

Yıl: 81 • Eylül 2016 • Sayı: 3

Dört ayda bir yayımlanır
ISSN 1305-757X

HAKEMLİ BİR DERGİDİR



Hakemli Makaleler

Yrd. Doç. Dr. Ali Gümrah TOKER

5718 Sayılı Mühür'ta Düzenlenen
Tüketicinin Korunmasına Yönelik Hükümler

Yrd. Doç. Dr. Serhan DİNÇ

6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre
Limited Ortaklıklarda
Ortakların Yan Edim Yükümlülükleri

Prof. Dr. Mustafa Ruhan ERDEM

Olağanüstü Hal Ve Avukat Bürolarında Arama

Makaleler

Av. Talih UYAR

İhale Bedelini Yatırmayarak İhalenin Feshine
Neden Olan Alıcının (Hissedarın), Teklif Ettiği
(Ödemediği) İhale Bedeli İle Son İhale
Bedeli Arasındaki Farktan Sorumluluğunun
Kapsamı

Av. Sezin KÜÇÜKİHAN

İnternet Ortamında Kişilik Hakkı İhlalleri Ve 5651
Sayılı Kanun Uygulamaları

Prof. Dr. Hasan PETEK

Hasta ve Yakınlarının Uyguladıkları
Şiddet Sebebiyle Sağlık Personelinin
Uğradığı Zararların Tazmini

YIL.81 | 3

Yargıtay Kararları Üzerine Makaleler

Yargı Kararları

Yargıtay Daire Kararları

İZMİR
BAROSU
DERGİSİ

İZMİR BAROSU DERGİSİ

Yıl: 81 • Eylül 2016 • Sayı: 3 • Dört ayda bir yayımlanır • ISS N 1305-757X

HAKEMLİ BİR DERGİDİR

SAHİBİ

İzmir Barosu Adına Başkan
Av. Aydın ÖZCAN

YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ

Av. Cem Cemal COŞKAN

YAYIN KURULU

Av. Nilay ERTEM DURLU
Av. Sinem HACİEMİNOĞLU

Av. Sinem TOP

Av. Buket YALÇIN

Av. Alper UYAR

Av. Ali BULUT

Av. A. Şakir UZUN

Av. M. Hakan ERİŞ

Av. Mutlu ÇAKIR

Av. Hakan DİMDİK

Av. Muhittin ÜSTÜNDAĞ

YAYINA HAZIRLAYAN

Umut Fırat GEÇGİL

DANIŞMA KURULU

(Soyadı sırasıyla)

Prof. Dr. Faruk ACAR	(Marmara Ü. Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Prof. Dr. Tayfun AKGÜNER	(Lefke Ü. Huk. Fak. İdare Hukuku)
Prof. Dr. Ziya AKINCI	(Galatasaray Ü. Huk. Fak. Milletlerarası Özel Hukuk)
Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL	(Ankara Ü. Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Prof. Dr. Mustafa ALP	(Dokuz Eylül Ü. Huk. Fak. İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku)
Prof. Dr. Gökhan ANTALYA	(Marmara Ü. Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Prof. Dr. Çetin ARSLAN	(Hacettepe Ü. Huk. Fak. Ceza ve Ceza Usul Hukuku)
Prof. Dr. Zehreddin ASLAN	(İstanbul Ü. Huk. Fak. İdare Hukuku)
Prof. Dr. Oğuz ATALAY	(Gediz Ü. Huk. Fak. Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku)
Prof. Dr. Köksal BAYRAKTAR	(Yeditepe Ü. Huk. Fak. Ceza ve Ceza Usul Hukuku)
Prof. Dr. Nurettin BİLİCİ	(Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk)
Prof. Dr. Ali Cem BUDAK	(Yeditepe Ü. Huk. Fak. Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku)
Prof. Dr. Selma ÇETİNER	(İzmir Ü. Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Prof. Dr. Fevzi DEMİR	(Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku)
Prof. Dr. Timur DEMİRBAŞ	(İzmir Ekonomi Ü. Huk. Fak. Ceza ve Ceza Usul Hukuku)
Prof. Dr. Meltem DİKMEN CANIKLIOĞLU	(İzmir Ekonomi Ü. Huk. Fak. Anayasa Hukuku)
Prof. Dr. B. Bahadır ERDEM	(İstanbul Ü. Huk. Fak. Milletlerarası Özel Hukuk)
Prof. Dr. Mustafa Ruhan ERDEM	(Yaşar Ü. Huk. Fak. Ceza ve Ceza Usul Hukuku)
Prof. Dr. Şeref ERTAŞ	(Lefke Ü. Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Prof. Dr. Şikran ERTÜRK	(Dokuz Eylül Ü. Huk. Fak. İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku)
Prof. Dr. Mustafa Alper GÜMÜŞ	(İstanbul Şehir Ü. Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Prof. Dr. Ayşe HAVUTÇU	(Yaşar Ü. Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Prof. Dr. Mehmet HELVACI	(İstanbul Ü. Huk. Fak. Ticaret Hukuku)
Prof. Dr. Yasemin İŞIKTAÇ	(İstanbul Ü. Huk. Fak. Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi)
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ	(Dokuz Eylül Ü. Huk. Fak. Vergi Hukuku)
Prof. Dr. Yusuf KILDİŞ	(Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk)
Prof. Dr. Nevzat KOÇ	(İstanbul Medipol Ü. Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Prof. Dr. Huriye KUBİLAY	(İzmir Ekonomi Ü. Huk. Fak. Ticaret Hukuku)
Prof. Dr. Meltem KUTLU GÜRSEL	(Dokuz Eylül Ü. Huk. Fak. İdare Hukuku)
Prof. Dr. Serkan ODAMAN	(Dokuz Eylül Ü. İİBF İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku)
Prof. Dr. Erdal ONAR	(Bilkent Ü. Huk. Fak. Anayasa Hukuku)
Prof. Dr. Sibel ÖZEL	(Marmara Ü. Huk. Fak. Milletlerarası Özel Hukuk)
Prof. Dr. Muharrem ÖZEN	(Ankara Ü. Huk. Fak. Ceza ve Ceza Usul Hukuku)
Prof. Dr. Bahri ÖZTÜRK	(İstanbul Kültür Ü. Huk. Fak. Ceza ve Ceza Usul Hukuku)
Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ	(Galatasaray Ü. Huk. Fak. Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku)
Prof. Dr. Mustafa SAKAL	(Dokuz Eylül Ü. İİBF Maliye Bölümü)
Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR	(Dokuz Eylül Ü. Huk. Fak. İdare Hukuku)
Prof. Dr. Füsün SOKULLU AKINCI	(Em. İstanbul Ü. Huk. Fak. Ceza ve Ceza Usul Hukuku)
Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER	(Yaşar Ü. Huk. Fak. İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku)
Prof. Dr. Meral SUNGURTEKİN	(Yaşar Ü. Huk. Fak. Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku)
Prof. Dr. Melda SUR	(Dokuz Eylül Ü. Huk. Fak. Devletler Genel-İş ve Sos. Güv. Huk.)
Prof. Dr. Durmuş TEZCAN	(İstanbul Kültür Ü. Huk. Fak. Ceza ve Ceza Usul Hukuku)
Prof. Dr. Gökçe TÜRKOĞLU	(Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku)
Prof. Dr. Bilge UMAR	(Yeditepe Ü. Huk. Fak. Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku)
Prof. Dr. Sevilay UZUNALLI	(Dokuz Eylül Ü. Huk. Fak. Ticaret Hukuku)
Prof. Dr. Turan YILDIRIM	(Marmara Ü. Huk. Fak. İdare Hukuku)
Prof. Dr. Aydın ZEVLİLER	(Em. Yaşar Ü. Huk. Fak. Medeni Hukuk)

Doç. Dr. Müslüm AKINCI	(Kocaeli Ü. Huk. Fak. İdare Hukuku)
Doç. Dr. Cenk AKİL	(İstanbul Aydın Ü. Huk. Fak. Medeni Usul ve İcra İflas Huk.)
Doç. Dr. Mine AKKAN	(Dokuz Eylül Ü. Huk. Fak. Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku)
Doç. Dr. Kerem ALTIPARMAK	(Ankara Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi)
Doç. Dr. Murat ATALI	(Bilkent Ü. Huk. Fak. Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku)
Doç. Dr. Mustafa AVCI	(Anadolu Ü. Huk. Fak. İdare Hukuku)
Doç. Dr. Serkan AYAN	(Dokuz Eylül Ü. Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Doç. Dr. Özge AYAN	(Celal Bayar Ü. UBYO Ticaret Hukuku)
Doç. Dr. Murat AYDOĞDU	(Dokuz Eylül Ü. Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Doç. Dr. Musa AYĞÜL	(Yıldırım Beyazıt Ü. Huk. Fak. Milletlerarası Özel Hukuk)
Doç. Dr. Herdem BELEN	(Kocaeli Ü. Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Doç. Dr. Hacı CAN	(Dokuz Eylül Ü. Huk. Fak. Avrupa Birliği Hukuku)
Doç. Dr. Mustafa Erdem CAN	(Akdeniz Ü. Huk. Fak. Ticaret Hukuku)
Doç. Dr. Serkan ÇINARLI	(İzmir Ü. Huk. Fak. İdare Hukuku)
Doç. Dr. Burcu DÖNMEZ	(Yaşar Ü. Huk. Fak. Ceza ve Ceza Usul Hukuku)
Doç. Dr. Güray ERDÖNMEZ	(Galatasaray Ü. Huk. Fak. Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku)
Doç. Dr. Rıfat ERTEN	(Ankara Ü. Huk. Fak. Milletlerarası Özel Hukuk)
Doç. Dr. Emre GÖKYAYLA	(Bahçeşehir Ü. Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Doç. Dr. Ahmet M. GÜNEŞ	(Yalova Ü. Huk. Fak. - AB Hukuku ve Çevre Hukuku)
Doç. Dr. Devrim GÜNGÖR	(Ankara Ü. Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku)
Doç. Dr. Hakan KARAKEHYA	(Anadolu Ü. Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku)
Doç. Dr. Ali Cengiz KÖSEOĞLU	(Yıldırım Beyazıt Ü. Huk. Fak. İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku)
Doç. Dr. Sevtap METİN	(İstanbul Ü. Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi)
Doç. Dr. Suat SARI	(İstanbul Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk)
Doç. Dr. Muzaffer ŞEKER	(İstanbul Ticaret Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk)
Doç. Dr. Oğuz ŞİMŞEK	(Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku)
Doç. Dr. Zeynep ŞİŞLİ	(İzmir Ekonomi Ü. Huk. Fak. İş ve Sos. Güv. - Sağlık Hukuku)
Doç. Dr. Banu ŞİT KÖŞGEROĞLU	(Hacettepe Ü. Huk. Fak. Milletlerarası Özel Hukuk)
Doç. Dr. Ahmet TÜRK	(Dokuz Eylül Ü. Huk. Fak. Ticaret Hukuku)
Doç. Dr. Gökçe TÜRKÖĞLU ÖZDEMİR	(Yaşar Ü. Huk. Fak. Roma Hukuku)
Doç. Dr. Ayfer UYANIK	(Koç Ü. Huk. Fak. Milletlerarası Özel Hukuk)
Doç. Dr. Süleyman YILMAZ	(Ankara Ü. Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Yard. Doç. Dr. Beşir ACABEY	(Dokuz Eylül Ü. Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Yard. Doç. Dr. Özlem ACAR	(İstanbul Kültür Ü. Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Yard. Doç. Dr. Eylem APAYDIN	(Kocaeli Ü. Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Yard. Doç. Dr. Ayşe ARAT	(Selçuk Ü. Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Yard. Doç. Dr. Aziz Serkan ARSLAN	(Kırıkkale Ü. Huk. Fak. Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku)
Yard. Doç. Dr. Murat AYDIN	(Selçuk Ü. Huk. Fak. Ceza ve Ceza Usul Hukuku)
Yard. Doç. Dr. Fatih AYDOĞAN	(İstanbul Ü. Huk. Fak. Ticaret Hukuku)
Yard. Doç. Dr. Gaye BAYCIK	(Ankara Ü. Huk. Fak. İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku)
Yard. Doç. Dr. Nur BOLAYIR	(Galatasaray Ü. Huk. Fak. Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku)
Yard. Doç. Dr. Sezer ÇABRİ	(Kocaeli Ü. Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Yard. Doç. Dr. Olgun DEĞİRMENCİ	(Kara Harp Okulu Ceza Hukuku)
Yard. Doç. Dr. Ramazan DURGUT	(İstanbul Ü. Huk. Fak. Ticaret Hukuku)
Yard. Doç. Dr. Evrim ERİŞİR	(Bilgi Ü. Huk. Fak. Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku)
Yard. Doç. Dr. Kürşat ERSÖZ	(Akdeniz Ü. Huk. Fak. İdare Hukuku)
Yard. Doç. Dr. Cemil GÜNER	(Selçuk Ü. Huk. Fak. Milletlerarası Özel Hukuk)
Yard. Doç. Dr. Emel HANAĞASI	(Ankara Ü. Huk. Fak. Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku)

Yard. Doç. Dr. Ahmet KARAKOCALI
Yard. Doç. Dr. Nagehan KIRKBEŞOĞLU
Yard. Doç. Dr. Taylan Özgür KİRAZ
Yard. Doç. Dr. Tuba KUTOĞLU
Yard. Doç. Dr. Nedim MERİÇ
Yard. Doç. Dr. Güneş OKUYUCU ERGÜN
Yard. Doç. Dr. Muhlis ÖĞÜTÇÜ
Yard. Doç. Dr. Cem ÖZCAN
Yard. Doç. Dr. Yaşar Metin ÖZDEMİR
Yard. Doç. Dr. Meltem ÖZTÜRK
Yard. Doç. Dr. Cumhuri RÜZGARESEN
Yard. Doç. Dr. Tijen DÜNDAR SEZER
Yard. Doç. Dr. Gamze TURAN BAŞARA
Yard. Doç. Dr. Hüsnü TURANLI
Yard. Doç. Dr. Özlem TÜZÜNER
Yard. Doç. Dr. Ali Haydar YAĞCIOĞLU
Yard. Doç. Dr. Çiğdem YAZICI TIKTIK
Yard. Doç. Dr. Ahmet Cemil YILDIRIM
Av. Serkan CENGİZ
Av. Talih UYAR

(Anadolu Ü. Huk. Fak. Medeni Hukuk)
(İstanbul Ticaret Ü. Huk. Fak. Medeni Hukuk)
(Maltepe Ü. Huk. Fak. Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku)
(İzmir Ü. Huk. Fak. Medeni Hukuk)
(Akdeniz Ü. Huk. Fak. Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku)
(Ankara Ü. Huk. Fak. Ceza ve Ceza Usul Hukuku)
(Dokuz Eylül Ü. Huk. Fak. İdare Hukuku)
(İzmir Ekonomi Ü. Huk. Fak. Medeni Hukuk)
(Dokuz Eylül Ü. İİBF Hukuk Bilimleri)
(İzmir Ü. Huk. Fak. İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku)
(Turgut Özal Ü. Huk. Fak. Medeni Usul ve İcra İflas Huk.)
(Dokuz Eylül Ü. Huk. Fak. Anayasa Hukuku)
(Çankaya Ü. Huk. Fak. Medeni Hukuk)
(İzmir Ü. Huk. Fak. Ticaret Hukuku)
(Uluslararası Antalya Ü. Huk. Fak. Medeni Hukuk)
(Dokuz Eylül Ü. Huk. Fak. Medeni Hukuk)
(İstanbul Kültür Ü. Huk. Fak. Medeni Usul ve İcra İflas Huk.)
(Kemerburgaz Ü. Huk. Fak. Milletlerarası Özel Hukuk)
(Avrupa İnsan Hak. Mah. Yargılaması ve İnsan Hakları Huk.)
(İcra ve İflas Hukuku)

İzmir Barosu Dergisi'nde yayımlanmakta olan makaleler
Journal of Izmir Bar Association is being permanently indexed in



hukuk veritabanında taranmaktadır.
law database.

YÖNETİM YERİ
İZMİR BAROSU
1456 Sokak No: 14
35220 Alsancak / İZMİR
Tel: 0232 400 00 00 - 463 00 14
Faks: 0232 463 66 74
e-posta: yayin@izmirbarosu.org.tr
yayin.kurul@gmail.com
www.izmirbarosu.org.tr

BASIMA HAZIRLIK - BASKI

YABANERİ MATBAACILIK
AMBALAJ - YAYINCILIK SAN. TİC. LTD. ŞTİ.
Bornova Cad. No: 9/6 B Öztim İş Merkezi 35070 IŞIKKENT / İZMİR
Tel: 0232 472 21 22 (Pbx) Fax: 0232 472 24 54

Baskı Tarihi
15.02.2017

Yazı Gönderim Kuralları

1. Dergimizin "hakemli" olması, sadece hakem denetiminden geçmiş yazılara yer verileceği sonucunu getirmemektedir. Dergimizde "hakemli" ve "hakemsiz" yazılar birlikte yer alabilecektir.

2. Dergimize gönderilecek yazıların başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir.

3. İzmir Barosu Dergisinde bilimsel yazı ve makalelerin yanı sıra Yargıtay, Danıştay, Anayasa Mahkemesi, AİHM kararları ve kesinleşmiş mahkeme kararları, karar incelemeleri, yabancı makale çevirileri, seminer çözümlemeleri İzmir Barosu kurul raporları ve hukuk tartışmaları gibi yazılara Yayın Kurulunun kararı ile yer verilecektir.

4. İzmir Barosu Dergisinin yazı dili Türkçe'dir.

5. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumlarını, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve varsa e-posta adreslerini belirtmelidirler.

6. Yazıların uzunluğu dergi formatında Times New Roman karakterinde 12 punto (dipnot, kaynakça, özet, kısaltmalar cetveli 10 punto) yazılarak, A4 boyutunda iki adet bilgisayar çıktısı ile ve dijital gönderilmesi gerekmektedir. Dipnotlarda bold karakter kullanılmaz. Kaynakça bölümünde yazar soyisim ve isimleri bold karakterler kullanılarak yazılır.

7. Makalelerin en fazla 100 sözcükten oluşan Türkçe ve İngilizce, Almanca veya Fransızca özetlerin; her iki dilde yazı başlığı ile beşer anahtar sözcüğün yazının başına eklenerek gönderilmesi gereklidir.

8. Her yazar ile ilgili dipnot konulmalı, sadece yıldız ile işaretlenmeli, bununla ilgili numaralandırma yapılmamalıdır.

9. Yazar adı ve varsa ikinci adı ilk harfi kısaltılmış olarak, soyadı aynen yazılmalıdır. Tümü bold olmalıdır.

10. Dergiye gönderilecek / verilecek yazılar, yayın ilkeleri bakımından Yayın Kurulunda ön incelemesi yapıldıktan sonra, yazarı tarafından istenildiği takdirde, hakeme / hakemlere gönderilecek; hakemlerden gelecek raporlar doğrultusunda yazının "hakemli makaleler" bölümünde basılmasına karar verilecektir.

11. Hakem incelemesi istenilen yazılar, en az iki hakem incelemesinden geçilecek ve iki olumlu rapor üzerine yayımlanacaktır. Bir olumlu bir olumsuz rapor halinde üçüncü bir hakeme başvurulacaktır. Üçüncü hakemin görüşü doğrultusunda iki olumlu görüş ortaya çıktığında yazı yayımlanacaktır. Hakemler yazıları **“biçimsel ve içerik olarak bilimsel ölçütlere uygunluk”** yönünden denetleyeceklerdir. Hakem raporları yayım arşivinde saklanacaktır. Yazılar hakemlere gönderildiğinde yazarın adı soyadı bildirilmeyecektir. Aynı şekilde yazar da kimlerin hakem denetimi yaptığını bilmeyecektir. Hakemle yazarın bir konudaki görüşünün farklı olması, yazının hakem denetiminde olumlu sonuç alınmasına engel değildir. Hakemler yazılara ilişkin üç sonuç bildirebileceklerdir. **“yayımlanması uygundur”, “yetersizliklerin giderilmesi için iade edilmelidir”, “yayımlanması uygun değildir”**. Yazının hakem tarafından yetersiz bulunması halinde, hakem raporlarında “yazar nüshası”, yani hakem kimlik bilgilerinin olmadığı nüsha yazara verilecektir. Yazar, raporda saptanan eksiklikleri giderdikten sonra, yazı yeniden aynı hakeme verilecektir. Bunun sonucuna göre yazıyla ilgili gerekli işlem yapılacaktır.

12. Hakemli inceleme istenmeyen yazılar, Yayın Kurulu incelemesi ile yayımlanacaktır. Yayın Kurulunda her yazı en az iki üye incelemesinden geçirilecek, raportörler görüşlerini Kurul’a sunacak ve Yayın Kurulunca yazının yayımlanıp yayımlanmayacağına karar verilecektir. Gerektiğinde yazı okunarak bütün üyelerce oylanmak suretiyle yayımlanıp yayımlanmamasına karar verilecektir. Yazardan Yayın Kurulunca eksik görülen konuların düzeltilmesi istenebilecektir. Yazım yanlışları Yayın Kurulu tarafından düzeltilecek, diğer eksiklikler bakımından yazarlarla bağlantı kurularak düzeltilmesi yazarından istenecektir.

13. Yayımlamayan yazılar, yazara geri gönderilmeyecektir. Ancak yazıların yayımlanıp yayımlanmayacağı ilgisine en kısa sürede bildirilecektir.

14. Yazardan düzeltme isteğinde, düzeltmenin en geç 15 gün içinde yapılarak Yayın Kuruluna ulaştırılması gereklidir.

15. Dergi’ye gönderilen yazıların yazım bakımından son denetiminin yapılmış olduğu, yazarın dijital ortamdaki biçimiyle yazısının yayımlanmasına “olur” verdiği kabul edilecektir. Yazının baskı düzeltmeleri Yayın Kurulu tarafından yapılacaktır, yazarına bu düzeltmeler için yazı gönderilmeyecektir.

16. Gönderilen yazıların yayımlanmasına karar verildiği takdirde, yazının basılı ve elektronik yayım haklarına İzmir Barosu sahip olacaktır.

İÇİNDEKİLER

HAKEMLİ MAKALELER

5718 Sayılı Möhük'ta Düzenlenen Tüketicinin Korunmasına Yönelik Hükümler	
Yrd. Doç. Dr. Ali Gümrah TOKER	11
6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Limited Ortaklıklarda Ortakların Yan Edim Yükümlülükleri	
Yrd. Doç. Dr. Serhan DİNÇ	75
Olağanüstü Hal ve Avukat Bürolarında Arama	
Prof. Dr. Mustafa Ruhan ERDEM	115

MAKALELER

İhale Bedelini Yatırmayarak İhalenin Feshine Neden Olan Alıcının (Hissedarın), Teklif Ettiği (Ödemediği) İhale Bedeli İle Son İhale Bedeli Arasındaki Farktan Sorumluluğunun Kapsamı	
Av. Talih UYAR	151
İnternet Ortamında Kişilik Hakkı İhlalleri ve 5651 Sayılı Kanun Uygulamaları	
Av. Sezin KÜÇÜKİLHAN	173
Hasta ve Yakınlarının Uyguladıkları Şiddet Sebebiyle Sağlık Personelinin Uğradığı Zararların Tazmini	
Prof. Dr. Hasan PETEK	197
YARGITAY KARARLARI ÜZERİNE MAKALELER	243
YARGI KARARLARI	
YARGITAY DAİRE KARARLARI	253

HAKEMLİ MAKALELER

5718 SAYILI MÖHUK'TA DÜZENLENEN TÜKETİCİNİN KORUNMASINA YÖNELİK HÜKÜMLER

▪ Yrd. Doç. Dr. Ali Gümrah TOKER*

Özet: MÖHUK 26., 45. ve 47/II. maddeleri Türk milletlerarası özel hukukunda tüketiciyi koruyan düzenlemelerdir. MÖHUK, 26. maddesi ile hukuk seçimini sınırlandırarak tüketiciyi korumuş, tarafların hukuk seçimi yapmamış olması hâlinde ise bu korumayı, tüketicinin mutad meskeni hukukunu uygulayarak sağlamıştır. Tüketiciyi koruyan bu maddede yer alan bir diğer düzenleme ise tüketici sözleşmelerinin şekline, tüketicinin mutad meskeni hukukunun uygulanmasıdır. MÖHUK m. 45 uyarınca tüketicinin seçimine göre, beş ayrı yerdeki Türk mahkemesi yetkili kabul edilmiştir. Tüketiciye karşı açılacak davalarda yetkili mahkeme ise tüketicinin Türkiye'deki mutad meskeni mahkemesidir. MÖHUK m. 45'de belirlenen mahkemelerin yetkisi tarafların anlaşmasıyla (yetki anlaşması) m. 47'ye göre bertaraf edilemeyecektir.

Anahtar Sözcükler: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul hukuku Hakkında Kanun, Tüketici Sözleşmeleri, Kanunlar İhtilâfı Kuralları, Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, Yetki Anlaşması

Abstract: Articles 26, 45 and 47/II of CPIL protects consumer in Turkish Private International Law. In consumer contracts choice of law is limited by art. 26 of CPIL to protect consumer, in case the parties have not designated a law, the law of the habitual residence of the consumer shall govern to protect consumer. Another rule which protects consumer in this article is the law of the habitual residence of the consumer shall be applied to the consumer contracts concluded. Pursuant to art. 45 of CPIL according to the preference of the consumer, the Turkish courts in five different places are competent. The competent court is the court of the place where the consumer's habitual residence is located. Competency of courts specified in art. 45 of CPIL, cannot be removed by the parties' agreement pursuant to art. 47/II.

Key Words: Turkish Law on Private International Law and International Civil Procedure, Consumer Contracts, Conflict of Rules, International Jurisdiction of the Turkish Courts, Agreement on Jurisdiction.

* Dokuz Eylül Üniversitesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

GİRİŞ

Önemli bir ekonomik topluluk oluşturan tüketici kitlesi, giriştikleri sözleşmelerde sözleşmenin zayıf tarafı varsayılarak korunmaya çalışılmıştır. Günümüzde milletlerarası alanda tüketicinin korunmasına ilişkin kapsamlı milletlerarası düzenlemeler getirilmemiş, bu konu genellikle ulusal ve bölgesel olarak ele alınmıştır. Bu koruma, ülkelerin iç hukuk kuralları ve milletlerarası özel hukuk kuralları ile tüketicilere sağlanmıştır.

Türk iç hukukunda tüketicinin korunması, T.C. Anayasası ile teminat altına alınmıştır. T.C. Anayasası'nın "Tüketicilerin korunması" başlıklı m. 172'e göre "Devlet, tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirler alır, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini teşvik eder". Bununla beraber bu konu, 6502 sayılı "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun" (TKHK)¹ ile düzenlenmiştir. TKHK'nun birinci maddesi bu kanunun amacını açıklamaktadır. TKHK m. 1'e göre bu Kanun'un amacı; kamu yararına uygun olarak tüketicinin sağlık ve güvenliği ile ekonomik çıkarlarını koruyucu, zararlarını tazmin edici, çevresel tehlikelerden korunmasını sağlayıcı, tüketiciyi aydınlatıcı ve bilinçlendirici önlemleri almak, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini özendirmek ve bu konulardaki politikaların oluşturulmasında gönüllü örgütlenmeleri teşvik etmeye ilişkin hususları düzenlemektir. TKHK m. 1'de tüketiciyi koruma maksadıyla konulmuş hükümlerin, Türk hukukunda "kamu yararına" olduğu açıkça belirtilmiştir.

Türk milletlerarası özel hukuk sisteminde de tüketici korunmaya çalışılmıştır. Tüketicinin mutad olarak bulunduğu yerdeki tüketiciyi korumaya ilişkin hükümlerin tüketici sözleşmelerine hakim olması ilkesi, Türk hukuku bakımından kabul edilmiştir. Bu ilke özellikle genel ekonomik düzen ve kamu düzeni ile yakın ilişkisi sebebiyle genel bir uygulama şekli olarak tekml hukuk sistemlerinde kabul görmektedir. Türk milletlerarası özel ve usul hukuku sisteminde de kamu yararı gözetilerek bu konu hakkında özel hükümler getirmiştir.

¹ RG. 28.11.2013-28835, Yayımlandığı Düstur: 5. Ter., C. 54.

5718 sayılı Milletlerarası  zel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun² (MÖHUK)'da bu konuyu düzenleyen özel hükümler ile tüketiciye yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda koruma sağlanmaya çalışılmıştır.

Tüketicinin korunması, Türk milletlerarası özel hukukunda iki noktada önem taşımaktadır. Bunlardan birincisi, kanunlar ihtilâfı kuralları, ikincisi ise Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisidir. MÖHUK'ta tüketicici sözleşmelerinde uygulanacak hukukun tespitini düzenleyen kanunlar ihtilâfı kurallarında (MÖHUK m. 26) t keticiciyi koruma amaçlı bağlama ilkeleri getirilmiştir. Aynı şekilde MÖHUK, yabancı unsurlu tüketicici sözleşmelerinde Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tespit edilirken t keticiciyi koruyucu milletlerarası yetki hükümlerine (MÖHUK m. 45 ve m. 47/II) de yer vermiştir. MÖHUK'un getirdiği bu hükümler ile ekonomik ve sosyal dengenin sağlanması için uygulanacak hukuk bakımından bazı tüketicici sözleşmelerinde, milletlerarası yetki bakımından ise tüm tüketicici sözleşmelerinde zayıf ve tecrübesiz durumda olduğu varsayılan tüketicinin korunması gerekliliği dikkate alınmıştır.

MÖHUK'da yer alan özel düzenlemeler ile yabancı unsurlu tüketicici sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda tüketicici, hem uygulanacak hukuk hem de milletlerarası yetkili mahkemenin tespiti konularında korunmaya çalışılmıştır. Kanun, MÖHUK m. 26 ile tüketicinin lehine olabilecek ve onu koruyabilecek hukukun uygulanmasını; MÖHUK m. 45'de düzenlenen yetki kuralları ile de güçlü konumdaki  kit taraf karşısında tüketicileri korumayı amaçlamıştır. Ayrıca, milletlerarası yetkili mahkemenin tespiti konusunda t keticiciye sağlanan bir başka koruma da yetki anlaşması ve sınırlarını düzenleyen MÖHUK m 47/II'de yer almaktadır. Buna göre tüketicici sözleşmesine ilişkin davalarda belirlenen Türk mahkemelerinin yetkisi, tarafların anlaşması ise bertaraf edilemeyecektir.

² RG. 12.12.2007-26728, Yayımlandığı D st r: 5. Ter., C. 47.

Yabancı unsurlu tüketici sözleşmeleri hakkında uygulanacak hukuku düzenleyen MÖHUK m. 26'ya göre madde, sadece belirli tüketici sözleşmeleri bakımından uygulama alanı bulur. Bu nedenle her tip tüketici sözleşmesi maddenin kapsamına girmemektedir. MÖHUK m. 26 kapsamına girmeyen tüketici sözleşmeleri bakımından uygulanacak hukukun tespiti ise sözleşmelere uygulanan hukuku düzenleyen genel kural olan MÖHUK m. 24 uyarınca yapılacaktır. MÖHUK m. 26 ile tüketicinin mutaden bulunduğu yerdeki tüketicinin korunmasına ilişkin emredici hükümlerin hukuk seçimi yoluyla bertaraf edilmesi önlenmiş; bu sayede milletlerarası özel hukuk adaletinin yanında maddi hukuk adaletinin gerçekleştirilmesi amaçlanmıştır. MÖHUK m. 26, MÖHUK m. 24'den özellikle bu yönüyle ayrılmaktadır. Kanun, belli bazı tür tüketici sözleşmelerinde tüketiciye daha çok korunma sağlamayı amaçlamış ve bu amaç doğrultusunda tüketici sözleşmeleri arasında ayırım yapmıştır.

Türk mahkemesinin önüne milletlerarası tüketici sözleşmesinden doğan bir uyuşmazlık geldiğinde MÖHUK'un uygulama alanı bulabilmesi için taraflar arasındaki ilişkinin yabancı unsura sahip olması ve özel hukuka ilişkin olması gerektiği için mahkeme öncelikle bu iki hususun varlığını saptamalıdır. Bu durumda Türk mahkemesi, yabancı unsurun tespiti ile birlikte olay ve ilişkinin hukukî niteliğini de tespit edecektir. MÖHUK'un sistematığına bakıldığında Kanun'un Birinci Kısımında "Milletlerarası Özel Hukuk" başlığı altında genel hükümlere ve kanunlar ihtilâfî kurallarına yer verilmiş "Milletlerarası Usul Hukuku" başlıklı İkinci Kısımının Birinci Bölümünde ise Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisine ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Kanun'un bu sistematığından hareketle çalışmada ilk önce MÖHUK'un kapsamını belirleyen MÖHUK m. 1 dikkate alınarak tüketici sözleşmeleri bakımından yabancı unsurun tespiti ve vasıflandırma konusunda, daha sonra MÖHUK m. 26'da düzenlenen tüketici sözleşmeleri bakımından uygulanacak hukukun tespiti hakkında ve son olarak da MÖHUK m. 45 uyarınca tüketici sözleşmelerinden doğan ihtilâflarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi ve bu yetkinin yetki anlaşması ile bertaraf edilemeyeceği (MÖHUK m. 47/II) hakkında açıklamalar yapılmaya çalışılacaktır.

I. TÜKETİCİ SÖZLEŞMELERİ BAKIMINDAN YABANCI UNSURUN TESPİTİ VE VASIFLANDIRMA

5718 Sayılı Milletlerarası zel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) uyarınca yabancı unsurlu tüketici sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkta taraflar arasındaki tüketici sözleşmesi hakkında uygulanacak hukukun ve uyuşmazlık hakkında Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin bulunup bulunmadığının tespit edilebilmesi için taraflar arasındaki bu ilişkinin yabancı unsura sahip olması ve özel hukuka ilişkin olması gerekir. "Kapsam" başlıklı MÖHUK m. 1'de bu konu düzenlenmiştir. MÖHUK m. 1/I uyarınca "Yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, yabancı kararların tanınması ve tenfizi bu Kanunla düzenlenmiştir".

Milletlerarası zel hukukta bir uyuşmazlık, Türk mahkemesinin önüne geldiğinde hâkim, MÖHUK m. 1 uyarınca ilk önce taraflar arasında ilişkinin yabancılık unsuru taşıdığını ve özel hukuka ilişkin olduğunu saptamalı ve uyuşmazlık konusunun tespiti için hukukî nitelendirme (vasıflandırma) yapmalıdır. Hâkim, taraflar arasındaki ilişkinin, yabancı unsurlu, özel hukuka ilişkin ve yaptığı vasıflandırma sonucunda tüketici sözleşmesinden doğan bir borç ilişkisi olduğu sonucuna varırsa, ilk önce mahkemenin milletlerarası yetkisini, daha sonra taraflar arasındaki uyuşmazlık hakkında uygulanacak hukuku tespit etmelidir. MÖHUK m. 26'da tanımlanan tüketici sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda Türk mahkemesinin milletlerarası yetkili olup olmadığının belirlenmesi özel yetki kuralı olan MÖHUK m. 45'e tâbidir. Uygulanacak hukukun belirlenmesinde ise hâkim ayırım yapmalı, MÖHUK m. 26'nın kapsamına giren türde bir tüketici sözleşmesi mevcutsa bu madde uyarınca, kapsam dışında kalan tüketici sözleşmesi mevcutsa genel kural olan MÖHUK m. 24 uyarınca yetkili hukuku tespit edip uyuşmazlığa uygulamalıdır.

MÖHUK'ta yabancılık unsuru tanımlanmamıŐtır. Bu nedenle, milletlerarası özel hukuka ilişkin işlem veya ilişkilerin her birinin yabancılık

unsuru taşıyıp taşımadığı somut olay bakımından incelenir ve yabancılık unsurunun varlığı veya yokluğu konusunda sonuca varılır. Bu inceleme esnasında yabancı unsurun varlığı aranırken taraflar arasındaki hukukî ilişkinin birden çok hukuk sistemi ile irtibatlı olup olmadığı konusunda bir araştırma yapılır. Taraflar arasındaki hukukî ilişki, yargı organlarına başvurulacak ülke hukukundan başka diğer bir hukuk sistemi veya sistemleri ile irtibatlı ise yabancı unsurun varlığı kabul edilmektedir³. Tüketici sözleşmeleri bakımından yabancı unsurun varlığı veya yokluğunun tespitinde hâkim, tüketici sözleşmesinin hukukî, şahsî ve coğrafi unsurları itibarıyla yabancılık vasfı taşıyıp taşımadığı incelemeli ve buna göre karar vermelidir.

Taraflar arasındaki uyumsuzluğun yabancı unsurlu olduğunu tespit ettikten sonra yapılan vasıflandırma ile somut maddî olayın hangi kuralın kapsamına girdiği belirlenmelidir⁴. Bu nedenle, taraflar arasındaki uyumsuzluk Türk mahkemesinin önüne geldiğinde hâkim, lex fori'ye yani Türk hukukuna göre vasıflandırma yaparak ilgili uyumsuzluğun MÖHUK'un hangi maddesi kapsamında değerlendirileceğini belirleyecektir⁵. Türk mahkemesi, Türk hukuku (lex fori)⁶ uyarınca yapacağı va-

³ Yabancı unsurun çeşitli hukukî ilişkiler bakımından gerçekleşme biçimi ile ilgili öğretide gösterilen durumlar hakkında bkz. NOMER, Ergin: Devletler Hususi Hukuku, 21. Baskı, Beta Basım Yayın, İstanbul 2015, s. 5; ÇELİKEL, Aysel/ERDEM, Bahadır: Milletlerarası Özel Hukuk, Yenilenmiş 14. bası, Beta Basım Yayın, İstanbul 2016, s. 10-11; TEKİNALP, Gülören/ÇAVUŞOĞLU Ayfer: Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, Güncellenmiş 12. Bası, İstanbul 2016, s.18; CAN, Hacı/TOKER, Gümrah A.: Milletlerarası Özel Hukuk Ders Kitabı, Gözden Geçirilmiş 2. bası, Ankara 2016, s. 9 vd; ayrıca bkz. TOKER, Gümrah A.: "Yabancı Unsurlu Teminat Mektubu Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk", Prof. Dr. Burhan Ceyhan'a Armağan, DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi 2010, C. 12, Özel Sayı, İzmir 2012, s. 993-996.

⁴ Milletlerarası özel hukukta kanunlar ihtilâfî kuralları yorumlanırken bağlama kuralının konusunu teşkil eden kavramların doğrulayabileceği çeşitli tereddütler nedeniyle ortaya çıkan probleme "vasıflandırma problemi" denir. Hâkim, bu gibi durumlarda ortaya çıkan problemi çözmek için yorum yapacaktır. Bu yoruma, milletlerarası özel hukukta "vasıflandırma" adı verilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. NOMER, s. 95-96; TEKİNALP/ ÇAVUŞOĞLU, s. 33-34; ŞANLI, Cemal/ESEN, Emre/ATAMAN- FİGANMEŞE, İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, s. 47 vd.; DOĞAN, Vahit: Milletlerarası Özel Hukuk, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2016, s. s. 179-180; CAN/TOKER, s. 83 vd.

⁵ Milletlerarası özel hukukta vasıflandırma konusunda teoride üç hukuk sistemine yönelik incelemelerde bulunulmuştur. Bunlar lex fori (hâkimin hukuku), lex causae (hüküm statüsü) ve bağımsızlık teorisidir. Ayrıca, bu teorilerin değişik şekilleri olarak da ifade edilen görüşler de bulunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. NOMER, s. 102; TEKİNALP/ÇAVUŞOĞLU, s. 36-37; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 47-50; DOĞAN, s. 181-182.

⁶ Lex fori (hâkimin hukuku) teorisi, karşılaştırmalı hukukta, Türk öğreti ve uygulamasında genel kabul gören

sıfılandırma ile tarafların arasındaki uy  şmazlığın tüketicisi sözleşmesinden doğduğunu belirlese, MÖHUK'un uygulanacak hukuku belirleyen konu ile ilgili maddesini tespit edecektir. Bu durumda hâkimin ilk inceleyeceği hüküm, "Tüketicisi Sözleşmeleri" başlıklı MÖHUK m. 26'dır. Her ne kadar madde başlığı tüm tüketicisi sözleşmelerini kapsadığı gibi bir izlenim oluştursa da yeri geldiğinde açıklanacağı üzere madde, tüm tüketicisi sözleşmeleri bakımından uygulama alanı bulmamaktadır. Bu nedenle hâkim, uygulanacak hukuku tespit ederken uy  şmazlığın doğduğu tüketicisi sözleşmesinin MÖHUK m. 26'ın kapsamına girip girmediğini belirlemelidir. Mevcut uy  şmazlığın doğduğu tüketicisi sözleşmesi, MÖHUK m. 26'ın kapsamına giriyorsa, uygulanacak hukuk bu madde ile tespit edilecek; aksi halde uygulanacak hukuk, genel kural olan sözleşmelerden doğan borç ilişkilerinde uygulanacak hukuku düzenleyen MÖHUK m. 24 ile tespit edilecektir.

Türk hâkimi, mevcut uy  şmazlığla karşılaştığında öncelikle tüketicisi sözleşmesini Türk hukuku uyarınca hukukî kalıba oturtmalıdır. 6502 sayılı TKHK, hâkime bu konuda yol g  sterir⁷. TKHK m. 3'de "Tanımlar" başlığı altındaki düzenlemeler esas alındığında tüketicisi ile satıcı/sağlayıcı arasında yapılan her türlü hukukî işlemin tüketicisi sözleşmesi sayı-

teoridir. Bkz. NOMER, s. 99;   EL  KEL/ERDEM, s. 84; TEK  NALP/  AVUŐ OĐLU, s. 35; DOĞAN, s. 183-184; CAN/TOKER, s. 86-87; Bununla birlikte, lex fori uyarınca yapılan nitelendirme her zaman tatmink  r sonuçlar vermeyebilir. Bazı durumlarda, lex causae'nin yorumuna gitmek daha hakkaniyetli olabilir. Böyle bir durumda taraf menfaatleri, milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti, ortaya konulan ihtil  f h  lindeki kanunlarla güdülen amaç gibi hususlar dikkate alınmalı ve vasıflandırmanın hangi sistem içinde yapılacağı sonucuna varılmalıdır. Bkz. TEK  NALP/  AVUŐ OĐLU, s. 35-36.

⁷ 6502 sayılı TKHK'dan önce yürürlükte bulunan 4077 sayılı TKHK'nun (RG. 8.3.1995-22221) "Tanımlar" başlıklı 3. maddesine göre tüketicisi işlemi, mal ve hizmet piyasalarında tüketicisi ile satıcı sağlayıcı arasında yapılan her türlü hukukî işlemi ifade etmekteydi (4077 sayılı Kanunun kapsamı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ZEVKL  LER, Aydın/AYDOĞDU, Murat: Tüketicinin Korunması Hukuku, Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun-  rnek Yargıtay Kararları-İlgili Kanun, Yönetmelikler ve Tebliğler-Avrupa Birliği Direktifleri, 3. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, s. 80 vd.) 6502 sayılı Kanunun getirdiği yenilik ve değişikliklerden biri de Kanunun kapsamının tüketiciler lehine genişletilmesidir. 4077 sayılı Kanun zamanında eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler ile diğer bazı kanunlarda düzenlenen ve bir tarafını tüketicinin oluşturduğu sözleşmeler yargı kararları ile Kanun kapsamı dışında değerlendiriliyor; bu tip sözleşmelerden kaynaklanan tüketicisi uy  şmazlıkları Tüketicisi Sorunları Hakem Heyetleri ile Tüketicisi Mahkemeleri yerine genel mahkemelerde karara bağlanıyordu. 6502 sayılı Kanun uyarınca eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler ile ilgili uy  şmazlıklarda da artık tüketicisi hakem heyetlerine başvurulabilecektir. Bkz. AYDOĞDU, Murat: Tüketicisi Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 44-45.

lacağı sonucuna varılmaktadır. Dolayısıyla, taraflardan birinin tüketici diğer tarafın ise satıcı/sağlayıcı veya meslekî faaliyeti kapsamında gelir elde etmek için bu işi yapan gerçek veya tüzel kişi olması (imalatçı, ithalatçı, bayi, acente, kredi veren) halinde tarafların aralarındaki sözleşme tüketici sözleşmesi olarak kabul edilir. Bu durumda tarafların arasındaki sözleşmenin niteliğinin veya adının önemi yoktur; Kanunda bu konuda bir sınırlama getirilmemiştir⁸.

Türk milletlerarası özel hukuku bakımından ise tüketici sözleşmelerinin kapsamı konusunda sınırlama getirilmiştir. MÖHUK m. 26, tüketici sözleşmeleri hakkında uygulanacak hukuku belirlerken kapsama alınan tüketici sözleşmelerini sınırlamış ve bu sözleşmeler bakımından uygulanacak hukuku belirlemiştir. MÖHUK m. 26/I’de kapsama alınan tüketici sözleşmeleri, “Meslekî veya ticarî olmayan amaçla mal veya hizmet ya da kredi sağlanmasına yönelik tüketici sözleşmeleri...” cümlesi ile ifade etmiştir. MÖHUK m. 26’nın gerekçesinde bu maddenin birinci fıkrasında “tüketici sözleşmeleri” kavramının tanımlanmasının nedeni şu şekilde açıklanmıştır: “Buna ihtiyaç duyulmasının sebebi, hangi tüketici sözleşmelerinin madde kapsamına alındığının ve buna bağlı olarak, kimin tüketici olduğunun tereddüde yer vermeyecek şekilde ortaya konulması gereğidir”⁹. MÖHUK m. 26/I maddenin kapsamı hakkında genel bir fikir verse de maddenin kapsamını belirleyen düzenleme MÖHUK m. 26/II’de yer almaktadır. Zira, MÖHUK m. 26/II’de sadece belirli özelliklere sahip tüketici sözleşmelerinin maddenin kapsamına gireceği ve uygulanacak hukukun ise tüketicinin mutad meskeni hukuku olduğu düzenlenmiştir¹⁰.

⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. GÜMÜŞ, Mustafa A.: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Cilt-I (madde:1-46), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s. 8 vd; İNAL, Tamer: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Hazırlanmış Tüketici Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 72-73; ASLAN, Yılmaz İ.: 6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku, 4. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2014, s. 2 vd.; KARA, İlhan: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Hazırlanmış Tüketici Hukuku, 1. Baskı, Ergin Yayınevi, Ankara 2015, s. 58-59; ÖZEL, Çağlar: Tüketicinin Korunması Hukuku, 6502 Sayılı Kanuna Göre Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 41 vd; AYDOĞDU, s. 58 vd.; ZEVKİLİLER, Aydın/ÖZEL, Çağlar: Tüketicinin Korunması Hukuku, Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun-Örnek Yargıtay Kararları-İlgili AB Direktifleri-İlgili Mevzuat, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 77 vd.

⁹ Bkz. MÖHUK m. 26’nın gerekçesi.

¹⁰ Bkz. II, B.

Tüketici sözleşmelerine ilişkin davalarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini düzenleyen MÖHUK m. 45, ilk fıkrası ile maddenin kapsamını ve hangi sözleşmelerin bu kapsamına gireceğini açıkça düzenlenmiştir. MÖHUK m. 45/I'e göre bu madde, "26 ncı maddede tanımlanan tüketici sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda" Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini belirlemektedir. Bu tanım uyarınca MÖHUK m. 45, meslekî veya ticarî olmayan amaçla mal veya hizmet ya da kredi sağlanmasına yönelik tüketici sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkili olup olmadığını belirlemektedir. MÖHUK m. 26/I'deki tanımda yer alan özelliklere sahip olmayan sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda MÖHUK m. 45 uygulama alanı bulmayacaktır. Bu tür sözleşmeler bakımından Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, MÖHUK m. 40'ın atfıyla iç hukukun yer itibarıyla yetki kuralları aracılığıyla yapılır.

Bu açıklamalardan hareketle, tüketicinin kar elde etme amacı olmaksızın kendisi veya ailesi için yapmış olduğu mutad tüketime ilişkin mal veya hizmet ya da kredi sağlanmasına yönelik tüketici sözleşmesi aynı zamanda MÖHUK m. 26/II'de sayılan üç tüketici sözleşmesi türünden biri ise uygulanacak hukuk, MÖHUK m. 26 aracılığı ile tespit edilecektir. Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi tespit edilirken, milletlerarası yetkiye ilişkin özel hüküm olan "Tüketici Sözleşmesine İlişkin Davalar" başlıklı MÖHUK m. 45'in uygulama alanı bulabilmesi için ise MÖHUK m. 26'da tanımlanan tüketici sözleşmesinden doğan bir uyuşmazlığın varlığı gerekmektedir¹¹.

MÖHUK m. 26'da yer alan tüketici sözleşmesinin tanımında yer alan kavramların vasıflandırılması (hukukî nitelendirilmesi) Türk hukuku (lex fori) uyarınca yapılacaktır. Türk hâkimi, "mal", "hizmet" ve "kredi sözleşmesi" kavramlarını vasıflandırırken TKHK'un hükümlerini dikkate alacaktır. TKHK'nın "tanımlar" başlıklı 3. maddesinde mal ve hizmet kavramları tanımlanmıştır. Buna göre mal: "Alışverişe konu olan; taşınır eşya, konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallar ile elektronik

¹¹ Bkz. III, B.

ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri her türlü gayri maddi malları” [TKHK m. 3(1)(h)]; hizmet: “Bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan ya da yapılması taahhüt edilen mal sağlama dışındaki her türlü tüketici işleminin konusunu” [TKHK m. 3(1)(d)] ifade eder. Kredi sözleşmesi ise TKHK’un “Tüketici kredisi sözleşmeleri” başlıklı 22. maddesinde “kredi verenin tüketiciye faiz veya benzeri bir menfaat karşılığında ödemenin ertelenmesi, ödünç veya benzeri finansman şekilleri aracılığıyla kredi verdiği veya kredi vermeyi taahhüt ettiği sözleşme” olarak tanımlanmıştır [TKHK m. 22(1)].

Yabancı unsurlu tüketici sözleşmesinden doğan bir ihtilâfta tüketici gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir. Her ne kadar MÖHUK’ta bu konuda bir açık bir düzenleme bulunmasa da TKHK m. 3(1)(k) bendi uyarınca tüketici, “ticari veya meslekî olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi” ifade eder. Aynı şekilde tüketicinin karşı tarafı da gerçek veya tüzel kişi olabilir. TKHK m. 3(1)(l) bendinde tüketici işlemi tanımından bu sonuca varılmaktadır. Şöyle ki, tüketicinin karşı tarafı, “mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya meslekî amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler”dir.

MÖHUK m. 26/IV’de maddenin kapsamı dışında tutulan bazı sözleşme türlerine de yer verilmiştir. MÖHUK m. 26, paket turlar hariç, taşıma sözleşmeleri ve tüketiciye hizmetin onun mutad meskeninin bulunduğu ülkeden başka bir ülkede sağlanması zorunlu olan sözleşmelere uygulanmaz. Uyuşmazlığın önüne gelen Türk hâkimi, taraflar arasındaki sözleşmenin taşıma sözleşmesi veya tüketiciye hizmetin onun mutad meskeninin bulunduğu ülkeden başka bir ülkede sağlanması zorunlu olan bir sözleşme olup olmadığını yani taraflar arasındaki sözleşmenin hukukî niteliğini Türk hukukuna (lex fori) göre yapacağı vasıflandırma ile tespit edecektir.

II. MÖHUK m. 26 KAPSAMINA GİREN TÜKETİCİ SÖZLEŞMELERİ HAKKINDA UYGULANACAK HUKUK

A. Genel Olarak

MÖHUK m. 24, yabancı unsurlu sözleşme ilişkisine uygulanacak hukuku belirleyen genel nitelikli bir bağlama kuralıdır. Bu madde ile çeşitli sözleşme türlerine dayanan ilişkiler, bir çatı altında birleştirilmiş ve hukuk güvenliğini sağlamak amacıyla genel yaklaşımı ifade eden kriterler oluşturulmuştur¹². Örneğin, satım sözleşmesi, bağışlama, kullandırma sözleşmeleri (taşınır kirası, finansal kiralama, karz ve ariyet), eser sözleşmesi, yayın sözleşmesi, vekâlet sözleşmesi, vekâletsiz iş görme, acentelik-komisyonculuk-tellallık, garanti sözleşmesi, kefalet sözleşmesi, franchise sözleşmesi, sigorta sözleşmesi, factoring sözleşmesi gibi sözleşmeye dayanan borç ilişkileri bakımından uygulanacak hukuk, MÖHUK m. 24 uyarınca tespit edilir¹³. Sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuku tespit eden genel kural yanında MÖHUK'ta önemleri dolayısıyla, bazı özel sözleşme tiplerine uygulanacak hukukun tespitine ilişkin bağlama kurallarının ayrıca düzenlendiği görülmektedir. Bu sözleşmeler, taşınmazlara ilişkin sözleşmeler (MÖHUK m. 25), tüketici sözleşmeleri (MÖHUK m. 26), iş sözleşmeleri (MÖHUK m. 27), fıkri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmeler (MÖHUK m. 28) ve eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmeler (MÖHUK m. 29) dir.

Tüketicinin korunması tekml hukuk sistemlerinde kabul edilmiştir. Türk iç hukukunda ise tüketici, TKHK'un hükümleri uyarınca korunmaktadır. Tüketicie bu koruma, bazı tür tüketici sözleşmeleri bakımından Türk Kanunlar İhtilâfı Hukuku'nda özel bir hüküm olan MÖHUK m. 26 uyarınca sağlamıştır¹⁴. Bazı tür tüketici sözleşmeleri hakkında uygulanacak hukukun sözleşmeler hakkında uygulanacak hukuku düzenleyen MÖHUK m. 24'den ayrı bir bağlama kuralıyla MÖHUK m. 26

¹² TEKİNALP/ÇAVUŞOĞLU, s. 305.

¹³ Örneklerde verilen sözleşme tiplerine uygulanacak hukukun tespiti için bkz. TEKİNALP/ÇAVUŞOĞLU, s. 305-327.

¹⁴ NOMER, s. 344.

ile düzenlenmesi, tüketicinin hukuken korunması gerekliliğinin sonucu olarak kabul edilmektedir¹⁵. Ticari veya meslekî olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi olan tüketici, mal veya hizmeti özel yaşamına ait bir amaçla alırken yaptığı sözleşmelerde “zayıf taraf olarak kabul edilerek” korunmaktadır. Bu durumda tüketici sıfatıyla kişilerin yaptıkları sözleşmelerde, sözleşmenin karşı tarafı olan satıcı veya sağlayıcı gibi sıfatlara sahip kişilere nazaran zayıf konumda oldukları varsayılmaktadır¹⁶.

Tüketiciyi sözleşmenin zayıf tarafı olarak kabul eden kanun koyucu, tüketicinin korunma ihtiyacını dikkate alarak tüketici sözleşmesinin belli türleri için çok taraflı özel kanunlar ihtilâfı kurallarını içeren MÖHUK m. 26’yı düzenlemiştir¹⁷. Bu düzenleme bir yeniliktir. Yürürlükten kalkan 2675 sayılı MÖHUK’da¹⁸ tüketici sözleşmelerine ilişkin olarak ayrı bir bağlama kuralı mevcut değildi. Burada dikkat edilmesi gereken nokta tüm tüketici sözleşmeleri bakımından uygulanacak hukukun MÖHUK m. 26 ile tespit edilmeyeceğidir. MÖHUK, yabancı unsurlu tüketici sözleşmeleri arasında ayırım yapmış; belli özelliklere tâbi tüketici sözleşmelerini MÖHUK m. 26’a tâbi tutmuş, bu özelliklere sahip olmayan tüketici sözleşmelerini ise genel hüküm olan MÖHUK m. 24’e tâbi tutmuştur.

5718 sayılı MÖHUK’un sözleşmeden doğan borçlara uygulanacak hukukun tespitine yönelik hükümleri hazırlanırken, Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu’nun

¹⁵ ÇELİKEL/ERDEM, s. 379-380.

¹⁶ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 282; GÜNGÖR, Gülin: “Tüketicinin Mutad Meskeni Hukuku -Düşünsel Temeller-”, AÜHFĐ 2008, C. 57, S. 2, s. 116; Roma Konvansiyonu’nda da belli bazı özelliğe sahip sözleşmeler bakımından sözleşmenin zayıf tarafı korunmaya çalışılmıştır. Bu sözleşmelerden biri Roma Konv. m. 5’de düzenlenen “Belirli Tüketici Sözleşmeleri”dir. Belirli Tüketici Sözleşmeleri bakımından zayıf taraf olduğu varsayılan tüketici, mutad meskeni hukuku tarafından korunmaya çalışılmıştır. Bkz. NORTH, Peter/FAWCETT, James: Cheshire and North’s Private International Law, thirteenth edition, Oxford University Press 1999, s.575 vd.

¹⁷ Aynı şekilde Roma Konvansiyonu oluşturulurken “Seçim Serbestisini” düzenleyen m. 3’ün ve “Seçim Yokluğu Halinde Uygulanacak Hukuku” düzenleyen m. 4’ün tüketiciye yeterli korumayı sağlayamayacağı düşünülmüş ve “Belirli Tüketici Sözleşmeleri”ni düzenleyen m. 5 kaleme alınmıştır. Bkz. DICEY/MORRIS: The Conflict of Laws (edt by Lawrence Collins), 14th. ed., Vol. 2, London 2006, s. 1635.

¹⁸ RG. 22.05.1982-17701.

(Roma Konvansiyonu)¹⁹ hükümleri ve Avrupa Birliği mevzuatı dikkate alınmıştır. Çalışmanın konusu olan bazı tür tüketici sözleşmeleri hakkında uygulanacak hukuku düzenleyen MÖHUK m. 26'nın ve sözleşmeler hakkında genel hüküm olan MÖHUK m. 24'ün esin kaynağı Roma Konvansiyonu'dur. Bu Konvansiyon, MÖHUK'un hazırlanması aşamasında önemli bir uluslararası hukuk kaynağı idi. Günümüzde ise Avrupa Birliğinde sözleşmeler hukuku, Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin birlikte hazırladığı Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma I Tüzüğü'nün²⁰ hükümleri uyarınca belirlenir. Roma I Tüzüğü, Avrupa Birliğine Üye devletler bakımından Roma Konvansiyonu'nun yerine geçmiştir. Roma Konvansiyonu'nda ve daha sonra onun yerine geçen Roma I Tüzüğü'nde, sadece sözleşmelere uygulanacak hukuk hakkında düzenlemeler getirilmiş; mahkemelelerin yetkisi konusuna ise yer verilmemiştir.

MÖHUK m. 26 ile iki temel amaca varılmak istenmiştir. MÖHUK m. 26/I'de tüketici sözleşmeleri kavramı tanımlanmış, taraflara madde tanımlı yapılan tüketici sözleşmeleri bakımından "sınırlı hukuk seçimi" yapma imkânı tanınmıştır. Bu düzenleme sayesinde sözleşmenin zayıf tarafı olan tüketicinin mutad meskeni hukukunun tüketici yararına olan emredici hükümlerini bertaraf eden bir hukuk seçimi yapma ihtimali ortadan kaldırılmaya çalışılmıştır. MÖHUK m. 26/II'de tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde maddede belirlenen objektif bağlama kuralı uyarınca uygulanacak hukuk, yine maddede sayılan üç

¹⁹ Roma Konvansiyonu, 19 Haziran 1980 tarihinde imzaya açılmış, 1 Nisan 1991 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Konvansiyonun tarihçesi ve amacı hakkında bkz. HORLACHER, Matthew H.: "The Rome Convention and The German Paradigm: Forecasting the Demise of the European Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations", Cornell Int'l L. J. 1994, Vol. 27, s.174-176; McGUINNESS, Gina M.: "The Rome Convention: The Contracting Parties' Choice", San Diego Int'l L. J. 2000, Vol. 1, s.129-131, s.136; NORTH/FAWCETT, s.535-536; ZAREMBA, Jochen: "International Electronic Transaction Contracts Between U. S. and EU Companies and Customers", Conn. J. Int'l L. 2002-2003, Vol. 18, s.490-491; DICEY/MORRIS, s.1541-1543; Roma Konvansiyonu ile Avrupa birliği müktesabatının ilişkisi için ayrıca bkz. D'OLIVEIRA, Hans Ulrich J.: "The EU and Metamorphosis of Private International Law", Reform and Development of Private International Law, Essays in Honour of Sir Peter North, ed. By. Fawcett James, Oxford University Press New York 2002, s.121 vd.; EKŞİ, Nuray: Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu, İstanbul 2004, s. 1 vd.; PASA, Barbara/BENACCHIO, Gian A.: The Harmonization of Civil and Commercial Law in Europe, Central European University Press Budapest-New York 2005, s.268-271.

²⁰ Regulation (EC) No. 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I), O.J. L 177/6.

durumdan birinin gerçekleşmiş olması – taraflar arasındaki sözleşmenin sayılan üç tür tüketici sözleşmesinden biri olması- şartıyla “tüketicinin mutad mesken hukuku” olarak belirlenecektir. Tüketicinin en iyi bildiği hukuk olarak varsayılan kendi mutad meskeni hukuku, hukuk seçimi yapılmadığı hallerde objektif bağlama noktası olarak kabul edilerek tüketici korunmaya çalışılmıştır.

MÖHUK m. 26/I ile tanım yapıldığı, MÖHUK m. 26/II ile de maddenin uygulanabilmesi için bazı koşulların getirildiği sonucuna varılmaktadır. Taraflar arasındaki sözleşmenin MÖHUK m. 26/II’da sınırlı olarak sayılan üç tür tüketici sözleşmesinden herhangi birini karşılamadığı bir durumda somut uyuşmazlık bakımından uygulanacak hukukun tespiti MÖHUK m. 26’ya tâbi olmaz. Böyle bir durumda, taraflar arasındaki yabancı unsurlu tüketici sözleşmesine uygulanacak hukuk, MÖHUK m. 24’deki genel düzenleme ile tespit edilir. MÖHUK m. 26/IV’de ise maddenin kapsamına ilişkin ek bir düzenleme getirilmiştir.

MÖHUK m. 26’nın kapsamına giren bir tüketici sözleşmesinin şekline uygulanacak hukuk, MÖHUK m. 26/III uyarınca tüketicinin mutad meskeni hukukudur. MÖHUK m. 24 ise sözleşmelerin şekline ilişkin özel bir düzenleme getirmemiş bu konuyu hukukî işlemlerde şekli düzenleyen MÖHUK m. 7’e bırakmıştır.

MÖHUK m. 26’da açıkça düzenlenmese dahi bu madde kapsamına giren tüketici sözleşmeleri bakımından da sözleşmenin tarafları açık veya örtülü hukuk seçimi yapabilirler; seçilen hukukun sözleşmenin tamamına veya bir kısmına uygulanabileceğini kararlaştırabilirler; hukuk seçimini her zaman yapabilirler ve değiştirebilirler. MÖHUK m. 24, sözleşmelere uygulanacak hukuku tespit eden genel hüküm niteliğinde olduğundan hukuk seçimi konusunda getirdiği bu düzenlemeler, tüketicinin mutad meskeni hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî koruma saklı kalmak kaydıyla MÖHUK m. 26 bakımından da değer taşır.

Çalışmanın kapsamı, MÖHUK'ta düzenlenen tüketicinin korunmasına yönelik hükümler olduğu için, detaylı inceleme MÖHUK m. 26'nın kapsamına giren tüketici sözleşmeleri bakımından yapılacak; yeri geldikçe de MÖHUK m. 24 hakkında açıklamalarda bulunmaya çalışılacaktır.

B. MÖHUK m. 26'nın Kapsamı

Yabancılik unsuru içeren bazı tür tüketici sözleşmeleri bakımından hukuk seçimi kısıtlanarak tüketici korunmaya çalışılmıştır. MÖHUK m. 26/I'e göre meslekî veya ticarî olmayan amaçla mal veya hizmet ya da kredi sağlanmasına yönelik tüketici sözleşmeleri, "tüketicinin mutad meskeni hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî koruma saklı kalmak kaydıyla", tarafların seçtikleri hukuka tâbi kılınmıştır.

MÖHUK m. 26/I'de "tüketici sözleşmeleri" kavramı tanımlanmıştır. MÖHUK, bu yönde bir düzenleme getirerek, hangi tüketici sözleşmelerinin madde kapsamına alındığını belirlemek ve buna bağlı olarak tüketici kavramını belirleyerek kimin tüketici olduğu konusundaki tereddütleri önceden önlemek istemiştir. Tüketici sözleşmesi kavramı tanımlanırken günümüzde AT tüzüğü (Roma-I) haline gelmiş 1980 tarihli Roma Konvansiyonu'ndan yararlanılmıştır. Roma Konv. m. 5 "Belirli Tüketici Sözleşmeleri" hakkında uygulanacak hukukun tespitini belirler. Roma Konv. m. 5(1) uyarınca "Bu madde, konusu meslek ve ticareti dışında kabul edilen bir amaçla bir kişiye (tüketiciye) mal veya hizmetlerin sunulması veya bu amaçla kredi temini olan sözleşmelere uygulanır"²¹. Roma Konv. m. 5(1)'de yer alan²² ve bu maddenin kapsamını belirleyen ölçütlerden

²¹ Çalışmada, Roma Konvansiyonu'nun Türkçe çevirisinden yararlanılan kaynak için bkz. EKŞİ, Nuray: Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu, İstanbul 2004, EK. 3, s. 237-259; Sözleşmenin çevirisi için ayrıca bkz. EKŞİ, Nuray: "Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Konvansiyon", Prof. Dr. Yılmaz Altuğ'a Armağan, MHB 1997-1998, Y. 17-18, S. 1-2, s. 163-181.

²² Roma I Tüz. m. 6'daki tüketici sözleşmesinin tanımına bakıldığında Roma Konvansiyonu'na nazaran Tüzük ile tüketici sözleşmelerinin kapsamının genişlediği görülmektedir. Roma I Tüz. m. 6'ya göre Tüzüğün 5. (taşıma Sözleşmeleri) ve 7. maddelerinde (sigorta sözleşmeleri) düzenlenen sözleşmeler dışında kalan, ticari ve meslekî faaliyet amaçları dışında kalan tüketici sıfatıyla akdedilen ancak karşı taraf için ticari ve meslekî amacı olan sözleşmelere tüketici sözleşmesi denir. Bu hüküm uyarınca Roma I Tüz. m. 6, tüketici ve tacir arasındaki sözleşmelere uygulanır. Bkz. TARMAN, Zeynep D.: "Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak

birini getiren tanım²³, MÖHUK m. 26'nın düzenlenmesi bakımından da dikkate alınmış ve madde metnine dahil edilmiştir. Dolayısıyla, MÖHUK m. 26/I ile getirilen tanımın dışında kalan bir sözleşme bir başka ülke hukuku uyarınca tüketici sözleşmesi olarak kabul görse dahi, MÖHUK m. 26'nın kapsamı dışında tutulmuştur²⁴.

MÖHUK m. 26/I, mal veya hizmet ya da kredi sağlamasına yönelik tüketici sözleşmeleri hakkında maddenin uygulanacağını düzenlemiştir. Bu madde kapsamına giren tüketici sözleşmelerinin konusu mal arzı olabileceği gibi hizmet arzı veya kredi sağlaması da olabilir. Dolayısıyla sadece satım sözleşmeleri bakımından değil bir işin görülmesine ilişkin sözleşmeler bakımından da MÖHUK m. 26 uygulama alanı bulacaktır. Öğretide Roma Konv. m. 5'in kapsamına ilişkin verilen örnekler, MÖHUK m 26 bakımından da geçerlidir. Örneğin, satış sözleşmeleri, tıbbi sözleşmeler, avukatlarla yapılan sözleşmeler, mimarlarla yapılan sözleşmeler, sigorta sözleşmeleri, ders verme sözleşmeleri, malın tamirine ilişkin sözleşmeler, kredi sözleşmeleri²⁵ MÖHUK m 26 kapsamında değerlendirilebilirken, kira sözleşmeleri ile taşınmaz malların veya hakların devrine ilişkin sözleşmeler maddenin kapsamı dışında kalır²⁶.

MÖHUK m. 26/I, mal veya hizmet ya da kredi sağlamasına yönelik tüketici sözleşmeleri hakkında maddenin uygulanacağını düzenlemişken; bunun yanında hüküm, bu tür tüketici sözleşmelerinin kapsamını da “meslekî veya ticari olmayan amaçla” ifadesiyle sınırlama yoluna gitmiştir. Bu nedenle MÖHUK m. 26, “tüketicinin kendisi veya ailesi için yapmış olduğu mutad (alışıla gelen) tüketimleri” konu alan tüketici sözleşmelerine

Hukuk Hakkında Roma I Tüzüğü”, BATİDER 2009, C. XXV, S. 2, s. 319 vd; CAN, Hacı: Avrupa Birliği Sözleşme Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 444 vd.

²³ Roma Konv. m. 5'de tüketici sözleşmeleri tanımlanmış; bu yolla bu kavramın taraf ülke hukuklarınca farklı yorumlanmasının önüne geçilmiştir (DICEY/MORRIS, s. 1636).

²⁴ ÇELİKEL/ERDEM, s. 379-380.

²⁵ EKŞİ, Nuray: Avrupa Birliği Roma Konvansiyonuna Göre Tüketici Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, <<http://www.iku.edu.tr/TR/userfiles/huk/04.pdf>>, s. 137-138; DICEY/MORRIS, s. 1636.

²⁶ EKŞİ, Roma Konv. m. 5, s. 138.

uygulanacak hukuku göstermektedir²⁷. Dolayısıyla, amacı meslekî ve ticarî olan sözleşmeler, MÖHUK m. 26'ın kapsamı dışında olup, bu tür sözleşmeler hakkında genel kural olan MÖHUK m. 24 uygulama alanı bulacaktır²⁸. Tacirler arasında veya üreticiler arasında yapılan veyahut profesyonel bir mesleğin icrası için gerekli olan bir malın veya aracın teminini konu alan sözleşmeler MÖHUK m. 26'ın kapsamı dışındadır²⁹. Profesyonel bir mesleğin icrası için gerekli olan bir malın veya aracın teminine bir avukatın bürosu için aldığı bilgisayarı veya bir dişçinin muayenehanesi için aldığı dişçi koltuğunu örnek gösterebiliriz. Bu konuda yapılan yabancı unsurlu sözleşmeden doğan uyumsuzluklar MÖHUK m. 24'e tâbi olup MÖHUK m. 26'ın kapsamı dışındadır³⁰.

MÖHUK m. 26/I'de bu şekilde genel bir tanım yapılmasına karşı, MÖHUK m. 26/II'de tüketicinin mutad meskeni hukukunun uygulanabilmesi açısından Kanun, sadece belirli özelliklere sahip tüketici sözleşmelerinin mevcut olmasını aramıştır. Tarafların aralarındaki sözleşme bakımından objektif bağlama kuralı olarak tüketicinin mutad meskeni hukukunun uygulanabilmesi için MÖHUK m. 26/II'de üç bent halinde getirilen şartlardan en az birinin mevcut olması zorunluluğu madde metninde açıkça düzenlenmiştir. Bu noktada akla gelen soru şudur: Mevcut bir tüketici sözleşmesinin MÖHUK m. 26'nın kapsamına girip girmeyeceğini belirlerken ilk fıkrada yer alan tanım ile bağlı mı kalınacaktır? Yoksa ikinci fıkrada düzenlenen şartlardan birinin gerçekleşip gerçekleşmediğine yönelik bir araştırma yaptıktan sonra mı karar verilecektir?

²⁷ NOMER, s. 345.

²⁸ Roma Konv. m. 5(1) ile tüketici sözleşmeleri tanımlanarak, Sözleşmeye taraf ülkelerinin milli hukuklarındaki tanım farklılıklarından doğabilecek yorum sorunları önceden önlemeye çalışılmıştır. Böylece taraf ülke mahkemeleri önlerine gelen uyumsuzluğun tüketici sözleşmesinden doğup doğmadığını tespit ederken yapacakları yorum, Konvansiyon'daki yer alan tüketici sözleşmesi tanımına göre olacaktır. Madde metninde yapılan tanım ile birlikte bu kavram konusunda taraf ülke hukuklarından bağımsız, ortak bir yorum getirilmeye çalışılmıştır (DICEY/MORRIS, s. 1636); bkz. EKŞİ, Roma Konv. m. 5, s. 137 vd.

²⁹ Bu sözleşmeler Roma Konv. m. 5'in kapsamı dışındadır (DICEY/MORRIS, s. 1636-1637)

³⁰ Roma Konvansiyonu'nun uygulama alanı bulabilmesi için tüketici, meslekî amaçlarla değil kişisel amaçlarla hareket etmelidir. Satıcı işi yada mesleği gereği hareket ediyorsa Konvansiyon uygulama alanı bulmayacaktır. Buna karşı Roma Konv. m. 5'in amacı ekonomik yönden zayıf olan tarafı korumak olduğu için sözleşmenin karşı tarafı olan satıcının meslekî ve işi gereği sözleşmesi yapması gerekir. Bkz. EKŞİ, Roma Konv. m. 5, s. 137.

Kanımızca MÖHUK m. 26'nın uygulama alanı bulması ikinci fıkrada düzenlenen şartların birinin gerçekleşmesine bağlıdır. Ancak ikinci fıkrada yer alan şartlardan biri altında yapılan bir tüketici sözleşmesi, MÖHUK m. 26'nın kapsamına girer. Başka bir ifadeyle, sınırlı hukuk seçimi yapılması için de ikinci fıkrada yer alan şartların dikkate alınması gerekir. Bu şartlardan en az birinin gerçekleştiği bir tüketici sözleşmesi maddenin kapsamı dahilinde olup hukuk seçimi yapılabilir veya yapılmamışsa objektif bağlama kuralları vasıtasıyla uygulanacak hukuk MÖHUK m. 26/II'ye göre tespit edilir³¹. Maddenin kapsamına girmeyen bir tüketici sözleşmesi hakkında uygulanacak hukuk ise MÖHUK m. 24 uyarınca tespit edilir. Dolayısıyla objektif bağlama kuralı olarak tüketicinin mutad mesken hukukunun uygulanmasını üç şarttan en az birinin gerçekleşmiş olmasına bağlı tutan MÖHUK m. 26/II, sınırlı hukuk seçimi bakımından da dikkate alınmalıdır. Kanun, tüketicinin mutad meskeni hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî korumayı saklı tutarak taraflar arasındaki hukuk seçimine imkân tanımaktadır. Bu noktada, sınırlı hukuk seçimi için “meslekî ve ticarî olmayan amaçla mal veya hizmet ya da kredi sağlanmasına yönelik” sözleşmeleri tüketici sözleşmeleri sayan genel tanımla bağlı kalınmaması gerekir. Tüketicinin mutad meskeni hukukunun taraflar arasındaki ilişkiye etkisi konusunda MÖHUK m. 26'da düzenlenen objektif bağlama kuralı ile sübjektif bağlama kuralı arasında ayırım gözetilmemesi gerekir. Bu yolla, MÖHUK m. 26'nın bir bütün olarak, sadece tüketicinin kendi mutad meskeni hukukuna göre korunmasına gerek duyulan tüketici sözleşmeleri bakımından uygulanması sağlanacaktır. Bu yorum, maddenin düzenlenme amacına uygundur. Madde gerekçesinde de “tüketicinin hukuken korunması gerekliliğinin sonucu olarak, bazı tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukukun diğer sözleşmelerden farklı düzenlenmesi bir zorunluluk olarak ortaya çıkmış” olduğu açıkça ifade edilerek³² MÖHUK m. 26'ın başlığındaki gibi tüm tüketici sözleşmeleri bakımından değil de belli tip tüketici sözleşmeleri bakımından maddenin uygulama alanı bulacağı

³¹ Bu konudaki diğer bir görüş uyarınca “MÖHUK m. 26(1) hükmünde hukuk seçimi bakımından sağlanan korumanın kapsamına, m. 26'da tarif edilen tüketici akitlerinin tamamı –(2). fıkradaki şartları taşısın veya taşımasın- dahildir”. Bkz. ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 283.

³² Bkz. MÖHUK m. 26'nın gerekçesi.

sonucuna varılmıştır. Ayrıca Roma Konv. m. 5'in amaçladığı da bu yaklaşımdır. Roma Konv. m. 5'in başlığı "Belirli Tüketici Sözleşmeleri"dir. Roma Konv. m. 5(2)'de düzenlenen hukuk seçimi konusunda da tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkenin müdahaleci kurallarının devrede olabilmesi için maddede sayılan üç şarttan en az birinin somut olay bakımından mevcut olması gerekmektedir³³.

Görüldüğü üzere MÖHUK, -Roma Konvansiyonu'nda olduğu gibi- tüketici sözleşmeleri bakımından bir ayırım getirmiştir. Belli türlerde olan tüketici sözleşmelerini MÖHUK m. 26'nın kapsamına dahil etmiş, bunlar dışındaki tüketici sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkları ise genel kural olan MÖHUK m. 24'e tâbi tutmuştur. Bir tüketici sözleşmesinin MÖHUK m. 26'nın kapsamına dahil olabilmesi için MÖHUK m. 26/II uyarınca ya satıcı tüketiciye yönelmeli ve tüketici sözleşmesi tüketicinin yaşadığı sosyal ve hukuki çevre içinde (Home deal) kurulmalı; ya da sözleşmenin karşı tarafının düzenlediği bir geziye katılmış ve bu gezi ile sözleşme yapmak üzere götürüldüğü ülkede sözleşme akdetmelidir (Travelers' deal). Her iki durum bakımından tüketicinin yaşadığı yerin standartları ile korunması amaçlanmış ve en uygun bağlama noktası olarak tüketicinin mutad meskeni belirlenmiştir³⁴. Dolayısıyla objektif bağlama noktası olarak tüketicinin mutad meskeni hukuku yetkili kılınmış; subjektif bağlamada ise tüketicinin mutad meskeni hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgari korumayı saklı tutarak taraflara seçim hakkı tanınmış ve bu yolla tüketicinin mutad mesken hukukuna önem atfedilmiştir. Tüketici sözleşmeleri bakımından yapılan bu ayırım uyarınca tüketicinin kendi mutad meskenine göre korunması gerekli olan hâllerde (MÖHUK m. 26/II'deki üç tüketici sözleşmesi türü) MÖHUK m. 26; tüketicinin kendi mutad meskenine göre korunması gerekli olmayan hâllerde ise MÖHUK m. 24 uygulama alanı bulacaktır.

Meslekî ve ticari konulu sözleşmeler, tüketici sözleşmesi olarak nitelendirilemeyeceği ve bu nedenle MÖHUK m. 26'nın kapsamı dışında

³³ Roma Konv. m. 5(2)'ye ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. DICEY/MORRIS, s. 1638 vd.; NORTH/FAWCETT, s. 591 dn. 17.

³⁴ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 283-284; GÜNGÖR, *Düşünsel Temeller*, s. 115 vd.

tutulduğu için bu tip sözleşmeler bakımından hukuk seçimi MÖHUK m. 24'e tâbidir. Bu nedenle bu sözleşmeler bakımından sınırlı hukuk seçimi yoluna başvurulması gibi bir zorunluluk yoktur. MÖHUK m. 24, tüketici sözleşmelerini düzenleyen MÖHUK m. 26'da olduğu gibi hukuk seçimi konusunda "tüketicinin mutad mesken hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgari koruma saklı kalmak kaydıyla" gibi bir sınırlama getirmemiştir³⁵.

MÖHUK m. 26/IV ile maddenin kapsamına ilişkin ek bir düzenleme getirilmiştir. Bu düzenleme ile maddenin uygulanamayacağı bazı tür tüketici sözleşmeleri belirtilmiştir. Bu hüküm uyarınca MÖHUK m. 26, paket turlar hariç, taşıma sözleşmeleri ve tüketiciye hizmetin onun mutad meskeninin bulunduğu ülkeden başka bir ülkede sağlanması zorunlu olan sözleşmelere uygulanmaz. Dolayısıyla, taşıma ve konaklama gibi turistik hizmetlerin birlikte taahhüt edildiği ve tek fiyat uygulanan gezilere ilişkin sözleşmeler yani paket tur sözleşmeleri hakkında MÖHUK m. 26 hükmü uygulanacak³⁶; paket turlar dışında kalan "turizm ve seyahat faaliyetleri" hakkında ise bu madde uygulanmayacaktır. Örneğin bir turizm işletmesi paket tur yaparsa MÖHUK m. 26, bu işletme sadece konaklamayı veya sadece seyahati düzenlerse MÖHUK m. 24 uygulama alanı bulacaktır. "Kişilerin taşınmasına yönelik sözleşmeler" ve "malların taşınmasına yönelik sözleşmeler" MÖHUK m. 26'nın kapsamı dışında tutulmuştur. Bu maddenin gerekçesinde³⁷ de açıkça belirtildiği üzere taşıma sözleşmelerinin hükmün kapsamı dışında bırakılmasının üç temel nedeni vardır. Bunlardan birincisi, taşıma sözleşmeleri konusunda Türkiye'nin de taraf olduğu milletlerarası sözleşmelerin mevcut olması; ikincisi, eşya taşıma sözleşmelerine ilişkin olarak MÖHUK'ta özel kanunlar ihtilâfi kurallarının bulunması (MÖHUK m. 29)³⁸; ve sonuncusu Avrupa Topluluğu mevzuatıyla uyum gösterme arzudur³⁹.

³⁵ Bkz. MÖHUK m. 24.

³⁶ ÇELİKEL/ERDEM, s. 380-381; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 284; ÇALIŞKAN, Zeynep: "5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk Ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 26. Maddesine Göre Tüketici Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk", MHB 2008, Y. 28, S. 1-2, s. 39.

³⁷ Bkz. MÖHUK m. 26'nın gerekçesi.

³⁸ Bkz. MÖHUK m. 29.

³⁹ Roma Konv. m. 5(4), maddenin bazı sözleşmeler hakkında uygulama alanı bulmayacağını düzenlemekte-

C. Sınırlı Hukuk Seçimi (MÖHUK m. 26/I)

Kural olarak her hukuk düzeni, hukuk seçiminin konusu yapılabilir. Taraflar aralarındaki ilişki hakkında uygulanacak hukuku irade özgürlüğü ilkesi çerçevesinde seçtiklerinde bu hukukun emredici olan ve olmayan tüm hükümleri uygulama alanı bulur⁴⁰. Kural seçim serbestisi olmakla beraber MÖHUK'da hukuk seçimini sınırlayan sözleşme türleri de düzenlenmiştir⁴¹. Bunlardan biri de MÖHUK m. 26'da düzenlenen tüketici sözleşmeleridir. MÖHUK m. 26 kapsamına giren tüketici sözleşmeleri bakımından objektif bağlama noktasına göre uygulanması gereken hukukun emredici kuralları prensip olarak geçerliliğini sürdürmektedir⁴².

