeting Center” isimli resmi bir kuruluşun araştırmasına göre 2004 yılında ABD’ye yönelik gerçekleştirilen 651 terör eyleminden sadece ikisinin denizde olduğu belirlenmiştir. Ancak denizde gerçekleşen eylem sayısının azlığı deniz terörizminin göz ardı edilmesi için dayanak değildir. Deniz terörizminin uluslararası kamuoyunun dikkatini çekmesine yol açan olay 1985 yılında Mısır’dan İsrail’e seyreden İtalya bayraklı yolcu gemisi *Achille Lauro*’nun Filistin Kurtuluş Örgütü (FKO) mensubu 4 militan tarafından kaçırılması ve bir ABD vatandaşının öldürülmesidir. Yakın geçmişte gerçekleşen ve geniş yankı bulan bir diğer eylem 2000 yılında Yemen’in Aden limanında ABD’ye ait savaş gemisi *USS COLE*’a yönelik gerçekleş-

⁴ Penny Campbell, A Modern History of the International Legal Definition of Piracy, Bruce A. Elleman et. al. (ed) *Piracy and Maritime Crime Historical and Modern Case Studies*, Naval War College Press, New Port Rhode Island, 2010, 19-32, p.20.

⁵ Alfred P. Rubin, *The Law of Piracy*, Naval War College Press, Newport Rhode Island, 1988, p.82.

⁶ Hüseyin Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, ss. 209-210.

tirilen terörist bot saldırısıdır. 17 denizcinin ölümüne ve milyonlarca dolarlık maddi hasara yol açan saldırı deniz terörizminin varlığını bir kez daha hatırlatmış ve deniz güvenliğinin sağlanmasına yönelik gayretleri motive etmiştir.⁷

21'inci yüzyılın başından itibaren artış gösteren deniz haydutluğu ve deniz terörizmi eylemleri devletlerin bu tehditlere karşı kolektif tedbirler almalarını ve işbirliği yapmalarını gerekli kılmıştır.⁸ Deniz haydutluğu ve deniz terörizmi arasında sıkı bir bağ olduğuna ilişkin bir izlenim vardır. Ancak iki kavram arasında benzerlikler olduğu kadar farklılıklar da bulunmaktadır.⁹ Bu çalışmada insanoğlu için büyük öneme sahip denizlerin güvenliğine hanel getiren bu iki suç uluslararası hukuk çerçevesinde ele alınarak mukayese edilecektir.

1. Uluslararası Hukukta Deniz Haydutluğunun Tanımlanması: Tarih-sel Süreç

Uluslararası hukukta deniz haydutluğu kavramı ele alınırken deniz haydutluğundan hukuken çok farklı bir kavram olan deniz korsanlığının kaldırıldığı 1856 Paris Deklarasyonu¹⁰ ve takip eden sürecin incelenmesi uygun olacaktır. 1856 Paris Deklarasyonu'nun "Korsanlık" başlıklı 1'inci maddesinde "Korsanlık yürürlükten kaldırılmıştır ve öyle kalacaktır." ifadesiyle deniz korsanlığı yasaklanmıştır. Deniz korsanlığının yasaklanmasıyla birlikte deniz haydutluğu ile deniz korsanlığı eylemlerinin karıştırılması ihtimali ortadan kalkmıştır.¹¹

Modern anlamdaki deniz haydutluğunun kodifikasyon sürecinin ise 1932 tarihli Harvard Araştırma Grubu Deniz Haydutluğu Taslak Konvan-

⁷ Richard Farrell, "Maritime Terrorism Focusing on the Probable", *Naval War College Review*, Vol. 60 No:3, Summer 2007, 46-60, pp. 47-48.

⁸ Hayrettin Kurt, "Deniz Haydutluğuna ve Terörizmine İlişkin Ulusal Mevzuatımızdaki Yeni Gelişmeler", *Akademik Teklif*, Sayı: 1, Temmuz 2013, 204-217, s. 205.

⁹ Bjorn Moller, *Piracy, Maritime Terrorism and Naval Strategy*, Danish Institute for International Studies Report, Report Nu: 2009/02, Kopenhag, p. 23.

¹⁰ Paris Deklarasyonu 1853 Osmanlı İmparatorluğu-Rusya savaşının ardından 28 Şubat 1856'da Paris'te toplanan barış konferansının çalışmaları sonucunda 16 Nisan 1856'da Osmanlı İmparatorluğu, Rusya, Birleşik Krallık, Avusturya, Fransa, Prusya ve Sardunya tarafından imzalanmıştır.

(http://archive.org/stream/greateuropeantre00oakeiala/greateuropeantre00oakeiala_djvu.txt, Erişim Tarihi: 27.05.2014).

¹¹ Kerem Batır, *a.g.e.*, s. 88.

YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)

siyonu ile başladığı görülmektedir. Taslak konvansiyon 19 maddeden oluşmuştur ve günümüzde kabul edilen deniz haydutluğu tanımının temeli teşkil etmektedir. Milletler Cemiyetinin girişimiyle başlatılan çalışmanın, günün koşullarına göre oldukça kapsamlı bir taslak metnin ortaya çıkmasını sağladığı, kodifikasyon sürecinde önemli bir kilometre taşı olduğu anlaşılmaktadır.¹² Taslak konvansiyonun 3'üncü maddesine göre:

“Deniz haydutluğu herhangi bir devletin ülkesel yargı yetkisinde olmayan yerlerde işlenen aşağıdaki eylemlerden herhangi biridir.

1. Bir kişiyi soyma, tecavüz etme, yaralama, köleleştirme, tutuklama ya da öldürme ya da bir malı çalma ya da tahrip etme niyetiyle, iyi niyetli hak iddia etme amacından farklı olarak özel çıkarlar için işlenen, denizden veya havadan gelen bir saldırı ile bağlantılı olan herhangi bir şiddet veya yağmalama eylemi. Eğer eylem gemi üzerinden başlayan bir saldırı ile bağlantılıysa, o gemi ya da eyleme karışan diğer gemi mutlaka deniz haydudu gemisi olmalı ya da milliyeti olmayan bir gemi olmalıdır.