MÖHUK m. 26/II'de belirlenen objektif bağlama kuralı uyarınca yetkili hukuk olan tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülke huku-

dur. Buna göre madde, taşıma sözleşmeleri ve tüketiciye onun mutad meskeninin bulunduğu ülkeden başka bir ülkede münhasıran hizmet sunulması için yapılan sözleşmeler hakkında uygulama alanı bulmaz. Roma Konv. m. 5(5) de ise bu durumun bir istisnasından söz edilmiş, maddenin belli bir bedel karşılığında konaklama ve seyahat sağlayan sözleşmelere uygulanacağı hükmü getirilmiştir. Benzer düzenlemeler, Roma I Tüzüğü'nde bulunmaktadır. Bkz. Roma I Tüz. m. 6 (4)(a),(b). İstisnalar için bkz. CAN, s. 446.

⁴⁰ Tüketicinin kendi mutad meskeni hukukuna göre korunmasına gerek duyulmayan (MÖHUK m. 26 kapsamı dışında kalan) tüketici sözleşmeleri bakımından uygulanacak hukukun tespiti MÖHUK m. 24'e göre yapılır. MÖHUK m. 24/I, hukuk seçimine ilişkin olarak MÖHUK m. 26/I gibi bir sınırlama getirilmemiştir. İrade özgürlüğü ilkesi çerçevesinde taraflar, aralarındaki sözleşme hakkında uygulanacak hukuku serbestçe belirleyebilirler. Taraflara tanınan bu serbesti, sözleşmenin taraflarının iradelerine bir kanunlar ihtilâfi kuralı niteliği verme anlamına gelmekte; seçilen hukuk, sözleşmenin bütünü ile tâbi olduğu "yetkili hukuk" olmaktadır. Millî (iç) hukuklarda taraflara belli sınırlar içinde tanınan sözleşme serbestisi özgürlüğü, milletlerarası özel hukukun konusuna giren ilişkilere de yansımıştır. Sözleşme serbestisi özgürlüğü, milletlerarası özel hukukta, konunun niteliği gereği, MÖHUK m. 24/I uyarınca sözleşmenin tâbi olacağı hukukun taraflarca serbestçe tayin edilebileceği şeklinde kabul görmüştür. Bu sonuç, borç sözleşmeleri alanında taraf menfaatlerinin ağır basmasından kaynaklanmaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. NOMER, s. 312 vd.; ÇELİKEL/ERDEM, s. 337 vd.; TEKİNALP/ÇAVUŞOĞLU, s. 275 vd.; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 252 vd.

⁴¹ MÖHUK'da hukuk seçimini sınırlayan sözleşme türlerinden bir diğeri ise iş sözleşmeleridir. İş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hakkında uygulanacak hukuku düzenleyen MÖHUK m. 27/I uyarınca iş sözleşmeleri, işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgari koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuka tâbidir. MÖHUK m. 27/I, ekonomik yönden zayıf olduğu varsayılan işçiye işveren tarafından kendi aleyhine olabilecek bir hukuk seçimi dayatılmasını engellemektedir. Bu düzenleme ile işçi korunmuş, taraflara sınırlı etkiye sahip bir hukuk seçimi imkânı tanınmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. NOMER, s. 337 vd.; ÇELİKEL/ERDEM, s. 382 vd.; TEKİNALP/ÇAVUŞOĞLU, s. 327 vd.; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 285 vd.

⁴² NOMER, s. 320; Burada amaçlanan tüketicinin kendi mutad meskeni hukukunun emredici kurallarının öngördüğü hukuki koruma ölçüsünün altında muamele görmesinin mümkün olduğu kadar önüne geçilmesidir. Bkz. GÜNGÖR, Düşünsel Temeller, s. 124-127.

kunun sağladığı koruma, MÖHUK m. 26/I’de düzenlenen hukuk seçimi açısından asgarî düzey olarak kabul edilmiştir. Hukuk seçimi yoluyla, tüketicinin mutad meskeni hukukunun emredici hükümleri uyarınca tüketicinin sahip olduğu asgarî koruma bertaraf edilemez. Tarafların tüketici sözleşmesine uygulanmak üzere seçtikleri hukuk, tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukunun tüketiciye sağladığı korumadan daha üst seviyede koruma sağlıyorsa, yapılan hukuk seçimi geçerli kabul edilecek, buna karşı tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukunun tüketiciye sağladığı koruma seçilen hukuktan daha üst seviyede ise hukuk seçimi geçerli olmayacaktır⁴³. Sözleşmenin diğer tarafına nazaran daha zayıf olduğu kabul edilen tüketici aleyhine hükümler içeren bir hukukun seçiminin sözleşmenin diğer tarafınca dayatılabileceği düşünülerek bu maddede hukuk seçimi, tüketiciyi koruyan bir anlayışla sınırlı hale getirilmiştir. Emredici hukuk kuralları kavramının kapsamına iç hukukta yer alan emredici kurallar ve milletlerarası nitelikli emredici kurallar girer. Ayrıca emredici kurallar, kamu hukuku karakterli veya özel hukuk karakterli kurallar olabileceği gibi karma niteliğe sahip kurallar da olabilir⁴⁴.

Örneğin, tüketicinin mutad meskeni Türkiye’de, taraflarca seçilen hukuk ise yabancı bir ülke hukukuysa hâkim, Türk hukukunun tüketiciyi korumaya yönelik emredici hükümlerini dikkate alarak hukuk seçiminin geçerli olup olmadığı konusunda bir karara varmalıdır. Bu durumda Türk tüketici hukukunun tüketiciyi korumaya yönelik emredici hükümleri, asgarî sınırı teşkil etmektedir. Taraflarca seçilen yabancı hukukun hükümleri tüketiciyi, kendi mutad meskeni olan Türk hukukuna oranla daha iyi koruyorsa yani tüketicinin lehine ise hukuk seçimi geçerlidir ve seçilen yabancı hukukun hükümleri taraflar arasındaki ilişkiye uygundur. Buna karşın, seçilen yabancı hukukun hükümleri, tüketicinin aleyhine ise hukuk seçimi geçerli olmadığı için MÖHUK m. 26/II’de yer alan objektif bağlama kuralı gereğince tüketicinin mutad meskeni hukuku uygulanır.

⁴³ NOMER, s. 345; ÇELİKEL/ERDEM, s. 379-380; GÜNGÖR, Düşünsel Temeller, s. 124-125.

⁴⁴ GÜNGÖR, Düşünsel Temeller, s. 127.

Taraflarca seçilen yabancı hukukun hükümlerinin, tüketicinin mutad mesken hukukunun emredici hükümlerinden farklı olduğu gerekçeyle uygulanmaması yoluna gidilemez. Hükümlerin birbirinden farklı olması önemli değildir; asıl önemli olan seçilen hukukunun tüketicinin lehine veya aleyhine olup olmadığının tespiti. Tüketicinin lehine olan hüküm tespit edilirken kural olarak, sadece münferit hükümler karşılaştırılır⁴⁵.

MÖHUK m. 26/I'de yer alan, "hukuk" seçimi ile anlatılmak istenen, tarafların belli bir devlete ait hukuk nizamını seçebilmeleridir⁴⁶. Uygulama alanı ülke ile sınırlanmamış, birden çok ülkeyi kapsayan hukuk kuralları, MÖHUK m. 26/I anlamında bir devlete ait "hukuk" kavramı dışında kalır⁴⁷.

MÖHUK'ta düzenlenen kanunlar ihtilâfı kuralarında⁴⁸ ve Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tespit eden yetki kurallarında⁴⁹ mutad mesken kavramına yer verilmiştir. MÖHUK m. 26'da bu kavram kullanılmıştır. "Mutad mesken" kavramı, yerleşim yerinin aksine hukukî

⁴⁵ NOMER, s. 345-346.

⁴⁶ NOMER, s. 315 aynı görüşte ÖZDEMİR-KOCASAKAL, Hatice: "Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 2010, Y. 30, S.1-2, s.37-38; Roma Konvansiyonu bakımından da aynı sonuca varılmaktadır. Nitekim, Roma Konv. m. 1(1)'e bakıldığında Konvansiyondaki kurallar, farklı devletlerin hukukları arasında bir seçimin olduğu her durumda sözleşmelerden doğan ilişkilere uygulanacaktır. Bu nedenle Roma Konv. m. 3(1) uyarınca seçilecek hukuk, belli bir devlete ait hukuk nizamı olmalıdır. Örneğin, lex mercatoria veya hukukun genel prensipleri, uygulanacak hukuk olarak taraflarca kararlaştırılmaz (DICEY/MORRIS, s.1567-1568; NORTH/FAWCETT, s.559-560).

⁴⁷ Örneğin, taraflar, lex mercatoria'ya, UNIDROIT-Prensiplerini, hukukun genel prensiplerini, devletler hukuku kurallarını aralarındaki sözleşme ilişkisine uygulanacak "hukuk" olarak kararlaştıramazlar. Bu konuda tartışmalar ve farklı görüşler için bkz. TOKER, s. 1026-1027 dn. 123-125.

⁴⁸ Vesâyet, Kısıtlılık ve Kayımlık (MÖHUK m. 10), Evlilik ve Genel Hükümleri (MÖHUK m. 13), Boşanma ve Aynılık (MÖHUK m. 14), Evlilik Malları (MÖHUK m. 15), Soybağının Kurulması (MÖHUK m. 16), Soybağının Hükümleri (MÖHUK m. 17), Evlât Edinme (MÖHUK m. 18/III'ün m. 13/III'e atfı dolayısıyla), Nafaka (MÖHUK m. 19), Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk (MÖHUK m. 24), Tüketicici Sözleşmeleri (MÖHUK m. 26), İş Sözleşmeleri ("mutad işyeri hukuku" olarak MÖHUK m. 27), Fikrî Mülkiyet Haklarına İlişkin Sözleşmeler (MÖHUK m. 28), Sözleşmeden Doğan İlişkinin Varlığı ve Maddî Geçerliliği (MÖHUK m. 32), Kişilik Haklarının İhlâlinde Sorumluluk (MÖHUK m. 35), İmalâtçının Sözleşme Dışı Sorumluluğu (MÖHUK m. 36).

⁴⁹ İş Sözleşmesi ve İş İlişkisi Davaları (MÖHUK m. 44), Tüketicici Sözleşmesine İlişkin Davalar (MÖHUK m. 45) ve Sigorta Sözleşmesine İlişkin Davalar (MÖHUK m. 46).

bir kavram değil, bir vakıadan ibarettir⁵⁰. Bir kişinin yaşamının ağırlık merkezinin bulunduğu yer veya ülkeyi⁵¹, genellikle de kişinin fiilen oturduğu yeri⁵² ifade eder. Hukukî bir kavram olmadığı için maddî delillerle ispat edilmelidir⁵³. Yerleşim yeri kavramı hukukî bir kavram olduğu için hukuk sistemlerinde farklı düzenlenebilmekte ve buna bağlı olarak da vasıflandırma problemleri ile karşılaşmaktadır. Buna karşı, mutad mesken kavramı yerleşim yeri kavramının aksine hukukî bir kavram sayılmadığı, sadece bir vakıadan ibaret olduğu genel görüşünden hareketle, vasıflandırma problemleri mutad mesken için asgariye düşmektedir. Bu sebeple, günümüzde mutad mesken kavramı milli hukuklarda⁵⁴ ve milletlerarası sözleşmelerde⁵⁵ sık olarak kullanılmaya başlanmıştır. Ağırlık merkezinin nasıl belirleneceği veya oturma süresinin ne olması gerektiği konularında farklı görüşler ileri sürülse de kişinin mutad meskeni hakkında karar verilebilmesi için genellikle iki unsurun varlığının dikkate alınması gerekir: “oturmanın devamlılığı ve oturma niyeti (kastı)”⁵⁶. Tüketicinin tüzel kişi olduğu hallerde MÖHUK m. 9/IV uyarınca tüzel kişinin fiili (esas) idare merkezi, mutad mesken kavramını ifade eder ve sözleşme bu yer hukukuna tâbi olur⁵⁷.

⁵⁰ NOMER, s.119; ÖZKAN, Işıl: Devletler Özel Hukukunda İkametgah, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi, Ankara 2003, s.82.

⁵¹ NOMER, s.119-122; TEKİNALP/ÇAVUŞOĞLU, s.55.

⁵² ÖZKAN, s.82; ÇELİKEL/ERDEM, s.185-186.

⁵³ ÖZKAN, s. 82.

⁵⁴ Bkz. dn. 54-55.

⁵⁵ İlginin mutad mesken hukukunun yetkili hukuk olarak kabul edildiği Türkiye'nin de taraf olduğu birçok milletlerarası sözleşme mevcuttur. Örneğin, Nafaka Yükümlülüğüne Uygulanacak Kanuna Dair Sözleşme (RG. 6.2.1983-17951); Çocuklara Karşı Nafaka Yükümlülüğüne Uygulanacak Kanuna Dair Sözleşme (RG. 24.12.1971-14052); Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisi ve Uygulanacak Kanuna Dair Sözleşme (RG. 21.2.1983-17966).

⁵⁶ Bkz. NOMER, s. 119-122; ÖZKAN, s.83; ÇELİKEL/ERDEM, s. 185-186; TEKİNALP/ÇAVUŞOĞLU, s.55.

⁵⁷ NOMER, s.120; TEKİNALP/ÇAVUŞOĞLU, s.288; ÖZDEMİR-KOCASAKAL'a göre her ne kadar Kanun'un gerekçesinde yer alan ifadeler dikkate alındığında tüzel kişiler açısından idare merkezinin esas alınması sonucu çıksa da bu konunun açık bir şekilde kanun metnine konulması daha yararlı olacaktır. Bkz. ÖZDEMİR-KOCASAKAL, s. 57.

MÖHUK m. 26'a tâbi tüketici sözleşmeleri bakımından hukuk seçimi, açık veya örtülü (zımnî) olarak yapılabilir⁵⁸. Bu konu, her ne kadar MÖHUK m. 26'da düzenlenmese de bu sonuca, genel hüküm niteliğindeki olan MÖHUK m. 24'de yer alan düzenleme ile varılır. MÖHUK m. 24/I'e uyarınca sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların "açık" olarak seçtiği hukuka tâbidir. Aynı fıkra uyarınca taraflar, "sözleşmenin hükümlerinden ve halin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen" hukuk seçimini de yapabilirler. Seçilen hukuk Türk hukuku olabileceği gibi yabancı bir ülkenin hukuku da olabilir. Ayrıca hukuk seçimi belirli bir şekilde de tâbi değildir.

Taraflar, belli bir hukuku seçme iradelerini yorumu gerektirmeyecek bir şekilde anlaşılır şekilde ifade etmişlerse "açık hukuk seçimi"nin varlığından bahsedilebilir. Bu durumda tüketici sözleşmesinin tarafları, aralarında doğmuş olan veya doğması muhtemel ihtilâfları belirli bir hukuk nizamının seçimiyle çözmek iradesine sahip olup bilinçli olarak bir hukuku seçmişlerdir. Açık hukuk seçimi genellikle, sözleşmenin genel hükümleri arasında yer alan özel bir maddeyle gerçekleştirilir. Hukuk seçimine yönelik bu şekilde bir maddenin içeriği ve kapsamında yeterli açıklık yoksa madde hâkimin hukuku (lex fori) uyarınca yorumlanır⁵⁹.

Tüketici Sözleşmesinin tarafları, hukuk seçimi iradelerini açık olarak beyan etmeseler dahi onların hukuk seçimi yaptıklarına dair iradeleri tespit edilebiliyorsa, tarafların hukuk seçimi yaptıkları kabul edilir⁶⁰.

⁵⁸ Bu konudaki diğer bir görüş uyarınca tüketici sözleşmelerinin niteliği gereği, bu sözleşmelerde sadece açık hukuk seçiminin kabul edilmesi düzenlemenin amacına daha uygun olacaktır. Çünkü zayıf taraf tüketici zımnî hukuk seçimiyle mesleki veya ticari faaliyet gösteren kişi tarafından kolayca yanıltılabilir. Bkz. ÇALIŞKAN, s. 41.

⁵⁹ NOMER, s. 317.

⁶⁰ Roma Konv. m. 3(1) uyarınca hukuk seçimi, açık olabileceği gibi sözleşmede yer alan ifadelerden veya halin özelliklerinden anlaşılması kaydıyla örtülü olarak da yapılabilir. Örtülü olarak hukuk seçiminin Konvansiyon bakımından geçerli olması için tarafların belli bir hukuku seçmeye yönelik gerçek iradeleri olmalı ve bu iradeleri halin özelliklerinden anlaşılmalıdır. Farazi irade ile hukuk seçimi kabul edilemez (Bu konudaki bazı yargı kararları için bkz. DICEY/MORRIS, s.1573-1577; NORTH/FAWCETT, s.560-564). Roma I Tüzüğü m. 3(1)'de örtülü hukuk seçimi belirlenirken tarafların hukuk seçimi iradelerinin sözleşmede yer alan ifadelerden ve somut olayın şartlarından tereddüde yer vermeyecek şekilde açıkça anlaşılması gerektiği hükmüne yer verilmiştir. Bu nedenle Roma Konvansiyonu örtülü hukuk seçiminin "makul bir belirlilik" göstermesi halinde geçerli sayarken Roma I Tüzüğü örtülü hukuk seçiminin "açıkça anlaşılması" halinde geçerli olacağı sonucuna varmaktadır. Bkz. TARMAN, s. 309-310; CAN, s. 435.

Türk milletlerarası özel hukukunda, örtülü hukuk seçimi yapılabilmektedir. Yalnız, örtülü hukuk seçiminin, sözleşmeden şüpheye yer vermeyecek şekilde anlaşılması gerekmektedir. MÖHUK m. 24/I c. 2’de bu konu düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca, “sözleşmenin hükümlerinden veya hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen” hukuk seçimi de geçerli sayılmaktadır.

Tüketici sözleşmesine uygulanacak hukuku taraflar, açık irade beyanı veya örtülü irade beyanı ile seçebilirler. Özellikle uygulamada örtülü hukuk seçiminin tespiti sorunuyla karşılaşmaktadır. Tarafların örtülü hukuk seçimi yapıp yapmadığının tespit edilebilmesi her zaman kolay olmayabilir. Açık irade beyanında olduğu gibi örtülü irade beyanında da tarafların gerçek iradeleri vardır. Örtülü irade beyanında tarafların, hukuk seçme ve açıklama konusunda şuurulu oldukları kabul edildiği için açık bir hukuk seçimi yoksa örtülü irade beyanı ile hukuk seçimi çeşitli vakıalara dayanılarak tespit edilebilir⁶¹. Bu konuda sözleşmenin esasına ilişkin hükümlerden bir sonuca varılabilir. Sözleşmenin diğer hükümleri ile bertaraf edilemeyecek belirtilerden sonuç çıkarılması mümkündür. Bu belirtilere örnek olarak, “tüketici sözleşmesinde belirli bir hukukun hükümlerinin kullanılması, belirli bir hukuka dayanılarak gerçekleştirilmiş genel sözleşme şartlarının kullanılması, açık bir hukuk seçiminin yapılmış olduğu bir başka sözleşmeye gönderme yapılmış olması, bir hukuk seçiminin yapılmış olduğu ve fiilen de seçilmiş bu hukuka göre yerine getirilmiş olduğu aynı neviden sözleşmelerin taraflar arasında mevcut olması, taraflar arasındaki bütün uyumsuzluklar bakımından aynı devletin mahkemelerinin münhasıran yetkilendirilmiş olması” gösterilmektedir⁶². Bu gibi delillerden veya vakılardan hiçbiri tek başına örtülü irade beyanı yolu ile hukuk seçimi yapıldığı sonucunu vermeyebilir. Bu sebeple bu delillerden veya vakılardan birkaçının bir arada bulunması gerektiği kabul edilmektedir⁶³.

⁶¹ TEKİNALP/ÇAVUŞOĞLU, s. 282.

⁶² NOMER, s. 318-319; benzer örnekler için bkz. TEKİNALP/ÇAVUŞOĞLU, s. 282; ÖZDEMİR-KOCASAKAL, s. 45; Roma Konv. m. 3(1)’de düzenlenen örtülü hukuk seçimi bakımından da öğretilde benzer örnekler verilmiştir. Bkz. McGUINNESS, s 153-154.

⁶³ TEKİNALP/ÇAVUŞOĞLU, s. 282.

MÖHUK m. 24/I c. 2 uyarınca örtülü hukuk seçimi mümkün olmakla birlikte, tarafların farazî iradelerinden yola çıkılarak hukuk seçimi yapabilecekleri sonucuna varılamaz⁶⁴. Tüketici sözleşmesinin tarafları, hukuk seçimi yapsalardı hangi hukuku seçerlerdi şeklinde hâkim tarafından yapılan bir yorumla tarafların hukuk seçimine yönelik farazî iradesine ve buna bağlı olarak uygulanacak hukukun tespitine itibar edilmemesi gerekmektedir. Çünkü, farazi hukuk seçimi, örtülü hukuk seçiminden farklı olarak, tarafların gerçek iradelerini yansıtmamaktadır.

MÖHUK m. 26'da düzenlenen tüketici sözleşmeleri bakımından kısmî hukuk seçiminin yapıp yapılamayacağı konusunda bir düzenleme getirilmese de bu konuda genel hüküm olan MÖHUK m. 24'ün uygulanacağı ve kısmî hukuk seçiminin mümkün olacağı sonucuna varılmalıdır. MÖHUK m. 24/II uyarınca taraflar, seçilen hukukun sözleşmenin tamamına ya da bir kısmına uygulanabileceğini kararlaştırabilirler. Bu hüküm uyarınca sözleşmenin tarafları da yaptıkları sözleşmenin bir kısmını seçtikleri bir hukuka tâbi tutma olanağına sahiptirler. Bu durumda birden fazla hukukun uygulanmasının da mümkün olduğu kabul edilmektedir⁶⁵. Ancak, içerik itibarıyla birbirinden ayıramayacak hususların farklı hukuklara tâbi tutulmaması gerekmektedir⁶⁶. MÖHUK m. 26'nın kapsamına giren tüketici sözleşmeleri bakımından kısmî hukuk yapılarak seçilen hukuk tüketici sözleşmesinin bir kısmına uygulanabileceği taraflarca kararlaştırılabilir. Ancak tarafların seçtikleri ve sözleşmenin bir kısmına uygulanacak hukuk, tüketicinin mutad meskeni hukukunun emredici kuralları uyarınca sahip olacağı asgarî korumayı ber-

⁶⁴ NOMER, s. 318; ÇELİKEL/ERDEM, s. 342 dn. 217.

⁶⁵ NOMER, s. 321; ÇELİKEL/ERDEM, s. 342-343; TEKİNALP/ÇAVUŞOĞLU, s. 278-279; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 261-262; DEMİR-GÖKYAYLA, Cemile: Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri, Ankara 2005, s.286; Roma Konv. m. 3(1) son cümle uyarınca taraflar seçimlerinde seçilen hukukun sözleşmenin tamamına veya bir kısmına uygulanacağını kararlaştırabilirler. Bkz. McGUINNESS, s.152. Aynı şekilde Roma I Tüz. m. 3(1)'e göre taraflarca seçilen hukuk sözleşmenin bütününe uygulanabileceği gibi sözleşmenin bir bölümüne bağlı olarak da hukuk seçimi yapılabilir. Kısmi hukuk seçimi, örneğin teslim ve montaja veya sözleşmenin kurulması veya ifasına yönelik olabilir. Bkz. CAN, s. 434.

⁶⁶ TEKİNALP/ÇAVUŞOĞLU, s. 278-279; Roma Konv. m. 3(1) bakımından da aynı sonuca varılmaktadır. Bkz. DICEY/MORRIS, s.1569; NORTH/FAWCETT, s.553-554.

taraf edemez⁶⁷. Bununla beraber tüketicinin mutad meskeni hukukunun emredici kuralları uyarınca sahip olacağı asgarî koruma ile kısmî hukuk seçim engelleniyorsa, yapılan kısmî hukuk seçiminin geçerli olmayacağı kanaatindeyiz.

Hukuk seçiminin zamanı konusunda da MÖHUK m. 26'da açık düzenleme yoktur. Bu konuda da MÖHUK m. 26'nın kapsamına giren tüketici sözleşmeleri açısından MÖHUK m. 24'deki genel kural uygulanır. MÖHUK m. 24/III c. 1 uyarınca hukuk seçimi taraflarca her zaman yapılabilir veya değiştirilebilir. Dolayısıyla, Türk milletlerarası özel hukukunda hukuk seçiminin yapılama zamanı konusunda bir sınırlamanın olmadığı sonucuna varılmaktadır⁶⁸. Taraflar, aralarındaki sözleşme hakkında uygulanacak hukuku genellikle sözleşmenin yapılması sırasında kararlaştırırlar. Bununla birlikte hukuk seçimi sonradan hatta dava aşamasında da yapılabilir⁶⁹. Taraflar, yaptıkları hukuk seçimini daha sonradaki bir aşamada değiştirebilirler⁷⁰. Aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça, sonradan yapılacak hukuk seçiminin sözleşmenin kurulması anından itibaren (geriye) etkili olacağı kabul edilmelidir⁷¹. Bu durumda sözleşmenin meydana gelişi ve geçerliliği eski seçilen hukuka, hükümleri ise yeni seçilen hukuka tâbi olur⁷². MÖHUK m. 24/III c. 2 uyarınca sözleşmenin kurulmasından sonraki hukuk seçimi, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla, geriye etkili olarak geçerlidir. Tarafların sonradan seçtiği hukuk, önceki sözleşme statüsüne oranla üçüncü kişinin hukukî durumunu kötüleştirebilir. Böyle bir durumda, hukuk seçiminin sonuç-

⁶⁷ Sınırlı hukuk seçimi yoluyla tüketicinin menfaati için kabul edilen bu koruma, MÖHUK m. 26'nın kapsamına giren tüketici sözleşmeleri bakımından etkilidir. Bu nedenle, MÖHUK m. 24 kapsamına giren tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukuku taraflar bu gibi bir sınırlama olmadan seçebileceklerinden kısmi hukuk seçiminde de aynı sonuca ulaşılır.

⁶⁸ NOMER, s. 321; ÇELİKEL/ERDEM, s. 342-343; TEKİNALP/ÇAVUŞOĞLU, s. 280-281; TİRYAKIOĞLU, Bilgin: Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara 1996, s. 214; DEMİR-GÖKYAYLA, s. 334.

⁶⁹ NOMER, s. 321; ÇELİKEL/ERDEM, s. 342-343; TEKİNALP/ÇAVUŞOĞLU, s. 280-281.

⁷⁰ Mahkeme safhasında yapılan hukuk seçimi, genellikle hâkimin hukuku (lex fori) lehine gerçekleşmektedir. Hâkimin kendi hukukunu uygulama kolaylığı ortaya çıktığı için genellikle böyle bir durumda hâkimin hukuku (lex fori) tercih edilir. Bkz. TEKİNALP/ÇAVUŞOĞLU, s. 280-281.

⁷¹ NOMER, s. 321; TEKİNALP/ÇAVUŞOĞLU, s. 280-281.

⁷² TEKİNALP/ÇAVUŞOĞLU, s. 280-281.

ları kanunlar ihtilâfı bakımından esas sözleşmenin tarafları arasındaki ilişki ile sınırlı kalır. Tarafların üçüncü kişi ile ilişkilerinde önceki sözleşme statüsü geçerliliğini korumaya devam eder⁷³. Taraflar, MÖHUK m. 26 kapsamına giren tüketici sözleşmesine uygulanacak hukuku sözleşmenin yapılması sırasında kararlaştırmamışsa, dava aşaması da dahil olmak üzere daha sonraki bir aşamada da bunu kararlaştırabilirler. Ancak, hukuk seçimi zamanı ne olursa olsun, seçilen hukuk tüketicinin mutad meskeni hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî korumayı bertaraf edemez.

Taraflarca seçilen hukukta zaman içinde bazı değişiklikler meydana gelebilir ve bu değişiklikler tarafların hak ve borçlarını etkileyebilir. Sözleşmenin yapılmasından ve hukuk seçiminden sonra seçilen hukukta meydana gelen değişiklikler geriye etkili ise tarafların hak ve borçları bundan etkilenebilir; geriye etkili değil ise hukuk seçimi yapıldığı tarihteki yürürlükte bulunan hukuk etkisini sürdürür. Taraflar, sözleşmenin yapılması sırasında belirleyici olan dengeleri bozmamak adına sözleşmesel ilişkilerini münhasıran sözleşmenin yapımı sırasında yürürlükte bulunan hukuka, bunu sözleşmede açıkça belirtmek şartıyla, tâbi kılabilirler. Buna karşın seçilen hukukta meydana gelen ve geçmişe etkili olan değişiklikler kamu düzenine ilişkin ise tarafların aksi yöndeki anlaşması geçerli olmaz; sonradan yürürlüğe giren kurallar uygulanır⁷⁴. MÖHUK m. 26 kapsamına giren tüketici sözleşmeleri bakımından taraflarca seçilen hukuk, tüketicinin mutad meskeni hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî korumayı bertaraf edemeyecektir. Aynı şekilde seçilen hukukta zamanla meydana gelen ve geriye etkili olan de-
ğiş-

⁷³ NOMER, s.321-322; Roma Konv. m. 3(2) uyarınca da hukuk seçiminin yapılama zamanı konusunda bir sınırlama yoktur. Taraflar aralarındaki sözleşme hakkında uygulanacak hukuku her aşamada belirleyebilirler. Bu hukuku, sözleşmenin kurulması esnasında belirleyebilecekleri gibi daha sonra hukuk seçimi yoluna da gidebilirler. Sözleşmenin kurulmasından sonra yani ileri bir aşamada hukuk seçimi yoluna başvurulması halinde önceden bir seçim yapılmışsa yeni seçilen hukuk eski seçilen hukukun yerine geçer. Önceden bir seçim yapılmamışsa, seçilen hukuk, Konvansiyonun diğer hükümlerine göre daha önce onu idare eden hukukun yerine geçer. Sözleşmenin yapılmasından sonra uygulanacak hukukla ilgili olarak taraflarca yapılacak değişikliklerin iki hususa etki etmeyeceğini aynı madde düzenlemiştir. Bunlardan ilki, yeni seçilen hukukun, Konvansiyon'un 9. maddesinde belirtilen hukuka uygun olarak yapılmış sözleşmenin şekli geçerliliğini ihlal etmeyeceği; ikincisi ise bu hukukun üçüncü kişilerin haklarını ihlal etmeyeceğidir (DICEY/MORRIS, s. 1569-1570; NORTH/FAWCETT, s. 554-557). Roma I Tüzüğü de hukuk seçiminin zamanı konusunda bir sınırlama getirmemiş, sonradan yapılan hukuk seçiminin etkisine sınırlama getirmiştir. Şekli geçerlilik ve üçüncü kişilerin hakkı saklıdır. Bkz. Roma I Tüz m. 3(2).

⁷⁴ NOMER, s.321-322.

şiklikler ile de daha önce belirlenen asgarî korumanın bertaraf edilemeyeceği sonucuna varılmalıdır.

Tarafların MÖHUK m. 26/I uyarınca hukuk seçimi yapmış olmaları hâlinde seçilen hukuka yapılan atıf, maddî norm atfıdır⁷⁵. Maddî norm atfında, taraflarca seçilmiş olan hukukun kanunlar ihtilâfı kuralları değil, maddî hukuk kuralları seçilmiştir. Bu noktada, genel olarak kabul edilen kural olan atıf teorisinden, hukuk seçiminde ayrılmıştır. Atıf teorisi, MÖHUK m. 2/III'de yer almaktadır. Bu teoriye göre, yabancı hukuka atıf yapıldığında, bu ülke hukukunun kanunlar ihtilâfı kurallarına atıf yapılmaktadır. Bu kuralların başka bir hukuku (devam eden atıf) veya kendi ülkesinin hukukunu (iade atıf) yetkili kılması hâlinde bu hukukun maddî hukuk hükümleri uygulanır. MÖHUK m. 2/III atıf teorisini, sadece kişinin hukuku ve aile hukukuna ilişkin ihtilâflarla sınırlı tuttuğu için tüketici sözleşmesinden doğan ihtilâflarda atıf dikkate alınmaz. Hukuk seçimi halinde atfın reddedileceğini kabul eden anlayış, Türk milletlerarası özel hukuku bakımından da kabul edilmiştir. Borçlar hukuku alanında aralarındaki sözleşme hakkında uygulanacak hukuku tayin etme hakkı tanınan taraflara atfı reddedeceğinden hareketle MÖHUK m. 2/IV'de konu ile ilgili bir hüküm getirilmiştir. MÖHUK m. 2/IV, hukuk seçimi hâlinde taraflar aksini kararlaştırmadıkça seçilen hukukun maddî hükümlerinin uygulanacağını açıkça düzenlemiştir. Aksine bir çözüm tarzının benimsenmesi hâlinde, tarafların seçtikleri hukukun aralarındaki sözleşme ilişkisine uygulanmaması gibi bir sonuçla karşılaşılabilir; bu durum da hukuk güvenliğini tehdit edebileceği için kanunun düzenlemesi yerindedir. Bununla birlikte, MÖHUK m. 2/IV tarafların bu konudaki iradesine önem vermektedir. Şöyle ki taraflar “aksini kararlaştırarak” aralarındaki yabancı unsurlu sözleşmeden doğan borç ilişkisine uygulanmasını istedikleri hukukun kanunlar ihtilâfı kuralları ile birlikte uygulanmasını “açıkça” belirleyebilirler⁷⁶.

⁷⁵ Roma Konv. m. 15'e göre Konvansiyona göre uygulanacak ülkenin hukuku, o ülkenin milletlerarası özel hukuk kuralları dışında kalan ve yürürlükte olan hukuk kurallardır. Bu nedenle o ülkenin kanunlar ihtilâfı kuralları uygulanmayacak, maddî hukuk kuralları uygulama alanı bulacaktır. Roma I Tüz. m. 20 uyarınca Tüzükte aksine bir düzenleme olmadıkça uygulanacak hukuk atıfta bulunulan ülkenin milletlerarası özel hukuk kuralları değil, maddî hukuk kurallardır.

⁷⁶ NOMER, s. 320-321; ÇELİKEL/ERDEM, s. 342-343; TEKİNALP/ÇAVUŞOĞLU, s. 279; ŞANLI/

D. Objektif Bağlama Kuralı (MÖHUK m. 26/II)

Tarafların MÖHUK m. 26/I uyarınca hukuk seçimi yapmamış olması hâlinde MÖHUK m.26/II'de düzenlenen objektif bağlama kuralı uyarınca uygulanacak hukuk, “tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku”dur. Bu hukuk, tüketicinin en iyi bildiği, dolayısıyla da tüketiciyi en iyi şekilde koruyacak olan hukuk olarak kabul edilmiştir⁷⁷.

MÖHUK m. 26/II uyarınca tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukunun objektif bağlama kuralı olarak uygulanabilmesi için tüketici sözleşmesi, bu maddede gösterilen belli bazı şartlar altında akdedilmiş olmalıdır. Uyuşmazlığın doğduğu taraflar arasındaki sözleşme, maddede düzenlenen üç tür tüketici sözleşmesinden biri ise bu sözleşmenin kuruluşu ve hükümleri itibarıyla yurt sınırları dışına taşan bir tüketici sözleşmesi olduğu kabul edilir ve tüketicinin mutad mesken hukuku uygulanır. Buna karşı söz konusu sözleşme maddede gösterilen üç tür tüketici sözleşmesinden herhangi birini karşılamıyorsa, bu tür bir tüketici sözleşmesi açısından uygulanacak hukuk, genel kanunlar ihtilâfi kuralı olan MÖHUK m. 24'e göre belirlenir.

MÖHUK m. 26/II ile tüketicinin mutad meskeni hukukunun uygulanabilmesi için aşağıdaki şartlardan en az birinin gerçekleşmesi gerektiği düzenlenmiş; bu yolla, tüketici sözleşmelerinde mutad mesken hukukunun uygulanmasının sınır ve kapsamı ortaya konulmuştur⁷⁸. MÖHUK m.26/II'de üç bent halinde düzenlenen şartlar şunlardır⁷⁹:

ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 262.

⁷⁷ ÇELİKEL/ERDEM, s. 379-380.

⁷⁸ ÇELİKEL/ERDEM, s. 380-381.

⁷⁹ Roma Konv. m. 5(2)'e göre “3. maddedeki hükme rağmen, - eğer sözleşme bu ülkede ona gönderilen özel bir davet veya ilân üzerine kurulmuş ve sözleşmenin kurulması için atılması gereken bütün adımlar bu ülkede atılmışsa; veya - eğer diğer taraf veya onun temsilcisi tüketicinin siparişini bu ülkede almışsa; veya - eğer sözleşme satın sözleşmesi ise, satıcının tüketiciyi satın almaya ikna etmek amacıyla bir gezi düzenlemiş olması kaydıyla tüketici bu gezi ile bulunduğu ülkeden başka bir ülkeye giderek siparişini orada vermişse taraflarca seçilen hukuk tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukunun müdahaleci kurallarının ona sağladığı korumadan tüketiciyi mahrum etme sonucunu doğurmaz”. Roma I Tüz. m. 6(1)'de ise tüketicinin mutad mesken hukukunun uygulanabilmesi için dolaylı bir ilişkinin varlığı yeterli bulunmuştur. Bu madde uyarınca tüketicinin mutad meskeni hukukunun uygulanabilmesi için, satıcının ticarî ve meslekî faaliyetlerini tüketicinin mutad meskeni ülkesinde yürütmesi veya herhangi bir şekilde tüketicinin mutad

● MÖHUK m. 26/II (a) bendi uyarınca tüketici sözleşmesi, tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkede, ona gönderilen özel bir davet üzerine veya ilân sonucunda kurulmuş ve sözleşmenin kurulması için tüketici tarafından yapılması gerekli hukukî fiiller bu ülkede yapılmış olmalıdır veya

● MÖHUK m. 26/II (b) bendi uyarınca tüketici sözleşmesinin diğer tarafı veya onun temsilcisi, tüketicinin siparişini tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkede almış olmalıdır veya

● MÖHUK m. 26/II (c) bendi uyarınca taraflar arasındaki ilişkinin bir satım sözleşmesi olması hâlinde, satıcı tüketiciyi satın almaya ikna etmek amacıyla bir gezi düzenlemiş ve tüketici de bu gezi ile bulunduğu ülkeden başka ülkeye gidip siparişini orada vermiş olmalıdır.

MÖHUK m. 26/II (a) ve (b) bentlerinden çıkan sonuç uyarınca, tüketicinin mutad meskeni hukukunun uygulanması için satıcı tüketiciye (pasif tüketici) yönelmeli ve tüketici sözleşmesi tüketicinin yaşadığı sosyal ve hukukî çevre içinde (Home deal) kurulmalıdır. MÖHUK m. 26/II (c) bendi uyarınca tüketici (aktif tüketici), sözleşmenin karşı tarafının düzenlediği bir geziye katılmış ve bu gezi ile sözleşme yapmak üzere götürüldüğü ülkede sözleşme akdetmiş olmalıdır (Travelers' deal). MÖHUK, tüketici sözleşmeleri açısından tüketicinin yaşadığı yerin standartları ile korunmasını amaçlamış; bu sebeple bu üç tür tüketici sözleşmeleri bakımından tüketicinin mutad meskeni hukukunun uygulanması gerektiği sonucuna varmıştır⁸⁰.

MÖHUK m. 26/II (a) bendinin genel olarak posta yoluyla siparişleri ve kapıdan satışları kapsadığı öğretilde ifade edilmektedir⁸¹. Üretici veya satıcı basın, radyo, televizyon gibi medya yoluyla veya katalog dağıtımı yolu ürününün reklamını tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkede yapmışsa ve sözleşmenin kurulması için tüketici tarafından yapıl-

meskeni ülkesine veya bu ülke dahil olmak üzere birçok ülkeye yöneltmesi ve sözleşmenin söz konusu faaliyetlere ilişkin olması gerekmektedir. Bkz. TARMAN, s. 320-322; ÇALIŞKAN, s. 36-37.

⁸⁰ ŞANLI/ ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 283; GÜNGÖR, Düşünsel Temeller, s. 119.

⁸¹ EKŞİ, Roma Konv. m. 5, s. 139.

ması gerekli hukukî fiiller de bu ülkede yapılmışsa MÖHUK m. 26/II uygulanacaktır⁸². İnternet üzerinden ürün satın alınmasının (a) bendinin kapsamına girip girmeyeceği konusu bu maddenin kaynağı olan Roma Konv. m. 5(2) bakımından tartışılmıştır. Bu konuda kabul gören genel görüş uyarınca tüketicinin ürün ve hizmeti gördüğü web sitesi, onun mutad meskeninin bulunduğu ülkedeki belli tüketicileri veya tüketicici gruplarını hedef alan bir web sitesiye yani reklam, tüketicinin mutad meskeninde bulunan belli tüketicileri hedef almışsa web sitesine ürün veya hizmetin konulması ile reklamın tüketicinin mutad meskeninde yapıldığı sonucuna varılabilir. Böyle bir durumda web sitesinin hangi ülkedeki veya ülkelerdeki belli tüketicileri veya tüketicici gruplarını hedef aldığı dikkate alınmalı ve ona göre bir sonuca varılmalıdır. Örneğin, web sitesinde kullanılan dilin veya kullanılan birkaç dilden birinin tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkenin dili olması o ülkede mutad meskeni bulunan belli tüketicileri hedef alındığını gösteren önemli bir unsurdur. Buna karşı İngilizce gibi birçok ülke bakımından geçerli olan bir dilin kullanıldığı bir internet sitesinin belli bir ülkedeki veya ülke grubundaki tüketicileri hedef aldığı sonucuna varılamayacağı kabul edilmektedir⁸³.

MÖHUK m. 26/II (b) bendinin uygulama alanı bulması için satıcı veya temsilcisinin, tüketicinin mutad meskeni ülkesini gelip siparişini bu ülkede alması gerekir. Örneğin, satıcı ve temsilcisinin fuar ve sergi amacıyla tüketicinin mutad meskeni ülkesine gelmesi ve tüketicinin bu ülkede siparişini alması hâlinde madde uygulama alanı bulacaktır. Maddenin kapsamına girebileceği kabul edilen bir başka durum ise yabancı satıcının, tüketicinin ülkesinde  ube kurması veya daimi bir temsilcilice sahip olmasıdır. Bu bendin uygulanması açısından dikkat edilmesi gereken bir başka konu ise siparişin alınmasının bendin uygulanması için yeterli olduğudur. Dolayısıyla, bendin uygulama alanı bulması için tüketicici sözleşmesinin kurulmuş olmasına gerek yoktur⁸⁴.

⁸² Bu konuyla ilgili olarak Roma Konvansiyonu'yla ilgili raporda reklamın tüketicinin mutad meskenini hedeflemiş olması gerektiği belirtilmiştir. Bkz. ÇALIŞKAN, s. 36.

⁸³ DICEY/MORRIS, s. 1624-1643; EK  , Roma Konv. m. 5, s. 139-140.

⁸⁴ EK  , Roma Konv. m. 5, s. 141.

MÖHUK m. 26/II (c) bendinin uygulama alanı bulması için satıcı ürününü satabilmek amacıyla tüketiciyi ikna etmek için onu sınır ötesi seyahate çıkarması ve yabancı ülkede sipariş alması gerekmektedir⁸⁵. Bu bendin kapsamına seyahat sözleşmesi değil, seyahat sonrası yapılan satış sözleşmesi girmektedir. Tüketici seyahate mutad meskeninin bulunduğu ülkeden başlamalıdır. Sınır ötesi seyahatin gerçekleşmesinde satıcının katkısı bulunmalıdır. Satıcının katkısı yoksa yapılan seyahate bağlı yapılan satım sözleşmeleri bu bendin kapsamına girmez. Örneğin yurt dışına turizm şirketi vasıtasıyla seyahat amacıyla gidip gezi sırasında mağazaların dolaştırılması sırasında yapılan satım sözleşmelerinden doğan uyumsuzluklar (c) bendinin kapsamı dışındadır⁸⁶.

MÖHUK m. 26/II (a), (b) ve (c) bentlerine ilişkin yapılan açıklamalardan hareketle şu sonuca varılabilir: MÖHUK, her tür tüketici sözleşmesini korumaktan ziyade, sadece “milletlerarası özel hukukun koruma amacına giren tüketicilerin menfaatini” korumuş, diğer tüketici sözleşmeleri bakımından tüketicinin kendi mutad meskeni hukuku uyarınca korunmasının gerekli olmadığı sonucuna varmıştır⁸⁷. Dolayısıyla, MÖHUK m. 26’nın kapsamına girmeyen tüketici sözleşmeleri bakımından uygulanacak hukukun belirmesi için MÖHUK m. 24’e bakılacaktır. MÖHUK m. 24, MÖHUK m. 26’dan farklı olarak hukuk seçimini belli bir şarta tâbi tutmamış, hukuk seçiminin olmadığı hallerde ise objektif bağlama kuralı olarak sözleşme ile en sıkı ilişkili olan hukuku yetkili hukuk olarak kabul etmiştir⁸⁸.

⁸⁵ Bu hükmün uygulanabilmesi için taşıma yükümlülüğünün satıcıya ait olmasına gerek yoktur. Sözleşmenin kurulduğu yerin yabancı ülke olması veya tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu yer olmasının da bir önemi yoktur. Bu noktada tüketicinin korunması için kapsam geniş tutulmuştur Bkz. ÇALIŞKAN, s. 38.

⁸⁶ EKŞİ, Roma Konv. m. 5, s. 141.

⁸⁷ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 283-284; GÜNGÖR, Düşünsel Temeller, s. 120-121.

⁸⁸ MÖHUK, “sözleşme ile en sıkı ilişkili olan hukuk”u objektif bağlama noktası olarak kabul etmiş, bu hukukun tespitinde “sözleşmenin karakteristik edimi”nden yardım alınacağını düzenlemiş; her hukuki ilişki için en sıkı ilişkili hukuku belirlerken karakteristik edimi dikkate alan bazı kriterler kabul etmiştir. MÖHUK m. 24/IV uyarınca karine olarak, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku, en sıkı ilişkili hukuktur. Aynı şekilde ticari veya mesleki faaliyetler çerçevesinde yapılan sözleşmelerde, karakteristik edim borçlusunun işyerinin, iş yeri bulunmuyor ise yerleşim yerinin bulunduğu ülke hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku, karine olarak, en sıkı ilişkili hukuktur. Ancak, sözleşme bu hukuklardan başka bir hukuk ile “daha sıkı” ilişki içerisinde bulunuyorsa, sözleşmeye uygulanacak hukuk, “zorunlu

“Yabancı Hukukun Uygulanması” başlıklı MÖHUK m. 2’de milletlerarası özel hukukta atfı düzenleyen bir hükme rastlanmaktadır. MÖHUK m. 2/III uyarınca, uygulanacak yabancı hukukun kanunlar ihtilâfı kurallarının başka bir hukuku yetkili kılması, sadece kişinin hukuku ve aile hukukuna ilişkin ihtilâflarda dikkate alınır ve bu hukukun maddî hukuk hükümleri uygulanır. Bu nedenle, yabancı unsurlu sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde “atf” kabul edilmemiştir. MÖHUK m. 26/II uyarınca objektif olarak yetkili hukuk tespitinde, tüketicinin mutad meskeni hukukunun kanunlar ihtilâfı kuralları dikkate alınmayacak, maddî hukuk hükümleri uygulama alanı bulacaktır⁸⁹.

E. Tüketici Sözleşmelerinin Şeklinin Tâbi Olduğu Hukuk (MÖHUK m. 26/III)

Tüketici sözleşmelerinin şekli konusunda MÖHUK m. 26/III ile özel bir düzenleme getirilmiştir. Bu hüküm uyarınca, tüketici sözleşmelerinin şekli, “tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku”na tâbidir. MÖHUK m. 7’de alternatif bir uygulama metodu getiren genel şekil kuralı, tüketicinin korunmasının önem taşıdığı bazı tüketici sözleşmelerinin niteliği ile bağdaşmamaktadır⁹⁰.

Hukukî işlemlerin şekline uygulanacak hukukun kapsamına, bir işlemin herhangi bir şekil kuralına tâbi olup olmadığı ve eğer işlem bir şekle tâbi ise şekil şartları ve şekle aykırılığın hukukî sonuçları girmektedir⁹¹. MÖHUK m. 26/III ile getirilen özel düzenleme, sözleşmenin diğer tarafları karşısında daha zayıf konumda bulunduğu varsayılan tüketicinin,

olarak” bu huktur. Ayrıntılı bilgi için bkz. NOMER, s. 323; ÇELİKEL/ERDEM, s. 345; TEKİNALP/ÇAVUŞOĞLU, s. 287-288; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 274.

⁸⁹ Bkz. Roma Konv. m. 15, Roma I Tüz. m. 20.

⁹⁰ Roma Konv. m. 9 “Şekli Geçerliliği” düzenlemiştir. Aynı anlayıştan hareketle Konvansiyonda da belirli tüketici sözleşmelerinin şekli hakkında uygulanacak hukuku belirleyen kural, genel şekil kuralından ayrı tutulmuş [Roma Konv. m. 9(1-4)] ve Roma Konv. m. 9(5) ile ayrıca düzenlenmiştir. Konvansiyonda sözleşmenin şekli geçerliliğinin tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku tarafından idare edileceği hükme bağlanmıştır. Bkz. DICEY/MORRIS, s. 1646-1647; NORTH/FAWCETT, s. 591. Roma I Tüz m. 11(4)’e göre tüketici sözleşmelerinin şekli tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukuna tâbidir.

⁹¹ ŞANLI/ ESEN/ATAMAN- FİĞANMEŞE, s. 98.

aşına olmadığı hukuklara tâbi kılınarak istismar edilmesini⁹², tüketicinin mutad meskeni hukukunun tüketiciyi koruma amaçlı şekil kurallarının uygulanmasından kaçınılmasını engeller⁹³. Ayrıca, tüketici sözleşmelerinde esasa ve şekle uygulanacak hukuk konusunda birlik sağlanması tüketiciye yarar sağlayacaktır⁹⁴. MÖHUK m. 26/III uyarınca getirilen şekil kuralı, sadece maddenin kapsamına giren tüketici sözleşmeleri için geçerli olup, maddenin kapsamına girmeyen tüketici sözleşmeleri bakımından şekli geçerlilik, genel şekil kuralı olan MÖHUK m. 7'ye⁹⁵ tâbidir⁹⁶.

Yabancı unsurlu tüketici sözleşmesine ilişkin bir uyuşmazlıkta bir hususun şekle ilişkin olup olmadığı konusunda doğabilecek problemler vasıflandırma metoduyla *lex fori*'ye (hâkimin hukukuna) göre çözümlenecektir. Bu nedenle Türk mahkemesinin önüne gelen bir uyuşmazlıkta hâkim, Türk hukukuna göre vasıflandırma yapacak ve uyuşmazlığın şekle ilişkin olup olmadığı sonucuna varacaktır⁹⁷. Yabancı unsurlu tüketici sözleşmesinin şekline uygulanacak hukukun tayininde atıf (*renvoi*) reddedilmektedir.

⁹² ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 284.

⁹³ GÜNGÖR, Gülin: Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması, Yetkin Yayınları, Ankara 2000, s. 127.

⁹⁴ ÇELİKEL/ERDEM, s. 379-380; "Bu hukukî tercih, tüketiciyi koruyan ve emredici nitelik taşıyan esasa ilişkin hukuk kuralları ile aynı niteliğe haiz şekil kuralları arasında yakın ilgiye dayandırılmaktadır" (GÜNGÖR, Düşünsel Temeller, s. 122).

⁹⁵ MÖHUK m. 7 uyarınca hukukî işlemler, işlemin yapıldığı yer hukukunun [*locus regit actum* (LRA)] veya o hukukî işlemin esasına uygulanan hukukun (*lex causae*) öngördüğü şekil kurallarına uygun olarak yapılabilir. Görüldüğü üzere hukukî işlemlerin şekli iki farklı kuralın hâkimiyeti altındadır. Bunlardan birisi, *locus regit actum* (LRA) diye anılır ve şekle işlemin yapıldığı yer hukukunun uygulanacağını ifade eder. Diğeri ise, işlemin hükümlerine uygulanan hukuk, "hüküm statüsü"dür. Buna işlem statüsü, esasa uygulanan hukuk veya Latince karşılığıyla *lex causae* da denilmektedir. İşlemin şekil bakımından geçerli olarak ayakta kalmasını sağlama amacı güden bu kuralda yer verilen iki farklı bağlama noktasının alternatif olarak uygulanması söz konusudur. Bir hukukî işlem, yapıldığı yer hukukuna göre şeklen geçerli ise, o hukukî işlemin esasına uygulanan hukuk bakımından şeklen geçersiz olsa dahi, Türk hukuku bakımından geçerli kabul edilecektir. Diğere açıdan bakılırsa bir hukukî işlem, yapıldığı yer hukukuna göre şeklen geçersiz olsa dahi hukukî işlemin esasına uygulanan hukuk bakımından şeklen geçerli ise, Türk hukuku bakımından geçerli kabul edilecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. NÖMER, s. 206 vd.; ÇELİKEL/ERDEM, s. 187 vd.; TEKİNALP/ÇAVUŞOĞLU, s. 90 vd.; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 97 vd.; DOĞAN, s. 269 vd.; CAN/TOKER, s. 159 vd.

⁹⁶ MÖHUK m. 24'e tâbi tüketici sözleşmelerinin şeklinin tâbi olduğu hukuk MÖHUK m. 7'e göre belirlenir. Bu nedenle MÖHUK m. 24'e tâbi tüketici sözleşmelerinin şekli, ya sözleşmenin yapıldığı yer hukukunun (LRA) ya da tüketici sözleşmesinin esasına uygulanan hukukun (*lex causae*) öngördüğü şekil kurallarından birine uygun ise Türk hukuku bakımından şeklen geçerli sayılacaktır.

⁹⁷ Bkz. I, C, 1.

F. Tüketicici Sözleşme Statüsünün Uygulama Alanı ve Kapsam Dışında Tutulan Konular

1. Uygulama Alanı

MÖHUK'ta genel olarak sözleşmelerin birliği ilkesi benimsenerek, sözleşmelerin kuruluşu, hukukî sonuçları ve sona erme sebepleri tek ve aynı hukuka tâbi tutulmu tur⁹⁸. Başka bir ifadeyle sözleşme statüsü, sözleşmenin kuruluşuna ve geçerliliğine veya hükümlerinden birinin mevcudiyetine ve geçerliliğine ilişkindir. MÖHUK m. 32/I'e göre sözleşmeden doğan ilişkinin veya bir hükmünün varlığı ve maddî geçerliliği, sözleşmenin geçerli olması hâlinde hangi hukuk uygulanacaksa o hukuka tâbidir. Sözleşme  ncesi sorumluluktan (culpa in contrahendo) ifaya veya tüketicici sözleşmesinin feshine kadar, taraflar bütünüyle tek bir hukuk nizamına tâbi tutulurlar⁹⁹. Bu yolla ‐maddî hukuk ahengi‐nin temin edilmiş olduğu sonucuna varılır¹⁰⁰.

Tüketicici sözleşmesinin kuruluşu ve aslı geçerliliği, sözleşmenin hükümlerinden her birinin mevcudiyeti ve geçerliliği, MÖHUK m. 26'nın kapsamına aldığı tüketicici sözleşmeleri bakımından bu maddede düzenlenen tüketicici sözleşmesi statüsüne; kapsam dışındaki tüketicici sözleşmeleri bakımından MÖHUK m. 24'de düzenlenen genel sözleşme statüsüne tâbidir. Tüketicici sözleşmesinin kurucu unsurlarının bulunup bulunmadığı, hata-hile-ikrah-gabin gibi irade fesadı hallerinin, çeşitli sözleşme şartlarının muhtevasının geçerliliğine ilişkin sorunların, sözleşmenin kurulduğu yer, zaman ve konunun hukuka uygun olup olmadığı gibi konuların sözleşme statüsünün kapsamına girdiği kabul edilmektedir¹⁰¹. Buna karşı sözleşmenin kuruluşuna ilişkin irade beyanlarının geçerliliği, belli şartlar altında sözleşme statüsü kapsamına girmeyebilir¹⁰².

⁹⁸ NOMER, 331;  EL KEL/ERDEM, s. 414; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-F GANME E, s. 291; T RYAK OğLU, s. 239.

⁹⁹ NOMER, s. 331;  EL KEL/ERDEM, s. 414; TEK NALP/ AVU OğLU, s. 292; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-F GANME E, s. 291-292.

¹⁰⁰ NOMER, s. 331.

¹⁰¹ GÜNGÖR, s. 218.

¹⁰² Bkz. II, F, 2, a.

Sözleşme öncesi sorumluluğun (culpa in contrahendo) sözleşme statüsüne tâbi olacağı kabul edilmektedir. Culpa in contrahendo Latince'dir ve "sözleşme görüşmeleri sırasındaki kusur" anlamına gelmektedir. Sözleşme görüşmeleri sırasında taraflardan biri dürüstlük kuralının kendisine yüklediği yükümlülüklerine aykırı davranarak açıklaması gereken hususları açıklamazsa, yanlış bilgi verirse, gereken dikkati ve özeni göstermezse, sözleşme yapma niyeti bulunmaksızın görüşmeye girişme ve görüşme sürdürme yüzünden karşı tarafa bir zarar verirse kusurlu davranan tarafın, karşı tarafın zararını tazmin etmesi olarak tarif edilmektedir¹⁰³. Öğretide ve yargılamada sorumluluğun dayanağı tartışmalıdır. Sözleşme görüşmeleri sırasında kusurlu davranışı ile karşı tarafa zarar veren kimsenin haksız fiil esaslarına göre sorumlu tutulmasını kabul eden, borca aykırılık esaslarına göre sorumlu tutulmasını kabul eden ve bazı sonuçları bakımından haksız fiilin-bazı sonuçları bakımından borca aykırılık hükümlerinin uygulanmasını öneren karma görüşler mevcuttur¹⁰⁴. Türk hukukunda bu sorumluluğun haksız fiil statüsü olarak nitelendirilmesi halinde haksız fiil statüsü, sözleşmesel sorumluluk olarak nitelendirilmesi halinde sözleşme statüsü uygulama alanı bulacaktır. Öğretide genel kabul edilen görüş uyarınca sözleşme öncesi sorumluluk sözleşmesel sorumluluk kapsamında ele alınmaktadır. Dolayısıyla tüketici sözleşmeleri bakımından sözleşme öncesi sorumluluktan doğan uyuşmazlıklar hakkında uygulanacak hukuk, MÖHUK m. 26 kapsamındaki tüketici sözleşmeleri bakımından MÖHUK m. 26'ya, kapsam dışındaki tüketici sözleşmeleri bakımından MÖHUK m. 24'e tâbidir¹⁰⁵.

Tüketici sözleşmesinin hükümleri de MÖHUK m. 26'nın kapsamına aldığı tüketici sözleşmeleri bakımından bu maddede düzenlenen tüketici sözleşmesi statüsüne, kapsam dışındaki tüketici sözleşmeleri bakımından MÖHUK m. 24'de düzenlenen genel sözleşme statüsüne tâbidir.

¹⁰³ OĞUZMAN Kemal M./ÖZ, Turgut M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip, Genişletilmiş 12. Bası, C. I, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s. 488.

¹⁰⁴ Bu görüşler için bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s. 490-492.

¹⁰⁵ Milletlerarası Özel Hukukta Culpa in contrahendo sorumluluğu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TARMAN, Zeynep D.: Milletlerarası Özel Hukukta Culpa in Contrahendo Sorumluluğu, Rona Serozan Armağanı, C. II, İstanbul 2010, s. 1661 vd.

Tarafların tüketici sözleşmesinden doğan borçları, sözleşmenin yorumuna ilişkin sorunlar, sözleşmenin hükümleri sözleşme statüsüne tâbidir. Tüketici sözleşmesinin ifasını ilgilendiren hukukî sorunlar da sözleşme statüsüne tâbidir. Bu hukukî sorunlara örnek olarak, tarafların borçları, sözleşmenin ifasına ilişkin hukukî sorunlar, temerrüt, ayıba karşı tekeffül, zapta karşı tekeffül, akdî faiz, ödemezlik def'i, mücbir sebep, umulmayan hâl gibi hukukî sorunlar gösterilmektedir¹⁰⁶. Sözleşmenin ifasına ilişkin hukukî sorunlar esasen sözleşme statüsüne tâbi olmakla beraber, ifanın gerçekleşme biçimi ve tedbirler, MÖHUK m. 33 hükmü uyarınca hâkimin takdir hakkını kullanması sonucunda işlem veya fiillerin yapıldığı veya tedbirin alındığı ülke hukukuna tâbi kılınabilir.

Tüketici sözleşmesinden doğan borçların ifa ile sona erdirilmesine ilişkin konular sözleşme statüsüne tâbidir. Bunun yanında tüketici sözleşmesi ifadan başka sebepler ile de sona erebilir. Bu durumlarla ilgili olarak da uygulanacak hukuku sözleşme statüsü belirleyecektir. Örneğin, borcun, ibra, takas, tecdit, zamanaşımı, alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi, ifanın kusursuz imkânsızlığı, iflas gibi hallerin borcu sona erdirip erdirmeyeceği, şart ve hükümleri, sözleşme statüsüne tâbidir¹⁰⁷.

2. Kapsam Dışında Tutulan Konular

a. Sözleşmenin Kuruluşuna İlişkin İrade Beyanlarının Geçerliliği, Susmanın Kabul Anlamına Gelip Gelmeyeceği (MÖHUK m. 32/II)

Sözleşmenin kuruluşuna ilişkin unsurların sözleşme statüsüne tâbi tutulmasının bir istisnası, MÖHUK m. 32/II'de düzenlenmiştir. Bu düzenleme, sözleşme statüsüne ilişkin genel bir hüküm olup MÖHUK m. 26'da düzenlenen tüketici sözleşmeleri bakımından da geçerlidir. MÖHUK m. 32/II'e göre taraflardan birinin davranışına hüküm tanınmanın, uygulanacak hukuka tâbi kılınmasının hakkaniyete uygun olmayacağı

¹⁰⁶ TİRYAKIOĞLU,, s. 241-242; GÜNGÖR, s. 219.

¹⁰⁷ TIRYAKIOĞLU, 247-248; GÜNGÖR, s. 222.

hâlin şartlarından anlaşılırsa, irade beyanının varlığına, rızası olmadığını iddia eden tarafın mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku uygulanır. Maddede düzenlenen şartların gerçekleşmesi halinde, mutad mesken hukuku, sözleşme statüsünün uygulama alanını sınırlamaktadır¹⁰⁸. Bu durumda maddedeki şartların gerçekleşmesi halinde MÖHUK'taki genel sözleşme statüsü ve diğer özel sözleşme statülerinde olduğu gibi tüketici sözleşmesi statüsü bakımından da tarafların-özellikle de tüketicinin- irade beyanlarına ilişkin hukukî uyumsuzluklar hakkında uygulanacak hukuku, irade beyanında bulunanın mutad mesken hukuku belirleyecektir.

Tüketici sözleşmesi statüsü yerine MÖHUK m. 32/II'nin uygulanabilmesi, madde hükmüyle şarta tâbi tutulmuştur. Bu şart uyarınca, tüketici sözleşmesinin kuruluşunda rızasının olmadığını iddia edilen tarafın var olan irade beyanına temel teşkil eden davranışına, sözleşme statüsüne göre hukukî bir sonuç bağlamak hâlin şartlarından hareketle hakkaniyete uygun olmayacaksa, sözleşme statüsü yerine rızası olmadığını iddia eden tarafın mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku uygulanacaktır. Sözleşmenin kurulmadığı bir aşamada tarafların sergilediği tutum ve davranışların birbirlerine karşı sarf ettiği sözlerin hukuken irade beyanı teşkil edip etmediği sorunu, MÖHUK m. 32/II ile tespit edilir¹⁰⁹. Bu istisna hükmü pratikte, taraflardan birinin susmasının kabul sayılıp sayılmayacağı meselesinde önem taşır. Zira, rıza taraflardan birinin davranışının hukukî muameleye ait bir beyan değeri taşıması anlamına gelmektedir. İlgili tarafın sözleşme statüsünden bilgisi yoksa ve suskunluğu bundan ileri geliyorsa ilgilinin mutad meskeni hukuku uygulama alanı bulacaktır¹¹⁰. Genel sözleşme statüsü ve özel sözleşme statülerinden sonra düzenlenmiş MÖHUK m. 32/II, tüm sözleşme statülerini ilgilendiren bir hükümdür. MÖHUK m. 32/II tüketici açısından MÖHUK m. 26 ile aynı sonuca varmaktadır. MÖHUK m. 26/I tüketicinin korunması amacıyla tüketicinin mutad meskeni hukuku ile sınırlı hukuk

¹⁰⁸ NOMER, s. 332.

¹⁰⁹ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 293.

¹¹⁰ NOMER, s. 332; ÇELİKEL/ERDEM, s. 414; TEKİNALP/ÇAVUŞOĞLU, s. 303; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 294.

seçimini, MÖHUK m. 26/II ise tarafların hukuk seçimi yapmamış olması hâlinde, tüketicinin mutad meskeni hukuku uygulanacağını kabul etmiştir. MÖHUK m. 26'nın kapsamına giren tüketicici sözleşmeleri bakımından susmanın kabul anlamına gelip gelmeyeceğini ilgilinin mutad meskeni hukukuna tâbi kılan MÖHUK m. 32/II'nın etkisi tüketicici açısından aynıdır. MÖHUK m. 32/II tüketicici bakımından asıl etkisini, MÖHUK m. 26 kapsamına girmeyip sözleşmelere uygulanacak hukuku düzenleyen genel hüküm olan MÖHUK m. 24 kapsamına giren tüketicici sözleşmeleri bakımından doğuracaktır.

b. İfanın Ger  kle tirilme Biçimi ve Tedbirlere İlişkin Hâkimin T  kdir Hakkını Kullandığı Durumlar (MÖHUK m. 33)

Sözleşmenin ifasına ilişkin hukuki sorunların c  z  m  , sözleşme statüsüne tâbidir. Bunun içerisine ifanın ger  kle tirilme biçimi ve alınabilecek tedbirler de girmektedir. Ancak “pratik zaruretl  r” nedeniyle uyuşmazlığa bakan hâkim, ifanın ger  kle me biçimi ve tedbirlerin, sözleşme statüsü yerine bu işlemlerin ger  kle tiği ülke hukukuna tâbi tutulmasına karar verebilir. Türk milletlerarası hukuku bakımından konu, MÖHUK m. 33'de düzenlenmiştir.

İfanın ger  kle tirme biçimi ve tedbirler başlıklı MÖHUK m. 33 uyarınca ifa sırasında ger  kle tirilen fiil ve işlemler ile malların korunmasına ilişkin tedbirler konusunda bu işlem veya fiillerin yapıldığı veya tedbirin alındığı ülke hukuku dikkate alınır. Madde metninde yer alan “dikkate alınır” ifadesi, bu konu ile ilgili olarak da aslında sözleşme statüsünün yetkili olduğunu ancak uyuşmazlığa bakan hâkime de işlem veya fiillerin yapıldığı veya tedbirin alındığı ülke hukukunun uygulanması konusunda takdir hakkı tanındığı anlamına gelir. Sözleşmeye konu olan malların sayılması, ölçülmesi, tartılması, muayenesi veya ayıplı ifa sebebiyle alınacak tedbirlerde (ayıplı malların saklanması veya gereken durumlarda satılması) hâkim, işlemlerin ger  kle tirildiği ülke hukukunu, sözleşme statüsü yerine uygulayabilecektir¹¹¹.

¹¹¹ NOMER, s. 332-333;   EL  KEL/ERDEM, s. 415; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-F  GANME   , s. 294-295.

MÖHUK m. 33, gerek MÖHUK m. 26'nın kapsamına giren tüketici sözleşmeleri bakımından gerekse de kapsam dışı kalıp MÖHUK m. 24'ün kapsamına giren tüketici sözleşmeleri bakımından uygulama alanı bulabilir. Hâkim, madde hükmü gereğince uygun görmesi halinde ifanın gerçekleştirme biçimi ve tedbirler hakkında sözleşme statüsü yerine işlemlerin gerçekleştirildiği ülke hukukunu uygulanacak hukuk olarak tespit edebilir.

c. Ehliyet (MÖHUK m. 9)

Tüketici sözleşmelerinin taraflarının sözleşme yapma ehliyetine sahip olup olmadıkları MÖHUK m. 9 uyarınca belirlenir. Bu konu sözleşme statüsüne tâbi değildir. MÖHUK m. 9, yabancı unsurlu işlem ve ilişkilerde ilgililerin hak ve filli ehliyetine sahip olup olmadıkları sorununun hangi hukuk kuralları uyarınca çözümleneceğini belirler. Bu madde gerçek kişilerin hak ve fiil ehliyetini ilgilinin millî hukukuna (1. f.), tüzel kişilerin veya kişi veya mal topluluklarının hak ve fiil ehliyetlerini, statülerindeki idare merkezi hukukuna (ancak fiili idare merkezi Türkiye'de ise Türk hukukuna tâbi tutmak konusunda hâkime takdir yetkisi de verilmiştir) (4. f.), statüsü bulunmayan tüzel kişiler ile tüzel kişiliği bulunmayan kişi veya mal topluluklarının ehliyetini, fiili idare merkezi hukukuna (5. f.) tâbi tutmuştur.

d. Sözleşme Statüsü Kapsamı Dışında Tutulan Diğer Konular

Tüketici sözleşmeleri bakımından mülkiyetin devrine ilişkin hukukî sorunlar sözleşme statüsü kapsamı dışında olup MÖHUK m. 21'e tâbidir. Yabancı unsurlu ilişkilerde mallar üzerinde mülkiyet hakkı ve diğer aynî hakların devri ve sona ermesi hakkında çıkabilecek ihtilâflarda uygulanacak hukuk, MÖHUK m. 21 uyarınca belirlenir. MÖHUK m. 21/I'de kabul edilen kural uyarınca taşınır ve taşınmaz üzerindeki mülkiyet ve diğer aynî haklar, milletlerarası alanda genel kabul gören kural olan malın bulunma yeri hukukuna (lex rei sitae) tâbidir. MÖHUK m. 21/II'de taşınmakta olan mallar üzerindeki aynî haklara hangi hukukunun uygulanacağı, MÖHUK m. 21/III'de yer değişikliği halinde henüz

kazanılmamış aynî haklara hangi hukukunun uygulanacağı, MÖHUK m. 21/IV'de ise taşınmazlar üzerindeki aynî haklara ilişkin hukukî işlemlerin şekli hakkında hangi hukuku uygulanacağını düzenleyen kanunlar ihtilâfî kurallarına yer vermiştir¹¹².

Tüketici sözleşmeleri bakımından temsil ilişkisinden doğan hukukî sorunlar sözleşme statüsü kapsamı dışında olup MÖHUK m. 30'a tâbidir. Yabancılik unsuru taşıyan iradî temsile uygulanacak hukuk, MÖHUK'ta sözleşmesel borç ilişkilerini düzenleyen hükümler arasında MÖHUK m. 30'da düzenlenmiştir. MÖHUK m. 30/I'de temsil olunanla temsilci arasındaki temsil yetkisine uygulanacak hukuk, MÖHUK m. 30/II'de temsilcinin bir fiilinin, temsil olunanı üçüncü kişiye karşı taahhüt altına sokabilmesi için aranan şartlar hakkında uygulanacak hukuk ve yetkisiz temsilde temsil ilişkisine uygulanacak hukuk, MÖHUK m. 30/III'de ise bir istisna hâli düzenlenmiştir¹¹³.

III. YABANCI UNSURLU TÜKETİCİ SÖZLEŞMELERİ BAKIMINDAN TÜRK MAHKEMELERİN MİLLETLERARASI YETKİSİ

A. Genel Olarak

Yabancılik unsuru taşıyan davalar bakımından bir devlet, başka bir devletin mahkemelerinin milletlerarası yetkisini dikkate alan hukukî düzenlemeler yapamaz; ancak kendi mahkemelerinin milletlerarası yetkisini re'sen düzenleyebilir. Yabancılik unsuru taşıyan davalara millî mahkemelerin bakabilmesi için, kendi hukuklarına göre milletlerarası yetkilerinin bulunması gerekir. Milletlerarası yetki ile yabancı unsurlu davalarda bir devletin mahkemelerinin, diğer devlet mahkemelerine nazaran yetkili olup olmadıkları tespit edilmekte başka bir ifadeyle devletler hangi çeşit veya hangi özelliğe sahip olan yabancı unsurlu davada mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin doğacağını kendi hukuk kuralları aracılı-

¹¹² Bkz. MÖHUK m. 21.

¹¹³ Bkz. MÖHUK m. 30.

ğıyla belirlemektedir¹¹⁴. Türk milletlerarası usul hukukunda da yabancı unsurlu davalarda uygulanmak üzere kendine özgü milletlerarası yetki kuralları bulunmaktadır.

Yabancı unsurlu davalarda Türk mahkemelerinin kendini hangi hallerde yetkili, hangi hallerde yetkisiz sayacağı konusu, MÖHUK'da düzenlenmiştir. MÖHUK'un İkinci Kısımının Birinci Bölümünde 40-49. maddeler arasında konuya ilişkin bir genel kural ve birden çok özel kural düzenlenmiştir.

Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, MÖHUK m. 40'da düzenlenen genel bir kural vasıtasıyla tespit edilmektedir. Öğretide bu kuralın "milletlerarası yetkiyi iç hukuk ile uyum içinde olan, uygulaması kolay, ihtilâfların niteliğine uygun olan bir esasa bağladığı" ifade edilmiştir¹¹⁵. MÖHUK m. 40'da yer alan genel kural uyarınca Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, iç hukuktaki yer itibarıyla yetki kurallarına bağlanmıştır. Bu nedenle, Türk milletlerarası yetki kurallarının tespit edebilmek için iç (milli) hukukun yer itibarıyla yetki kuralları hakkında fikir sahibi olmak gerekir. Türk iç hukukunda yer itibarıyla yetki kuralları, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu¹¹⁶'nda (HMK) düzenlenmiştir. HMK'nun yanında 4721 sayılı Türk Medeni Kanun'unda¹¹⁷ (TMK), diğer bazı kanunlarda¹¹⁸ ve bazı kanun hükmünde kararname-lerde¹¹⁹ mahkemelerin yetkisine ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır.

¹¹⁴ NOMER, s. 417 vd.; ÇELİKEL/ERDEM, s. 515-516; ŞANLI/ ESEN/ATAMAN- FİĞANMEŞE, s. 358 vd; DOĞAN, s. 47 vd.

¹¹⁵ ÇELİKEL/ERDEM, s. 515-516.

¹¹⁶ RG. 4.2.2011-27836, Yayımlandığı Düstur: Ter. 5, C. 50.

¹¹⁷ RG. 8.12.2001-24607, Yayımlandığı Düstur: Ter. 5, C. 41. Örneğin, TMK m. 25/V, TMK m. 32/II, TMK m. 160, TMK m. 168, TMK m. 177, TMK m. 201/I-III, TMK m. 207, TMK m. 214, TMK m. 283, TMK m. 315/I, TMK m. 326/I-II, TMK m. 365/VI, TMK m. 411.

¹¹⁸ Örneğin, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu m. 154 (RG. 19.6.1932-2128, Yayımlandığı Düstur: Ter. 3, C. 13, S. 426); 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m. 66 (RG. 13.12.1951-7981, Yayımlandığı Düstur: Ter. 3, C. 33, S. 49)

¹¹⁹ Örneğin, 551 sayılı "Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname" m. 137; 555 sayılı "Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname" m. 25; 554 sayılı "Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname" m. 49; 556 sayılı "Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname" m. 63.

MÖHUK, 40. maddesi ile getirdiği genel kuralın yanı sıra belirli konular için ayrıca milletlerarası yetki kuralları da getirilmiştir. MÖHUK m. 41-46 arasında düzenlenen bu kurallar sırasıyla 41. maddede Türklerin kişi hallerine ilişkin davalarda, 42. maddede yabancıların kişi hallerine ilişkin bazı davalarda, 43. maddede yabancı unsur taşıyan miras davalarında, 44. maddede iş sözleşmesi ve iş ilişkisi davalarında, 45. maddede tüketici sözleşmesine ilişkin davalarda ve 46. maddede sigorta sözleşmesine ilişkin davalarda Türk mahkemelerinin hangi hallerde yetkili olduğunun tespitini yapan kurallar getirilmiştir. Taraflar arasındaki bazı özel ilişkilerin temelini teşkil eden işin niteliği dikkate alınarak Kanunda genel kuraldan bağımsız özel kurallar getirilmiş ve bu kurallar vasıtasıyla Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi doğrudan düzenlenmiştir.

Tüketici sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklardan kaynaklanan davalarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, özel olarak MÖHUK m. 45'de düzenlenmiştir. Bu madde ile ilgili açıklamalara geçmeden önce Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisine yönelik olarak bazı genel bilgilerin aktarılması gerekmektedir.

MÖHUK, karma nitelikli milletlerarası yetki sistemini benimsemiştir. MÖHUK, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin tayinine ilişkin genel hüküm niteliği taşıyan 40. maddesi ile "Türk mahkemelelerinin milletlerarası yetkisinin iç hukukun yer itibariyle yetki kurallarına göre tayin edeceğini" düzenleyerek iç hukukun yetki kurallarına atıf yapmaktadır. İç hukuka yapılan bu atfın yanında 41 ilâ 46. maddeleri arasındaki düzenlemeleri ile milletlerarası yetkiye ilişkin tamamlayıcı nitelikte kurallar da koymuştur. Milletlerarası yetkinin salt ülke içi yetki kurallarına göre belirlenmesi, uygulamada birçok sorunu da beraber getirebileceğinden, MÖHUK karma nitelikli yetki sistemini benimsemiş; bu şekilde kural olarak yabancılik unsuru taşıran davalarda bir devletin mahkemelerinin yetkisi ülke içi yetki kurallarına göre belirlenmesini kabul etmiş, genel yetki kurallarının yetersiz veya eksik kaldığı alanlarda yalnızca milletlerarası yetkiye özgü ek, tamamlayıcı kurallar getirmiştir¹²⁰.

¹²⁰ ÇELİKEL/ERDEM, s. 517.

Türk milletlerarası özel hukukunda kabul edilen “karma nitelikli milletlerarası yetki sistemi”nin sonucu olan özel yetki-genel yetki ayrımı hakkında şu nokralara dikkat edilmesi gerekmektedir:

Yabancılık unsuru taşıyan bir uyuşmazlıkta Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisi olup olmadığının tespitinde öncelikle MÖHUK’ta 41 ilâ 46. maddeler arasında düzenlenen Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisine ilişkin özel kurallara bakılmalıdır. Taraflar arasında davaya konu olan uyuşmazlık, MÖHUK’ta yer alan bu kuralların herhangi birinin kapsamına giriyorsa, Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisinin bulunup bulunmadığı münhasıran ilgili özel yetki kuralı çerçevesinde belirlenmelidir¹²¹. Örneğin, tüketici sözleşmesine ilişkin davalar bakımından bir değerlendirme yapıldığında, MÖHUK m. 26’da tanımlanan yabancı unsurlu tüketici sözleşmesinden doğan bir uyuşmazlıkta Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin bulunup bulunmadığını tespit ederken, genel hüküm olan MÖHUK m. 40’a gidilemez. “Tüketici sözleşmesine ilişkin davalar”da Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi MÖHUK m. 45’de özel olarak düzenlendiği için Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin bulunup bulunmadığı bu madde uyarınca tespit edilir. Eğer, MÖHUK m. 45 uyarınca yetkili bir Türk mahkemesi bulunduğu tespit edilemiyorsa, mevcut uyuşmazlık bakımından Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin olmadığı sonucuna varılır. MÖHUK, bu şekilde karşı tarafa göre sosyal ve ekonomik yönden zayıf olan tüketiciyi koruyan bir düzenleme getirmiştir. Aynı açıklamalar, 44. maddedeki iş sözleşmesi ve iş ilişkisi davaları, ve 46. maddedeki sigorta sözleşmesine ilişkin davalar bakımından da geçerlidir. Zayıf tarafın korunmasına yönelik olan MÖHUK’un 44, 45 ve 46. maddeleri “koruyucu yetki kuralı” niteliğindedir. Bu hükümlerin yanında Kanun, MÖHUK m. 41’de Türklerin kişi hallerine ilişkin davalarda, MÖHUK m. 42’de yabancıların kişi hallerine ilişkin bazı davalarda ve MÖHUK m. 43’de yabancı unsur taşıyan miras davalarında da özel yetki kuralları getirmiştir.

¹²¹ NOMER, s. 455 vd.; ÇELİKEL/ERDEM, s. 517; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 362; BAYRAKTAROĞLU-ÖZÇELİK, Gülüm: “Yabancı Unsurlu Tüketici Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisinin Tayini”, AÜHFĐ 2014, C. 63, S. 3, s. 838.

İç hukuka ilişkin uyuşmazlıklarda mahkemelerin yetkisini düzenleyen HMK'daki yetki kuralları genel yetki kuralı - özel yetki kuralı olarak ayrılmaktadır. Bu ayrım, Türk milletlerarası yetki sisteminde yer alan genel yetki kuralı-özel yetki kuralı ayrımı ile karşılaştırıldığında farklı hukukî sonuçlara varılır. Şöyle ki, iç hukukta yer alan uyuşmazlıklar bakımından genel yetki kuralı olan HMK m. 6'a göre genel yetkili mahkeme, davalının yerleşim yeri mahkemesidir. HMK m. 6 hükmü dışındaki özel yetki kuralları ise kural olarak genel yetkiyi ortadan kaldırmazlar. Buna karşı, Türk milletlerarası usul hukuku sisteminde yer alan genel yetki kuralı - özel yetki kuralı ayrımında özel yetki kuralı kapsamına giren bir uyuşmazlığın varlığı hâlinde, Türk mahkemesinin milletlerarası yetkili olup olmadığı ilgili özel yetki kuralı aracılığı ile tespit edilir. Böyle bir durumda MÖHUK m. 40'da düzenlenen ve milletlerarası yetkiyi iç hukukun yer itibarıyla yetki kurallarına tâbi tutan genel yetki kuralı dikkate alınmaz. Türk milletlerarası sisteminde yer alan genel yetki kuralı ile özel yetki kuralları arasındaki ilişki, öğretide iç hukukta yer alan genel yetki ile kesin yetki kuralları arasındaki ilişkiye benzetilmektedir¹²².

Sonuç olarak, MÖHUK'daki m. 41 ilâ 46 arasında düzenlenen özel yetki kurallarının kapsamına giren ihtilâflar bakımından Türk mahkemesinin milletlerarası yetkili olup olmadığı uyuşmazlığa ilişkin özel yetki kuralı aracılığıyla belirlenecek, bu kapsama girmeyen tüm ihtilâflar bakımından Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkili olup olmadığı genel yetki kuralı olan MÖHUK m. 40 uyarınca iç hukukun yer itibarıyla yetki kurallarının uygulanması ile belirlenecektir.

B. Tüketici Sözleşmesine İlişkin Davalar (MÖHUK m. 45)

Tüketici sözleşmelerinden doğan ihtilâflarda Türk mahkemelerinin yetkisi, MÖHUK m. 45'de düzenlemiştir. MÖHUK'un "Milletlerarası Özel Hukuk" başlıklı Birinci Kısımının İkinci Bölümünde "Kanunlar ihtilâfî kuralları" başlığı altında yabancılik unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukukun nasıl tespit edileceğini

¹²² Bkz. ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 362-363; BAYRAKTAROĞLU-ÖZÇELİK, s. 838-839.

düzenleyen hükümlere yer verilmiştir. Bu hükümlerden biri olan MÖHUK m. 26'da ticarî veya meslekî olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi olan tüketici, mal veya hizmeti özel yaşamına ait bir amaçla alırken yaptığı sözleşmelerde zayıf taraf olarak kabul edilerek tüketici sözleşmesine uygulanacak hukukun tespiti aşamasında korunmuştur. Aynı amaçtan hareket eden Kanun Koyucu, MÖHUK m. 26'da tanımlanan tüketici sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin tespitini genel yetki kural niteliğinde olan MÖHUK m. 40'a bırakmak istememiş; bu hususu özel olarak MÖHUK m. 45'de düzenlemiştir. MÖHUK m. 45/I c. 1'e göre "26 ıncı maddede tanımlanan tüketici sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda" Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin tespiti, bu madde uyarınca yapılacaktır. MÖHUK m. 45'in uygulanabilmesi için MÖHUK m. 26'daki tanımın¹²³ esas alınması ve bu maddedeki tanımın ise genel bir tarifte bulunması, her tür tüketici sözleşmesinden doğan uyuşmazlığın çözümü bakımından yetkili Türk mahkemesinin bulunup bulunmadığının tespitinde MÖHUK m. 45'in uygulanması sonucuna yol açacaktır¹²⁴.

MÖHUK m. 45'de düzenlenen yetki kuralları ile güçlü konumdaki satıcılar karşısında tüketicileri korumak amaçlanmıştır. MÖHUK m. 45 iki fıkra halinde düzenlenmiştir. Kanun, MÖHUK m. 45/I'de tüketici sözleşmesinden doğan davalarda tüketicinin açacağı davalarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini, MÖHUK m. 45/II'de ise tüketiciye karşı açılan davalarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini düzenlemektedir. Yabancı unsurlu tüketici sözleşmesinde milletlerarası yetkinin tesisi yapılırken görüldüğü üzere tüketicinin davacı ve davalı

¹²³ MÖHUK m. 26/I "Meslekî veya ticarî olmayan amaçla mal veya hizmet ya da kredi sağlanmasına yönelik tüketici sözleşmeleri, tüketicinin mutad meskeni hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgari koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuka tâbidir"

¹²⁴ ŞANLI, MÖHUK m. 45/I c. 1'de kullanılan ifadeyi sadece "genel bir tarif" olarak nitelendirmektedir. Tüketici sözleşmelerinde Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin tayini açısından, tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukukun tayininde yapılan ayrımın muhafaza edilmesi için herhangi bir sebep bulunmadığından hareketle MÖHUK m. 45'de yer alan "26ncı maddede tanımlanan tüketici sözleşmeleri" ifadesinden, MÖHUK m. 26/I'de yer verilen genel tarifi anlaşılmaması ve her tür tüketici sözleşmesinin bu kapsamda ele alınması gerektiği kabul edilmeli sonucuna varılmıştır. Bkz. ŞANLI/ ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 388 dn. 126.

olma ihtimalleri ayrı ayrı dikkate alınmış; tüketiciye dava açma konusunda beş ayrı yer mahkemesi arasından bir seçim yapma imkânı tanınmıştır. Bu madde ile tüketiciye karşı sadece Türkiye'deki mutad meskeni mahkemesinde dava açılabilceği düzenlenmiş; yetki anlaşmasıyla başka yer mahkemesinin de taraflarca yetkili kılınabileceği ancak bu yetki anlaşması ile MÖHUK m. 45'de yer alan mahkemelerin yetkisinin bertaraf edilemeyeceği de ayrıca düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerin ortak amacı, medeni usul hukuku alanında "tüketicinin doğal hâkimden kendi isteği dışında uzaklaştırılmaması"nı sağlamaya yöneliktir.¹²⁵

Sözleşme ilişkisinde zayıf taraf konumunda olan tüketicinin korunması amacı doğrultusunda getirilen düzenleme ile zayıf konumdaki tüketicinin açacağı davalar bakımından birden çok mahkeme davacı olan tüketicinin seçimine bağlı olarak yetkili kılınmıştır. MÖHUK m. 45/I uyarınca tüketicinin açacağı davalar bakımından Türk milletlerarası usul hukuku uyarınca yetkili kılınan mahkemeler, "tüketicinin yerleşim yerinin", "tüketicinin mutad meskeninin" "tüketici sözleşmesinin karşı tarafının işyerinin", "tüketici sözleşmesinin karşı tarafının yerleşim yerinin" ve son olarak da "tüketici sözleşmesinin karşı tarafının mutad meskeninin" bulunduğu Türk mahkemeleridir. Bu beş yer mahkemesinden tüketici istediği yer mahkemesinde davasını açabilecektir. Bu konuda tüketicinin seçimlik hakkının bulunduğu madde metninde "tüketicinin seçimine göre" ifadesinden açıkça anlaşılmaktadır. Bu düzenleme sayesinde, tüketici bu beş mahkeme içinden hangisinde dava açmanın kendisi için daha kolay ve lehine olacağını düşünme imkânına sahip olabilecek ve yaptığı değerlendirme sonunda istediği birinde dava açabilecektir. Bu mahkeme tüketici sözleşmesinin karşı tarafı olan davalı tarafa yakın bir mahkeme olabileceği, davacı tüketiciye yakın olan bir mahkeme de olabilir.

Tüketici aleyhine açılacak davalarda ise Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin tespiti MÖHUK m. 45/II'e göre tespit edilir. MÖHUK m. 45/II ile aynı maddenin ilk fıkrasından farklı olarak tüketici sözleşmesinin karşı tarafı olan davacıya Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi

¹²⁵ GÜNGÖR, s. 55 vd.; BAYRAKTAROĞLU-ÖZÇELİK, s. 836.

bakımından seçimlik hak tanınmamış; tüketici aleyhine açılacak davalar-
da tüketicinin mutad meskenin bulunduğu Türk mahkemeleri yetkili
kılınmıştır. Bu noktada MÖHUK'un hareket noktası, tüketici sözleşme-
sinde zayıf taraf olan tüketicinin korunmasıdır. Zayıf konumda bulunan
taraf olan tüketici aleyhine açılacak davaların tüketici için en elverişli yer
olduğu varsayılan tüketicinin mutad meskenin bulunduğu yerdeki Türk
mahkemelerinde açılması öngörülmüştür. Bu sayede tüketicinin bilme-
diği ve gitmekte zorlanacağı mahkemelerde dava açılması engellenerek
tüketici korunmuştur¹²⁶.

Tüketicinin açacağı davalar ve karşı tarafın açacağı davalar bakımın-
dan Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi tespit edilirken yerleşim
yeri, mutad mesken ve işyeri bağlama noktalarından hareket edilmiştir.
Bu üç bağlama noktasının vasıflandırılması Türk hukukuna (lex fori)
tâbidir.

Yabancı unsurlu tüketici sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda
tüketici yerleşim yerinin bulunduğu yer mahkemesinde dava açabilir.
TKHK m. 3(k) uyarınca tüketici gerçek veya tüzel kişi olabilir. Yerle-
şim yeri, tüketici gerçek kişiye TMK m. 19 uyarınca tespit edilir. TMK
m. 19, yerleşim yerini bir kimsenin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yer
olarak ifade etmiştir. TMK m. 20 ise yerleşim yerinin değiştirilmesini ve
bazı hallerde oturma yerinin yerleşim yeri sayılacağını düzenlemiştir. Bu
madde uyarınca bir yerleşim yerinin değiştirilmesi yenisinin edinilme-
sine bağlıdır. Önceki yerleşim yeri belli olmayan veya yabancı ülkedeki
yerleşim yerini bıraktığı hâlde Türkiye'de henüz bir yerleşim yeri edin-
memiş olan kimsenin hâlen oturduğu yer, yerleşim yeri sayılır. Tüketici
tüzel kişiye TMK m. 51 dikkate alınmalıdır. Bu maddeye göre tüzel ki-
şinin yerleşim yeri, kuruluş belgesinde başka bir hüküm bulunmadıkça
işlerinin yönetildiği yerdir.

Yabancı unsurlu tüketici sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda tü-
ketici mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemesinde dava açabilece-

¹²⁶ ÇELİKEL/ERDEM, s. 580-581.

ği gibi kendisine karşı açılacak davalar da bu yer mahkemesinde açılmak zorundadır. Mutad mesken yerleşim yerinin aksine hukukî bir kavram değil de bir vakiadan ibaret olup bir kişinin yaşamının ağırlık merkezinin bulunduğu yer veya ülkeyi, genellikle de kişinin fiilen oturduğu yeri ifade eder¹²⁷. Tüketicinin mutad meskeni, kısaca tüketicinin yaşamının ağırlık merkezinin bulunduğu yer veya ülkeyi ifade ettiğinden bu yer Türkiye'de ise tüketicinin TMK hükümleri uyarınca yerleşim yeri Türkiye'de olmasa dahi Türk mahkemeleri milletlerarası yetkili kabul edilecektir. Bu ihtimal dahilinde tüketici Türk mahkemelerinde dava açabileceği gibi kendisine karşı açılan davalar da Türk mahkemelerinde açılacaktır.

Yabancı unsurlu tüketici sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda tüketici karşı tarafın işyerinin bulunduğu yer mahkemesinde de dava açabilir. İşyerinin tanımı, 4857 sayılı İş Kanunu'nun (İŞK)¹²⁸ 2. maddesinde düzenlenmiştir. İşveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddî olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime işyeri denir (İŞK m. 2/I c. 2). İşverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağlı yerler) ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve meslekî eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır (İŞK m. 2/II). İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür (İŞK m. 2/III). Karşı tarafın birden fazla işyeri olabilir ve bu noktada tüketici sözleşmesinden doğan bir uyuşmazlıkta Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini belirlerken hangi işyerinin esas alınması gerektiği sorunu ortaya çıkabilir. MÖHUK m. 45 ile bu konuda herhangi bir sınırlama getirilmemiştir¹²⁹. Bu neden-

¹²⁷ Bkz. II, C.

¹²⁸ RG. 10.6.2003-25134, Yayımlandığı Düstur: 5. Ter., C. 42.

¹²⁹ "MÖHUK m. 45'te tüketicinin karşı tarafının işyeri mahkemeleri yetkili kılınmakla birlikte, söz konusu işyerinin uyuşmazlıkla ilgili işyeri olmasının gerekip gerekmediği, özellikle söz konusu tarafın birden fazla işyerinin bulunması durumunda hangi işyerinin dikkate alınacağına ilişkin bir açıklık hükmünde yer almamıştır. Bu çerçevede hükmün tüketiciyi koruma amacıyla getirildiği ve işyerinin uyuşmazlıkla ilgili işyeri olmasına ilişkin bir zorunluluk getiren ifade içermediği göz önünde bulundurularak işyerinin uyuşmazlıkla ilgili olmasa dahi davanın o yer mahkemelerinde açılacağı savunulabilirse de, özellikle söz konusu tarafın birbirinden tamamen farklı faaliyet alanlarına ilişkin farklı işyerlerinin bulunması durumunda uyuşmazlığa

le karşı tarafın birden fazla işyeri bulunması halinde tüketici, karşı tarafın işyerlerinden istediği birinin bulunduğu yer mahkemesinde davasını açabilir. Bu durumda dava açılan işyerinin uyuşmazlık çıkan yabancı unsurlu tüketici sözleşmesi ile irtibatının bulunup bulunmadığı önem taşımayacaktır. Kanımızca MÖHUK m. 45 ile getirilen hükmün amacı tüketiciyi korumak ve her halde milletlerarası yetkili bir mahkeme tesis etmek olduğu için kanun bu konuda bir sınırlama getirmemiştir.

C. Yetki Anlaşmasına Tüketici Sözleşmeleri Bakımından Getirilen Sınır (MÖHUK m. 47/II)

Yetki anlaşması ve sınırlarını düzenleyen MÖHUK m. 47/I uyarınca “Yer itibarıyla yetkinin münhasır yetki esasına göre tayin edilmediği hâllerde, taraflar, aralarındaki yabancılık unsuru taşıyan ve borç ilişkilerinden doğan uyuşmazlığın yabancı bir devletin mahkemesinde görülmesi konusunda anlaşabilirler. Anlaşma, yazılı delille ispat edilmesi hâlinde geçerli olur. Dava, ancak yabancı mahkemenin kendisini yetkisiz sayması veya Türk mahkemelerinde yetki itirazında bulunulmaması hâlinde yetkili Türk mahkemesinde görülür”. Bu madde uyarınca taraflar maddede yer alan şartların gerçekleşmesi ile yabancı mahkeme lehine yetki sözleşmesi yapabilirler. Bununla birlikte aynı maddenin ikinci fıkrasında yabancı mahkeme lehine yapılan bir yetki sözleşmesinin bazı Türk mahkemelerinin yetkisini ortadan kaldırmayacağını açıkça düzenlemiştir. MÖHUK m. 47/II uyarınca “44, 45 ve 46 ncı maddelerde belirlenen mahkemelerin yetkisi tarafların anlaşmasıyla bertaraf edilemez”. MÖHUK m. 44 “iş sözleşmesi ve iş ilişkisi davaları”nda, MÖHUK m. 45 çalışmanın konusu olan “tüketici sözleşmesine ilişkin davalar”da, MÖHUK m. 46 ise “sigorta sözleşmesine ilişkin davalar”da Türk mahkemelerinin yetkisini düzenlemektedir. Bu hükümlerin hilafına tarafların yetki anlaşması yapması mümkün değildir. MÖHUK m. 44, m. 45 ve m. 46’da Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisine ilişkin özel

konu olan sözleşmeyle hiçbir irtibatın bulunmadığı bir işyerinin dikkate alınarak davanın o yer mahkemelerinde görülebileceğinin kabul edilmesi hükmünün olması gerekenden geniş şekilde yorumlanması anlamını taşıyabilir” (BAYRAKTAROĞLU-ÖZÇELİK, s. 860).

düzenlemeler getirmiş; bu düzenlemeler ile bu sözleşmelerin zayıf tarafları olarak kabul edilen işçi, tüketici ve sigortalı korunmaya çalışılmıştır. MÖHUK m. 47/II ile bu sözleşmelerin zayıf taraflarına sağlanan korumanın yetki anlaşması yapılarak bertaraf edilmesinin önüne geçilmiştir. MÖHUK m. 44, m. 45 ve m. 46'da düzenlenen Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin "zayıf tarafın korunması ile sınırlı bir münhasır yetki" niteliğinde olduğu kabul edilmektedir¹³⁰.

MÖHUK m. 47/II'de yer alan düzenleme nedeniyle tüketici sözleşmelerinin tarafları yabancı mahkemeyi yetkilendiren bir yetki sözleşmesi yapsa dahi, yapılan yetki sözleşmesi MÖHUK'un m. 45 uyarınca yetkili olan Türk mahkemelerinin yetkisini ortadan kaldırmayacaktır. MÖHUK m. 45'de düzenlenen Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini düzenleyen hükmün tüketicinin lehine olduğu göz önüne alındığında, lehe olan bu düzenlemenin tüketicinin zayıf konumundan hareketle yapılabilecek yetki sözleşmesi ile bertaraf edilmesini MÖHUK m. 47/II engellemiştir. Bu noktada dikkat edilmesi gereken konu, maddede sayılan bu üç tip sözleşmenin taraflarının bu maddelerin düzenleme alanına giren konular hakkında yetki sözleşmesi yapma imkânlarının tamamen elinden alınmadığıdır. Örneğin tüketici sözleşmesinin tarafları, aralarındaki ilişki bakımından bir uyumsuzluk doğduğunda yetkili mahkemeyi belirlemek üzere bir yetki sözleşmesi akdedebilirler. Ancak, bu yetki sözleşmesi, MÖHUK m. 45'de yer alan mahkemenin yetkisini ortadan kaldırmayacak, tarafların yetki sözleşmesi ile yetkili kıldığı mahkeme yanında MÖHUK m. 45 uyarınca yetkilendirilmiş olan mahkeme de yetkili kalmaya devam edecektir¹³¹.

MÖHUK m.47/II hükmü, yetki anlaşmasıyla yetkili kılınan mahkemelerde dava açma imkânını, gerek zayıf taraf olarak kabul edilen tüketiciye gerekse de tüketici sözleşmesinin karşı tarafına tanımaktadır. Ancak, MÖHUK m. 45'de düzenlenen Türk mahkemelerinin mil-

¹³⁰ Bkz. NOMER, s. 514 dn. 263; ÇELİKEL/ERDEM, s. 581; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 397-398.

¹³¹ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 404.

letlerarası yetkisinin “zayıf tarafın korunması ile sınırlı bir münhasır yetki” niteliğinde olduğu kabul edildiği için tüketici aleyhine yabancı mahkemelerce verilen ilamların tenfizi mümkün değildir. Tenfiz şartları MÖHUK m. 54’de dört bent halinde düzenlenmiştir. MÖHUK m. 54/b bendine göre “İlâmın, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması...” gerekir. MÖHUK m. 45’deki Türk mahkemelerinin yetkisinin “münhasır yetki” niteliğinin de, zayıf konumdaki tüketiciyi koruma amacı ile “sınırlı” olduğunun kabul edilmesi gerekmekte ve tüketicinin yetki sözleşmesi ile yetkilendirilen yabancı mahkemeden aldığı karar kendi lehineyse bu kararın Türk mahkemelerince tenfizinin kabul edilmesi, buna karşı aleyhe bir kararın tenfizinin MÖHUK m. 54/b bendi uyarınca reddedilmesi MÖHUK m. 45’in düzenleniş amacı nedeniyle doğru olacağı kabul edilmektedir¹³². MÖHUK m. 54/a bendinde yer alan karşılıklılık şartı dışındaki diğer üç tenfiz şartı, yabancı kararların tanınması bakımından da arandığından aynı açıklamalar tanıma bakımından da geçerlidir (MÖHUK m. 58/I).

Tüketici sözleşmelerinden kaynaklanan ihtilâflarda MÖHUK m. 45’de yetkilendirilen mahkemelerin yanında yetki anlaşması ile yetkilendirilen mahkemede de dava açılabilmesi, tüketicinin yararına bir düzenlemedir. Örneğin tüketici sözleşmesinin güçlü tarafı olarak varsayılan karşı tarafın mahkemelerden verilecek kararların icrasına konu teşkil edebilecek malları Türkiye’de bulunmayabilir. Bu durumda MÖHUK m. 47 uyarınca yapılacak yetki anlaşması ile bu malların bulunduğu yer mahkemelerinin yetkilendirilmesi zayıf taraf olduğu varsayılan tüketicinin yararına olabilir. Bu sebeple öğretilde MÖHUK m. 47/II hükmünün MÖHUK m. 44, MÖHUK m. 45 ve MÖHUK m. 46 hükümleriyle birlikte mütalâa edilmesi gerektiği, yetki anlaşmasıyla yetkilendirilen yabancı mahkemede dava açmanın zayıf tarafın lehine olabileceği ihtimalinin de nazara alındığı ve böyle hallerde zayıf tarafın yabancı mahkemeye başvurabilmesine cevaz veren bir düzenleme yapıldığı kabul edilmekte aksine bir tutumun tüketicinin zararına bir sonuç doğuracağı kabul edil-

¹³² ÇELİKEL/ERDEM, s. 581.

mektedir¹³³. MÖHUK m. 47 çerçevesinde yapılan ve tüketicinin lehine olabilecek bir yetki anlaşması sonucunda taraflarca yetkilendirilen bu mahkemede verilen kararın -MÖHUK m. 54/b hükmü uyarınca münhasır yetki kurallarına aykırı sayılmayarak- Türkiye’de tanınması veya tenfizi tüketicinin yararına olacaktır.

SONUÇ

T.C. Anayasası m. 172 ve TKHK’un hükümleri Türk iç hukukunda tüketicinin korunmasına yönelik düzenlemeleri içermektedir. Önemli bir ekonomik topluluk oluşturan tüketici kitlesinin korunması, iç hukukta olduğu gibi Türk milletlerarası özel hukukunda önemli bir yere sahiptir. MÖHUK, yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuku, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini, yabancı kararların tanınması ve tenfizini düzenlemektedir. MÖHUK’da yabancı unsurlu tüketici sözleşmelerinde tüketicinin korunmasına yönelik hükümler bulunmaktadır. Tüketici, uygulanacak hukuku tespit eden kanunlar ihtilâfı kuralları ile korunduğu gibi ve Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tespit eden yetki kuralları ve yetki anlaşmasına getirilen sınırlama ile de korunmaktadır. MÖHUK m. 26’da tüketici sözleşmelerinde uygulanacak hukukun tespitini düzenleyen kanunlar ihtilâfı kurallarında tüketiciyi koruma amaçlı bağlama ilkeleri getirilmiştir. Aynı amaçla, MÖHUK m. 45’de tüketici sözleşmelerine ilişkin davalarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini düzenleyen özel bir yetki kuralına da yer verilmiştir. İlişkinin ekonomik ve sosyal boyutların dikkate alan ve tüketiciyi koruma amacı olan kanun koyucu ayrıca tarafların yetki sözleşmesi ile yabancı bir mahkemenin yetkilendirilmesini düzenleyen MÖHUK m. 47’ye tüketici sözleşmeleri bakımından bir istisna tanımış, MÖHUK m. 45’de yer alan mahkemelerin yetkisinin tarafların anlaşmasıyla bertaraf edilemeyeceğini açıkça düzenlemiştir.

¹³³ ÇELİKEL/ERDEM, s. 596-597; ŞANLI/ ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 404-405.

MÖHUK'un uygulanma alanı bulabilmesi için yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkinin mevcut olması gerekir. Önüne gelen uyuşmazlıkta Türk mahkemesi Türk hukuku uyarınca yapacağı vasıflandırma (lex fori) ile tarafların arasındaki uyuşmazlığın tüketici sözleşmesinden doğduğunu ve uyuşmazlığın doğduğu tüketici sözleşmesinin yabancı unsura sahip olduğunu belirlerse MÖHUK'un konuya ilişkin hükümleri uygulama alanı bulacaktır (MÖHUK m. 1).

MÖHUK m. 24, yabancı unsurlu sözleşme ilişkisine uygulanacak hukuku belirleyen genel nitelikli bir bağlama kuralıdır. Tüketici sözleşmeleri bakımından ise bu sözleşmenin niteliğinden hareketle tüketiciye ek bir koruma sağlanmaya çalışılmış ve MÖHUK m. 26'da tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukuk ayrıca düzenlenmiştir. Ancak, bu konunun, MÖHUK m. 24'den ayrı bir bağlama kuralıyla MÖHUK m. 26 ile düzenlenmesi, her tür tüketici sözleşmesi bakımından geçerli olmayıp, MÖHUK m. 26'nın kapsamı dışında kalan tüketici sözleşmeleri bakımından uygulanacak hukuk yine genel hüküm olan MÖHUK m. 24 ile belirlenecektir.

MÖHUK m. 26/I'de "tüketici sözleşmeleri" kavramı tanımlanmıştır. Buna göre meslekî veya ticari olmayan amaçla mal veya hizmet ya da kredi sağlamasına yönelik tüketici sözleşmeleri hakkında bu madde uygulama alanı bulacaktır. Bu hüküm ile genel bir tanımlama yapılmıştır. Madde-nin ilk fıkrasındaki bu tanımdan ve hatta "tüketici sözleşmeleri" şeklindeki hüküm başlığından hareket edilirse maddenin uygulama alanının oldukça geniş olduğuna dair bir sonuca varılabilir. Ancak kanaatimizce MÖHUK m. 26'nın uygulama alanı bulabilmesi için MÖHUK m. 26/II'de düzenlenen üç tür tüketici sözleşmesinden birinin mevcut olması gerekmektedir.

Milletlerarası özel hukukta irade özgürlüğü ilkesi çerçevesinde kural olarak her hukuk düzeni, hukuk seçiminin konusu yapılabilir. Ancak bazı sözleşme tipleri bakımından bu seçim hakkı bazı sınırlamalara tâbi tutulabilir. Tüketici sözleşmeleri bakımından MÖHUK'ta hukuk seçimi konusunda bir sınırlama getirilmiştir. MÖHUK m. 26/I'e göre tüketicinin mutad meskeni hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip

olacağı asgarî koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuka tâbidir. Görüldüğü üzere, tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukunun sağladığı koruma, MÖHUK m. 26/I'de düzenlenen hukuk seçimi açısından asgarî düzey olarak kabul edilmiştir. Dolayısıyla taraflarca seçilen hukuk, tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukunun tüketicie sağladığı korumadan daha üst seviyede koruma sağlıyorsa, hukuk seçimi geçerli olacaktır. Hukuk seçiminin yapılma şekli, kısm  hukuk seçiminin yapılıp yapılamayacağı, hukuk seçiminin zamanı konusunda MÖHUK m. 26'da açık bir düzenleme yoktur. Bu hallerde genel hüküm niteliğinde olan MÖHUK m. 24' n uygulanması gerekir. Bu hükümden hareketle, tüketicisi sözleşmelerinde hukuk seçimi, açık veya örtülü yolarak yapılabilir; seçilen hukukun sözleşmenin tamamına ya da bir kısmına uygulanabileceği taraflarca kararlaştırabilir ve hukuk seçimi taraflarca her zaman yapılabilir veya değiştirilebilir. Tarafların MÖHUK m. 26/I uyarınca hukuk seçimi yapmış olmaları hâlinde seçilen hukuka yapılan atıf maddî norm atfı olup taraflarca seçilmiş olan hukukun kanunlar ihtil f  kuralları değil, maddî hukuk kuralları uygulama alanı bulur.

Tarafların MÖHUK m. 26/I uyarınca hukuk seçimi yapmamış olması hâlinde MÖHUK m.26/II'de düzenlenen objektif bağlama kuralı uyarınca uygulanacak hukuk, tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukudur. Bu fıkrada düzenlenen    t r tüketicisi sözleşmesinden birinin mevcut olması halinde bu hukuk uygulama alanı bulacaktır. Tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukunun uygulanabilmesi için; satıcı tüketicie (pasif tüketicisi) yönelmeli ve tüketicisi sözleşmesi tüketicinin yaşadığı sosyal ve hukukî  evre içinde (Home deal) kurulmalıdır ya da tüketicisi (aktif tüketicisi), sözleşmenin karşı tarafının düzenlediği bir gezi katılmış, ve bu gezi ile sözleşme yapmak üzere götürüldüğü ülkede sözleşme akdetmelidir (Travelers' deal). Maddeden de anlaşıldığı üzere MÖHUK, sadece milletlerarası özel hukukun koruma amacına giren tüketicilerin menfaatini korumuş, diğer tüketicisi sözleşmeleri bakımından tüketicinin kendi mutad meskeni hukuku uyarınca korunmasının gerekli olmadığı sonucuna varmıştır. Yabancı unsurlu sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde atıf kabul edilmemiştir. Bu nedenle objektif olarak yetkili hukukun tespitinde, tüketicinin mutad meskeni

hukukunun kanunlar ihtilâfı kuralları dikkate alınmaz; maddî hukuk hükümleri uygulama alanı bulur.

MÖHUK m. 7’de düzenlenen ve alternatif bir uygulama metodu getiren genel şekil kuralı, tüketicinin korunmasının önem taşıdığı bazı tür tüketici sözleşmelerinin niteliği ile bağdaşmamaktadır. Bu nedenle Kanun bu hususu MÖHUK m. 26/III’de yer alan ayrı bir bağlama kuralı ile düzenlemiş; tüketici sözleşmelerinin şeklini tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukuna tâbi kılmıştır.

Tüketici sözleşmesinin kuruluşu ve aslî geçerliliği, sözleşmenin hükümlerinden her birinin mevcudiyeti ve geçerliliği MÖHUK m. 26’nın kapsamına aldığı tüketici sözleşmeleri bakımından bu maddede düzenlenen tüketici sözleşmesi statüsüne, kapsam dışındaki tüketici sözleşmeleri bakımından MÖHUK m. 24’de düzenlenen genel sözleşme statüsüne tâbidir (MÖHUK m. 32/I). Buna karşı, sözleşmenin kuruluşuna ilişkin irade beyanlarının geçerliliği, susmanın kabul anlamına gelip gelmeyeceği (MÖHUK m. 32/II), ifanın gerçekleştirilme biçimi ve tedbirlere ilişkin hâkimin takdir hakkını kullandığı durumlar (MÖHUK m. 33), ehliyet (MÖHUK m. 9), mülkiyetin devrine ilişkin hukukî sorunlar (MÖHUK m. 21) ve temsil ilişkisinden doğan hukukî sorunlar (MÖHUK m. 30) sözleşme statüsünün kapsamı dışında tutulmuştur. Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, MÖHUK m. 40’da düzenlenen genel bir kural vasıtasıyla tespit edilmektedir. Bu kural ile Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, iç hukuktaki yer itibariyle yetki kurallarına bağlanmıştır. Ancak, MÖHUK’da belirli konular için özel milletlerarası yetki kuralları da getirilmiştir. Bu kurallardan biri de tüketici sözleşmesine ilişkin davalarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini düzenleyen MÖHUK m. 45’dir. Yabancılık unsuru taşıyan tüketici sözleşmesinden doğan bir uyuşmazlıkta Türk mahkemesinin milletlerarası yetkili olup olmadığının tespitinde MÖHUK m. 45’e bakılır. Bu durumda artık MÖHUK m. 40’a gidilemez. Türk milletlerarası sisteminde yer alan genel yetki kuralı ile özel yetki kuralları arasındaki ilişki öğretide iç hukukta yer alan genel yetki ile kesin yetki kuralları arasındaki ilişkiye benzetilmektedir. MÖHUK m. 45/I c. 1’e göre “26 ıncı

maddede tanımlanan tüketici sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda” Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin tespiti MÖHUK m. 45 uyarınca yapılacaktır. MÖHUK m. 45’in uygulanabilmesi için MÖHUK m. 26’daki tanımın esas alınması, MÖHUK m. 26’daki tanımın ise genel bir tarifte bulunması, her tür tüketici sözleşmesinden doğan uyuşmazlığın çözümü bakımından yetkili Türk mahkemesinin bulunup bulunmadığının tespitinde MÖHUK m. 45’in uygulanması sonucuna yol açacaktır.

MÖHUK m. 45/I uyarınca tüketicinin açacağı davalar bakımından Türk milletlerarası usul hukuku uyarınca yetkili kılınan mahkemeler, tüketicinin yerleşim yerinin, tüketicinin mutad meskeninin, tüketici sözleşmesinin karşı tarafının işyerinin, tüketici sözleşmesinin karşı tarafının yerleşim yerinin ve son olarak da tüketici sözleşmesinin karşı tarafının mutad meskeninin bulunduğu Türk mahkemeleridir. Tüketicinin bu konuda seçimlik hakkı olup, tüketici maddede düzenlenen beş yer mahkemesinden istediği yer mahkemesinde davasını açabilecektir. Buna karşı, MÖHUK m. 45/II’ye göre tüketici aleyhine açılacak davalarda tüketicinin mutad meskenin bulunduğu Türk mahkemeleri yetkili kılınmıştır. Tüketicinin sözleşmenin karşı tarafına açacağı davalar bakımından beş yer mahkemesinden istediğini seçebilmesini sağlayan hüküm ile tüketici dava açmanın kendisi için daha kolay ve lehine olacağını düşündüğü mahkemede dava açabilecektir. Aleyhine açılacak davaların ise sadece mutad meskenin bulunduğu Türk mahkemelerinde açılabilmesi tüketici lehinedir. Zira tüketici için en elverişli yer, mutad meskeninin bulunduğu yerdir. Yerleşim yeri, mutad mesken ve işyeri bağlama noktalarının vasıflandırılması ise Türk hukuku’na (lex fori) tâbidir.

MÖHUK m. 47 uyarınca tüketici sözleşmelerinin tarafları yabancı mahkemeyi yetkilendiren bir yetki sözleşmesi yapabilirler. Ancak yapılan yetki sözleşmesi MÖHUK’un m. 45 uyarınca yetkili olan Türk mahkemelerinin yetkisini ortadan kaldırmayacaktır (MÖHUK m. 47/II). Dolayısıyla tarafların yetki sözleşmesi ile yetkili kıldığı mahkeme yanında MÖHUK m. 45 uyarınca yetkilendirilmiş olan mahkeme de yetkili kalmaya devam eder. MÖHUK m. 45’de düzenlenen Türk mahke-

melerinin milletlerarası yetkisinin “zayıf tarafın korunması ile sınırlı bir münhasır yetki” niteliğinde olduğu kabul edildiği için tüketicinin yetki sözleşmesi ile yetkilendirilen yabancı mahkemeden aldığı karar kendi lehineyse bu kararın Türk mahkemelerince tenfizinin kabul edilmesi, buna karşın aleyhe bir kararın tenfizinin MÖHUK m. 54/b bendi uyarınca reddedilmesi gerekir. Bu yorum tarzı, MÖHUK m. 45’in düzenleniş amacına uygundur. Yabancı mahkeme kararının tanınması için de aynı açıklamalar geçerlidir (MÖHUK m. 58/I).

KAYNAKÇA

ASLAN, Yılmaz İ.: 6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku, 4. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2014.

AYDOĞDU, Murat: Tüketici Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.

BAYRAKTAROĞLU-ÖZÇELİK, Gülüm: “Yabancı Unsurlu Tüketici Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisinin Tayini”, AÜHFD 2014, C. 63, S. 3, s. 833-878.

CAN, Hacı/TOKER, Gümrah A.: Milletlerarası Özel Hukuk Ders Kitabı, Gözden Geçirilmiş 2. bası, Ankara 2016.

CAN, Hacı: Avrupa Birliği Sözleşme Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.

ÇALIŞKAN, Zeynep: “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk Ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 26. Maddesine Göre Tüketici Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, MHB 2008, Y. 28, S. 1-2, s. 27-50.

ÇELİKEL, Aysel/ERDEM, Bahadır: Milletlerarası Özel Hukuk, Yenilenmiş 14. bası, Beta Basım Yayın, İstanbul 2016.

HORLACHER, Matthew H.: “The Rome Convention and The German Paradigm: Forecasting the Demise of the European Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations”, *Cornell Int’l L. J.* 1994, Vol. 27, s.173-201.

İNAL, Tamer: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Hazırlanmış Tüketici Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014.

KARA, İlhan: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Hazırlanmış Tüketici Hukuku, 1. Baskı, Ergin Yayınevi, Ankara 2015.

McGUINNESS, Gina M.: “The Rome Convention: The Contracting Parties’ Choice”, *San Diego Int’l L. J.* 2000, Vol. 1, s. 127-172.

NOMER, Ergin: Devletler Hususî Hukuku, 21. Baskı, Beta Basım Yayın, İstanbul 2015.

NORTH, Peter/FAWCETT, James: Cheshire and North’s Private International Law, thirteenth edition, Oxford University Press 1999.

OĞUZMAN Kemal M./ÖZ, Turgut M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Güncellenip, Genişletilmiş 12. Bası, C. I, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.

ÖZEL, Çağlar: Tüketicinin Korunması Hukuku, 6502 Sayılı Kanuna Göre Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014.

ÖZKAN, Işıl: Devletler Özel Hukukunda İkametgah, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi, Ankara 2003.

ÖZDEMİR-KOCASAKAL, Hatice: “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin

Doğrudan Uygulanan Kuralları”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 2010, Y. 30, S.1-2, s.33-35

PASA, Barbara/BENACCHIO, Gian A.: The Harmonization of Civil and Commercial Law in Europe, Central European University Press Budapest-New York 2005.

ŞANLI, Cemal/ ESEN, Emre/ATAMAN- FİGANMEŞE, İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016.

TARMAN, Zeynep D.: Milletlerarası Özel Hukukta Culpa in Contrahendo Sorumluluğ , Rona Serozan Armağanı, C. II, İstanbul 2010, s. 1655-1680.

TARMAN, Zeynep Derya: “Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma I Tüzüğü”, BATİDER 2009, C. XXV, S. 2, s. 299-331.

TEKİNALP, G l ren/ÇAVUŞOĞLU Ayfer: Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, Güncellenmiş 12. Bası, İstanbul 2016.

TİRYAKİOĞLU, Bilgin: Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara 1996.

TOKER, Gümrah A.: “Yabancı Unsurlu Teminat Mektubu S leşmesine Uygulanacak Hukuk”, Prof. Dr. Burhan Ceyhan’a Armağ n, DE  Hukuk Fakültesi Dergisi 2010, C. 12, Özel Sayı, İzmir 2012, s.991-1052.

ZAREMBA, Jochen: “International Electronic Transaction Contracts Between U. S.and EU Companies and Customers”, Conn. J. Int’l L. 2002-2003, Vol. 18, s.479-521.

ZEVKLİLER, Aydın/AYDOĞDU, Murat: Tüketicinin Korunması Hukuku, Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun- r-

nek Yargıtay Kararları-İlgili Kanun, Yönetmelikler ve Tebliğler-Avrupa Birliği Direktifleri, 3. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004.

ZEVKLİLER, Aydın/ÖZEL, Çağlar: Tüketicinin Korunması Hukuku, Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun-Örnek Yargıtay Kararları-İlgili AB Direktifleri-İlgili Mevzuat, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.

6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU'NA GÖRE LİMİTED ORTAKLIKLARDA ORTAKLARIN YAN EDİM YÜKÜMLÜLÜKLERİ

▪ Yrd. Doç. Dr. Serhan DİNÇ*

Özet: Çalışmanın amacı, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu sistemi ile limited ortaklıklar hukukuna getirilen yeni bir müessesenin incelenmesidir. Çalışmada yan edim yükümlülükleri incelenmiştir. Ortak, ortaklık, limited ortaklık sözleşmesi, edim, yükümlülük, ortaklıktan çıkma ve çıkarılma kavramları ışığında yan edim yükümlülüklerinin anılan kavramlarla irtibatı açıklanmıştır. Bu incelemeler sonucunda yan edim yükümlülüklerinin, Türkiye’de limited ortaklıkların ticaret hayatında yer edinebilmelerini ve gelişmesini temin edecek faydalı hukuki müesseseler olduğu tespit edilmiştir.

Anahtar Sözcükler: Limited Ortaklıklar, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, Yükümlülük, Yan Edim Yükümlülüğü.

Abstract: The main purpose of this thesis is to research the new two concepts which were ordered by the system of new Turkish Commercial Code numbered 6102. In this thesis, the concept of obligation of fulfilment was researched. The relationships between the obligation of additional fulfilment and the shareholder, limited company, certification of share, contract of limited company, fulfilment, obligation, departation and taking off were explained. The results of these research shows that the concept of obligation of additional fulfilment is beneficial concept which is useful and necessary for surviving and developing materials for limited companies in Turkish business life.

Key Words: Limited Companies, Turkish Commercial Code numbered 6102, Obligation, The Obligation of Additional Fulfilment.

* Bozok Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi İşletme Bölümü Ticaret Hukuku Öğretim Üyesi

I. YAN EDİM YÜKÜMLÜLÜĞÜ KAVRAMI

A. Yan Edim Yükümlülüğünün Tanımı

Yan edim yükümlülüğü, 6102 sayılı Kanun md. 606/ f. 1 hükmü gereğince limited ortaklık sözleşmesinde öngörülebilir¹. Yan edim yükümlülüğü ek ödeme yükümlülüğünden farklılık gösteren bir yükümlülüktür². Yan edim yükümlülüğü ile ortaklar, limited ortaklık sözleşmesi ile taahhüt ettikleri esas sermayeye katılma borcu dışında başka edimlerin ifasını üstlenebilirler³.

¹ Yan edim yükümlülüklerinin 6762 sayılı TTK. sisteminde ve 6102 sayılı TTK. sisteminde anonim ortaklıklar için de öngörülebilir yükümlülükler olduğunu belirtmemiz gerekir, (Bkz. md. 606/ f. 2 gerekçesi). Ancak kurumlar birebir aynı değildir, en azından uygulama farklılıkları bulunmaktadır. Örneğin mehzat Alman Hukuku olan (AktG 55) anonim ortaklıklardaki tali yükümlülük düzenlemesi (TTK. md. 480/4) yerine getirilecek edimin her şeyden önce belli zamanlarda tekrarlanması koşulunu aramaktadır. TTK. md. 480 hükmüne göre anonim ortaklıkta pay devirlerinin şirketin onayına bağlı olduğu hâllerde, esas sözleşmeyle pay sahiplerine sermaye taahhüdünden doğan borçtan başka, belli zamanlarda tekrarlanan ve konusu para olmayan edimleri yerine getirmek yükümlülüğü de yüklenebilir. Bu kapsamda örneğin, işletme konusu şeker üretimi olan bir ortaklığın pay sahiplerine, her hasatta belirli miktarda şeker pancarını ortaklığa teslim etme; süt ve süt ürünleri üretimi ile uğraşan bir ortaklığın pay sahiplerine ortaklığa her ay belirli miktar süt teslim etmeleri yükümlülüğü getirilebilir. Böyle bir olanak, bir yandan ortaklığın işlediği maddeleri kolayca elde etmesine, diğer yandan da belirli meslek gruplarından kişilerin bir ortaklık çatısı altında örgütlenmelerine hizmet eder. Bu ikincil yükümlülüklerin nitelik ve kapsamı pay senetlerinin veya ilmi haberlerin arkasına yazılabilir. İkincil (tali) yükümlülükler hakkında esas sözleşme, sözleşme cezası da öngörülebilir (TTK. md. 481). Anonim ortaklıktaki tali yükümlülükler karşılıksız değildir. Anılan yükümlülükler anonim ortaklığın konusunu oluşturan faaliyet alanında ortaklık ihtiyaçlarının karşılanmasına yönelik tedbirler arasında sayılabilir; güvence niteliğinde olduğundan bahsedilebilir. Tali yükümlülükler çoğunlukla şirketin ham madde ihtiyacının karşılanmasına yönelik olsa da, dolaylı olarak da pay sahibinin menfaatine de uygundur. Temel niteliği itibarıyla anonim ortaklık sözleşmesi hükmü olan ikincil yükümlülükler aykırı davranılması hâlinde, sermaye borcunda temerrüde ilişkin hükümler uygulanmaz. Borca aykırılığa ilişkin genel hükümler tatbik edilir. Bu durumda pay sahibi, anonim ortaklığın bu nedenle uğrayacağı zararı gidermekten ve varsa cezai şartı ödemekten sorumlu tutulabilir. TTK. md. 606'da (İsv. BK 796) ise limited ortaklık ortasına ediminin belirli zamanlarda tekrarlanması koşulu konulmamaktadır. Limited ortaklık hukukunda tek seferlik de yan edim yükümlülüğü söz konusu olabilir.

² Bkz. 62 nolu dipnot, s. 12 ; Altmeppen, H., Roth, H. G. (2012). Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) Kommentar. München: Verlag C.H. Beck oHG, 9 c 18, § 26 Rdnr. 4, 480; Schmidt, K. (1991). Gesellschaftsrecht. Köln, Berlin, Bonn, München: Carl Heymanns Verlag KG, 862; Priester, H. J., Mayer, D. (1996). Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 3: Gesellschaft mit beschränkter Haftung. München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, § 50 Rdnr. 17, 728.

³ Reich - Rohrwig, J. (1997). Das österreichische GmbH-Recht Band I. (2. Auflage). Wien: Verlag Manz'sche Wien, Rdnr. 1/400; Koppensteiner, H. G., Rüffler, F. (2007). GmbH-Gesetz Kommentar. Wien: Lexis Nexis ARD ORAC § 8 Rdnr. 3; Schmidt, a.g.e., 837.

Yan edim yükümlülüğü, limited ortaklık sözleşmesinde yer alan hüküm ve esaslar çerçevesinde düzenlenen ve ortak ya da ortakların limited ortaklığa karşı ifa ile borçlu oldukları edimlerdir⁴. Nakdi edimler, yan edim yükümlülüğünün konusunu oluşturmaz. Yan edim yükümlülükleri kural olarak sınırlıdır. Ancak yan edim yükümlülüklerinin sınırlandırılmaması da mümkün olabilir. Anılan edimler aynı olabileceği gibi hizmet edimleri veya yapmama edimi şeklinde karşımıza çıkabilir⁵.

Yan edim yükümlülükleri, tarafların rızası dâhilinde olan ve sözleşmenin tipini belirlemeyen yükümlülüklerdir. Yan edimler, sözleşmenin amacına uygun bir şekilde gerçekleştirilmesine hizmet eden ve edim menfaatinden beklenen amaca dolaylı yoldan yardımcı olan yükümlülüklerdir. Bu noktada limited ortaklıklar hukukunda geçerli olan yan edim yükümlülüğünün bir borçlar hukuku sözleşmesine değil, bir ortaklık sözleşmesine dayandığını belirtmek gerekir. Bu sebeple borçlar hukuku anlamındaki yan edim yükümlülüğüne ilişkin kurallar, limited ortaklıklar hukukunda ortaklık sözleşmesinin korporatif ve norm-sözleşme yapısına uygun düştüğü ölçüde uygulanabilir.

Yan edim yükümlülükleri limited ortaklığın işletme konusunun⁶ gerçekleşmesine hizmet etmeye yarayan⁷, bizzat ortaklığa karşı ifa edilen ve bir kısım esas sermaye paylarına veya pay kategorilerine yüklenebilen (md. 606/ f. 1) veya payların tümüne yönelik olan yükümlülüklerdir⁸.

⁴ Siffert, R., Fischer, M. P., Petrin, M. (2008). GmbH- Recht. Bern: Hrsg. Baker/McKenzieArt. 796, No.1;Nussbaum, M., Sanwald, R., Scheidegger, M. (2007). Kurzkommentar zum neuen GmbH-Recht. Bern: Cosmos Verlag AGArt. 796, Nr.1.

⁵ Pulaşlı, H. (2014). 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Şirketler Hukuku Şerhi, C. II. Ankara: Adalet Yayınevi,2283.

⁶ Bilgili, F., Demirkapı, E. (2012). Şirketler Hukuku. Bursa: Dora Yayıncılık,412.

⁷ Ortaklıkta yer alan münferit kişilerin kişisel menfaatlerine hizmet eden yükümlülükler bu sebeple md. 606 anlamında yan edim yükümlülüğü sayılmamaktadır. Yan edimlerin sadece ortaklığa karşı yerine getirilmesi mecburiyeti bu yükümlülüğün ortaklığın yararına bir müessese olduğunu göstermekte ve ispatlamaktadır, (Pulaşlı, Şerh, 2283; Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) vom 19.12.2001. (2002). BBL.2002, 32003199).

⁸ Karahan, S. (Editör). (2012). Şirketler Hukuku. Konya: Mimoza Yayınları, 816; Poroy, R., Tekinalp, Ü., Çamoğlu, E. (2005). Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku.İstanbul: Arıkan Yayınevi, Nr. 1077.

Bir şeyi yapma veya yapmama borcu dâhil olmak üzere, borç ilişkilerine konu oluşturabilen her türlü edimler özel ve ek bir taahhüt şeklinde ortaklara yüklenebilir. Örneğin ortakların limited ortaklığın belirleyeceği teslim ve ödeme şartlarına göre mal satmaları hakkındaki sözleşme hükmü geçerlidir⁹. Bundan dolayı yan edim yükümlülükleri bir ortağın ya da birden fazla ortağın ya da tüm ortakların esas sermaye payına yüklenebilen yükümlülüklerdir¹⁰.

B. Yan Edim Yükümlülüğünün Özellikleri

Yan edim yükümlülüğünün, ek ödeme yükümlülükleri gibi, esas sermaye payına bağlı olduğu 6102 sayılı Kanun md. 606/ f. 2’de açıkça hüküm altına alınmıştır. Yan edim yükümlülüğü esas sermaye payına bağlı olduğu için “bir tür eşyaya bağlı borçtur”¹¹. Çıplak payın bir eşya olup olmadığı tartışmalı olduğu için sadece senet olarak bastırılmış paylar bize göre eşya olarak nitelendirilebilir. Ayrıca limited ortaklıklarda paylar için nama yazılı senet düzenlenebileceği öngörülmüş olsa da bu

⁹ Arslanlı, H., Domaniç, H. (1989). Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. III, Sermayesi Paylara Bölünmüş Komandit Ortaklıklar (TTK md. 475-484), Limited Ortaklıklar (TTK md. 503-556). İstanbul: Temel Yayınları, 106.

¹⁰ Bu noktada edim kavramına da yer vermek gerekir. Yan edim yükümlülükleri bir ya da birden fazla edimi kapsamaktadır. Edim (ifa; eda); borcun konusunu oluşturan, alacaklının borçludan yerine getirmesini talep etme hakkı bulunduğu ve borçlunun yerine getirmekle yükümlü olduğu hareket biçimidir. Bu hareket genellikle bir verme, yapma veya vermeme, yapmama biçiminde olur [Yılmaz, E. (2001). Hukuk Sözlüğü. Ankara: Yetkin Yayınevi 244]. Alacaklının ifasını talep yetkisine sahip olduğu, borçlunun ifa yükümlülüğü altına girdiği borç konusuna edim adı verilmektedir. Borç ilişkisinin konusu olan edimin üç türü vardır:

1. Verme borçları: Burada borçlu alacaklıya bir şey vermeyi borçlanmıştır. Sözleşmeden doğan borçlarda, sözleşmeler konuları bakımından değişik ayrımlara tabi tutulmaktadır. 2. Yapma borçları: Burada, borçlu alacaklıya bir iş yapmayı borçlanmaktadır. Sözleşmeden doğan borçlarda, konuları bakımından yapılan ayırmda, iş görme sözleşmeleri konuları yapma olan borçlar doğururlar. Örneğin istisna, hizmet, vekâlet sözleşmelerinde borçlunun edimi yapmaya yöneliktir. 3. Yapmama borçları: Burada borçlu ne bir verme ne de yapma yükümlülüğü altına girmiştir. Borçlunun borcu, yapmama şeklinde bir kaçınma borcudur.

¹¹ Eşyaya bağlı borç bir kimseyi sırf bir mala malik olduğu için yükümlülük altına sokan borçlardır [Hatemi, H., Serozan, R., Arpacı, A. (1991). Eşya Hukuku. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 21]. Bu borçlar bir sözleşmenin ancak taraflarını borç altına sokacağı ilkesine istisna oluşturur. Bir kimse borç altına girmek için bir irade açıklamasında bulunduğu halde burada sırf bir mala malik olması onu borçlu kılmaktadır. Malik değişikçe o borcun borçlusu da değişir, eski borçlu borcundan kurtulur ve malın o andaki maliki yeni borçlu olur. Buna karşılık aynı borç ilişkisinin alacaklısı borcun bağlı olduğu malın her malikine karşı alacak hakkını ileri sürebilir. Ancak eşyaya bağlı borç alacaklıya bir aynı hak vermediğinden alacaklı bunu herkese karşı değil sadece malın o andaki malikine karşı ileri sürebilir [Erel, Ş. (1982). Eşyaya Bağlı Borç. Ankara: AÜSBF. Yayınları, 5].

durum her zaman söz konusu olmayabilir. Bu sebeplerle bize göre yan edim yükümlülüğü “*bir tür eşyaya bağlı borç*” olarak nitelendirilebilir¹². Ek ödeme yükümlülüğü de esas sermaye payına yüklenebilen yükümlülüklerdir. Esas sermaye payı senede bağlanabilir. Payın senede bağlanması iki türlü yapılabilir: 1) Payın ispat aracı olarak senede bağlanması (TTK. md. 593/2). 2) Payın nama yazılı bir senede bağlanması (TTK. md. 593/2). Pay, ispat aracı olarak senede bağlanmış ve anılan senette yan edim yükümlülüğü varsa bu yükümlülüğün açıkça belirtilmesi gerekir (TTK. md. 593/2). Aynı şekilde pay nama yazılı bir senede bağlanmışsa ve anılan senette yan edim yükümlülüğü varsa bu yükümlülüğün de açıkça belirtilmesi gerekir. Bilindiği üzere eşyaya bağlı borç kavramıyla bir kimseyi bir malın mülki olduğu için yükümlülük altına sokan borçlar anlaşılmaktadır¹³. Eşya; kişiler tarafından üzerinde egemenlik kurulabilen, maddi varlığa sahip ve insanlar dışındaki nesnelere verilen isimdir¹⁴. Eşyaya bağlı borç ilişkisi ise niteliği itibarıyla nispi nitelikli borç ilişkisidir. Eşyaya bağlı borç ilişkisinden doğan hak aynı hak olmayıp bir alacak hakkıdır¹⁵. Bu hak, tapuya şerh edilenler hariç, eşyaya bağlı

¹² Ayrıca bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, a.g.e., 610.

¹³ Oğuzman, K. (1965). Eşyaya Bağlı Haklar ve Borçlar. İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, 31 (1-4), 210, (Eşyaya Bağlı Haklar).

¹⁴ Eşya kavramı şey kelimesinin çoğuludur. Eşya kelimesi hakka konu olabilen ve bir ihtiyaca cevap verebilen maddi varlıklardır. Maddi bir varlığın eşya sayılabilmesi için bir ihtiyaca cevap verilebilmesi ve hakka konu olabilecek nitelikte bulunması yeterlidir. Bir hakkın konusunu oluşturmakta olması gerekli değildir. Maddi bir değeri olan eşyaya mal dendiği de olur. Eşya kavramı canlı veya cansız bütün hayvanlar, toprak parçası, ağaç gibi hakka konu olabilecek nitelikte olan maddi varlıkları içine alır.

¹⁵ Oğuzman, Eşyaya Bağlı Haklar, 6; Erel, a.g.e., 58. Aynı haklar, kişilere eşyalar üzerinde doğrudan doğruya hakimiyet sağlayan mutlak haklar olarak tanımlanmaktadır. Eşyalar üzerindeki doğrudan doğruya hakimiyetin bir sonucu olarak aynı haklar herkese karşı ileri sürülebilir. Dolayısıyla herkes tarafından ihlâl edilebilir. Her hakta, haktan yararlanılan bir aktif süje yani hak sahibi ile borç altına giren bir pasif süje yani borçlu taraf vardır. Borcun pasif süjesi bazı haklarda belli bir şahıs ya da şahıslardır. Hakka riayet saygı gösterme veya hakkın konusunu oluşturan edimin yerine getirilmesi bu önceden belli şahıslardan talep edilebilir. Bu haklara şahsi nisbi haklar denir. Bazı haklarda ise, hakkın pasif süjesi hakka riayetle, saygı göstermekle yükümlü şahıslar belirsiz, yani önceden belli değildir. Daha doğrusu her şahıs hak sahibinin hakkına saygı göstermekle yükümlüdür. Herkes tarafından ihlâlî mümkün olan dolayısıyla hak sahibinin, ihlâl eden herkese karşı ileri sürebileceği, hakkına riayet edilmesini talep edebileceği bu tür haklara da mutlak haklar denir. Aynı hakların objesi konuları eşyalardır. Bununla birlikte istisnaen eşya niteliğinde olmayan alacak hakları üzerinde intifa hakkı ve rehin hakkı tesisi de mümkün kılınmıştır. Bu durumda eşya veya mal kavramı tüm malvarlığı haklarını kapsayacak şekilde genişlikte kullanılmıştır. Bir şeyin eşya sayılabilmesi için beş unsur içerir: Maddi bir varlığa sahip olması, sınırlanabilir olması, üzerinde kişilerin egemenlik kurabilir olması, iktisadi bir değer taşıması, insan kişilik varlıkları dışı şeyler olması [Ertaş, Ş. (2002). Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Eşya Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık A.Ş., 54; Hatemi/ Serozan/ Arpacı, Eşya Hukuku, 41-49].

borç ilişkisinin borçlusu dışındaki kişilere karşı ileri sürülemez¹⁶. Eşyaya bağlı borçlar, *kanundan doğan eşyaya bağlı borçlar* ve *hukuki işleminden doğan eşyaya bağlı borçlar* olmak üzere ikiye ayrılır. Ancak, bir eşyaya bağlı borcun hukuki işleminden yani bir hukuki sonuç doğurmaya yönelen irade açıklamasından doğabilmesi için kanunun buna izin vermesi gerekir.

Eşyaya bağlı borç ilişkisi ile aynı haklar çoğunlukla birbirine karıştırılır. Bir kimsenin sahip olduğu bir eşya dolayısıyla yükümlülük altına girmesine *eşyaya bağlı borç* denir. Bu borçlar bir sözleşmenin ancak taraflarını borç altına sokacağı prensibine istisna oluşturmakta ve bir kimse borçlanma yolunda bir irade beyanında bulunmadığı halde sırf bir malın maliki olduğu için bir borçla yükümlü olmaktadır¹⁷. Eşyanın sahibi değiştikçe buna bağlı borcun yükümlüsü de değişir.

Eşyaya bağlı borç kavramı için isviçre hukuku'nda "*realobligation*", "*obligation propter rem*" ya da "*subjektiv-dingliche rechte und pflichten*" terimleri kullanılmaktadır¹⁸. "*Eşyaya bağlı hak ve borç*" terimi ilk defa *oğuzman* tarafından kullanılmıştır¹⁹. Daha sonra türk hukuku'nda da aynı terim benimsenerek kullanılmaya devam edilmiştir²⁰. Eşyaya bağlı hak ve borç terimi ile kastedilen bir kimsenin bir şey üzerinde sahip bulunduğu aynı hak ve zilyetlik dolayısıyla alacaklı veya borçlu olmasıdır²¹. Burada bir borç ilişkisi söz konusudur. Burada var olan borç ilişkisinin taraflarından birinin veya ikisinin belirlenmesi ya bir aynı hak veya bir zilyetlik dolayısıyla olmaktadır. Böyle bir borç ilişkisinde eşyaya bağlı hak sadece alacaklı tarafı, eşyaya bağlı borç ise sadece borçlu tarafı ifade eder. Bundan dolayı bir borç ilişkisinde taraflardan birinin hak veya bor-

¹⁶ Eren, F. (2012). 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Yetkin Yayınları, 57; Erel, a.g.e., 9.

¹⁷ Oğuzman, Eşyaya Bağlı Haklar, 6.

¹⁸ Erel, a.g.e., 11 vd.; Guhl, T., Koller, A., Schnyder, A., Druey, J. N. (2000). Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels-und Wertpapierrechts. Zürich: Schulthess Juristische Medien AG § 2 Nr. 7,8.

¹⁹ Oğuzman, Eşyaya Bağlı Haklar, 209 vd.

²⁰ Erel, a.g.e., 17 vd.

²¹ Guhl, v.d., a.g.e., § 2 Nr. 7.

cunun eşyaya bağlı olması, diğer tarafın hak veya borcunun da eşyaya bağlı olmasını zorunlu kılmaz. Bir tarafın hak veya borcu eşyaya bağlı olduğu hâlde, diğer tarafın hak veya borcu alelâde nitelikte olabilir²².

Eşyaya bağlı hak sadece borçluya karşı ileri sürülebilir. Eşyaya bağlı borçlarda borç ilişkisindeki taraflar doğrudan doğruya değil dolayısıyla belirlenir²³. Belirli bir eşyanın sahibi kim ise o kişi belirli bir borcun borçlusu olacaktır.

Alacak hakkı sahibi, eşyaya bağlı borçlarda sadece borçluya karşı yöneltebilen bir talep hakkına sahiptir. Böylece alacaklı sadece borçludan gelecek ihlâllere karşı donatılmıştır. Alacak hakkı sahibi, bu borç ilişkisinden doğan talep hakkını, aynı hak veya zilyetliğin hâlihazır sahibine karşı yöneltebilir. Bundan dolayı adındaki “eşya” kelimesine rağmen, eşyaya bağlı hak ve borçlarda alacaklı aynı değil nisbi bir hakkın sahibidir. Onun için eşyaya bağlı borç yerine getirilmediği takdirde Medeni Kanun’un aynı haklara ilişkin hükümlerine değil, *Borçlar Kanunu’nun sözleşmeye aykırılığa ilişkin hükümlerine başvurulur*. Borçlu da sahibi veya zilyedi bulunduğu eşya ile değil bütün malvarlığı ile sorumludur. Eşyaya bağlı hak ve borçlar nisbi (şahsi) karakterini koruyan, bununla birlikte alacağın temliki, borcun nakli işlemlerine gerek kalmadan tarafların cüz’i haleflerine geçebilen bir hak ve borçtur. Eşyaya bağlı hak ve borçlar belirli sayı ve tipe bağlılık (numerus clausus) ilkesine bağlıdır. Onun için eşyaya bağlı hak ve borçlar ancak kanunun açıkça öngördüğü veya kanunun tarafların bu konuda sözleşme yapmalarına izin verdiği durumlarda söz konusu olur²⁴.

Eşyaya bağlı borcun konusu bir edimdir. Eşyaya bağlı borçlar sadece borçluya karşı ileri sürülebilir. Eşyaya bağlı borçta borçlu borcunu yerine getirmediği zaman, alacaklı eşyadan yararlanamaz ancak bunun yerine getirilmesini borçludan isteyebilir. Eşyaya bağlı borç geçici nite-

²² Ünal, M., Başpınar, V. (2012). Şekli Eşya Hukuku, Giriş - Zilyetlik - Tapu Sicili. (6. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları, 93, (Şekli Eşya).

²³ Ünal/ Başpınar, Şekli Eşya, 95.

²⁴ Erel, a.g.e., 37 vd.

liği haizdir. Yani eşyaya bağlı borç borçlunun edimi yerine getirmesiyle birlikte sona erer. Borçludan edimin ifasını talep belirli bir süreyle sınırlı olup 10 yıl geçmekle zamanaşımına uğrar, (6098 s. BK. md. 146). Burada bahsedilen genel zamanaşımı süresidir. Ancak TBK md. 147/4 hükmüne göre bir ortaklıkta, ortaklık sözleşmesinden doğan ve ortakların birbirleri veya kendileri ile ortaklık arasındaki; bir ortaklığın müdürleri, temsilcileri, denetçileri ile ortaklık veya ortaklar arasındaki alacaklar 5 yıllık zamanaşımına tâbi olacaktır. Bu sebeple limited ortaklıklarda ortakların yan edim yükümlülükleri bakımından TBK md. 147/4 hükmü uygulanacaktır.

Eşyaya bağlı borçlar sadece borçlu tarafından ihlâl edilebilir. Eşyaya bağlı borçta kanunun çizdiği sınırlar içinde kalınarak her türlü edim serbestçe alacak ve borç konusu yapılabilir.

Yan edim yükümlülüğü de 6102 sayılı Kanun md. 606/ f. 1 gereği *hukuki işlem*den yani *limited ortaklık sözleşmesinden doğan bir tür eşyaya bağlı borçtur*²⁵. Yan edim yükümlülüğünde de ortak esas sermaye payının sahibi olduğu için bu paya bağlı olarak borç altına girmektedir ve girdiği borç ortaklık sözleşmesinde belirtilmektedir. Yan edim yükümlülüğü, ortaklık sözleşmesinde yer alan ortakların asli edim yükümlülüğüne²⁶ göre ikincil durumda yer almaktadır. Limited ortaklıkta ortakların yan edim yükümlülükleri, 6102 sayılı TTK. md. 480/ f. 4'te düzenlenen anonim ortaklıklardaki ortakların ikincil yükümlülüklerine benzemektedir²⁷. Ancak niteliği ve ortaklar arasındaki sıkı işbirliği do-

²⁵ Ayrıca bkz. Eren, *a.g.e.*, 58.

²⁶ Ortakların sermaye payına katılma borcu asli yükümlülükleridir.

²⁷ Anonim ortaklıkta pay devirlerinin ortaklığın onayına bağlı olduğu hâllerde, esas sözleşmeyle pay sahiplerine sermaye taahhüdünden doğan borçtan başka, belli zamanlarda tekrarlanan ve konusu para olmayan edimleri yerine getirmek yükümlülüğü de yüklenebilir. Bu ikincil yükümlülüklerin nitelik ve kapsamı pay senetlerinin veya ilmhâberlerin arkasına yazılabilir. Hisse senetleri, bu yükümlülüklerle birlikte devredilir (6102 s. Ttk. Md. 480/F. 4). Esas sözleşmede ikincil yükümlülükler hakkında sözleşme cezası da öngörülebilir (6102 s. Ttk. Md. 481/İ), (karahan, şirketler hukuku, 662; tekinalp, ü. (2013). Sermaye ortaklıklarının yeni hukuku anonim ve limited ortaklıklar, tek kişi ortaklığı, ortaklıklar topluluğu, birleşme, bölünme, tür değiştirme. İstanbul: vedit kitapçılık, 224; poroy/tekinalp/çamoğlu, a.G.E., Nr. 1145). Demirkapı ve bilgili anonim ortaklıklardaki ikincil yükümlülüklerle limited ortaklıklardaki yan edim yükümlülüklerini aynı müesseseler olarak görmek ve aynı müesseselere farklı isimler verilmesini kanun yapma tekniğine aykırı bulmaktadır (bilgili/demirkapı, şirketler, 412). Aynı görüşte yıldız, ş. (2007). Türk ticaret kanunu

layısıyla limited ortaklıkların yapısına daha uygun düşmektedir²⁸. Dolayısıyla bu noktada, yan edim yükümlülüğü ile limited ortaklığın şahıs ortaklıklarına yaklaştığını düşünmekteyiz²⁹. Yan edim yükümlülüğü esas sermaye payına bağlıdır. Yan edim yükümlülüğü kişisel bir borç doğurmaz. Zira yan edim yükümlülüğünden doğan borç, bir kısım esas sermaye paylarına veya pay kategorilerine yüklenebilen veya payların tümüne yönelik olan yapma, yapmama, katlanma, kullandırma edimlerini ihtiva eder. Burada anılan edimleri ihtiva eden borç bir esas sermaye payına bağlı olan yan edim yükümlülüklerinden doğmaktadır. Limited ortaklıklar 1-50 arasında ortak tarafından kurulabileceği için ortaklar arasındaki ilişki daha sıkidır. Bu sebeplerle, az ortaklı oldukları için ortaklar kâr elde etmek amacıyla daha sıkı ilişki içine girecekler ve birbirlerini daha iyi tanıma imkânına sahip olacaklardır. Bu sebeple yan edim yükümlülükleri limited ortaklığın yapısına daha uygun düşmektedir. Sonuç olarak yan edim yükümlülükleri, limited ortaklığın kişisel öğelerden oluşabilen bu özelliğini bize açıkça göstermektedir³⁰.

tasarısı'na göre limited şirketler hukuku. İstanbul: ankan yayınevi, 59. Ancak tali yükümlülükler daimi olmamalı ve sadece belirli zamanlarda tekrarlanan, yani periyodik olarak ifa edilebilir olmalıdır. Burada edimin belirli zamanlarda tekrarlanan olması ne bir defalık ne de devamlıdır. Dönemsel nitelikteki bu borçların ikincil ya da tali olarak adlandırılmasının sebebi, sermaye koyma borcunun esas borç niteliğinde olması ve ikincil yükümlülüğün hiçbir şekilde esas borcun niteliğini değiştirememesidir. [Pulaşlı, h. (2015). Şirketler hukuku şerhi, c. Iı. Ankara: adalet yayınevi, 2015, 1541]. Halbuki bir kerelik edimler yanında periyodik edimler de yan edim yükümlülüğü olarak kararlaştırılabilir. Anonim ortaklıklardaki tali yükümlülüklerin verme edimi olarak ortaya çıkması için niteliğine uygundur. Edimlerin fikri ve fiziki çalışma olarak ortaya çıkması mümkün değildir (pulaşlı, şerh, 1387). Zira bu gibi kişisel yükümlülüklerin yüklenebilmesi katı bir sermaye ortaklığı olan anonim ortaklığın yapısı gereği pahasahiplerinin üzerine geniş anlamda sadece parasal yükümlülükler ödev olarak yüklenebilmektedir. Dolayısıyla bir yapma edimini içeren fikri ve fiziki çalışma edimi anonim ortaklığın yapısına uygun olmayacaktır. Halbuki yapma edimleri limited ortaklıkta yan edim yükümlülüğü olarak getirilebilir. İkincil yükümlülüklerde devamlı nitelik taşıyan yapmama edimleri geçerli değildir. Dönemsel yapmama edimleri ikincil yükümler konusunu oluşturabilir.

²⁸ Schmidt, a.g.e., 862. İkincil yükümlülüğün anonim ortaklık sözleşmesinde gösterilmiş olması gerekir ve bunların mahiyet ve kapsamı pay senetlerine de yazılabilir (TTK. md. 480/4). Bu nedenle, ikincil yükümlü pay senetleri ancak nama yazılı olabilir ve devirleri de ortaklığın onayına bağlı olmalıdır (TTK. md. 480/4). Burada ikincil yükümlülüğün içerdiği edimlerle, anonim ortaklık esas karakteri olan sermayeye dayalı yapıdan ayrılmakta ve kooperatiflerde olduğu gibi üyelerin kişisel niteliği önem kazanmaktadır (Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi, 1542). Bu sebeple ikincil yükümlülükler anonim ortaklığın bünyesine yabancı unsurlardır (Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, a.g.e., 609)

²⁹ Aynı görüşte Honsell, H., Vogt, P. N., Watter, R. (2012). Basler Kommentar, Obligationenrecht II. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag Art. 796, Nr.1; Karahan, Şirketler Hukuku, 772- 773.

³⁰ Bkz. 6102 s. K. 606. md. gerekçesi. 6102 sayılı Kanun'un limited ortaklığa ilişkin hükümleri arasında anonim ortaklıklar hakkındaki md. 480/ f. 1'e benzer bir hüküm bulunmamaktadır. Ortaklara esas sermaye payları dışında ek ödeme ve yan edim yükümlülükleri yükletilebilir. Bu farklı durum limited ortaklığın –

Yan edim yükümlülüğü, sadece kuruculara değil, aynı zamanda gelecekteki ortaklara ve üçüncü kişilere de etkili olan yükümlülüklerdir. Yan edim yükümlülüğü payı devralan alan kişiye payın devri ile intikal eder³¹. Bu durumun etkisi sadece gelecek için oluşur. Esas sermaye pay senetleri ispat aracı şeklinde veya nama yazılı olarak düzenlenir. Yan edim yükümlülüklerinin, bu senetlerde açıkça belirtilmesi gereklidir (TTK. md. 593). Esas sermaye payının devri ve devir borcunu doğuran işlemler yazılı şekilde yapılır ve tarafların imzaları noterce onanır. Ayrıca devir sözleşmesinde, yan edim yükümlülükleri de belirtilir. Ortaklık sözleşmesinde aksi öngörülmemişse, esas sermaye payının devri için, ortaklar genel kurulunun onayı şarttır. Devir bu onayla geçerli olur. Ortaklık sözleşmesinde başka türlü düzenlenmemişse, ortaklar genel kurulu sebep göstermeksizin onayı reddedebilir. Ortaklık sözleşmesiyle sermaye payının devri yasaklanabilir. Ortaklık sözleşmesi devri yasaklamış veya genel kurul onay vermeyi reddetmişse, ortağın haklı sebeple ortaklıktan çıkma hakkı saklı kalır. Ortaklık sözleşmesinde yan edim yükümlülükleri öngörüldüğü takdirde, devralanın ödeme gücü şüpheli görüldüğü için ondan istenen teminat verilmemişse, genel kurul şirket sözleşmesinde hüküm bulunmasa bile, onayı reddedebilir. Başvurudan itibaren üç ay içinde genel kurul reddetmediği takdirde onayı vermiş sayılır (TTK. md. 595).

Limited ortaklığın, iktisap ettiği kendi esas sermaye paylarına ait yan edim yükümlülükleri, söz konusu paylar ortaklığın elinde bulunduğu sürece istenemez (TTK. md. 612/5). Yan edim yükümlülüğü, ortağın ortaklığa karşı esas sözleşmeyle üstlenmiş olup, yükümlülükleri içeren bu payların ortaklık tarafından iktisap edilmesi durumunda ortaklığın kendi kendisinin borçlusu olması anlamını ifade eder. Bu sebeple bu borç tahsil edilemez³². Payın devri durumunda, devralan yerine getirilmemiş yan edim yükümlülüklerinden sorumlu hale gelir.

anonim ortaklığın aksine- kişisel öğeler ve kişisel edimler taşımasının sonucudur (Aynı görüşte Karahan, Şirketler Hukuku, 769).

³¹ Altmeppen/Roth, a.g.e., § 3 Rdnr. 34; Demirkapı, E. (2008). Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Limited Ortaklıkta Payın Devri. İzmir: Güncel Yayınevi, 5 vd.; Bilgili/Demirkapı, Şirketler, 414; Koppensteiner/Rüffler, a.g.e., § 8 Rdnr. 2; Reich-Rohrwig, a.g.e., Rdnr. 1/398.

³² Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi, 2242.

Yan edim yükümlülükleri sadece ortaklık amacıyla sınırlı olarak düzenlenir³³. Yan edim yükümlülükleri, ortaklığın devamlılığının sağlanması amacıyla³⁴ veya ortaklığın başka ortaklıkların hâkimiyeti altına girmeyerek korunma alanının birleştirilmesi için ya da limited ortaklığın işletme konusunun gerçekleşmesine hizmet etmesi için kullanılır³⁵. Böylece ortaklar, ortaklığın amacını gerçekleştirmesine yardımcı olacak bazı işleri yapma, yapmama, bazı yüklere katlanma, bir kısım imkânlarını (örneğin tarımsal faaliyette kullandığı şahsi araç ve gereçleri) ortaklığa kullandırma yükü altına sokulabilir³⁶.

1. Yan Edim Yükümlülüğünün Kapsamı ve Konusu

Yan edim yükümlülüğü ortaklık sözleşmesinde serbestçe düzenlenebilir³⁷. Ortaklık sözleşmesinde düzenlenen yan edimler, eşit ölçüde olmaya ihtiyaç duymaz³⁸. Yan edimlerin eşit ölçüde olmasının gerekmediği durumu edim konusunun aynı³⁹, yapma ya da yapmamak, bir seferlik veya tekrarlayan ya da tek veya çift taraflı, şartlı veya şartsız, geçici ya da kalıcı olması durumlarında da geçerlidir. Bu sebeple yan edim yükümlülüğü farklı şekillerde karşımıza çıkmaktadır⁴⁰.

³³ Schmidt, *a.g.e.*, 862.

³⁴ İsviçre Borçlar Kanunu md. 796'ya ilişkin olarak bkz. Botschaft 2001, 3161; Schmidt, *a.g.e.*, 837. 6102 sayılı TTK. İsviçre BK. md. 796 hükmünü olduğu gibi almamış, sadece bir kısmını almıştır. Gerekçede yan edim yükümlülüklerinin, ortakların bileşiminin korunmasına ve şirketin başka şirketlerin hâkimiyeti altına girmemesine hizmet edecekleri ifade edilmektedir. Gerekçeye yansıyan bu fazlalık, TTK. md. 606 hükmünün İsviçre'den tam olarak alınmamasına karşın, gerekçenin yazımında İsviçre kaynaklarından yararlanılmasından kaynaklanmıştır [Can, M. E. (2011). Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Limited Şirket Ortaklarının Borçları ve Yükümlülükleri. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XV, Y. 2011, Sa. 4, 18.

³⁵ Botschaft 2001, 3198.

³⁶ Karahan, Şirketler Hukuku, 816; Guhl, v.d., *a.g.e.*, § 2 Nr. 12.

³⁷ Baumbach/Hueck, *a.g.e.*, § Rdnr. 37; Schmidt, *a.g.e.*, s. 837; Priester/Mayer, *a.g.e.*, § 5 N. 11, 33.

³⁸ Altmeppen/Roth, *a.g.e.*, § 3, Rdnr. 31 a; Reich-Rohrwig, *a.g.e.*, Rdnr. 1/400; 1/402; Priester/Mayer, *a.g.e.*, § 5 Nr. 11, 33.

³⁹ Guhl, v.d., *a.g.e.*, § 7 Nr. 3.

⁴⁰ Priester/Mayer, *a.g.e.*, 33; Handschin/Truniger, *a.g.e.*, 215, Nr. 7; Koppensteiner/Rüffler, *a.g.e.*, Rdnr. 3.

Ortakların esas sermayeye iştirak miktarının aksine yan edimler esas sermayenin tamamlanmasının oluşturulmasını amaçlamamaktadır⁴¹. Dolayısıyla yan edimler esas sermayenin bir parçasını oluşturmaz. Bu sebeple esas sermayenin korunmasına ve güvenliğine ilişkin hükümler yan edimlere uygulanmaz⁴². “*Sermayenin korunması ilkesi*” dar anlamda ortaklığa getirilen sermaye tutarının eksilmesine engel olurken, geniş anlamda ortaklığın malvarlığının korunması olarak anlaşılmaktadır⁴³. Anılan ilke sermayenin ve malvarlığının korunması amacını taşıyan düzenlemelerin tamamını içine aldığı için yan edim yükümlülüğü ile bağlantısı yoktur⁴⁴. Aynı edimler hem ortakların esas sermayeye iştirak miktarında hem de yan edimlerin içinde yer alabilir; ancak ek ödeme yükümlülüğü para ile ilişkilidir yani paraya yöneliktir. Sermaye temini için gerekli olan sıkı düzenlemeler yan edim yükümlülükleri için uygulanabilir olmaktan uzaktır. Yükümlülüğün sicile kaydı, yükümlü ortakların ve devir durumunda yükümlülüğü devralan ortağın menfaatine olacaktır⁴⁵.

Yan edim yükümlülükleri, ortakların tedarik etmekle mükellef oldukları sermayenin 6102 sayılı Kanun’la belirlenen usûl dışında sağlanması ve korunması hakkında şartlar koymamaktadır. Ortaklık sözleşmesiyle ortakların zararına olarak yan edimlerin kararlaştırılan miktarın daha üzerinde bir şekilde yerine getirilmesi istenemez.

Yan edim yükümlülüğünün konusu süt, pancar, şeker kamışı, meyve gibi ham ve/veya işlenmiş ürünlerin teslimi olabilir. Yan edim yükümlülüğünün konusunu park yeri veya depo yeri sağlanıp kullanılması, taşıma gibi hizmetlerin sunulması ve benzeri edimler olabilir. Örneğin, bir peynir, yoğurt, ayran gibi çeşitli süt ürünlerinin üretildiği bir limited

⁴¹ Altmeppen/Roth, a.g.e., § 26 Rdnr. 4; Koppensteiner/Rüffler, a.g.e., Rdnr. 2.

⁴² Yıldız, Limited Şirketler, 19; 6102 s. K. Genel Gerekçesi N. 113; Karahan, Şirketler Hukuku, 621; Schmidt, a.g.e., 862; Guhl, v.d., a.g.e., § 66 Nr. 101,731.

⁴³ Schmidt, a.g.e., 924; Yıldırım, A. H. (2008). Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Limited Ortaklık Müdürünün Hukuki Durumu. İzmir: Güncel Yayınevi, 134.

⁴⁴ Tekinalp, Ü. (2010). Anonim Ortaklıkta Sermayenin Korunması İlkesi. Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, On İki Levha Yayıncılık, 1689, (Sermayenin Korunması).

⁴⁵ Guhl, v.d., a.g.e., § 75 Nr. 52, 824.

ortaklıkta ortakların her yıl ortaklığa öngörülen miktarda⁴⁶ süt vermesi gibi yan edimler de oluşturabilir⁴⁷. 6102 sayılı Kanun'un gerekçesinde verilen bu örnekteki bir miktar süt verme ediminin ifası, ortak ya da ortakların süt üreticileri olması halinde gerçekleşebilir. Bu limited ortaklığın işletme konusu süt üretimi değilse ortağın piyasadan süt alıp borcu ifa etmesi gerekçede anlamlı görülmemiş hayatın olağan akışına ters görülmüştür ve haklı olarak ortağa ek bir külfet olarak değerlendirilmiştir⁴⁸. Bu şart ortaklara kolaylık ve ortaklığa fayda sağlamayacaktır. Limited ortaklığın ortakları süt üreticisi ise ve ortaklık süt ve süt ürünleri üretme amacıyla kurulduysa süt verme edimi amacına ulaşacaktır. Dolayısıyla yan edim yükümlülüğünün konusu limited ortaklığın işletme konusunu gerçekleştirmesine (örneğin süt üretme faaliyetinin sağlanmasına), ortaklarının bileşiminin yani bir araya gelmesinin (örneğin yan edimin sadece süt veya meyve üreticilerine özgü olarak getirilmesi) korunmasına ya da kolaylaştırılmasına ve ortaklığın başka ortaklıkların hâkimiyeti altına girmemesine hizmet etmektedir⁴⁹. Anılan gerekçelerle, bize göre yan edim yükümlülüğü limited ortaklıkların gelişmesini ülkemizde de sağlayacak faydalı bir müessese olarak değerlendirilebilir. Böyle bir düzenleme olmasaydı, bize göre esas sözleşmede anonim ortaklık hükümlerine kıyasen yan edim yükümlülüğü öngörülemezdi. Zira eşyaya bağlı borçlar ancak kanunun açıkça öngördüğü veya kanunun tarafların bu konuda sözleşme yapmalarına izin verdiği durumlarda söz konusu olur.

Türk Hukuku'nda da, Alman Hukuku'nda olduğu gibi yan edim yükümlülüklerinin geniş kapsamda düzenlenmesine izin verilmiştir⁵⁰.

⁴⁶ Bu miktar önceden açıkça ortaklık sözleşmesinde tespit edilmelidir.

⁴⁷ Pulaşlı, Şerh, 2283; Botschaft 2001, 3198; 6102 s. K. Gerekçesi md. 606, 222.

⁴⁸ Tekinalp, Ü. (2015). Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku. (4.Baskı). Vedat Kitapçılık, 581

⁴⁹ Botschaft 2001, 3198; 6102 s. K. md. 606 gerekçesi; Yan edim yükümlülüğü, limited ortaklığın konusunu gerçekleştirmesine hizmet ederler. Madde gerekçesinde hatalı olarak ayrıca bu edimlerin, ortaklarının bileşiminin korunmasına ve şirketin başka şirketlerin hâkimiyeti altına girmemesine hizmet edecekleri ifade edilmektedir. Gerekçeye yansıyan bu fazlalık, TTK. md. 606 hükmü İsviçre'den tam olarak alınmamasına karşın, gerekçenin yazımında İsviçre kaynaklarından yararlanılmasından kaynaklanmıştır (Can, a.g.m., 18).