2. Bir gemiyi deniz haydudu yapan unsurları bilincinde olarak gönüllü olarak geminin faaliyetlerine katılma eylemi.

3. Paragraf 1 ve 2'de belirtilen eylemlerin yapılmasını teşvik etme ya da kasten kolaylaştırma eylemi.”

Harvard Araştırma Grubunun çalışmalarından sonra uluslararası bloklaşma ve müteakiben II. Dünya Savaşının yaşanması konuya ilişkin çalışmalara ara verilmesine yol açmıştır. Ancak özellikle Birleşmiş Milletler bünyesinde 1949 yılında kurulan Uluslararası Hukuk Komisyonunun çalışmaları deniz haydutluğunun kodifikasyonunun tekrar ele alınmasını sağlamıştır. 1955 yılında Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından BM Genel Kurulu'na sunulan raporda Harvard Araştırma Grubu Deniz Haydutluğu Taslak Konvansiyonunda yer alan tanıma küçük değişikliklerle yer verildiği görülmektedir. Nitekim Uluslararası Hukuk Komisyonunun raporundaki tanım 1958 yılında imzalanan Cenevre Deniz Hukuku Sözleşmelerinden¹³ biri olan Açık Denizler Sözleşmesi'nin 15'inci maddesinde şu şekilde yer almıştır:

¹² Alfred P. Rubin, *a.g.e.*, ss.308-309.

¹³ 29 Nisan 1958 tarihinde imzalanan Cenevre Deniz Hukuku Sözleşmesi 4 sözleşme ve 1 protokolden ibarettir. Bunlar: “Karasuları ve Bitişik Bölge Sözleşmesi”, “Açık Denizler Sözleşmesi”, “Açık Denizlerdeki Canlı Kaynakların Korunması ve Balıkçılık Sözleşmesi”
YUHFD Vol. XIII No. 2 (2016)

“Deniz haydutluğu aşağıdaki eylemlerden herhangi birini içerir:

1. Özel bir geminin veya özel bir uçağın mürettebatı veya yolcuları tarafından özel amaçlarla işlenen, şiddet, alıkoyma ya da yağmalama eylemleri.

a. Açık denizde, başka bir gemiye ya da uçağa, ya da böyle bir geminin veya uçağın üzerindeki kişilere ya da mallara yöneltilen eylemler.

b. Herhangi bir devletin yargı yetkisi dışında bulunan bir gemiye, uçağa, kişilere ya da mallara karşı yöneltilen eylemler.

2. Bir gemi veya uçağı haydut gemi veya uçak yapan unsurların bilincinde olarak geminin veya uçağın işletilmesine gönüllü katılma eylemi.

3. Bu maddede alt paragraf 1 ve 2’de belirtilen eylemlerin yapılmasını teşvik etme veya kasten kolaylaştırma eylemi”.

1958 Açık Denizler Sözleşmesindeki tanımda sayılan şiddet, alıkoyma ve yağmalama eylemlerinin Harvard Araştırma Grubu Deniz Haydutluğu Taslak Konvansiyonunda yer alan tanıma göre daha basit şekilde ele alınarak detaylandırılmadığı görülmektedir. Yine bu sözleşmeyle tanıma “özel gemi veya özel uçak” ifadesi eklenerek, savaş gemileri ya da devlet gemilerinin faaliyetlerinin haydutluk olarak değerlendirilemeyeceği hükme bağlanmıştır.¹⁴

Günümüzde deniz haydutluğunun kodifikasyonunda en geniş ölçekte kabul gören tanım 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesinin¹⁵ (BMDHS) 101’inci maddesinde yer alan tanımdır. Bu tanıma göre deniz haydutluğu:

“a) Bir özel geminin veya bir özel uçağın mürettebatı veya yolcuları tarafından:

i) Açık denizde, başka bir gemiye veya uçağa veya bunlardaki kişi veya mallara karşı;

ii) Hiç bir devletin yetkisine tabi olmayan bir yerde, bir gemiye veya uçağa, kişilere veya mallara karşı, kişisel amaçlarla işlenen her türlü hukuka aykırı şiddet veya alıkoyma veya yağma eylemi;

si”, “Kıta Sahaneliği Sözleşmesi” ve “Anlaşmazlıkların Zorunlu Çözümüne İlişkin İhtiyari Protokol”dur.

¹⁴ Penny Campbell, *a.g.e.*, s.26.

¹⁵ 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesine 10 Mayıs 2014 itibarıyla 166 ülke taraftır. Türkiye sözleşmeye taraf değildir.
YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)

b) *Gemiye veya uçağa deniz haydudu gemi veya uçak niteliğini veren olaylara ait bilgisi olmak kaydıyla bir geminin veya bir uçağın kullanılmasına isteyerek katılma eylemi;*

c) *a) ve b) fıkralarında tanımlanan fiillerin işlenmesini teşvik eden veya bunları kolaylaştırmak üzere işlenen her eylem.”*

BMDHS tanımında 1958 Açık Denizler Sözleşmesindeki tanımın tamamına yakınının tekrar edildiği, kendisinden önceki tanıma bir yenilik getirilmediği görülmektedir. Buradan hareketle günümüzde geçerli deniz haydutluğu kodifikasyonunun temelinin 1932 tarihli Harvard Araştırma Grubu Deniz Haydutluğu Taslak Konvansiyonuna dayandığı söylenebilir.¹⁶ BMDHS tanımına göre suçun unsurları müteakip bölümde ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

Deniz haydutluğunu oluşturan eylemleri içeren bir diğer uluslararası sözleşme 1988 tarihli Denizde Seyir Güvenliğine Karşı Yasadışı Eylemlerin Önlenmesine Dair Sözleşmedir (SUA Sözleşmesi). Bu sözleşme yukarıda sözü edilen Achille Lauro adlı İtalya bayraklı yolcu gemisinin Akdeniz’de kaçırılması üzerine uluslararası toplumun denizde gerçekleşen terörizm eylemlerine karşı önlem alınması ve uluslararası seviyede işbirliği yapılması ihtiyacı üzerine hazırlanmış ve geniş ölçüde kabul görmüştür.¹⁷ Ancak sözleşmenin terörizm eylemlerine istinaden hazırlanması nedeniyle sözleşmede “deniz haydutluğu” ibaresi yer almamaktadır.

Günümüzde ekseriyetle bilgi toplama ve istatistik oluşturma maksatlarıyla Uluslararası Denizcilik Bürosu (IMB) tarafından kullanılan deniz haydutluğu tanımı ise şu şekildedir:

“Hırsızlık yapmak ya da herhangi bir suç işlemek amacıyla ve bu eylemin devamında kuvvet kullanma kabiliyetine ya da niyetine sahip olarak bir geminin üzerine çıkmak ya da çıkmaya teşebbüs etmek.”

Bu tanım Uluslararası Denizcilik Bürosu Deniz Haydutluğu Raporlama Merkezi (IMB-PRC) tarafından denizde meydana gelen şiddet hare-

¹⁶ Ved P.Nanda, “Maritime Piracy: How Can International Law and Policy Address This Growing Global Menace”, *Denver Journal of International Law and Policy*, Vol. 39:2, Winter 2011, 177-207, pp. 180-181.