⁵⁰ Alman anonim ortaklıklar hukukunda kooperatiflere benzer bir şekilde, yan edim yükümlülüğü özel bir yükümlülük şekli olarak düzenlenmiştir. Anonim ortaklık sözleşmesinde ortak ya da ortaklar, ortaklığa yapacakları parasal ödeme yoluyla destek yanında nakit dışı destekler de vermekle yükümlü tutulabilir. Yükümlü tutulan bu yan edimlerin hangi hisse senedi üzerinde olduğu da açıkça belirtilmelidir. Yan edimlerin ivazlı

Yan edim yükümlülüğü, ortaklığa yapılan maddi yardımlardan farklı olan bir yükümlülüktür⁵¹. Ortaklık sözleşmesinde belirtilmiş olması dışında yan edim yükümlülüğünün kararlaştırılması için her zaman bir ortaklık kararına açıkça ihtiyaç duyulmaktadır. Limited ortaklıkta içerik olarak getirilebilecek olan yan edim yükümlülükleri, teslim yükümlülükleri ve hizmet edimleri yükümlülükleri olabilir. Ortaklığın yararlanması için belirlenen malları kanunlara uygun olarak teslim etmek, belirlenen yerden getirmek ya da belirlenen yere götürmek yükümlülükleri limited ortaklıklarda yan edim yükümlülüğü olarak değerlendirilir⁵².

2. Yan Edim Yükümlülüğünün Karşılıklı Olması

Yan edim yükümlülüğü karşılığı olan yükümlülüklerdir⁵³. Başka bir ifadeyle, ortak yan edim yükümlülüğüne konu edimleri yerine getirdiğinde bunun karşılığında kendisine bir ödeme yapılması zorunludur⁵⁴. Örneğin ortak yan edim yükümlülüğü olarak öngörülmüş ürünleri teslim ettiğinde bunun karşılığında kendisine bir ödeme yapılması zorun-

ya da ivazsız olup olmadığı tespit edilmelidir. Anonim ortaklıklarda yan ödemeler sermaye piyasası üzerinde serbestçe kullanılabilen hisselerle bağlı olamaz. Hisse devri ortaklığın onayına bağlıdır, (Schmidt, a.g.e., 649).

Genellikle şekerpancarı üretimiyle uğraşan anonim ortaklıklarda yan edim yükümlülükleri 1897’de oluşturuldu. Özellikle, pancar şekeri ile ilgili anonim ortaklıkların bu düzenleme ile ilgili zorlukları vardı. Kendi arazilerini şeker pancarı ile mahsullendirmek isteyen ortaklık hissedarları ortaklığa genellikle geleneksel olarak ek bir ücret ödemeye karar veriyorlardı. Bu sözleşmeler 1900’den önce ortaklıklar hukuku açısından geçersizdi ancak gerekliydi ve ortaklar için vazgeçilmezdi. Uygulamada, kolaylık sağlayan bu yükümlülük anasözleşmenin bir parçası olarak değil, aksine ortaklık sözleşmesi dışı sorumluluk borçlar hukukuna ait bir borç olarak kabul edilmiştir. Ancak bu bir geçici bir çözümdü ve bir zorluğun altından kalkmayı ek bir edimle çözmeyi hedefliyordu. Tarımın piyasa ekonomisindeki payının azalması ile anonim ortaklıklardaki ek edimler anlamını kaybetti ama buna rağmen, anonim ortaklıklar ile kooperatiflerin amaçları için yapıtaşları olarak kullanılabilirliğini devam ettirdi, (Schmidt, a.g.e.,650).

⁵¹ Altmeppen/Roth, a.g.e., § 3 Rdnr. 30 a, 65; Priester/Mayer, a.g.e., 728.

⁵² Priester/Mayer, a.g.e., 440.

⁵³ Yıldız, Limited Şirketler,192; Karahan, Şirketler Hukuku, 816; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, a.g.e., Nr. 1086.

⁵⁴ Yan edim yükümlülüğündeki edimler bir borçlar hukuku sözleşmesine dayanmayıp ortaksal nitelik taşırlar. Bu sebeple karşılık, sözleşme anlamında karşı edim değildir. Buradaki ilişki herhangi bir sözleşme gibi gösterilerek o sözleşmeye ait hükümlerin doğrudan uygulanması mümkün değildir. Ancak ortaksal ilkelere aykırı olmamak şartı ile ve uyarlanarak uygulanması mümkündür.

ludur⁵⁵. Ortaklığın yaptığı bu ödeme sermayeden iade niteliği taşımaz⁵⁶. Dolayısıyla yan edim yükümlülüğünde karşılığın açık ve yeterli olması gerekir. Bu karşılık ortaklık sözleşmesinde açıkça belirtilir. Karşılığı olmayan ya da uygun bir karşılığı bulunmayan nakdi ve ayni edim yükümlülükleri ek ödeme yükümlülüğüne ilişkin hükümlere tâbidir. Yan edim yükümlülüğünde edim yükümlülüğünün açık ve yeterli bir karşılığı yoksa 6102 sayılı TTK. md. 606/ f. 3 gereği bu yan edim yükümlülüğüne ek ödeme yükümlülüğüne ilişkin hükümler uygulanır⁵⁷. Bu sebeple, karşılığı olmayan yan edimler ek ödeme yükümlülüğü olarak değerlendirilir. Burada karşılıktan anlaşılması gereken, ortağın yan edim yükümlülüğüne konu edimleri yerine getirdiğinde bunun karşılığında kendisine bir ödeme yapılması zorunluluğudur. Ayrıca yan edim yükümlülüğü, limited ortaklığın işletme konusunun gerçekleştirilmesine, ortaklarının bileşiminin korunmasına ve ortaklığın başka ortaklıkların hâkimiyeti altına girmemesine hizmet etme yerine ortaklığın özkaynak (özsermaye) ihtiyacını karşılayan nakdi ve ayni bir edimse yine 6102 sayılı TTK. md. 606/ f. 3 gereği ek ödeme yükümlülüğüne ilişkin hükümler uygulanır. Böylece kanunda parasal değeri olan veya ayni nitelik taşıyan yan edimlerin karşılıksız olamayacağı kabul edilmiştir⁵⁸. Bu tür yan edimler *Tekinalp'e* göre nitelik itibâriyle ek ödeme edimidir⁵⁹. Nakdi ve ayni edimler ya karşılıksız oldukları ya da uygun olmayan bir karşılıkları bulunduğu için ek ödeme yükümlülüğüne ilişkin hükümlere bağlanmıştır⁶⁰. Bu hükmün amacı *Pulaşlı'ya* göre, ek ödeme yükümlülüklerinin yan edimlerle gizlenerek dolanılmasını önlemektir⁶¹. *Bizce de* kanunen önceden alınacak bu tedbirle yan edim yükümlülüğünün ek

⁵⁵ Bilgili/Demirkapı, Şirketler, 412.

⁵⁶ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, a.g.e., Nr. 1086; Yıldız, Limited Şirketler, 192; Karahan, Şirketler Hukuku, 816.

⁵⁷ Yıldız, Limited Şirketler, 192.

⁵⁸ Karahan, Şirketler Hukuku, 816.

⁵⁹ Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 512.

⁶⁰ 6102 s. TTK. md. 606/f. 3 gerekçesi.

⁶¹ Pulaşlı, Şerh, 2283; Botschaft 2001, 3199.

ödeme yükümlülüğü olarak kullanılması açıkça önlenmiş olmakta⁶² ve sonuçta limited ortaklığın yararına hareket edilmiş olmaktadır⁶³.

3. Yan Edim Yükümlülüğünün Sonradan Oluşturulması ya da Kapsamının Genişletilmesi ve Sona Ermesi

Yan edim yükümlülükleri limited ortaklığın kuruluşu sırasında yani ortaklığın başlangıcında ortaklık sözleşmesinde bütün kurucu ortakların onayıyla öngörülebilir. Yan edim yükümlülüğü limited ortaklık kuruluş sözleşmesinde yer alırsa, 6102 sayılı Kanun md. 575 gereği limited ortaklık sözleşmesinde kurucuların tamamı tarafından imzalanır. Bu sebeple, kurucu ortakların tamamının yan edim yükümlülüğünü üstlendiği kabul edilir. Ancak kuruluş aşamasında sadece belirli bir kısım paya yan edim yükümlülüğü yüklenebilir. Kurucular ortaklık sözleşmesinde bu hususu da öngörebilirler.

Yan ödeme yükümlülükleri limited ortaklık sözleşmesi değiştirilerek getirilecekse dolayısıyla kuruluş aşamasından sonra oluşturulacaksa TTK. md. 607 hükmü gereği ilgili tüm ortakların genel kurulda oybirliği gerekir. İlgili ortak ya da ortakların iradelerine aykırı olarak bir yan edim

⁶² Ek ödeme yükümlülüğünü yan edim yükümlülüğünden ayıran fark, ek ödeme yükümlülüğü nakdi ödeme olarak yerine getirilirken, yan edim yükümlülüğünde ise ortağa nakdi ödeme dışında bir yapma, yapma veya katlanma gibi borcun yüklenmesidir. Ek ödeme yükümlülüğünün miktarı ortağın esas sermaye payının itibari değerinin iki katını aşamaz. Ek ödeme yükümlülüğünün öngörülebileceği hallerden ilki limited ortaklığın esas sermayesi ile kanuni yedek akçeler toplamının ortaklığın zararını karşılayamamasıdır (TTK. md. 603/1-a). Bu durumda yükümlü ortaktan talep edilen ek ödeme tutarı ile ortaklığın sermaye kaybının giderilmesi ve kanuni rezervlerinin de bu şekilde korunması öngörülmektedir. Ek ödeme yükümlülüğünün talep edilebileceği ikinci durum ise ortaklığın içine düştüğü nakit sorununun aşılabilmesi amacıdır. Talep edilen ek araçlar olmaksızın ortaklığın işlerine gereği gibi devamının mümkün olmaması durumunda, ek ödeme yükümlülüğünün yerine getirilmesi istenebilir (TTK. md. 603/1-b). Ek ödeme yükümlülüğünün talep edilebileceği üçüncü durum ise ortaklık sözleşmesinde açık ve ayrıntılı bir şekilde belirtilen özkaynak ihtiyacını doğuran diğer halin ortaya çıkmasıdır (TTK. md. 603/1-c). Ek ödeme yükümlülüğü, ortaklık sözleşmesinde öngörülmesi ve kanunda yer alan şartların gerçekleşmesi hâlinde, ortaklara, sadece ortaklığa nakdi ödemelerde bulunmaları borcunu yükler. Ek ödemeler, tamamlamada olduğu gibi sermaye açığını kapatan ve ortaklığa karşılıksız verilen bir sermaye değil, geçici zararı gideren bir ek finansman aracıdır. Ek ödemenin amacı mali yönden kötü duruma düşen, bilanço açığı bulunan ortakların yapacakları ek ödemelerle yardımcı olmalarıdır. Ek ödeme yükümlülüğü ile limited ortaklığın hayatını sürdürebilmesi ve ödeme dar boğazından çıkabilmesi için yeni bir olanak sağlanmıştır. Ek ödemelerin sahiplerine dönmeyeceği bir sistemde hiçbir ortaklık bu yükümlülüğü ortaklarına yükleyemez.

⁶³ Aynı görüşte Küng, M., Camp, R. (2006). GmbH-Recht, Kommentar. Zürich: Orell Füssli Verlag, Art. 796, Nr.7.

yükümlülüğü oluşturulamaz. Aynı şekilde, önceden oluşturulmuş olan yan edim yükümlülüğü ilgili ortak ya da ortakların iradelerine aykırı olarak ağırlaştırılamaz.

Yan edim yükümlülüklerinde var olan yükümlülüğün kapsamının genişletilmesi dolayısıyla ağırlaştırılması, örneğin süt üretimiyle uğraşan limited ortaklığa verilecek süt miktarının artması 607'nci madde gereği genel kurulda ilgili bütün ortakların onayıyla mümkündür⁶⁴. İlgili ortakların onayının aranması şartı *düşüncemize göre* yerinde ve adaletli olmuştur. 607'nci madde özel bir yetersayı öngörmüştür. Ortak ya da ortaklara getirilmiş mevcut olan yükümlülüğün kapsamının genişletilmesi için bütün ortakların onayına ihtiyaç yoktur. Aksine yan edim yükümlülüklerini yüklenen ilgili ortakların onayı gerekir. İlgili ortaklar ifadesinden yan edim yükümlülüğünü üstlenecek ortakların onay vermeleri gerektiği anlaşılmaktadır. Yan edim yükümlülüğüne tâbi olmayan veya söz konusu yükümlülükleri genişletilmeyen ortakların esas sözleşme değişikliğini (6102 sayılı TTK. md. 454) onaylamaları gerekmez⁶⁵. Bu durum da *kanaatimizce* isabetli olmuştur. Limited ortaklığın kişisel unsurlardan oluşan yanını yan edim yükümlülükleri ortaya çıkarmaktadır⁶⁶.

Yan edim yükümlülüğü payın devri ve esas sözleşmede değişiklik yapılarak kaldırılma durumunda sona erer. Payın devri durumunda yan edim yükümlülüğü payı devreden ortak yönünden sona erer. Limited ortaklığın TTK. md. 137 kapsamında başka bir ortaklıkla birleşmesi ve devralan ortaklık olması veya tür değiştirmesi (TTK. md. 181) durumunda yan edim yükümlülüğü sona ermez. Ancak birleşmede, ortaklığın devrolunarak sona ermesi durumunda pay sahipliği hakkıyla birlikte yan edim yükümlülüğü de sona erer. Limited ortaklığın sona ermesiyle (TTK. md. 636) de yan edim yükümlülüğü sona erer. Haklı sebeplere dayalı olarak ortakların talebi üzerine limited ortaklığın mahkeme ka-

⁶⁴ Yıldız, Limited Şirketler, 114.

⁶⁵ Pulaşlı, Şerh, 2283.

⁶⁶ Karahan, Şirketler Hukuku, 816.

rarıyla feshedilmesi durumunda⁶⁷ (TTK. md. 636/3-f) fesih için haklı sebep olarak karşılaşılabilecek haller kapsamında aşağıdaki sebepler ileri sürülebilir: 1) Ortaklık için yan edim yükümlülükleri önemli olan ortağın, ortaklıktan çıkması veya çıkarılması⁶⁸. 2) Ortaklık için önemli olan ve başka bir yolla temin edilmesi mümkün olmayan yan edim yükümlülüğünün devamlı şekilde hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesi⁶⁹. Ancak burada hâkim haklı sebebin gerçekleşip gerçekleşmediği hususunda takdir yetkisini hukuka ve hakkaniyete uygun olarak kullanmalıdır. Ayrıca hâkim, haklı sebebin gerçekleşip gerçekleşmediğini takdir ederken tarafların çıkarlarını belirlemeli ve çıkarlar arasında adil bir denge gözetmelidir⁷⁰. Hâkim haklı sebebi oluşturan durumları kararında somut olarak belirtmelidir⁷¹. Yan edim yükümlülüğünün ifa edilmemesinden doğan haklı sebebin dışında başka haklı sebeplerin varlığında ortağın ortaklıktan çıkmasına karar verilmesi için açılan davanın kesinleşmesi üzerine, ortaklık ile hiçbir ortaklık bağı kalmamış kimsenin ortağa ait hakları kullanması ve borçları yerine getirmesi söz konusu olamaz⁷². Bu sebeple anılan durumda da yan edim yükümlülüğü sona erecektir. Yan edim yükümlülüğünün ifa edilmemesinden doğan haklı sebebin dışında başka bir haklı sebeple çıkarma durumunda ise haklı sebeple çıkarma kararının kesinleştiği ana kadar ortak sıfatına bağlı hak ve yükümlülükler devam eder. Dolayısıyla bu durumda yan edim yükümlülüğü varlığını sürdürür. Karar kesinleştiği anda ise yan edim yükümlülüğü sona erer⁷³.

⁶⁷ Haklı sebeple fesih davasının çoğunluğun azınlığı ezmesini engelleme, yönetimde ve genel kurulda meydana gelebilecek tıkanmaları önleme, limited ortaklığın malvarlığını koruma, limited ortaklık kurumunun kötüye kullanılmasını önleme, hakimın ortaklık ilişkisine geniş müdahalesine imkan sağlama fonksiyonları vardır [Yıldırım, A. H. (2013). 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Limited Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi. Bursa: Dora Yayıncılık, 37-43].

⁶⁸ Taşdelen, a.g.e., 242; ayrıca bkz. Yıldırım, Limited Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi, 179, 181, 186.

⁶⁹ Taşdelen, a.g.e., 243.

⁷⁰ Yıldırım, Limited Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi, 132-133; Taşdelen, a.g.e., 238.

⁷¹ Yıldırım, Limited Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi, 143.

⁷² Ayrıca bkz. Taşdelen, N. (2012). 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Limited Ortaklıklarda Çıkma Çıkarılma ve Fesih. Ankara: Yetkin Yayınları, 198.

⁷³ Ayrıca bkz. Taşdelen, a.g.e., 227, Yıldırım, Limited Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi, 297.

II. YAN EDİM YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İFASI

Limited ortaklık sözleşmesine dayanan yan edim yükümlülüğü, bir borçlar hukuku sözleşmesine dayanmamaktadır. Bu sebeple Türk Borçlar Kanunu'ndaki borçların ifasına ilişkin hükümler olduğu gibi ortaklık sözleşmesine uygulanamaz. Yan edim yükümlülüğünün ifasına yönelik TBK. hükümleri ortaklık sözleşmesinin korporatif ve norm-sözleşme yapısına uygun düştüğü ölçüde uygulanabilir⁷⁴. İfa kavramı, borçlanılan edimin tam ve doğru bir şekilde yerine getirilmesi⁷⁵ ve alacaklının tatmin edilerek borcun sona erdirilmesi olduğu⁷⁶ için yan edim yükümlülüğünde yükümlü ortağın gerçekleştirecek olduğu ifanın borçlanılan edime uygun olması gerekir. Yan edim yükümlülüğünde edimin amacı fiilen gerçekleşmişse yükümlülük ifa edilmiş olur. Dolayısıyla yan edim yükümlülükleri ile yükümlü kılınan ortak ya da ortaklar tarafından ifa edilmek amacıyla kurulduğu için bu yükümlülüklerin ifası ile borç amacına ulaşır. Yan edim yükümlülüğünün tam ve doğru bir şekilde ifasında ise borç gereği gibi ifa edilmiştir⁷⁷. Borcun gereği gibi ifası, borçlanılan edimin, ifa tarz ve unsurlarına yani ifanın taraflarına yer ve zamanına miktar ve niteliğine uygun olarak eksiksiz bir şekilde yerine getirilmesi olduğu için yan edim yükümlülüğünün de eksiksiz bir şekilde yerine getirilmesi durumunda yükümlülüğün gereği gibi yerine getirilmesi söz konusu olur⁷⁸. İfa kavramından borçlanılan edimin niteliğine göre bazen edim fiilinin yerine getirilmesi bazen de edim sonucunun yerine getirilmesi anlaşılabacağı için yan edim yükümlülüğünde edim konusu aynı olabilir özellikle hizmet edimleri şeklinde olabilir ya da bir konuyu yapma, verme, yapmama veya bir şeye katlanma olarak karşımıza çıkabilir⁷⁹. Bu sebeple yan edim yükümlülüğünde edim konusu aynı ise bir verme

⁷⁴ Ayrıca bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, a.g.e., 612.

⁷⁵ Reisoğlu, S. (2013). Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler. (24. Baskı). İstanbul, Beta Yayınları, 290.

⁷⁶ Eren, a.g.e., 906.

⁷⁷ Guhl, v.d., a.g.e., § 2 Nr. 12.

⁷⁸ Eren, a.g.e., 1045.

⁷⁹ Guhl, v.d., a.g.e., § 2 Nr. 12; Serozan, R., Kocayusufoğlu, N., Hatemi, H., Arpacı, A. (1998). Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. III: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme. İstanbul: Filiz Kitabevi, 11.

fiili söz konusudur. Edim konusu bir hizmetin yerine getirilmesi ise bir yapma fiili vardır. Edim konusu yapmama veya bir şeye katlanma ise bir edim fiilinin yerine getirilmesi yani bir fiili yapmaktan kaçınma fiili söz konusudur⁸⁰.

İfa, borç ilişkisini değil böyle bir ilişkinin içerdiği tek borcu sona erdirmir. Örneğin bir hizmet veya kira sözleşmesinde kiracının ya da işverenin her ay kiralayana veya işçiye ödediği ücret ya da kira parası, hizmet veya kira sözleşmesinden doğan borç ilişkisinin değil bu ilişkinin içerdiği tek bir borcun yerine getirilmesidir. Buna karşılık bir tek borç ve alacaktan oluşan ani edimli borç ilişkilerinde borcun ifası hem dar anlamda borcu hem de borç ilişkisini sona erdirir. Benzer şekilde bir defada teslim edilmesi gereken bir yan edim söz konusu ise örneğin belirli bir miktar sütün bir defada ortaklığa verilmesi söz konusu ise bu durumda hem dar anlamda borç hem de borç ilişkisi sona erer.

A. Yan Edim Yükümlülüğünün İfasının Unsurları

Yan edim yükümlülüğünün konusu yani içeriği, yan edim yükümlülüğünde taraflar, yan edim yükümlülüğünün ne zaman ifa edileceği ve yan edim yükümlülüğünün nerede ifa edileceği hususları yan edim yükümlülüğü kapsamında ifanın unsurlarını oluşturur. Yan edim yükümlülüğünde de edimin konusuyla ifanın konusu aynıdır. Borçlu, alacaklıya yalnız borçlanılan edimi ifa etmek suretiyle borçtan kurtulacağı için yan edim yükümlülüğünün ifasıyla borçlu olan ortak borçtan kurtulur. Bir esas sermaye payı birden fazla ortağa aitse, paydaşlar ortaklık sözleşmesinde öngörülen yan edim yükümlülüklerinden dolayı limited ortaklığa karşı müteselsilen sorumludur (TTK. md. 599/1). Limited ortaklıklar hukukunda alacaklı ve borçlu yani limited ortaklık tüzel kişisi ile yükümlü kılınan ortak, borçlanılan yan edim yükümlülüğüyle bağlıdır ve başka bir edim ifa konusu olamayacağı gibi talep de edilemez.

⁸⁰ Ayrıca bkz. Eren, a.g.e., 101-104.

Yan edim yükümlülüğünde borçlanılan edim geniş anlamda verme, yapma veya yapmama edimidir. *Geniş anlamda* yapma edimi olumlu bir edimdir ve *dar anlamda* bir şey yapma veya bir şey vermeden ibarettir. Verme borçlarında edimin dolayısıyla ifanın konusu maddi bir mal yani bir şeydir. Bu şey, bir parça borcunun konusunu oluşturabileceği gibi bir çeşit borcunun konusunu da oluşturabilir. Yan edim yükümlülüğünde edim konusu şeyin belirlenmesi her şeyden önce taraflara yani limited ortak tüzel kişiliğine ve yükümlü kılınan ortağa ait bir yetkidir. Taraflar limited ortaklık sözleşmesinde yan edim yükümlülüğü konusunda ayrıntılı hükümler koyabilirler. Yan edim yükümlülüğünde edimi belirleme yetkisi alacaklı (limited ortaklık tüzel kişiliği), borçluya (yükümlü kılınan ortak ya da ortaklar) verilebilir. Bir esas sermaye payına bağlı yan edim yükümlülüklerinin konusu, kapsamı, koşulları ve diğer önemli noktalar ortaklık sözleşmesinde belirtilir. Ayrıntıyı gerektiren konular genel kurul düzenlemesine bırakılabilir (TTK. md. 606/2).

B. Yan Edim Yükümlülüğünün İfa Yeri

Yan edim yükümlülüklerinde ifa yeri işin özelliğinden aksi anlaşılmadıkça borçlanılan asli edimin ifa yeridir. Yan edim de asli edimin ifa yerine tabi tutulmalı borçlunun durumu ağırlaştırılmamalıdır. Ancak yan edim yükümlülüğünde ifa yeri bazen edimin niteliğine veya durumun gereğine göre belirlenebilir (TBK. md. 89). Bazı edimler nitelik ve özellikleri itibarıyla ancak belirli bir yerde ifa edilebilir⁸¹. Yapma edimini içeren (örneğin bir mandıra yapımı için belirli miktarda inşaat malzemesini üretmek) ya da hizmet verme edimini (mandırada yer alan büyükbaş hayvanların veteriner muayenelerini gerçekleştirmek) içeren yan edim yükümlülüğü belirli bir yere bağlı olarak zorunlu bir yerde ifa edilmeye mecbur tutulabilir (TBK. md. 89). Anılan örnekte inşaat malzemelerinin üretimi yan edimle yükümlü olan ortağın imalâthane ya da fabrikasında; veteriner muayeneleri ise mandıranın bulunduğu yerde gerçekleşir.

⁸¹ Tekinay, v.d., *Borçlar*, 1077.

C. Yan Edim Yükümlülüğünün İfa Zamanı

İfa zamanı deyimi alacaklı yönünden edimin ifasının istenebileceği zamanı, borçlu yönünden ise edimin alacaklıya sunulabileceği zamanı ifade eder⁸². Limited ortaklık sözleşmesinde ortaklar sözleşmeyi yaptıkları sırada yan edim yükümlülüğünün ifa edileceği zamanı belirleyebilirler (TBK. md. 90). Yan edim yükümlülüğü limited ortaklık sözleşmesinden doğan bir yükümlülük olduğu için ortaklık sözleşmesinde yan edim yükümlülükleri ile ilgili olarak bir vade veya süre tayin etmişlerse borç ancak vadenin gelmesi, sürenin dolmasıyla muaccel olur. Ortaklık sözleşmesinde ifa zamanı mutlak veya nisbi olarak belirlenebilir. İfa zamanının mutlak olarak belirlenmesi belirli bir zaman ölçüsüne dayanır. İfa zamanının mutlak belirlenmesi doğrudan doğruya olabileceği gibi dolaylı da olabilir. Doğrudan doğruya belirlemede belirli bir ifa günü tespit edilir. Dolaylı belirlemede ise tarih yine kesin olmakla birlikte ifa zamanı ancak bazı ek bilgilerin göz önünde tutulmasıyla belirlenebilir. Yan edim yükümlülüğünde üretilecek ve ortaklığa teslim edilecek sütlerin teslimat zamanının süt üretim tesisinin çalışma saatlerine göre belirlenmesi bu duruma örnek olarak gösterilebilir.

İfa zamanının nispi olarak belirlenmesinde mutlak belirlemede olduğu gibi kesin ve belirli bir tarih, bir takvim günü tespit edilmez. Burada daha çok bir olay veya durum göz önünde tutulur. Örneğin yan edim yükümlülüğü ile ilgili olarak küçükbaş ya da büyükbaş hayvanların yemlenme zamanından sonra sütlerin tesliminin sağlanacağına karar verilebilir. Bu durumda yan edim yükümlülüğünün ifa zamanının nispi olarak tayini söz konusu olur. Burada da ifa zamanı taraf iradelerine göre gelecekte gerçekleşecek belirli bir olay olmakla birlikte (yemlenme zamanından sonra) sadece bunun gerçekleşeceği tarih bir takvim günüyle kesin olarak belirlenmiş değildir.

⁸² Reisoğlu, a.g.e., 326.

D. Yan Edim Yükümlülüğünün İfa Edilmemesinin Sonuçları

Ortaklık sözleşmesinden doğan yan edim yükümlülüklerinin ihlâl edilmesi çeşitli türlere ayrılır. Bunlar; kusurlu ifa imkânsızlığı veya borcun hiç ifa edilmemesi, gereği gibi ifa etmeme ve temerrüttür. Limited ortaklık sözleşmesinden doğan yan edim yükümlülüklerinin ifasının sonradan kusurlu olarak imkânsız hale getirilmesi kusurlu ifa imkânsızlığını oluşturur. Temerrütte de edim yükümlülüğünün vaktinde yerine getirilmemesi, dolayısıyla ifada gecikme söz konusu olur. Bazı hallerde ise borçlu edim yükümlülüğünü zamanında ifa etmekle birlikte birlikte bu edim sözleşmede borçlanılan edimin niteliklerine uygun değildir⁸³. Bu durumda borcun gereği gibi ifa edilmemesi söz konusudur⁸⁴. Borçlu ortak burada yan edim yükümlülüğünün ifa edilmesinde kötü bir ifada bulunmaktadır.

Yan edim yükümlülüğünün içerdiği edime yükümlü ortağın aykırı davranması sonucunda ifa etmeme, gereği gibi ifa etmeme, kusurlu ifa, imkânsızlık, temerrüt durumlarıyla karşılaşılır. Bu durumlarda yan edimlerin yerine getirilmesi ifa (eda) davası yoluyla istenilebilir. Borçluyu alacaklıya karşı borçlandığı edimi ifaya, yani bir şeyi vermeye, bir işi yapmaya veya yapmamaya mahkûm eden davaya ifa (eda) davası denir⁸⁵. İfa davası, muaccel ve yerine getirilmesi mümkün olan her türlü edimi kapsar. İfa davasının açılabilmesi için her şeyden önce alacağın muaccel olması, sonra da edimin imkânsız hale gelmemiş bulunması gerekir. İfa davası her türlü borcun özellikle verme, yapma ve yapmama borçlarının ifası için açılır. Bu sebeplerle, yan edim yükümlülüğünün ifa edilmemesi durumunda da ifa davası açılarak başvurulabilir.

Borçlanılan ve ifa edilmeyen yan edim yükümlülüğü, ortağa sıkı sıkıya bağlı bir işgörme edimi niteliğindeyse bu sadece yükümlü ortak

⁸³ Edis, S. (1987). Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri. Ankara: AÜHF. Yayınları,319; Reisoğlu, a.g.e., 290.

⁸⁴ Kılıçoğlu, a.g.e., 677; Eren, a.g.e.,1045.

⁸⁵ Tandoğan, H. (1961). Türk Mesuliyet Hukuku, Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını,405 vd.

tarafından yerine getirilebileceğinden bunun limited ortaklık müdürleri veya üçüncü kişi tarafından ifası mümkün değildir⁸⁶. Davacı olan limited ortaklık tüzel kişiliği her şeyden önce yan edim yükümlülüğünün varlığını ispat etmek zorundadır. Buradaki alacak, kaynağı itibarıyla limited ortaklık sözleşmesinden doğmaktadır. Yan edim yükümlülüğü bir süreye veya koşula bağlanmışsa davacı ortaklık sürenin dolduğunu ya da koşulun gerçekleştiğini ispat zorundadır. Buna karşılık yükümlü ortak ya da ortaklar yan edim yükümlülüğü sona ermişse sona erme durumunu veya bir süre ya da koşula bağlanmışsa henüz sürenin dolmadığını veya koşulun gerçekleşmediğini ispat etmelidir. Ayrıca yükümlü ortak ya da ortaklar yükümlülüğün ifasının sonradan imkânsız duruma geldiğini de ileri sürebilir. Bu imkânsızlık durumu, yükümlü ortak tarafından ispat edildiği takdirde yan edimle yükümlü ortak ifaya mahkûm edilemez. İmkânsızlık, yükümlü ortağın kusuru dışındaki sebeplerden gerçekleşmişse yükümlü ortak borçtan kurtulur. Buna karşılık kusurlu bir imkânsızlık söz konusu ise alacaklı limited ortaklığın tazminat davası açması gerekir.

Borçlu ortak ya da ortaklar, ortaklık sözleşmesinde kararlaştırılmışsa edim yükümlülüklerine uygun hareket etmek, bunların gereklerini yerine getirmek, söz konusu yükümlülükleri ihlâl etmemek zorundadır. Bu yükümlülüklerin ihlâli, limited ortaklık sözleşmesinin ihlâlini ifade eder⁸⁷. Edim yükümlülükleri ile yan edim yükümlülüklerinin ihlâli sözleşmeden doğan sorumluluğun temelini oluşturur. Ancak sorumluluğun dolayısıyla tazminat borcunun doğabilmesi için yan edim yükümlülüklerinin borçlu ortağın kusurlu bir davranışı sonunda ihlâl edilmesi ve bu ihlâlden limited ortaklığın bir zarar görmesi gerekir⁸⁸.

Yan edim yükümlülüğünde üstlenilen edimin tamamı yerine getirilemiyorsa “*tam imkânsızlık*”, bir kısmı yerine getirilemiyorsa “*kısmi imkânsızlık*” söz konusu olur⁸⁹.

⁸⁶ Tandoğan, Mesuliyet, 412; Ayrıca bkz. Eren, a.g.e., 105.

⁸⁷ Eren, a.g.e., 1036.

⁸⁸ Eren, a.g.e., 1036.

⁸⁹ Dural, M. (1976). Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık. (1. Baskı). İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 44 vd., (İmkânsızlık).

Alacaklı ortaklık yan edim yükümlülüğünde ilke olarak ortağın kısmi ifa teklifini kabul etmek zorunda değildir. Ancak alacaklı limited ortaklığın ek ödemenin kısmi ifasını kabul etmesi durumunda imkânsızlık sadece ifa edilmeyen yani geride kalan ek ödeme miktarı için söz konusu olur⁹⁰. Değeri, niteliği ve özgülendiği amaç yönünden bir kayba uğramadan parçalara ayrılabilen edime bölünebilir edim denir. Bu tanıma göre kısmi ifa ve imkânsızlığın söz konusu olması her şeyden önce borçlanılan edimin doğal yapısına veya arz ettiği değere sonra da özgülendiği amaca yani limited ortaklık sözleşmesinde yer alan taraf iradelerine bağlıdır⁹¹. Ayrıca yan edim yükümlülüğünde yer alan edimin bölünebilir edim olup olmaması limited ortaklık sözleşmesine imza atan ortakların iradelerine de bağlı tutulabilir. Sonraki ifa imkânsızlığı borçlu ortak ya da ortakların kusurlu bir davranışı veya yardımcı kişinin davranışı sonunda meydana gelmelidir.

Limited ortaklık sözleşmesinden doğan yan edim yükümlülüğü bazı durumlarda olumsuz davranışlarla da ihlâl edilebilir. Bu durumda da sözleşmenin müspet ihlâli söz konusu olur⁹². Örneğin süt sağma makinesinin çalışma tarzını gösteren bilgi verme yükümlülüğünün yerine getirilmemesi sebebiyle süt sağma makinesinin çalışırken hasara uğramasında yükümlü ortak olumsuz bir davranışta bulunmak suretiyle sözleşmeden doğan bir yan edim yükümlülüğünü ihlâl etmektedir. Korumayı, aydınlatmayı, muhafaza yükümlülüklerinin ihlâli de bu kapsama dâhil edilebilir⁹³. Örneğin süt sağma makinesinin belirli periyotlarda bakımının sağlanması yükümlülüğü muhafaza yükümlülüğü kapsamında düşünülebilir.

Gereği gibi ifa, edimin borca uygun olarak tam ve doğru bir şekilde yerine getirilmesidir. Bu sebeple yan edim yükümlülüğünün yükümlü ortak tarafından tam ve doğru bir şekilde yerine getirilmesine gereği gibi ifa denilmektedir.

⁹⁰ Eren, a.g.e., 1041.

⁹¹ Eren, a.g.e., 1041.

⁹² Aral, F. (2011). Türk Borçlar Hukukuna Göre Kötü İfa. Ankara: Yetkin Yayınevi, 58.

⁹³ Tandoğan, Mesuliyet, 402; Canaris, C. W. (2006). Handelsrecht. München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung§ 59 Rdnr. 67.

Anılan yükümlülüklerde gereği gibi ifadan söz edebilmek için üstlenilen yükümlülüklerde yer alan edimlerin bütün unsurlarıyla birlikte yerine getirilmesi gerekir. İfanın unsurları; ifanın tarafları, yer ve zamanı ile ifa konusunun miktar ve niteliklerinden ibaret olduğu için yan edimde yer alan maddi edim ifa borçlusunu olan ortak tarafından ifa alacaklısı olan limited ortaklık tüzel kişiliğine, kararlaştırılan yer ve zamanda, miktar ve niteliğine uygun bir şekilde yerine getirilmediği takdirde borçlu ortağın yan edim yükümlülüğünü gereği gibi ifa etmemesi söz konusu olur. Aynı şekilde yan edim yükümlülüğünde söz konusu olan edimler ifa borçlusunu olan ortak tarafından ifa alacaklısı olan limited ortaklık tüzel kişiliğine, kararlaştırılan yer ve zamanda, miktar ve niteliğine uygun bir şekilde yerine getirilmediği takdirde borçlu ortağın yan edim yükümlülüğünü gereği gibi ifa etmemesi söz konusu olur.

Yan edim yükümlülüğünde gereği gibi ifa etmeme durumu söz konusu ise ortağın borçlandığı edim tarafları, yer, zaman, miktar veya nitelik gibi unsurlardan birine uygun olarak yerine getirilmemiştir. Yan edim yükümlülüğünde edim konusu, alacaklı olan limited ortaklık tüzel kişiliğine ifa edilmemişse alacaklı tatmin edilmemiş olduğundan borçlu ortak temerrüt hâline düşebilir. Yan edim yükümlülüğünün zamanında ortaklığa ödenmemesi durumunda da gereği gibi ifa etmeme söz konusu olur. Yan edim yükümlülüğünün konusunu oluşturan edim ifa yerinden başka bir yerde yerine getirildiği takdirde alacaklı ortaklık isterse bu ödeme kabul edebilir. Yan edim yükümlülüğünde ise edim konusu olan şey örneğin taahhüt edilen belirli bir miktar inşaat malzemesi limited ortaklık tüzel kişiliğine ait bir işletmenin inşaatının başlama zamanında teslim edilmemesi durumunda da gereği gibi ifa etmeme söz konusu olur. Yine yan edim yükümlülüğünün konusunu oluşturan inşaat malzemelerinin teslimi ifa yerinden başka bir yerde yerine getirildiği takdirde ortaklık isterse bu teslimi kabul edebilir. Limited ortaklık farklı yerde yapılan bu teslimi kabul ederse ortağın yan edim yükümlülüğünün tam olarak ifası gerçekleşmiş olur. Ancak limited ortaklık isterse farklı yerde yapılan bu edimi reddedebilir. Burada takdir limited ortaklık tüzel kişiliğindedir.

Edimin borç ilişkisindeki niteliğine uygun olarak tam ve doğru bir şekilde yerine getirilmemesine *kötü ifa* denir. Kötü ifada nitelik yönünden gereği gibi ifa etmeme, ifa edilen edimin niteliklerinin eksik olması söz konusudur⁹⁴. Kötü ifada borçlu bir ifada veya ifa teşebbüsünde bulunmaktadır. Ancak bu ifa borçlanılan edimin niteliklerine uygun bir ifa olmaktan uzaktır⁹⁵. Edim yükümlülüğünün nitelikleri olumlu (verme ve yapma) ve olumsuz (yapmama) edimlerde değişmektedir. Bu sebeple yan edim yükümlülüğünde edim yükümlülüğünün nitelikleri verme, yapma ve yapmama edimlerinde değişiklik göstermektedir. Verme edimleri maddi edimlerdir. Bunlarda edim konusunun nitelikleri borçlu ortak tarafından vaad veya temin edilmektedir. İfa edilen edimde bu nitelikler mevcut değilse kötü ifa söz konusu olur. Yapma edimi olan belirli bir işi yerine getirme edimi yükümlülüklerinde ise nitelik, sarfedilen ve gösterilen özene göre ortaya çıkar. Yapma edimlerinde borçlunun yüklenmiş olduğu özenden ayrılma veya sapma bir nitelik eksikliği dolayısıyla kötü ifa olarak tanımlanır⁹⁶. Örneğin ortağın belirli periyotlarda süt sağma makinesinin tamir ve bakımını yan edim olarak taahhüt ettiğini düşünelim. Taahhüt ettiği bu yapma ediminin gerektirdiği özenden ayrılırsa nitelik bakımından eksiklik ortaya çıktığından kötü ifa durumu gerçekleşmiş olmaktadır. Yapmama edimlerini içeren yan edim yükümlülüğünde ifa yönünden kötü ifa durumu söz konusu olmamaktadır.

E. Yan Edim Yükümlülüğünün İfa Edilmemesi Sonucunda Uygulanacak

Yaptırımlar

Yan edim yükümlülüğünde ortakların yükümlülüklerini yerine getirmemeleri durumunda yaptırımlar aşağıdaki şekilde karşımıza çıkmaktadır: Yükümlülüklerin yerine getirilmemesi durumunda ortaklık; ortadan, borcun yerine getirilmesini isteyebilir. Buna karşılık, bir ortağın

⁹⁴ Serozan, v.d., İfa, 182 vd.; Aral, a.g.e., 91 vd; Eren, a.g.e., 1047.

⁹⁵ Guhl, v.d., a.g.e., 245.

⁹⁶ Aral, a.g.e., 99.

başka bir ortağa dava açarak yükümlülükten doğan borcun ödenmesini isteyebilmesi mümkün değildir. Yükümlülükler sadece ortaklığa karşı söz konusudur. Ortaklık tarafından açılacak dava ile ortağın yan edim yükümlülüğünden doğan borcunu yerine getirmeye zorlanabilmesi mümkündür.

Yan edim yükümlülüğüyle ilgili olarak ortaklık sözleşmesinde öngörülen yaptırımlar (cezai şart, ortaklıktan çıkarılma) uygulanabilir. Yan edim yükümlülüğünü yerine getirmeyen ortak haklı sebebe dayanarak çıkarma yaptırımıyla karşılaşabilir. Çıkarılma, ortağın iradesi bu durumun aksini istese de şirketten ilişişinin kesilmesidir⁹⁷. Çıkarılma, ortağın isteği dışında ve fakat onun neden olduğu bir eylem dolayısıyla gerçekleşir. 6102 sayılı Kanun md. 640'ta iki tür çıkarılma durumu düzenlenmiştir. Ortaklık sözleşmesinde bir ortağın genel kurul kararı ile ortaklıktan çıkarılabileceği sebepler açıkça öngörülebilir⁹⁸. Çıkarma sebebi ortaklık sözleşmesinde açıkça yer almalıdır. Çıkarmanın sözleşmede belirtilen sebepler olmaksızın, sadece diğer ortakların takdirine bağlı olarak genel kurul kararıyla icra edilmesi mümkün değildir. Bu yöndeki ortaklık söz-

⁹⁷ Bilgili/ Demirkapı, Şirketler, 424; Sanwald, a.g.e., 36.

⁹⁸ Dirikkan, H. Ö. (2005). Limited Şirket Ortağının Ayrılması ve Ayrılma Payı. Ankara: Yetkin Yayınları, 216; Demirkapı/Bilgili, Şirketler, 339; Karahan, Şirketler Hukuku, 796; Arslanlı/Domaniç, Şerh, 769. Haklı sebepleri ortaklar limited şirket sözleşmesinde istedikleri gibi belirleyebilirler. Haklı sebep olarak en çok kullanılabilen hâller şunlardır: Limited şirketin kötü yönetimi, birkaç yıl ard arda zarar edilmesi, kârlılığın düşük olması, bazı ortakların borçlarını ifa etmemeleri, limited şirketin bazı ortakların ve/veya üçüncü kişilerin menfaati için kullanılması, bir ortağın, şirketin idare işlerinde veya hesaplarının tutulması hususunda ortaklığa ihanet etmiş olması, bir ortağın kendisine düşen görevleri yerine getirmemesi ve bunu itiyat haline getirmesi, bir ortağın kişisel menfaatleri uğrunda şirketin ticaret unvanını veya mallarını kötüye kullanmış olması, ortağın uğradığı daimi bir hastalık ve diğer bir sebepten dolayı üstüne aldığı şirket işlerini yapmak için lüzumlu kabiliyet ve ehliyetini kaybetmesi gibi hâller ortağı çıkarma yönlerinden haklı sebebi oluşturabilir. Haklı sebebe dayanılarak ortağın çıkarılması hakkında ortaklar genel kurulunda karar alınması gerekir. Bu karar aleyhine iptal davası açılabilir gibi, böyle bir davranış ortağı, şirketten çıkma için haklı bir sebep yaratmış olur, [Schmidt, a.g.e., 915; Arslanlı/Domaniç, Şerh, 681-682, Pulaşlı, Şerh, 2250; Karayalçın, Y. (1973). Ticaret Hukuku, İkinci Cilt: Şirketler Hukuku. Ankara: Sevinç Matbaası, 384; Pulaşlı, *Yeni Ortaklıklar Hukuku Genel Esaslar*, 983; Eriş, a.g.e., 3283; Bilgili/Demirkapı, Şirketler, 422; Öcal, A. (2003). Limited Şirketin Haklı Sebeplerle Mahkeme Kararıyla Sona Erdirilmesi. *Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan*, Turhan Kitabevi, 222; Dirikkan, a.g.e., 41]. Şirket sözleşmesine çıkarılma sebepleri yönünden hükümler konularak bir taraftan şirkete, kendisi yönünden önemli olan sebeplerin varlığında şahsında bu sebepler gerçekleşen ortağı şirketten çıkarma ve istediği ortamı yaratma hakkı tanınmış diğer taraftan da ortaklar açısından hukuk güvenliği sağlanmıştır. Ortaklar hangi hâllerde şirketten çıkarılacaklarını bilerek davranışlarını bu duruma göre belirleyeceklerdir.

leşmesi düzenlemeleri geçerli olmaz⁹⁹. Örneğin ek ödeme ve yan edim yükümlülüklerinin de yükümlü ortak ya da ortaklar tarafından yerine getirilmemesi durumunda da şirketten çıkarılabileceği hükmü ortaklık sözleşmesine konulabilir. Çıkarma kararına karşı ortak, kararın noter aracılığıyla kendisine bildirilmesinden itibaren üç ay içinde iptal davası açabilir. Çıkarılmanın 640'ıncı maddede düzenlenen ikinci türü ise ortaklığın istemi üzerine ortağın mahkeme kararıyla haklı sebebe dayanarak şirketten çıkarılmasıdır¹⁰⁰. Böyle bir davanın açılabilmesi için davayı açmaya yetkili olan ortaklığın uygun bir karar alması gerekir. Gerçi bu karar alma zorunluluğu TTK. md. 640/3 hükmünde düzenlenmemiştir. Ancak TTK. md. 616/ 1-h ve md. 621/1-h hükümlerinden bu yönde bir karar alma zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Anılan maddelere göre genel kurul karar almalıdır. Genel kurul bu kararı TTK. md. 621/1 hükmünde yer alan ağırlaştırılmış yetersayılarla almalıdır. Böyle bir genel kurul kararından sonra, ortaklık dava açarak ilgili ortağın haklı sebepten dolayı çıkarılmasının dava edecektir¹⁰¹. Mahkeme tarafından verilen karar, sadece sebebin haklı olup olmadığını ve şirketin verdiği kararın usulüne uygunluğunu denetimden ibaret olmayıp tarafların menfaatlerini değerlendirmek suretiyle ortak, çıkarılmak istenen ortak ve diğer ortaklar yönünden en iyi çözümün bulunmasıdır¹⁰². Haklı sebeple çıkarma durumunda, ortak sıfatı mahkeme kararının kesinleşmesi ile sona erecektir. Haklı sebeple çıkarma davasını gören mahkeme, sadece genel kurul kararında anılan nedenlerin ortağın çıkarılması için yeterli olup olmadığını denetleyecektir¹⁰³. Haklı sebepler çıkarılacak ortağın kişiliğinde doğmalıdır. Ortak kendi şahsında veya davranışında ortaya çıkan

⁹⁹ Şener, O. H. (2012). Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı. İzmir: Seçkin Yayıncılık, 723.

¹⁰⁰ Handschin/Truniger, a.g.e., 222; Sanwald, R. (2009). Austritt und Ausschluss aus AG und GmbH. Zürich: Dike Verlag AG.,328; Öcal, a.g.m., 224; Helvacı, M. (1995). İki Kişilik Limited Ortaklıkta Haklı Sebeple Ortaklıktan Çıkma ve Yargıtay'ın Görüşü Hakkında Bazı Düşünceler. Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, IX (1-3), 372, (İki Kişilik) ; Dirikkan, a.g.e., 66.

¹⁰¹ Şener, a.g.e., 725.

¹⁰² Schmidt, a.g.e., § 35 IV 3c.; Uçar, S. (1996). Tüm Şirketlerde Fesih ve Tasfiye, Kurulması- Faaliyetleri, Çıkma ve Çıkarılma Halleri, Dağılıma Sebepleri. (1. Baskı). İstanbul: Kazancı Yayınları, 372; Pulaşlı, Yeni Ortaklıklar Hukuku Genel Esaslar, 1046.

¹⁰³ Şener, a.g.e., 726.

haklı sebeplerle, ortaklık amacına ulaşılmasını olanaksız kılıyor veya önemli ölçüde amaca ulaşılmasını engelliyor ya da ortağın şahsı ve davranışı onun ortaklıkta kalmasını diğer ortaklar bakımından katlanılamaz hale getiriyorsa, haklı sebebin varlığı kabul edilebilir¹⁰⁴. Bu sebeple yan edim yükümlülüklerinin yerine getirilmemesi de haklı sebeplere örnektir. Çıkarma kararı yenilik doğurucu niteliktedir. Yerel mahkemenin kararıyla, karar tarihinden itibaren ortak olarak haklarını kullanamaz, genel kurula katılamaz, oy kullanamaz, kâr alamaz. Çıkarılan ortağın ayrılma akçesini alma hakkı vardır¹⁰⁵. Çıkarılan ortağa öncelikle getirdiği sermayenin iadesi, ardından ortaklık tasfiye durumuna girmişse kâr payına uygun bir biçimde tasfiye artığının ifası gerekmektedir, (6102 s. K. md. 643). Tasfiye payı, ortaklık borçlarının ve pay bedellerinin tamamen ödenmesinden sonra kalan miktar üzerinden hesaplanır, (6102 s. K. md. 543/ f. 1). Tasfiye bakiyesi konusunda ortaklık sözleşmesinde düzenleme yapılması da mümkündür¹⁰⁶. Ortağın çıkarılması mahkeme kararının kesinleştiği tarihte gerçekleşir¹⁰⁷. Bu nedenle çıkarma kararının kesinleştiği ana kadar ortak sıfatına bağlı hak ve yükümlülükler devam eder¹⁰⁸. TTK. md. 638/ f. 2 gereğince ortaklık sıfatından kaynaklanan hak ve yükümlülükler, yan edim yükümlülükleri de dâhildir¹⁰⁹. Bu sebeple mahkeme talep üzerine, dava süresince davalının ortaklıktan doğan hak ve borçlarından bazılarının veya tümünün dondurulmasına veya davalı ortağın ortaklıktaki durumunun teminat altına alınması için diğer önlemlere karar verebilir.

Borçlu ortak bir şey yapmaya ilişkin borcunu yerine getirmezse alacaklı masrafı borçluya yükletilmek üzere borcun kendisince yerine getirilmesine izin verilmesini isteyebilir; onun her türlü tazminat davası hakkı saklıdır.

¹⁰⁴ Şener, a.g.e., 725.

¹⁰⁵ Pulaşlı, Şerh, 2076.

¹⁰⁶ Bilgili/Demirkapı, Şirketler, 403.

¹⁰⁷ Başbuğ, a.g.e., 52; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, Ortaklıklar, 929; Karayalçın, a.g.e., 386.

¹⁰⁸ Üçışık, a.g.m., 203.

¹⁰⁹ Bilgili/ Demirkapı, Şirketler, 425.

Bir şey yapmama borcunda buna aykırı davranan borçlu sadece bu aykırı davranışı yüzünden tazminat vermek zorundadır. Bundan başka alacaklı taahhüde ilişkin borcuna aykırı olarak meydana getirilen durumun ortadan kaldırılmasını isteyebilir; alacaklı, masrafları borçluya yükletilmek üzere bu durumun kendisince ortadan kaldırılmasına izin verilmesini de isteyebilir.

Borçlu, borcunu yerine getirmediği takdirde alacaklı, borcun aynen ifasını isteyebilir. İfanın aynı olarak zorla yaptırılması icra vasıtasıyla olur. Edim bir malın teslimini gerektiriyorsa İİK. md. 24/ f. 3'e göre mal borçlunun elinden zorla alınarak alacaklıya teslim edilir. Edim bir şeyin yaptırılmasına dair ise İİK. md. 30'a göre icra memuru ilâmda gösterilen müddet içinde ve eğer müddet tayin edilmemişse, işin mahiyetine göre, başlama ve bitirme zamanlarını tayin ederek borçluya işi yapmasını emreder¹¹⁰. Bir yapma borcu söz konusu ise alacaklı hâkimden giderleri borçluya ait olmak üzere, edimi bizzat ifa etmesine izin vermesini isteyebilir. Bundan başka, yapmama borçlarına aykırı hareket edilmesiyle doğan hukuka aykırı durumun giderilmesi için de alacaklı aynı yetkiye sahip bulunmaktadır¹¹¹. Verme borçlarında ilâmın konusu taşınır bir malın teslimi olabilir. Taşınır malın teslimi, taşınır bir malın borçludan alınarak alacaklıya teslim edilmesini ifade eder¹¹². Taşınır bir malın (ki remit imalatıyla uğraşan bir limited ortaklığa kiremit imalatı için gereken belirli bir miktar işlenmiş kumun verilmesi yan edim yükümlülüğünü üstlenen ortağın edimi burada örnek olarak gösterilebilir) limited ortaklığa verilmesi edimini içeren bir yan edim yükümlülüğünün icra yolu ile ifasında malın yükümlü ortak ya da ortaklardan zorla alınarak limited ortaklık tüzel kişiliğine verilmesi söz konusudur.

Yapma ve yapmama borçlarında bir şeyin yapılmasına ilişkin edimlerin icrası bir yandan İİK. md. 30'da düzenlenirken diğer yandan da BK. md. 113'te hükme bağlanmıştır. Bir şeyin yapılmasına ilişkin ilâmın

¹¹⁰ Kuru, B., Arslan, R., Yılmaz, E. (2010). İcra ve İflâs Hukuku. Ankara: Yetkin Yayınevi, 411-412.

¹¹¹ Kuru, v.d., a.g.e., 412.

¹¹² Kuru, v.d., a.g.e., 404-405.

icrası söz konusu şeyin aynen yapılmasını öngörür. İlâmdaki yapma alacağı para alacağına dönüşemez. Bu sebeple, yapma edimini içeren bir yan edim yükümlülüğünü içeren bir ilâmın icrası söz konusu yükümlülüğün aynen yerine getirilmesini öngörmek zorundadır.

Yapmama edimleri örneğin ortaklık sözleşmesinde belirtilen şartların dışında şartları taşıyan üretim mamüllerini ortaklığa tedarik etmeme yani yapmama edimlerini içeren ilâmlara da değinilmesi gerekir. İlâm bir işin yapılmamasına dair olan bir yan edim yükümlülüğüne ilişkin olduğu takdirde icra dairesi tarafından ilâmın hükmü borçluya aynı müddetli bir emirle tebliğ olunur. İİK. md. 30/ f. 2, yapmama edimlerini içeren ilâmlarla ilgilidir. Katlanma edimleriyle ilgili edimlere ilişkin ilâmlar da buraya girer.

Öngörülmüş bulunan yükümlülüklerin hiç ya da zamanında yerine getirilmemeleri halinde uygulanabilecek sözleşme cezası hükümleri yan edim yükümlülüğünün yerine getirilmemesinde de uygulanabilir. Sözleşme cezaları yükümlülüklerle bağlı olarak verilebilir. Bir sözleşmeden doğan edim yükümünü takviye etmek amacıyla yapılan cezai şart sözleşmesi bağımlı sözleşmedir. Örneğin yan edim yükümlülüklerinin yerine getirilmemesi hâlinde cezai şart gibi hükümler ortaklık sözleşmesine konulabilir. Cezai şart, bir miktar paranın ödenmesi yanında ilgili ortağın çıkarılması da olabilir¹¹³.

III. SONUÇ

Çalışmanın temel amacı, yan edim yükümlülüklerinin anlaşılmasına kavramsal ve sistematik bir katkıda bulunarak anılan yükümlülüğü 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun getirdiği yenilik kapsamında incelemektir. 6102 sayılı Kanun limited ortaklığın mâli yapısını güçlendirici bir kaynağı yani yan edim yükümlülüğü kavramını Türk Hukuku’na getirmiştir. Dolayısıyla çalışmada ortakların borçları kapsamında yan edim yükümlülükleri; “*edim*”, “*yükümlülük*”, “*ortaklık*”, “*ortak*”, “*ortak-*

¹¹³ Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 462; Canaris, Handelsrecht, § 59, Rdnr. 165-166.

ların borçları” kavramlarından hareketle değerlendirilmiştir. Çalışmanın kapsamında limited ortaklıklarda ortakların yan edim yükümlülükleri 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda düzenlenen hükümler ve gerekçesi açısından incelenmiştir. Bu bağlamda, anılan yükümlülüğün incelenmesi 6102 sayılı Kanun hükümleri ile sınırlandırılmıştır.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, ortaklık sözleşmesinde öngörülmesi kaydıyla ortaklara yan edim yükümlülüğü getirilmesine imkân tanımaktadır. Limited ortaklıkta ortakların temel yükümlülüğü, sermaye borcunu ödeme yükümlülüğüdür. Bununla birlikte, ortaklığın niteliği ortakların diğer bazı yükümlülükleri üstlenmesini gerekli kılabilir. Ortaklar, ortaklığın işletmesinin ihtiyaç duyduğu buğday, ay çekirdeği, pancar, pamuk, şeker kamışı, süt, meyve ve sebze gibi ham ve/veya işlenmiş ürünleri üretebilir; ortaklığın taşıma, pazarlama ve dağıtım gibi hizmetlerini yapabilir, ortaklığa depo, soğuk hava deposu veya park yeri vb. sağlayabilir; ortaklığın ürünlerini satın alabilir veya pazarlayabilir. Ortaklara bunlar dışında şahsi nitelikte yapma veya yapmama edimleri de yüklenebilir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, anonim ortaklık pay senedi devrinin ortaklığın muvafakatine bağlı tutulduğu hâllerde, ortaklara sermaye koyma borcu dışında belirli zamanlarda tekrarlanan ve konusu para olmayan bazı edalarda bulunma yükümlülüğü getirilmesine izin vermektedir, (6102 s. TTK. md. 405/ f.3). Buna karşılık şahsi nitelikleri daha çok ön planda olan limited ortaklıklar bakımından benzer bir yükümlülük öngörmemektedir. Ortaklık sözleşmesiyle, ortaklığın işletme konusunun gerçekleşmesine hizmet edebilecek yan edim yükümlülükleri öngörülmesi mümkündür, (6102 s. TTK. md. 606/ f.1). Yan edim yükümlülükleri başlangıçta ortaklık sözleşmesiyle öngörülebileceği gibi, 6102 sayılı TTK md. 607/ f.1 hükmü uyarınca ortaklar genel kurulunda ilgili tüm ortakların oybirliği ile alınan ortaklık sözleşmesi değişikliği kararı ile de belirlenebilir. Ortaklık sözleşmesinde mevcut olan yan edim yükümlülüğü, ilgili ortakların oybirliği ile aldıkları kararla arttırılabilir. Yan edim yükümlülükleri limited ortaklığın kişisel öğelerden oluşan yönünü ortaya koymaktadır. Yan edimler, ortaklığın işletme konusunu gerçekleştirmesine hizmet eder. Yan edim yükümlülüklerinin konusu, kapsamı, koşulları ile diğer önemli noktaları ortaklık

sözleşmesinde belirtilir. Ayrıntıyı gerektiren konular genel kurul kararları ile belirlenebilir, (6102 s. TTK md. 606/ f.2). Yan edimlerin açık ve belirli olması gerekmektedir. Ortaklara yüklenen yan edim yükümlülükleri karşılıksız değildir. Yan edim yükümlülükleri payın devri ile birlikte kural olarak devralana geçer. Devredenin şahsına bağlı bir yükümlülük söz konusu olması halinde, bu yükümlülük devralana intikal etmez ve sona erer. Bu durumda ortaklık, payın devrini reddedebileceği gibi, payın devrine onay vermek için devralanın bu şahsi yükümlülükleri üstlenmesini talep edebilir.

Çalışmada yukarıda ifade edilenler ışığında aşağıdaki sonuçlara ulaşılması mümkündür: Yan edimler bir kısım esas sermaye paylarına veya pay kategorilerine yüklenebilen veya payların tümüne yönelik olan yapma, yapmama, katlanma, kullandırma edimleridir. Yan edimler, ortağın esas sermaye payına bağlı ve ikincil yani tâli nitelikte yükümlülüklerdir. Payın devri durumunda devralan bu edimleri yerine getirmek zorunda kalacaktır. Ortaklık sözleşmesinde bu yönde düzenlemeler bulunuyorsa, bunun devir sözleşmesine yazılması gerektiği gibi, ortaklık devralanın ekonomik durumunu devri reddetme bakımından gerekçe olarak kullanabilecektir. Yan edimler karşılıksız değildir. Yan edimler, ortaklığın konusunu gerçekleştirmesine, ortaklarının bir arada olmalarının korunmasına hizmet eden faydalı ve yeni bir müessesedir.

Limited ortaklık sözleşmesinde öngörülmüş bulunan yan edim yükümlülüğünün hiç ya da zamanında yerine getirilmemesi halinde sözleşme cezası hükümleri uygulanabilir. Cezai şartı bir miktar paranın ödenmesi oluşturur. Yan edim yükümlülüğüyle ilgili olarak ortaklık sözleşmesinde öngörülen yaptırımlar (cezai şart, ortaklıktan çıkarılma) uygulanabilir.

KAYNAKÇA*

Altmeppen, H., Roth, H. G. (2012). *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) Kommentar*. München: Verlag C.H. Beck oHG, 1359.

Aral, F. (2011). *Türk Borçlar Hukukuna Göre Kötü İfa*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 201.

Arslanlı, H., Domaniç, H. (1989). *Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. III, Sermayesi Paylara Bölünmüş Komandit Ortaklıklar (TTK md. 475-484), Limited Ortaklıklar (TTK md. 503-556)*. İstanbul: Temel Yayınları, 848.

Bahtiyar, M. (2016). *Ortaklıklar Hukuku, Kısa Karşılaştırma ve Değerlendirmeler, Dersler – Soru Örnekleri, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 11. Bası*, İstanbul: Beta Yayıncılık, 534.

Baumbach, A., Hueck, A. (2010). *Kurzkomentar zum GmbH-Gesetz*. München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 2344.

Bilgili, F., Demirkapı, E. (2012). *Şirketler Hukuku*. Bursa: Dora Yayıncılık, 488.

Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) vom 19.12.2001. (2002). *BBL.2002*, 3200, (Botschaft).

Can, M. E. (2011). Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Limited Şirket Ortağının Borçları ve Yükümlülükleri. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XV, Y. 2011, Sa. 4, 1-23.

Canaris, C. W. (2006). *Handelsrecht*. München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 543.

Demirkapı, E. (2008). *Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Limited Ortaklıkta Payın Devri*. İzmir: Güncel Yayınevi, 544.

Dirikkan, H. Ö. (2005). *Limited Şirket Ortağının Ayrılması ve Ayrılma Payı*. Ankara: Yetkin Yayınları, 173.

Dural, M. (1976). *Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 203.

Edis, S. (1987). *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*. Ankara: AÜHF. Yayınları, 417.

Erel, Ş. (1982). *Eşyaya Bağlı Borç*. Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 258.

Eren, F. (2012). *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 1333.

Ertas, Ş. (2002). *Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Eşya Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık A.Ş., 631.

Guhl, T., Koller, A., Schnyder, A., Druey, J. N. (2000). *Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels-und Wertpapierrechts*. Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 1045.

Handschin, L., Truniger, C. (2006). *Die neue GmbH*. Zürich-Basel-Genf: Schulthess Juristische Medien AG, 436.

Hatemi, H., Serozan, R., Arpacı, A. (1991). *Eşya Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 765.

Helvacı, M. (1995). *İki Kişilik Limited Ortaklıkta Haklı Sebep ile Ortaklıktan Çıkma ve Yargıtay'ın Görüşü Hakkında Bazı Düşünceler*. Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, IX (1-3).

Hensler, M., Strohn, L. (2011). *Gesellschaftsrecht*. München: Verlag C.H. Beck, 2758.

Honsell, H., Vogt, P. N., Watter, R. (2012). *Basler Kommentar, Obligationenrecht II*. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2900.

Karahan, S. (Editör). (2012). *Şirketler Hukuku*. Konya: Mimoza Yayınları, 944.

Karayalçın, Y. (1973). *Ticaret Hukuku, İkinci Cilt: Şirketler Hukuku*. Ankara: Sevinç Matbaası, 664.

Kılıçoğlu, A. (2012). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Turhan Kitabevi, 899.

Koppensteiner, H. G., Rüffler, F. (2007). *GmbH-Gesetz Kommentar*. Wien: Lexis Nexis ARD ORAC, 1180.

Kuru, B., Arslan, R., Yılmaz, E. (2010). *İcra ve İflâs Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 779.

Küng, M., Camp, R. (2006). *GmbH-Recht, Kommentar*. Zürich: Orell Füssli Verlag, 700.

Nussbaum, M., Sanwald, R., Scheidegger, M. (2007). *Kurzkomentar zum neuen GmbH-Recht*. Bern: Cosmos Verlag AG., 385.

Oğuzman, M. K., (1965). Eşyaya Bağlı Haklar ve Borçlar. İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, 31 (1-4), 209-218.

Öcal, A. (2003). Limited Şirketin Haklı Sebeplerle Mahkeme Kararıyla Sona Erdirilmesi. *Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan*, Ankara: Turhan Kitabevi, 215-226.

Poroy, R., Tekinalp, Ü., Çamoğlu, E. (2005). *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku*. İstanbul: Arıkan Yayınevi, 1059.

Priester, H. J., Mayer, D. (1996). *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 3: Gesellschaft mit beschränkter Haftung*. München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1379.

Pulaşlı, H. (2014). *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Şirketler Hukuku Şerhi, C. II*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2014.

Pulaşlı, H. (2015). *Şirketler Hukuku Şerhi, C. II*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2015, 2387.

Reich-Rohrwig, J. (1997). *Das österreichische GmbH-Recht, Band I*. Wien: Verlag Manz'sche Wien, 922.

Reisoğlu, S. (2013). *Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*. (24. Baskı). İstanbul, Beta Yayınları, 310.

Sanwald, R. (2009). *Austritt und Ausschluss aus AG und GmbH*. Zürich: Dike Verlag AG., 635.

Schmidt, K. (1991). *Gesellschaftsrecht*. Köln, Berlin, Bonn, München: Carl Heymanns Verlag KG, 1627.

Seliçi, Ö. (1976). *Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi*. İstanbul: İÜHF. Yayınları, 237.

Serozan, R., Kocayusufpaşaoğlu N., Hatemi, H., Arpacı, A. (1998). *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. III: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 394.

Siffert, R., Fischer, M. P., Petrin, M. (2008). *GmbH- Recht*. Bern: Hrsg. Baker/McKenzie, 422.

Şener, O. H. (2012). *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı*. İzmir: Seçkin Yayıncılık, 800.

Tandoğan, H. (1961). *Türk Mesuliyet Hukuku, Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 538.

Taşdelen, N. (2012). *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Limited Ortaklıklarda Çıkma Çıkarılma ve Fesih*. Ankara: Yetkin Yayınları, 291.

Tekinalp, Ü. (2010). Anonim Ortaklıkta Sermayenin Korunması İlkesi. *Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, On İki Levha Yayıncılık*, 1681-1699, (Tekinalp, Sermayenin Korunması).

Tekinalp, Ü. (2013). *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku Anonim ve Limited Ortaklıklar, Tek Kişi Ortaklığı, Ortaklıklar Topluluğu, Birleşme, Bölünme, Tür Değiştirme*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 726, (Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku).

Tekinalp, Ü. (2015). *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*. (4.Baskı). İstanbul: Vedat Kitapçılık, 581

Tekinay, S. S., Akman, S., Burcuoğlu, H., Altop, A. (1993). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1520.

Uçar, S. (1996). Tüm Şirketlerde Fesih ve Tasfiye, Kurulması- Faaliyetleri, Çıkma ve Çıkarılma Halleri, Dağılma Sebepleri. (1. Baskı). İstanbul: Kazancı Yayınları, 474.

Ünal, M., Başpınar, V. (2012). *Şekli Eşya Hukuku, Giriş – Zilyetlik -Tapu Sicili*. Ankara: Yetkin Yayınları, 414.

Yıldırım, A. H. (2008). *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Limited Ortaklık Müdürünün Hukuki Durumu*. İzmir: Güncel Yayınevi, 241.

Yıldırım, A. H. (2013). *6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Limited Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi*. Bursa: Dora Yayıncılık, 493.

Yıldız, Ş. (2004). *Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 240, (Yıldız, Eşit İşlem).

Yıldız, Ş. (2007). *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Limited Şirketler Hukuku*. İstanbul: Arıkan Yayınevi, 293, (Yıldız, Limited Şirketler).

Yılmaz, E. (2001). *Hukuk Sözlüğü*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 786.

OLAĞANÜSTÜ HAL VE AVUKAT BÜROLARINDA ARAMA

▪ Prof. Dr. Mustafa Ruhan ERDEM*

Özet: Avukat bürolarında arama, öncelikle nezdinde arama yapılan avukatın özel yaşamına müdahale oluşturmakta ise de; avukatın sır saklama yükümlülüğü, bu alana yapılacak müdahalelerin herhangi bir kişiye göre daha farklı biçimde ele alınmasını gerektirmektedir. Bugüne kadarki AİHM uygulamalarına bakıldığında, Mahkemenin, avukatın bu özel konumu nedeniyle avukat bürolarında arama sorununu özellikle özel yaşam bu yolla yapılan müdahalenin oranlılığı açısından ele almakta ve bu açıdan yapacağı değerlendirmede de bazı ölçütlere başvurmaktadır. Bunlardan en önemlisi, sır saklama yükümlülüğü altında olan dökümanlara elkonmasını engellemek için bağımsız ve uzman gözlemcilerin aramada hazır bulunmasının sağlanmasıdır. 15.7.2016 tarihli darbe girişiminden sonra çıkarılan ve daha sonra da kanunlaşan KHK'lerle başka konularda olduğu gibi, avukat bürolarında da arama konusunda bazı özel düzenlemelere gidilmiştir. Bu çalışmanın amacı da, getirilen özel düzenlemeleri, bu konuda daha önce verilen AİHM kararlarından hareketle uygulamada yol açacağı sorunları ortaya koymaktır.

Anahtar Sözcükler: Olağanüstü Hal, Arama, Avukat Büroları.

Zusammenfassung: Die Durchsuchung bei einer Anwatskanzlei und die Beschlagnahme von Unterlagen sind die Eingriff in das Recht auf Achtung des Privatlebens nach Art. 8 EMRK. Aufgrund des Berufsgeheimnisses des Rechtsanwalts bedarf einer strengeren Prüfung sowohl hinsichtlich der Voraussetzungen als auch der Verhältnismäßigkeit der Eingriff. Straftaten aufzuklären ist ein legitimes Ziel auch in Recht auf Achtung des Privatlebens des Rechtsanwalts einzugreifen. Vom EGMR wurden aber wegen der Berufsgeheimnisses des Rechtsanwalts einigen Kriterien für die Zulässigkeit der Durchsuchung der Anwatskanzlei aufgestellt. Wichtigste ist davon, dass bei der Durchsuchung ein unabhängiger und ausreichend sachkundiger Beobachter anwesend war, um sicherzustellen, dass vom Recht des Anwalts auf Verschwiegenheit gedeckte Unterlagen nicht beschlagnahmt werden können. Nach dem erfolglosen Militäerputschversuch vom 15.7.2016 wurden die besondere Regelungen unter anderem auch für die Durchsuchung bei der Anwatskanzlei durch die Anordnungen, welcher nach dem türkischen Grundgesetz einer Gesetzkraft gewidmet sind, getroffen. Der Beitrag befasst sich mit den Problemen über diese Regelungen über die Durchsuchungen bei der Anwatskanzlei ausgehend von der Rechtssprechung vom EGMR. In this, solutions about the problems caused by using this differences are proposed.

Suchbegriffe: Ausserordentlicher Zustand, Durchsuchung, Anwatsbüro.

* Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi

I.Giriş

Herkes gibi avukatların da konutun dokunulmazlığına, özel yaşamına ve beden dokunulmazlığına saygı gösterilmesini talep etme hakkı vardır. Arama da bir koruma tedbiri olarak konut dokunulmazlığı, özel yaşamın gizliliği ve beden dokunulmazlığına müdahale oluşturmaktadır. Ne var ki, avukat ve müvekkil arasındaki ilişkinin güvene dayalı olması, ister ceza soruşturmasına konu olan bir suç işleme şüphesi altında olsun, ister bir başka kişinin işlediği bir suç nedeniyle “*üçüncü kişi*” olarak aramaya maruz kalsın, bu ilişkinin *özel olarak* korunmasını zorunlu kılmakta, bu alana yapılacak müdahaleler açısından daha sıkı bazı koşullar öngörülmesi gerekliliğini ortaya çıkarmaktadır.

Avukat büroları, müvekkile ait belge ve verilerin depolandığı bir yer olup, bunlar, avukat ve müvekkil arasındaki özel güven ilişkisine dayanarak avukata tevdi edilmektedir. Bu nedenle elkoymaya konu olamayacak olan bu belge ve verilerin elde edilmesi münhasır amacına yönelik olarak arama yapılması hukuka uygun değildir¹. Aksi takdirde avukat ve müvekkili arasındaki güven ilişkisi kalıcı biçimde zedelenmiş ve avukatlık *mesleği* ciddi itibar kaybına uğramış olur². Avukat ve müvekkil arasındaki güven ilişkisi üstün bir yarardır ve gerek somut ilgili ve gerekse toplumun adil bir yargılamaya yönelik çıkarları açısından korunmaya değerdir³. İşte avukat bürolarında aramaya ilişkin CMK ve Avukatlık Kanunu’nda getirilen düzenlemeler ile avukat müvekkil arasındaki ilişkinin gizlilik içinde yürütülmesine ve avukatın meslek sırlarının korunmasına verilen önem ortaya konulmuş olmaktadır⁴.

Ne var ki, gerek müvekkil ve gerekse bizzat avukatın korunması mutlak olarak geçerli değildir. Bu alanda bazı sıkı koşullara uyulması gerekliliği, hem iç hukukumuzda ve hem de tarafı olduğumuz AİHS kapsamında verilen AİHM kararlarında açıkça öngörülmektedir.

¹ Bott, Ingo/Hiéramente, Mayeul, Durchsuchung von Anwaltskanzleien – wenig Schutz aus Straßburg, BB 2015, s. 3085.

² Bott/Hiéramente, BB 2015, s. 3085

³ BVerfG, 29.1.2015 – 2 BvR 497-499/12, 1054/12, AnwBl Online 2015, s. 209 vd.

⁴ Şahin, Cumhur, Ceza Muhakemesi Hukuku I, Ankara 2015, s. 327

Avukat bürolarında arama, 15 Temmuz 2016 tarihinde demokrasiye darbe girişimi sonrası çıkarılan 668 sayılı KHK ile CMK'daki güvencelere aykırı olarak *yeniden* düzenlenmiş ve söz konusu düzenleme, 08.11.2016 tarih ve 6755 sayılı kanunun 3. maddesi ile⁵ *kanunlaştırılmıştır*. Buna göre, “*avukat bürolarında hâkim kararıyla veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emriyle, Cumhuriyet savcısının katılımı olmaksızın, adli kolluk görevlileri tarafından arama ve elkoyma yapılabilir. Arama ve elkoyma işlemi sırasında baro başkanı veya onu temsil eden bir avukat hazır bulundurulur; ancak, 5271 sayılı Kanunun 130 uncu maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları uygulanmaz*”. Ne var ki, bu düzenlemelerin, gerek kapsamına giren suçlar ve gerekse zaman bakımından uygulama alanı sınırlı da olsa⁶, bu yolla elde edilen delillerin değerlendirilmesi açısından “*OHAL'in devamı süresini aşan*” bir etki yaratacağı da ortadadır.

Bu çalışmada, getirilen düzenlemeler ışığında avukat bürolarında yapılan aramayı, AİHM'in konuyla ilgili kararlarını da göz önünde bulundurarak ele almaya çalışacağız.

II. Arama Hakkında Genel Bilgi

1. Tanım

Arama, şüpheli ya da sanığın, delillerin veya müsadereye konu eşyanın ele geçirilmesi amacıyla konutta veya kişi üzerinde gerçekleştirilen gizli tutulan bir şeyin ortaya çıkarılmasına yönelik araştırma işlemi olup⁷,

⁵ 24.11.2016 T. ve 29898 S. Resmi Gazete

⁶ Bu hükümler “26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar, 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar ve toplu işlenen suçlar bakımından” ve “olağanüstü halin devamı süresince” uygulama alanı bulacağı için, CMK ve Avukatlık Kanunu'nun avukat bürolarında aramaya ilişkin hükümleri hala yürürlüktedir ve KHK kapsamı dışında kalan diğer suçlar bakımından uygulanmasına devam edilmektedir.

⁷ Bkz. Keskin-Kızıroğlu, Serap, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Basit Arama (Adli Arama) , AÜHFHD 2005, C.58 S.1, s. 143 vd.; Özbek, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama, Ankara 1999, s. 17; Gülşen, Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Arama, HPD 2006, s. 90; Doğan, Duygu Çağlar, Ceza Muhakemesinde Adli Arama, TBB Dergisi 2011 (92) , s. 157 vd.; Eryılmaz, Türk ve İngiliz Hu-

elkoyma ve muhafaza altına alma tedbirleri ile yakın ilişki içerisinde⁸.

Arama, niteliğine göre gerek konuta ve işyerlerine ve gerekse kişilere ve onlara ait eşyaya yönelik olabilir⁹. Elkoymadan farklı olarak (Bkz. CMK m. 126) arama yasağına ilişkin bir düzenleme CMK’da yer almamaktadır. Bu nedenle tanıklıktan çekinme hakkına sahip olan kişiler nezdinde de arama yapılabilir. Ancak elkoyma yasağı olan bir eşyanın aranması (ve sonuçta buna el konulması) yasaktır.

Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, aramanın *amacı*, ya şüpheli/sanığı ya da delil olabilecek veya müsadereye konu olan eşyanın ele geçirilmesidir¹⁰.

2. Avukatlar Hakkında Arama

1. Yasal Dayanak

Avukatlar hakkında aramaya ilişkin düzenlemeler, hem CMK ve hem de *Avukatlık Kanunu*’nda yer almaktadır. Avukatların durumunun, arama ve elkoyma açısından “*diğer kişiler*”e göre farklı ele alınmasının nedeni, “*yargının kurucu bir unsuru olan bağımsız savunmayı temsil etmesi*” (Bkz. Avukatlık Kanunu m. 1/2) ve sır saklama yükümlülüğü altında olmasıdır (Bkz. Avukatlık Kanunu m. 36)¹¹. Avukatın faaliyetlerini ser-

kukunda ve Uygulamasında Arama, Ankara 2003; Önder, Ceza Muhakemeleri Usûlü Hukukunda Arama, İHFM 1963, s. 424; Yılmaz, Yeşim, Bir Ceza Muhakemesi İşlemi Olarak Arama, TBBD 2016 (124), s. 253 vd.; Yenisey, Feridun/Nuhoglu, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2016, s. 379 vd.; Centel, Nur/Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2016, s. 409 vd.; Şahin, Ceza Muhakemesi I, s. 320 vd.; Ünver, Yener/Hakeri, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2016, s. 389 vd.; Önok, Murat, Adli-İdari Arama ve Uygulamadaki Sorunlar, in: Ceza Muhakemesi Hukukunda Güncel Sorunlar (Ed. Prof. Dr. Nur Centel), İstanbul 2015, s. 259 vd.

⁸ Huber, Grundwissen – Strafprozessrecht: Durchsuchung, JuS 2013, s.408

⁹ Beulke, Werner, Strafprozeßrecht, 6. Aufl. Heidelberg 2002, § 12 no. 255; Kindhäuser, Strafprozessrecht, 3. Aufl., 2013, § 8 no.136

¹⁰ Yılmaz, TBBD 2016, s. 253

¹¹ Örs, Cengiz Ozan, Avukat Hakkında Arama ve Elkoyma, TBBD 2016 (123), s.111 vd.; Yılmaz, TBBD 2016, s. 279

bestçe yürütebilmesi açısından “*avukatın kalesi*” olarak nitelendirilen¹² avukat bürolarında arama ve elkoyma, aynı zamanda AİHM kararlarında da vurgulandığı üzere, adil yargılanma hakkı ile de yakın ilişki içindedir. Bu nedenle de arama kararında müdahale için gerekli koşulların ve oranlılık ilkesinin özel bir dikkat içerisinde incelenmesi; ilgilinin mesleki faaliyetlerinin –dolaylı da olsa- ne ölçüde zarar göreceğinin göz önünde bulundurulması gerekir¹³.

Avukat, *şüpheli/sanık* olarak aranabileceği gibi, “*üçüncü kişi*” olarak da aramaya maruz kalabilir¹⁴. Ancak *yakalama amacıyla* yapılan aramalar (Bkz. CMK m. 117/3) açısından aranan kişinin nerede olduğunun bir önemi yoktur; bu nedenle sözgelimi kaçan *şüpheli* eğer müdafinin bürosuna sığınmış ise, burada *genel kurallara göre* arama yapılabilir¹⁵.

2. Avukatın Üzerinde Arama

Avukat bürolarında arama CMK m. 130’da ayrıca ve özel olarak düzenlenmiş iken, avukatın konutunda ve üzerinde yapılan aramalar için özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu yöndeki düzenleme *Avukatlık Kanunu* m.58’de yer almakta olup, buna göre “*ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü hali dışında avukatın üzeri aranamaz*”. Bu düzenlemeye göre avukatın üzerinde arama yapılabilmesi için gerekli koşullardan ilki, suçun “*ağır ceza mahkemesinin görevine girmesi*”; diğeri ise “*suçüstü hali*”nin bulunmasıdır. Aşağıda da ayrıca ele alacağımız üzere, bize göre bu düzenleme, avukata yüklenen suçun görev suçu olması durumunda uygulama alanı bulacaktır. Öte yandan aramanın diğer koşullarına ilişkin *Avukatlık Kanunu*’nda herhangi bir açıklama olmadığı için, CMK’nın aramaya ilişkin diğer düzenlemeleri (arama kararı v.s.) burada da uygulama alanı bulur. Bu düzenleme,

¹² Kocaoglu, Serhat Sinan, Üst ve Büro Araması, Postada Elkoyma, İletişimin Denetlenmesi Gibi Çeşitli Koruma Tedbirlerinin Pasif Öznesi Olarak Kuram ve Uygulamada Avukatın Bağımsızlığı, ABD, S. 1 (2012), s. 55

¹³ Feuerich/Weyland/Weyland, Bundesrechtsanwaltsordnung, 9. Auf. 2016, § 27 no. 33b

¹⁴ Dann, Matthias, Durchsuchung und Beschlagnahme in der Anwaltskanzlei, NJW 2015, s.2609

¹⁵ Hauschild, Münchener Kommentar zur StPO, 1. Auflage 2014, § 103 no. 8

avukatın “görev suçlarıyla bağlantılı olarak” uygulanabileceği ve önleme amaçlı aramanın da avukatın yerine getirdiği görevle bir ilişkisi söz konusu olmayacağı için önleme amaçlı aramayı içermez¹⁶. Adliyelere ve cezaevlerine giriş sırasında yapılacak aramalar da sonuçta avukatın “görevi ile ilgili” olsa da, görevi ile ilgili bir suça ilişkin olmadığı için yine Avukatlık Kanunu hükümlerine tabi değildir. Bu konuda *cezaevleri bakımından* özel bir düzenleme getirilmiştir¹⁷. Ancak *adliyelere* giriş konusunda açık bir düzenleme hukukumuzda bulunmamakta ve bu durum uygulamada birçok soruna yol açmaktadır. Adliyelere girişte avukatın “herhangi biri” gibi önleme amaçlı aranmasının, özellikle mesleki sırla bağlantılı olarak bazı sorunlara yol açacağı düşünülürse, bu yönde özel düzenlemelere gidilmesi yerinde olacaktır. Ancak her halde bu yerlere girişte “x-ray” cihazından geçmek arama sayılmaz ve bu nedenle de bu tür denetimleri engelleyici bir düzenleme hukukumuzda mevcut değildir¹⁸.

3. Avukatın Bürosunda Arama

Avukatın bürosunda arama hem CMK m. 130 ve hem de Avukatlık Kanunu m. 58’de düzenlenmiştir. Burada öncelikle CMK m. 130, daha sonra da bu hükmün Avukatlık Kanunu m. 58 ile olan ilişkisi üzerinde durulacaktır.

“Avukat bürolarında arama, elkoyma ve postada elkoyma” başlığını taşıyan CMK m. 130’a göre:

¹⁶ Kocaoglu, ABD 2012, s. 51; karşı görüş Önok, Arama, s. 264

¹⁷ Örneğin bkz. 86/3: “Kurum görevlileri ve dış güvenlik görevlileri dahil olmak üzere, sıfat ve görevi ne olursa olsun, ceza infaz kurumlarına girenler duyarlı kapıdan geçmek zorundadır. Bu kişilerin üstleri metal dedektörle aranır; eşyaları x-ray cihazından veya benzeri güvenlik sistemlerinden geçirilir, ayrıca şüphe hâlinde elle aranır. Bu cihazların bulunmadığı yerlerde arama ve kontrol elle yapılır. Ancak milletvekilleri, mülki amirler, hâkim, Cumhuriyet savcıları ve bu sınıftan sayılanlar, avukatlar, noterler, ceza infaz kurumları ve tutukevleri kontrolörleri, izleme kurulu başkan ve üyeleri, uluslararası sözleşmelerle yetkileri tanınmış kişi ve kuruluşların temsilcileri, ceza infaz kurumu ve tutukevi koruma birlik komutanı ile kurum müdürünün üstleri ağır cezayı gerektiren suçüstü hâlleri dışında elle aranamaz. Duyarlı kapı cihazının ikazının sürmesi hâlinde bu kişiler ancak, elle aramayı kabul ettikleri takdirde kuruma girebilirler. Ziyaret yerleri de ziyaret öncesi ve bitiminde aranır”.

¹⁸ Yılmaz, TBBD 2016, s. 277

(1) *Avukat büroları ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısının denetiminde aranabilir. Baro başkanı veya onu temsil eden bir avukat aramada hazır bulundurulur.*

(2) *Arama sonucu elkonulmasına karar verilen şeyler bakımından bürosunda arama yapılan avukat, baro başkanı veya onu temsil eden avukat, bunların avukat ile müvekkili arasındaki meslekî ilişkiye ait olduğunu öne sürerek karşı koyduğunda, bu şey ayrı bir zarf veya paket içerisine konularak hazır bulunanlarca mühürlenir ve bu konuda gerekli kararı vermesi, soruşturma evresinde sulh ceza hâkiminden, kovuşturma evresinde hâkim veya mahkemeden istenir. Yetkili hâkim elkonulan şeyin avukatla müvekkili arasındaki meslekî ilişkiye ait olduğunu saptadığında, elkonulan şey derhâl avukata iade edilir ve yapılan işlemi belirten tutanaklar ortadan kaldırılır. Bu fıkra da öngörülen kararlar, yirmidört saat içinde verilir.*

(3) *Postada elkoyma durumunda bürosunda arama yapılan avukat veya baro başkanı veya onu temsil eden avukatın karşı koyması üzerine ikinci fıkra da belirtilen usuller uygulanır”.*

CMK m. 130’ dan çıkan ilk önemli sonuç, avukat bürolarında arama kararının münhasıran *mahkeme* tarafından veriliyor olmasıdır. Avukat bürolarında arama kararı *soruşturma evresinde de* mümkün olduğuna göre, burada sözü edilen “*mahkeme*” hangi mahkemedir? Öğretide bizce de yerinde olarak aksi yöndeki görüşlere rağmen, bu madde ile öngörülen güvencenin bir anlam taşıyabilmesi için, söz konusu mahkemenin toplu olarak görev yapan bir mahkeme olması gerekir. Bu ise, ancak ağır ceza mahkemesi olabilir¹⁹.

İkinci olarak CMK m. 130’ da “*arama kararında belirtilen olayla ilgili olarak*” arama yapılması zorunlu kılınmıştır. Bu düzenleme, arama kararının sınırlandırılmasına ve münhasıran avukatla müvekkil arasındaki belgelere elkoyma amacına yönelik olarak aramaya yapılmasını engellemeye hizmet etmektedir. Gerçekten de arama için belirsiz bağlantı nok-

¹⁹ Aynı yönde Örs, TBBD 2016, s. 130. Sulh ceza hakimi olduğu görüşü için bkz. Önok, Arama, s. 265

talari ya da soyut karinelerin dısında²⁰, suçun işlendiğini gösteren yeterli dayanak noktalarının arama kararı verirken göz önünde bulundurulması gerekir²¹.

Üçüncü olarak CMK m. 130’a göre arama “C. Savcısının denetimi altında” yapılır. Aramanın C. Savcısının “denetimi” altında yapılmış sayılması için de, C. Savcısının arama yapılan yerde hazır olması gerekir.

Dördüncü olarak arama ve elkoyma sırasına baro başkanı veya onu temsil eden bir avukat arama yapılacak yerde hazır bulundurulur²². Baro başkanı ya da temsilcisine ulaşılabilmesi veya bu kişilerin arama yapılacak yere gelmemesi durumunda arama yapılamaz²³. AİHM kararlarında da vurgulandığı üzere, bağımsız bir tanığın aramada hazır bulundurulması, avukatla müvekkil arasındaki güven ilişkisinin korunması zorunluluğundan kaynaklanmaktadır. Başka bir anlatımla CMK m. 130/2 ve 130/3’ün uygulanması açısından bu tanığın hazır bulunması önemli bir güvence oluşturmaktadır.

Beşinci olarak arama sonucu elde edilen şeylere elkonulması açısından CMK m. 130/2 bir yasak öngörmekte ve arama sonucu ele geçen “avukat ile müvekkili arasındaki meslekî ilişkiye ait” şeylere elkonulmasını yasaklamaktadır. Ancak CMK m. 130/2 hükmü *lafzi açıdan* yorumlandığında, *elektronik ortamda depolanan verilerin* bu yasak kapsamına girmediği açıkça görülmektedir. Bu durumda bu tür veriler açısından herkes için geçerli olan “bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma”yı düzenleyen CMK m. 134,

²⁰ Feuerich/Weyland/Weyland, § 27 no. 33a. Alman Anayasa Mahkemesine göre, eğer bir avukatın mesleğini yerine getirme özgürlüğüne ağır bir müdahalede bulunmak ya da arama yapmak için yeterli ve somut nedenler yoksa, müdahale hukuka aykırıdır. Öyle ki, sanığa yüklenen eylemin, eğer bu eylem gerçekten işlenmiş olsaydı, bir suçu oluşturacağını ortaya konması ve bu nedenle de yüklenen eylemin cezalandırılabilir olduğunu gösteren önemli unsurlarının arama kararında gösterilmesi beklenir. (BVerfG NJW 2006, s.2974)

²¹ Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi, s. 413

²² Baro Başkanı veya onu temsil eden bir avukatın aramada hazır bulunmaması durumunda arama hukuka aykırı olup, elde edilen delillerin de değerlendirilememesi gerekir (Bkz. Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi, s. 386)

²³ Önok, Arama, s. 265

avukat bürolarında yapılan arama sonucu ele geçirilen bu tür veriler açısından da uygulama alanı bulacaktır. Nitekim inceleme konumuzu oluşturan KHK ve onu kanunlaştıran 6755 sayılı kanunda CMK m. 134 bakımından da ayrı bir düzenleme gidilmiştir. Buna göre, “5271 sayılı Kanunun 134 üncü maddesi uyarınca bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde yapılacak arama, kopyalama ve elkoyma işlemlerine, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından da karar verilebilir. Bu karar, beş gün içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını elkoymadan itibaren on gün içinde açıklar; aksi halde elkoyma kendiliğinden kalkar. Kopyalama ve yedekleme işleminin uzun sürecektir olması halinde bu araç ve gereçlere elkonulabilir. İşlemlerin tamamlanması üzerine elkonulan cihazlar gecikme olmaksızın iade edilir”. Görüldüğü üzere, söz konusu düzenleme, arama ve elkoymaya muhatap olacak kişi bakımından bir ayırım yapmadığı için, avukat bürolarında elektronik ortamda depolanan veriler üzerinde yapılan arama ve bunlara elkonulması açısından da uygulama alanı bulacaktır. Oysa aşağıda ele alacağımız AIHM kararları, avukatla müvekkil arasındaki sırların korunması yükümlülüğünün bu tür veriler bakımından da geçerli olduğunu belirtmekte ve özellikle oranlılık açısından yapılan değerlendirmede bu verilere hangi kapsamda elkonulduğunu da göz önünde bulundurmaktadır. Böyle olunca da “kopyalama işleminin uzun sürecektir olması”na dayanarak tüm verilere elkonulmasına açık kapı bırakan bu düzenlemenin de ileride önemli sorunlara yol açacağını kestirmek mümkündür.

4. CMK m. 130 ve Avukatlık Kanunu m. 58 İlişkisi

Avukatlık Kanunu m. 58/1 c.2’ye göre,

“Avukat yazıhaneleri ve konutları ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısı denetiminde ve baro temsilcisinin katılımı ile aranabilir”.

Bu düzenleme CMK m. 130 ile karşılaştırıldığında içerik olarak benzerlik göstermekle birlikte, kapsamının özellikle avukatın “konutunun aranması” açısından CMK m. 130’dan daha geniş olduğu gözden uzak tutulmamalıdır.

Avukatlık Kanunu m. 58/1'deki düzenleme, yalnızca avukatın “görevinden doğan ve görevi nedeniyle işlenen suçlarla” sınırlı bir uygulama alanına sahip iken, CMK m. 130'un avukatın görevi dışında kalan suçlar bakımından uygulanabilir²⁴.

Bundan başka Avukatlık Kanunu m. 58 avukatın şüphelisi/sanığı olduğu olayla bağlantılı olarak uygulanabilecek bir düzenleme iken; CMK m. 130'un uygulanması açısından avukatın şüpheli/sanık konumunda mı, yoksa üçüncü kişi durumunda mı olduğunun bir önemi bulunmamaktadır. Bununla birlikte CMK m. 130/2, “avukat ile müvekkili arasındaki meslekî ilişkiye ait olması” durumunda elkonulan şeyin sahibine iade edileceği yönünde güvence getirdiği için, avukat bürolarında aramanın konusunu da ancak CMK m. 130/2'de belirtilenler dışında bir şey olabilir. CMK m. 130/2'nin kapsamı CMK m. 126 ile bağlantılı olarak belirlenmelidir. Şu halde CMK m. 130/2 kapsamına giren şeyler açısından bir elkoyma yasağı olduğu için *münhasıran* avukat ile müvekkili arasındaki meslekî ilişkiye ait bir şeye elkoyma amacıyla bir arama kararı verilmesine de olanak bulunmamaktadır²⁵. Müdafî ve sanık arasındaki “belge ve mektuplar” açısından, eğer bunlar, şüpheli/sanığın ceza muhakemesindeki konumunu doğrudan ilgilendiriyorsa elkoyma yasağı söz konusudur (CMK m. 126). Eğer şüpheli/sanığın, ileride kendisine karşı başlatılan bir ceza muhakemesinde bunların kullanılacağından korkmasını gerektiren bir neden varsa, bunlar korunmaya değer özel güven ilişkisi kapsamında görülmelidir²⁶. Gerçi CMK m. 126'nın uygulanması için söz konusu belge veya mektupların *nerede* olduğunun bir önemi bulunmamaktadır²⁷; ancak elkoyma yasağı bulunan bu belgeler daha çok avukatın *bürosunda* bulunacağı için, avukat bürolarında aramanın neden farklı biçimde ele alınması gerektiği de açıkça ortaya çıkmaktadır.

²⁴ Kızıroğlu, s. 146; Kocaoğlu, ABD 2012, s. 59; Örs, TBBD 2016, s. 137; Yılmaz, TBBD 2016, s. 279; Önok, Arama, s. 264

²⁵ Önok, Arama, s. 265

²⁶ Hauschild, MK- StPO, § 97 no.29

²⁷ Hauschild, MK- StPO, § 97 no.30

Avukatın konutunda yapılacak aramalar açısından CMK m. 130'da açık bir düzenleme bulunmazken, Avukatlık Kanunu m. 58, uygulama alanına avukatlık bürosu yanında avukatın konutunu da dahil etmiştir. Ancak biraz önce de belirttiğimiz üzere, Avukatlık Kanunu m. 58 yalnızca avukatların *görev suçundan dolayı* uygulama alanı bulacağı için, görev dışında kalan suçlar bakımından avukatın konutunun aranması bakımından genel hükümler uygulama alanı bulacak; böyle olunca da herhangi bir kişinin konutunun aranması ile avukatın konutunun aranması arasında herhangi bir farklılık söz konusu olmayacaktır²⁸. Bu durumda KHK ile arama konusunda getirilen diğer düzenlemeler avukatların konutunda yapılacak olan aramalar açısından da uygulama alanı bulacaktır. Ancak avukat, konutunu aynı zamanda büro olarak kullanıyorsa, orası konut olarak değil, büro olarak işlem görecektir²⁹.

Burada üzerinde durulması gereken bir diğer durum, Avukatlık Kanunu m. 58'in uygulama alanı bulduğu durumlarda CMK m. 130/2 ve 3'te yer alan güvencelerin burada da uygulama alanı bulup bulamayacağıdır. Bize göre Avukatlık Kanunu m. 58, şüpheli ya da sanığı olduğu bir eylemle bağlantılı olarak avukatın bürosunun ya da konutunun aranmasına ilişkin bir düzenleme getirdiği için, CMK m. 130/2 veya 3'ün uygulanması zaten söz konusu olmaz. Ancak yapılan arama sırasında CMK m. 130/2-3 kapsamına giren bir dokümana rastlanmış ise, bu durumda CMK m. 130/2-3'ün burada da uygulama alanı bulacağından kuşku duymamak gerekir. Avukatlık Kanunu m. 58'de elkoyma ile ilgili hüküm bulunmadığından, avukatlık bürosu dışında kalan konutun aranması sonucunda elde edilen delil ve belgeler hakkında elkoyma tedbiri *genel hükümler kapsamında* uygulanacaktır³⁰.

²⁸ Örs, s. 140; Önok, Arama, s.264

²⁹ Şen, Ersan, Avukat, Hakim ve Savcıların Aranması, ABD, 2013/2, s. 340; Yılmaz, TBBD 2016, s. 280

³⁰ Yılmaz, TBBD 2016, s. 281

II. AİHM İçtihatlarında Durum

1. Genel İlkeler

Özel yaşam alanının mekan bakımından korumasını sağlayan “konut” deyiminin, AİHS m. 8 anlamında yalnızca özel konutları değil, aynı zamanda işyerlerini ve bu arada avukatlık bürolarını da kapsamakta olduğu ve “arama”nın da bu alana bir müdahale oluşturduğunda bir kuşku bulunmamaktadır³¹. Avukatlar nezdinde yapılacak arama, sözleşme sisteminin özünü ilgilendirdiğinden, avukatlık bürolarının aranması özellikle dikkatlice ele alınmalıdır.

AİHM, avukatlar nezdinde aramayı, daha çok bu yolla özel yaşam veya konut dokunulmazlığına yapılacak müdahalenin AİHS m. 8/2 anlamında “*demokratik bir toplumda zorunlu olup olmadığı*” açısından incelemekte ve bu noktada da özellikle bir hukuk devletinde kötüye kullanma ve keyfiliğe karşı etkili güvencelerin mevcut olup olmadığına bakmakta ve aramaya konu olan suçun ağırlığı, tedbire hakim tarafından karar verilip verilmediği, sonradan hakim onayına sunma zorunluluğunun bulunup bulunmadığı, aramanın yeterli şüpheyi dayanıp dayanmadığı ve aramanın makul bir şekilde sınırlandırılıp sınırlandırılmadığı³², özellikle hukukçu olan tanıkların arama yapılan yerde hazır bulundurulup bulundurulmadığı³³ ve yapılan aramanın avukatın çalışmasına ve şöhretine etkisi gibi faktörleri göz önünde bulundurmaktadır³⁴.

³¹ AİHM 1. Daire’nin 9.4.2009 tarihli Rusya/Kolesnichenko kararı, BN: 19856/04. Bkz. Meyer-Ladewig, Jens / Nettesheim, Martin, Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Auflage 2017, no. 89

³² AİHM kararlarında, özellikle avukatlık bürolarının aranmasında, özel olarak korunan belgelerin, kolluk tarafından görülüp görülmediği ve bunlara elkonulup konulmadığını değerlendirebilecek “bağımsız ve hukuk eğitimi almış olan” tanıklardan yararlanılması gereğine işaret edilmektedir. Bkz. AİHM 22.5.2008 tarihli Iliya Stefanov/Bulgaristan kararı, BN: 65755/01, par. 41; AİHM’in 9.12.2004 tarihli van Rossem/Belçika kararı, BN: 41872/98, par. 45

³³ Pratik olarak mümkün ise, arama kararı sınırlandırılmalı ve etkilerini makul bir çerçevede tutulmasını sağlayacak biçimde verilmelidir. Bkz. AİHM 27.9.2005 tarihli Sallinen ve diğerleri/Finlandiya kararı, BN: 50882/99, par. 89

³⁴ Meyer-Ladewig, Jens, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Auflage 2011, EMRK Art. 8 no.111

Oranlılık ilkesi açısından yapılacak değerlendirmede AİHM, aramanın, *münhasıran* müvekkile yönelik delil elde etme amacına mı yönelik olduğu, yoksa bizatihi avukatın mı bir suç işleme şüphesi altında bulunduğuna dikkat etmektedir³⁵. Önemli olan, arama sırasında, sır saklama kapsamında olan dokümanlara elkonulmasını güvence altına alacak olan *bağımsız ve yeterli uzmanlığa sahip* gözlemcilerin hazır bulundurulmasıdır³⁶.

2. AİHM'in Konuyla İlgili Örnek Kararları

A. AİHM'in 16.12.1992 tarihli Niemitz/Almanya kararı³⁷

Başvurucunun avukatlık bürosu, hakim kararına dayanarak bir hakime yönelik, diğerleri yanında görevi kötüye kullanma isnadı da içeren anonim bir mektubun kim tarafından yazıldığını tespit etmek amacıyla aranmıştı. Evde yapılan aramada müvekkil ile arasındaki ilişkiye dair dokümanlar da incelenmiştir.

Davalı devletin düşüncesine göre, avukatlık bürosunun aranması, özel yaşam ve konut ile çalışma yaşamı arasında açık bir ayırıma giden AİHS m. 8'in koruma alanının dışında kalmaktadır.

AİHM'e göre, başka insanlarla ilişki kurmak ve sürdürmek hakkını da belirli ölçüde içerdiğinden, çalışma yaşamını "özel yaşam"dan ayrı düşünmek mümkün değildir. Ev arama kararı tamamen genel olarak "dokümanlardan" söz etmekte ve böylece başvurucunun mektuplarını da içermektedir. Müdahale yasal bir dayanağa sahiptir be AİHS m. 8/2 de öngörülen meşru amaçlardan birini izlemektedir. Ancak oranlı değildir. Aramaya konu olan suç önemsiz sayılmasa da, genel olarak formüle edilmesi nedeniyle ev araması kararı geniş bir yetki içermektedir. Bu durum, avukatlık bürosunda yapılan arama için özel güvenceler içer-

³⁵ AİHM'in 24.7.2008 tarihli André ve diğerleri/Fransa kararı, BN: 18603/03 par. 41 vd.

³⁶ AİHM'in 22.12.2008 tarihli Aleksanyan/Rusya kararı, BN: 46468/06 par. 214

³⁷ http://www.menschenrechte.ac.at/docs/93_1/93_1_06.htm

meyen Alman hukuku gibi hukuk sistemlerinde özel bir önem taşımaktadır. Arama, sınırlandırılması AİHS m. 6'daki güvenceler üzerinde de etki gösterebilen meslek sırrını ihlal etmektedir ve oransız bir müdahale oluşturmaktadır. Bu nedenle AİHS m. 8 ihlal edilmiştir.

*B. AİHM'in 16.10.2007 tarihli Wieser ve Bicos Beteiligungen GmbH/Avusturya kararı (BN: 74336/01)*³⁸

AİHM bu kararında, ev araması üzerine ele geçirilen avukata ait elektronik verilerinin aranması ve bunlara elkonulmasını ele almış ve AİHS m. 8'in ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Bir şirkete ait işyerinde avukata ait elektronik ortamda depolanan verilerin aranması ve bunlara elkonulmasını AİHS m. 8 uyarınca haberleşmeye saygı hakkına müdahale oluşturmamasından hareketle, benzer olaylara ilişkin yerleşik içtihatlarına gönderme yaparak konutta yapılan aramanın oranlılığının incelenmesinde, iç hukukun kötüye kullanmalara ve keyfiliğe karşı uygun ve etkin güvenceler öngörüp öngörmediğinin belirleyici olduğunu hatırlatır. Bu noktada özellikle, a) hakim tarafından verilmiş bir arama kararı, b) yeterli şüphenin mevcut olması, c) kararın makul biçimde sınırlandırılması ve d) avukat bürosunun aranması durumunda meslek sırrının korunması için bağımsız gözlemcinin hazır bulundurulması göz önünde bulundurulmalıdır.

Mevcut olayda AİHM gerçi Avusturya CMK'nun konutta keyfi arama yapılmasına karşı yeterli muhakeme güvencelerinin mevcut olduğunu kabul etmektedir. Ne var ki, Avusturya makamları bu güvencelere uygun hareket etmemişler ve bu yüzden de başvuran avukat bu haklarını etkin biçimde kullanamamıştır. Konutta arama yapılması sırasında hazır bulunan baro temsilcisinin, esas itibarıyla dosyaların aranmasını denetlemekle meşgul olması gerektiği bu sonuca varılmasında önem taşımaktadır. Oysa olayda arama tutanağı aramanın hemen sonunda değil bir gün sonra düzenlenmiş ve böylece aramayı icra eden memurlar aranan yeri, başvuran avukat veya da baro temsilcisini aramanın sonucu hakkın-

³⁸ ÖJZ 2008, s. 247

da bilgilendirmeksizin terk etmişlerdir. CMK'daki düzenlemelerin göz ardı edilmesi, AİHM'in görüşüne göre başvuranın sır saklama yükümlülüğü açısından aşırı bir müdahale olarak değerlendirilmelidir.

C. AİHM'in 22.05.2008 tarihli Illiya Stefanov/Bulgaristan kararı (BN: 44009/02)

AİHM anılan kararda, suç şüphesine dayanarak verilen arama emrinin çok geniş düzenlenmesi ve avukat olan başvurunun mesleki gizlilik gerektiren bilgilerinin ortaya çıkartılması, bilgisayarlarına ve disketlerine iki ay boyunca el konulmuş olmasının 8. maddenin ihlalini teşkil ettiği, aramada hazır bulunan hiçbir hukuki eğitimi olmayan komşuların, polisin, başvurunun özel hayatına orantısız müdahale etmesini engelleme olanağına sahip olmadığını belirterek, 8. maddenin ihlal edildiğini belirlemiştir.

D. AİHM'in 9.4.2009 tarihli Kolesnichenko/Rusya kararı (BN:19856/04 nolu)³⁹.

Karara konu olan olayda, S'nin avukatı olarak görev yapan başvuru avukatın bürosunda S tarafından sahte olarak düzenlenen belgenin ve avukatın başvurusunun aynı yazıcıdan çıktığı şüphesine dayanarak S'ye karşı sahte belge ile dolandırıcılık suçu nedeniyle başlatılan bir ceza soruşturması kapsamında kolluk tarafından evinde ve bürosunda arama yapılmıştır. AİHM bu kararda AİHS m. 8'in Rusya tarafından ihlal edildiğini tespit etmiştir.

Başvurucu, evinde ve bürosunda yapılan aramanın AİHS m. 8 ile güvence altına alınan konuta saygı hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Başvurucu, soruşturma makamlarının kendisinin avukat olduğunu bilmesine rağmen, evini ve işyerini aramış ve dosyalarına elkoymuştur. Arama, mesleki faaliyetlerini engellenmiş ve Rus hukukuna aykırı olarak gece vakti yapılmıştır.

³⁹ NJW 2010, s. 2109 vd.

Hükümet ise, Rus hukukunun avukatın konut ve bürosunun aranmasını yasaklamadığını, ancak bunun için hakim kararını şart kıldığını belirtmiştir. Öngörülen sürece uyulmuş ve arama gece vaktinden önce başlatılmıştır. Başvurucunun S'nin işlediği suça katıldığını gösteren şüphe nedenleri de mevcuttur.

Mahkemeye göre, arama biri avukatın evi ve diğeri bürosu olan iki yerde gerçekleştirilmiştir. Mahkemenin yerleşik içtihadına göre “konut” deyimi gerek kişinin özel konutunu ve gerekse işyerlerini içerir⁴⁰. Her iki arama da bu bakımdan başvurucunun konutuna saygı hakkına bir müdahale oluşturmaktadır.

İncelenmesi gereken, müdahalenin AİHS m. 8/2'nin haklı olup olmadığı, bu bağlamda a) “yasayla öngörülmüş olup olmadığı”, b) orda belirtilen bir ya da birden fazla haklı amacın izlenip izlenmediği ve c) izlenen amaca ulaşmak için müdahalenin “*demokratik bir toplumda zorunlu olup olmadığı*”. Öncelikle arama, Rus CMK § 165'te öngörüldüğü üzere, bunun için hakim kararı mevcut olduğu ve dolandırıcılık olayı ile ilgili delilleri ele geçirme amacını güttüğü için, Rus Kanunu'nda öngörülmüş ve suçları önleme gibi haklı bir amaç izlemektedir. İncelenmesi gereken, aramanın “*demokratik bir toplumda zorunu olup olmadığı*”dır. Mahkeme, avukatların kovuşturulması ve mesleki faaliyetlerini yerine getirmesinin engellenmesinin Sözleşme sisteminin özünü zedelediğini birçok kararında sürekli vurgulanmıştır. Bu nedenle bir avukatın bürosunun aranması, özel bir incelemeyi gerekli kılmaktadır⁴¹. Bu tür tedbirlerin “*demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı*”nın incelenmesinde göz önünde bulundurulması gereken, hukuk devletinde kötüye kullanmalara karşı etkili güvencelerin mevcut olup olmadığı ve mevcut olayda nasıl etki gösterdiği. Burada arama ya da elkoymanın icra edilmesine yol açan suçun ağırlığı göz önünde bulundurulmalı ve hakim tarafından karar verilip verilmediği veya hakimın aramaya katılıp katılmadığı, katılmadıysa hakim incelemesine sunulup sunulmadığı, kararın yeterli şüp-

⁴⁰ Bkz. AİHM'in Buck/Almanya kararı, NJW 2006, s. 1495; AİHM'in Niemietz/Almanya kararı, NJW 1993, s. 718

⁴¹ AİHM'in 13.11.2003 tarihli Elçi/Türkiye kararı, BN: 25091/94

heye dayanıp dayanmadığı ve kapsamının makul biçimde sınırlandırılıp sınırlandırılmadığı incelenmelidir. Yine kararının icra edilmiş biçimine ve eğer avukat bürosuyla ilgili ise, avukatın sır saklama yükümlülüğü altında olan materyale elkonulmasını güvence altına almak için bağımsız bir tanığın huzurunda gerçekleşmesine de dikkat edilmelidir. Nihayet Mahkeme, aramanın ne dereceye kadar ilgili kişinin çalışması ve şöhreti üzerinde etki gösterdiğini de göz önünde bulundurur⁴².

Olayda *Sverdlovsk ilçe mahkemesi* tarafından soruşturma memurunun talebi üzerine verilen 12.2.2004 tarihli arama kararında, başvuru-
cunun bir avukat olduğu ve bir suç nedeniyle suçlanmadığı veya sanık olmadığı kabul edilmekle birlikte, sözde S tarafından işlenen dolandırıcılık suçuna başvuru-
cunun katılıp katılmadığı konusunda yeterli şüphenin mevcut olup olmadığı incelenmemiştir. Arama kararı bu nedenle “sağlam ve yeterli nedenlere” dayanmamaktadır.

Arama kararı, hangi eşya ya da belgelerin başvuru-
cunun konutunda ya da bürosunda olduğu ve soruşturma açısından bunların niçin önemli olduğuna ilişkin bir açıklama da içermemekte ve soruşturma organlarını başvuru-
cunun konutu ve bürosunu aramasına genel olarak ve oldukça geniş ifadelerle yetkilendirmektedir⁴³. İzleyen hakim onayı da, arama kararının “*eşya ya da belgelerin herhangi bir somut listesine*” işaret etmediğini ve bu nedenle soruşturma makamlarının hangi belgelerin soruşturma için önemli olduğuna ilişkin karar vermede sınırsız bir takdir yetkisine sahip olduklarını teyit etmektedir. Hakim kararında, başvuru-
cunun bir avukat olduğunu ve müvekkili tarafından kendisine verilen belgelerin zilyetliği altında bulunduğunu bilmesine rağmen, ayrıcalıklı olan dokümanların korunması gerektiği sorununa hiç değinmemiştir. Mahkeme içtihadına göre, pratik olarak olabildiğince arama kararı etkileri sınırlı bir çerçevede tutacak biçimde verilmesi yönündeki gerekliliğe mevcut olayda kesinlikle uyulmamıştır.

⁴² AİHM’in Camenzind/İsviçre kararı, ÖJZ 1998, s. 797; AİHM’in AİHM’in Buck/Almanya kararı, NJW 2006, s. 1495; AİHM’in Smirnov/Rusya kararı, AİHM’in Wieser ve Bicos Beteiligungen-GmbH/Avusturya, NJW 2008, s. 3409

⁴³ Bkz.AİHM’in Niemietz/Almanya kararı, NJW 1993, s. 718; AİHM’in 15.7.2003 tarihli Ernst ve diğerleri/Belçika kararı, BN: 33400/96 par. 116

Arama kararının aşırı düzeyde kapsamının geniş tutulması, onun icrasının tarz ve biçiminde de kendisini göstermiştir. Başvurucu fotokopi makinasını, soruşturma memurlarının istemi üzerine isteyerek verdikten sonra, buna rağmen gerek konutta ve gerekse büroda ayrıntılı arama yapılmış ve başvurunun bilgisayarına, kişisel ve mesleki verilerine, işlem dosyalarına ve diğer eşyasına elkonulmuştur. Arama sırasında, avukat müvekkil ilişkisi bakımından ayrıcalıklı durumda olan belgelere elkonulması yasağı veya aramaya katılan kişilerden bağımsız olarak hangi belgelerin ayrıcalıktan yararlandığını tespit edebilecek bağımsız tanıklarca aramanın gözetlenmesi gibi, meslek sırlarına karşı bir güvence de mevcut değildir. İki tanığın hazır bulunması, bunlar hukukçu olmadıkları ve bu nedenle ayrıcalıklı bir materyalin söz konusu olup olmadığını değerlendirebilecek durumda bulunmadıkları için yeterli güvence oluşturmamaktadır⁴⁴. Ayrıca arama sırasında elkonulan başvurucuya ait bilgisayardaki elektronik verilerde de bir ayıklamaya gidilmemiştir⁴⁵.

Aranan ve elkonulan materyal göz önünde bulundurulduğunda yapılan arama başvurunun meslek sırlarını, izlenen haklı amaçla karşılaştırıldığında orantısız biçimde ihlal etmiştir. Burada bir avukatın meslek sırlarının ihlalinin aynı zamanda iyi bir adalet yönetimi ve böylece AİHS m. 6 ile güvence altına alınan adil yargılanma hakkı üzerinde de etkileri olduğu gözden uzak tutulmamalıdır⁴⁶.

Daha önceki kararlarında olduğu gibi, bu kararında da AİHM, avukat bürolarında aramada özel yaşama saygı hakkını etkili biçimde korumaya yönelik özel koşulların göz önüne alınması gereğine açıklık getirmiştir. Çünkü avukatların kovuşturulması ve görevi yapmaktan alıkonulması sözleşme sisteminin çekirdek alanına dokunur ve bu nedenle de özel bir incelemeyi gerekli kılar. Mahkeme, somut olayda arama kararının “ikna edici ve yeterli gerekçeye” dayanmadığını tespit etmiş ve delil olarak belgenin düzenlenmesi bakımından güvenilir bir tespitte bulunma-

⁴⁴ Bkz. AİHM’in 22.5.2008 Iliya Stefanov/Bulgaristan karar, BN: 65755/01, par. 43

⁴⁵ AİHM’in Wieser ve Bicos Beteiligungen-GmbH/Avusturya kararı, NJW 2008, s. 3409

⁴⁶ Bkz. AİHM’in Niemietz/Almanya kararı, NJW 1993, s. 718

yan bilirkişi raporuna dayanılmasını yeterli görmemiştir. Bundan başka S'nin fiiline başvurunun iştirak ettiğine ilişkin olarak da herhangi bir delil gösterilmemiştir. Arama kararı, hangi eşya veya belgelerin arama yapılacak yerde bulunduğuna ve bunların soruşturma açısından niçin önemli olduğuna ilişkin açıklama içermediği için, aramanın etkilerini olabildiğince sınırlı tutmaya da yeterli değildir.

Sonuç olarak sağlam ve yeterli nedenler olmaksızın başvurunun konutunda ve bürosunda yapılan arama, bir suç işlediği şüphesi altında olmayan, aksine savunmasını üstlendiği bir kişiyle bağlantılı olarak aramaya maruz kalan başvurunun meslek sırlarına yönelik herhangi bir güvence olmadan müdahale edilmesi “*demokratik bir toplumda zorunlu değildir*” ve bu nedenle AİHS m. 8 ihlal edilmiştir.

*E. AİHM'in 3.7.2012 tarihli Robathin/Avusturya kararı (BN: 30457/06)*⁴⁷

Başvurucu Heinz Robathin Viyana'da bir meslektaşı ile birlikte ortak avukatlık bürosu işletmektedir. 2005 yılında Viyana Ceza İşleri Eyalet Mahkemesi ona ve çok sayıda kişiye karşı R ve G'ye karşı nitelikli hırsızlık, nitelikli dolandırıcılık ve güveni kötüye kullanmadan dolayı ceza soruşturması başlatmıştır. 21.2.2006 tarihinde sulh ceza hakimi, dokümanlar, bilgisayar, veriler, hesaplar, banka dokümanlar, bağış sözleşmesi, vasiyetname hakkında arama kararı vermiş ve aynı gün yapılan aramaya başvuru, onun müdafii ve Viyana Barosu temsilcisi katılmıştır. Polis memurları avukatlık bürosundaki tüm elektronik verileri, mühürledikleri bir CD'ye kaydeder. Polis raporuna göre bir laptop, R ve G'ye ait verileri içeren CD/DVD'ler, büroya ait tüm verileri içeren CD/DVD'ler ve ajanda fotokopisine elkonulur ve sulh ceza hakimine gönderilir. 3.3.2006 tarihinde Viyana Ceza İşleri Eyalet Mahkemesi Genel Kurulu mührün açılmasına ve elkonulan tüm veri taşıyıcılarının aranmasına karar verir. Bunun üzerine Viyana Barosu, avukatlık bürosunun aranmasının savcının sır saklama yükümlülüğünü ihlal ettiği düşünce-

⁴⁷ NJW 2013, s.3081

siyle yüksek mahkeme nezdinde kanun yararına bozma yoluna gitmesi için Başsavcılığa başvurur. Başsavcılık Baro tarafından yapılan başvuruyu reddeder ve başvurucuyu güveni kötüye kullanma suçundan 3 yıl hapis cezasına mahkum eder ise de, yeni delile dayalı olarak yargılamanın yenilenmesine yönelik istem başvurucunun beraati ile sonuçlanır.

Başvurucu 20.7.2006 tarihinde AİHM'e başvurmuş ve büroda yapılan arama ve elektronik ortamda depolanan verilere elkonulması nedeniyle AİHS m. 8'in ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Başvurucu, kendisinin sır saklama yükümlülüğünün, dökümanlara elkonulması ve büro çalışanlarının ifade alınması yoluyla dolaşamayacağına işaret etmiştir. Arama kararı belirsiz olduğu için "*kanunla öngörülmüş olma*" koşuluna uygun değildi ve elektronik ortamda depolanan *tüm* verilere elkonulması her halde oransız bir müdahale oluşturmaktaydı. Bunu, daha sonraki aşamada kendisinin beraat etmesi de göstermekteydi.

Hükümet ise, müdahalenin hem kanunla öngörülmüş ve hem de ölçülü olduğunu, avukatın sır saklama yükümlülüğünün de, bizatihi avukatı ceza kovuşturmasına karşı korumadığını, onun müvekkili ile arasındaki güven ilişkisinin korunmasına hizmet ettiğini ileri sürmüştür.

Tüm verilerin ceza muhakemesi için neyin önemli olduğunu ortaya çıkarmak için önce kabaca aranması gerekiyordu. Başvurucunun sonradan beraat etmesi, arama ve elkoymanın da hukuka aykırı olduğu anlamına gelmez. Daha öncesinde başvurucuya karşı şüpheyi destekleyen yeterli nedenler vardı.

AİHM'e göre, başvuru tedbirin, başvurunun AİHS m. 8 ile güvence altına alınan haklarına bir müdahale oluşturduğu tartışmasızdır. Arama ve verilere elkoyma başvurunun AİHS m. 8 anlamında haberleşme özgürlüğüne de müdahale oluşturmaktadır. Tedbirin "*kanunla öngörülmüş*" olup olmadığı Mahkemenin içtihatlarına göre iç hukukta bir dayanağının bulunup bulunmadığına bağlı olup, bunun biçimsel anlamda değil, maddi anlamda kanun olması yeterlidir. İç hukuk, bundan

başka hukuk devleti ilkesinin gereklerini karşılamalı, yani ilgili için ulaşılabilir ve kanundan ortaya çıkan sonuçlar öngörülebilir olmalıdır.

AIHM daha önce *Wieser ve Bicos Beteiligungen-GmbH/Avusturya* kararında Avusturya CMK’da elektronik ortamda depolanan verilerin aranmasına ve bunlara elkonulmasına ilişkin özel bir düzenleme bulunmadığını tespit etmiştir. Ancak eşyaya elkoymaya ilişkin genel ve kağıtlara elkoymaya ilişkin özel düzenlemeler, Avusturya mahkemelelerinin içtihatlarına göre elektronik ortamda depolanan verilerde arama ve bunlara elkonulması için de uygulanabilir. Bu nedenle müdahale “kanunla öngörülme” koşuluna uygundur. Başvurucunun arama kararının belirsiz olduğuna ilişkin itirazı oranlılık açısından ele alınmalıdır.

Bundan başka arama ve elkoyma suçların önlenmesi gibi meşru bir amaç da izlemektedir.

İncelenmesi gereken, başvuru tedbirin “demokratik bir toplumda gerekli”, yani izlenen amaca karşılık başvuru aracın oranlı olup olmadığıdır. Benzer olaylarda Mahkeme, mevzuatın ve uygulamanın kötüye kullanma ve keyfiliğe karşı uygun güvencelerin mevcut olup olmadığını incelemiştir. Burada özellikle arama hakim tarafından karar verilip verilmediği, şüpheyi dayanak oluşturan olguların yeterli olup olmadığı, arama kararında aramanın kapsamının yeterince sınırlandırılıp sınırlandırılmadığı ve avukatın sır saklama yükümlülüğü kapsamında olan belgelere elkonulmamasını güvence altına almak için bağımsız bir gözlemcinin arama yapılacak büroda hazır olup olmadığının göz önünde bulundurulması gerekir.

Mevcut olayda arama ve elkoyma kararı, sulh ceza hakimi tarafından nitelikli hırsızlık, nitelikli dolandırıcılık ve güveni kötüye kullanma şüphesi nedeniyle başvurucuya karşı başlatılan bir ceza muhakemesi ile bağlantılı olarak verilmiştir. Başvurucu, değerli eşyayı çalmak ve R ve G’nin önemli miktarda parasını dolandırmakla suçlanmıştır. Arama kararı, başvurucuya yüklenen fiile, fiili işleme zamanına ve sözde yol açtığı zararlara ilişkin ayrıntıları içermektedir.

Başvurucunun, başlangıçtan itibaren yeterli şüphenin mevcut olmadığını beraat kararının da gösterdiği yönündeki gerekçesi yerinde görülmemiştir. Böyle bir şüphenin mevcut olup olmadığı, arama kararının verildiği andaki duruma göre değerlendirilmelidir. Mevcut olayda ise bu anda yeterli şüphe mevcut bulunmaktadır. Başvurucunun sonradan beraat etmiş olması durumu değiştirmez.

Ne var ki, arama kararı oldukça geniş biçimde verilmiştir. Arama ve elkoyma R ve G'ye ait dosyalarla sınırlandırılmış olduğu halde, başvuranın genel ve sınırsız olarak *tüm dökümanlarını* içerecek biçimde icra edilmiştir. O halde, bu eksikliğin kötüye kullanma ve keyfilığe karşı başvurucuyu koruyan diğer muhakeme güvenceleri ile dengelenip dengelenmediği ele alınmalıdır. Daha önce Wieser ve Bicos BeteiligungsgmbH kararında da belirtildiği üzere, Avusturya CMK arama ve elektronik ortamda depolanan verilere elkoymada aşağıdaki muhakeme güvencelerine yer vermektedir. Bunlar; a) arama yapılacak yerin sahibinin aramada hazır bulunması, b) arama sonunda bir rapor düzenlenmesi ve arama sonucu ele geçen şeylerin bir liste halinde raporda gösterilmesi, c) eğer kağıtların sahibi aramaya itiraz ederse, mühürlenerek mahkemeye gönderilmesi ve bunların soruşturmada kullanılıp kullanılmayacağına mahkemece karar verilmesi, d) eğer avukatlık bürosu aranıyorsa Baro temsilcisinin aramada hazır bulunması.

Mevcut olayda arama, başvurunun, onun müdafinin ve baro temsilcisinin huzurunda gerçekleştirilmiştir. Elektronik ortamda depolanan *tüm veriler* CD/DVD'lere kopyalanırken, polis baro temsilcisinin önerisine uymuş ve tüm verileri R ve G adı altında veri taşıyıcısına aktarmıştır. Tüm CD/DVD'ler mühürlenmiştir. Arama sona erince de elkonulan eşyanın bir listesini içeren rapor düzenlenmiştir.

Başvurucu, elkonulan verilerin aranmasına karşı hukuksal başvuru olanağına da sahiptir. Bu yolla verilerin incelenmesine karşı koyma olanağına sahip ise de, arama kararı somut olayda oldukça geniş kapsamlı olarak verilmiş olduğu için, Viyana Ceza İşleri Eyalet Mahkemesi Genel Kurulu kararını çok kısa ve genel biçimde gerekçelendirmiş, özellikle

R ve G'ye ait verilerin bulunduğu veri taşıyıcısının incelenmesinin yeterli olup olmadığı sorununa hiç değinmemiştir. Ayrıca kararda başvuru-
cunun tüm verilerinin aranmasının soruşturma için zorunlu olup olmadığı
da karar gerekçesinde tartışılmamıştır. Oysa arama ve elkoymaya daya-
nak yapılan başvurucuya yüklenen eylemlerin münhasıran başvuru ile
R ve G arasındaki ilişkiye yönelik olduğu ortadadır. Avukat bürolarının
özel durumu nedeniyle başvuru-
cunun tüm diğer verilerinin aranmasına
izin veren çok özel nedenlerin mevcut olması gerekir. Mevcut olayda
böyle olmadığından, AİHS m. 8 ihlal edilmiştir.

*F. AİHM'in 3.9.2015 tarihli Sérvulo & Associados ve diğerleri/Porte-
kiz kararı (BN: 27013/10)⁴⁸*

AİHM'in bu kararında bizatihi şüpheli olmayan ve devam eden bir
yolsuzluk soruşturması ile bağlantılı olarak Portekiz savunma bakanlığı-
na danışmanlık yapması nedeniyle ceza kovuşturmasının odağında yer
alan bir avukatın bürosunda yapılan aramanın oranlılığı sorunu ele alın-
mıştır.

2006 yılında, Portekiz Hükümetinin bir Alman konsorsiyumdan iki
denizaltı almasıyla bağlantılı olarak, yolsuzluk, yasa dışı çıkar sağlama ve
kara para aklama suçlarından çok sayıda Portekiz ve Almanya vatandaşı
hakkında ceza soruşturması başlatılmıştır. Pazarlıklar sırasında Devlet
temsilcilerinin Devletin zararına maddi avantajlar elde etmiş olmaları
şüphesine dayanan soruşturma kapsamında soruşturma hakimi, Eylül
2009'da başvuran firmanın işyeri hakkında iki arama kararı vermiştir.
Arama kararı, denizaltı alımlarıyla ilgili pazarlıklara ve ödemelere katı-
lan avukatların oturduğu veya kullandığı tüm büroları kapsamakta ve şu
yönergeyi içermektedir: soruşturma kapsamındaki suçlarla bağlantılı
olarak, başta elektronik ortamda depolananlar olmak üzere, delil niteli-
ğindeki tüm belge, eşya ve delillere elkonulması; - bilgisayar dosyalarına
erişimin otuz beş anahtar kelimeye dayalı olması gerektiği belirtilerek,
haberleşme gizliliğinin korunması şartının uygulanmaması; - bağımsız

⁴⁸ Bkz. http://www.echr.coe.int/Documents/CLIN_2015_09_188_TUR.pdf

dijital format içerisinde ve avukat müvekkil gizliliği kapsamındaki dosyaların, sulh ceza hakimine teslim edilmek üzere kopyalanması. Son olarak, sulh ceza hakimi operasyonlar esnasında Barolar Birliğinden bir temsilcinin de hazır bulunmasını talep etmiştir. Başvuranlar, yapılan aramaya itirazda bulundukları için, elkonulan belgeler, incelenmeksiz mühürlenerek İstinaf Mahkemesi Başkanı'na gönderilmiştir. Ekim 2009'da İstinaf Mahkemesi Başkanı, belge ve bilgisayar dosyalarına elkonulmasının güdülen amaçla, yani yüksek derecede karmaşık davalar da adaletin yerine getirilmesi amacıyla orantılı olduğuna ve Anayasa'da yer alan özel yaşamın gizliliğine saygı gösterilmesi ilkesine yönelik ihlal olmadığına karar vermiş ve belgelerin mühürlenerek, Merkez Sulh Ceza Mahkemesine gönderilmesini emretmiştir.

2011 yılında soruşturma ikiye ayrılmış; 2 hard disk hariç olmak üzere elkonulan tüm belgeler iade edilmiş, söz konusu hard diskler ikinci soruşturmanın sonuçlandırılmasının ardından başvuran firmaya geri verilmiştir. Bu yargılamada sanıkların tümü beraat etmiştir.

Başvuranlar, bilgisayar sistemlerinde yapılan aramalar ve bilgisayar dosyaları ile e-postalara elkonulmasının özel yaşamlarına saygı hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir. AİHM'e göre, söz konusu arama ve elkoyma işlemleri, başvuranların haberleşmelerine saygı gösterilmesini isteme haklarına müdahale teşkil etmiştir. Söz konusu müdahale, suçu önleme meşru amacını gütmektedir. Demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı konusunda ise, bazı noktaların dikkate alınması gerekir. a) Öne sürülen gerekçelerin ilgili ve yeterli olup olmadığı: Sürmekte olan soruşturma ve yargılamalar göz önünde bulundurulduğunda, arama kararı makul şüphe gerekçelerine dayanmaktaydı. b) Arama ve elkoyma izinlerinin içerik ve kapsamı: Hukuk firmasının bilgisayar sisteminde yapılan aramalar, soruşturmayla bağlantılı otuz beş anahtar kelimeye dayanmaktaydı. Bu anahtar kelimeler, "ödemeler" ve "finansman sağlama" gibi genel kullanıma sahip ve "takas" ve "alış- satış farkı" gibi mali hukukta uzmanlaşmış avukatlık firmalarında rutin olarak kullanılan sözcükleri içermektedir. İlk bakışta arama ve elkoyma kararının kapsamının geniş olduğu anlaşılmaktaydı. Merkez sulh ceza mahkeme-

si, sulh ceza hakiminin incelemesinin ardından - ki bunu müteakip 850 kadar dosya silinmiştir - elkonulan 89.000 bilgisayar dosyası ve 29.000 e-postayı analiz etmiştir. c) Kötüye kullanmalara karşı güvencelerin yeterli ve etkili olup olmadığı: Barolar Birliği Kanunu uyarınca, söz konusu avukat hakkında resmî bir soruşturma başlatılmamış ise, avukat-müvekkil gizliliği kapsamına giren belgelere elkonulamaz. Ceza Muhakemesi Kanunu ve Barolar Birliği Kanunu da hukuk firmalarına yönelik arama ve elkoyma operasyonlarına ilişkin bir dizi usulî güvence öngörmektedir. Mevcut davada geçmişte başvuran firma için çalışmış bir avukat hakkında, devam eden ceza soruşturması kapsamında görevi kötüye kullanma suçundan yasal soruşturma başlatılmıştır. Operasyonların yürütülmesi ile ilgili olarak Mahkeme şunları kaydetmiştir: başvuranların birkaçı operasyonlarda hazır bulunmuştur; Barolar Birliğinden bir temsilci de orada bulunmuştur; bir sulh ceza hakimi operasyonlara nezaret etmiştir; başvuranlar derhâl İstinaf Mahkemesi Başkanı'na şikâyetle bulunmuş, bunun neticesinde elkonulan belgeler, İstinaf Mahkemesi Başkanı'na gönderilmeden ve Başkan kararını vermeden önce belgeleri inceleyen soruşturma yargıcı incelemesi olmadan mühürlenmiştir; operasyonlar hakkında, elkonulan eşyayı gösteren bir kayıt tutulmuştur; İstinaf Mahkemesi Başkan Yardımcısı başvuranların talebini incelemiş ve davada avukat-müvekkil gizliliğine yönelik aleni bir ihlâl bulunmadığına hükmetmiştir; Merkez sulh ceza mahkemesi hakimi, elkonulan eşyayı incelemiş ve avukat-müvekkil gizliliği kapsamına giren bilgiler içerdiği veya soruşturulan kişilerden başka kişileri ilgilendirdiği gerekçesiyle 850 kadar dosyanın imhasına karar vermiştir. Merkez sulh ceza mahkemesi hakimi ile ilgili olarak, değerlendirmesinin doğruluğunun sorgulanması için hiçbir neden bulunmamaktaydı. Belirtilen zamanda, Portekiz'de en karmaşık davalardan sorumlu tek sulh ceza hakimi olduğu doğrudur. Bununla birlikte, mevcut davaya, arama ve elkoyma operasyonlarının hukuka uygunluğunu incelemek ve özellikle avukat müvekkil gizliliğini korumak üzere hakim sıfatıyla katılmıştı. Ayrıca, kendisine soruşturma başlatma yetkisi verilmemişti. Hakkındaki iddialar, yürüttüğü inceleme hakkında şüphe uyandıracak kadar esaslı değildi. Ayrıca İstinaf Mahkemesi Başkan Yardımcısı'nın incelemesi de, sulh ceza hakiminin incelemesine ilâveten ek bir güvence teşkil etmekteydi ve Başkan

Yardımcısı'nın kararı bu hususta yeterli gerekçeler sunmuştu. Dolayısıyla sulh ceza hakiminin incelemesine ek olarak İstinaf Mahkemesi Başkanı'na bulunulan şikâyet, arama izinlerinin kapsamını telafi edecek nitelikte yeterli ve etkili bir hukuk yolu teşkil etmiştir. Bilgisayar dosyaları ve e-postaların iade edilmemesi ve bunların kullanımı hususunda, mevzuat söz konusu unsurların derhal geri verilmesini gerektirmemekteydi. Ulusal hukuk uyarınca, soruşturmanın düşürüldüğü bir ceza davası dosyası, söz konusu suçlar için geçerli zamanaşımı süresi boyunca tutulabilir. İkinci ayrı bir soruşturma açıldıktan sonra, Merkez Sulh Ceza Mahkemesi hakimi, yeni soruşturma dosyasına eklenmek üzere ceza soruşturması dosyasının ve çeşitli eklerinin kopyalanmasına izin vermiştir. Bu delillerin kullanılmasındaki amaç, diğer şüpheliler ve olaylara ilişkin bilgilerin araştırılması ve bu sırada haklarındaki soruşturmanın birinci soruşturmaya konu olan kişileri olumsuz şekilde etkilemeden devam ettirilmesi idi. Bu nedenle ileri sürülen gerekçeler meşruydı. Mevcut davada istenen kopyalar, elkoyma operasyonuna yol açan soruşturma ile yakından bağlantılı bir soruşturma ile ilgiliydi. Sonuç olarak, arama ve elkoyma kararlarının kapsamlı olmasına rağmen, başvuranlara sağlanan güvenceler ve özellikle İstinaf Mahkemesi Başkanı'nın müdahalesi ile birlikte sulh ceza hakimi tarafından yürütülen inceleme, uygun ve yeterli olmuştur. Mevcut davada hakkında şikâyetle bulunulan bilgisayar dosyaları ve e-postaların aranması ve bunlara elkonulması işlemi, bu nedenle, güdülen meşru amaçla orantısız bir müdahale teşkil etmemiştir.

Buna karşılık bu karara karşı oy yazan hakim Saragoça da Matta Portekiz makamlarının tutumuna ilişkin sert eleştiriler yöneltmiştir. Hakime göre, sonradan yapılan kontrol yeterli değildir. Çünkü ilgili avukatlar kapsamlı arama kararı ile zaten zarar görmüşlerdir.

III. Olağanüstü Hal ve Avukat Bürolarında Arama

1. KHK ile Getirilen Düzenleme

Avukat bürolarında arama 668 sayılı KHK m. 3 ile düzenlenmiş ve söz konusu KHK, 6755 sayılı kanunla kanunlaşmıştır. Buna göre;

“Avukat bürolarında hakim kararıyla veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emriyle, Cumhuriyet savcısının katılımı olmaksızın, adli kolluk görevlileri tarafından arama ve elkoyma yapılabilir. Arama ve elkoyma işlemi sırasında baro başkanı veya onu temsil eden bir avukat hazır bulundurulur; ancak, 5271 sayılı Kanunun 130 uncu maddesinin ikinci ve üçüncü fıkrası uygulanmaz”.

Görüldüğü üzere, bu düzenleme, aramanın avukatın işlediği iddia edilen bir suç nedeniyle yapılması bakımından bir ayırımı gitmediği için, avukatın üçüncü kişi olarak aramaya maruz kalması durumunda da uygulama alanı bulur. Bundan başka avukata yüklenen eylemin bir görev suçu olması bakımından da bir ayırımı da gidilmemiştir.

2. Düzenlemenin CMK'daki Düzenlemeden Farklılıkları

25.7.2016 tarihli ve 668 sayılı KHK, öncelikle TCK'nın 2. Kitabı 4. Kısım (Millete de Devlete Karşı Suçlar), 4, 5, 6 ve 7. Bölümde tanımlanan suçlar (devletin güvenliğine karşı suçlar, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, milli savunmaya karşı suçlar ve devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk) ile Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren ve toplu olarak işlenen suçlar bakımından uygulama alanı bulur. Burada tanımlanan suçlar dışında CMK ve Avukatlık Kanunu'ndaki aramaya ilişkin düzenlemeler geçerliliğini korumaktadır.

Anılan KHK m. 3, avukat bürolarında arama kararının münhasıran mahkeme tarafından veriliyor olması kuralına aykırı olarak avukat bürolarında *“hâkim kararıyla veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emriyle”* arama yapılmasını öngörmüştür. CMK'ya göre gecikmede sakınca bulunması durumunda dahi mahkeme tarafından arama kararı verilebilirken, KHK, hakim kararı, gecikmede sakınca söz konusu olduğunda ise, C. Savcısının yazılı emri ile de arama yapılmasına olanak sağlamaktadır. Ancak her halde KHK kapsamında da kolluğun kendi inisiyatifi ile avukat bürolarında arama yapması mümkün değildir. Bundan başka CMK m. 130'da *“mahkeme”* denilmekte iken, KHK'nın *“hakim”* ifadesini kullanmış olması gözden uzak tutul-

mamalıdır. Böylece KHK ile, daha önce ağır ceza mahkemesince verilen arama kararının, sulh ceza hakimliği tarafından da verilebilmesine olanak sağlanmış olmaktadır.

Yine CMK m. 130 ile 668 sayılı KHK m. 3/1-i arasında bir karşılaştırma yapıldığında dikkat çekici olan bir diğer nokta da, CMK m. 130 da aranan “*arama kararında belirtilen olayla ilgili olarak*” arama yapılmasına ilişkin gerekliliğin anılan KHK ile kaldırılmış olmasıdır.

Bundan başka CMK m. 130’a göre arama “*C. Savcısının denetimi altında*” yapılmakta iken; KHK’ya göre “*C. Savcısının katılımı olmaksızın*” gerçekleştirilecektir. Bunun için C. Savcısının arama yapılacak büroda hazır bulunması gerekmekte iken⁴⁹; KHK’daki düzenlemeye göre C. Savcısı “*istese bile*” aramaya katılamayacaktır.

Gerçi arama ve elkoyma sırasına baro başkanı veya onu temsil eden bir avukatın arama yapılacak yerde hazır bulundurulacağına ilişkin CMK m. 130 ile KHK m. 3 arasında herhangi bir farklılık bulunmamaktadır. CMK m. 130/2 ve 130/3’deki güvencelere uygun hareket edilmesi açısından bu kişilerin arama yapılan yerde hazır bulunması önem taşımaktadır. Ne var ki, KHK m. 3/1-i’de “*Arama ve elkoyma işlemi sırasında baro başkanı veya onu temsil eden bir avukat hazır bulundurulur; ancak, 5271 sayılı Kanunun 130 uncu maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları uygulanmaz*” denilmiş olması nedeniyle bu güvencenin herhangi bir anlamı kalmamaktadır. Bu durumda Baro adına aramada hazır bulunan avukat, CMK m. 130/2 kapsamında “*müvekkil ve avukat arasındaki mesleki ilişkiye ait*” belgelerin kolluk tarafından görülmesine engel olamayacaktır. Bu düzenlemenin, “*güven ilişkisine*” dayalı olan avukatlık mesleğine olan güveni sarsacağı, bireyleri avukatla görüşmekten dolayı olarak alıkoyacağı ortadadır.

⁴⁹ Önok, Arama, s. 264

3. Düzenlemenin AİHM kararları ışığında Değerlendirilmesi

A. OHAL'in Varlığı

AİHS m. 15 savaş ya da olağanüstü hal söz konusu olduğunda AİHS ile öngörülen güvence sistemine aykırı bazı tedbirleri alma konusunda taraf devletlere bazı sınırlar içerisinde yetki vermektedir. Bugüne kadar ki AİHM kararlarına bakıldığında “savaş” durumunun AİHS m. 15’in uygulanması açısından pratik bir önem taşımadığı⁵⁰, buna karşılık sözleşmecî devletlerin “olağanüstü halin varlığı”na dayandıkları görülmektedir⁵¹. AİHM bugüne kadarki kararlarında sözleşmecî bir devletin salt AİHS m. 15’in koşullarının gerçekleştiğine yönelik tek yanlı iradesini dikkate almamakta ve ayrıca böyle bir durumun mevcut olup olmadığını denetlemektedir⁵².

AİHM, A ve diğerleri/Birleşik Krallık kararında⁵³, olağanüstü durumun varlığı için dört koşulun gerçekleşmesini aramaktadır.

1.Olağanüstü hal mevcut veya doğrudan bir tehlike olmalıdır. Olağandışı ve doğrudan tehdit oluşturan bir ekonomik kriz ve tehlike durumu mevcut olmalıdır. Savaş, iki veya daha fazla devletin birbirlerine karşı kendi iradelerini zorla kabul ettirmek amacıyla başvurdukları silahlı mücadeledir⁵⁴. Olağanüstü durum ise, ülke nüfusunun tümünü etkileyen ve tüm devlet öğeleri için güncel ve doğrudan mevcut bir tehlike ortaya çıkaran acil ve olağandışı durumlardır⁵⁵.

⁵⁰ Bkz. AİHM’in 17.5.2010 tarihli Kononov/Litvanya kararı, No. 36376/04

⁵¹ Bkz. Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, EMRK Kommentar, Art. 15 no. 3

⁵² Örneğin bkz. AİHM’in 1.7.1961 tarihli Lawless/İrlanda kararı, AİHM, 16.9.2014 tarihli Hassan/Birleşik Krallık kararında (29750/09), uluslararası silahlı çatışmada AİHS m. 5’in aradığı sıkı koşullara bağlı olmaksızın, Üçüncü ve Dördüncü Cenevre Sözleşmelerine göre kişilerin özgürlüğünden yoksun bırakılabileceğini belirtmiştir. Mahkemeye göre gerçi AİHS m. 5, uluslararası silahlı çatışma durumunda da uygulanabilir, ancak insancıl hukukun normları ışığında yorumlanmalıdır. Bu değerlendirme, fiilen AİHS m. 5 çatışma söz konusu olduğunda devre dışı bırakmaktadır (Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, EMRK Kommentar, Art. 15 no.4).

⁵³ 19.2.2009, 3455/05 par. 175 vd.

⁵⁴ Pazarıcı, Hüseyin, Uluslararası Hukuk, 6. Bası, Ankara 2008, s. 442

⁵⁵ AİHM’nin 18.12.1996 tarihli Aksoy/Türkiye kararı

2. *Tüm ulusun varlığını etkilemelidir.* Tehlikenin fiilen ülkenin geneline yayılmış olmasına gerek yoktur; halkın tümünü etkileyen bölgesel çatışma ve olağanüstü durum olması yeterlidir⁵⁶.

3. *Organize toplum için bir tehdit oluşturmalıdır.*

4. *Güvenlik, sağlık ve kamu düzeninin sağlanmasında sözleşmenin izin verdiği olağan ve normal tedbir veya sınırlamalar yetersiz kalmalıdır*⁵⁷. İrlanda olayında olağanüstü halin varlığını AİHM kabul etmiştir⁵⁸, aynı şekilde Türkiye'nin güneydoğusunda⁵⁹ ve 11.9.2011 tarihinde ABD'deki saldırılardan sonra İngiltere'de terörist saldırı tehlikesi nedeniyle de OHAL ilanını AHİS m. 15'e aykırı görmemiştir⁶⁰.

Sözleşmeci devletlerin bu konuda geniş bir takdir yetkisine sahip olduğu burada da kabul edilmektedir. Şu halde olağanüstü durumun varlığı ve eğer böyle bir durum varsa da ne yapılması gerektiği konusunda devletlerin karar verme yetkisi vardır. Ulusal makamlar gerçek olaylarla doğudan ve sürekli yüz yüze geldikleri için bunun halen mevcut ve hangi tedbirlerin gerekli olduğunu değerlendirme konusunda uluslararası bir hakimden daha iyi durumdadırlar. Ancak devletlerin bu konudaki takdir yetkisi Mahkemenin denetimi altındadır⁶¹.

B. Tedbirin Oranlılığı

Sözleşmeci devletler AİHS m. 15'te öngörülen sıkı koşullar altında ve buna dayanarak sözleşme ve ek protokollerde öngörülen güvence-
lere aykırı düzenlemeye gidebilirler. Bu düzenlemeler mutlaka zorunlu olmalıdır.

⁵⁶ Grabenwarter, § 2 no.10

⁵⁷ AİHM 1.7.1961, EGMR-E 1, 10– Lawless/İrlanda

⁵⁸ AİHM 18.1.1978, EGMR-E 3, 693 No. 220 – İrlanda/Birleşik Krallık

⁵⁹ AİHM 18.12.1996, Slg. 1996-VI Nr. 69 – Aksoy/Türkiye

⁶⁰ AİHM 19.2.2009, 3455/05 Nr. 181, NJOZ 2010, 1903– A. ve diğerleri/Birleşik Krallık

⁶¹ AİHM 18.1.1978, EGMR-E 3, 693 No. 207 – İrlanda/Birleşik Krallık; AİHM 18.12.1996, Slg. 96-VI No. 68 – Aksoy/Türkiye; AİHM 19.2.2009, 3455/05 No. 173 vd. A. ve diğerleri/Birleşik Krallık. Bkz. Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, EMRK Kommentar, Art. 15 no.8

Tedbirin oranlılığı özel olarak incelenmektedir. Buna göre bir tedbir, eğer olağanüstü duruma yönelik özel durumun gerekli kıldığı *gerçek bir reaksiyon* ise (“genuine response”) ve kötüye kullanmalara karşı uygun tedbirler alınmış ise (“adequate safeguards against abuse”) ancak bu takdirde *zorunlu* sayılır. Bu noktada başvurulanan tedbir ile karşı karşıya kalınan olağanüstü hal arasında somut bir ilişki olmalıdır. Mahkeme bu konuda, olağanüstü hal nedeniyle aykırı önemler alınan hakkın niteliğini, olağanüstü durumun süresini ve ona yol açan durumu göz önünde bulundurmaktadır⁶². Bu bağlamda sözelimi AİHM herhangi bir hakim denetimi olmaksızın başvurucunun 14 gün süreyle gözaltında tutulmasını sözleşmeye aykırı görmüştür⁶³. Ancak mahkeme olağanüstü durumun uzun süre de devam edebileceğini kabul etmekte, zaman bakımından mutlaka bir süre ile de sınırlandırmamaktadır. Bununla birlikte olağanüstü hal ilanına yol açan olayların üzerinden ne kadar uzun bir süre geçerse, o ölçüde de alınan tedbirlerin bununla bağlantılı olduğunu açıklamak güçleşir.

Yükümlülük azaltma, ancak durumun mutlaka gerektirdiği ölçüde mümkündür. Buna ilişkin AİHM kararlarında aşamalı bir değerlendirme yapılmaktadır. Mahkeme, öncelikle mevcut duruma egemen olmak için devletin hangi normal önlemlere başvurabileceğini incelemektedir. Eğer bunlar yeterli değilse, ancak bu takdirde başkaca tedbirlere başvurulabilir⁶⁴. En ağır önlemleri almaya gerek kalmadan daha hafif önlemler ile çözüm bulmak mümkün olmasına rağmen gerektiğinden daha ağır önlemlerin alınması tercih ediliyorsa, amaç ile araç arasındaki makul denge bozulmuş olur. Tehlike ortadan kalktığı anda tedbirler kaldırılmalı, tehlike arttığı anda ise tedbirler arttırılmalıdır. Burada hükümetin subjektif değerlendirmesi değil, objektif değerlendirme esas alınmalıdır.

Öte yandan AİHS m. 15’e dayanarak yükümlülük azaltma, ilgili devletin uluslararası yükümlülüklerine de aykırı olmamalıdır. Sözleşmeye taraf devlet, AİHS dışında bağlı bulunduğu herhangi bir uluslararası

⁶² Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, EMRK Kommentar, Art. 15 no.9

⁶³ AİHM 18.12.1996, Slg. 96-VI No. 68 – Aksoy/Türkiye

⁶⁴ Grabenwarter, § 2 no.10

insan hakları sözleşmesinin daha kapsamlı koruyucu hükümlerini ihlal edemez. Diğer taraftan uluslararası hukukun genel ilkelerinden doğan yükümlülükler ihlal edilmemelidir. Burada özellikle Cenevre Konvansiyonu ile BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi göz önünde bulundurulmalıdır⁶⁵.

Bundan başka aykırı önlemler alma hakkını kullanan Sözleşmeciler devlet, almış olduğu önlemler ile gerekçelerini Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne tam olarak bildirme yükümlülüğündedir. Aldığı önlemler, gerekçeler, başlangıç ve bitiş tarihlerine ilişkin, kaçınılmaz her hangi bir gecikme olmaksızın bildirim yapılması gerekir. AİHK, Yunanistan'a karşı Danimarka, Norveç, İsveç ve Hollanda başvurusuna ilişkin 1969 tarihli kararında önlem alınmasından 4 ay sonra Genel Sekreterliğe yapılan bildirim gecikmiş bir bildirim olarak değerlendirmiştir⁶⁶. Eksik bilgi vermenin yaptırımını Sözleşmede çok belirgin değildir.

Ukrayna, 5 Haziran 2015 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreterine, ülkedeki acil durum nedeniyle Ukrayna yetkili makamlarının Sözleşme'nin 3. maddesinde öngörülen belirli hakları askıya almak amacıyla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 15. maddesini uygulamaya karar verdiklerini bildirmiştir.

Fransa yetkili makamları, 24 Kasım 2015 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreterine, Paris'te meydana gelen geniş çaplı terör saldırılarının ardından alınan ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'yle güvence altına alınan belirli hakların askıya alınmasını da kapsayan birtakım acil durum tedbiri hakkında bilgi vermiştir.

Geçmişte, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf sekiz Devlet (Arnavutluk, Ermenistan, Fransa, Gürcistan, Yunanistan, İrlanda, Türkiye ve Birleşik Krallık) yükümlülüklerini askıya haklarına dayanmışlardır. Bu Devletlerin dördü (Yunanistan, İrlanda, Birleşik Krallık ve

⁶⁵ Grabenwarter, § 2 no.11

⁶⁶ Bkz. Grabenwarter, § 2 no.13

Türkiye), alınan tedbirleri Sözleşme koşulları ışığında gerekçelendirmek zorunda kalmıştır⁶⁷.

Türkiye, hangi içerikte ve ayrıntıda bilgi içerdiği bilinmeyen bildirimini, olağanüstü halin başladığı gün olan 21 Temmuz 2016 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreterine iletmiştir.

C. KHK ile Getirilen Düzenlemenin AİHM Kararları Açısından Değerlendirilmesi

Avukat bürolarında arama, yalnızca avukatın özel yaşamına saygı hakkı ile ilgili bir konu olmayıp, aynı zamanda avukat ve müvekkil arasındaki meslek sırrının korunması amacına hizmet ettiğinden ayrıca adil yargılama hakkını da ilgilendiren bir boyut taşımaktadır. Kuşkusuz bu durum, avukat bürolarında arama yapılmasını kesinlikle yasaklanması anlamına gelmemekte; ancak bu alana yapılacak müdahaleler açısından bazı muhakeme güvencelerine yer verilmesini ve uygulama da buna uygun hareket edilmesini zorunlu kılmaktadır.

Bu açıdan bakıldığında CMK m. 130'un, AİHM kararlarında avukat bürolarının aranmasına ilişkin güvenceleri büyük ölçüde karşıladığı söylenebilir de; sonradan kanunlaşan 678 sayılı KHK ile bu güvencelerin kaldırılması, ileride AİHM'e yapılacak başvurular açısından sorun yaratacak gibi görünmektedir. Gerçi Türkiye, AİHS m. 15 kapsamında yükümlülük azaltma beyanında bulunmuş olup, olağanüstü durum nedeniyle avukat bürolarında arama yapılması ile doğrudan ilgili olan AİHS m. 8'e aykırı bazı tedbirleri alabilir. Ne var ki, alınan tedbirler oranlılık ilkesi ile bağlantılı olup, bu bağlamda arama kararının arama kararı verilen olayla sınırlı olarak icra edileceğine ilişkin düzenlemenin kaldırılması, gecikmede sakınca bulunması durumunda C. Savcısının da aramaya karar vermesi ve en önemlisi de, CMK m. 130/2'deki güvencenin ortadan kaldırılması, elektronik ortamda depolanan veriler açısından herhangi bir sınırlama getirilmeden arama ve elkoymaya olanak sağlan-

⁶⁷ Sözleşmeciler devletlerin m. 15 kapsamında bugüne kadarki yükümlülük azaltma beyanları için bkz. Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, EMRK Kommentar, Art. 15 no. 3

ması, aramanın oranlılığı açısından ileride olası başvurular açısından sorun kaynağı olacaktır. Nitekim Avrupa Konseyi'nin anayasal konularda bir tür danışma organı olan *Venedik Komisyonu*'nun 12.12.2016 tarih ve 865/2016 nolu raporunda⁶⁸, diğerleri yanında konumuz olan arama açısından özellikle elektronik verilere elkoyma ile ilgili yasal güvencelere aykırı davranıldığı, arama ile bağlantılı özel yaşam ihlallerinin arttığı ve bunun ileride AİHS m. 5,6 ve 8'in ihlallerini gündeme getireceği yönünde bazı tespitlere yer verilmesi, bu yöndeki kaygıları artırmaktadır.

⁶⁸ Bkz. [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2016\)037-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)037-e)

MAKALELER

İHALE BEDELİNİ YATIRMAYARAK İHALENİN FESHİNE NEDEN OLAN ALICININ (HİSSEDARIN), TEKLİF ETTİĞİ (ÖDEMEDİĞİ) İHALE BEDELİ İLE SON İHALE BEDELİ ARASINDAKİ FARKTAN SORUMLULUĞUNUN KAPSAMI (İİK. MAD. 133/II)*

■ Av. Talih UYAR**

Özet: Kendisine taşınmaz ihale edilen alıcıdan önce en yüksek pey süren kişinin -İİK. mad. 133/I, c:2, 3 uyarınca- teklif ettiği bedelle bu taşınmazı satın alma zorunluluğu yoktur. İhaleye girip, ihale bedelini yatırmayarak ihalenin feshine sebep olan alıcının sorumluluğu mutlak-
tır.

İİK. mad. 133/II uyarınca, ihaleye katılıp daha sonra ihale bedelini yatırmamak suretiyle ihalenin feshine sebep olan tüm alıcılar (ve kefilleri), teklif ettikleri bedel ile son ihale bedeli arasındaki farktan ve diğer zararlardan ve ayrıca temerrüt faizinden müteselsilen sorumludurlar.

Katıldığı açık artırma sonunda kendisine yapılan ihalenin bedelini yatırmayan ve İİK. mad. 133 uyarınca ihale kararının icra (satış) müdürü tarafından kaldırılmasına (feshedilmesi-ne) sebebiyet veren kişi “ihale bedelini yatırmaması için verilen on günlük sürenin bittiği tarihten başlamak üzere ve tamamlayıcı ihalenin ilk ihaleden fazla bedelle yapıldığı tarihe kadar olan” temerrüt faizinden sorumludurlar.

Anahtar Sözcükler: İhale bedeli, ihalenin bozulması, ihalenin feshi, süresinde ihale bedelinin yatırılmaması, haksız fiil, süresiz şikayet, müteselsil sorumluluk, iki ihale bedeli arasındaki fark, gecikme faizi, hukuki yarar, icra memurunun sorumluluğu, açık artırma, kesin hüküm, ortaklığın giderilmesi davası, iyiniyet

Abstract: According to Enforcement and Bankruptcy Code Article 133 / I, c: 2, 3, there is no obligation to buy this property which for by the highest bidder before the tendered buyer. The responsibility of the buyer, who has caused the annulment of the tender by the way of entering the auction and not paid the tender price, is absolute.

According to Enforcement and Bankruptcy Code Article 133 / II, all buyers (and their guarantors) who terminate the tender through participating in the tender and then not paying the tender price, are joint liable for the difference between the offer price and the final tender price and the other losses plus default interest.

At the end of participating auction, the person who non-depositing the tender price and as per Article 133 caused that revoking (annulment) tender decision by enforcement(sales) manager shall be responsible for the default interest “starting from the date on which is given ten days duration for depositing the tender price ends and until the date of making the complementary tender has made with much more price than the first tender.”

Key Words: Tender price, dissolution of tender, annulment of the tender, non-depositing the tender price on time, tort, indefinite complaint, joint liability, the difference between the two tender prices, overdue interest, legal interest, the responsibility of the enforcement officer, auction, res judicata, elimination of the joint ownership, good faith

*Bu yazı, bir dava dosyasına ‘hukuki mütalâa’ (uzman görüşü) “HMK. 293” olarak sunulmuştur.

** İzmir Barosu (9 Eylül Üniv .Huk. Fak. E. Öğr. Görv.)

I- İİK. mad. 133'te taşınmazlara ilişkin ihalelerde, *ihale bedelinin -hemen ya da verilen süre içinde- ödenmemesinin sonuçları, düzenlenmiştir.*¹

Taşınmazı ihalede almış olan alıcı, «ihale bedeli»ni hemen (derhal)² ya da -İİK. mad. 130 gereğince kendisine 'on günü geçmemek üzere' süre verilmişse- verilen süre içinde ödemezse, «*bu ihalenin icra müdürü (ortaklığın giderilmesi satışlarında; satış memuru) tarafından doğrudan doğruya (re'sen)*³*bozulması*» (daha doğrusu yasanın ifadesine göre; «*ihale kararının kaldırılması*») gerekir. İhaleyi bozmadan önce icra mahkemesinden (sulh hukuk mahkemesinden) mütalâa isteyip sonra 'bozma kararı' veremez...^{4 5}

İhale bedelinin süresinden sonra yatırılmış olması da -kural olarak- ihalenin feshini önlemez...⁶

İcra (satış) müdürünün «*ne zaman*» ihaleyi bozması gerektiği konusunda yasada açık bir hüküm yoksa da, maddenin amacı, icra (satış) müdürünün bu konuda «*gecikmeden*» karar vermesini gerektirmektedir.

Doktrinde⁷ «*icra (satış) memurunun; ihale bedelinin ödenmemesi üzerine, en kısa zamanda (hemen) ihaleyi feshetmesi, ekonomik koşullarda aleyhe bir fark ortaya çıkmadan alıcıdan önce en yüksek teklifte bulunan*

¹ Bknz: UYAR, T. Taşınmaz Mallara İlişkin İhale Bedelinin Ödenmemesi (Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, 2001, C:1, s:755-766)

² Bknz: 12. HD. 08.11.2012 T. 15851/32231 (www.e-uyar.com)

³ Bknz: 12. HD. 12.5.2011 T. 28053/9319; 1.2.1996 T. 18497/1424; 15.11.1993 T. 13876/17850; 6.12.2005 T. 19793/24177, 8.11.2005 T. 17609/21459 (www.e-uyar.com)

⁴ UYAR, T. a.g.m. s:758

⁵ Bknz: 12. HD. 16.1.1986 T. 5807/261 (www.e-uyar.com)

⁶ Bknz: 12. HD. 1.2.1996 T. 18497/1424; 25.10.1993 T. 11138/16146 (www.e-uyar.com)

⁷ KURU, B. İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2013, 2. Baskı, s: 688 – UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C. İİK. Şerhi, 2014, 3. Baskı, C:2, s:2311 – ÜSTÜNDAĞ, S. İcra Hukukunun Esasları, 2004, 8. Baskı, s: 281 – POSTACIOĞLU, İ. İcra Hukuku Esasları, 1982, 4. Baskı, s: 510 – BERKİN, N. İcra Hukuku Rehberi, 1980, s: 141 – GÖKÇE, Z. İzalei Şuyu Dava ve Takipleri, 2000, s: 572 vd. – ERTURGUT, M. İcra ve İflâs Hukukunda Menkullerin Paraya Çevrilmesi, 2000, s: 143 – ASLAN, E. K. İcra ve İflâs Hukukunda Taşınmaz Malların Açık Artırma Yolu İle Paraya Çevrilmesi, 2004, s: 171 – POSTACIOĞLU, İ./ALTAY, S. İcra Hukuku Esasları, S. Baskı, 2010, s: 602 – COŞKUN, M. Açıklamalı-İçtihatlı İcra ve İflâs Kanunu, C: 2, 2016, s: 2646

kimseye taşınmazı -İİK. mad. 133/İ, c: 2'ye göre- teklif etmesi ve bu kişinin taşınmazı almaması halinde 'hemen' artırmaya çıkarması gerektiği» belirtilmiştir.