¹⁷ 1988 tarihli Denizde Seyir Güvenliğine Karşı Yasadışı Eylemlerin Önlenmesine İlişkin Sözleşmeye 10 Mayıs 2013 itibarıyla 164 ülke taraftır. Türkiye 27 Eylül 1990 tarih ve 3662 sayılı kanunla sözleşmeyi onaylanarak taraf olmuştur.

ketlerine ilişkin bilgi toplanması maksadıyla kullanılmaktadır. Ancak IMB tanımının uluslararası hukuk yönünden bağlayıcılığı bulunmamaktadır.¹⁸

Açık denizlerde ya da bir devletin yetkisi altında olmayan yerlerde gerçekleşen deniz haydutluğu suçu uluslararası hukuk kapsamında evrensel yargı yetkisine tabidir. Ancak deniz haydutluğunu oluşturan eylemlerin bir devletin iç suları, karasuları ya da takımda suları gibi tam egemenliğe sahip olduğu deniz alanlarında gerçekleşmesi halinde “silahlı soygun” terimi kullanılmaktadır.¹⁹ Uluslararası Denizcilik Örgütü’nün (IMO) 2009 yılında kabul ettiği “Gemilere Karşı Deniz Haydutluğu ve Silahlı Soygun Suçlarının Soruşturulması İçin Uygulama Kodu”²⁰ deniz haydutluğu için BMDHS Madde 101’deki tanımları kabul ederken “silahlı soygun” için aşağıdaki tanıma yer vermektedir.

“Gemilere karşı silahlı soygun” aşağıdaki eylemlerden herhangi biri anlamındadır:

Bir devletin iç suları, takımda suları ve karasularında, özel amaçlarla ve bir gemiye yönelik olarak ya da bir gemide bulunan kişi ya da mallara yönelik olarak gerçekleştirilen, deniz haydutluğu eyleminden başka, her türlü hukuka aykırı şiddet ya da alıkoyma eylemi ya da herhangi bir yağma eylemi, ya da bunlarla ilgili tehdit;

Yukarıda belirtilen eylemi teşvik ya da kolaylaştırmaya yönelik herhangi bir eylem.”

2. 1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi Tanımı

Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi (BMGK) 2008’den itibaren Somali açıklarındaki deniz haydutluğu ile mücadeleye yönelik aldığı 14 kararın tamamında deniz haydutluğunun BMDHS’de yer alan uluslararası hukuk çerçevesinde olduğunu kabul etmektedir.²¹ BMDHS Madde 101’deki ta-

¹⁸ Annemarie Middelburg, *Piracy in a Legal Context: Prosecution of Pirates Operating off the Somalia Coast*, Wolf Legal Publishers, Nijmegen, 2011, pp. 11-12.

¹⁹ Barry Hart Dubner, “On the Definition of the Crime of Sea Piracy Revisited: Customary vs. Treaty Law and the Jurisdictional Implications Thereof”, *Journal of Maritime Law & Commerce*, Vol.42 No:1, January 2011, 71-100, pp. 76-77.

²⁰ **Code of Practice for the Investigation of Crimes of Piracy and Armed Robbery Against Ships**, Adopted on 2 December 2009, IMO Assembly 26th Session, Agende Item 10, Resolution A.1025(26), 18 January 2010, A 26/Res.1025.

²¹ **United Nations Security Council Resolution** Nu:S/RES/2125(2013), 18 November 2013, kararda geçen ilgili bölüm: “*Further reaffirming that international law, as reflected YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)*

nıma göre deniz haydutluğu suçunun oluşabilmesi için ilk ve en önemli unsur hukuka aykırı şiddet veya alıkoyma veya yağmalama eyleminin varlığıdır. İkinci unsur eylemin özel amaçlarla gerçekleştirilmiş olmasıdır. Üçüncü unsur eylemin özel bir geminin mürettebatı veya yolcuları tarafından işlenmiş olmasıdır. Dördüncü unsur eylemde en az iki geminin sözü konusu olmasıdır. Beşinci ve son unsur eylemin açık denizde veya herhangi bir devletin yargı yetkisi dışında bir yerde işlenmiş olmasıdır.

2.1. Hukuka Aykırı Şiddet veya Alıkoyma veya Yağmalama Eyleminin Varlığı

Tanımda yer alan hukuka aykırılık²² ifadesi doktrinde tartışmalara yol açmıştır. Zira bu ifade ile amaçlananın deniz haydutluğunun geçmişte uluslararası hukuk kurallarınca geçerli bir uygulama olan korsanlıktan ayırt edilmesi olduğu düşünülebilir. Ancak korsanlık uygulamasının 1856 Paris Deklarasyonu ile kaldırılmasına rağmen bu tanımda dikkate alınması günümüzde hukuka uygun olarak bu tür eylemlerin gerçekleştirilme ihtimalinin tamamen göz ardı edilmediği izlenimini oluşturmaktadır.²³

Şiddet, alıkoyma veya yağmalama eyleminin gerekliliği hukukçuların eleştirilerine yol açmıştır. Rosemary Collins ve Daud Hassan'a göre özellikle çoğu somut olayda mürettebatın ve yolcuların can güvenliğinin sağlanması ve idamesi için deniz haydutlarına karşı koyulmadığı ve haydutların doğrudan şiddet uygulamadan tehdit yoluyla kontrolü sağladıkları görülmüştür. Ancak maddenin geniş yorumlanmasıyla tehdit yoluyla mürettebatın yönlendirilmesinin alıkoyma kapsamında girebileceği ve haydutluk suçunu oluşturacağı ileri sürülebilir. Diğer yandan deniz haydutlarının özellikle Güneydoğu Asya'da seyirde veya demirdeki gemilere mürettebatın haberi olmaksızın girerek hırsızlık yaptıkları ve gemiyi terk ettikleri

in the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982 ("The Convention"), sets out the legal framework applicable to activities in the ocean, including countering piracy and armed robbery at sea,"

²² Sözleşmenin orijinal İngilizce metninde "illegal" kelimesi kullanılmıştır.

²³ A.Emre Öktem ve R.Bleda Kurtarcan, *Deniz Haydutluğu ve Korsanlık*, Denizler Kitabevi, İstanbul, 2011, s. 56.

olaylara rastlanmaktadır. Bu durumda oluşan hırsızlık suçunun yargı yetkisinin de bayrak devletinde olması söz konusudur.²⁴

2.2. Eylemin Özel Amaçlar İçin İşlenmesi

Deniz haydutluğu tanımındaki özel amaçlar için ifadesi²⁵ doktrinde farklı yorumlara yol açmıştır. Ancak tanımın temelini oluşturan Harvard Araştırma Grubu Deniz Haydutluğu Taslak Konvansiyonunun hazırlık çalışmaları (travaux préparatoires) incelendiğinde ifadenin bir devlete karşı başkaldıran ve bağımsızlık arayan isyancıların devlete yönelik saldırılarının deniz haydutluğu sayılmaması maksadını taşıdığı ortaya çıkmaktadır. Bu kapsamda ifadenin siyasi unsur içeren tüm saldırıları dışlamak maksadıyla kullanılmadığı açıktır.²⁶

İsyancılar için böyle bir istisna getirilmesinin temel nedeni devletlerin hükümetlerinin iç savaşlar sonucunda yeniden şekillenebilme olasılığıdır. İsyancıları teröristlerden ya da deniz haydutlarından ayıran unsur onların uluslararası hukuka uygun bir hükümet teşkil etmek için organize olma kapasitelerinin olmasıdır. Bir başka deyişle istisnanın dayanağı isyancıların gelecekteki potansiyel hükümet görevlileri olmaları ve eylemlerinin sadece devlet yönelik hedef gözeterek yapılmasıdır.²⁷

“Özel amaçlar için” ifadesi geleneksel hukuktaki deniz haydutluğu anlayışının temel unsuru olan hırsızlık ile bağdaştırılmaktadır. “*Animus furandi*”, çalma kastı her ne kadar deniz haydutluğunun temelinde yer alan bir güdü olsa da sınırlayıcı değildir. İntikam, tecavüz veya başka bir maksatla geminin, yolcuların ve mürettebatın güvenliğine hanel getiren her türlü şiddet eylemi maddi çıkar aranmaksızın haydutluk suçunu oluşturabilir. Hırsızlık amacı suçun olmazsa olmaz bir şartı değildir. Bu çerçevede “özel amaçlar için” ifadesi geniş anlamda yorumlandığında devlet onayı olmayan, kamusal yetki altında olmayan her türlü şiddet eylemini kapsa-

²⁴ Rosemary Collins and Daud Hassan, “Applications and Shortcomings of the Law of the Sea in Combating Piracy: A South East Asian Perspective”, *Journal of Maritime Law and Commerce*, Vol. 40 No:1, January 2009, 89-113, pp. 96-97.

²⁵ Sözleşmenin orijinal İngilizce metninde “*for private ends*” ifadesi kullanılmıştır.

²⁶ Malvina Halberstam, “Terrorism on the High Seas: The Achille Lauro, Piracy and the IMO Convention on Maritime Safety”, *The American Journal of International Law*, Vol. 82 No:2, April 1988, 269-310, p. 277.

²⁷ International Law Commission Articles, *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts 2001*, Article 10, Conduct of an insurrectional or other movement. *YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)*

maktadır.²⁸ Bu yoruma göre gerilla savaşı sürdüren isyancılarla veya devletle ilgisi olmayan, tamamen kişisel siyasi veya ideolojik görüşlerine göre davranan bir terörist, özel amaçları için hareket ettiğinden deniz haydudu sayılabilir.²⁹

2.3. Eylemin Özel Bir Geminin Mürettebatı veya Yolcuları Tarafından İşlenmesi

Deniz haydutluğunu oluşturan eylemin devlet gemileri tarafından işlenmesi durumunda bayrak devletinin sorumluluğu söz konusudur. Geleneksel uluslararası hukukta devletlerin savaş gemileri ya da devlet gemileri üzerinde tam egemenlik yetkileri bulunmaktadır. Nitekim bu husus BMDHS'nin "Mürettebatı isyan eden bir savaş gemisi, bir devlet gemisi veya bir devlet uçağı yoluyla deniz haydutluğu" başlıklı 102'nci maddesinde³⁰ düzenlenmiştir. Bir devlet gemisinin mürettebatının isyan ederek geminin kontrolünü ele geçirmesi durumunda geminin eylemleri deniz haydutluğu teşkil edebilir. Aksi halde devlet gemilerinin tüm eylemlerinden bayrak devleti sorumludur.

1958 Cenevre Açık Denizler Sözleşmesinin hazırlık aşamasında uluslararası hukuk kuralları gereği başka bir devletin müdahalesine konu olamayacak devlet gemilerine deniz haydutluğu şüphesiyle evrensel yetki kapsamında müdahale yetkisi tanınmasının devletlerin menfaatlerine zarar verebileceği düşüncesiyle bu hususa açıkça karşı çıkmıştır.³¹ Eylemi gerçekleştiren geminin özel bir gemi olması koşulu aranırken eylemin yöneltildiği gemi için böyle bir koşul bulunmamaktadır. Saldırılan geminin özel bir gemi veya devlet gemisi olmasının tanım kapsamında bir önemi yoktur.

²⁸ Douglas Guilfoyle, *Shipping Interdiction and the Law of the Sea*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 32-37.

²⁹ Ömer F. Direk vd., "Somalia and the Problem of Piracy in International Law", *Uluslararası Hukuk ve Politika Dergisi*, Cilt 6 Sayı 24, 2010, 115-143, s. 124.

³⁰ BMDHS Madde 102, "Mürettebatının isyan ederek denetimini ele geçirdiği bir savaş gemisi, bir devlet gemisi veya bir devlet uçağı tarafından işlenen 101. maddede tanımlanmış deniz haydutluğu fiilleri, özel bir gemi veya uçak tarafından işlenen fiillerle bir tutulur."

³¹ A.Emre Öktem ve R.Bleda Kurtarcan, *a.g.e.*, s. 67.

2.4. Eylemde En Az İki Gemi Bulunması

BMDHS tanımındaki bir diğer kısıtlama eylemde en az iki gemi bulunmasıdır. Tanımda yer alan “başka bir gemiye” ifadesi³² açıkça iki gemi şartını aramaktadır. Bu nedenle bir geminin, başka bir gemi olmaksızın içerden zapt edilmesi deniz haydutluğu eylemini oluşturmamaktadır. Böyle bir eylem üzerinde bayrak devletinin münhasır yetkisi söz konusudur.