Ayrıca belirtelim ki; «*süresinde ihale bedelinin yatırılmaması üzerine, ihaleyi kendiliğinden hemen feshetmeyen icra (satış) memurunun sorumluluğu, haksız fil hükümleri çerçevesinde*» değerlendirilir.^{8 9}

İcra (satış) memurunun, bedeli ödenmeyen ihaleyi «hemen» feshetmemesi -yani; geç feshetmesi- halinde, taşınmazın *normal ihale kurallarına göre* yeniden ihaleye çıkarılması gerekir.¹⁰

İcra (satış) memuru, ihale bedelinin ödenmemesi üzerine ihaleyi kendiliğinden bozmazsa, icra (satış) memurunun bu işlemi, ilgililerin -örneğin, alıcıdan önce en yüksek pey sürmüş olan kişinin,¹¹ alacaklının, borçlunun- şikayeti üzerine *icra mahkemesince*¹²-ortaklığın giderilmesine ilişkin satışlarda, *sulh hukuk hakimliğince*¹³ bozulur. Ancak, ihale bedelinin ödenmemesi nedeniyle «ihaleyi bozma yetkisi» icra (satış) memuruna verilmiş olduğundan,¹⁴ ihalenin bozulmasını isteyen ilgililerin önce icra (satış) memuruna başvurması ve onun bu konuda karar vermemesi ve fesih işlemi (kararını) savsaklaması -ya da istemi red etmesi- üzerine icra mahkemesine (ya da sulh hukuk hakimliğine) -*süresiz şikayet yoluyla*- başvurmaları gerekir.¹⁵ Böyle yapmadan, doğrudan doğruya icra mahkemesine (sulh hukuk hakimliğine) başvuramazlar.^{16 17}

⁸ Bknz: 4. HD. 6.12.1965 T. 11076/6916 (www.e-uyar.com)

⁹ UYAR, T. a.g.m. s: 759 - COŞKUN, M. a.g.e. , C: 2, s: 2645

¹⁰ KURU, B. El Kitabı, 2. Baskı, s: 688; s: 692, dipn. 207

¹¹ Bknz: 12. HD. 3.7.1995 T. 9522/9970 (www.e-uyar.com)

¹² Bknz: 12. HD. 12.5.1980 T. 3590/4535 (www.e-uyar.com)

¹³ Bknz: 12. HD. 23.3.1994 T. 3015/3764 (www.e-uyar.com)

¹⁴ Bknz: 12. HD. 1.2.1996 T. 18497/1424; 15.11.1993 T. 13876/17850 (www.e-uyar.com)

¹⁵ Bknz: 12. HD. 3.7.1995 T. 9522/9970 (www.e-uyar.com)

¹⁶ Karş: ERTURGUT, M. age. s: 132 vd. - ASLAN, E. K. age. s: 153

¹⁷ Bknz: 12. HD. 17.12.2002 T. 25389/26844; 1.6.1998 T. 5847/6340; 13.5.1998 T. 4846/5408; 4.10.1994

İhale bedeli, alıcı tarafından «*yasal süre geçtikten sonra*» yatırılırsa icra (satış) memuru yine ihaleyi bozmak zorunda mıdır? Kural olarak, icra (satış) memurunun geç ödemeyi kabul etmemesi ve ihaleyi bozması gerekir.¹⁸ Ancak tüm ilgililer -«icra takiplerinde»; alacaklı ve borçlu, «ortaklığın giderilmesine ilişkin satışlarda» taşınmazın bütün paydaşları- ihalenin bozulmamasını isterler yani bu geç ödemeyi onaylarsa, «bu ihalenin bozulmaması gerektiğini» **Yargıtay**¹⁹ -23.3.1955 T. 1/5 sayılı İçt. Bir. Kararının gerekçesine²⁰ yollamada bulunarak- bildirmiştir.

Uygulamadaki önemi nedeniyle şu hususu da belirtelim ki; bedeli alıcı tarafından süresinde ödenmemiş olan *ihalenin feshi* hakkında icra mahkemesinde -ortaklığın giderilmesine ilişkin satışlarda; sulh hukuk mahkemesinde- dava açılmış dahi olsa, açılan bu dava, memur tarafından İİK. mad. 133'ün uygulanmasını önlemez. Yani, icra (satış) memurunun yine ihaleyi İİK. mad. 133/I'e göre kendiliğinden bozması gerekir.²¹ Hatta, ihale icra müdürü tarafından İİK. mad. 133'e göre «*ihale bedeli süresinde ödenmediği için*» bozulmadan önce icra mahkemesi tarafından İİK. mad. 134'e göre açılan dava sonucunda bozulmuş dahi olsa, memurun yine, İİK. mad. 133'e göre ihaleyi kendiliğinden bozması gerekir. Ancak, icra mahkemesinin İİK. mad. 134'e göre verdiği «*ihalenin feshi*» kararı kesinleşirse, icra müdürünün İİK. mad. 133'e göre işlem yapması mümkün olmaz. Eğer taşınmaz daha önce İİK. mad. 133/I'e göre «*alıcıdan evvel en yüksek pey sürene ya da yedi günlük satış sonucunda en çok arttırana*» ihale edilmiş ise, ihalenin icra mahkemesi tarafından İİK. mad. 134'e göre feshedilmesi (ve bu kararın kesinleşmesi) ile İİK. mad. 133'e göre yapılan ihale hükümsüz kalır.²²

T. 10016/11659; 12.5.1989 T. 2743/3266 vb. (www.e-uyar.com)

¹⁸ Bknz: 12. HD. 1.2.1996 T. 18497/1424; 25.10.1993 T. 11138/16146 (www.e-uyar.com)

¹⁹ Bknz: 12. HD. 5.2.1979 T. 341/228 (www.e-uyar.com)

²⁰ Bknz: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları (Hukuk Bölümü C:4, 1980 s: 606 vd.

²¹ Bknz: 12. HD. 6.2.2003 T. 2421/2305; 15.3.1991 T. 10375/3241 (www.e-uyar.com)

²² KURU, B. İcra ve İflas Hukuku, C:2, 1990, s: 1394 – KURU, B. El Kitabı, s: 691 – POSTACIOĞLU, İ. age. s: 515 – ARSLAN, R. İcra ve İflas Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi, 1984, s: 223 vd. - UYAR, T./ UYAR, A./ UYAR, C. a.g.e., C:2, s: 2315

İhale Bedelini Yatırmayarak İhalenin Feshine Neden Olan Alıcının (Hissedarın),
Teklif Ettiği (Ödemediği) İhale Bedeli İle Son İhale Bedeli Arasındaki Farktan
Sorumluluğunun Kapsamı (İik. Mad. 133/İi)

Yine uygulamadaki önemi nedeniyle belirtelim ki, ihalenin icra müdürünce (satış memurunca), İİK. mad. 133'e göre bozulmuş olması, icra mahkemesinde İİK. mad. 134'e göre görülmekte olan «*ihalenin bozulması*» davasına etkili olmaz ve bu durumda icra mahkemesince «*konusu kalmadığı*»ndan bahisle, «*ihalenin feshi isteminin reddine*» karar verilemez...²³

«*İhale bedelinin süresinde yatırılmaması üzerine*», ihaleyi kendiliğinden bozan icra (satış) memurunun, alıcının ihaleye katılmak için yatırmış olduğu teminat akçesini (İİK. mad. 124/III) alıkoyup, bozulan ihalede, alıcıdan önce en yüksek teklifte bulunmuş olan kişiye, «*taşınmazı teklif ettiği bedelle alıp almayacağını*» mümkün olan en kısa süre içinde -bu konuda kendisine bildiri (muhtıra) göndererek- sorması gerekir.²⁴ Hemen belirtelim ki; **ihalede ikinci en yüksek pay sürmüş olan kimse- nin, taşınmazı alma zorunluluğu yoktur.**^{25 26} Ancak bu formalite yerine getirilmeden, İİK. 'nun 133. maddesinde öngörülen sonraki aşamaya geçilemez²⁷... Bu hüküm İsviçre'deki metinde yoktur.^{28 29}

²³ Bknz: 12. HD. 17.12.2013 T. 33985/40366; 01.11.2013 T. 26192/34058; 25.12.2012 T. 27133/39853; 30.10.2012 T. 20613/30551; 09.10.2012 T. 15011/28767; 17.04.2012 T. 31392/12652; 27.06.2012 T. 8048/22682; 27.12.2011 T. 29859/31361; 2.12.2005 T. 19788/23840; 28.9.2004 T. 15696/20359; 6.4.2004 T. 4457/9572 (www.e-uyar.com)

²⁴ Bknz: 12. HD. 4.11.1996 T. 12852/13573; 8.7.1980 T. 4658/6039; 25.12.1986 T. 38481/15149 (www.e-uyar.com)

²⁵ Bknz: 12. HD. 30.6.2008 T. 11072/13777

²⁶ UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C. a.g.e., C:2, s:2315 – www.e-uyar.com “İİK. mad. 133, AÇIKLAMA:IV”

²⁷ KURU, B. İcra ve İflas Hukuku (Ders Kitabı), 2016, s: 235 – KURU, B. İstinaf Sitemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku, 2016, s: 315

²⁸ ARTUS, A. İhalenin Feshi ve Farkının Tahsili (Adliye Ceridesi, 1943, S: 5, s: 308)

²⁹ Bu farklı hüküm şu gerekçeyle kabul edilmiştir:

«Gayrimenkul kendisine bırakılan alıcı, müddeti içinde parayı vermezse, eldeki kanuna göre, mutlaka yeni bir arttırma daha yapılmak icap ediyor. Bu hal tekrerrür de edebilir. O takdirde arttırmaların teselsül ve tevali etmesi lazım gelir. Komisyona tevdi edilen müteallannamelerin birinde misal olarak bir hadiseden bahs olunuyor. Birinci alıcı parayı vermeyince yeni bir arttırma yapılıyor. Birinci alıcı bir adam bulup cüz'i bir zam yaptırmakla taahhüdünden ve noksanın tazmininden kurtuluyor; pey akçesini de geri alıyor. Bu sefer ikinci alıcı parayı vermiyor; bir arttırma daha yapılıyor. Borçlunun işi uzatmak için tertip ettiği bu gibi alıcılar sıra ile böyle attırıp parayı vermiyorlar ve bu suretle arttırmaların sonu gelmiyor.» (UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C. a.g.e., C:2, s: 2315, dipn. 56)

Taşınmaz, yeniden yapılan arttırmada (*tamamlayıcı arttırmada*) en çok arttıranın teklifinin, İİK'nun 129. maddedeki hükümlere uygun olması³⁰ halinde, en çok artırana ihale edilir. Aksi takdirde, satış düşer...

İhale gerek «*daha önce en yüksek pey sürene*» ve gerekse «*yeni arttırma üzerine üçüncü bir kişiye*» yapılsın, ihale bedelini yatırmayarak ihalenin bozulmasına neden olan «*önceki alıcı(lar) ve kefilleri*» iki ihale bedeli arasındaki farktan, diğer zararlardan ve ayrıca gecikme faizinden sorumludurlar.

İhale bedeli yatırılmadığı için feshedilen ihaleden sonraki alıcı veya alıcılar da süresinde ihale bedelini yatırmayarak ihalenin feshine sebep olmuşlar ve bu suretle taşınmaz birden fazla kez arttırmaya çıkarılmış ise, ihalenin feshine sebep olan tüm alıcılar «*teklif ettikleri -ve yatırmadıkları- bedel ile son ihale bedeli arasındaki farktan (ve diğer zararlardan) ve ayrıca gecikme faizinden müteselsilen sorumludur*»lar. İİK. mad. 133/I c.3 ve 4 gereğince yapılan yeni arttırmada -koşulların gerçekleşmemesi nedeni ile- ihale yapılamaz ve satış düşerse, bundan sonra, yeni satış talebi üzerine yapılacak arttırmada önceki bedelden daha düşük bir bedelle satılması halinde, daha önce ihale bedelini yatırmayarak ihalenin feshine sebep olan tüm alıcılar «*iki ihale bedeli arasındaki farktan ve diğer zararlardan ve ayrıca gecikme faizinden*» müteselsilen sorumlu olurlar.³¹³²³³³⁴

II-a) «İki ihale bedeli arasındaki fark» ve «gecikme faizi» ayrıca hükme gerek kalmaksızın icra dairesince bu kişilerden zorla alınır. Bunlar için dava açılmasına gerek olmadığından açılan davanın «*hukuki yarar*

³⁰ Ayrıntılı bilgi için bkzn: UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C. a.g.e., C:2, s: 2261 vd.

³¹ Aynı görüşte: KURU, B. age. s: 1419 vd.

³² Karş: ÜSTÜNDAĞ, S. age. s: 282 vd.

³³ Aynı doğrultuda: 13. HD. 25.6.1990 T. 4810/4848 (www.e-uyar.com)

³⁴ Karş: 4. HD. 6.12.1988 T. 10005/10464 (www.e-uyar.com)

bulunmaması nedeniyle» reddedilmesi gerekir.³⁵ Keza bu «fark» ve «gecikme faizi» için ayrı bir takip de yapılamaz.^{36 37}

Yüksek mahkeme³⁸ ayrıca «yeni arttırma için yapılan giderlerin de dava açılmasına ve icra takibi yapılmasına gerek kalmadan, önceki alıcı(lar)dan icra dairesi tarafından alınması gerekeceği»ni belirtmiştir ...

Doktrinde,³⁹ «iki ihale bedeli arasındaki fark ve gecikme faizinin icra dairesince alınabilmesi için, ilgililerin talepte bulunmasına gerek olmadığı» belirtilmekte ise de, **yüksek mahkeme**⁴⁰ aksi görüşte olup «alacaklı ya da borçlunun talebi halinde icra dairesince İİK. 133/son hükmünün uygulanabileceğini» belirtmiştir. İcra dairesinin -talep üzerine- İİK. mad. 133/son hükmüne aykırı işlem yapması, süresiz şikayete neden olur.⁴¹ «İki ihale bedeli arasındaki fark ile gecikme faizinin, icra (satış) memuru tarafından, ayrıca hükme gerek kalmadan» önceki alıcı ve kefillerinden alınacağına ilişkin kural, sadece bedeli ödenmeyen ihale -icra dairesince (satış memurunca)- feshinden sonra, taşınmazın İİK. mad. 133'deki yonteme uygun olarak yeniden ihaleye çıkarılması halinde uygulanır. Eğer, taşınmaz İİK. mad. 133'deki yonteme uyulmadan yeniden ihaleye çıkarılmışsa bu hüküm uygulanmaz.⁴² Örneğin, ihale bedelinin ödenmemesi -ve alıcıdan önce en yüksek teklifte bulunan kimsenin taşınmazı satın alması konusunda yapılan teklifi kabul etmemesi- üzerine taşınmazın icra dairesince, hemen satışa çıkarılması gerekir. İki ihale bedeli arasındaki farktan sorumluluğu söz konusu olan ilk

³⁵ KURU, B. a.g.e. C:2, s: 1416 – KURU, B. El Kitabı, s: 696 vd. - UYAR, T./UYAR,A./UYAR, C. a.g.e., C:2, s: 2322

³⁶ Bknz: 12. HD. 16.2.1988 T. 3401/1516; 9.5.1985 T. 14522/4432 (www.e-uyar.com)

³⁷ RUHİ, A. C. İhale, İhalenin Yapılması, İhalenin Feshi, 2016, 4. Baskı, s: 91 – UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C. a.g.e., C:2, s: 2322

³⁸ Bknz: 12. HD. 2.4.1981 T. 2064/3336 (www.e-uyar.com)

³⁹ KURU, B. age. C:2, s: 1416 – KURU, B. El Kitabı, s: 697

⁴⁰ Bknz: 12. HD. 18.10.1994 T. 13097/12587; 4.12.1990 T. 5002/12488 (www.e-uyar.com)

⁴¹ Bknz: 12. HD. 7.12.2004 T. 20692/25252 (www.e-uyar.com)

⁴² Bknz: 12. HD. 24.1.1983 T. 10203/270; 10.2.1982 T. 6869/7621; 5.3.1979 T. 1688/1776 (www.e-uyar.com)

alıcı, «icra (satış) memuru tarafından hemen taşınmazın satışa çıkarılmamış olması nedeniyle, aradan geçen süre içinde yapılan devalüasyon sonucu taşınmazların kıymetinin düştüğünü, bu nedenle aradaki fiyat farkından kendisinin sorumlu tutulamayacağını» ileri sürebilir. Böyle durumlarda, taşınmazı «hemen satışa çıkarmamış olan» icra (satış) memurunun sorumluluğu söz konusu olabilir.⁴³

İİK. mad. 133/son'da; ihale bedelini yatırmayan alıcının (veya alıcıların) sorumlu olduğu **gecikme faizi**'nin oranı belirtilmemiştir. Madde -25.11.1998 tarihinde yürürlüğe girmiş olan- 3494 sayılı yasa ile yapılan değişiklik sonucunda bu şekli almıştır. Değişiklikten önce -15.6.1985 tarihinde yürürlüğe girmiş olan- 3222 sayılı yasa ile yapılmış olan değişiklik sırasında, İİK. mad. 133/II'de yer alan «% 10 faiz oranına» ilişkin kısım maddeden çıkarılmıştı. Bugün için, gecikme faizi oranı'nın 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanunun 1. maddesinde öngörülen -ve yılın 30 Haziran ile 31 Aralık günlerinde değişebilecek olan- orana göre saptanması gerekecektir...

Katıldığı açık artırma sonunda yapılan ihalenin bedelini yatırmayan ve İİK. mad. 133 uyarınca ihale kararının icra (satış) müdürü tarafından kaldırılmasına (fesh edilmesine) sebebiyet veren kişi, «ihale bedelini yatırmaması için verilen on günlük sürenin (İİK. mad. 133) bittiği tarihten başlamak üzere ve tamamlayıcı ihalenin ilk ihaleden fazla bedelle yapıldığı tarihe kadar olan» temerrüt faizinden ve ihaleye ilişkin masraflardan sorumludur.⁴⁴

Yüksek mahkeme; «iki ihale bedeli arasındaki fark» ve «gecikme faizi» konusu ile ilgili olarak;

✓ “Alacaklının ‘iki ihale bedeli arasındaki farkı istemeyeceği’ne dair feragatinin hüküm doğurmayacağını (geçerli olmayacağını)”⁴⁶

⁴³ Bknz: 4. HD. 6.12.1965 T. 11076/6916 (www.e-uyar.com)

⁴⁴ MUŞUL, T. İcra ve İflas Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi, 2016, s: 315.

⁴⁵ Bknz: 12. HD. 17.11.2014 T. 24977/27299 ; 12. HD. 10.12.1999 T. 14800/16141; 12. HD. 03.02.1998 T. 15090/716 (www.e-uyar.com)

⁴⁶ Bknz: 12. HD. 28.3.2000 T. 4011/4720 (www.e-uyar.com)

İhale Bedelini Yatırmayarak İhalenin Feshine Neden Olan Alıcının (Hissedarın),
Teklif Ettiği (Ödemediği) İhale Bedeli İle Son İhale Bedeli Arasındaki Farktan
Sorumluluğunun Kapsamı (İik. Mad. 133/İ)

✓ “Alıcının verilen süre içinde parayı ödememesi halinde, bu sürenin bittiği tarihten itibaren (miktar ve tarih itibariyle) borcun bilinen bir borç olması karşısında, ihale bedeli üzerinden temerrüt oluştuğundan, temerrüt faizinin ilk ihalede sürülen pey bedelinden hesaplanması gerekeceğini”⁴⁷ belirtmiştir...

b) «Diğer zararlar» için ise, mahkeme hükmüne gerek vardır. Yani, alacaklının (ya da borçlunun) önceki alıcı ve -varsa- kefillerine karşı dava açıp mahkemeden karar alması gerekir.⁴⁸

«Diğer zararlar»ın kapsamına, örneğin; «yüksek enflasyon nedeniyle alacaklı ya da borçlunun (veya hissedarların) uğradıkları kanuni faizle (3095 sayılı yasa madde 1) karşılanmamış olan munzam zararlar», «enflasyon nedeniyle alacaklının ya da borçlunun (veya hissedarların) son ihale bedeline geç kavuşmalarından dolayı uğramış oldukları zararlar»⁴⁹ girer.

İhale bedelini yatırmayarak, ihalenin bozulmasına neden olan önceki alıcının «iki ihale bedeli arasındaki farktan», «gecikme faizinden» ve «diğer zararlardan» sorumlu tutulabilmesi için, ilk ihalenin geçerli bir ihale olması, başka nedenlerden dolayı icra mahkemesince -ortaklığın giderilmesine ilişkin satışlarda; sulh hukuk mahkemesince- bozulmamış olması gerekir.⁵⁰

İhale bedelini ödemeyen önceki alıcı (alıcılar) ve kefilleri ihale bedeli arasındaki farktan sorumlu ise de, iki ihale arasında bir açık olmayıp fazlalık varsa, bunun üzerinde bir hakka sahip değildirler. Çünkü, yeni arttırma önceki alıcı adına yapılmamaktadır.⁵¹

⁴⁷ Bknz: 12. HD. 27.9.2005 T. 14524/18206 (www.e-uyar.com)

⁴⁸ KURU, B. El Kitabı, s: 697 - UYAR, T./UYAR,A./UYAR, C. a.g.e., C:2, s:2324

⁴⁹ KURU, B. a.g.e. C:2, s: 1417 vd. – ERTURGUT, M. a.g.e., s:155

⁵⁰ Bknz: 12. HD. 17.1.1980 T. 8240/138 (www.e-uyar.com)

⁵¹ ÜSTÜNDAĞ, S. a.g.e. s: 283 – KURU, B. a.g.e. C:2, s: 1411 vd.

«İki ihale bedeli arasındaki fark» ve «gecikme faizi» için önce -ihale bedelini yatırmayarak- ihalenin feshine sebep olan önceki alıcının (ya da alıcıların) ihaleye girerken yatırdıkları % 20 teminata başvurulur. Bu «teminat» ile «bu fark ve gecikme faizi» karşılanmazsa, o zaman ihalenin feshine neden olan alıcı (ya da alıcıların) malları haczedilerek satılır⁵²...

Şu hususu hemen belirtelim ki, her ne kadar maddede «ihalenin feshine sebep olan (önceki) tüm alıcı ve kefilleri»nin bu «fark ve gecikme faizi ve diğer zararlardan müteselsilen sorumlu olduğu» öngörülmüşse de, uygulamada, genellikle ihaleye katılanlardan ayrıca «kefil» istenmediğinden, bu maddenin tümü uygulama alanı bulamamaktadır.

Bu konu ile ilgili olarak, uygulamadaki önemi nedeniyle ayrıca belirtelim ki, **yüksek mahkeme**⁵³ «ihale bedelinin ödenmemesi nedeniyle ihalenin feshi isteğinin -asıl ihale bedeli bakımından- en geç bir yıl içinde ileri sürülmesi gerekeceğini» -ihalenin feshi isteğinin, icra mahkemesinden en geç talep edilebilme süresini düzenleyen İİK. mad. 134/VI hükmünü burada da kıyasen uygulayarak- belirtmiştir.⁵⁴

III- Yüksek mahkeme;

✓ “Her ne kadar satış kararında İİK’nun 133. maddesinden bahsedilmiş ise de yapılan ihalenin İİK’nun 133. maddesine göre yapılan bir ihale olmayıp İİK’nun 134. maddesine göre normal ihale prosedürü içerisinde yapılan yeni bir ihale olduğu ve İİK’nun 133. maddesinde yazılı usule uyulmadan ikinci kez ihaleye çıkarılması durumunda davacının iki ihale bedeli arasındaki farktan sorumlu tutulamayacağını”⁵⁵

⁵² MUŞUL, T. a.g.e., 2016, s: 314 – KURU, B.El Kitabı, s: 697 – COŞKUN, M. a.g.e., C:2, s:2648

⁵³ Bknz: 12. HD. 17.7.2011 T. 78/15389; 11.4.2011 T. 25808/6116; 6.12.2005 T. 19793/24177; 17.10.2002 T. 19064/20986 (www.e-uyar.com)

⁵⁴ KURU, B. El Kitabı, s: 688 – OSKAY, M./ KOÇAK, C./ DEYNEKLİ, A./DOĞAN, A. İİK. Şerhi, 2007, C:3, s: 3195

⁵⁵ Bknz: 12. HD. 15.06.2016 T. 3012/16999 (www.e-uyar.com)

✓ “İİK’nun 133. maddesinde yazılı usule uyularak ihale yapıldığından davacının iki ihale bedeli arasındaki farktan sorumlu tutulmasının gerekeceğini, burada TMK.’nun 2. maddesi hükmünün uygulanma yerinin bulunmadığını”⁵⁶

✓ “Taşınmazlar, şikayetçi ihale alıcısı tarafından ihale bedelinin yatırılmaması üzerine, İİK’nun 133/1. maddesi uyarınca ihale kararı geri alınıp tek bir satış günü belirlenmek suretiyle tamamlayıcı ihale ile satılmamış olduğundan, başka bir anlatımla, yeni bir satış kararına dayalı olarak 1. ve 2. satış günü belirlenerek ayrı bir ihale ile satıldığından, ilk ihale alıcısı olan şikayetçinin, iki ihale bedeli arasındaki farktan sorumluluğunun bulunmadığını”⁵⁷

✓ “İİK. mad. 133 gereğince, ihale kararının kaldırılmasına karar verme yetkisi satış memurluğuna ait olup, satış memurluğunun bu hususta vereceği karara karşı sulh hukuk mahkemesine yapılacak şikayet üzerine mahkemece karar verilebileceğini ve henüz satış memurluğunca, bir karar olmadığı halde mahkemece hüküm tesisinin isabetsiz olduğunu”⁵⁸

✓ “İcra müdürlüğünce, İİK’nun 133. maddesi uyarınca yapılan satışta tek satış günü tayin edilmesi gerekirken, iki satış günü tayin edilmesi nedeniyle yapılan ihalenin yeni bir ihale olacağını, ilk ihale alıcısının iki ihale arasındaki farktan sorumlu tutulamayacağını”⁵⁹

✓ “Taşınmaz kendisine ihale olunan kimsenin derhal veya verilen mühlet içerisinde parayı vermezse, ihale kararının icra müdürü tarafından kaldırılacağını teminat akçesi alıcının fıkra gereğince mesul bulunduğu meblağa mahsup edilmek üzere alıkonulacağını ve buna göre, ihaleyi fesih yetkisi icra müdürüne ait olup, icra mahkemesince ihalenin feshine karar verilemeyeceğini - İİK’nun 134/5. maddesinde, ihale bedelinin nakden ödenmesi

⁵⁶ Bknz: 12. HD. 22.03.2016 T. 32664/8382 (www.e-uyar.com)

⁵⁷ Bknz: 12. HD. 16.11.2015 T. 24546/28252 (www.e-uyar.com)

⁵⁸ Bknz: 12. HD. 20.10.2015 T. 21083/25206 (www.e-uyar.com)

⁵⁹ Bknz: 12. HD. 19.10.2015 T. 12832/24878 (www.e-uyar.com)

gerektiği hüküm altına alınmış olmasına rağmen takip dosyasında teminat akçesi karşılığı alınan kesin teminat mektubu icra müdürlüğünce satış bedelinden düşüldüğünden ve her zaman nakte çevrilebileceğinden, ihale bedelinin tamamının süresi içerisinde alacaklı tarafından nakden yatırıldığı kabul edilmesi gerektiğini”⁶⁰

✓ “Alıcının sorumluluğunu doğuran İİK’nun 133. maddesi hükmü uyarınca, icra müdürlüğünce ihale kararının kaldırılmış olmasının, farklı kuralları ve hukuki sonuçları içeren aynı kanun’un 134. maddesine dayanılarak açılan ihalenin feshi davasının incelenmesine engel teşkil etmemesi ve kesin hüküm oluşturmaması gerekeceğini”⁶¹

✓ “İİK’nun 133 ve 134. maddelerinin sebep ve sonuçları ile karar mercileri tamamen farklı olup, satış bedelinin yatırılmadığı gerekçesi ile İİK’nun 133.maddesi uyarınca icra müdürünce satışın düşürülmesinin, aynı kanunun 134. maddesine göre yapılan şikayetin esasının incelenmesine engel teşkil etmeyeceğini”⁶²

✓ “İİK’nun 133. maddesi gereğince işlem yapılmış olmasının veya bir başka ihale yapılmış olmasının, aynı kanunun 134. maddesine göre yargılama yapılmasını engellemeyeceğini, alıcının İİK’nun 133. maddesi hükmüne göre sorumlu olmasının, farklı kuralları ve hukuki sonuçları içeren aynı kanunun 134. maddesine dayanılarak açılan fesih davasının incelenmesine mani teşkil etmeyeceği gibi, kesin hüküm de oluşturmayacağını, İİK’nun 134 ve 133. maddelerine dayanan fesihlerin ayrı ayrı sebeplere bağlı olup, farklı hukuki sonuçlar doğuracağını”⁶³

✓ “Borçlunun icra mahkemesine başvurusunun, İİK’nun 134. maddesi doğrultusunda icra müdürlüğünce yapılan ihalenin feshine ilişkin olduğunu, sonradan icra müdürlüğünce ihale bedelinin yatırılmaması sebe-

⁶⁰ Bknz: 12. HD. 08.10.2015 T. 11331/23519 (www.e-uyar.com)

⁶¹ Bknz: 12. HD. 15.12.2015 T. 29850/31647; 12. HD. 11.05.2015 T. 9790/13104 (www.e-uyar.com)

⁶² Bknz: 12. HD. 28.04.2015 T. 7695/11578 (www.e-uyar.com)

⁶³ Bknz: 12. HD. 19.03.2015 T. 2577/6590 (www.e-uyar.com)

biyle İİK'nun 133. maddesi uyarınca ihalenin feshedilmesinin, anılan yasa maddelerindeki fesihlerin hukuki sonuçları farklı olduğundan İİK'nun 134. maddesi doğrultusunda ileri sürülen ihalenin feshi nedenlerinin incelenmesine engel teşkil etmeyeceğini⁶⁴

✓ “Alıcının İİK'nun 133. maddesi hükmüne göre sorumlu olmasının, farklı kuralları ve hukuki sonuçları içeren aynı kanun'un 134. maddesine dayanılarak açılan fesih davasının incelenmesine mani teşkil etmeyeceği gibi, kesin hüküm de oluşturmayacağını, İİK'nun 134 ve 133. maddelerine dayanan fesihlerin ayrı ayrı sebeplere bağlı olup, farklı hukuki sonuçlar doğuracağını”⁶⁵

✓ “İİK'nun 133/2. maddesi uyarınca, ihaleye katılıp ihale bedelini yatırmayan ve ihale kararının kaldırılmasına sebebiyet veren şikayetçinin, ihale bedelini yatırması için verilen 10 günlük sürenin sonundan başlamak üzere, tamamlayıcı ihalenin yapıldığı tarihe kadar olan temerrüt faizinden ve tamamlayıcı ihaleye ilişkin masraflardan sorumlu olacağını ve bu ihaleye ilişkin teminattan, belirtilen temerrüt faizi ve masrafların düşü-lerek kalan teminat miktarının iadesi gerekeceğini”⁶⁶

✓ “İİK'nun 134. maddesi gereğince ihalenin feshi davasının açılmış olmasının, aynı Kanun'un 133. maddesine göre işlem yapılmasını engellemeyeceğini, İİK'nun 133 ve 134. maddelerine dayanan fesihlerin ayrı ayrı sebeplere bağlı olup, farklı hukuki sonuçlar doğuracağını”⁶⁷

✓ “İİK'nun 133. maddesi gereğince işlem yapılmış olmasının, aynı kanun'un 134. maddesine göre yargılama yapılmasını engellemeyeceğini, alıcının İİK'nun 133. maddesi hükmüne göre sorumlu olmasının, farklı kuralları ve hukuki sonuçları içeren aynı Kanun'un 134. maddesine dayanılarak açılan fesih davasının incelenmesine engel teşkil etmeyeceğini ve kesin

⁶⁴ Bknz: 12. HD. 05.03.2015 T. 2208/4810 (www.e-uyar.com)

⁶⁵ Bknz: 12. HD. 17.02.2015 T. 34469/3036 (www.e-uyar.com)

⁶⁶ Bknz: 12. HD. 17.11.2014 T. 24977/27299 (www.e-uyar.com)

⁶⁷ Bknz: 12. HD. 15.09.2014 T. 16582/21233 (www.e-uyar.com)

hüküm oluşturmayaacağını, İİK'nun 133 ve 134. maddelerindeki fesihlerin, ayrı sebeplere bağlı olup, farklı hukuki sonuçlar doğuracağını”⁶⁸

✓ *“Alıcının İİK'nun 133. maddesi hükmüne göre sorumlu olmasının, farklı kuralları ve hukuki sonuçları içeren aynı kanunun 134. maddesine dayanılarak açılan fesih davasının incelenmesine mani teşkil etmeyeceği gibi, bu davanın sonucunun kesin hüküm de teşkil etmeyeceğini”⁶⁹*

✓ *“İki ihale arasındaki bedelden sorumluluk ancak son satış bedelinin daha önce düşen ihale bedelinin altında olması halinde söz konusu olacağını”⁷⁰*

✓ *“İhale bedelinin yatırılmaması üzerine İİK. 133 gereğince tek satış günü yerine iki ayrı satış günü tayin edilmesi halinde, bu ihalenin İİK. 134'e göre normal ihale prosedürü içinde yapılan yeni bir ihale olarak kabul edileceğini ve bu durumda borçlu ile vekiline satış ilanının tebliğ edilmemiş olmasının bu ihalenin feshine neden olacağını”⁷¹*

✓ *“İhaleden itibaren iki yılı aşkın bir süre geçtikten sonra, alıcıdan önce en çok pey süren kişiye teklif edilmesinin, İİK.nun 133. maddesinin amacına aykırı olduğu, taşınmazın normal ihale prosedürü içerisinde, yeniden ihaleye çıkartılmasının gerekeceğini”⁷²*

✓ *“İhale bedelini süresinde yatırmaması üzerine icra müdürünce satışın İİK'nun 133. maddesi gereğince düşürüldüğü ve bu kişiden evvel en yüksek teklifte bulunan kimsenin de kendisine verilen süre zarfında ihale bedelini ödemediği, alacaklının satış talebinde bulunması üzerine İİK.nun 133. maddesi gereğince artırmaya çıkarılması için satış kararı alındığı ancak İİK. nun 133. maddesinde belirtilen kurala uyulmayarak, tek satış günü yerine*

⁶⁸ Bknz: 12. HD. 19.06.2014 T. 15072/18014 (www.e-uyar.com)

⁶⁹ Bknz: 12. HD. 18.06.2014 T. 14801/17752 (www.e-uyar.com)

⁷⁰ Bknz: 12. HD. 16.06.2014 T. 14472/17402 (www.e-uyar.com)

⁷¹ Bknz: 12. HD. 05.06.2014 T. 13609/16325 (www.e-uyar.com)

⁷² Bknz: 12. HD. 29.05.2014 T. 12248/15589 (www.e-uyar.com)

iki ayrı satış günü tayin edildiği ve satış ilanının ilgililere tebliğine karar verildiği anlaşıldığından, şikayete konu ihalenin İİK'nun 133. maddesine göre yapılan bir ihale olmayıp İİK'nun 134. maddesine göre normal ihale prosedürü içerisinde, yapılan yeni bir ihale olduğu-Muhatabın nerede olduğu, tevziat saatinden sonra adrese dönüp dönmeyeceği tespit edilmeden yapıldığı için bu hali ile tebligat işleminin geçersiz olduğunu”⁷³

✓ “İİK’nun 133. maddesi gereğince işlem yapılmış olmasının, aynı kanunun 134. maddesine göre yargılama yapılmasını engellemeyeceğini, alıcının İİK’nun 133. maddesi hükmüne göre sorumlu olmasının, farklı kuralları ve hukuki sonuçları içeren aynı kanunun 134. maddesine dayanılarak açılan fesih davasının incelenmesine engel teşkil etmeyeceği ve kesin hüküm oluşturmayacağını, İİK’nun 133 ve 134. maddelerindeki fesihlerin, ayrı sebeplere bağlı olup, farklı hukuki sonuçlar doğuracağını”⁷⁴

✓ “İcra müdürlüğünce ihalenin ancak İİK’nun 133. maddesi uyarınca satış bedelinin yatırılmaması nedeniyle düşürülebileceğini, bunun dışında icra müdürünün ihalenin düşürülmesinin ya da geçersiz sayılmasına ilişkin bir karar vermesinin mümkün olmadığını, icra müdürlüğünce haczin kaldırılmasına karar verilmesi kesinleşen ihaleyi hükümsüz hale getirmeyeceğini”⁷⁵

✓ “İki ihale arasındaki farktan, ilk ihale bedelini yatırmayarak ihalenin düşmesine sebep olan kişinin sorumlu tutulması için 2. ihalenin İİK. 133. maddesine uygun olarak yapılması gerekeceğini, ilk ihalede, ihale bedelinin yatırılmaması nedeniyle satışın düştüğü, taşınmazın yeniden satışına ilişkin kararda satışın İİK. 133. maddesine göre olduğu belirtilmiş ise de, kararda iki ayrı satış günü belirlenmesi nedeniyle satışın İİK’nun 129. maddesine göre yapıldığı anlaşılmış olduğundan, satışın gerçekleştiği ihale İİK. 133. maddesine uygun olmadığından şikayetçinin ve daha önceki alıcıların sürükleri peyler ile son ihale arasındaki satış bedeli arasında oluşacak farktan

⁷³ Bknz: 12. HD. 08.05.2014 T. 10405/13565 (www.e-uyar.com)

⁷⁴ Bknz: 12. HD. 13.01.2015 T. 34463/410; 12. HD. 30.01.2014 T. 226/2734; 12. HD. 28.01.2014 T. 29/2163 (www.e-uyar.com)

⁷⁵ Bknz: 12. HD. 28.11.2013 T. 30427/37943 (www.e-uyar.com)

sorumluluklarına gidilemeyeceğini, izaleyi şuyu “İİK’nun 133. maddesinde ihalenin feshi isteminin reddi halinde şikayetçinin ihale bedelinin %10’u oranında para cezası ile cezalandırılmasının isabetsiz olacağını”⁷⁶

✓ “Yapılan birinci artırmada, ihale bedelinin yatırılmaması nedeniyle satışın İİK’ nun 133. maddesi gereğince düştüğü ve bu durumda satış memurluğunca re’sen taşınmazın hemen satışa çıkarılması gerekirken, hissedarlardan birinin talebi üzerine taşınmazın İİK’nun 123 vd. maddeleri uyarınca yeniden satışa çıkarılarak birinci artırmada satışın ikinci kez ihaleye çıkarılması nedeniyle iki ihale bedeli arasındaki farktan sorumluluğun doğmayacağını”⁷⁷

✓ “İİK 133. maddesi gereğince işlem yapılmış olmasının, aynı kanunun 134. maddesine göre yargılama yapılmasını engellemeyeceğini; alıcının İİK. nun 133. maddesi hükmüne göre sorumlu olmasının, farklı kuralları ve hukuki sonuçları içeren aynı kanunun 134. maddesine dayanılarak açılan fesih davasının incelenmesine engel teşkil etmeyeceği ve kesin hüküm oluşturmayacağından İİK.nun 133 ve 134. maddelerindeki fesihlerin, ayrı sebeplerle bağlı olup farklı hukuki sonuçlar doğuracağını”⁷⁸

✓ “Satış memurluğunca belirtilen usullere uygun olarak ve İİK.nun 133. maddesindeki ‘hemen’ ibaresinden anlaşılması gereken altı, yedi ay gibi makul bir sürede gerekli işlemler gerçekleştirildiğinden ‘şikayetin reddine’ karar verilmesi gerekeceğini”⁷⁹

✓ “İhalenin feshine karar verilmesi halinde taşınmazın yeniden ihaleye çıkarılabileceğini ve şikayetçinin İİK. 133. maddesinde öngörülen hukuki sorumluluğunun doğabileceği dikkate alındığında, ihale öncesinde yatırdığı teminatın bu aşamada şikayetçiye iadesi mümkün bulunmadığından ‘şikayetin reddine’ karar verilmesi gerekeceğini”⁸⁰ belirtmiştir.

⁷⁶ Bknz: 12. HD. 10.10.2013 T. 23464/32344 (www.e-uyar.com)

⁷⁷ Bknz: 12. HD. 10.09.2013 T. 18162/27838 (www.e-uyar.com)

⁷⁸ Bknz: 12. HD. 25.12.2012 T. 27133/39853(www.e-uyar.com)

⁷⁹ Bknz: 12. HD. 26.04.2012 T. 30164/14090 (www.e-uyar.com)

⁸⁰ Bknz: 12. HD. 02.04.2012 T. 26221/10525 (www.e-uyar.com)

*

Bir uyuşmazlıkta;

Şikayetçiler Y. A., N. D. ve S. A. vekilleri 07.11.2016 tarihli şikayet dilekçelerinde özetle; “ ... 2016/... sayılı Sulh Hukuk Mahkemesi Satış Dosyasında 01.08.2016 tarihinde yapılan birinci ihalede;

a) 150 ada 33 parselde kayıtlı taşınmazın ihalesinde, karşı taraf (hissedar) B. A.’nın 110.000,00 TL pey sürdüğünü, diğer hissedarların ise 106.000,00 TL pey sürdüğünü, ancak adı geçen taşınmazın en yüksek pey süren B. A.’ya ihale edilmesine rağmen bu kişinin ihale bedelini yatırmayarak ihalenin feshine neden olduğunu, bu alıcıdan önceki en yüksek pey süren kendilerine ‘satışa konu 33 parsel taşınmazı teklif ettiği bedelle alıp almaya-cağı’ konusunda kendisine gönderilen muhtıraya olumlu cevap vermemeleri üzerine Satış Memurluğunca İİK. mad. 133 uyarınca ‘tamamlayıcı ihale’ yapılmasına karar verildiğini ve yapılan bu ihaleye katılan önceki alıcı B. A.’ya adı geçen taşınmazın 76.000,00 TL bedelle ihale edildiğini ve bunun üzerine ilk ihale bedeli olan 110.000,00 TL – 76.000,00 TL = 34.000,00 TL’nin kendilerine ödenmesini Satış Memurluğundan talep ettikleri,

b) 150ada 34 parselde kayıtlı taşınmazın ihalesine katılan karşı taraf (hissedar) B. A.’nın bu kez 96.000,00 TL pey sürdüğünü ve kendisinden daha yüksek pey süren olmadığı için bu taşınmazın da kendisine ihale edildiğini, bu ihaleye kendilerinin de katıldığını ve 90.600,00 TL pey sürdüğünü ve en yüksek pey süren B. A.’nın ihale bedelini yatırmaması üzerine Satış Memurluğunca ihalenin feshedildiğini ve kendilerine de ‘aynı taşınmazı ileri sürdükleri 90.600,00 TL bedelle alıp alamayacakları’ konusunda gönderilen muhtıraya olumsuz cevap vermeleri üzerine İİK. mad. 133 uyarınca ‘tamamlayıcı ihale’ yapılmasına karar verildiğini, bu kez, bu ihaleye katılan ve en yüksek pey süren üçüncü kişi G. K.’ye 45.010,00 TL’ye ihalenin gerçekleştirildiğini, bu satışta doğan 96.000,00 TL – 45.010,00 TL = 50.990,00 TL farkın, ihale bedelini ödemeyerek ihalenin feshine neden olan karşı taraf B. A.’dan alınıp kendisine verilmesini talep ettikleri, anlaşılmıştır.

Şikayetçiler vekili ayrıca “Satış Memurluğunca ihale bedelleri arasındaki farkı talep etmelerinin iyiniyet kuralları ile bağdaşmadığı, kendilerine

teklif edilen bedelle taşınmazları almalarının gerektiğini, bu nedenle ileri sürdükleri pey ile taşınmazları satın almamaları nedeniyle ‘çok az bir meblağın (7.050,00 TL’nin) ihale bedelini yatırmamış olan karşı taraf (hissedar) B. A.’dan alınmasına’ karar verildiğini, halbuki İİK. mad. 133/2 uyarınca ‘ihale bedelini yatırmamak suretiyle ihalenin feshine sebep olan’ alıcı ve kefillerinin teklif ettikleri bedelle son ihale bedeli arasındaki farktan ve ayrıca temerrüt faizinden sorumlu olduklarını, Satış Memurluğu kararının İİK’nun 133. maddesinin amacıyla bağdaşmadığını, müvekkillerinin değil, ihale bedelinin yatırmamak nedeniyle haksız menfaat sağlayan karşı taraf B. A.’nın kötünietli olduğunu, müvekkillerinin, ihale alıcısından önce en yüksek pey süren kişi sıfatıyla, satışa konu taşınmazları almak zorunda bulunmadığını, karşı taraf ihale bedelini yatırmamış olan B. A.’nın ayrıca temerrüt faizinden de sorumlu olduğunu” belirterek “taleplerinin kabul edilerek Satış Memurluğunun hatalı olan kararının iptaline karar verilmesini” istemiştir.

Şikayetçiler vekilinin bu şikayeti üzerine ... Sulh Hukuk Mahkemesi 11.11.2016 tarih ve ... E., ... K. sayılı kararında özetle; “Şikayet konusu ihalenin iki parsel ile ilişkin olarak gerçekleştiğini 150 ada, 33 parsel ile ilişkin ihalede şikayetçiler vekilinin 106.000,00 TL. davalı hissedar davalı B. A.’nın ise 110.000,00 TL pey sürdüğünü, 150 ada ve 34 parselin ihalesinde ise şikayetçiler vekilinin 90.600,00 TL davalı B. A.’nın ise 96.000,00 TL pey sürmesi üzerine ihalenin yapıldığı B. A.’nın ihale bedellerini yatırmadığını, ihalenin feshedildiğini, alıcıdan önce en yüksek pey süren şikayetçiler vekiline -‘teklif ettikleri bedelle taşınmazı satın almayı kabul edip etmedikleri’ konusunda- gönderilen muhtıraya davacılar vekilinin olumlu cevap vermediğini, daha sonra yapılan tamamlayıcı ihaleye katılan hissedar B. A.’nın 33 numaralı parseli 76.000,00 TL bedelle, 34 nolu parseli ise üçüncü kişi G. K.’nin 45.010,00 TL’ye satın aldığını, ihalenin kesinleştiğini, şikayetçiler vekilinin ‘iki ihale arasındaki farkın, ihale bedelini yatırmayarak ihalenin feshine sebep olan B. A.’dan tahsilini talep ettiği, Satış Memurluğunca fark hesabı yapılarak ‘7.050,00 TL’nin ihalenin feshine sebep olan hissedar B. A.’dan alınmasına’ karar verildiğini, Satış Memurluğunun 2016/3 sayılı dosyasının getirtilerek yapılan inceleme sonucunda ‘... somut olayda ilk ihalenin alıcısı ve ikinci yüksek pey süren kişinin davanın tarafları olup,

hissedar konumunda bulunduklarını, ilk ihale alıcısının ihaleyi kazanıp ihale bedelini ödememesi ve bunun sonucunda ikinci pey süren kişinin de taşınmazı alma teklifini kabul etmemesi üzerine ikinci (tamamlayıcı) satışa gidilmesi karşısında ortaya çıkan zararın her iki tarafa da yükletilebilecek nitelikte olduğunu, aslında ilk ihale alıcının veya ikinci pey süren kişinin yapılan teklifi kabul etmemekle birlikte sonradan yapılan satışa gidip daha düşük bedelle taşınmazı satın almasının başlı başına ihalenin feshi sebebi olmakla birlikte, taraflarca bu yönde açılmış bir dava olmadığından, satışın kesinleştiğini, bu kapsamda ilk ihaleyi kazanan kişi ileri sürdüğü pey ve satış ile ortaya çıkan rakam arasındaki fiyat farkından sorumlu ise de, ikinci sıradaki kişinin de aynı yöntemlerle hareket etmesi sonucunda, sorumluluğunun ikinci en yüksek pey süren kişinin rakamı ile sorumlu olup, Satış Memurluğunca yapılan ve tahsili yoluna gidilen rakam yönünden satış memurunun işlemi bir usulsüzlük bulunmadığı” gerekçesi ile - iki hafta içerisinde istinaf yolu açık olmak üzere- “yapılan şikayetin reddine ...” karar verilmiştir.

*

Yukarıda ayrıntılı olarak belirttiğimiz gibi; somut olayda şikayetçiler ile şikayet edilen (dört) kardeş olup, dava konusu ... ili, ... ilçesi, ... köyünde bulunan 150 ada, 33 parsel ile 150 ada ve 34 parselde her birinin ¼ hissesi bulunmaktadır. Taraflar arasında görülen “ortaklığın giderilmesi davası” sonucunda verilen ve kesinleşen “satış kararı” doğrultusunda adı geçen taşınmazların ... Sulh Hukuk Mahkemesinin 2016/ ... sayılı Satış Dosyasından 01.08.2016 tarihinde yapılan ‘açık artırma’sına tüm hissedarlar katılmışlar ve;

a) ..., ... ilçesi, ... köyünde bulunan 150 ada, 33 parselin ihalesine katılan davalı-hissedar B. A. 110.000,00 TL pey sürmüştü, davacılar Y. A., N. D. ve S. A. ise 96.000,00 TL pey sürmüştü ve en yüksek pey süren B. A.’ya taşınmazın ihale edilmesinden sonra, B. A. ihale bedelini yatırmayarak ihalenin feshine neden olmuş, bundan sonra 96.000,00 TL pey süren diğer hissedarlar Y. A., N. D. ve S. A. kendilerine ‘satışa konu 33 parseli teklif ettikleri bedelle alıp almayacakları’ konusunda gönderilen muhtıraya olumlu cevap vermediklerinden, Satış Memurluğunca İİK. mad. 133 uyarınca yapılan ‘tamamlayıcı ihaleye’ tekrar katılan B. A.’ya bu kez adı geçen taşınmaz 76.000,00 TL bedelle ihale edilmiştir.

İhalenin bu şekilde kesinleşmesi üzerine davacı hissedarlar (Y. A., N. D. ve S. A.) Satış Memurluğuna başvurarak 110.000,00 TL – 76.000,00 TL = 36.000,00 TL iki ihale bedeli arasındaki farkın kendilerine -hisseleri oranında- ödenmesini istemiştir.

b) ..., ... ilçesi, ... köyünde bulunan 150 ada, 34 parselin ihalesine katılan davalı –hissedar B. A. 96.000,00 TL Pey sürmüş, davacılar ise 90.600,00 TL Pey sürmüş ve B. A.’dan daha yüksek Pey süren olmadığı için ihale kendisine yapılmış ancak B. A.’nın ihale bedelini yatırmaması üzerine, Satış Memurluğunca ihale feshedilmiş ve kendilerine ‘aynı taşınmazı ileri sürdükleri 90.600,00 TL bedelle’ alıp almayacakları konusunda gönderilen muhtıra olumlu cevap vermemeleri üzerine İİK. mad. 133 uyarınca yapılmasına karar verilen ‘tamamlayıcı ihale’ bu kez bu ihaleye katılan ve en yüksek Pey süren üçüncü kişi G. K.’ye 45.010,00 TL’ye ihale gerçekleştirilmiştir.

İhalenin bu şekilde gerçekleşmesi üzerine davacılar iki ihale bedeli arasındaki fark olan 96.000,00 TL – 45.010,00 TL = 56.990,00 TL’nin -hisseleri oranında- ilk ihale bedelini yatırmayarak ihalenin feshine neden olan davalı diğer hissedar B. A.’dan alınıp kendilerine ödenmesini Satış Memurluğundan talep etmişlerdir.

Satış Memurluğunca “*davacıların ihale bedelleri arasındaki farkı talep etmelerinin iyiniyet kuralları ile bağdaşmadığı çünkü kendilerine teklif edilen bedelle taşınmazları almaları gerektiği*” gerekçesi ile yaptığı hatalı hesaplama sonucunda “7.050,00 TL’nin davalı-hissedar B. A.’dan alınmasına” karar vermiştir.

Bu kararı şikayet konusu yaparak ... Sulh Hukuk Mahkemesine başvuran davacıların bu başvurusu adı geçen mahkemece -11.12.2016 T. ve ... / ... sayılı kararla- reddedilmiştir. Bu mahkeme verdiği ‘red kararı’nda özetle; “ *tarafların hissedar oldukları, önceki ihalelerin, ilk alıcı B. A. tarafından ödenmemesi ile ortaya çıkan zararın her iki tarafa da yükletilebilecek nitelikte olduğu, ilk alıcıdan önce en yüksek Pey süren kişilerin (yani davacıların) teklifi kabul etmemekle kusurlu oldukları, Satış Memurluğunca bu*

İhale Bedelini Yatırmayarak İhalenin Feshine Neden Olan Alıcının (Hissedarın),
Teklif Ettiği (Ödemediği) İhale Bedeli İle Son İhale Bedeli Arasındaki Farktan
Sorumluluğunun Kapsamı (İİK. Mad. 133/II)

konuda verilen kararda bir usulsüzlük bulunmadığı....” belirtilerek “şikayetinin reddine” karar verilmiştir.

Hemen belirtelim ki; **kendisine taşınmaz ihale edilen alıcıdan önce en yüksek pey süren kişinin** -İİK. mad. 133/I, c:2, 3 uyarınca- **teklif ettiği bedelle bu taşınmazı satın alma zorunluluğu yoktur.**⁸¹ Bu nedenle, gerek Satış Memurluğunun ve gerekse yerel mahkemenin bu konudaki görüşünde isabet yoktur. İhaleye girip, ihale bedelini yatırmayarak ihalenin feshine sebep olan alıcının sorumluluğu mutlakdır (İİK. mad. 133/II).⁸² Bu husus İİK. mad. 133/II’de “*ihaleye katılıp daha sonra ihale bedelini yatırmamak suretiyle ihalenin feshine sebep olan tüm alıcılar (ve kefilleri) teklif ettikleri bedel ile son ihale bedeli arasındaki farktan (ve diğer zararlardan ve ayrıca temerrüt faizinden) müteselsilen mesuldurlar*” şeklinde açıkça belirtilmiştir.

Somut olayda;

A-a) 150 ada 33 parsele davalı B. A.’nın teklif ettiği bedel: 110.000,00 TL, bu taşınmazın yine B. A.’ya tamamlayıcı ihalede ihale edilen bedel: 76.000,00 TL’dir. İki ihale arasındaki bedel farkı: 110.000,00 TL – 76.000,00 TL = 34.000,00 TL’dir.

b) 150 ada 34 parsele davalı B. A.’nın teklif ettiği bedel: 96.000,00 TL, bu taşınmazın G. K.’ye tamamlayıcı ihalede ihale edilen bedel: 45.010,00 TL’dir. İki ihale arasındaki bedel farkı 96.000,00 TL – 45.010,00 TL = 50.990,00 TL’dir. Bu toplam ihale bedeli farkının hisse-leri oranında (yani her bir hissedarın dava konusu taşınmazlar üzerinde 1/4 hissesi bulunduğu dikkate alınarak) davacılara ödenmesi gerekeceğinden; bunun:

34.000,00 TL + 50.990,00 TL = 84.990,00 TL

84.990,00 TL / 4 = 21.247,5 TL (davacıların her birine ödenmesi gereken miktar)

Davacılara (üç hissedar davacıya) ödenmesi gereken miktar:

⁸¹ Bknz: Yuk. dipn. 25 ve dipn. 26

⁸² Bknz: Yuk. dipn. 35 - 43

21.247,5 TL x 3 = 63.742, 5 TL

Not: Ancak bu davacılara ödenmek üzere Satış Dosyasında ödenmesine karar verilen miktar:

3.000,00 TL + 4.050,00 TL = 7.050,00 TL

63.742,5 TL - 7.050,00 TL = **56.692,5 TL**

Sonuç olarak; her üç davacıya ödenmesi gereken miktar 56.692,5 TL'dir.

B- İİK. mad. 133/II uyarınca “ *ihaleye katılıp daha sonra ihale bedelini yatırmamak suretiyle ihalenin feshine sebep olan tüm alıcılar (ve kefilleri), teklif ettikleri bedel ile son ihale bedeli arasındaki farktan ve diğer zararlardan ve ayrıca **temerrüt faizinden** müteselsilen mesul oldukları*”ndan, ‘katıldığı açık artırma sonunda kendisine yapılan ihalenin bedelini yatırmayan ve İİK. mad. 133 uyarınca ihale kararının icra (satış) müdürü tarafından kaldırılmasına (feshedilmesine) sebebiyet veren kişi “**ihale bedelini yatırması için verilen on günlük sürenin bittiği tarihten başlamak üzere ve tamamlayıcı ihalenin ilk ihaleden fazla bedelle yapıldığı tarihe kadar olan**” temerrüt faizinden sorumlu olduğundan,⁸³ davacılara ödenmesine hükmedilmesi gereken 56.692,5 TL’ye ayrıca bu açıklama çerçevesinde 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin K. mad. 1, 4’e göre⁸⁴ faize de hükmedilmesi gerekecektir ...

⁸³ Bknz: Yuk. dipn. 44, 45

⁸⁴ Bknz: Yuk. dipn. 44, 45

İNTERNET ORTAMINDA KİŞİLİK HAKKI İHLALLERİ VE 5651 SAYILI KANUN UYGULAMALARI

▪ Av. Sezin KÜÇÜKİHLHAN*

Özet: İletişim teknolojilerindeki gelişme ile internet kullanımı yaygınlaşmış, evlerde, işyerlerinde ve mobilde dahi kolayca internet üzerinden paylaşımlarda bulunmayı, geniş bir kitle ile iletişim kurabilmeyi mümkün kılmıştır. Sağlanan bu faydanın yanı sıra, kişi hak ve hürriyetlerine sürekli olarak müdahale edildiği ve internetin dinamik yapısı karşısında, mevzuatımızın geriden geldiği anlaşılmaktadır. Bilinçsiz internet kullanıcıları ve internet süljelerinin sorumluluklarının farkında olmaması nedeniyle birtakım ihlallere zemin hazırlanmaktadır. Bu çalışmamızda kişilik hakları ihlallerinde 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'daki düzenlemeler dışında hukuki koruma yöntemlerine değinilmiş, Kanun ile getirilen düzenlemelerin uygulamaya pozitif ve negatif yansımaları irdelenmiştir.

Anahtar Sözcükler: 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun, Kişilik Hakkı İhlalleri, Erişimin Engellenmesi, İçeriğin Yayından Çıkarılması

Abstract: With the improvement of technology, usage of internet became a must. Thanks to internet, people easily share things and communicate anyone in their homes, offices and even on their phones. On the side of these advantages, individual rights and freedoms are constantly broken and in the face of dynamic structure of internet the body of current law comes from behind. Insensible users and subjects of internet who are unaware of the responsibilities of themselves are make things harder than it is. In this research, we focus on the upsides and downsides of the law 5651.

Key Words: Personality rights violation, Law Of Forbidden Of Using Internet And Discontinue Of Broadcasting

* İzmir Barosu Üyesi

GİRİŞ

Her geçen gün internet kullanımının yaygınlaşması, buna bağlı olarak bilgi ve iletişim teknolojilerindeki gelişme hızının ivme kazanması, beraberinde ev ortamı işyeri ve hatta mobil alanda dahi kolayca internet üzerinden paylaşımlarda bulunmayı, geniş bir kitle ile iletişim kurabilmeyi mümkün kılmaktadır. Sağlanan bu faydanın yanı sıra, kişi hak ve hürriyetlerine sürekli olarak müdahale edildiği ve internetin dinamik yapısı karşısında, mevzuatımızın geriden geldiği anlaşılmaktadır.

Özellikle bilinçsiz internet kullanıcıları ve internet süjelerinin sorumluluklarının farkında olmaması nedeniyle birtakım ihlallere zemin hazırlanmaktadır. Kişilik haklarının ihlali ise bu ihlallerin başını çekmektedir. İnternete ilişkin temel Kanun olarak, 5651 Sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun her ne kadar internet üzerinden yapılan ve suç teşkil edebilecek yayınlara ilişkin çeşitli düzenlemeler içermekte ise de, özellikle kişilik haklarının korunması ile ilgili olarak yetersiz kalmaktadır.

Bu çalışmada öncelikle kişilik hakları kavramı üzerinde durulmuş, internet üzerinde kişilik haklarının ihlalleri açıklanmıştır. Kişilik hakları ihlallerinde 5651 sayılı Kanun'daki düzenlemeler dışında hukuki koruma yöntemlerine değinilmiş, 5651 Sayılı Kanun ile getirilen düzenlemelerin uygulamaya pozitif ve negatif yansımaları irdelenmiştir.

I.BÖLÜM

KİŞİLİK KAVRAMI

Kişilik, kişi kavramını da içerisine almakla birlikte o kişiyi toplumda ki diğer kişilerden ayıran, kendisine ait belirgin özellikleri, maddi ve manevi değerlerin tümünü ifade etmektedir. Kişilik, gerçek kişilerde oldukları andan ölümlerine kadar, tüzel kişilerde ise hak ehliyetine sahip oldukları andan bu ehliyeti kayb ettikleri ana kadar geçen süreyi kapsar.

Dar anlamı ile bakıldığında kişilik, haklara ve borçlara sahip olabilen kişiyi temsil ederken, geniş anlamda ise o kişinin medeni haklarını kullanabilmesini, kişilik haklarını ve kişisel durumlarını da içermektedir¹.

Kişilik hakları, kişinin maddi varlığına ilişkin hakları ve manevi varlığına ilişkin hakları olarak iki ana grupta incelenmektedir. İnternet ortamında ise en sık ihlal edilen kişilik hakları kişinin manevi varlığına yönelik olan haklardır.

Topluma mal olmamış kişinin adının (isim, soyisim, müstear isim, kısaltılmış ve temsili isimler, e-posta adresleri) internet ortamında izinsiz kullanılması, kişilik hakları kapsamında değerlendirilir. Öte yandan, tüzel kişiler de kendilerini diğer tüzel kişilerden ayırt etmek için ad kullanmakla birlikte özellikle ticari şirketlerde ada, ticari unvan, logo, marka ve benzeri işaretler de eklenmelidir². Yine, FSEK 86/2 maddesi dikkate alınarak, topluma mal olmamış kişinin resmi, şeref ve haysiyeti, Anayasa 20. maddesi güvence altına alınan özel hayatı da kişilik hakkı kapsamındadır. 24/03/2016 kabul tarihli Kişisel Verilen Korunması Kanunu ise kişisel verileri özel hayatın kapsamı altında açıklamaktadır.

Kişisel verilere ulaşım, bilgisayarlar sayesinde daha bir olanaklı hale gelmiştir. Otomasyon hizmetleri sayesinde ATM, kredi kartları vb. ile kişisel bilgileri depolandığı ana belleklere ulaşılmakta, kişinin sır alanına girilerek bu alandaki kişisel verilerinin elde edilmesi, kayda alınması, değiştirilmesi, silinmesi, dağıtılması telekomünikasyon alanındaki sınır tanımaz gelişmelerle kolaylaşmıştır³.

¹ DOĞU, Ali Haydar, İnternet Ortamında Kişilik Haklarının İhlali Ve Korunması, 3. UBHK Bildiriler Kitabı, s.9

² OĞUZ, Habib, İnternet Ortamında Kişilik Haklarının İhlali Ve Korunması, 2. Basım, Ankara 2012, s.20

³ TEZCAN, Durmuş, Bilgisayar Karşısında Özel Hayatın Korunması, Anayasa Yargısı, s.387

B. İNTERNET VE İNTERNET ORTAMI

1. İnternetin Ülkemizde Gelişimi

İnternet, IP ve TCP protokollerini ve ağlar arası bağlantıyı mümkün kılan DNS ve paket route etme protokolleri gibi protokolleri kullanan, kamu ve özel sektöre ait telekomünikasyon ağlarının ara bağlantı yaptığı küresel bir bilgiye erişim ve iletişim ağıdır⁴.

İnternetin başlangıç noktasına bakıldığında 1969 yılında askeri amaçlı veri aktarımı yapabilmek için tasarlanmış ARPANET adlı bir proje karşımıza çıkmaktadır. Bu projenin zaman içerisinde geliştirilmesi ile ortak bir ağ protokolü kurulmuştur. Dünyanın her noktasından farklı bilgisayarların birbirleri ile veri alış verişinde bulunmasını sağlayan TCP ve IP protokolleri geliştirilmiştir⁵. Ülkemizde ise 1993 yılında ilk çalışmalara başlanılmış ve 1996 yılında ULAKBİM tarafından tüm eğitim ve araştırma kurumlarını birbirine bağlayan Ulusal Akademik Ağ (ULAKNET) kurularak hizmet vermeye başlamıştır⁶.

Günümüzde ise internet kullanımı daha da yaygınlaşarak, yalnızca kurumlar arasında bağlantı sağlamaya yaramaktan ziyade, hanelere girmiş, hatta mobil cihazlara dahi yayılmıştır. TÜİK 2015 yılı verilerine göre her on haneden yedisinin internet bağlantısına sahip iken, hanelerin % 96,8'inde akıllı telefon ve mobil bağlantı kullanmaktadır⁷.

2. İnternet Søjeleri

a. Erişim Sağlayıcılar

5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi Ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında

⁴ KAYA, Mehmet Bedii, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, İnternet Hukuku Sunumu

⁵ KAYA, Mehmet Bedi, Teknik Ve Hukuki Boyutlarıyla İnternet Erişiminin Engellenmesi, İstanbul 2010, s.5

⁶ GÜNAYDIN, Barış, İnternet Yayıncılığı Ve İfade Özgürlüğü, Ankara 2010, s.42

⁷ <http://www.tuik.gov.tr>

Kanun’da Erişim Sağlayıcılar, “Kullanıcılarına internet ortamına erişim olanağı sağlayan her türlü gerçek veya tüzel kişiler” olarak tanımlanmıştır. Erişim sağlayıcılar verinin internet ortamına taşınmasını sağlamaktadır. ESB ise merkezi Ankara’da bulunan, 5651 sayılı Kanunun 8. maddesi kapsamı dışındaki erişimin engellenmesi kararlarının uygulanmasını sağlamak üzere kurulmuş bir birliktir.

b. İçerik Sağlayıcılar

Bir internet yayınının içeriğini hazırlayan ve bilgiyi bizzat üreten, değiştiren ve sağlayan kimselere içerik sağlayıcı denir. Bir web sayfasının içeriğini hazırlayarak ISS’leri aracılığıyla internete yükleyen tüm kişiler ve sunucular (server) İçerik sağlayıcıdır⁸. 5651 Sayılı Kanun’da, “İnternet ortamı üzerinden kullanıcılara sunulan her türlü bilgi veya veriyi üreten, değiştiren ve sağlayan gerçek veya tüzel kişiler” olarak tanımlanmıştır. İçerik sağlayıcıya örnek vermek gerekirse, kendisine ait ve içeriğini kendisinin belirlediği bir web sitesi sahibi içerik sağlayıcıdır. Öte yandan, özellikle internet ortamında yapılan bir haber yazısını okuduktan sonra altına yorum yapan kullanıcılar da içerik sağlayıcı konumundadırlar⁹. İçerik sağlayıcılar, internet ortamında kullanıma sundukları her türlü içerikten sorumludur. Ancak, bağlantı sağladığı başkasına ait içerikten sorumlu değildir. İçerik sağlayıcılar, 5651 sayılı Kanun ve diğer kanunlarla verilen görevlerinin ifası kapsamında; talep ettiği bilgileri talep edilen şekilde Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu’na (Kurum¹⁰) teslim etmekle ve Kurum tarafından bildirilen tedbirleri almakla yükümlüdür¹¹. Bir web sitesini hazırlayanların tespit edilmesi ise oldukça güçtür. Bu nedenle Yargıtay yerleşik içtihatları ile usul ekonomisinin gözetilmesi gerektiğini belirtmektedir.

⁸ KAYA, Mine, Telekomünikasyon Alanında Kişilik Haklarının Korunması, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 2010/4

⁹ GÜNAYDIN, Barış, İnternet Yayıncılığı Ve İfade Özgürlüğü, Ankara 2010, s.30

¹⁰ Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı kapatılmıştır. 15/8/2016 tarihli ve 671 sayılı KHK ile “Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı” ibaresi “Kurum” şeklinde değiştirilmiş olup, daha sonra bu hüküm 9/11/2016 tarihli ve 6757 sayılı Kanunun 18 inci maddesiyle aynen kabul edilerek kanunlaşmıştır.

¹¹ KAYA, Mehmet Bedii, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, İnternet Hukuku Sunumu

Yer Sağlayıcılar

ISS' nin bir kullanıcısına ait web sayfasını kendi bilgisayarında saklaması ve bu sayfaya internetten ulaşılmasına olanak vermesine “Barındırma (hosting)” denir¹². 5651 sayılı Kanun’da bu hizmeti yer sağlayıcının yerine getirdiği açıklanmış ve yer sağlayıcının tanımı “hizmet ve içerikleri barındıran sistemleri sağlayan gerçek veya tüzel kişi” şeklinde yapılmıştır. Yani, İçerik Sağlayıcısının web sitesi oluştururken, siteye ait bilgileri kaydetmek ve internet ortamına sunabilmesi için gerekli olan sunucuyu (server) Yer Sağlayıcısı temin etmektedir.

Söz konusu Kanun’un 5. maddesinde Yer Sağlayıcının, sağladığı içeriği kontrol etme veya hukuka aykırı bir faaliyet olup olmadığını araştırma yükümlülüğünün bulunmadığı belirtilmiştir. Maddenin devam hükümlerinde ise, hukuka aykırı içeriğin 8. ve 9. maddelere uygun olarak kendisine bildirilmesi üzerine, içeriği yayından çıkarmakla yükümlü kılınmıştır.

Ayrıca Yer Sağlayıcı, hizmetlere ilişkin trafik bilgilerini 1 yıldan az ve 2 yıldan fazla olamamak üzere saklamakla, bu bilgilerin doğruluğunu, bütünlüğünü ve gizliliğini sağlamakla, TİB tarafından talep edilen bilgileri TİB’e talep edilen şekilde teslim etmekle ve yine TİB tarafından bildirilen tedbirleri almakla yükümlüdür.

Yer Sağlayıcısının tespiti ise www.whoishostingthis.com, www.whois.com ve www.yougetsignal.com gibi çeşitli web sitelerinde yer alan arama motoru ile kolayca gerçekleştirilmektedir.

d. Toplu Kullanım Sağlayıcılar

5651 sayılı Kanunda “Kişilere belli bir yerde ve belli bir süre internet ortamı kullanım olanağı sağlayan” olarak tanımlanmıştır. Konaklama yapılan bir otelin müşterilerine sunmuş olduğu internet hizmeti,

¹² KAYA, Mine, Telekomünikasyon Alanında Kişilik Haklarının Korunması, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 2010/4

herhangi bir abonelik ya da kayıt gerektirmeden alışveriş merkezleri, şehirlerarası otobüsler ve benzeri yerlerde müşterilere kablosuz internet erişim hizmeti veren, internet Toplu Kullanım Sağlayıcıdır¹³. Toplu Kullanım Sağlayıcıları, pratikte ticari amaçla kullanım sağlayıcılar ve ticari amacı olmayan kullanım sağlayıcılar olarak ayrılmakta ise de, ticari amaçla olup olmadığına bakılmaksızın bütün internet Toplu Kullanım Sağlayıcılar, konusu suç oluşturan içeriklere erişimin engellenmesi ve kullanıma ilişkin erişim kayıtlarının tutulması konusunda gereken tedbirleri almakla yükümlü kılınmıştır.

Sorumluluk

5651 sayılı Kanun kapsamında, içerik, yer, erişim ve toplu kullanım sağlayıcıların hukuki, cezai ve idari sorumluluk olarak gruplara ayrılmaktadır. Bunlar; Kanunda sayılmış olan sekiz farklı suç için, erişimin engellenmesi yöntemi ve bu suçlarla mücadele edilmesi ile internet ortamında kişilik haklarının ihlali halinde içeriğe müdahale etme usullerine ilişkindir.

5651 Sayılı Kanun cezai ve idari yaptırımları kapsamaktadır. Söz konusu Kanun'da belirlenen sorumluluk özel hukuk açısından da geçerli olmakla birlikte, nihayetinde hukuki yaptırımlar TMK ve TBK genel hükümlerine göre belirlenecektir. İçeriğin kişilik haklarına saldırı niteliğinde olduğunun tespiti, içeriğin internetten durdurma ve önleme davaları ile kaldırılması, düzeltilmesi ya da kararın yayınlanması ya da üçüncü kişilere duyurulması istenebileceği gibi koşulları varsa maddi ve manevi tazminat davaları ile kazancın iadesi de istenebilir¹⁴.

Yer sağlayıcı ve erişim sağlayıcının söz konusu Kanun kapsamındaki sorumluluğu, ancak hukuka aykırı içeriğin yer edinmesinde bulunduğu katkıları ile sınırlıdır. Zira, yer sağlayıcı ve erişim sağlayıcının içeriğe müdahale edebilmesi, pratikte pek de mümkün görünmemektedir. Kaldı ki

¹³ ERDOĞAN, Yavuz, Türk Ceza Kanunu'nda Bilişim Suçları, İstanbul 2012, s.389

¹⁴ SEVİ, Nüket Evrim, İnternet Servis Sağlayıcılarının Hukuki Sorumluluğu, BATİDER, 2004, CXXII, s. 221

erişim sağlayıcılar bakımından yalnızca erişimin sağlanması hizmetinin temin edildiği düşünüldüğünde, hukuka aykırı içerik ile arasında illiyet bağının kurulması oldukça güçtür.

Yer ve içerik sağlayıcılar, yasada belirtilen yükümlülüklerini yerine getirmeyerek kişilik haklarına saldırıdan kaynaklanan zararın artmasına neden olursa, zararın meydana gelmesinden olmasa da, artan kısmından sorumlu tutulabilirler¹⁵. Bu yükümlülükler önlem ve ihlalin engellenmesi amacıyla “uyar-kaldır, sözcük ya da sözcük grubu filtreleme” vb. teknik işlemlerden oluşmaktadır.

II. BÖLÜM

C. İNTERNET ORTAMINDA KİŞİLİK HAKLARININ İHLALI

1. Genel

Basın, internet ve radyo televizyonlar artık toplumsal hayatın önemli bir parçasıdır. Bir taraftan yaşamı kolaylaştıran bu araçlar, diğer taraftan ise insanların özel hayatlarına kolaylıkla müdahale edilebilmesine olanak tanımaktadırlar. İnternet ortamının sınırsız ve kolay hareket edebilen yapısı nedeni ile kişilerin özel hayatlarına, bazen şeref ve haysiyetlerine karşı ihlallere sıkça rastlanılmaktadır¹⁶. Ne yazık ki, teknolojinin hızına yetişemeyen düzenlemelerimiz de bu ihlallerin önlenmesi konusunda yetersiz kalmakta, yeni ihlallere karşı yaptırım öngöremektedir. İnternetle ilgili yeterli kanuni düzenlemenin bulunmaması nedeniyle TMK, TBK ve 5651 sayılı Kanun içerisinde yer alan bazı hükümler internet ortamında yapılan kişilik hak ihlalleri karşısında da kullanılabilir¹⁷.

¹⁵ a.g.e, s. 222

¹⁶ DOĞU, Ali Haydar, İnternet Ortamında Kişilik Haklarının İhlali Ve Korunması, 3. UBHK Bildiriler Kitabı, s.14

¹⁷ OĞUZ, Habib, İnternet Ortamında Kişilik Haklarının İhlali Ve Korunması, 2.Bası, Ankara 2012, s.59

2.İhlal Türleri

a. Alan Adı (Domain Name) Yolu İle Kişilik Haklarının İhlali

Alan adı, herhangi bir web sitesine ulaşp o site içindeki bilgileri görebilmek için kullanılan adreslerdir. Her web sitesinin kendine ait bir adresi vardır¹⁸. İnternet Protokol (IP) olarak tanımlanan ve harf sayı kombinasyonundan oluşan bu adreslerin özelliği, her alan adının kaydının sadece bir kez yapılmasıdır. Yani, IP adresinden bağlantı kurulan yerin adres bilgilerine ulaşılması mümkündür. Günümüzde alan adları firmaları ticari olarak tanımlamada da kullanılmaktadır.

Öte yandan, herhangi bir alan adına sahip olmayan ve pasif internet kullanıcısı olarak tanımlayabileceğimiz bir kullanıcı internete bağlandığı anda kendisine, bağlantıyı sağlayan modem tarafından bir IP numarası verilir. Bu numara, kullanıcının tanınmasını, abonenin kim olduğunu ve bağlandığı yerin adres bilgilerinin öğrenilmesini sağlar ¹⁹. Ancak dikkat edilmesi gerekir ki, ceza yargılamasının kendine has usulü göz önüne alındığında, yalnızca IP numarası kullanılarak yapılan kullanıcı tespiti, kullanıcının cezalandırılması bakımından yeterli olmamaktadır.

Alan adlarının kullanıcıya özgü olmasının bir diğer sonucu ise kişinin ayırt edici ad ve işaretlerinden olmasıdır. Bu bağlamda alan adının kullanımı ile marka hukuku, haksız rekabet hukuku ve kişilik hakları açısından hukuki problemler çıkabilmektedir²⁰.

TMK madde 26 kişinin adının korunmasını ifade etmektedir. Bu nedenle, kişinin adının internet ortamında bir web sitesine verilmiş olması o kişinin kişilik haklarının ihlali anlamını taşımaktadır. Gerçek ya da tüzel kişiler kendi internet sitelerini kurmak için gereken alan adlarını

¹⁸ DOĞU Ali Haydar, İnternet Ortamında Kişilik Haklarının İhlali Ve Korunması, 3. UBHK Bildiriler Kitabı, s.14

¹⁹ BAYRAM, Mehmet Hanifi, Avrupa Birliği Ve İnternet Hukuku, Ankara 2011, s. 42

²⁰ SİRABAŞI, Volkan, İnternet Ve Radyo Televizyon Aracılığı İle Kişilik Haklarına Tecavüz, Ankara 2007, s. 175

ya “tr” uzantılı ya da yurtdışından bu hizmeti sunan firmalara başvuru yaparak “tr” uzantısız olarak almaktadırlar. Ülkemizde mevcut uygulamaya göre “tr” uzantılı alan adları ODTÜ²¹ tarafından verilmektedir. Bu işlem sırasında ilgili kurum, talep yapan kişi ya da kurum ile alınmak istenen alan adı arasındaki bağlantının ispatını istemektedir²².

Uzantısı “com”, “net” vb. olan alan adları düşük fiyatlandırmalar ile ODTÜ tarafından uygulanan usul gibi herhangi bir fikri mülkiyet kontrolü yapmadan, birçok hizmet sağlayıcısı tarafından temin edilmektedir. Bu durum ise çokça alan adı ihlalin doğumuna sebebiyet vermektedir.

Bir kimsenin hakkı olmadan başkasına ait adı kullanması, mesela bir kimsenin hakkı olmadan başkasının adını bir eşyaya, dergiye veya bir ürüne vermesi “ismin gasbını” teşkil eder. Böyle bir gasp hali özellikle, ünlü şahsiyetler bakımından söz konusu olabilir. Ülkemiz bağlamında da, bazı kişilerin ünlü bir sanatçının veya politikacının rızası olmadan, bu kişilerin isimlerini alan ismi olarak tescil ettirdikten sonra, internet sitelerinde satışa sundukları örnekler görülmektedir²³.

Alan adı ile yapılabilecek ihlallere alan adı korsanlığı, ünlü kişi ya da markaların adlarına benzer alan adlarının alınması veya kasıtlı olarak ad içerisindeki bir harf hatasının yapılarak tescil edilmesi de örnek olarak gösterilebilir²⁴.

Doktrine göre meselenin iç hukukumuzda çözümü, kişilik hakları alan adı yolu ile ihlal edilen gerçek ve tüzel kişilerin, alan adının terkinin dahil TMK 24. ve 25. maddelerinde düzenlenen davaları açmasıdır.

²¹ Alan Adları Yönetmeliği

²² DOĞU, Ali Haydar DOĞU, İnternet Ortamında Kişilik Haklarının İhlali Ve Korunması, 3. UBHK Bildiriler Kitabı, s.15

²³ SEYMENOĞLU, Melek Dilşen, Londra Büyükelçiliği Hukuk Müşavirliği İnternet Alan İsimleri Sisteminden Doğan Hukuki Sorunlar Ve Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (Wipo) Tahkim Prosedürü

²⁴ OKAN, Neval, Ağ Reklamlar Ve Haksız Rekabet, Ankara 2011, s.95

Ancak, markaların sanal ortamda alan adı olarak kullanılmasından doğan ihtilaflar bazen milletlerarası hukuk bakımından da önem arz etmektedir. Sınai hakların ülkeselliği ilkesi gereğince, her hak, ülke sınırları içinde uygulanan mevzuat hükümlerince korunmaktadır. Bu ilke nedeniyle, aynı veya benzer markaların farklı ülkelerde tescilli olabileceği veya kullanılabileceği sonucuna varılmaktadır. Fiziki ortam bakımından hiçbir sorun teşkil etmeyen bu durum, markanın internet ortamında kullanılmasıyla, hak sahiplerini karşı karşıya getirmektedir.

Markalar ile alan isimleri arasındaki ihtilaflar alışılmışın dışında özellikler gösterdiğinden ulusal yargı sistemlerinin kapasitesini zorlamaktadırlar. Sanal ortamda markalara yönelik ihlallerin önlenmesi konusunda uluslararası yeknesak düzenlemelerin bulunmaması ve iç hukukların ihtilafları çözmeye yeterli olmaması, sorunların çözümü için yeni oluşumları ve arayışları gündeme getirmiştir. Bu açıdan, başta WIPO olmak üzere, uluslararası planda etkili kimi kuruluşların ve grupların da çabalarıyla sınai hak ihlallerinin, özellikle de markalar bakımından alan adlarına yönelik kötü niyetli tescillerin önlenmesine ilişkin çalışmalar yapılmıştır. Anılan çalışmalar meyve vermiş ve “com, info, org” gibi üst düzey alan isimlerinin tescilinden sorumlu kuruluş olan ICANN nezdinde oluşturulan Alan Adı Anlaşmazlıklarının Halli İçin Yeknesak Politikalar’ın 1 Aralık 1999 tarihinde yürürlüğe girişini takiben, WIPO Hakemlik ve Arabuluculuk Merkezi bu tür anlaşmazlıkların çözülmesi için faaliyete geçmiştir. WIPO Tahkim Prosedürü, alan ismi ihtilaflarına, ulusal mahkemelere nazaran hızlı, ucuz ve etkin çözüm getirmesi nedeniyle haklı bir üne sahip olmuştur. Bugün alan isimlerinin kötü niyetli tescilinden mağdur hak sahiplerinin en çok rağbet ettiği kuruluş niteliğini taşıyan merkezde, sınai haklara ilişkin ticari uyuşmazlıkların yargı dışı çözümüne yönelik dört sistem oluşturulmuştur. Bunlar; WIPO Arabuluculuk Kuralları, WIPO Tahkim Kuralları, WIPO Hızlandırılmış Tahkim Kuralları ve çözüme varılamaması halinde arabuluculuğu izleyen tahkim sistemidir²⁵.

²⁵ SEYMENOĞLU, Melek Dilşen, Londra Büyükelçiliği Hukuk Müşavirliği, İnternet Alan İsimleri Sisteminden Doğan Hukuki Sorunlar Ve Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (Wipo) Tahkim Prosedürü

Ülkemiz açısından en çarpıcı örneklerden birisi, Roman Club International adlı kuruluşun, “www.cemyilmaz.com” adlı alan adını tescil ettirdikten sonra, gerçek Cem YILMAZ’a 10.000\$ karşılığı satmayı teklif etmesidir. Cem YILMAZ’ın WIPO’ya başvurarak, ilgisi bulunmayan kötü niyetli kişiler tarafından alınan alan adının kendisine devredilmesi talebi üzerine WIPO, alan adının gerçek Cem YILMAZ’a devrine karar vermiştir.