İki gemi şartının temelinde uluslararası hukuk gereği gemilerin bayrak devletinin iç hukukuna tabi olmaları kuralının bulunduğu düşünülebilir. Uluslararası hukukta gemilerin denizdeyken bayrak devletinin bir parçası gibi algılanmalarının sonucu olarak geminin içinde dışarıdan bir etki olmaksızın gerçekleşen olayların geminin bayrak devletinin iç hukukuna tabi kalması ve hatta evrensel yargı yetkisinin böyle durumlarda bayrak devletinin egemenliğine halel getirmesi söz konusudur.³³

2.5. Eylemin Açık Denizde veya Herhangi Bir Devletin Yargı Yetkisi Dışında Bir Yerde İşlenmesi

Uluslararası hukukta deniz haydutluğu üzerindeki evrensel yargı yetkisi yer bakımından kısıtlıdır. Deniz haydutluğu tanımındaki en önemli kısıtlama eylemin açık denizde veya herhangi bir devletin yargı yetkisi dışında bir yerde işlenmesidir. Açık denizlerden anlaşılması gereken BMDHS’de düzenlenen deniz yetki alanlarına istinaden münhasır ekonomik bölgenin dışında kalan alan değildir. Devletler tam yetkili oldukları karasularının ötesinde sözleşmeyle tanımlanan bitişik bölge ve münhasır ekonomik bölge (MEB) gibi alanlarda sınırlı yetkilere sahiptir. BMDHS’ye göre açık denizlere ilişkin hükümler sahildevletinin bitişik bölge ve MEB’deki haklarına halel getirmediği ölçüde bu alanlara uygulanmaktadır.³⁴

³² Sözleşmenin orijinal İngilizce metninde “*against another ship*” ifadesi kullanılmıştır.

³³ Lawrence Azubuike, “International Law Regime Against Piracy”, *Annual Survey of International & Comparative Law*, Vol. 15 Issue 1, 2010, 43-59, p. 53.

³⁴ BMDHS Madde 58 (2), 88, ila 115. maddeler ve ilgili diğer uluslararası hukuk kuralları işbu kısma aykırı olmadığı ölçüde münhasır ekonomik bölgeye de uygulanır. *YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)*



Şekil-1 Deniz Yetki Alanları³⁵

İkinci ifade ise uluslararası hukukta “*terra nullius*” olarak bilinen kimseye ait olmayan toprakların deniz alanlarına atıf yapmaktadır. Diğer yandan eylemin bir devletin karasuları, takımda suları ya da iç sularında gerçekleşmesi durumunda “silahlı soygun” eylemi söz konusu olacaktır. Eleştiriler açık denizde evrensel yetkiye tabi deniz haydutlarının bir devletin karasularına kaçarak bu yetkiden kurtulmaları noktasında yoğunlaşmaktadır. Deniz yetki alanlarında etkin kontrol ve denetim sağlayamayan ülkelerin karasuları deniz haydutları için bir sığınma yeri olmaktadır.³⁶

Bu noktada doktrinde tartışılan konu uluslararası hukukta geçerli bir hak olan kesintisiz takip hakkının³⁷ ters kesintisiz takip hakkı olarak uygulanıp uygulanamayacağıdır. BMDHS böyle bir hakkın varlığından söz etmezken geleneksel hukuka dayanarak böyle bir hakkın olduğunu iddia etmek yeterli dayanaktan yoksundur. Nitekim Somali açıklarında deniz

³⁵http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/UNDERWATER/pdf/Info_kit/GB-2001

CONVENTION-INFOKIT%2007-2009.pdf (Erişim Tarihi:11 Mayıs 2014)

³⁶ Berit Adriansen, *Combating Piracy off the Coast Of Somalia. Jurisdiction over Interdiction and Prosecution*, Faculty of Law, University of Oslo, Oslo, 2010, pp. 9-10 (**unpublished master thesis**)

³⁷ BMDHS Madde 111 (1), “Sahildar devletin yetkili makamları, bu devletin kanunlarına ve kurallarına aykırı hareket ettiğine ilişkin yeterli kanya sahip oldukları takdirde bir yabancı geminin izlenmesine girişebilirler. Bu izleme, yabancı gemi veya bunun araçlarından birini izleyen devletin iç sularında, takımda sularında, karasularında veya bitişik bölgesinde iken başlamalıdır; ve karasularının veya bitişik bölgenin ötesinde, ancak kesintiye uğramamak şartıyla devam edebilir. (...)”.

haydutluğuna karşı yürütülen uluslararası mücadeleye ilişkin BMGK kararlarında Somali karasularına girilmesine ilişkin Somali Geçici Federal Hükümetinin izninin bulunduğu özellikle belirtilmesi, bu uygulamanın bir teamül hukuku değeri kazanmadığının göstergesidir.³⁸

BMDHS taraf devletlere karasularını 12 mile kadar tespit etme imkânı sunmaktadır. Kendisinden önce 3 mile kadar saptanan karasuları genişliğinin 12 mile çıkarılmasıyla daha önce açık deniz rejimine tabi olan bazı alanlar karasuları rejimine tabi olmuştur. Özellikle deniz haydutluğu eylemlerinin büyük kısmının devletlerin karasuları içinde karaya yakın bölgelerde cereyan etmesi BMDHS tanımının deniz haydutluğu eylemlerinin büyük kısmını dışarıda bıraktığı izlenimi vermektedir.³⁹

3. Deniz Terörizmi ve 1988 Denizde Seyir Güvenliğine Karşı Gerçekleştirilen Yasadışı Eylemlerin Önlenmesi Sözleşmesi

7 Ekim 1985 tarihinde Mısır karasularında İtalya bayraklı yolcu gemisi *Achille Lauro*'nun gemiye yolcu olarak limanda giren 4 FKÖ militanı tarafından kaçırılması eylemin Mısır karasularında gerçekleşmesi ve ikinci gemi koşulunu sağlamaması nedeniyle BMDHS deniz haydutluğu tanımına girmemektedir. *Achille Lauro* olayı uluslararası hukukun içten gerçekleşen gemi kaçırılmalarına yönelik yetersizliğini ortaya çıkarmış, BMDHS Madde 101 kapsamına girmeyen bu tür eylemler için yasal bir çerçeve oluşturulması ihtiyacı doğmuştur. Uluslararası Denizcilik Örgütünün öncülüğünde yürütülen çalışmalar 1988 yılında Denizde Seyir Güvenliğine Karşı Yasadışı Eylemlerin Önlenmesine Dair Sözleşme'nin (SUA Sözleşmesi) imzalanmasıyla noktalanmıştır.⁴⁰

SUA Sözleşmesi uluslararası terörizmin önlenmesinde ve bastırılmasında önemli bir yeri olan küresel hukuki enstrümanlardan biridir. Sözleşmeyi BMDHS'den ayıran önemli bir nokta BMDHS deniz haydutluğu tanımına giren eylemler üzerinde evrensel yargı yetkisi tesis ederken SUA sözleşmede belirtilen koşullarda sadece sözleşmeye taraf devletler için

³⁸ Elizabeth Nyman, "Modern Piracy and International Law: Definitional Issues with the Law of the Sea", *Geography Compass*, Vol. 5/11, 2011, 863-874, p. 866.

³⁹ A.Emre Öktem ve R.Bleda Kurtarcan, a.g.e., s. 59, Honor Lanham, *Walk the Plank: Somalia Pirates and International Law*, Faculty of Law, University of Otago, Dunedin, 2009, p. 24 (unpublished master thesis).

⁴⁰ Omer Elagab, "Somalia Piracy and International Law: Some Aspects", *Australian and New Zealand Maritime Law Journal*, Vol. 24, 2010, 59-75, pp. 62-63.
YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)

yargı yetkisi tesis etmektedir.⁴¹ SUA Sözleşmesi “deniz haydutluğu” terimini içermese de uygulama alanı deniz haydutluğunu oluşturan eylemleri kapsamaktadır. SUA Sözleşmesi Madde 3’ e göre:

“1. Herhangi bir şahıs, kanuna aykırı ve kasıtlı olarak aşağıdaki fiilleri işlerse suç işlemiş olur:

a) Kuvvet kullanarak veya tehditle veya herhangi bir korkutma şekli ile bir gemiyi veya bunun kontrolünü ele geçirirse veya

b) Gemide bulunan bir şahsa karşı, geminin seyir güvenliğini tehlikeye sokması muhtemel bir şiddet hareketinde bulunursa veya

c) Geminin seyir güvenliğini tehlikeye sokabilecek tarzda gemiyi tahrip eder veya gemiye veya bunun navlununa zarar verirse veya

d) Geminin seyir güvenliğini tehlikeye sokacak veya sokması muhtemel bir şekilde, gemiye ve navlununa zarar verecek veya gemiyi tahrip edebilecek bir cihaz veya maddeyi herhangi bir surette gemiye koyar veya koydurtursa veya

e) Geminin seyir güvenliğini tehlikeye sokabilecek şekilde, seyrüseferi kolaylaştıran yapıları tahrip eder veya bunlara önemli bir zarar verirse veya bu yapıların işlenmesini ciddi bir şekilde aksatırsa veya

f) Yanlış olduğunu bildiği bilgiyi ileterek geminin seyir güvenliğini tehlikeye sokarsa veya

g) (a)'dan (f)'ye kadar belirtilen suçların işlenmesi veya bunlara teşebbüs edilmesi münasebetiyle bir kimseyi öldürür veya yaralarsa,

2. Keza bir şahıs;

a) Geminin seyir güvenliğini tehlikeye sokabilecek şekilde 1 inci paragrafta belirtilen suçları işlemeye teşebbüs ederse veya

b) Bu nev'i suçlardan birini işleyen kimseyi azmettirir veya başka bir şekilde böyle bir suçu işleyen kimsenin suç ortağı olursa veya

c) Bir özel veya tüzel kişiyi bir şeyi yapmaya veya yapmaktan alıkoymaya zorlamak amacıyla, milli kanunlarda öngörüldüğü şekilde, şartlı veya şartsız, 1 inci paragrafın (b), (c) ve (e) bentlerinde yer alan suçları işlemek tehdidinde bulunursa ve bu tehdit söz konusu geminin seyir güvenliğini tehlikeye düşürebilecek ise,

Suç işlemiş addedilir.”

⁴¹ Diana Chang, “Piracy Law and the Effective Prosecution of Pirates”, *Boston College International & Comparative Law Review*, Vol. 33, 2010, 273-288, p. 275.

Sözleşme her ne kadar deniz haydutluğu ile mücadelede bir yasal dayanak olarak kullanılsa da birincil olarak uluslararası teröristlere karşı oluşturulmuştur. Nitekim BM resmi internet sitesinde sözleşmeye “Teröristlere İlişkin BM Konvansiyonları” başlığı altında yer verilmiştir.⁴² Sözleşmenin BMDHS’nin deniz haydutluğu ile mücadelede eksik kalan taraflarını belli ölçüde giderdiği görülmektedir. Öncelikle sözleşmenin uygulama alanı deniz alanları perspektifinde bir ayırımı gitmeden tüm deniz alanlarını kapsamaktadır. İki gemi şartı aranmadığı için içeriden ele geçirme ve kaçırma eylemleri de sözleşme kapsamındadır. Ancak SUA Sözleşmesi BMDHS’deki bazı sorunlu alanları gidermesine rağmen ulusal egemenlik haklarına getirdiği kısıtlamalarla yeni sorunları beraberinde getirmiştir.⁴³

Yakın geçmişte büyük yankı uyandıran deniz terörist eylemleri ise 2000 yılında Yemen’in Aden limanında ABD savaş gemisi *USS COLE*’a düzenlenen terörist bot saldırısı ve 2002 yılında Yemen açıklarında Fransa bayraklı petrol tankeri *Limburg*’a düzenlenen terörist bot saldırısıdır. Bu iki eylem askeri ve sivil gemilerin asimetrik bir tehdit olan teröristlere karşı hassasiyetini gözler önüne sermiştir.⁴⁴ Bu eylemler en az karadaki terörist eylemleri kadar etki yaratmış ve özellikle 11 Eylül 2001 saldırılarından sonra karada alınan önlemlerin yanında deniz güvenliği de uluslararası teröristlerle mücadelede öne çıkmıştır.⁴⁵ Nitekim 2005 yılında Denizde Seyir Güvenliğine Karşı Yasadışı Eylemlerin Önlenmesine Dair Sözleşmeye Ek Protokol imzalanmış ve protokolle terör suçları daha ayrıntılı olarak belirtilmiş, kitle imha silahlarının deniz yoluyla yayılması ve kullanılmasının engellenmesi amaçlanmıştır.⁴⁶

⁴² *BM Resmi İnternet Sayfası*,

https://treaties.un.org/Pages/DB.aspx?path=DB/studies/page2_en.xml (Erişim Tarihi: 11.05.2014).

⁴³ Annemarie Middelburg, *a.g.e.*, ss. 10-11.

⁴⁴ Bojan Mednikarov and Kiril Kolev, “Terrorism on the Sea, Piracy and Maritime Security”, *Information & Security An International Journal*, Vol. 19, 2006, 102-114, p. 103.