WIPO, D2012-0591 numaralı hakem kararında, şikayet eden Yılmaz ÖZDİL, ihtilaflı “www.yilmazozdil.com” alan adının, üzerinde hak sahibi olduğu bir marka ya da hizmet markası ile aynı veya karıştırılma ihtimali yaratacak şekilde benzer olduğu, şikayet edilen Arif TURAN’ın uyuşmazlık konusu alan adı üzerinde hiçbir hak ya da meşru menfaatinin bulunmadığı ve uyuşmazlık konusu alan adını kötü niyetle tescil ettirdiği ve kullandığını iddia etmiştir. Şikayet edilen Arif TURAN ise, ihtilaflı alan adını ücreti karşılığı alan adı tescil kuruluşundan yasal olarak satın aldığını savunmuştur. Sürecin sonunda ise WIPO, ihtilaflı alan adının şikâyet eden Yılmaz ÖZDİL’in üzerinde hak sahibi olduğu markayla aynı veya karıştırılma ihtimali yaratacak derecede benzer olduğu, ihtilaflı alan adıyla ilgili olarak şikâyet edilenin hiçbir hakkı veya meşru menfaati bulunmadığı ve alan adının kötü niyetle tescil edildiği ve kullanıldığı tespitlerine yer vererek, ihtilaflı alan adının şikayet edene devredilmesine karar vermiştir.

b. Elektronik Posta Yolu ile Kişilik Haklarının İhlali

Elektronik posta kullanımının yaygınlaşması ile çeşitli kişilik haklarının ihlalleri de artış göstermiştir. Elektronik posta yöntemine teknik olarak bakıldığında, gönderenin adresinden çıkan bir postanın alıcının adresine ulaşmaya kadar birçok server’den (sunucu) geçtiği ve bu uğrak yerlerdeki kişiler tarafından okunabilmesi mümkündür. Kişiye ait olan bir elektronik posta içeriğinin başkaları tarafından ele geçirilmesi, okunması ya da elektronik posta trafiğinin incelenmesi kişilik hakkı ih-

lalidir²⁶. Ayrıca elektronik posta şifresinin kırılması yoluyla mesaj kutusundaki bilgilerin okunması, bu mesajların başka kullanıcılara yönlendirilmesi de kişinin özel hayat alanına karşı bir ihlal oluşturmaktadır.

Trojan ya da truva atları denilen programlarla virüs olarak adlandırılan yazılımlar elektronik posta yolu ile kişilere gönderilmek suretiyle gönderen kişinin bilgisayar sistemine zarar verebileceği gibi kişilik haklarına saldırı niteliğindeki mesajları taşıyabilir ve o bilgisayara kullanıcının rızası dışı girmek suretiyle elektronik postalarını silebilir, değiştirebilir ya da başka bilgisayara aktarabilir²⁷.

Elektronik posta yolu ile kişilik haklarının ihlaline bir diğer örnek ise “Spoofing” yöntemi ile gerçek IP adresini saklayan kullanıcıların karşıındaki kullanıcı başka bir kullanıcı ile iletişim kurduğuna inandırarak yaptığı kişilik hakkı ihlalleridir. Bu yöntem genellikle dolandırıcılık amacıyla kullanılmaktadır.

Bir diğer yaygın yöntem ise, karşıdaki kullanıcıya atılan sahte elektronik posta yani “Phising” yöntemidir. Bu yöntem ile karşıdaki kullanıcının kişisel verisi olan şifreleri, finansal bilgileri sızdırılmaktadır.

Elektronik posta alımında gerçek bilgileri verme yükümlülüğü bulunmadığından ve elektronik posta adresleri ücretsiz alınabildiğinden, bazı durumlarda kişilik haklarına saldıran kişinin kimliğini tespit etmek zorluk arz etmektedir²⁸.

İnternet kullanıcısı tarafından talep edilmemesine rağmen, elektronik posta adresine gönderilen genellikle reklam, pazarlama veya pornografik içerik sunmak amacı ile kullanılan elektronik postalar spam olarak adlandırılmaktadır²⁹. Spam gönderilebilmesi için ise önce kullanıcıların

²⁶ OKAN, Neval, Ağ Reklamlar Ve Haksız Rekabet, Ankara 2011, s.116

²⁷ KAYA, Mine, Telekomünikasyon Alanında Kişilik Haklarının Korunması, s.317

²⁸ A.g.e, s.318

²⁹ DÜLGER, Murat Volkan, Bilişim Suçları Ve İnternet Bilişim Hukuku, Ankara 2012, s.114

elektronik posta adreslerinin ele geçirilmesi gerektiği de açıktır. Kullanıcılar çeşitli haber siteleri, tartışma siteler, forumlar vb. sitelere üye kaydı oluştururken elektronik posta adresleri spam şirketleri tarafından ele geçirilmektedir. Elektronik posta adreslerinin rıza dışı elde edilmesi ise tam bir kişilik hakkı ihlali niteliğindedir.

24 Temmuz 2012 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanan “Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi Ve Gizliliğin Korunması Hakkında Yönetmelik” ve 10 Ocak 2015 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanan “Ticari Reklam Ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği” ile spam olarak reklam gönderilmesini engellemek mümkün kılınmış ve bu ihlaller bir nebze de olsa azalma göstermiştir.

c. Web Siteleri Yolu İle Kişilik Haklarının İhlali

21. yüzyıl yeni nesil web teknolojileri, kullanıcıların sadece içerik yayınlamasına değil, aynı zamanda bu içeriklere okuyucunun yorum yapabilmesine de olanak sağlamaktadır. Bu teknoloji “Web 2.0” olarak tanımlanmaktadır ve özellikle Facebook, Twitter, Instagram, YouTube gibi sosyal medya sitelerini kapsamaktadır. Ayrıca kullanıcıların çeşitli konularda yazılar yayınladığı blog siteleri de açılabilir.

Özel ve ticari amaçlı web siteleri yanında internet gazeteciliği veya gazetelerin nüshalarının web sitelerinde depolanması şeklinde oluşturulan siteler aracılığı ile kişilik haklarına saldırıda bulunulması mümkündür³⁰.

Kişinin özel hayatına ait bilgi, fotoğraf, yazı gibi kişisel verilerin izinsiz yayınlanması, internet ortamında yapılan yayınlarda kişi ya da kurumlara hakaret edilmesi, iftira atılması, link veya frame ile kişilik değerlerine saldırılması kişilik hakkı ihlallerine örnek verilebilir.

Web sitesindeki içerikle, kişisel verilerin paylaşılmasının kişilik hakkı ihlali olduğu Yargıtay içtihatları ile de sabittir. Yargıtay 4. HD.

³⁰ SIRABAŞI, Volkan, İnternet Ve Radyo Televizyon Aracılığı İle Kişilik Haklarına Tecavüz, Ankara 2007, s. 190

27/09/2012 gün ve 2011/8889 E. ve 2011/3698 K. sayılı kararında, iş arkadaşının rızası dışında elektronik posta adresinin web sitesinde yayınlamasının kişilik hakkına saldırı olarak nitelendiren yerel mahkeme kararını onamıştır.

Bir diğer ihlal ise web reklamları ile yapılan ihlallerdir. Kendi kendisini düzenleyen reklamcılık alanında, pazarlamacıların ihtiyaçları ile kişilik hakkından olan kişisel verilerin gizliliğinin ihlali sıkça gündeme gelen sorunlardandır. Kişisel verileri toplama yöntemlerinden en bilineni ise “cookie” (çerez)’dir. Kullanıcıların profilinin “cookie” adı verilen yazılım parçaları ile saptanması suretiyle kullanıcıların reklamlar aracılığı ile yönlendirilmesi mümkündür³¹.

III. BÖLÜM

D. 5651 SAYILI KANUN VE UYGULANMASI

1. Genel

Medeni Kanun 24. maddesinde hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimsenin hâkimden saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebileceği öngörülmüştür. Ceza hukuku anlamında suç teşkil eden fiiller aynı zamanda medeni hukuk anlamında da kişilik haklarına aykırılık teşkil edebilmektedir. Ancak medeni hukuk anlamında her eylemin ayrı ayrı belirlenmesi yerine genel bir ifadeye yer verilmiştir³².

İnternet ortamında gerçek veya tüzel kişilerin kişilik haklarının ihlal edilmesi karşısında ise kısaca “İnternet Yasası” olarak adlandırılan 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun yürürlüktedir. Kişilik hakları ihlallerini düzenleyen ve 6 Şubat 2014 ta-

³¹ KAYA, Mine, Elektronik Ortamda Kişisel Verilerin Korunması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, s. 139

³² FIRAT, Muhammed Sabır, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 5- 2015, Hukuk Devleti Açısından İnternette İnsan Hakkı Ve Kişilik Haklarına Saldırı Sorunu, s.111

rihli 6518 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten sonra madde 9 aynen şu şekilde düzenlenmiştir;

MADDE 9: (1) İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden gerçek ve tüzel kişiler ile kurum ve kuruluşlar, içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması hâlinde yer sağlayıcısına başvurarak uyarı yöntemi ile içeriğin yayından çıkarılmasını isteyebileceği gibi doğrudan sulh ceza hâkimine başvurarak içeriğe erişimin engellenmesini de isteyebilir.

(2) İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden kişilerin talepleri, içerik ve/veya yer sağlayıcısı tarafından en geç yirmi dört saat içinde cevaplandırılır.

(3) İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik hakları ihlal edilenlerin talepleri doğrultusunda hâkim bu maddede belirtilen kapsamda erişimin engellenmesine karar verebilir.

(4) Hâkim, bu madde kapsamında vereceği erişimin engellenmesi kararlarını esas olarak, yalnızca kişilik hakkının ihlalinin gerçekleştiği yayın, kısım, bölüm ile ilgili olarak (URL, vb. şeklinde) içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle verir. Zorunlu olmadıkça internet sitesinde yapılan yayının tümüne yönelik erişimin engellenmesine karar verilemez. Ancak, hâkim URL adresi belirtilerek içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle ihlalin engellenemeyeceğine kanaat getirmesi hâlinde, gerekçesini de belirtmek kaydıyla, internet sitesindeki tüm yayına yönelik olarak erişimin engellenmesine de karar verebilir.

(5) Hâkimin bu madde kapsamında verdiği erişimin engellenmesi kararları doğrudan Birliğe gönderilir.

(6) Hâkim bu madde kapsamında yapılan başvuruyu en geç yirmi dört saat içinde duruşma yapmaksızın karara bağlar. Bu karara karşı 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz yoluna gidilebilir.

(7) Erişimin engellenmesine konu içeriğin yayından çıkarılmış olması durumunda hâkim kararı kendiliğinden hükümsüz kalır.

(8) Birlik tarafından erişim sağlayıcıya gönderilen içeriğe erişimin engellenmesi kararının gereği derhâl, en geç dört saat içinde erişim sağlayıcı tarafından yerine getirilir.

(9) Bu madde kapsamında hâkimin verdiği erişimin engellenmesi kararına konu kişilik hakkının ihlaline ilişkin yayının başka internet adreslerinde de yayınlanması durumunda ilgili kişi tarafından Birliğe müracaat edilmesi hâlinde mevcut karar bu adresler için de uygulanır.

(10) Sulh ceza hâkiminin kararını bu maddede belirtilen şartlara uygun olarak ve süresinde yerine getirmeyen sorumlu kişi, beş yüz günden üç bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

İnternet ortamında kişilik hakları ihlal edilen gerçek kişi ya da kurumlar, 5651 sayılı Kanun'a göre haklarını arayabileceği gibi, TBK ve TMK hükümlerine de dayanabilir. Hatta aranan şartların farklı olması nedeniyle dilerse her iki yola birden başvurması da mümkündür.

Bir internet yayınından dolayı kişilik haklarının ihlâl edildiğini iddia eden kişi, 5651 sayılı Kanunun 9'uncu maddesinde öngörölmüş hızlı usulle kişilik haklarının korunması amacına ulaşamamış ise, bu amacına TMK m.24 ve 25 uyarınca hukuk davası yoluyla ulaşabilir. Ancak bunun için dava açması ve bu davada; kişilik haklarının saldırıya uğradığını, bu saldırının söz konusu internet yayınından kaynaklandığını, söz konusu yayının hukuka aykırı olduğunu ispat etmesi gerekir³³.

5651 sayılı Kanun her ne kadar kişilik hakkı ihlale uğrayanları korumak amacıyla yaptırımları düzenlemiş olsa da, AİHS ile de garanti altına alınmış olan internet ve ifade özgürlüğü ile kişi hak ve hürriyetleri arasında bir denge kurulması gerektiği de unutulmamalıdır. Gelişmiş

³³ FIRAT, Muhammed Sabır, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 5- 2015, Hukuk Devleti Açısından İnternette İnsan Hakkı Ve Kişilik Haklarına Saldırı Sorunu, s.113

ülkelerde ifade özgürlüğünün son derece titizlikle ele alınması karşısında, ülkemizde en küçük bir ihlal nedeniyle dahi tüm siteye erişimin engellenmesi kararı verilebilmesinin gerekliliği değerlendirilmelidir. Mevzuatımızda bu husus kapak düzenlemelerle ele alındığından çeşitli eşitsizliklere neden olabilmektedir. BU nedenle normun içeriğine yönelik açık, net ve şeffaf düzenlemelerin getirilmesi gereklidir. 5651 sayılı Kanun, masumiyet karinesi, kişilik hakları ile diğer hak ve hürriyetler arasındaki olması gereken denge hali, hak ihlallerinde denetimin sağlanması gibi konularını yeterince irdelememektedir. Bu nedenle düzenlenen yaptırımlar, hukuki denetimden uzak şekilde internet sansürü adıyla anılmaktadır. Oysa hiçbir kanunun amacının Anayasa ile korunan ifade özgürlüğünü engellemesi olamayacağı açıktır.

3. İçeriğin Yayından Çıkarılması

İçeriğin yayından çıkarılması, kişilik hakkı ihlal edilen gerçek ya da tüzel kişilerin içerik sağlayıcıya, buna ulaşamaz iseler yer sağlayıcısına uyarı için başvurmaları halinde mümkün kılınmıştır. Ancak bu başvurunun nasıl yapılacağı konusunda ilgili maddede açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle yapılan bildirimin hukuki sonucu doğurmaya yeterli olup olmadığı konusu hassastır.

5651 sayılı Kanun'un 3/1-3 maddeleri gereği içerik, yer ve erişim sağlayıcıların tanıtıcı ve iletişim bilgileri internet ortamında kullanıcıların ulaşabileceği şekilde bulundurulmalıdır. Sistematik yorum metodu ile madde 9'da belirtilen uyarı yönteminin, bu adreslere elektronik posta yolu ile yapılacağı sonucuna varılabilir.

6518 sayılı Kanun'un gerekçesinde “*Vatandaşların ve yetkili mercilerin kullanabilecekleri irtibat noktalarının oluşturulması bağlamında yasal düzeyde ve özellikle elektronik posta adresi özelinde bir farkındalık oluşturması, internet aktörleri ile irtibat usullerinin belirlenmesi amaçlanmıştır.*” cümlesi bu çerçevede değerlendirildiğinde, içerik ve yer sağlayıcısına elektronik posta ile yapılan bildirim yeterli sayılmalıdır³⁴.

³⁴ KAYA, Mine, Elektronik Ortamda Kişisel Verilerin Korunması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, s. 369

İçeriğin yayından çıkarılması için önce içerik sağlayıcıya bildirim yapılması öngörülmüş ise de çoğu zaman içerik sağlayıcıya ulaşmak imkan dahilinde olmamaktadır. Bu nedenle söz konusu taleplerin muhatabının genellikle yer sağlayıcı olduğunu belirtmek gerekir.

4. Erişimin Engellenmesi

5651 sayılı Kanun'da 6518 ve 6527 sayılı Kanunlar ile yapılan değişiklik öncesi erişimin engellenmesi yalnızca 5651 sayılı Kanun'un 8. Maddesinde belirtilen suçlar bakımından uygulanmaktaydı. Söz konusu değişiklikler ile birlikte, tedbir niteliğine haiz erişimin engellenmesi kararlarında usul birliği sağlanması amaçlanmıştır. Güncel 5651 sayılı Kanun ile kişilik haklarına saldırı halinde doğrudan Sulh Ceza Hakimliği'ne erişimin engellenmesi kararı için başvurunun yolu açılmıştır.

6518 sayılı Kanun'un 85. Maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un tanımlara dair 2. Maddesinin birinci fıkrasına eklenen (o) bendinde erişimin engellenmesi, "alan adından erişimin engellenmesi, IP adresinden erişimin engellenmesi, içeriğe (URL) erişimin engellenmesi ve benzeri yöntemler kullanılarak erişim engellenmesini ifade eder" olarak tanımlanmıştır³⁵.

Bu madde kapsamında verilecek erişimin engellenmesi kararları, yalnızca kişilik hakkının ihlalinin gerçekleştiği yayın, kısım, bölüm ile ilgili olarak (URL vb. şeklinde) içeriğe erişimin engellenmesidir. Hakim zorunlu olmadıkça internet sitesinde yapılan yayının tümüne yönelik erişimin engellenmesine karar veremeyeceği Kanun'da açıklanmıştır. Zorunlu hal ise hakim URL'nin engellenmesinin ihlalin önlenmesinde yeterli olmadığı kanaatine varması olarak düzenlenmiş, ancak bu hal somut ifadelerle yeterince açıklanmamıştır. Yalnızca, sitenin tümüne yönelik kararlarında hakim gerekçesini de belirtmesi gerektiği Kanun metninde yer almaktadır.

³⁵ KARAGÜLMEZ, Ali, Bilişim Suçları Ve Soruşturma- Kovuşturma Evreleri, Seçkin Hukuk, Temmuz 2015 Ankara, s. 551

Madde kapsamında hâkimin verdiği erişimin engellenmesi kararına konu kişilik hakkının ihlaline ilişkin yayının veya aynı mahiyetteki yayınların başka internet adreslerinde de yayınlanması durumunda ilgili kişi tarafından Erişim Sağlayıcıları Birliği'ne müracaat edilmesi hâlinde mevcut karar bu adresler içinde uygulanır³⁶.

Kişilik hakları ihlalleri nedeniyle erişimin engellenmesine ilişkin bu düzenlemenin pek çok yönden eleştirisi yapılabilir. Bunlardan ilki, URL tabanlı erişimin engellenmesi şeklinin istisnalarına ilişkindir. Kanunda sanki “ilgili yayına” erişimin engellenmesi düzenlenmesi kabul edilmiş izlenimi yaratılmışsa da, maddenin devamındaki tüm siteye erişimin engellenmesi ve yargı kararı olmadan başka sitelere erişimin engellenbilmesi yollarının açılması ile ilgili yayına erişimin engellenmesi ile beklenen yarar ortadan kaldırılmıştır. Bu kararların verilme süreçleri de konunun teknik boyutunun göz ardı edildiğini ortaya koymaktadır. Sulh Ceza Hakimlerince duruşma açılmadan çok kısa sürede ve sırf evrak üzerinde yapılan inceleme ile bu tür kararların verilmesi sakıncalı olduğu gibi, URL adresi belirtilerek içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle ihlalin engellenemeyeceğine dair kanaat oluşması halinde tüm yayına yönelik erişimin engellenmesi kararı verilebilecek olmasına rağmen internet gibi teknik boyutu olan bir konuda herhangi bir bilirkişi incelemesi yapmadan, hakimın sırf hukuki bilgisi ile çözemeyeceği bu konuda karar vermesinin beklenmesi de doğru bir yaklaşım değildir³⁷.

Karar kesinleştikten sonra, Erişim Sağlayıcıları Birliği aracılığı ile erişim sağlayıcıya ulaştırılır. Erişim sağlayıcı kararı en geç 4 saat içinde uygulamakla yükümlüdür. Eğer içerik kendiliğinden çıkarılmış ise hakim kararı da kendiliğinden hükümsüz kalacaktır.

³⁶ KAYA, Mehmet Bedii, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, İnternet Hukuku Sunumu

³⁷ KAYA, Mine Elektronik Ortamda Kişisel Verilerin Korunması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, s. 372

5. Uygulamadaki Problemler

İçeriğin yayından çıkarılması ve erişimin engellenmesi kararlarının uygulanması bakımından hukuki tartışmaların yanı sıra teknik bazı engeller de mevcuttur.

İçeriğin yayından kaldırılması talepli yapılan uyarı için öncelikle içerik sağlayıcıya başvurmak gerektiği 5651 sayılı Kanun'da belirtilmiş ise de, internet ortamının yapısı düşünüldüğünde her zaman içerik sağlayıcıya ulaşılamayacağı açıktır. Ayrıca içeriğin yayından çıkarılmasına ilişkin taleplerin yirmidört saat içinde cevaplanması gerektiği 5651 sayılı Kanun'da belirtilmiştir ancak, talep cevabının olumlu, olumsuz, hiç ya da tam olmaması halinde hangi hukuki sonucun doğacağı açıklanmamış ve bu hallere ilişkin bir yöntem belirtilmemiştir.

Hakim tarafından verilen erişimin engellenmesi kararı, uygulamada pek çok soruna yol açmakta ve bazı durumlarda kesinleşen mahkeme kararlarının infazı mümkün olamamaktadır. En önemli sorun, kararın tebliğinde ve ortada mahkeme kararının infazını takip edip kamu gücünü kullanacak bir infaz merciinin olmamasından kaynaklanmaktadır. Bunun dışında, haklılığı konusunda en küçük şüphe olmayan bir durumla ilgili, yani gerçekliği ve güncelliği olmayan ve hatta Cumhuriyet Savcılığı'nın verdiği takipsizlik kararı ile doğru olmadığı kesinleşen bir iddiaya ilişkin haber, çeşitli internet sitelerinde ve özellikle bloglarda teknik bazı sebepler gerekçe gösterilerek veya gerekçe dahi gösterilmeksizin ya da muhatabına ulaşamadığı için uzun süre yayında kalabilmektedir. Bu tür bir yayının düşünce açıklama hürriyeti kapsamında görülmesi, başka bir hak veya hürriyete tecavüzünün ve bunu tespit eden yargı kararının bile göz ardı edilmesi kabul edilemez³⁸.

Erişimin engellenmesi kararının uygulanması bazı teknik sebepler ile mümkün değildir. Erişimin engellemesi kararı yalnızca, bir kaynaktan dağıtılan ve ortak kullanımına açık olan bilgi sistemleri iletişim

³⁸ ŞEN, Ersan, İnternet Hukuku Ve Kişilik Haklarının Korunması, Nevşehir Barosu Dergisi, Yıl 1, Sayı 1, Mart 2014, s.288

protokolü “http” sahibi olan alan adları üzerinde uygulanabilmektedir. Günümüzde Facebook, Youtube, Twitter vb. birçok sosyal paylaşım sitesinin “http” protokolüne ek olarak “SSL Sertifikası” sahibi olduğu düşünüldüğünde, “https” sahibi olan bu sitelere erişimin engellenmesi kararı teknik olarak uygulanamamaktadır³⁹.

Ülkemizde en büyük erişim sağlayıcı olarak genelde Türk Telekom tarafından bu kararlar yerine getirilmektedir. İlgili siteye girmeye çalışanlar, karşılarında, erişimin niçin engellendiğini gösterir bir yazıyla karşılaşmaktadırlar. Bu da göstermektedir ki, genelde IP adresinin bloke edilmesi yöntemi uygulanmaktadır. Açıkçası bu teknik engellenmenin ne kadar etkili olduğu çok tartışmalıdır. Her şeyden önce mirror siteler, DNS adreslerinin değiştirilmesi, proxy kullanılması, tünel siteler kullanılması ya da yurtdışından VPN bağlantısı yapılması hallerinde, bu tür erişim engellemeler geçersiz kılınmaktadır. Kısacası, erişim engellenmenin dolanılması, teknik bakımdan yüksek düzeyde bilgi gerektirmeyecek kadar basittir. Erişimi engellenen sitelere girmek isteyen kimseler, bu yöntemlerden herhangi birisini kullanarak bu sitelere erişmektedirler⁴⁰.

IV. BÖLÜM

SONUÇ

• İnternet ortamının değişken, yenilenen ve sınırsız yapısı nedeni ile kişilerin özel hayatlarına, şeref ve haysiyetlerine karşı ihlaller yaşanabilmektedir. Bu ihlaller yaygın olarak, elektronik posta adresleri kullanılarak, alan adı ihlalleriyle ve Web 2.0 olarak tanımlanan ortam ile gerçekleştirilmektedir. Yasal düzenlemelerimiz ise teknolojinin bir adım gerisinde kalmış, her türlü ihlali ayrı olarak değerlendirip yasal koruma sağlamak yerine, kapak yaptırım hükümleri düzenlemektedir. İnternette

³⁹ KÜÇÜKİLHAN, Sezin, 4. UHBK Siber Güvenilir Kullanıcı Eğitimi, İnternette Fikri Hak İhlalleri Ve Tedbirler Sunumu

⁴⁰ BOZBEL, Savaş, 5651 Sayılı Kanuna İstinaden Bazı İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi Tedbirlerine Eleştirel Bir Yaklaşım, S.4

İlgili yeterli kanuni düzenlemenin bulunmamasının yanı sıra TMK ve TBK hükümleri de genel bazı korumalara değinmektedir.

- Ülkemizde internet yasası olarak bilinen 5651 sayılı Kanunun 9. maddesi ile kişilik hakkı ihlallerine ilişkin yaptırımlar düzenlenmiştir. Anılan madde içeriğin yayından çıkarılması ve erişimin engellenmesine ilişkindir. Ancak 5651 sayılı Kanun’da söz konusu kararlarının infazının nasıl gerçekleştirileceğine ilişkin açık ve şeffaf bir düzenleme bulunmamaktadır.

- 5651 sayılı Kanun ile düzenlenmiş olan içeriğin yayından çıkarılması prosedürü çoğu zaman içerik sağlayıcıya ulaşamayıp erişim sağlayıcına başvurulması ile sonuçlanmaktadır. Erişim sağlayıcı ise cevaben genellikle teknik nedenlerle içeriğin yayından kaldırılamayacağı belirtmektedir veya hiç cevap vermemektedir.

- Kişilik haklarının ihlal edildiğini düşünen gerçek ve tüzel kişiler muhatap bulma zorluğu nedeniyle, doğrudan Sulh Ceza Hakimliği’ne başvurarak erişimin engellenmesi yoluna başvurmayı tercih etmektedir. Sulh Ceza Hakimleri ise bilişim ve teknoloji alanlarında yeterli teknik bilgiye sahip olmadan, her zaman orantılılık, gereklilik ve yerindelik ilkeleri gözetilemeden, bazı hallerde tüm sitenin erişime engellemesi gerektiği kanaatine ulaşabilmektedirler. Oysa basit teknik yöntemlerle erişimin engellenmesine kararının uygulandığı sitelere dahi giriş yapılabildiği bilinen bir gerçekliktir.

- Kurum tarafından erişimin engellenmesi kararları da hem hukuki hem teknik bazı nedenlerle uygulanamamaktadır. Oysa Anayasa m.138/4’te yer alan düzenlemeye göre, “Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez”. Söz konusu Anayasa hükmü uyarınca TİB, 5651 sayılı Kanunun 9. Maddesine uygun olarak verilen mahkeme kararlarının infazını takip edip gerçekleştirmekle yükümlü olmalıdır.

- Ayrıca, AİHS ve Anayasa’da düzenlenen özgürlükler ile internet ortamında gerçekleştirilen kişilik hakları ihlallerine ilişkin yaptırımlar arasında sosyal bir denge kurulması gerekmektedir. Ancak 5651 sayılı Kanun, bu dengeyi sağlama amacına hizmet etmekten uzak, baskın ve sansürcü bir yapıya sahip olarak algılandığından, Kanun’un ve ilgili yönetmeliklerin teknolojiyle uyumlu hale getirilmesi, gereken revizasyon çalışmalarının başlatılması ve özellikle temel hak ve hürriyetler dikkate alınarak erişimin engellenmesi tedbirlerinin sıkı şartlara bağlanarak ılımlı hale getirilmesi gerekmektedir.

HASTA VE YAKINLARININ UYGULADIKLARI ŞİDDET SEBEBİYLE SAĞLIK PERSONELİNİN UĞRADIĞI ZARARLARIN TAZMİNİ

▪ Prof. Dr. Hasan PETEK

Özet: Sağlık personeline yönelik şiddet son yıllarda büyük bir artış göstermiştir. Sağlık alanında hizmet verenler, diğer iş alanlarında çalışanlara göre 16 kez daha fazla saldırıya uğramaktadır. Hasta ve hasta yakınlarının özel durumu, şiddete eğilimi artırmaktadır. Fiziksel, cinsel, psikolojik, sözlü veya ekonomik şiddet sonucu zarar gören sağlık personeli, genellikle uğradığı maddi/manevi zararının tazminini hasta veya hasta yakınlarından talep etmemektedir. Çalışmamızda, tüketici işlemi niteliği söz konusu olduğunda hatalı tıbbi müdahale sebebiyle hastanın Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a dayanabilmesi gibi, şiddete maruz kalan sağlık personelinin de aynı Kanuna dayanarak uğradığı zararların tazminini sağlayabileceği; tüketici işlemi niteliği göstermeyen diğer tıbbi müdahaleler sebebiyle kendisine şiddet uygulanan sağlık personelinin ise, haksız fiil hükümlerine dayanarak uğradığı zararların tazminini isteyebileceği sonucuna varılmıştır.

Anahtar Sözcükler: Şiddet, Hekim, Sağlık Personeli, Hasta, Tüketici

Abstract: Violence against health personnel has increased dramatically in recent years. The individuals employed in the health care services get attacked 16 times more than the ones employed in other sectors. Tendency to violence get increased by the special conditions of the patients and patient's relatives. The health personnel who suffer damage due to physical, sexual, physiological, verbal or economic violence usually do not claim for compensation from the patient or patient's relatives. In this paper, it is concluded that the health personnel who suffer damage is entitled to compensation based on the Law on the Protection of the Consumer as patients are entitled to compensation due to malpractice based on the same law since it is in the quality of a consumer contract; in case the violence inflicted is due to the medical interventions other than the ones in the scope of a consumer contract, the health personnel is entitled to compensation based on the tort law.

Key Words: Violence, Doctor, Health Personnel, Patient, Consumer

GİRİŞ

Şiddet, son yıllarda günlük hayatımızın maalesef bir parçası hâlini almıştır. Dünyanın her yerinde yaş, cinsiyet, ırk, din, dil, eğitim düzeyi ayırt etmeksizin herkesi etkileyen şiddet, artık kanıksanır olmuştur. Hayatın tüm alanlarında etkisini gösteren şiddet, tüm meslek gruplarında olduğu gibi, zor durumdaki kişilerle doğrudan teması gerektiren sağlık bakım sektöründe de sağlık personelinin en önemli korkularındandır. Sağlık alanında hizmet verenlerin diğer iş alanlarında çalışanlara göre 16 kez daha fazla saldırıya uğradığı, hekim ve hemşirelerin yarısından fazlasının sözel ve yaklaşık yedide birinin de fiziksel şiddete uğradığı bilimsel çalışmalarda ortaya konulmuştur.

Çalışma hayatında meydana gelen şiddetin % 25'inin sağlık alanında yaşandığı; bunun nedeni olarak, sağlık çalışanlarının muhatap oldukları kişiler olan hasta ve hasta yakınlarıyla optimal bir ilişki kurabilmenin güç olması; çünkü maruz kaldıkları hastalık, sakatlanma veya ölüm olayı ya da tehdidi nedeniyle bu kişilerin genellikle kederli, isyankar, gergin, paniklemiş, endişeli, ağrılı, bitkin hâlde oldukları; bazen de muhatabın alkolik veya madde bağımlılığı veya psikiyatrik bozukluğu olan kişiler olması sebebiyle, şiddete başvurma eğilimlerinin ortalama kişilere kıyasla çok daha yüksek olması gösterilmektedir. Bunun yanında, sağlık sisteminden kaynaklanan ekonomik, psikolojik veya sosyolojik başka sebeplerden de söz edilebilir.

Çalışmamızda şiddetin sebeplerinden veya bütün sonuçlarından değil, sadece sağlık personeline hasta veya hasta yakını tarafından şiddet uygulandığında, sağlık personelinin uğradığı maddî/manevî zararlarının tazminini ne şekilde ve kapsamda, hangi hükümlere göre talep edebileceği üzerinde durulacaktır. Asıl konumuzun daha iyi anlaşılabilmesi için sağlık hukukuna ilişkin bazı kavramlardan ve konulardan bahsedilmesi kaçınılmaz olduğundan, çalışmamızda bunlar da kısaca incelenmiştir.

I. SAĞLIK PERSONELİ

Sağlık personeli denildiğinde, sağlık hizmeti sunan sistemlerde çalışan kişiler kastedilmektedir. Hasta Hakları Yönetmeliği'nde¹ ise, personel, *“Hizmetin, resmî, veya özel sağlık kurumlarında ve kuruluşlarında veya serbest olarak sunulmasına bakılmaksızın, sağlık hizmetinin verilmesine iştirak eden bütün sağlık meslekleri mensuplarını ve sağlık meslekleri mensubu olmasa bile sağlık hizmetinin verilmesine sorumlu olarak iştirak eden kimseleri”* ifade etmektedir (m.4/I-c). Hasta Hakları Yönetmeliği açısından, sağlık hizmetlerinden yararlanma ihtiyacı içerisinde bulunan kişilerin haklarını ihlâl etmeleri mümkün olan sağlık sektöründe çalışan temizlik görevlisi, ambulans şoförü gibi herkes sağlık personeli olarak değerlendirileceğinden, bu tanım çok kapsamlıdır. Kanaatimizce, inceleme konumuz bakımından sadece doğrudan tıbbî nitelikte faaliyet gösteren kişilerin² sağlık personeli olarak kabul edilmesi isabetli olmadığından, Hasta Hakları Yönetmeliği'ne göre sağlık personelinin belirlemek uygun olacaktır. Bu kapsamda, hekim, hemşire, ebe veya diğer sağlık personeli eğitimi alan kişiler de, henüz hekim, hemşire veya ebe sayılmamalarına rağmen sağlık personeli olarak kabul edilmelidir.

Sağlık personeli denilince, akla öncelikle hekimler gelmektedir. Tıp fakültesinden mezun olarak diploma sahibi olan kimseye *“hekim”* adı verilmektedir. Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un³ 1. maddesine göre, Türkiye Cumhuriyeti dâhilinde hekimlik yapabilmek ve ne şekilde olursa olsun hasta tedavi edebilmek için tıp fakültesinden diploma sahibi olmak şarttır. Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname⁴ ile bu madde değiştirilmeden önce, hekim olmak için Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı da olmak gerekiyordu; söz konusu kararnamey-

¹ RG., 1.8.1998, S.23420.

² “İnsanların sağlığını korumak ve geliştirmek, hastalıkları teşhis ve tedavi etmek, ruhen, beden ve sosyal yönden tam bir iyilik hâlinin oluşturulmasını sağlamak amaçlarıyla doğrudan çalışan hekim, diş hekimi, eczacı, ebe, hemşire gibi kişiler” doğrudan tıbbî nitelikte faaliyet gösteren sağlık personeli olarak tanımlanmalıdır (Petek, Hasan: Sağlık Hukuku, 2.Baskı, Ankara 2015, s.60).

³ RG., 14.4.1928, S.863.

⁴ RG., 2.11.2011, S.28103.

le artık bu şart ortadan kaldırılmıştır. Yabancı Sağlık Meslek Mensuplarının Türkiye’de Özel Sağlık Kuruluşlarında Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik⁵ de Türkiye’de mesleklerini icra etmek isteyen yabancı sağlık meslek mensuplarının özel sağlık kuruluşlarında çalışmalarına ilişkin usul ve esasları düzenlemek amacıyla çıkartılmıştır.

Yabancı ülkelerde tıp fakültesi diploması almış Türk hekimlerin Türkiye’de mesleklerini yapabilmeleri, diplomalarının denkliğinin sağlanması durumunda mümkündür. Hekimlik yapabilmek için, diplomanın Sağlık Bakanlığı’na tasdik ve tescili de gerekmektedir.

Hekim dışında diş hekimi, eczacı, diyetisyen, fizyoterapist, teknisyen, ebe, sünnetçi, hastabakıcı hemşire gibi kişiler de, diğer sağlık personeli olarak konumuz bakımından önem taşımaktadır. Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun’un Ek 13. maddesinde, sağlık meslek mensubu olarak klinik psikolog, fizyoterapist, odyolog, diyetisyen, dil ve konuşma terapisti, podolog, sağlık fizikçisi, anestezi teknisyeni/teknikeri, tıbbi laboratuvar ve patoloji teknikeri, tıbbi görüntüleme teknisyeni/teknikeri, ağız ve diş sağlığı teknikeri, diş protez teknikeri, diş protez ve ortez teknisyeni/teknikeri, ameliyathane teknikeri,

⁵ RG., 22.2.2012, S.28212. Söz konusu Yönetmelik, diş hekimi, eczacı, ebe ve hastabakıcılar hariç özel sağlık kuruluşlarında çalışacak tüm yabancı sağlık meslek mensuplarını kapsamakta; Türk soylu diş hekimi, eczacı, ebe ve hastabakıcılar hakkında 2527 sayılı Türk Soylu Yabancıların Türkiye’de Meslek ve Sanatlarını Serbestçe Yapabilmelerine, Kamu, Özel Kuruluş veya İşyerlerinde Çalıştırılabilmelerine İlişkin Kanun (RG., 29.9.1981, S.17473) uygulanmaktadır. Yönetmelik kapsamındaki yabancı sağlık meslek mensupları, şu şartları sağlamaları kaydıyla özel sağlık kuruluşlarında mesleklerini icra edebilirler: a) Diploma ve/veya uzmanlık belgelerinin denkliği onaylanmış ve Bakanlıkça tescilleri yapılmış bulunmak, b) Mesleğini icra etmesine kanunen engel hâli bulunmamak, c) Türkçe bilmek, ç) İlgili mevzuata göre Türkiye’de çalışma ve ikamet izni almış olmak, d) Hekimler için, zorunlu mesleki mali sorumluluk sigortası yaptırmak. Yabancı ülkede tıp eğitimi almasına rağmen Türkiye’de mevzuata aykırı olarak çalışan bir hekimin veya herhangi bir eğitimi olmayan veya aldığı eğitim dışında müdahalede bulunan kişilerin (örneğin ebe olmadığı hâlde köyde doğum yaptıran kişilerin veya enjeksiyon yapan eczacıların) geçerli bir tüketici işlemi yapılabilmesi mümkün olmamasına rağmen, onlara karşı uygulanan şiddeti de Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında değerlendirmek mümkündür. Yargıtay bir kararında, uyuşmazlığın tüketici mahkemesinde görülebilmesi ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümlerinin uygulanabilmesi için geçerli bir sözleşme olması gerektiğine hükmetmiştir. 13.HD., 29.12.2004, 12111/19172 (Kadıoğlu, Kâmil: Gerekçeli-Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, 2.Bası, Ankara 2005, s.3-4). Fakat doktrinde, sözleşmenin geçersiz olması nedeniyle uyuşmazlığın tüketici mahkemeleri görevinde kabul edilmemesini Kanun’un amacı ve kapsamıyla bağdaştırmanın kolay olmadığı ifade edilmiştir (Bulut, Uğur: Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumlulukta Tüketici Mahkemelerinin Görevine İlişkin Bir Yargıtay Kararı İncelemesi, ABD 2012/2, s.338, dn.44).

adli tıp teknikeri, odyometri teknikeri, diyaliz teknikeri, fizyoterapi teknikeri, perfüzyonist, radyoterapi teknikeri, eczane teknikeri, iş ve uğraşı terapisti (ergoterapist), iş ve uğraşı teknikeri (ergoterapi teknikeri), elektronörofizyoloji teknikeri, mamografi teknikeri, acil tıp teknikeri, hemşire yardımcısı, ebe yardımcısı, sağlık bakım teknisyeni meslekleri tanımlanmıştır.

II. ŞİDDET

Dünya Sağlık Örgütü, şiddeti “*sahip olunan fiziksel güç ya da kudretin, tehdit yoluyla ya da doğrudan kendine, bir başka insana, bir gruba ya da topluma karşı yaralanma, ölüm, psikolojik zarar, gelişme bozukluğu ya da gelişmede gerilemeyle sonuçlanan ya da sonuçlanma olasılığı yüksek bir biçimde uygulanması*” olarak tanımlamaktadır⁶.

6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun’un⁷ 2. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde ise şiddet “*Kişinin, fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik açıdan zarar görmesiyle veya acı çekmesiyle sonuçlanan veya sonuçlanması muhtemel hareketleri, buna yönelik tehdit ve baskıyı ya da özgürlüğün keyfi engellenmesini de içeren, toplumsal, kamusal veya özel alanda meydana gelen fiziksel, cinsel, psikolojik, sözlü veya ekonomik her türlü tutum ve davranış*” şeklinde tanımlanmıştır. Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun’a İlişkin Uygulama Yönetmeliği’nin⁸ 3. maddesinin birinci fıkrasının (m) bendinde de aynı tanıma yer verilmiştir. Kanaati-

⁶ Yıldız, Ali Naci / Kaya, Mehmet / Bilir, Nazmi: İşyerinde Şiddet, Ankara 2011, s.1; Turhan, Ömer / Ahmed, Fahad / Aslan, Dilek / Erişgen, Gülriz / Çakır, Banu / Şengelen, Meltem / Yıldız, Ali Naci: Önlenebilir Bir Sorun Hekime Yönelik Şiddet, Ankara 2014, s.2. Bir başka tanımda da “Şiddet; kendine ya da bir başkasına, grup ya da topluluğa yönelik olarak ölüm, yaralama, ruhsal zedelenme, gelişimsel bozukluğa yol açabilecek fiziksel zorlama, güç kullanımı ya da tehdidin amaçlı olarak uygulanması olayı” olarak tanımlanmıştır (Al, Behçet / Zengin, Suat / Deryal, Yahya / Gökçen, Cem / An Yılmaz, Demet / Yıldırım, Cuma: Sağlık Çalışanlarına Yönelik Artan Şiddet, The Journal Of Academic Emergency Medicine 2012/11, s.116; Annagür, Bilge: Sağlık Çalışanlarına Yönelik Şiddet: Risk Faktörleri, Etkileri, Değerlendirilmesi ve Önlenmesi, Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar 2010/2, s.162; Büyükbayram, Ayşe / Okçay, Hale: Sağlık Çalışanlarına Yönelik Şiddeti Etkileyen Sosyo-Kültürel Etmenler, Psikiyatri Hemşireliği Dergisi 2013/4(1), s.46).

⁷ RG., 20.3.2012, S.28239.

⁸ RG., 18.1.2013, S.28532.

mizce, sağlık personeline yönelik şiddet bakımından da bu tanımın kabul edilmesi, zarar görenlere sadece fiziksel şiddet için değil diğer türleri bakımından da etkili bir koruma sağlanması amacıyla tercih edilmelidir.

Sağlık personeline yönelik şiddet genellikle sağlık kurumları içerisinde gerçekleşmekle birlikte, hizmetin kurum dışında icra edildiği yerlerde de şiddete maruz kalılabilmektedir. Hatta, ister kurumda isterse kurum dışında icra edilsin, yerine getirilen faaliyet sebebiyle başka bir yerde uygulanan şiddet de bu kapsamda değerlendirilmelidir. Örneğin bir kamu hastanesinde uygulanan tıbbî müdahale sebebiyle hekimi takip edip evinde yaralama, bu anlamda bir şiddet oluşturmaktadır.

İşyerinde şiddet, “*çalışanın işiyle ilgili durumlar sırasında kişi ya da kişiler tarafından istismar edildiği ya da saldırıya uğradığı olaylar*” olarak tanımlanmaktadır⁹. Sağlık kurumlarındaki şiddet de, “*hasta, hasta yakınları ya da diğer herhangi bir bireyden gelen, sağlık çalışanı için risk oluşturan tehdit davranışı, sözel tehdit¹⁰, fiziksel saldırı¹¹ ve cinsel saldırıdan¹² oluşan*

⁹ Yıldız/Kaya/Bilir, s.7; Turhan/Ahmed/Aslan/Erişgen/Çakır/Şengelen/Yıldız, s.2.

¹⁰ Örneğin hekimden hukuka aykırı olarak kusurlu raporu çıkartılmasının istenmesi, vermediği takdirde ölümle tehdit edilmesi sözel bir şiddet türüdür. Bunun gibi, haksız bir isteğin yerine getirilmemesi durumunda hekim hakkında asılsız iddialar ileri sürülmesi (örneğin organ mafyasına bağlı olarak çalışan bir hekim olarak gösterilmesi) hekimin kişilik hakkını ihlâl eden bir şiddet türüdür (Ergün, Ömer: Borçlar Kanunu Kapsamında Haksız Fiile Maruz Kalan Hekim ve Hekim Yardımcılarının Tazminat Hakkı (Vaka Örneği), I.Uluslararası Katılımlı Ulusal Tıp Hukuku Kongresi (Vaka Tartışmalı), Editörler: Prof. Dr.Dr.h.c.Hakan Hakeri / Av.Cahid Doğan, İstanbul 2016, s.196).

Psikoloji şiddet kişinin psikolojik sağlık durumunu bozan, üzen, inciten, sarsan, kendisini baskı ve tehdit altında hissetmesine neden olan her türlü tutum (dışlama, bağırma, sadece mağdura ses düzeyini yükselterek konuşma, sürekli hedef değiştirme, faaliyetlerini kısıtlama, hakkında dedikodu yapma) şeklinde gerçekleşebilir (Büyükbayram/Okçay, s.46). Sözel şiddet de bağırma, kötü konuşma, küfür, hakaret, azarlama, aşağılama şeklinde uygulanan bir şiddet türüdür. Sözel şiddette, korku unsuru önemli bir olgudur. Hakaret etme, küçük görme, aşağılama, ağır sözler, söyleme, güveni sarsarak psikolojik açıdan istismara yol açan uygulamalar, sözel şiddet olarak algılanmaktadır (Büyükbayram/Okçay, s.46).

¹¹ Örneğin istediği ilacı yazmadığı için hastane çıkışında hekimle tartıştıktan sonra onu döven bir hasta, fiziksel şiddet uygulamıştır (Ergün, s.198). Fiziksel saldırının dövme, tokatlama, yumruklama, tekmeleme, iteleme, boğazını sıkma, hırpalama, ısırma, tırmalama, kırık oluşturma, bıçak saplama, ateşli silahla saldırma, saçları koparma gibi şekilleri olabilir. Sözel şiddet fiziksel şiddete göre daha sık gerçekleşmesine rağmen, sadece yaralama gibi ciddi olanlar şiddet olarak algılanmakta, sözel şiddet kayda bile alınmamaktadır (Al/Zengin/Deryal/Gökçe/Arı Yılmaz/Yıldırım, s.119; Büyükbayram/Okçay, s.46).

¹² Cinsel şiddet; çocuğa, gence, kadına ve diğer kişilere yönelik olarak laf atma, el kol hareketi yapmakla başlayıp tecavüze kadar varan geniş bir yelpazede gerçekleşen cinsel taciz ve saldırdır. Cinsel şiddet eylemlerinin önemli bir bölümü aynı zamanda fiziksel şiddet içermektedir (Büyükbayram/Okçay, s.46).

durum” olarak tanımlanmaktadır. Her bir sağlık çalışanının potansiyel birer mağdur adayı olduğu ve Dünyada sağlık alanındaki şiddetin artma eğiliminde olduğu belirtilmektedir¹³.

Dünya Sağlık Örgütü, Uluslararası Çalışma Örgütü ve Uluslararası Hemşireler Birliği’nin 2002 yılı “*Sağlık Sektöründe İşyeri Şiddeti*” başlıklı ortak raporu, sağlık çalışanlarının %50’sinden fazlasının mesleklerini uyguladıkları her hangi bir zamanda şiddete maruz kaldıklarını bildirilmektedir. Sağlık alanında hizmet verenler, diğer iş alanlarında çalışanlara göre 16 kez daha fazla saldırıya uğramaktadır. Gardiyan, polis, şöför ve banka çalışanlarından daha fazla saldırıya uğradıkları belirlenen sağlık bakım çalışanları arasında da hemşirelerin, diğerlerine göre üç kat daha fazla risk altında bulunduğu dikkat çekilmektedir. Söz konusu raporda farklı ülkelerdeki sağlık çalışanlarına yönelik şiddet oranlarına bakıldığında, genel olarak çalışanların %3-17’sinin fiziksel, %27-67’sinin sözel, %10-23’ünün psikolojik, %0,7-8’inin cinsel, %0,8-2,7’sinin etnik şiddete uğradıkları bildirilmiştir; bununla birlikte, sağlık kurumlarındaki şiddetin az oranda bildirildiği, sadece yaralanma gibi ciddi olayların şiddet olarak algılandığı, diğerlerinin bildirilmediği de belirtilmelidir. Türkiye’de yapılan farklı çalışmalarda sağlık çalışanlarının şiddete maruz kalma sıklıklarının %49-91 arasında değiştiğine dair bilgiler bulunmaktadır. Şiddetin farklı tipleri göz önüne alındığında, hemen her sağlık çalışanının hasta veya yakınları tarafından şiddet mağduru olduğu söylenebilir. Fakat şiddet olayının gerçek boyutunun belirlenemeyişinde, saldırıya uğramanın mesleğin bir doğasıymış gibi algılanması ve bu nedenle vakaların bildirilmeme eğilimi taşıdığı da ifade edilmektedir. Bu şiddet olaylarının farklı yansımaları da söz konusudur; örneğin, şiddet nedenli ruhsal etkilenmenin %36-92 arasında değiştiği belirtilmektedir¹⁴.

Yapılan araştırmalar, sağlık personeline yönelik şiddetin hastalar ve/veya hasta yakınları tarafından uyguladığını göstermektedir. Türkiye’de

¹³ Turhan/Ahmed/Aslan/Erişgen/Çakır/Şengelen/Yıldız, s.2; Al/Zengin/Deryal/Gökçen/Arı Yılmaz/Yıldırım, s.116; Annagür, s.162.

¹⁴ Turhan/Ahmed/Aslan/Erişgen/Çakır/Şengelen/Yıldız, s.2; Al/Zengin/Deryal/Gökçen/Arı Yılmaz/Yıldırım, s.116; Annagür, s.162-165; Büyükbayram/Okçay, s.47.

yapılmış bir çalışmada, şiddet gösterenlerin daha çok 21-30 yaşlarında ve eğitim düzeylerinin düşük olanlardan oluştuğu, hasta yakınlarının hastalardan daha çok şiddete karıştığı; başka bir çalışmada ise, şiddet uygulayanların çoğunluğunu (%55) 18 yaş altı erkeklerin oluşturduğu, mental veya davranış bozukluğu olan hasta ve yakınlarının şiddete daha çok meyilli olduğu belirtilmektedir. Şiddete meyilli kişilerin özellikleri incelendiğinde, bu kişilerin genellikle otuz yaş altı, erkek, düşük sosyo-ekonomik düzeye sahip, yasal veya yasal olmayan sebeplerle silah bulundurabilen, otoriteyle sorunları olup daha önce yasal sorunlar yaşayan veya tutuklanma öyküsü olan, alkol ya da madde kullanan, psikiyatrik hastalığa sahip olan kişiler olduğu görülmektedir¹⁵.

Sağlık personelinin mesleklerine göre şiddet sıklıkları değerlendirildiğinde, en çok hekim ve hemşirelerin şiddete maruz kaldıkları belirtilmektedir¹⁶. Türkiye’de yapılan çalışmalarda sağlık çalışanlarının cinsel ve psikolojik şiddetle de karşı karşıya kaldıklarını belirten çalışmalar olsa da, sözel ve fiziksel şiddete göre sıklığı düşüktür. En sık şiddete maruz kalınan yerler, çalışmalar arasında farklılık gösterse de, genellikle acil

¹⁵ Al/Zengin/Deryal/Gökçen/Arı Yılmaz/Yıldırım, s.116-117; Annagür, s.166. Çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde, hasta ile şiddet uygulanan sağlık personeli arasında sözleşme ilişkisi varsa Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümleri, yoksa haksız fiil hükümleri gereğince ortaya çıkan zararın tazmin edileceği belirtilmiştir. Psikiyatrik hastalığa sahip olan veya alkol-madde bağımlısı kişiler ayırt etme gücüne sahip değillerse, onlar adına sağlık personeli ile sözleşmenin yasal temsilcileri tarafından yapılması gerekir. Tedavi ücreti ayırt etme gücünden yoksun olanın malvarlığından karşılandığında sözleşmenin tarafı bizzat kendisi olduğundan, tedavi ücreti bir başkası tarafından karşılanırsa bile üçüncü kişi yararına sözleşme olduğu için yine sözleşmenin karşı tarafına zarar vermeme yükümlülüğü bulunduğundan, ayırt etme gücünden yoksun olanlara karşı da Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümlerine göre başvurulabilir. Genel hükümlerin uygulanacağı böyle bir tazminat davasında, ayırt etme gücünden yoksun kişi hakkında hakkaniyet sorumluluğuna (TBK.m.65) gidilebilir; çünkü Türk Borçlar Kanunu’nun 114. maddesinin ikinci fıkrasının atfıyla, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hallerine de uygulanır. Böyle bir kişinin ev başkanı hakkında da, Medeni Kanun’un 369. maddesi gereğince ev başkanının sorumluluğu hükümlerine göre genel mahkemelerde dava açılabilmesi de mümkündür.

¹⁶ Sağlık personelinin şiddete en fazla maruz kalanlar acil servis çalışanlarıdır; bunun sebepleri arasında ilaç bağımlıların, psikiyatrik hastaların, alkol kullanıcılarının, travma gibi en acil vakaların ilk önce acil servise gitmeleri, acil servislerin 24 saat hizmet vermesi, acil servise özgü stresli ortamın olması ve toplumun şiddet akışının acil servislerden geçmesi gösterilmektedir. Çalışmalarda şiddetin büyük bir kısmının devlet hastanelerinde ve kadın çalışanlara yönelik olduğu vurgulanmaktadır (erkekler %40-48, kadınlar %52.5-60 oranında şiddete maruz kalmaktadır). Hem ulusal, hem de uluslararası çalışmalarda en fazla şiddete maruz kalan sağlık çalışanı grubu hemşireler olarak belirtilmiştir; onları pratisyen hekimler izlemekte, en alt sırada öğretim üyeleri yer almaktadır. Hekim ve hemşireler birbirine yakın oranlarda sözel şiddete maruz kalırken, hemşireler fiziksel, psikolojik ve cinsel şiddete daha yüksek oranlarda maruz kalmaktadırlar (Al/Zengin/Deryal/Gökçen/Arı Yılmaz/Yıldırım, s.118; Annagür, s.165-166).

servis, yataklı servisler, cerrahi klinikler, psikiyatri klinikleri, birinci basamak sağlık merkezleri, onkoloji, yoğun bakım ve poliklinikler olarak belirtilmiştir¹⁷.

Şiddetin nedenlerini inceleyen çalışmalarda ise, gerek sağlık hizmetindeki hızlı değişimlerin gerekse yasal uygulamalardaki eksikliklerin şiddetin önlenmesinde ve çalışan güvenliğinin sağlanması konusunda boşluklar bıraktığı, çalışanlara yönelik şiddetin başlıca nedenleri arasında uzun bekleme süreleri (hastaneye başvuru ile hekimle muhatap olana kadar geçen zaman), çok sayıda muayene yapılması ve testlerin istenmesi, mental veya davranış bozukluğu olan hastaların olması, hasta ve yakınlarının aşırı istekte bulunması ve memnuniyetsizlikleri (yüksek beklentiye girmeleri), eğitim düzeylerinin düşük olması ve kurallara uymama, stresli hasta yakınları, kalabalık ve gürültülü ortamlar, sağlık çalışanının (özellikle hemşirelerin) zamanının kısıtlı olması, uzun çalışma süreleri, ödeme zorlukları, yanlış anlama gibi iletişim problemleri ve kişisel sorunlar, personel yetersizliği, yorgunluğu ve basında çıkan provakatif içerikli yanlış haberler, yetersiz güvenlik ve polis desteği, krizleri yönetmede yetersizlik, hasta ve yakınlarıyla yalnız kalma, silah ve yaralayıcı aletlerin taşınmasının kolay olması, hastalara, hemşirelere, diğer sağlık çalışanlarına ve hasta yakınlarına ait kişisel özellikler belirtilmektedir¹⁸.

¹⁷ Turhan/Ahmed/Aslan/Erişgen/Çakır/Şengelen/Yıldız, s.3; Al/Zengin/Deryal/Gökçen/Arı Yılmaz/Yıldırım, s.117; Annagür, s.165; Büyükbayram/Okçay, s.49.

¹⁸ Turhan/Ahmed/Aslan/Erişgen/Çakır/Şengelen/Yıldız, s.3; Al/Zengin/Deryal/Gökçen/Arı Yılmaz/Yıldırım, s.117. Şiddetin sağlık politikalarından ve hastane idarecilerinden kaynaklanan sebepleri olarak da, sağlık kurumlarında altyapı ve donanım eksiklikleri; personel yetersizliği veya kötü işletmecilikten kaynaklanan beklemler; uzayan kuyruklar, geciken randevular, boş yatak bulunamaması; hastalar için asgari konfor ve güvenliğin sağlanamaması (örneğin ağırlı, bitkin, endişeli hastaların saatlerce poliklinik kapılarında oturacak bir sandalyeden mahrum hâlde beklemleri); iltimas, adam kayırmacılık; ilaç, alkol ve madde bağımlılığı olan, şiddet öyküsü veren, psikiyatrik hastalık tanısı almış personelle çalışma; yemek ve ziyaret saatlerinde personel sayısının iyice azalması; hastanede sağlık personelinin tek başına çalışması; hastane güvenliğinin yetersizliği; hastanede sınırsız dolaşma özgürlüğünün olması; hastane koridor ve ünitelerinin aydınlatılmasındaki yetersizlik; hasta bekleme alanlarının konforsuz olması; farklı karakterde hastalarla iletişim sürdürebilmek için personelin eğitimsizliği; personel ve hastane idaresinde kriz yönetimi politikası eksikliği; sağlık kurumlarının yönetiminde gözlenen iş odaklılık, verimsizlik ve ticarileşme; sağlıkta sık değişen uygulamalar (örneğin bugün ödenen bir ilacın yarın geri ödmeden çekilmesinin, hasta sevk ve kabul usullerinin değişmesinin hastaları isyana sevk etmesi) gösterilmektedir (Al/Zengin/Deryal/Gökçen/Arı Yılmaz/Yıldırım, s.117).

III. HASTA VE HASTA YAKINLARI

Sağlık personeline en fazla hastaların ve/veya yakınlarının şiddet uyguladığı görülmektedir¹⁹.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 4. maddesinin (b) bendinde hasta, “sağlık hizmetlerinden yararlanma ihtiyacı bulunan kimse” olarak tanımlanmıştır. Bu tanım, yönetmelikteki haklardan yararlanacak kişiler olarak hasta yakınlarını da kapsamı sebebiyle çok geniştir. Sağlığı bozuk olan, esenliği yerinde olmayan, hastalanmış, rahatsız kişiler (dar anlamda) hasta olarak tanımlandığına; sağlık da, kişinin bedensel, ruhsal ve sosyal yönden tam bir iyilik hâli olarak tanımlandığına göre, bu durum içerisinde bulunmayan (tam bir sağlık ve iyilik hâlinde olmayan) kişileri hasta olarak tanımlamak mümkündür. Bu bakımdan, bedensel ve ruhsal olarak iyilik hâlinde bulunmadığı için sağlık hizmetine gereksinimi olan kişi, hasta olarak kabul edilmelidir²⁰.

Bedensel ve/veya ruhsal sağlığı bozuk kişilere hasta denildiği gibi, sağlık bakımından bir sorunu olmadığı hâlde, örneğin estetik kaygılarla ya da sünnet gibi toplumsal veya dinî düşüncelerle ya da tıbbî zorunluluk bulunmamasına rağmen kürtaj gibi sebeplerle hekime başvuran kişiler de hasta olarak değerlendirilmektedir; çünkü bu sebeplerle de olsa hekime başvuran kişi sonuçta sağlık hizmeti talebinde bulunmaktadır. Hasta haklarına ilişkin 1994 tarihli Amsterdam Bildirgesi'nde de, “sağlıklı veya hasta olarak sağlık hizmeti kullananlar” hasta kabul edilmektedir. Bu yüzden, hangi nedenle olursa olsun sağlık hizmeti talebinde bulunan kişinin hasta (tüketici) olarak değerlendirilmesi gerekmektedir²¹.

¹⁹ Tüm dünyada hastalar, hasta yakınlarından daha fazla şiddet uygulamaktadır. Fakat Türkiye’de ve benzer bazı ülkelerde durum bunun tersinedir; çünkü ülkemizde hastayla beraber çok sayıda hasta yakını hastaneye gelmekte ve sistem tarafından hasta yakınları tedavi ve bakım işlemlerinin bir parçası (refakatçi) hâline getirilmektedir (Al/Zengin/Deryal/Gökçen/Arı Yılmaz/Yıldırım, s.121).

²⁰ Petek, s.7.

²¹ Petek, s.7.

Hasta yakınları denildiğinde ise, öncelikle hastaların kan ve yakın hısımlarını, aralarında hısımlık ilişkisi bulunmayan eşlerini ve nişanlılarını belirtmek gerekir. Bunlar dışında arkadaşları da yakın kavramına girmektedir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 56. maddesinin ikinci fıkrasına ilişkin madde gerekçesinde, hükümde sözü geçen "yakın" kavramı açıklanırken kullanılan "Yakın kavramının belirlenmesinde, ölen yahut ağır bedensel zarara uğrayanla yakın olduğu iddia olunan kişi arasında düzenli ve yoğun bir ilişkinin ve olay sebebiyle bedellendirilebilecek ağır bir teessürün varlığı gözetilecektir." ifadesinin yol gösterici olabileceği düşünülebilir. Fakat inceleme konumuz bakımından yakın kavramının kapsamının bu kadar dar yorumlanması doğru değildir; çünkü 56. maddenin ikinci fıkrasının amacı bakımından yakın kavramının dar tutulması bir gerekliliktir. Bu bakımdan, hasta ile arasında düzenli ve yoğun bir ilişki bulunmasa bile, hastaya uygulanan tıbbî müdahale sebebiyle şiddet uygulayan herkesin bu kapsama dâhil olması gerekir; buna göre, hastayı hiç tanımayan ve tesadüfen orada bulunan birinin tıbbî müdahale sebebiyle uyguladığı şiddet de inceleme konumuza girmektedir.

IV. BAĞIMSIZ ÇALIŞAN SAĞLIK PERSONELİ BAKIMINDAN

A) HASTAYA KARŞI

1. Genel Olarak

Hasta ve yakınlarının uyguladıkları şiddet sebebiyle bağımsız çalışan sağlık personelinin zarar görmesi mümkündür. Bağımsız çalışan sağlık personeli denildiğinde, ilk akla hekimler gelmektedir; bu sebeple çalışmamızda hekimler bakımından açıklamalar yapılacaktır. Fakat diğer sağlık personelinin bağımsız çalışması söz konusuysa, yapılan açıklamalar onlar bakımından da kıyasen uygulanabilir.

Bağımsız çalışan bir hekim ile hasta arasında sözleşmeye, vekâletsiz işgörmeye ve haksız fiile dayanan üç tür ilişki söz konusu olabilir²².

²² Sorumluluk bakımından nadir durumlarda karşımıza çıkmakla birlikte, bağımsız çalışan hekim ile hasta arasında culpa in contrahendoya (sözleşme öncesi kusurlu davranışlara) dayanan dördüncü bir

Bağımsız çalışan hekim ile hasta arasındaki tedavi ilişkisi, genellikle taraflarca daha önceden geçerli olarak kurulmuş bir sözleşmeye dayanır. İstisnai hâllerde, hekim ile hasta arasındaki sözleşme eser sözleşmesi olarak değerlendirilebilir. Özellikle diş hekimi ile hasta arasında protez veya köprü yapılması ya da bir estetik cerrahın bir sonuç yaratacak şekilde edimi taahhüt etmesi durumlarında, eser sözleşmesinden söz edilmelidir. Türk ve İsviçre Hukukunda hâkim görüş, hekim ile hasta arasındaki sözleşmenin -kural olarak- vekâlet sözleşmesi hükümlerine tâbi tutulması gerektiği yönündedir. Vekâlete dayalı tedavi sözleşmesinde de, hekim hastaya karşı tıp bilimi ve uygulamasının öngördüğü esaslar çerçevesinde gerekli teşhisi koymak ve bu teşhise en uygun tedaviyi uygulamak suretiyle hastayı iyileştirmek için çalışmayı (işgörmeyi) borçlandığı, hasta ise ona bu faaliyeti karşılığı uygun bir ücret ödemeyi taahhüt ettiği için karşılıklı bir edim değişimi söz konusudur. Vekâlet sözleşmesinde, bir şeyin (eserin veya sonucun) meydana getirilmesi değil, belirli bir doğrultuda çalışma (hastaya sağlığını kazandırıcı yönde özenle çalışma) borcu yüklenilmektedir; sonucun arzu edilen gibi gerçekleşmemesinden -kusuru bulunmadığı sürece- hekim sorumlu değildir. Eser sözleşmesinde sonucun elde edilememesine ilişkin risk yükleniciye ait olduğu hâlde, tedavi sözleşmesinde hekimin böyle bir sorumluluğu bulunmamaktadır. Hekimin tam olarak tedavisini üstlenebileceği (sonucu garanti edebileceği) hastalıklar için eser sözleşmesi hükümleri uygulanmalıdır. Ücret vekâlet sözleşmesinin zorunlu bir unsuru değildir; hekimin hastayı iyileştirmek için gerekli tıbbî müdahaleleri yürütmesi konusunda tarafların açık ya da örtülü şekilde anlaşmalarıyla vekâlet sözleşmesi kurulur. Hekime ücret ödeneceği kararlaştırılmamış olsa bile, muayene, teşhis konulması, reçete yazılması gibi tıbbî faaliyet-

ilişkinin varlığından da söz edilebilir. Böyle bir durumda, hekim ile hasta arasında henüz bir sözleşme ilişkisi kurulmadığı hâlde, sözleşmenin görüşmeleri sırasında tarafların kusurlu davranışlarıyla diğerine zarar vermesi söz konusudur. Örneğin sözleşme görüşmeleri yaparken hasta tarafından hekime şiddet uygulandığında, aralarında kurulmuş bir sözleşme olmadığından Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a başvurulamaz; fakat aralarında hiçbir ilişkinin bulunmadığından da söz edilemeyeceğinden (aralarında hiçbir sosyal temasın bulunmadığı kişilerin başvurabileceği) haksız fiile dayanılabileceğinin söylenebilmesi de hakkaniyete uygun değildir. Yargıtay, tüketicinin culpa in contrahendoya dayalı olaylarda Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a göre talepte bulunabileceği görüşündedir (HGK., 13.2.2013, 2012/13-1220, 2013/239; HGK., 1.12.2010, 13-593/623; 13.HD., 29.9.2010, 2762/12361 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); aynı sonucun, sözleşme görüşmesinin karşı tarafı olan hekimin şiddet sebebiyle uğradığı zararlar bakımından da geçerli olduğu kanaatindeyiz.

ler için hastanın ücret ödemesi teamül gereği olduğundan, hekim ücrete yine de hak kazanır. Fakat hekimin ücret alacağı için, tedavi faaliyetini gereği gibi icra etmesi gerekir. Eğer yanlış tedavi sonucu hasta ölmüşse, böyle bir borca aykırılık hâlinde mirasçılarının herhangi bir ücret veya masraf talep edilebilmesi mümkün değildir²³.

Hekim ile hasta arasında bir sözleşme ilişkisi olmadığı hâllerde, hekim hastanın iradesine dayanmaksızın ve fakat hastanın hesabına (onun iyileşmesini sağlamak için) tıbbî müdahalede bulunmuşsa, aralarında vekâletsiz işgörmeye bulunduğu söz edilir. Hekimin, bilincini kaybetmiş bir şekilde önüne gelen hastaya, onun hayatını kurtarmak veya ağır bir zarara uğramasını engellemek için -hasta rızasını açıklayamamasına rağmen- müdahale etmesi, zaruret hâlinde kaynaklanmaktadır. Ameliyatın devamı sırasında daha önceden hesaba katılması ve hastaya anlatılması mümkün olmayan yeni bir bulgu sebebiyle planlanmış müdahalenin kapsamı dışına çıkılmak zorunda kalınması (ameliyatın genişlemesi) durumunda yine, vekâletsiz işgörmeden söz edilir. Fakat ameliyatın genişlemesinin hukuka uygun sayılabilmesi için, hasta bakımından hayati bir tehlikenin ortaya çıkmış olması, müdahalenin genişletilmesi riskinin izin alınması için beklenmesi hâlinde karşılaşılabilecek tehlikeye daha küçük olması gerekir²⁴.

Aralarında sözleşme ilişkisi bulunmayan bir hastaya müdahalede bulunan hekimin sorumluluğu için vekâletsiz işgörmenin şartları bulunmuyorsa, haksız fiil esaslarına göre sorumluluğuna başvurulabilir. Hekimin hiç haber vermeksizin bir kişi üzerinde deney uygulaması, kişisel düşmanlığı sebebiyle hastaya zarar vermesi, tıp mesleğinin kendisini yükümlü kıldığı acil olaylarda ilk yardım görevinden kaçınması durumları buna örnek verilebilir²⁵.

²³ Petek, s.89 vd.

²⁴ Petek, s.93.

²⁵ Petek, s.94.

2. Sözleşmeye Dayalı Sorumluluk

Bağımsız çalışan sağlık personeli ile hasta arasında genellikle bir sözleşme ilişkisi bulunduğundan, kendisine şiddet uygulayan hastaya karşı sözleşmeye aykırılığa dayanarak talepte bulunabilmesi mümkündür.

Hekim ile hasta arasında genellikle vekâlet sözleşmesi bulunduğundan, şiddete maruz kalan hekim vekâlet sözleşmesine aykırılık hükümlerine başvurabilir. Gerçi vekâlet sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu'nun 502. maddesinde "*Vekâlet sözleşmesi, vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmedir. -Vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan işgörme sözleşmelerine de uygulanır. -Sözleşme veya teamül varsa vekil, ücrete hak kazanır.*" şeklinde düzenlendiği için, hekimin borcunun hastanın tedavisini yürütmek, hastanın ise (teamül varsa veya sözleşmede kararlaştırılmışsa) ücret ödemek olduğu, sadece bu borçlara aykırılık hâlinde sözleşmeye dayanarak talepte bulunulabileceği düşünülebilir. Fakat kanaatimizce vekâlet sözleşmesi hükümleri, aralarında bir güven ilişkisi kurulan hekime karşı şiddet uygulandığında da geçerli olmalıdır. Başka bir ifadeyle, hekim ile hasta, aralarında hiçbir sosyal ilişki kurulmamış kişilerin sahip olduğu haksız fiil hükümlerine göre talepte bulunmak zorunda bırakılmamalıdır. Hasta ile bir sözleşme kurmuş olan hekim, ondan ücret isteme dışında, kendisine bir zarar vermemesini isteme hakkına da sahiptir; bu bakımdan hastanın da hekime şiddet uygulamama şeklinde bir borcundan söz edilebilir. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin "*Hastanın Uyması Gereken Kurallar*" başlığını taşıyan 42/A maddesinin birinci fıkrasının (e) bendindeki "*Personele sözlü ve fiziki saldırıya yönelik davranışlarda bulunmaz.*" hükmü de, hastanın bir borcu olarak düzenlenmiştir.

Hasta ile hekim arasında kurulan vekâlet sözleşmesine (veya istisnai hâllerde eser sözleşmesine), yürürlüğe girdiği 28.5.2014 tarihinden itibaren 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun²⁶ hüküm-

²⁶ RG., 28.11.2013, S.28835.

leri uygulanacaktır. Önceki 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un kapsamı dışında olduğu Kanun'un metninde açıkça ifade edilmemekle birlikte Yargıtay kararlarıyla Kanun kapsamında kabul edilmeyen hasta-hekim arasındaki sözleşmeler, yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un yürürlüğe girmesiyle birlikte artık bu Kanun hükümlerine tâbidir. Zira Kanun'un 3/1 hükmüne göre tüketici işlemi *"Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya meslekî amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukukî işlemi"* ifade etmektedir; fakat bu sözleşme ilişkisinin her halükârda ücret veya menfaat karşılığı olması gerekmektedir. Hükümde açıkça hekim ile hasta arasındaki sözleşmeden söz edilmemekle birlikte, kimler arasında olursa olsun vekâlet ve eser sözleşmeleri de artık açıkça Kanun kapsamına alındığından ve hekim ile hasta arasındaki tedavi sözleşmesi de ya vekâlet ya da eser sözleşmesi niteliği taşıdığından, artık tedavi sözleşmeleri de Kanun kapsamında değerlendirilmelidir. Önemle belirtilmelidir ki, hekim ile hasta arasında haksız fiilden veya vekâletsiz işgörmekten kaynaklanan sorumluluk yine genel hükümlere tâbi olup, sadece sözleşmeden kaynaklanan uyumsuzluklar Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamındadır²⁷.

Gerçi Kanun tıbbî müdahalelerde de uygulanabilecek ayıplı hizmet durumunda tüketicinin (hastanın) hakları konusunda düzenleme yapmıştır (m.13-16); fakat buradan, Kanun'a göre talepte bulunabilme imkânının sadece tüketiciye verildiği sonucu çıkartılmamalıdır²⁸.

²⁷ Petek, s.109. Vekâletsiz işgörme doktrinde iki türe ayrılmaktadır: İş sahibinin menfaatine uygun olarak girilen ve onun geçerli bir yasaklamasına aykırı olmayan vekâletsiz işgörmeye, caiz olan vekâletsiz işgörme denilmektedir. İş görenin kendi subjektif takdirine göre iş sahibinin menfaatine hizmet amacıyla giriştiği, fakat gerçekte bu menfaatin yapılmasını gerektirmediği veya iş sahibinin geçerli yasaklamasına aykırı olan iş görme; iş sahibinin başkasına ait olduğunu bildiği veya bilmediği bir işi kendi menfaatine yapması; iş görenin başkasına ait bir işle iş sahibine karşı o işi yapmaya mezu olmayan bir üçüncü kişi yararına, bu sonuncunun vekâletine dayanarak uğraşması caiz olmayan vekâletsiz işgörme olarak nitelendirilmektedir. Caiz olan vekâletsiz işgörme hukukî işlem benzeri bir fiil niteliği taşıırken, caiz olmayan vekâletsiz işgörme haksız fiil niteliğindedir (Tandoğan, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt 2, 4.Basım, İstanbul 1989, s.676-677). Doktrindeki bu görüşe uygun olarak, caiz olan vekâletsiz işgörmeye Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümlerinin uygulanması gerekir.

²⁸ 23.2.1995 tarihli ve 4077 sayılı eski Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun döneminde doktrindeki

bir görüŖe göre, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da özel olarak düzenlenmiŖ konularda tüketici mahkemeleri görevlidir; örneğin ayıplı hizmetten doğan tüketicinin seçimlik hakları konusu Kanun'da özel olarak düzenlendiğinden, tüketici mahkemeleri bu konudaki uyumazlıkları çözümler; fakat hizmet bedelinin ödenmemesi Kanun'da özel olarak hükme bağlanmadığından genel mahkemelerin görev alanına giren bir uyumazlık söz konusudur (Aslan, İ. Yılmaz: Tüketici Hukuku, 3.Bası, Bursa 2006, s.640; Aslan, İ. Yılmaz: Tüketici Hukuku Dersleri, Bursa 2006, s.37). Diğer görüŖ ise, tüketici sözleşmesinden doğan tüm uyumazlıkların Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında değerlendirilmesi ve uyumazlık hâlinde tüketici mahkemelerinin görevli olması gerektiğini savunmaktadır (Kara, İlhan: Tüketici Hukuku, Ankara 2012, s.38). Ozanoğlu da, Kanun'un hizmetin gereği gibi ifa edilmemesini (ayıplı olmasını) düzenlemesine rağmen, hiç ifa etmemeyi güvence altına almamasını, bunu genel hükümlere bırakmasını bir eksiklik olarak görmektedir (Ozanoğlu, Hasan Seçkin: Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Uygulanma Alanı), AÜHFĐ 2001/1, s.88).

Bulut "Bu Kanun'da hüküm bulunmayan hâllerde genel hükümler uygulanır." şeklindeki Kanun'un 30. maddesinin tüketici mahkemelerinin sadece Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'u değil, bu Kanun'da özel olarak düzenlenmeyen konularda ilgili diğer kanun hükümlerini uygulayacağına ilişkin olduğunu, bir tüketici işlemi olarak Kanun kapsamında kalan ve ancak özel olarak düzenlenmeyen hususları tüketici mahkemelerinin görevi dıŖına çıkarmadığını ifade etmektedir (Bulut, s.340, dn.50). Bu görüŖe uygun şekilde Yargıtay, özel eğitim kurumunda verilen eğitim bedelinin ödenmemesi durumunda (hizmet bedelinin ödenmemesi Kanun'da özel olarak hükme bağlanmamasına rağmen) kurum tarafından tüketici mahkemelerine dava açılabilirine karar vermiŖtir. 13.HD., 27.12.2004, 10788/18921 (Kadioğlu, s.4-5). Zevkililer/Aydoğdu'ya göre de, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un uygulanmasıyla ilgili olan bir uyumazlıkta ister satıcı/sağlayıcı isterse tüketici olsun, tüketici mahkemesinde dava açılabilir (Zevkililer, Aydın/Aydoğdu, Murat: Tüketicinin Korunması Hukuku, 3.Bası, Ankara 2004, s.446). Ertabak da, eczacının tüketicinin satın aldığı ilaçların bedelini ödememesi hâlinde açacağı alacak davasında veya satın alınan malın bedelinin ödenmesi için yapılan icra takibine tüketici tarafından itiraz edilmesi hâlinde itirazın iptali davasında tüketici mahkemesinin görevli olduğunu belirtmektedir (Ertabak, Ünal: Tüketici Mahkemelerinde Çözölmesi Gereken İhtilaflar, Legal Hukuk Dergisi 2012/115, s.46).

Hatta Bulut (s.340) kira sözleşmesine ilişkin düzenlemeler Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da yer almamasına rağmen, bu sözleşmeden kaynaklanan uyumazlıkların da tüketici mahkemelerinin görev alanına girdiğini ifade etmektedir; zira burada da tüketici işlemi söz konusudur. Bu kabulün, tüketici mahkemelerinin görev alanını çok fazla genişleteceği için sakıncalı olduğu iddia edilebilir. Gerçekten de İlhan "... ticari işlemler hariç, sözleşmeler hukuku kapsamına giren işlemlerin, hemen hemen tamamının yakınının bir tüketici işlemi olarak ele alınması ve tüketici mahkemelerinin görev alanı içerisinde düşünölmesi gerekir." şeklinde bu sakıncaya işaret etmektedir (İlhan, Cengiz: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Ankara 2006, s.309). Fakat tüketici işleminden söz edilebilmesi için bir tarafın tüketici olması yanında, işlemin diğer tarafının da ticari veya mesleki amaçlarla mal veya hizmet sunan gerçek veya tüzel kiŖi olması gerektiğinden, taraflardan birinin tüketici olarak kabul edilmediği ticari amaçlarla yapılan işlemler yanında, bir tarafın mesleki veya ticari faaliyeti nedeniyle mal veya hizmet sunumunun söz konusu olmadığı işlemler de Kanun kapsamında kabul edilmeyeceğinden, söz konusu sakınca büyük boyutta gerçekleşmeyecektir (Bulut, s.341, dn.53); Erdoğan, İlhan: Satıcının Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Karşısında Ayıba Karşı Tekefüll Borcu, Türk Hukuk Enstitüsü Dergisi 1996/2, s.12.

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 83. maddesinin ikinci fıkrasında "Taraflardan birini tüketicinin oluŖturduęu işlemler ile ilgili diğer kanunlarda düzenleme olması, bu işlemin tüketici işlemi sayılmasını ve bu Kanunun görev ve yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanmasını engellemez." denilmiŖ, Kanun'un tüketici işlemini tanımlayan 3/1-1 hükmünde ise, "Tüketici işlemi: Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kiŖileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kiŖiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi" ifade ettiği düzenlemesine yer verilmiŖtir. Görüldüğü gibi, yeni Kanun'da doktrinde yapılan yukarıdaki tartışmaların önemi kalmamıŖtır. Kanun'da örnekseyici olarak sayılan sözleşmelere benzer diğer sözleşmelerde de tüketici işlemi söz konusuysa, tüketici mahkemelerinin gerektiğinde genel hükümleri de uygulayarak sonuca varması gerekir.

Hekim de, tüketici işleminden kaynaklanan tüm haklarını bu Kanun'a göre talep edebilir; bu kapsamda, alamadığı ücret alacağını veya hastanın sözleşmeye aykırı davranıp kendisine şiddet uygulayarak verdiği zararların tazminini tüketici hakem heyetlerinden veya tüketici mahkemelerinden isteyebilir.

B) HASTA YAKINLARINA KARŞI

Hasta yakınlarının bağımsız çalışan sağlık personeline şiddet uygulaması durumunda, aralarında herhangi bir sözleşme ilişkisi bulunmadığından, ancak haksız fiil hükümlerine göre kendilerinden tazminat talep edilebilir. Bu durumda genel mahkemelerde, genel hükümlere göre dava açılmalıdır. Sağlık personeline şiddet uygulayan hasta yakınına karşı da Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a göre talepte bulunulması gerektiği, çünkü hasta yakınının şiddet uygulamasının hasta ile sağlık personeli arasındaki tüketici işleminden kaynaklandığı düşünülebilir. Fakat kanaatimizce sağlık personeli ile hasta arasındaki sözleşme ilişkisi, nisbilik ilkesi gereği sadece bu kişilere sözleşmeye uygun davranma yükümlülüğü yükler; onlar dışındakilerin sözleşmeye uygun hareket etme zorunluluğu olmadığından, üçüncü kişilere karşı tüketici işlemine (sözleşmeye) dayanarak talepte bulunulabilmesi mümkün değildir.

Eğer hekime hem hastası hem de yakınları tarafından şiddet uygulanmışsa ve hekim onlara karşı birlikte dava açmak istiyorsa, kanaatimizce özel yetkili tüketici mahkemelerine başvurulmalıdır. Bu konuda doktrinde ve Yargıtay kararlarında bir açıklık bulunmamakla birlikte, örneğin ayıplı ürün sebebiyle tüketici sözleşmesine dayanarak satıcıya karşı tüketici mahkemesinde açılan davada, arada herhangi bir sözleşme ilişkisi bulunmayan bu ürünü üretenden, ithal edenden, işleyenden veya piyasaya sürenden haksız fiil esaslarına göre tazminat talep edilebileceği, uyuşmazlıkta davalılardan biri bakımından tüketici mahkemesi yetkiliyse, diğer kişiler bakımından da bu özel nitelikteki mahkemenin yetkili olduğu kabul edilmektedir²⁹. Fakat sadece hasta yakınlarına karşı haksız

²⁹ Ertaş, s.45. Yargıtay da tüketicinin hem tüketici işleminden hem de bununla bağlantılı ama genel mahkemede görülmesi gereken isteminden kaynaklanan bir davada "Tüketici Mahkemesi özel bir

file dayalı tazminat davası açılacaksa, bu durumda genel mahkemelerin görevli olduğu kabul edilmelidir.