⁴⁵ Graham Gerard Ong, The Threat of Maritime Terrorism and Piracy, Russel Hiang-Kheng Heng and Rahul Sen (ed), *Regional Outlook Southeast Asia 2006-2007*, Institute of Southeast Asian Studies Press, Hong Kong, 2006, 12-15, p. 12.

⁴⁶ Hayrettin Kurt, *a.g.m.*, s. 206.
YÜHFD Cilt: XIII Sayı: 2 (2016)

SONUÇ

Deniz haydutluğu ile deniz terörizminin arasındaki temel fark eylemlerin amacındadır. Deniz haydutluğu BMDHS tanımında yer aldığı şekilde özel amaçlar için yapılırken deniz terörizminin amacı daha ziyade siyasi mahiyettedir. Terörizm faaliyetlerinde amaç fiziki bir tahribat yaratmanın ötesinde hedef kitlede korku ve baskı yaratmak, toplumda ses getirmek ve ilgi çekmektir.⁴⁷ Deniz haydutluğu eylemleri ise ekseriyetle maddi ancak bununla sınırlı olmayan özel amaçlara ulaşmak üzere gerektiği durumda şiddete başvurarak ancak dikkat çekme amacı gütmeyen gerçekleştirilen eylemlerdir.⁴⁸

Deniz haydutlarının motivasyon faktörü finansal konular iken teröristlerin siyasi ve dini ideolojileridir. 2002 yılında Aden Körfezinde Yemen açıklarında Fransa bayraklı petrol tankeri *Limburg*'a gerçekleştirilen saldırıyı üstlenen El-Kaide terör örgütünün açıklamasında örgütün saldırıdaki amacının “dünyanın sanayileşmiş toplumlarının ekonomik can damarlarını kesmek” olduğu belirtilmiştir. Yine 2000 yılında Yemen’in Aden Limanında ABD savaş gemisi *USS COLE*'a düzenlenen terörist bot saldırısı ABD'nin Ortadoğu'da artan siyasi varlığına bir tepki olarak gerçekleştirilmiştir. Deniz haydutlarının saldırıları ise siyasi bir etki yaratma amacı olmaksızın maddi kazanç sağlamaya yönelik eylemlerdir.⁴⁹

Temel Özellikler	Deniz Haydutluğu	Deniz Terörizmi
İşleyenler	Özel Kişiler	Özel Kişiler / Örgütlü İsyancılar
Amacı	Şahsi Kazanç	Siyasi Etki
Motivasyon Faktörü	Kişisel Çıkar / Finansal	Örgütsel Çıkar / İdeoloji
Saldırı Tipi	Gemiden Gemiye	Gemiden Gemiye / Karadan Gemiye / Gemi İçinden
Saldırı Aracı	Ana Gemiler, Yüksek Süratli Tekneler, Silahlar	Yüksek Süratli Botlar, Silahlar ve Patlayıcılar

⁴⁷ Bekir Evin, “Uluslararası Hukukta Deniz Haydutluğu Kavramı ve Şiddet Faktörü”, *Güvenlik Bilimleri Dergisi*, 1/1, Kasım 2012, 119-151, s. 127.

⁴⁸ Ahmet Hamdi Topal, “Uluslararası Hukukta Deniz Haydutluğu ve Mücadele Yöntemleri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 59/1, 2010, 99-130, s. 114.

⁴⁹ Annemarie Middelburg, *a.g.e.*, ss. 13-14.

Strateji	Ele Geçirme, Fidyeye	Vur-Kaç, İntihar Saldırısı, Tahrip, İmha
Hedefi	Sivil Gemiler	Askeri / Sivil Gemiler

Tablo-1 Deniz Haydutluğu ve Deniz Terörizminin Mukayesesi

Deniz haydutluğu ile deniz terörizmi arasında farklar olduğu kadar ciddi benzerlikler de bulunmaktadır. Öncelikle her iki suç tipi de organize suçtur ve iyi bir planlamaya ve yönetici lidere gereksinim duyar. İkinci olarak her iki suç da uluslar üstü seviyededir ve tek bir devlet ile bağdaştırılamaz. Üçüncü olarak haydutlar ve teröristler devlet otoritesinin zayıf olduğu bölgelere yerleşir ve orada gelişirler.⁵⁰ Deniz haydutluğu ile deniz terörizmi arasındaki bir finansman ilişkisi olabileceği doktrinde tartışılmaktadır. Somali’de faaliyet gösteren deniz haydutları ile El-Kaide bağlantılı terör örgütü Al-Shabab arasında finansman ilişkisi olduğuna dair şüpheler olsa da bu yönde kanıtlanmış bir ilişki mevcut değildir.⁵¹

Deniz haydutları ile teröristlerin ortak yönlerinden biri de denizde etkili eylem gerçekleştirme kabiliyetine sahip olmalarıdır. Dünyada faaliyet gösteren terörist gruplardan pek azı denizde eylem gerçekleştirebilecek imkân kabiliyetlere sahiptir.⁵² Bunlardan en bilineni Sri Lanka’da faaliyet gösteren Tamil gerillalarının deniz kolu olan “Sea Tigers” örgütüdür. 1984 yılından beri denizde yüzlerde saldırı gerçekleştiren örgüt Sri Lanka deniz kuvvetlerine ait karakol botlarının yarısına yakınına tahrip etmiştir.⁵³ Günümüzde denizde eylem gerçekleştiren teröristler ve deniz haydutları tahrip gücü yüksek modern silah ve mühimmat ile yeni nesil seyrüsefer sistem ve cihazlarına sahiptir. Bu benzerlikler sonucunda bazı yazarlar deniz haydutlarının bir nevi terörist olduklarını ve iki kavramın pek çok noktada iç içe geçtiklerini ileri sürmektedir.⁵⁴ Ancak günümüz uluslararası huku-

⁵⁰ E.O.S.Odhiambo et.al., “Prosecuting Somalia Pirates as Terrorists”, *Journal of Defence Resources Management*, No: 2/2, 2011, 37-46, pp. 41-42.

⁵¹ Stig Jarle Hansen, *Piracy in the Greater Gulf and Aden: Myths, Misconceptions and Remedies*, Norwegian Institute for Urban and Regional Research, October 2009, p. 12.

⁵² Peter Lehr, *Maritime Terrorism: Locations, Actors, and Capabilities*, Rubert Herbert-Burns (ed), *Lloyd’s MIU Handbook of Maritime Security*, Auerbach Publications, Boca Raton, 2009, 56-71, pp. 56-57.

⁵³ Richard Farrell, *a.g.e.*, s. 49.

⁵⁴ Milena Sterio, “Fighting Piracy in Somalia (and Elsewhere): Why More Is Needed?”, *Fordham International Law Journal*, Vol. 33 Issue 2, 2009, 372-408, p. 374.

kunda deniz haydutluğunun genel kabul gören bir tanımı olsa da terörizmin genel kabul gören bir tanımı henüz mevcut değildir.⁵⁵

KAYNAKÇA

KİTAPLAR:

BATIR Kerem, Yirmibirinci Yüzyılda Deniz Haydutluğu ve Uluslararası Hukuk, USAK Yayınları, Ankara, 2011.

ELLEMAN Bruce A., Piracy and Maritime Crime Historical and Modern Case Studies, Naval War College Press, New Port Rhode Island, 2010.

GUILFOYLE Douglas, Shipping Interdiction and the Law of the Sea, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.

HENG Russel Hiang-Khng and SEN Rahul (ed), Regional Outlook Southeast Asia 2006-2007, Institute of Southeast Asian Studies Press, Hong Kong, 2006.

HERBERT-BURNS Rubert (ed), Lloyd's MIU Handbook of Maritime Security, Auerbach Publications, Boca Raton, 2009.

MIDDELBURG Annemarie, Piracy in a Legal Context: Prosecution of Pirates Operating off the Somalia Coast, Wolf Legal Publishers, Nijmegen, 2011.

ÖKTEM A.Emre ve KURTDARCAN R.Bleda, Deniz Haydutluğu ve Korsanlık, Denizler Kitabevi, İstanbul, 2011.

PAZARCI Hüseyin, Uluslararası Hukuk, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.

RUBIN Alfred P., The Law of Piracy, Naval War College Press, Newport Rhode Island, 1988.

MAKALELER:

AZUBUIKE Lawrance, "International Law Regime Against Piracy", Annual Survey of International & Comparative Law, Vol. 15 Issue 1, 2010.

⁵⁵ Hüseyin Pazarıcı, *a.g.e.*, s. 210.

CHANG Diana, “Piracy Law and the Effetive Prosecution of Pirates”, Boston College International & Comparative Law Review, Vol. 33, 2010.

COLLINS Rosemary and HASSAN Daud, “Applications and Shortcomings of the Law of the Sea in Combating Piracy: A South East Asian Perspective”, Journal of Maritime Law and Commerce, Vol. 40 No:1, January 2009.

DIREK Ömer F. vd., “Somalia and the Problem of Piracy in International Law”, Uluslararası Hukuk ve Politika Dergisi, Cilt 6 Sayı 24, 2010.

DUBNER Barry Hart, “On the Definition of the Crime of Sea Piracy Revisited: Customary vs. Treaty Law and the Jurisdictionai Impiications Thereof”, Journal of Maritime Law & Commerce, Vol.42 No:1, January 2011.

ELAGAB Omer, “Somalia Piracy and International Law: Some Aspects”, Australian and New Zealand Maritime Law Journal, Vol. 24, 2010.

EVİN Bekir, “Uluslararası Hukukta Deniz Haydutluğu Kavramı ve Şiddet Faktörü”, Güvenlik Bilimleri Dergisi, 1/1, Kasım 2012.

FARRELL Richard, “Maritime Terrorism Focusing on the Probable”, Naval War College Review, Vol. 60 No:3, Summer 2007.

HALBERSTAM Malvina, “Terrorism on the High Seas: The Achille Lauro, Piracy and the IMO Convention on Maritime Safety ”, The American Journal of International Law, Vol. 82 No:2, April 1988.

KURT Hayrettin, “Deniz Haydutluğuna ve Terörizmine İlişkin Ulusal Mevzuatımızdaki Yeni Gelişmeler”, Akademik Teklif, Sayı: 1, Temmuz 2013.

MEDNIKAROV Bojan and KOLEV Kiril, “Terrorism on the Sea, Piracy and Maritime Security”, Information & Security An International Journal, Vol. 19, 2006.

NANDA Ved P., “Maritime Piracy: How Can International Law and Policy Address This Growing Global Menace”, Denver Journal of International Law and Policy, Vol. 39:2, Winter 2011.

NYMAN Elizabeth, “Modern Piracy and International Law: Definitional Issues with the Law of the Sea”, Geography Compass, Vol. 5/11, 2011.

ODHIAMBO E.O.S. et.al., “Prosecuting Somalia Pirates as Terrorists”, Journal of Defence Resources Management, No: 2/2, 2011.

STERIO Milena, “Fighting Piracy in Somalia (and Elsewhere): Why More Is Needed?”, Fordham International Law Journal, Vol. 33 Issue 2, 2009.

TOPAL Ahmet Hamdi, “Uluslararası Hukukta Deniz Haydutluğu ve Mücadele Yöntemleri”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 59/1, 2010.

TEZLER:

ADRIANSEN Berit, Combating Piracy off the Coast Of Somalia. Jurisdiction over Interdiction and Prosecution, Faculty of Law, University of Oslo, Oslo, 2010.

LANHAM Honor, Walk the Plank: Somalia Pirates and International Law, Faculty of Law, University of Otago, Dunedin, 2009.

RAPORLAR:

HANSEN Stig Jarle, Piracy in the Greater Gulf og Aden: Myths, Misconceptions and Remedies, Norwegian Institute for Urban and Regional Research Report, October 2009.

MOLLER Bjorn, Piracy, Maritime Terrorism and Naval Strategy, Danish Institute for International Studies Report, Report Nu:02, 2009.

İNTERNET KAYNAKLARI:

Birleşmiş Milletler Resmi İnternet Sayfası, <https://treaties.un.org/>
Türk Dil Kurumu Resmi İnternet Sayfası, <http://www.tdk.org.tr/>

UNESCO Resmi İnternet Sayfası, <http://www.unesco.org/>

SÖZLEŞMELER VE KARARLAR:

1856 Paris Deklarasyonu.
1932 Harvard Araştırma Grubu Deniz Haydutluğu Taslak Konvansiyonu.
1958 Cenevre Açık Denizler Sözleşmesi.
1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi.
1988 Denizde Seyir Güvenliğine Karşı Yasadışı Eylemlerin Önlenmesine Dair Sözleşme.

2005 Denizde Seyir Güvenliğine Karşı Yasadışı Eylemlerin Önlenmesine Dair Sözleşme'ye Ek Protokol.

2009 IMO Code of Practice for the Investigation of Crimes of Piracy and Armed Robbery Against Ships.

United Nations Security Council Resolution Nu:S/RES/2125 (2013).

International Law Commission Articles, Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts 2001, Article 10.