C) İFA YARDIMCISI BAKIMINDAN

Burada, hekimin yardımcısı durumunda olan kişilere karşı şiddet uygulanması hâlinde onların hasta ve yakınlarına karşı nasıl talepte bulunabilecekleri de kısaca incelenmelidir. Hekim ile hasta arasındaki güven ilişkisi gereği, hekim seçtiği tedavi yöntemini kural olarak bizzat uygulamakla yükümlü olmasına rağmen, hastanın tedavisi için gerekli bütün işlemlerin hekim tarafından gerçekleştirilmesi mümkün değildir. Bu sebeple, tedavi faaliyetini gerçekleştirirken, üçüncü kişilerin yardımına başvurabilir; şahsen yerine getirmesi gereken bazı edimlerin ifasını onlara bırakabilir. Özellikle hastaya iğne yapılması, hastanın ameliyata hazırlanması, vücuttan kan alınması veya vücuda kan verilmesi gibi tedavi faaliyetine ilişkin bazı işler, hekim tarafından yardımcı kişilere (hekim yardımcısı, hemşire, laborant, hastabakıcı vs.) bırakılabilir. Bu tür işlerin hekim tarafından şahsen ifa edilmesi zorunlu değildir³⁰. Bu kişiler ile hasta arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmadığından, hasta tarafından bu kişilere karşı şiddet uygulanması durumunda genel hükümlere (haksız fiil hükümlerine) göre talepte bulunulabilir; aynı şekilde hasta yakınlarının uyguladıkları şiddet durumunda da haksız fiil hükümlerine başvurulmalıdır. Bununla birlikte, hasta ile hekim arasındaki sözleşmenin üçüncü kişiyi koruyucu etkiler doğurduğu kabul edilirse, yani hastanın sadece sözleşme yaptığı hekime karşı değil onun koruma alanındaki üçüncü kişilere karşı da onlara zarar vermeyecek şekilde hareket etme yükümlülüğünün bulunduğu sonucuna varılırsa, hekim yardımcılarının da zararlarının kaynağı olan tüketici işlemi sebebiyle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a dayanarak uğradıkları zararların tazminini hastadan talep edebilecekleri sonucuna varılmalıdır.

mahkemedir ve özel mahkemelerin görevi genel mahkemelerin görevinden önce gelir. Talepler arasında bağlantı bulunması hâlinde taleplerin tamamı için özel mahkeme durumundaki Tüketici Mahkemesi görevlidir." (14.HD., 17.3.2008, 2462/3299; Kırmızı, Mustafa: Tüketici Hukuku, Ankara 2011, s.300, dn.22) sonucuna varmıştır. Bu kararın, hekim tarafından açılan ve tüketici mahkemesinin görevli olduğu davalar ile hasta dışındaki kişilere karşı açılan ve genel mahkemelerin görevli olduğu davalar bakımından da emsal oluşturabilmesi gerekir.

³⁰ Petek, s.97.

Hekimin yardımcısı ile hekim arasında genellikle hizmet sözleşmesi bulunmaktadır. Eğer hasta ve yakınları tarafından uygulanan şiddet sonucu yardımcı kişi zarar görmüşse, nedensellik bağının bulunması durumunda hekime karşı da aralarındaki sözleşmeye göre talepte bulunabilir; çünkü hekim, aralarındaki sözleşmenin bir gereği olarak onun zarar görmesini engelleyecek tedbirleri almak zorundadır. Bu durumda hekim ile şiddet uygulayan kişiler arasında müteselsil sorumluluktan söz edilir.

V. ÖZEL HASTANELERDE ÇALIŞAN SAĞLIK PERSONELİ BAKIMINDAN

A) ÖZEL HASTANE KAVRAMI

Özel hastanelerde hasta ve yakınlarının uyguladıkları şiddet sebebiyle sağlık personelinin zarar görmesi mümkündür.

Özel hastaneler, kamu yönetiminin dışında yer alıp onun bir parçasını oluşturmayan, yatırılarak hasta tedavi etme, rehabilitasyon ve doğum yardımlarında bulunma amacına yönelik sağlık kuruluşlarıdır. Bunlar, 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu³¹ çerçevesinde faaliyette bulunan özel sağlık kuruluşlarıdır. Kanun'un 1. maddesine göre, Devletin resmî hastanelerinden ve özel idareler ile belediye hastanelerinden başka, yatırılarak hasta tedavi etmek veya yeni hastalık geçirmişlerin zayıfları yeniden eski kuvvetlerini buluncaya kadar sıhhi şartlar içinde beslenmek ve doğum yardımlarında bulunmak için açılan ve açılacak olan sağlık yurtları özel hastanelerden sayılır. Özel hastaneler Sağlık Bakanlığı'nın izniyle kurulmakta ve onun denetimine tâbi bulunmaktadır³².

Sırf kendi çalışanlarına hizmet vermek amacıyla kişiler, özel şirketler, işçi kuruluşları ve benzerleri tarafından kurulanlar, Hususi Hastaneler Kanunu anlamında özel hastane sayılmazlar. Yatarak tedavi olma imkânı bulunmadığından, poliklinikler özel hastane olarak kabul edil-

³¹ RG., 5.6.1933, S.2419.

³² Petek, s.111.

memektedir. Özel hastanelerin işleticisi gerçek kişi olabileceği gibi, dernek, vakıf veya şirket gibi tüzel kişilik de olabilir; hatta adi ortaklık şeklinde biraraya gelmiş birden fazla kişinin özel hastane açıp işletmesi de mümkündür³³.

Belirtilmelidir ki, yatırılarak hasta tedavi etme, rehabilitasyon ve doğum yardımlarında bulunma amacına yönelik olmadığı için özel hastane tanımına girmeyen poliklinik gibi diğer özel sağlık kuruluşları hakkında da, aşağıda yapılacak açıklamalar benzer şekilde geçerlidir.

B) HASTA İLE ÖZEL HASTANE İŞLETİCİSİ ARASINDAKİ İLİŞKİNİN HUKUKÎ NİTELİĞİ

Bağımsız çalışan hekim ile hastası arasında sorumluluğa esas oluşturan üç tür hukukî ilişki (sözleşme, vekâletsiz işgörmeye, haksız fiil), hasta ile özel hastane işleticisi arasında da bulunmaktadır.

1. Sözleşme İlişkisi

a) Hastaneye Kabul Sözleşmesi ve Türleri

Hastane organizasyonu içerisinde gerçekleştirilen tıbbî müdahaleler, hastane işleticisi ile hasta arasında yapılan “*Hastaneye Kabul Sözleşmesi*”ne dayanır. Hastanın iyileştirilmesine yönelik olarak hastanın bir hastaneye yatırılarak tedavi edilmesi, sözleşmeyle borçlanılan asli edimdir. Bu unsur dışında, yedirip içirme ve diğer bakım hizmetlerini sağlama edimleri de bulunmaktadır. Hastanın tedavisi dışındaki edimler hastane işleticisine ait olduğu hâlde, tedavi edimi bazen hastane işleticisine, bazen hastanede çalışan bir hekime, bazen de hem hastane işleticisine hem de hastane hekimine ait olabilir. Hasta ile özel hastane işleticisi arasındaki sözleşme hükümleri yanında, diğer mevzuat hükümleri de tarafların hak ve borçlarının tespiti ile hastane işleticisi ve hastanede çalışan personelin özen yükümünün belirlenmesinde önem taşır.

³³ Petek, s.111.

Hastaneye kabul sözleşmesinden söz edilebilmesi için öncelikle bir hastanenin bulunması gerektiğinden, belirli bir veya birkaç hastalığın tedavisine yönelik faaliyet gösteren genel anlamdaki hastaneler kadar, akıl ve ruh hastalıkları hastaneleri gibi özel tedavi kurumları da hastane olarak kabul edilmektedir; fakat yaşlılar yurdu veya kimsesizler yurdu gibi yerlerde, münferit olaylar için tıbbî tedavi veya kontrol yapılırsa da, bu tür yerlere kabulün birinci derecede amacı tedavi ve hastanın bakımı değil, barındırma ve yedirip içirme edimleri ön planda yer aldığından, burada incelenecek sözleşme hükümlerine tâbi değildir. Ayrıca, hastaneye kabul sözleşmesinde hastanın yatırılarak tedavisi gerektiğinden, ayakta tedaviyi amaçlayan müdahalelerde bu sözleşme hükümleri uygulanmaz³⁴.

aa) Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi: Burada hastane işleticisi, tıbbî tedaviyle birlikte barındırma, yedirip içirme ve diğer hastane bakımı şeklindeki bütün yükümlülükleri taahhüt etmektedir. Bu sözleşme iki türe ayrılmaktadır.

aaa) Hekimlik sözleşmesi olmaksızın tam hastaneye kabul sözleşmesinde, sadece hasta ile hastane işleticisi arasında bir sözleşme ilişkisi vardır; tıbbî tedavi, barındırma, yedirme ve içirme şeklindeki edimler hastane işleticisi tarafından üstlenilmiştir. Hasta ile tedaviyi fiilen icra edecek hekim arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi yoktur. Özel hastanenin bir çalışanı olan hekim, hastane işleticisi ile hasta arasında kurulan sözleşmede hastanenin edimlerini ifa konusunda ifa yardımcısı olarak görev almaktadır. Genelde hastanın, tedavi olmak istediği hekimi bizzat seçme imkânı yoktur. Tıbbî tedavinin hukuka aykırı olarak yerine getirildiğini iddia eden hasta, hastane işleticisine karşı dava açar; aralarında herhangi bir sözleşme ilişkisi bulunmadığından hekime karşı ise, haksız fiile dayalı bir tazminat davası açabilir³⁵.

bbb) Hekimlik sözleşmesi ilaveli tam hastaneye kabul sözleşmesinde, tıbbî tedavi, barındırma, yedirip içirme ve diğer hastane bakımı şeklindeki bütün edimler hastane işleticisi tarafından üstlenilmekle bir-

³⁴ Petek, s.112.

³⁵ Petek, s.112.

likte, tıbbî tedavi ediminin ifası bakımından hastane işleticisi yanında hastane hekiminin de sözleşmesel yükümlülüğü vardır; burada, hasta ile hekim arasında da ayrı bir sözleşme yapılmaktadır. Bu sebeple hekim, hastane işleticisine ödenecek ücretten bağımsız bir ücret hakkına sahiptir. Tıbbî tedavi yükümlülüğü hem hastane işleticisi hem de hekim tarafından üstlenildiğinden, ikisi arasında müteselsil sorumluluk söz konusudur; tedavi borcunun kusurlu olarak ihlâli hâlinde hasta, ayrı ayrı veya birlikte her ikisine dava açabilir³⁶.

bb) Bölünmüş Hastaneye Kabul Sözleşmesi: Hastanın tarafı olduğu iki ayrı sözleşmeden biri hastane işleticisiyle yapılmıştır ve hastane işleticisi hastaya karşı barındırma, yedirip içirme ve diğer bakım hizmetlerini borçlanmıştır; diğer sözleşme ise hekimle yapılmış olup, hekim hastanın tedavisini tek başına üstlenmekte, tıbbî tedavi edimi bakımından hastane işleticisine herhangi bir sorumluluk yüklenmemektedir. Hastane dışında serbest faaliyette bulunan hekim, hastasını hastane işleticisiyle yaptığı sözleşmeye dayanarak hastaneye yatırıp tedavisine devam ediyor, örneğin ameliyat ediyorsa böyle bir sözleşmeden söz edilir³⁷.

b) Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Hukukî Niteliği

Hastaneye kabul sözleşmesiyle asıl ulaşılmak istenen amaç hastanın tedavisi olduğundan, hastaneye yatırma, yedirip içirme ve diğer bakım hizmetleri hep bu asıl amacın gerçekleştirilmesine hizmet eden tali (ikinci derecede) edim yükümlülükleridir. Bu edimler, ancak bir tıbbî tedavi yükümlülüğünün bulunması durumunda anlam kazanmaktadır. Bu yüzden, hastaneye kabul sözleşmesi, asıl edimi oluşturan tıbbî tedavi edimine ilişkin vekâlet sözleşmesine tâbi tutulmalı, diğer yükümlülüklerle ilişkin tipik sözleşme hükümleri de niteliğine uygun düştüğü oranda kıyasen uygulanmalıdır³⁸.

³⁶ Petek, s.112.

³⁷ Petek, s.112-113.

³⁸ Petek, s.113.

2. Vekâletsiz İşgörmeye İlişkisi

Zaruret hâli içerisinde bulunan (örneğin trafik kazası, intihara teşebbüs, saldırıya uğrama gibi bir sebeple ağır yaralı olarak hastaneye getirilen) bir hastanın hastaneye kabulü ve tedavisinin yapılması zorunludur. Bu durumdaki bir hasta iradesini beyan edebilecek durumda olmadığından, hastane işleticisiyle arasında bir sözleşme kurulmuş olmaz. Hastane, hastanın menfaatlerini korumak (hayatını kurtarmak veya ağır bir zarara uğramasını engellemek) için tıbbî müdahalede bulunduğundan, aralarında vekâletsiz işgörmeye ilişkisi kurulmuş olur³⁹.

Başlangıçta öngörülmesi imkânsız yeni bir komplikasyon sebebiyle ameliyat genişlemiş ve hasta hastanede beklenenden daha uzun süre kalmak zorunda kalmışsa, hastanın rızasını almak da mümkün değilse, yine aralarında vekâletsiz işgörmeye ilişkisi bulunduğundan söz edilebilir⁴⁰.

3. Haksız Fiil İlişkisi

Yatırılarak üzerinde çeşitli tıbbî müdahaleler yapılan hasta ile hastane işleticisi arasında bir sözleşme bulunmuyorsa veya herhangi bir sebepten geçersizse ve vekâletsiz işgörmeye hükümleri de uygulanamıyorsa, haksız fiil hükümleri sayesinde hastanın uğradığı zararın tazmin edilmesi mümkündür⁴¹.

Sözleşmeye aykırı zarar verici her hareket aynı zamanda haksız fiil oluşturduğundan, bu tür olaylarda sözleşmeye dayanan sorumluluk ile haksız fiile dayanan sorumluluk yarışır; hasta, iki sebepten herhangi birisine dayanarak hastane işleticisine dava açabilir⁴².

³⁹ Petek, s.114.

⁴⁰ Petek, s.114.

⁴¹ Petek, s.114.

⁴² Petek, s.114.

C) ZARAR GÖREN SAĞLIK PERSONELİNİN TALEBİNİN DAYANAĞI

Yukarıda açıklandığı üzere, özel hastane ile hasta arasındaki ilişki üç farklı temele dayanabilir. Bunlardan karşımıza en fazla sözleşmeye dayalı olan ilişki çıkacağından, açıklamalarımız da buna yönelik olacaktır.

Buna göre;

Özel hastane ile hasta arasında hekimlik sözleşmesi olmaksızın tam hastaneye kabul sözleşmesi kurulmuşsa, sağlık personeli ile hasta arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi bulunmadığından, şiddete maruz kalan sağlık personeli hastaya karşı haksız fiil hükümlerine göre talepte bulunabilir. Aynı şekilde, hasta yakınlarıyla da arasında bir sözleşme olmadığından yine haksız fiil hükümlerine göre uğradığı zararın tazminini talep edebilir. Bununla birlikte, sağlık personeli ile hasta arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi bulunmamasına rağmen, özel hastane ile hasta arasındaki sözleşmenin üçüncü kişiyi koruyucu etkiler doğurduğu kabul edilirse, yani hastanın sadece sözleşme yaptığı özel hastaneye karşı değil onun koruma alanındaki üçüncü kişilere karşı da onlara zarar vermeyecek şekilde hareket etme yükümlülüğünün bulunduğu sonucuna varılırsa, özel hastanenin ifa yardımcısı konumunda bulunan sağlık personelinin de zararlarının kaynağı olan tüketici işlemi sebebiyle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a dayanarak uğradığı zararların tazminini hastadan talep edebileceği sonucuna varılabilir.

Özel hastane ile hasta arasında hekimlik sözleşmesi ilaveli tam hastaneye kabul sözleşmesi kurulmuşsa, sağlık personeli ile hasta arasında da bir sözleşme bulunacağından, bu sözleşmeye aykırılığa dayanan taleplerin Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a göre olması gerekir. Sağlık personeli ile hasta yakınları arasında ise bir sözleşme bulunmadığından, onlara karşı ancak haksız fiil hükümlerine dayanılabilir.

Her iki ihtimalde de sağlık personeli ile özel hastane arasında bir çalıştırma ilişkisi bulunduğundan, hasta veya yakınları tarafından şiddete maruz kalan sağlık personelinin, nedensellik bağının bulunduğu hâllerde uğradığı zararın tazminini özel hastaneden aralarındaki sözleşmeye göre

talep edebilmesi de mümkündür. Çünkü özel hastane, aralarındaki sözleşmenin gereği olarak sağlık personelinin zarara uğramaması için gerekli önlemleri almamıştır⁴³. Bu durumda özel hastane ile hasta/hasta yakını arasında müteselsil sorumluluktan söz edilmelidir. Eğer özel hastane ile hasta arasında bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesi varsa, hekimin sorumluluk alanına giren konular sebebiyle uygulanan şiddet yüzünden hastaya karşı aralarındaki tedavi sözleşmesine aykırılığa dayalı olarak Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a göre başvurulabilir. Hasta yakınlarına karşı ise, aralarında bir sözleşme olmadığı için genel hükümlere göre haksız fiile dayanan bir talepte bulunulabilir.

⁴³ Hasta Hakları Yönetmeliği'nin "Güvenliğin Sağlanması" başlığını taşıyan 37. maddesindeki "Herkesin, sağlık kurum ve kuruluşlarında güvenlik içinde olmayı beklemek ve bunu istemek hakları vardır. -Bütün sağlık kurum ve kuruluşları, hastaların ve ziyaretçi ve refakatçi gibi yakınlarının can ve mal güvenliklerinin korunması ve sağlanması için gerekli tedbirleri almak zorundadırlar." hükmü, sağlık personeli de kapsamaktadır.

Sağlık Bakanlığı'na hazırlanan "Sağlık Kurum ve Kuruluşlarında Hasta ve Çalışan Güvenliğinin Sağlanması ve Korunmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ" (RG., 29.4.2009, S.27214), kamu ve özel sektöre ait ayakta ve/veya yatarak sağlık hizmeti sunan tüm sağlık kurum ve kuruluşlarını kapsamakta olup (m.2), sağlık kurum ve kuruluşları çalışan güvenliği kapsamında hasta ve çalışanların fiziksel saldırı, cinsel taciz ve şiddete maruz kalmalarına karşı gerekli güvenlik tedbirlerinin alınması (m.6/I-i) uygulamalarını yerine getirir. "Hasta ve çalışanlar için güvenlik tedbirleri" başlığını taşıyan 18. maddeye göre ise, "(1) Hasta ve çalışanların fiziksel saldırı, cinsel taciz ve şiddete maruz kalmalarına karşı gerekli güvenlik tedbirlerinin alınması için yapılacak işlemler şunlardır: a) Sağlık kurum veya kuruluşu tarafından, fiziksel saldırılara karşı gerekli tedbirler alınır ve prensipler belirlenir. b) Özellikle çalışanların şiddete maruz kaldığı durumlarda çalışanın şikâyetlerini değerlendirecek ve üst yönetimin desteğini hissedeceği bir düzenleme yapılır. c) Bu tür durumlara müdahale edecek ve 24 saat esasına dayalı olarak görev yapabilecek nitelikte sorumlu bir ekip bulundurulur." Tebliğin 20. maddesinin birinci fıkrasına göre "Sağlık kurum ve kuruluşları, türlerine, bünyelerindeki tıbbi hizmet birimleri ve niteliklerine göre bu Tebliğin ilgili hükümlerini yerine getirmekle yükümlüdür."; üçüncü fıkraya göre de "Bu Tebliğde yer alan esas ve usullerin kesintisiz ve etkin bir şekilde uygulanması, uygulama sırasında tespit edilen sorun ve aksaklıkların giderilmesi için gerekli tedbirlerin alınması ve uygulamanın takip ve denetimi ilgili sağlık kurum veya kuruluşunun en üst amirinin yükümlülüğündedir."

Hasta ve Çalışan Güvenliğinin Sağlanmasına Dair Yönetmelik (RG., 6.4.2011, S.27897) de kamu, üniversite ve özel sektör ikinci ve üçüncü basamak sağlık kurumlarını kapsamakta olup (m.2), çalışan denilen (Hizmetin, resmi veya özel sağlık kurumlarında, sağlık hizmetinin verilmesine iştirak eden bütün sağlık meslekleri mensuplarını ve sağlık meslekleri mensubu olmasa bile sağlık hizmetinin verilmesine sorumlu olarak iştirak eden ve hizmetin verilmesine destek sağlayan; m.4/I-b) kimselerin güvenliğinin sağlanmasına yönelik hükümler içermektedir. Buna göre, sağlık kurumları, çalışanlara yönelik fiziksel saldırıların önlenmesine yönelik düzenleme yapılması hususlarında gerekli tedbirleri alır ve düzenlemeleri yapar (m.7/I-d). Yönetmeliğin 9. maddesine göre "Bu Yönetmelikte yer alan usul ve esasların kesintisiz ve etkin bir şekilde uygulanması, uygulama sırasında tespit edilen sorun ve aksaklıkların giderilmesi için gerekli tedbirlerin alınması, uygulamanın takip edilmesi ve değerlendirilmesi, ilgili sağlık kurumunun en üst amirinin sorumluluğundadır."

Bu konuda, İşyerlerinde Psikolojik Tacizin (Mobbing) Önlenmesine İlişkin Genelge (RG., 19.3.2011, S.27879) de belirtilmelidir.

Bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesinde hekimin sorumluluk alanına girmeyen konular (örneğin yemeğin soğuk gelmesi) sebebiyle uygulanan şiddet yüzünden hastaya karşı yine aralarındaki sözleşmeye aykırılığa dayalı olarak Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a göre başvurabilmelidir; her ne kadar şiddetin sebebi hekimin sorumluluk alanına girmeyen bir konu olsa da, hekim ile hastası arasındaki tedavi sözleşmesi, sebebi ne olursa olsun hastaya hekime karşı şiddet uygulayarak zarar vermeme yükümlülüğü yüklemektedir. Bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesinde hekimin sorumluluk alanına girmeyen konular sebebiyle hasta yakınlarının uyguladıkları şiddet yüzünden ise, hekim haksız fiile dayanmalıdır.

Her iki durumda da, hekimin özel hastaneye karşı da -nedensellik bağının bulunması hâlinde- aralarındaki sözleşmeye⁴⁴ göre genel hükümler çerçevesinde uğradığı zararın tazminini talep edebilmesi mümkündür; çünkü özel hastane, gerekli tedbirleri almayarak hekimin zarara uğramasına yol açmıştır. Bu durumda özel hastane ile hasta/hasta yakını arasında müteselsil sorumluluktan söz edilmelidir.

VI. KAMU HASTANELERİNDE ÇALIŞAN SAĞLIK PERSONELİ BAKIMINDAN

A) KAMU HASTANESİ KAVRAMI

Kamu hastanelerinde de hasta ve yakınlarının uyguladıkları şiddet sebebiyle sağlık personelinin zarar görmesi mümkündür.

Kamu hastaneleri, vatandaşlara sağlık hizmeti sunmak (kamu yararına hizmet etmek) amacıyla kurulan, özel hastanelerden farklı olarak kazanç elde etme hedefi olmayan ve kamu yönetiminin içerisinde yer alan kuruluşlardır. Kamu hastaneleri, Devlet veya diğer bir kamu tüzel

⁴⁴ Hastane işletici ile hekim arasında, hastane işleticisinin hastaya karşı barındırma, yedirip içirme ve diğer bakım hizmetlerini borçlandığı; hekimin ise hastane işleticisinin sağladığı bu imkânlar dışında hastanın tedavisini tek başına üstlendiği bir sözleşme yapılmakta, tıbbi tedavi edimi bakımından hastane işleticisi herhangi bir sorumluluk üstlenmemektedir. Bu sözleşmeye göre hekim, hastane işleticisinin sunduğu imkânlardan yararlanırken kendisine zarar gelmemesi için gereken tedbirleri almasını isteme hakkına da sahiptir. Gerek hasta gerekse hasta yakınları tarafından hekime şiddet uygulanması, hastane işleticisinin sözleşmeye uygun hareket etmediği anlamına geldiğinden, hekimin hastane işleticisine karşı genel hükümlere göre sözleşmeye aykırılığa dayanarak uğradığı zararın tazminini talep etmesi mümkündür.

kişisi tarafından kurulup işletilen sağlık kurumlarıdır; doğrudan kamu yönetiminin bir parçasını oluştururlar ve hem kuruluşları, hem de işleyiş ve kapatılmaları bakımından kamu hukuku kurallarına tâbidirler. 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu'nun 1. maddesi, kamu hastanelerine örnek olarak, devletin resmî hastaneleri ile özel idareler ve belediyeler tarafından açılmış hastaneleri göstermektedir. Bunlara askerî hastaneler ile üniversite ihtisas hastaneleri de eklenmelidir; vakıf üniversitele-
rinin hastaneleri de bu kapsamdadır. Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından kurulup işletilen hastaneler ise, 4792 sayılı İşçi Sigortaları Kurumu Kanunu'na ve Yargıtay'a göre özel hastane sayılmakta ve özel hukuk kurallarına tâbi tutulmaktaydı. Ancak doktrinde, kuruluş, işleyiş, sağlık personelinin istihdam tarzı ve sigortalı hastalarla aralarındaki bağımlılık ilişkisi dikkate alınarak, bu hastanelerin de kamu hastanelerinden sayılması gerektiği belirtilmekteydi⁴⁵.

5283 sayılı Bazı Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Ait Sağlık Birimlerinin Sağlık Bakanlığı'na Devredilmesine Dair Kanun'a⁴⁶ göre, kamu kurum ve kuruluşlarına (bakanlıklara, bakanlıkların bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşları ile diğer kamu kurum ve kuruluşlarına) ait tüm sağlık birimleri (hastane, doğumevi, sanatoryum, prevantoryum, dispanser, sağlık ocak ve merkezleri) Sağlık Bakanlığı'na devredilmiş, yönetim ve sorumluluk Sağlık Bakanlığı'na geçmiştir. Kanun'a göre, kamu kurum ve kuruluşlarına ait tüm sağlık birimleri (kurum tabiplikleri hariç olmak üzere, kamu kurum ve kuruluşlarına ait hastane, dispanser, sağlık merkezi veya istasyonu ile her ne ad altında olursa olsun insan sağlığıyla ilgili hizmet sunan tüm birimleri), bunlara ilişkin her türlü görev, hak ve yükümlülükler, taşınırlar, taşınmazlar ve taşıtlarla birlikte, Sosyal Sigortalar Kurumuna ait olanlar rayiç bedeli karşılığında, diğerleri bedelsiz olarak Sağlık Bakanlığı'na devredilmiştir. Buna göre, kanun kapsamındaki çeşitli kamu kurum ve kuruluşlarına ait sağlık kuruluşları, artık Sağlık Bakanlığına bağlı kamu hastanesi statüsünü kazanmıştır⁴⁷. Bununla

⁴⁵ Petek, s.120.

⁴⁶ RG., 19.1.2005, S.25705 (Mük.).

⁴⁷ Petek, s.120-121.

birlikte, Cumhurbaşkanlığı, yüksek mahkemeler, Sayıştay, Türk Silahlı Kuvvetleri, Milli İstihbarat Teşkilatı, üniversiteler, mahalli idareler ve mazbut vakıflara ait sağlık birimleri bu devrin kapsamı dışında kaldığından, bu kurum ve kuruluşların hâlen kendilerine ait sağlık birimleri bulunmaktadır.

669 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Tedbirler Alınması ve Milli Savunma Üniversitesi Kurulması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname'nin⁴⁸ 106. maddesinin birinci fıkrasına göre, Gülhane Askeri Tıp Akademisine bağlı eğitim hastaneleri ve Türk Silahlı Kuvvetleri Rehabilitasyon ve Bakım Merkezi ile asker hastaneleri, dispanser ve benzeri sağlık hizmet birimleri ile Jandarma Genel Komutanlığına ait sağlık kuruluşları her türlü hak ve yükümlülükleri, alacak ve borçları, sözleşme ve taahhütleri, taşınırları ve taşıtlarıyla birlikte, Sağlık Bakanlığına devredilmiş ve bunlara tahsisli taşınmazlar Bakanlığa tahsis edilmiştir.

B) HASTA İLE KAMU HASTANESİ ARASINDAKİ İLİŞKİNİN HUKUKÎ NİTELİĞİ

Kamu hastaneleri Devlet veya diğer bir kamu tüzel kişisi tarafından kurulup işletilen sağlık kurumları olduğundan, kamu yönetiminin bir parçasını oluştururlar ve kuruluş, çalışma ve sona eriş bakımından kamu hukuku kurallarına tâbi olurlar; Anayasanın 56. maddesinin Devlete yüklemiş olduğu vatandaşlara sağlık hizmeti sağlama ödevinin gerçekleştirilmesini amaçlarlar. Kamu hastanelerinde vatandaşlara sunulan sağlık hizmetleri, hekim, hemşire, anesteziist, hasta bakıcı gibi kamu personeli statüsündeki çalışanlar tarafından yerine getirilir. Yerine getirilen hizmet, idare hukuku anlamında idarî faaliyet (fiil)dir⁴⁹.

Bu sebeple, kamu hastanesine başvuran hasta ile kamu hastanesi veya hekim arasında özel hukuk anlamında bir sözleşme ilişkisi veya sözleşme dışı bir ilişki kurulmaz. Kamu hastanesi hastaya karşı sözleşmeye dayanan bir sorumluluğa tâbi olmadığı gibi, haksız fiil sorumluluğu

⁴⁸ RG., 31.7.2016, S.29787.

⁴⁹ Petek, s.121.

altında da değildir. Hastane ile hasta arasında kamu hukuku ilişkisi vardır. Hasta, kamu hizmetinden yararlanan konumundadır. Bu yüzden, hastanede kendisine sunulan sağlık hizmeti sebebiyle zarar görürse, somut olayın özelliklerine göre Devlet veya ilgili kamu tüzel kişisi aleyhine idare hukuku esaslarına göre dava açmak zorundadır⁵⁰.

Kamuda çalışan sağlık personeli ile de hasta arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmadığından, hasta tarafından uygulanan şiddet sebebiyle sağlık personeli zarar gördüğünde, uğradığı zararın tazminini genel hükümlere göre haksız fiile dayanan bir tazminat davasıyla talep edebilir. Aynı şekilde, hasta yakınlarına karşı da sağlık personelinin haksız fiil hükümlerine dayanması mümkündür⁵¹. Açılacak tazminat davası

⁵⁰ Petek, s.121. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 3. maddesinin birinci fıkrasının (1) bendine göre "Sağlayıcı: Kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye hizmet sunan ya da hizmet sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi" ifade etmektedir. Bu sebeple, kamu hastanelerinin bir ücret karşılığında, kazanç elde etmek için hizmet sunmaları durumunda da hasta ile aralarında bir tüketici işleminden söz edilir ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümleri uygulanır.

⁵¹ Yargıtay'ın önüne gelen bir olayda, bir devlet üniversitesi hastanesinde tedavi gören hasta için hasta onam formunun imzalatılması konusunda yapılan görüşme sırasında çıkan tartışmada davalı hasta yakını, davacı hekime "senin gibi doktoru sinkaf ederim" sözlerini sarfetmiş, dışarı çıkartılmak istenince de üzerindeki tabancayı davacıya doğrultarak "seni öldürürüm" diye tehditte bulunmuştur. Davalı hakkında açılan ceza davasında suçu sabit görülerek cezalandırılmasına karar verilmiş ve karar kesinleşmiştir; cezada tahrir indirimi de söz konusu değildir. Açılan tazminat davasında davalının davacıya karşı haksız fiili sabit olduğundan, eylem ve sözlerinin içeriği, olay tarihi, tarafların sosyal ve ekonomik durumları dikkate alınarak takdiren 8.000 TL manevî tazminata hükmedilmiştir (4.HD., 18.2.2015, 2014/6146, 2015/1635, yayımlanmamıştır).

Bir başka olayda yine bir devlet üniversitesi hastanesinde eşi tedavi gören bir kişinin hastane başhekimliğine verdiği şikâyet dilekçesinde yer alan "adı Çağdaş olmasına rağmen yaptığı iş ve durumu ile hiç de çağdaş bir görünümü olmayan... hasta-hasta yakını ilişkisi diye bir durumdan bi haber bu zat... kendisi çağdaş olmayan ama adı Çağdaş olan burnundan kıl aldırmayan doktor... Çağdaş hazretleri... doktor Çağdaş efendi hazretleri... Çağdaş beyefendi..." ifadeleri üzerine hekim tarafından tazminat davası açılmıştır. Yargıtay'a göre "Dava konusu olayda davacı doktorun davalının eşini ameliyat ettiği, davalının bu süreçte karşılaştığı olumsuzlukları başhekimliğe şikâyet ederken, eleştiri sınırını aşarak davacının isminin Çağdaş olmasına rağmen kendisinin çağdaş olmadığını belirtmek suretiyle davacının kişilik hakkına saldırıda bulunduğu anlaşılmaktadır. Şikâyet hakkı kullanılırken şikâyet konu olayların açıklanması ile yetinilmeksizin davacı doktorun ismi kullanılarak kişiliği hedef alınmak suretiyle çağdaş bir kişi olmadığının belirtilmesi kişilik hakkına saldırı oluşturmaktadır. Şu durum karşısında takdir edilecek manevî tazminat ile davalının sorumluluğuna karar verilmesi gerekirken, mahkemece davanın reddedilmesi bozma nedenidir." (3.HD., 12.10.2009, 16279/15511, yayımlanmamıştır). Bozma kararı üzerine yeniden yapılan yargılamada yerel mahkeme "Bozma ilamında da vurgulandığı gibi davalı eşinin ameliyatı nedeniyle hastanede büyük olumsuz durumlarla karşılaşmıştır. Davacı doktor duyarsızlık örneği göstermiştir. Bu durum hüküm olunan tazminatın miktarında etken olarak gözetilmiştir. Bütün bu nedenlerle davacının davasının kısmen kabulüne karar verilmiştir." şeklinde hüküm kurmuştur.

genel hükümlere göre Asliye Hukuk Mahkemelerinde görülür⁵². Hasta veya yakınlarının uyguladıkları şiddet sebebiyle zarar gören sağlık personelinin, çalıştığı kuruma karşı idare hukuku ilkelerine göre tazminat talebinde bulunması da mümkündür. Çünkü idare, çalıştırdığı kişilerin güvenliklerini sağlamak zorundadır; buna aykırı hareket edilerek sağlık personelinin hasta veya yakınları tarafından uygulanan şiddet sebebiyle zarar görmesine engel olamamışsa, ortaya çıkan zararı da idare hukuku ilkelerine göre tazmin etmek zorundadır. 2577 sayılı İdarî Yargılama Usûlü Kanunu'nun 12. maddesine göre, hakkın bir idarî işlem dolayısıyla ihlâl edilmesi hâlinde ilgililer, doğrudan doğruya tam yargı davası veya iptal ve tam yargı davalarını birlikte açabilecekleri gibi, ilk önce iptal davası açarak bu davanın karara bağlanması üzerine dava açma süresi içerisinde tam yargı davası açabilirler. Aynı Kanun'un 13. maddesi uyarınca, zarar verici eylemin öğrenildiği tarihten itibaren en geç bir yıl içinde maddî ve manevî tazminat olarak istenilen tazminat miktarı ayrı ayrı gösterilerek idareye başvurulması ve talebin açıkça veya zımnen reddi hâlinde kanunî süresi içinde idarî yargı mercilerinde dava açılması gerekir. Bu düzenlemeye göre, idareye karşı açılacak tazminat davalarının, İdarî Yargılama Usûlü Kanunu'nun 13. maddesinin birinci fıkrası çerçevesinde, zarar verici fiilin öğrenilmesinden itibaren bir yıl ve her hâlde fiilin işlenmesinden itibaren beş yıl içerisinde idareye yapılan talebe 60 gün içerisinde cevap verilmemesi veya olumsuz cevap verilmesinden itibaren 60 gün içerisinde açılması gerekir.

Burada, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra 55. maddenin ikinci fıkrasının etkisinden de söz edilmelidir. Söz konusu hükme göre, *"Bu Kanun hükümleri, her türlü idarî eylem ve*

⁵² Sağlık Bakanlığı Personeline Karşı İşlenen Suçlar Nedeniyle Yapılacak Hukukî Yardımın Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik (RG., 28.4.2012, S.28277), Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarında kadrolu veya sözleşmeli görev yapan personel ile 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 52. maddesi çerçevesinde Bakanlık ve bağlı kuruluşlarında gönüllü ve ücretsiz sağlık hizmeti verenler ve 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanunu kapsamında görev yapanlara karşı sağlık hizmeti sunumu sırasında veya bu görevlerinden dolayı personele karşı işlenen suçlar sebebiyle personelin veya kanunî mirasçılarının talebi üzerine Bakanlık ve bağlı kuruluşlarınca ceza hukuku kapsamında yürütülmekte olan işlemler ve davalara ilişkin yapılacak hukukî yardıma dair usul ve esasları belirlemektedir. Fakat sağlık personelinin açacağı tazminat davalarında kendilerine böyle bir hukukî yardım sağlanmamaktadır.

işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanır.” Görüldüğü gibi, idarî eylem ve işlemlerin veya idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen kaybedilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlarda Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacaktır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 3. maddesine göre de *“Her türlü idarî eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yahut kişinin ölümüne bağlı maddî ve manevî zararların tazminine ilişkin davalara asliye hukuk mahkemeleri bakar.”* Bu hüküm gereği, idari eylem ve işlemlerin sebep olduğu zararlara karşı asliye hukuk mahkemelerinde Sağlık Bakanlığına karşı davalar açılacak, açılan bu davalarda Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacaktı. Fakat Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 3. maddesi, Anayasa Mahkemesi tarafından anayasaya aykırı görülerek iptal edildiğinden⁵³, yeni düzenlemeye göre kamu hastanelerinde hasta veya yakınlarının uyguladıkları şiddetin sebep olduğu insan zararlarına (yaralanma, ölüm) karşı idare mahkemelerinde Sağlık Bakanlığına karşı davalar açılacak, fakat açılan bu davalarda Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacaktır.

Yukarıda belirtilen değişiklikten önce, Devletin ve ilgili kamu tüzel kişiliğinin, kamu hastanelerinde yapılan tıbbî müdahaleler sebebiyle hasta veya yakınlarının uyguladıkları şiddet yüzünden meydana gelen zararlardan sorumlu tutulabilmeleri için; hukuka aykırılık, kusur, zarar ve nedensellik bağı şartları gerçekleşmelidir. Kusur konusunda ise, hizmet kusuru ve görev kusuru ayırımı yapılmaktadır. Hizmet kusuru, idarenin kuruluşunda, düzenlenmesinde ve işleyişinde ortaya çıkan aksamadır. Hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi şeklinde ortaya çıkabilir. Hizmet kusuru işleyen idare, ortaya çıkan tüm zararı tazmin yükümlülüğü altındadır. Görev kusuru ise, kamu personelinin, yerine getirmekle yükümlü olduğu kamu görevini ifa ederken uyulması zorunlu kuralları çiğnemesi ve bu yüzden bir zarara yol açmasıdır. Bu

⁵³ RG., 19.5.2012, S.28297.

durumda da idare, ortaya çıkan zararı ödemekle yükümlü olmasına rağmen, ödemediği tazminattan kusuru oranında kamu personeline rücu edebilir. Ancak kamu personeli olan kişilerin, resmî statüsü ve üstlendiği kamu görevinin ifasıyla hiç ilgisi bulunmadan başkasına zarar verdiği hâllerde, artık idarenin sorumluluğundan söz edilemez⁵⁴.

Değişiklikten sonra, Borçlar Kanunu'nun 55. maddesinin ikinci fıkrasına göre idarenin Borçlar Kanunu hükümleri çerçevesinde sorumlu olması gerekeceğinden, kanaatimizce bu sorumluluğun niteliği Borçlar Kanunu'nun 66. maddesinde düzenlenen adam çalıştırmanın kusursuz sorumluluğu olmalıdır. Kusursuz bir sorumluluk olduğu için, sorumluğun doğması için ne idarenin ne de kamu görevlisinin kusuru aranır. Fakat güvenlik önlemleri almakla yükümlü kamu personelinin fiilinin hukuka aykırı olması, bir zarar doğması ve nedensellik bağı şartları yine de gerçekleşmelidir.

Bu açıklamalara göre zarara uğrayan sağlık personelinin zararını karşılayan idare, zarara yol açan hasta veya yakınlarına, sağlık personelinin zarara uğramasını önleyecek tedbirleri almayan kamu görevlisine karşı rücu etme imkânına da sahiptir.

VII. ZARAR VE TAZMİNİ

Zararın kişivarlığına veya malvarlığına yönelik ya da maddî veya manevî nitelikte olabilmesi mümkündür. Örneğin hekimin cep telefonunun kırılması, hemşireye yumruk atılması, teknisyene hakaret edilmesi⁵⁵.

⁵⁴ Petek, s.122.

⁵⁵ Sağlık personeline yönelik şiddetin göremediğimiz birçok etkisi daha vardır. Nedensellik bağının kurulabilmesi şartıyla bu etkilerin sebep olduğu bütün zararların tazmin edilebilmesi mümkündür. Şiddete maruz kalan sağlık çalışanlarında kızgınlık, hayal kırıklığı, şaşkınlık, çaresizlik, korku, tükenmişlik, güven kaybı, kendini suçlama, akut stres bozukluğu, travma sonrası stres bozukluğu, depresif uyum bozukluğu, karışık anksiyeteli ve depresif uyum bozukluğu, ruhsal sıkıntının bedensel etkileri, kaçınma veya aşırı önlem alma davranışları; hastalarından korkma, hastaların şiddetinden endişe etme ve onları potansiyel şiddet olarak görme, kendini koruyamadığı için çalıştığı kuruma karşı güvensizlik, yalnız-çaresiz bırakılma duygusu; bu yüzden diğer hastalara sunduğu hizmet kalitesinin dolaylı olarak düşmesi ve tüm bunların sonucunda işlerinden ayrılma veya iş değiştirme gibi semptom ve davranışların geliştiği belirtilmektedir.

Kişivarlığına yönelik maddî zararlar, şiddete maruz kalan sağlık personelinin ölmesine veya yaralanmasına göre farklılık göstermektedir. Sağlık personelinin ölmesi durumunda Türk Borçlar Kanunu'nun 53. maddesine göre cenaze giderleri, ölüm hemen gerçekleşmemişse yapılan tedavi giderleri (ameliyat ve tedavi sürecine ilişkin masraflar) ile çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar ile ölenin desteğinden yoksun kalınması nedeniyle uğranılan kayıplar girer. Tazminat talebinde bulunacak olanlar ölen sağlık personelinin mirasçıları ile destekten yoksun kalan kişilerdir.

Sağlık personelinin şiddet sebebiyle yaralanması durumunda istenecek olan maddî tazminatın kapsamına ise Türk Borçlar Kanunu'nun 54. maddesine göre tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar, ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar girecektir. Tazminat talebinde bulunacak olan kişi ise, şiddet maruz maruz kalan sağlık personelidir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 56. maddesine göre uygun bir miktar manevî tazminat da talep edilebilir. Bedensel bütünlüğün zedelenmesi durumunda manevî tazminatı sağlık personelinin bizzat kendisi talep edebilir⁵⁶.

İlerleyen dönemlerde mental enerjide, hızlı ve verimli çalışmada ve karar vermede, işe katılımda azalmalar olabilmektedir. Değişik çalışmalar bu semptom ve bulguları emosyonel (stres, korku, üzüntü, öfke, hayal kırıklığı, anksiyete, suçluluk, utanç), fizyolojik (uyku bozukluğu, iştah değişikliği, baş ağrısı, yorgunluk), iş performansı (üretkenlik kaybı, işten ayrılmayı düşünme, hata yapmada artış), sosyal ilişkiler ve psikiyatrik sorunlar şeklinde guruplara ayırmışlardır. Kanada'da yapılan bir çalışmada acil serviste şiddete maruz kalanların %38'inin sağlık alanı dışında başka bir işe geçmeyi istedikleri, yaklaşık %18'inin acil serviste çalışmak istemedikleri, bir kısmının da işlerinden ayrıldıkları belirtilmiştir. Şiddete uğrayanların ilerleyen zamanlarda %19'unun performansının etkilendiği görülmüştür. Yaşanan şiddet olayı sonrasında %73'ünün hastalarından korktukları, %24'ünün hastaların şiddetinden korktukları, %35'inin hastaları "potansiyel şiddet gösteren" olarak gördükleri bildirilmiştir. Türkiye'de yapılan çalışmalarda şiddete uğrayan sağlık çalışanlarının %43,5'i herhangi bir sorun belirtmezken, %56,2'sinin anksiyete veya irritasyon bulguları gösterdikleri saptanmıştır. Bu kişilerin büyük bir çoğunluğunun (%87,8) tedavi almadığı görülmüştür. Fakat şiddete maruz kalanlarda ilerleyen zamanlarda gelişen olumsuz sonuçlarla ilgili yapılmış yeterli sayıda çalışma bulunmamaktadır. Bazen fiziksel olmayan şiddetin (cinsel içerikli şiddet gibi) sonuçları fiziksel şiddetin sonuçlarından daha yıkıcı olabilmektedir. Şiddet hem sağlık çalışanlarında (hastaya yeterli zaman ayırmada, hasta ihtiyaçlarına cevap vermede) hem de hastalarda (verilen hizmetten memnuniyetsizlikte artma) bakım kalitesinde bir düşmeye neden olmaktadır (Al/Zengin/Deryal/Gökçen/Arı Yılmaz/Yıldırım, s.118; Annagür, s.169; Büyükbayram/Okçay, s.51).

⁵⁶ Türk Borçlar Kanunu'nun 56. maddesinin ikinci fıkrasına göre, ağır bedensel zarar hâlinde, zarar görenin

Örneğin uygulanan şiddet sonucu hekimin eli kesilmek zorunda kalınmışsa, ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan zararlar yanında, manevî zarar olarak da tazminat talep edilmesi mümkündür.

Tazminat miktarı belirlenirken, zarar görenin kusuru da dikkate alınır. Örneğin hastaya kasıtlı olarak geç müdahale eden hekime karşı uygulanan şiddet sonucu ortaya çıkan zarar miktarından, hekimin kusuru oranında indirim yapılarak tazminat miktarı belirlenmelidir.

Hasta, kendisine tıbbî müdahalede bulunan sağlık personelinin dışarı çıktığında hasta yakını tarafından dövüleceğini bilmesine rağmen onu uyarmaması veya geç haber vermesi durumunda ihmali davranışının sonucuna katlanarak tazminat ödemek zorundadır⁵⁷; bu durumda hasta yakını ile hastanın müteselsil sorumluluğundan söz edilir.

Hukuk sistemimizde haksız fiilin muhatabının doğrudan uğradığı zararlar tazmin edilirken, dolaylı zararlar eğer uygun nedensellik bağı varsa tazmin edilmektedir. Fakat haksız fiile maruz kalan kişi dışındaki-lerin yansıma yoluyla uğradıkları zararların tazmini, kanunda belirlenen birkaç istisna dışında mümkün değildir. Örneğin hemşirenin yaralanması ve bu yüzden bir süre çalışmaması hâlinde, yanında çalıştığı hekimin hemşirenin yardımından yoksun kalma yüzünden uğradığı zararların tazminini isteyebilmesi mümkün değildir⁵⁸; çünkü hekimin bu şekilde uğradığı zarar, yansıma yoluyla zarar kapsamına girmektedir. Fakat haksız fiil uygulayanın amacı hekime dolaylı yoldan zarar vermek ise, artık Türk Borçlar Kanunu'nun 49. maddesinin ikinci fıkrasına göre hekimi doğrudan zarar gören olarak kabul edip, uğradığı zararın tazminini isteyebilmesine izin vermek gerekir.

yakınlarına da manevî tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir. Burada, haksız fiilin muhatabı olan kişi dışındakilerin yansıma yoluyla uğradıkları zararın tazminine, kanun tarafından istisnai olarak verilen bir izin söz konusudur.

⁵⁷ Ergün, s.199.

⁵⁸ Ergün, s.200.

Sağlık personeline uygulanan şiddet sebebiyle sorumlu olanlar, ortaya çıkan her türlü zarardan (maddî ve/veya manevî) sorumludur. Eğer sağlık personeli tazminat davası açtıktan sonra ölmüşse, külli halef durumundaki mirasçılarının bu davaya devam edebilmesi gerekir; hatta sağlık personelinin uğradığı maddî zarar için tazminat davası açmamış olsa bile, artık onun malvarlığı içerisinde değerlendirilmesi gereken bu talep hakkı ölüm yoluyla mirasçılara intikal eder. Buna karşılık manevî zararlarda Medenî Kanun'un 25. maddesinin dördüncü fıkrasındaki *"Manevî tazminat istemi, karşı tarafça kabul edilmiş olmadıkça devredilemez; mirasbırakan tarafından ileri sürülmüş olmadıkça mirasçılara geçmez."* kuralı geçerlidir.

Tüketici işlemine taraf olmayanlar da, vekâlet veya eser sözleşmesi niteliği taşıyan tıbbî müdahale yüzünden sağlık personeline uygulanan şiddet sebebiyle zarar görmüş olabilirler; onların uğradıkları zarar yansına yoluyla zarar kabul edilir ve ancak kanun tarafından izin verilen türdeki zararlarının tazminini isteyebilirler⁵⁹. Her ne kadar Tüketicinin

⁵⁹ Tıbbî müdahalede bulunan sağlık personeli dışındakilerin, sağlık personeline uygulanan şiddet sebebiyle zarar görmesi muhtemeldir. Hukukumuzda fiilin muhatabı olmadıkları hâlde fiilden zarar gören kişilerin uğradıkları zararlar yansına yoluyla zarar olarak nitelendirilmekte ve bu kişilere kural olarak tazminat davası açma hakkı tanınmamaktadır. Bu kişilerin, istisnai olarak Türk Borçlar Kanunu'nun 53. maddesindeki destekten yoksun kalma tazminatı ile 56. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen manevî tazminat davası açabilmeleri mümkündür. Bunun dışındaki, örneğin uygulanan şiddet sonucu yaralanan sağlık personelinin anne babası ya da diğer yakınlarının başka şehirden hastaneye ziyarete gelmeleri nedeniyle yaptıkları yol giderleri gibi zararlar sorumludan talep edilemez (Kılıçoğlu, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16.Bası, Ankara 2012, s.295-296).

Hasta ile hekim veya sağlık kuruluşu arasında kurulan tedavi sözleşmesi nisbi nitelik taşıdığından, sadece taraflarının bu sözleşmeye dayanarak talepte bulunabilmesi mümkündür. Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme teorisi, alacaklı ile borçlu arasındaki sözleşmenin koruma alanına girdiği anlaşılabilen üçüncü kişilerin borçlunun borca aykırı davranışı sebebiyle zarara uğradıkları durumlarda, sözleşmeye göre daha etkili başka bir hukuki yolları bulunmadığı takdirde, bu kişilere de sözleşmeye dayanarak tazminat talep edebilme imkânı sağlamaktadır. Burada borçlu edim borcuna veya koruma yükümlülüklerine aykırı davranışında, alacaklının koruma alanında bulunan ve borçlunun edimine yakınlıkları sebebiyle üçüncü kişilerin uğradıkları zararlardan da borçlunun sözleşmeye aykırılık hükümlerine göre sorumlu tutulması söz konusudur (Kılıçoğlu, s.12). Sağlık personeline uygulanan şiddet sonucu meydana gelen zararlar için böyle bir durumun ortaya çıkması kanaatimizce mümkün görünmemektedir; örneğin sağlık personeline şiddet uygularken, onları ayırmaya çalışan sağlık personelinin eşi veya çocuğuna da şiddet uygulanmışsa, burada üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme teorisinin etkisi sebebiyle yakınların da sözleşmeye dayanabilecekleri sonucuna varılmamalıdır. Fakat sözleşme yaptığı sağlık personelinin ifa yardımcısına uygulanan şiddet bakımından üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeden söz edilebilir; çünkü böyle bir durumda ifa yardımcısı, sözleşme tarafının koruma alanına girmektedir. Bu gibi hâllerde, sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişilere sözleşmeye dayanarak uğradıkları zararların tazminini talep edebilme imkânı tanınabilir.

Korunması Hakkında Kanun'un 11. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinde *"Tüketici, bu seçimlik haklarından biri ile birlikte Türk Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca tazminat da talep edebilir."* denilmiş olsa da, kanaatimizce zararın kaynağı bir tüketici sözleşmesi olduğundan gerek sağlık personelinin talep edebileceği gerekse Türk Borçlar Kanunu'nun 53. maddesine göre ölen sağlık personelinin yakınlarının talep edebileceği maddi tazminat (özellikle destekten yoksun kalma tazminatı) ile 56. maddesinin ikinci fıkrasına göre manevî tazminata ilişkin davanın da tüketici mahkemesinde görülmesi gerekir. Hatta sağlık personelinin maddi ve/veya manevî tazminat alacağını Borçlar Kanunu'nun 183 ve devamı hükümlerine göre devretmesi durumunda da, devralan tüketici mahkemesine dava açmalıdır; çünkü talebin kaynağı hâlâ tüketici sözleşmesidir. Bu itibarla, tüketici işlemi sebebiyle görevli olan tüketici mahkemesi, gerek Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da düzenlenen hükümleri gerekse genel hükümleri uygulayarak uyuşmazlığı çözüme bağlamalıdır⁶⁰.

Uygulanan şiddet nedeniyle talep hakkına, öncelikle sözleşmenin tarafı olan sağlık personelinin kendisi sahiptir. Sözleşmelerin nisbiliği ilkesine göre, ancak sözleşmenin tarafları zarara uğradığında talepte bulunabilir. Fakat kaynağını Türk Medenî Kanunu'nun 2. maddesinin birinci fıkrasındaki doğruluk ve güven (dürüstlük) kuralından alan yan yükümlülüklerin içerisine özen ve koruma yükümlülükleri de girmektedir. Özen ve koruma yükümlülükleri ile edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisi gereği, borçlu, karşı tarafın hukuken değer verdiği menfaatleri koruma ve her türlü tehlikeden uzaklaştırma şeklinde bir davranış

⁶⁰ Tüketici mahkemelerinde açılacak davada talep konusunun özel olarak Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da düzenlenmiş olması gerekmemektedir. Örneğin tüketici mahkemeleri görevine giren konularda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre ihtiyati tedbir kararı verebilir (Ulukapı, Ömer: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları (Tüketici Mahkemeleri), Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1996/1-2 (Prof.Dr. Şakir Berki'ye Armağan), s.94). Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 15. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinde *"Tüketici, bu seçimlik haklarından biri ile birlikte Türk Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca tazminat da talep edebilir."* denilerek, tüketici mahkemesinin genel hükümlere göre tazminat bakımından değerlendirme yapması gerektiği açıkça ifade edilmiştir. Sağlık personelinin uğradığı şiddet sebebiyle kendisinin maruz kaldığı zararlar veya mirasçılarının talep hakları tüketici işleminden kaynaklanan bir uyuşmazlık olduğundan, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da açıkça düzenlenmemiş olmasına rağmen tüketici mahkemeleri sağlık personeli ve mirasçıları bakımından da genel hükümlere göre tazminata karar vermelidir.

yükümlülüğü altındadır. Bu sebeple, sağlık personelinin çevresindeki üçüncü kişiler de (her olayın özelliğine göre değişmekle birlikte, örneğin aile üyeleri, arkadaşları veya komşuları), sağlık personelinin yaptığı sözleşmeye dayanarak doğrudan dava hakkına sahip olabilmeli, sadece haksız fiile ilişkin hükümlere dayanma imkânı tanınmamalıdır⁶¹. Şiddet uygulanan sağlık personelinin tedavisi sırasında çalışamaması veya ölümlü sebebiyle işverenin zarar görmesi mümkündür; fakat bunlar yanı sıra yoluyla meydana gelen zararlar olduğundan, hukuk düzenimiz bu tür zararların tazminini istisnai hükümler dışında kabul etmemektedir.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da tüketici “*ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi*” ve tüketici işlemi “*mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukukî işlemi*” ifade eder şekilde tanımlandığından, Kanun’a göre ancak sözleşmeyi yapan (tüketici işleminin tarafı olan) kişi şiddet uygulamışsa Kanun’un uygulanabileceği sonucu çıkmaktadır. Örneğin kendisine tıbbî müdahale yapılması için sözleşme yapan hasta sağlık personeline şiddet uyguladığında, sağlık personeli Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a dayanabilecekken; sözleşmeyi babası yapmasına rağmen tıbbî müdahalenin uygulanacağı oğlu sağlık personeline şiddet uyguladığında, aralarında tüketici sözleşmesi olmadığı için sağlık personelinin genel hükümlere göre tazminat talep edebileceği gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Kanaatimizce tüketici sözleşmesinin tarafı olmasa bile, üçüncü kişi yararına sözleşme yapılan hâllerde de lehine sözleşme yapılan kişinin sözleşmenin diğer tarafına zarar vermeme yükümlülüğü bulunduğu ve sağlık personeline bu tüketici işlemi sebebiyle şiddet uygulandığından (talebin dayanağı tüketici sözleşmesi olduğundan), ona karşı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümlerine göre talepte bulunulabilmelidir.

⁶¹ Aydoğan, Murat: Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara 2015, s.182-183.

Türk Borçlar Kanunu’nun 114. maddesinin ikinci fıkrasında “*Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hâllerine de uygulanır.*” hükmü yer aldığından, hasta ile sağlık personeli arasında sözleşme ilişkisinin bulunduğu durumlarda, zararın tespitinde ve talep edilecek tazminatın belirlenmesinde haksız fiillere ilişkin hükümler uygulanır; zira Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da düzenleme bulunmayan hâllerde genel hükümlere, özellikle Türk Borçlar Kanunu hükümlerine başvurulmaktadır (TKHK.m.83/I).

VIII. YETKİLİ VE GÖREVLİ MERCİ

Hasta ile sağlık personeli veya özel hastane arasında sözleşme ilişkisi varsa, sağlık personeline uygulanan şiddet sebebiyle uğranılan zararlar bakımından Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümlerinin uygulanacağı yukarıda belirtilmişti.

6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 66. maddesinde Bakanlığın (Gümrük ve Ticaret Bakanlığı), tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara çözüm bulmak amacıyla il merkezlerinde ve yeterlilik şartları yönetmelikle belirlenen ilçe merkezlerinde en az bir tüketici hakem heyeti oluşturmakla görevli olduğu belirtilmiştir. Bu düzenlemeye göre, Tüketici Hakem Heyetleri, tüketici işlemleri (tüketici sözleşmeleri) ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğan uyuşmazlıkları çözmekle yükümlüdür. 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da tüketici işlemi tanımının içerisine eser, vekâlet, sigorta, simsarlık, taşıma, bankacılık ve benzeri sözleşmelerin dâhil edilmesiyle Tüketici Hakem Heyetlerinin görev alanı genişlemiştir. Tüketici Hakem Heyetlerine başvurmak için tüketici olmak şart değildir; tıbbî müdahaleye ilişkin vekâlet veya eser sözleşmelerinin sağlayıcısı konumundaki sağlık personeli de, tüketici işlemlerinden doğan uyuşmazlıklar konusunda başvurma yetkisine sahiptir. Kanun başvuru için parasal sınır belirlemiştir; buna göre 2016 yılı için değeri 2.320 Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda ilçe tüketici hakem heyetlerine, 3.480 Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda il tüketici hakem heyetlerine, büyükşehir statüsünde

bulunan illerde ise 2.320 Türk Lirası ile 3.480 Türk Lirası arasındaki uyuşmazlıklarda il tüketici hakem heyetlerine başvuru zorunludur. Bu değerlerin üzerindeki uyuşmazlıklar için tüketici hakem heyetlerine başvuru yapılamaz; artık tüketici mahkemelerine başvurulmalıdır⁶². Tüketici hakem heyetlerine yapılacak başvurularda uyuşmazlığın değerinin belirlenmesinde sadece asıl alacak miktarı dikkate alınır; asıl alacağın fer'i niteliğindeki faiz ve diğer giderler görev sınırının belirlenmesinde önem taşımaz⁶³.

Tüketici hakem heyetlerine yapılan başvurularda maddî tazminat yanında, manevî tazminat da talep edilebilir. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da manevî tazminat taleplerinin tüketici hakem heyetleri tarafından karara bağlanmasına engel olan bir hüküm yoktur. Doktrin ve Yargıtay uygulamasında manevî tazminat talepleri bakımından tüketici hakem heyetlerinin karar verebileceği kabul edilmektedir. Manevî tazminat istenmesi durumunda, uyuşmazlık bedelinin tespitinde talep edilen manevî tazminat tutarı da dâhil edilir⁶⁴.

Tüketici hakem heyetleri kendilerine yapılan başvuruları gereğini yapmak üzere kabul etmek zorundadır. Başvurular, tüketicinin yerleşim yerinin bulunduğu veya tüketici işleminin yapıldığı yerdeki tüketici hakem heyetine yapılabilir. Tüketici hakem heyetinin bulunmadığı yerlerde ise başvuruların nerelere yapılacağı ve bu başvuruların hangi tüketici hakem heyetince karara bağlanacağı yönetmelikle belirlenir. Tüketici hakem heyetleri uyuşmazlık konusuna ilişkin her türlü bilgi ve belgeyi taraflardan, ilgili kurum veya kuruluşlardan isteyebilir. Tüketici Hakem

⁶² Belirtilen değerler bakımından tüketici hakem heyetlerine başvuru zorunluluğu 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre bir dava şartı niteliğindedir; tüketici hakem heyetlerinin görev alanına giren bir uyuşmazlık bakımından tüketici mahkemelerine başvurulması durumunda, bu başvuru esasa girilmeksizin dava şartının yokluğu nedeniyle reddedilir (Yardım, İsa: Tüketici Olarak Hasta Hakları, Ankara 2016, s.241).

⁶³ Yardım, s.241.

⁶⁴ Yardım, s.242; "Tüketici Hakem Heyetine başvurunun zorunlu olduğu uyuşmazlıkların tespitinde, ayıplı hizmet nedeni ile uğranılan manevî zarar bedelinin de dâhil edilmesi gerekir." 13.HD., 27.12.2004, 15255/18969 (Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı).

Heyetleri Yönetmeliği'nin⁶⁵ 19. maddesine göre “Tüketici hakem heyeti çözümü özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut re’sen, bilirkişinin görüşünün alınmasına karar verebilir.” Fakat tüketici hakem heyeti yargılama makamı olmadığından, keşif yapma yetkisi bulunmamaktadır.

Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliği'nin 23. maddesine göre “Tüketici hakem heyetine yapılan başvurular, başvuru tarih ve sırasına göre en geç altı ay içinde görüşülür ve karara bağlanır. Yapılan başvurunun niteliği, başvuru konusu, mal veya hizmetin özelliği gibi hususlar dikkate alınarak, karar süresi en fazla altı ay daha uzatılabilir.” Yönetmelik tarafların uyuşmazlıkla ilgili ivedilikle inceleme talebinde bulunması ve bu talebin başkan tarafından uygun görülmesi hâlinde, başvurunun öncelikle görüşülüp karara bağlanacağını düzenlemiştir. Yönetmeliğin 22. maddesine göre “Tüketici hakem heyeti, uyuşmazlık ile ilgili karar verirken tarafların talebiyle bağlıdır.”

İl ve ilçe tüketici hakem heyetinin verdiği kararlar tarafları bağlar. Tüketici hakem heyetlerince vekâlet ücreti ödenmesine karar verilemez. Tüketici hakem heyeti kararları Tebligat Kanunu hükümlerine göre taraflara tebliğ edilir. Tüketici hakem heyetinin kararları, İcra ve İflâs Kanunu'nun ilamların yerine getirilmesi hakkındaki hükümlerine göre yerine getirilir. Taraflar, tüketici hakem heyetinin kararlarına karşı tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde tüketici hakem heyetinin bulunduğu yerdeki tüketici mahkemesine itiraz edebilir. İtiraz, tüketici hakem heyeti kararının icrasını durdurmaz. Ancak talep edilmesi şartıyla hâkim, tüketici hakem heyeti kararının icrasını tedbir yoluyla durdurabilir. İtiraz olunan kararın, esas yönünden kanuna uygun olup da, kanunun olaya uygulanmasında hata edilmiş olmasından dolayı itirazın kabul edilmesi gerektiği veya kanuna uymayan husus hakkında yeniden yargılamayı gerektirmediği takdirde tüketici mahkemesi evrak üzerinde, kararı değiştirerek veya düzelterek onama kararı verebilir. Tarafların kimliklerine, ticari unvanlarına ait yanlışlıklar ile yazı, hesap veya diğer

⁶⁵ RG., 27.11.2014, S.29188.

açık ifade yanlışlıkları hakkında da bu hüküm uygulanır. Karar, usule ve kanuna uygun olup da gösterilen gerekçe doğru bulunmazsa, gerekçe değiştirilerek veya düzeltilerek onanır. Tüketici hakem heyeti kararlarına karşı yapılan itiraz üzerine tüketici mahkemesinin vereceği karar kesindir. Tüketici hakem heyetlerinin tüketici lehine verdiği kararlara karşı açılan itiraz davalarında, kararın iptali durumunda tüketici aleyhine, avukatlık asgari ücret tarifesine göre nisbi tarife üzerinden vekâlet ücretine hükmedilir. Uyuşmazlıkla ilgili olarak tüketici hakem heyeti tarafından tüketici aleyhine verilen kararlarda tebligat ve bilirkişi ücretleri Bakanlıkça karşılanır. Uyuşmazlığın tüketicinin lehine sonuçlanması durumunda ise, tebligat ve bilirkişi ücretleri Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre karşı taraftan tahsil olunarak bütçeye gelir kaydedilir.

Yukarıda belirtilen 2.320 ve 3.480 TL'nin üzerindeki maddi ve manevî tazminat taleplerinde artık tüketici mahkemelerine başvurulmalıdır. Tüketici mahkemelerinde uyuşmazlıklar daha kolay ve daha hızlı bir şekilde çözüme bağlanmaktadır. Kanun'a göre, tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara ilişkin davalarda tüketici mahkemeleri görevlidir. Tüketici mahkemeleri nezdinde Bakanlık, tüketiciler ve tüketici örgütleri tarafından açılan davalar Harçlar Kanunu'nda düzenlenen harçlardan muaftır; dolayısıyla, sağlık personelinin açacağı maddî ve/veya manevî tazminat davası harca tâbidir. Tüketici mahkemelerinde basit yargılama usulü uygulanır. Tüketici davaları, tüketicinin yerleşim yerinin bulunduğu yerdeki tüketici mahkemesinde de açılabilir.

Sağlık personeli tarafından hasta veya yakınlarına karşı açılacak maddi/manevî tazminat davasının haksız fiile veya vekâletsiz işgörmeye⁶⁶ dayanması durumunda ise, tüketici hakem heyetleri veya tüketici mahkemelerinde değil, genel yetki ve görev kuralları gereği adli yargıda

⁶⁶ Doktrinde, vekâletsiz işgörme türlerinden caiz olan vekâletsiz işgörmenin hukukî işlem benzeri bir fiil niteliği taşıdığı, caiz olmayan vekâletsiz işgörmenin ise haksız fiil niteliğinde olduğu belirtilmektedir (Tandoğan, s.677). Bu görüşe uygun olarak, caiz olan vekâletsiz işgörmeye Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümleri, caiz olmayan vekâletsiz işgörmeye ise haksız fiil hükümleri uygulanarak yetkili ve görevli mahkeme tespit edilmektedir.

davanın görülmesi gerekir. Buna göre dava, haksız fiilin işlendiği veya zararın meydana geldiği yahut gelme ihtimalinin bulunduğu yer ya da zarar görenin yerleşim yeri mahkemesinde (HMK.m.16) veya genel yetkili mahkeme olan davalının davanın açıldığı tarihteki yerleşim yerindeki mahkemede (HMK.m.6/I) veya kişilik haklarının ihlâlüne de sebep olduğundan Medenî Kanun'un 25. maddesine göre davacının kendi yerleşim yeri asliye hukuk mahkemesinde açılır⁶⁷. Görevli mahkemeyi belirleyen 1.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 2. maddesine göre, *"Dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığı haklarına ilişkin davalarla, şahıs varlığına ilişkin davalarda görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkemesidir. -Bu Kanunda ve diğer kanunlarda aksine düzenleme bulunmadıkça, asliye hukuk mahkemesi diğer dava ve işler bakımından da görevlidir."*

IX. ZAMANAŞIMI

Sağlık personeline şiddet uygulandığında, talebin dayanağı haksız fiil ise Türk Borçlar Kanunu'nun 72. maddesindeki zamanaşımı süreleri uygulanmalıdır. Eğer talebin dayanağı sözleşme ise, aradaki sözleşmenin eser veya vekâlet olmasına göre zamanaşımı süresi farklılık göstermektedir. Türk Borçlar Kanunu'nun 147. maddesinin birinci fıkrasının beşinci bendine göre, vekâlet sözleşmesinden doğan alacaklar beş yıllık zamanaşımına tâbidir. Aynı maddenin altıncı bendinde ise *"Yüklenicinin yükümlülüklerini ağır kusuruyla hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi dışında, eser sözleşmesinden doğan alacaklar"* yine beş yıllık zamanaşımına tâbi kılınmıştır⁶⁸.

⁶⁷ Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 7. maddesine göre, "(1) Davalı birden fazla ise dava, bunlardan birinin yerleşim yeri mahkemesinde açılabilir. Ancak, dava sebebine göre kanunda, davalıların tamamı hakkında ortak yetkiyi taşıyan bir mahkeme belirtilmişse, davaya o yer mahkemesinde bakılır. (2) Birden fazla davalının bulunduğu hâllerde, davanın, davalılardan birini sırf kendi yerleşim yeri mahkemesinden başka bir mahkemeye getirmek amacıyla açıldığı, deliller veya belirtilerle anlaşılırsa, mahkeme, ilgili davalının itirazı üzerine, onun hakkındaki davayı ayırarak yetkisizlik kararı verir."

⁶⁸ Türk Borçlar Kanunu'nun 148. maddesine göre, Kanun'un üçüncü ayırımında belirtilen zamanaşımı sürelerinin sözleşmeyle değiştirilmesi mümkün değildir.

Burada, tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda uzamış ceza zamanaşımından söz edilmesinin mümkün olup olmadığı da değerlendirilmelidir. Tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda, Kanun'da açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, kanaatimizce uzamış ceza zamanaşımı da geçerli olmalıdır. Türk Borçlar Kanunu'nun 72. maddesinde haksız fiillere ilişkin zamanaşımı düzenlendikten sonra, *"Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır."* hükmüne yer verilmiştir⁶⁹. Sözleşmeye dayalı olarak yapılan bir tıbbî müdahale sebebiyle uygulanan şiddet sonucu sağlık personelinin zarar görmesi durumunda, tüketici işlemi sebebiyle tüketici mahkemesine dava açıldığında, hâkim zamanaşımı konusunda Türk Borçlar Kanunu hükümlerini uygulamalıdır; bu durumda örneğin vekâlet veya eser sözleşmelerindeki 5 yıllık zamanaşımı süreleri uygulanmalıdır. Sağlık personeline uygulanan şiddet aynı zamanda ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren fiil oluşturunca (yaralama, öldürme, tehdit, hakaret, mala zarar verme vs.), kanaatimizce hâkimin bu uzamış ceza zamanaşımını⁷⁰ dikkate alması gerekir. Çünkü gerek Türk Borçlar Kanunu'nun 60. maddesi⁷¹, gerekse Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un amacı göz önünde bulundurulduğunda, zarar görenin en lehine olacak şekilde hareket edilmesi gerekmektedir⁷².

⁶⁹ Her ne kadar uzamış ceza zamanaşımına ilişkin hüküm Türk Borçlar Kanunu'nun haksız fiillere ilişkin bölümünde düzenlenmiş olsa da, Kanun'un 114. maddesinin ikinci fıkrasına göre "Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hâllerine de uygulanır."

⁷⁰ Türk Ceza Kanunu'nun 66. maddesinde, birinci fıkrada belirtilen sürelerin geçmesiyle ceza davasının düşeceği belirtilmiştir; örneğin beş yıldan fazla ve yirmi yıldan az hapis cezasını gerektiren suçlarda onbeş yılın, beş yıldan fazla olmamak üzere hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlarda sekiz yılın geçmesiyle kamu davası düşer. Uzamış ceza zamanaşımının uygulanacağı durumlarda da tazminat davasının bu süreler içerisinde açılabilmesi mümkündür.

⁷¹ Türk Borçlar Kanunu'nun 60. maddesine göre "Bir kişinin sorumluluğu, birden çok sebebe dayandırılabilir; hâkim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir." Buna göre, eğer hastanın sorumlu tutulabileceği süreler farklı şekillerde düzenlenmişse (örneğin normal zamanaşımı veya uzamış zamanaşımı uygulanabilmesi mümkünse), hâkim zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayacak şekilde hareket etmeli, yani zamanaşımı süresinin en uzun olduğu hükmü uygulamalıdır.

⁷² 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da tüketici işleminin kapsamı genişletilmiş; Kanun'un 83. maddesinde "(1) Bu Kanunda hüküm bulunmayan hâllerde genel hükümler uygulanır. (2) Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu işlemler ile ilgili diğer kanunlarda düzenleme olması, bu işlemin tüketici işlemi sayılmasını ve bu Kanunun görev ve yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanmasını engellemez."

SONUÇ

Sağlık personeline yönelik şiddetin birçok nedeni vardır; bu nedenler tamamen ortadan kaldırılamasa bile, büyük ölçüde etkisiz kılınabilir. Fakat asıl önemlisi, hastalar veya yakınları tarafından sağlık personeline şiddet uygulanması, bir hak arama yöntemi (!) olarak görülmeye başlanmıştır. Bu şekilde kişiler, hangi nedenin sonucu olursa olsun sağlık sistemindeki aksamalardan sağlık personeli sorumlu tutmakta veya aksamanın kaynağı olmadığını bile bile sağlık personeli muhatap görerek ondan hakkını arama ya da öfkesini dindirme yolunu seçmektedir. Çok tehlikeli bu anlayışın bir an önce değiştirilmesi gerekir.

Değiştirmenin bir yolu, şiddet uygulayanlar hakkında cezaî işlemlerin yapılmasıdır, ki genellikle sağlık personeli bu yöntemi tercih etmekte ve şiddet uygulayan hasta veya yakınları hakkında ceza davası açılıp mahkûm olması sağlanmaktadır. Caydırıcı nitelikteki bu cezaî yaptırım yanında, sağlık personelinin tazminat davası açma yoluna gitmediği görülmektedir. Belki sağlık personeli tarafından yeterince bilinmediği veya önemsenmediği ya da kendilerine karşı tepki duyulmasına sebep olacağı düşünülerek veya şiddet uygulayan kişiler genellikle ödeme gücünden yoksun olduklarından açılacak tazminat davasından bir sonuç alamayacakları öngörüsüyle, şiddet sebebiyle uğradıkları maddî ve/veya manevî zararları için dava açmamaktadırlar. Fakat nasıl hastalar hatalı tıbbî müdahale sebebiyle uğradıkları zararların tazminini talep edebiliyorsa, sağlık personelinin de hakkını arama yolunu sonuna kadar tüketmesi gerekir. Nasıl hastalar tüketici işlemi niteliğindeki vekâlet ve eser sözleşmesi şeklinde olabilen tedavi sözleşmesine dayanarak Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümlerine göre talepte bulunabiliyorsa,

denilmek suretiyle, tüketici mahkemelerinde görülecek uyuşmazlıklarda genel hükümlerin uygulanabilmesi daha açık bir şekilde belirtilmiştir. Hükmün gerekçesine göre, "Bu madde ile tüketici işlemleri ile ilgili tüketici hakem heyetlerinin veya tüketici mahkemelerinin bu Kanun'da hüküm bulunmayan konularda genel hükümleri uygulayacaklarına ilişkin düzenleme yapılmıştır. Tüketici sorunlarının büyük bir çoğunluğu sözleşmeler hukukunu ilgilendirdiği için özellikle Türk Borçlar Kanunu hükümleri bu bağlamda büyük önem taşıyacak ve boşlukların doldurulmasında kullanılacaktır. -İkinci fıkrada, taraflardan birini tüketicilerin oluşturduğu bir işlemle ilgili diğer kanunlarda düzenleme olmasının o işlemin tüketici işlemi olmasını engellemeyeceği ve tüketicilerin tüketici hakem heyetlerine veya tüketici mahkemelerine başvurmaları da engellemeyeceği açıkça vurgulanmıştır."

aynı durumda sağlık personelinin de bu Kanun'a dayalı hak talebinde bulunması mümkündür. Tüketici işlemi niteliği göstermeyen diğer tıbbî müdahaleler sebebiyle kendisine şiddet uygulanan sağlık personeli ise, haksız fiil hükümlerine dayanarak uğradığı zararların tazminini isteyebilir.

Diğer ülkelerde de sağlık personeli aleyhine şiddet uygulandığı görülmektedir. Fakat her ülkenin kültürü farklı olduğundan, bazı ülkelerde en ufak müdahaleler bile şiddet olarak yorumlanmaktadır. Türkiye'de ise sağlık personelinin öldürülmesine varan şiddet olayları maalesef kanıksanmaya başlanmıştır; sağlık hizmeti verilmesinin olağan bir riski olarak görülmektedir. Bu tür olayların önlenmesinde cezaî sorumluluk kadar, tazminat sorumluluğunun da devreye girmesinin etkili olacağı kanaatindeyiz.

YARGITAY
KARARLARI ÜZERİNE
MAKALELER

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİNİN

İcra mahkemesinin ‘usulsüz tebligat’ konusundaki kararı kesinleşmeden uygulanmaz.

ÖZET:

“Tebligat usulsüzlüğü şikayeti’ne ilişkin icra hukuk mahkemesi kararları kesinleşmeden uygulanamaz.

Anılan mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki alacaklı tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olup, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve dosya içerisindeki tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü:

Borçlu hakkında genel haciz yoluyla ilamsız icra takibi yapıldığı, örnek 7 nolu ödeme emrinin borçluya 15.03.2013 tarihinde tebliğ edildiği, 09.05.2013 tarihinde borçluya ait taşınmaza haciz konulduğu, borçlunun ise 14.05.2013 tarihinde icra mahkemesine gelerek, adına kayıtlı olan ve haciz konulan Ordu ili, Merkez Ş. Mah. 1759 ada, 1 parsel sayılı taşınmazın meskeni olduğunu, haciz konulamayacağını, tarafına yapılan tebligatın usulsüz olup takipten 10.05.2013 tarihinde haberdar olduğunu belirterek meskeniyet şikayetinin kabulü ile taşınmaz üzerindeki haczin kaldırılmasını talep ettiği görülmektedir.

Diğer yandan borçlunun aynı mahkemenin 2013/168-171 sayılı dosyasında ödeme emri tebligatının usulsüzlüğüne yönelik olarak şikayette bulunduğu, bu dosyada şikayetin kabulü ile ödeme emri tebliğ tarihinin 10.05.2013 olarak düzeltilmesine karar verildiği, mahkemece, bahsi geçen dosyada ödeme emri tebliğ tarihi olarak kabul edilen 10.05.2013 tarihine göre henüz takip kesinleşmemiş olduğundan bahisle yapılan hacizlerin de usulsüz olacağı kabul edilerek, hacizlerin kaldırılması yönünde karar verildiği ancak, tebligat usulsüzlüğü şikayetinin kabulüne dair kararın henüz kesinleşmediği anlaşılmaktadır.

Somut olayda haciz, ödeme emri tebliğ tarihine göre takibin kesinleşmesinden sonraya ilişkindir. Ancak usulsüz tebligat şikayeti nedeniyle düzeltilen tebliğ tarihine göre takip kesinleşmediği için haczin de geçerli olmayacağının söylenebilmesi, tebligat usulsüzlüğü şikayetinin kabulüne dair kararın kesinleşmiş olmasına bağlıdır. Bu durumda mahkemece usulsüz tebligat şikayetine konu olan aynı mahkemenin 2013/168-171 sayılı dava dosyasının sonucu beklenip, kararın kesinleşmiş durumu nazara alınarak oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ: Alacaklının temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nın 366 ve HUMK'nın 428. maddeleri uyarınca (BOZULMASINA), peşin alınan harcın istek halinde iadesine, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 11.03.2014 gününde oybirliğiyle karar verildi.

12. HD. 11.03.2014 T. E:4357, K:6802

NOT: Yukarıda sunduğumuz içtihatla konu olayda;

- Borçlu, icra mahkemesine 14.05.2013 tarihinde başvurarak “*haczedilen taşınmazının meskeni olduğunu, haczin kaldırılmasına karar verilmesini (İİK. m. 82/12)*” ve “*kendisine ödeme emri tebligatının usulsüz olduğu, tebliğ tarihinin 10.05.2013 olarak düzeltilmesini (İİK.m.16, 21; TebK. 32)*” istemiştir.

- İcra mahkemesince, borçlunun usulsüz tebligat şikayeti kabul edilmiş ve “*ödemeye emrinin tebliğ tarihinin 10.05.2013 olarak düzeltilmesi*” ve “*kabul edilen (düzeltilen) ödeme emrinin tebliğ tarihine göre haczin kaldırılmasına*” karar verilmiştir.

Yüksek mahkemenin bu güne kadarki içtihatları uyarınca borçlunun meskeni üzerindeki haczin -“*icra mahkemesi kararları kesinleşmeden uygulanır*” şeklindeki yerleşmiş içtihatları (bkz: 12. HD. 02.03.2016 T. 29333/6111; 07.04.2005 T. 37018/8946; 09.03.2015 T. 34292/5101; 16.09.2014 T. 17289/21597; 11.06.2013 T. 13134/22006; 02.03.2012 T.

21736/6016; 27.12.2011 T. 24669/30913; 05.04.2011 T. 24822/5552; 21.09.2010 T. 18643/20493; 8. HD. 09.06.2014 T. 20045/11795; 8. HD. 12.05.2014 T. 8064/9310; 8. HD. 12.05.2014 T. 8053/9308) uyarınca derhal kaldırılması gerekirken, yukarıdaki kararda tamamen farklı bir sonuca ulaşılarak “... ancak usulsüz tebligat şikayeti nedeniyle düzeltilen tebliğ tarihine göre takip kesinleşmediği için, haczin de geçerli olmayacağıнын söylenebilmesi tebligat usulsüzlüğü şikayetinin kabulüne dair kararın kesinleşmiş olmasına bağlıdır” denilerek, “usulsüz tebligat şikayetinin kabulüne ilişkin kararın kesinleşmesinden sonra mesken üzerindeki haczin kaldırılabilceği” belirtilmiştir.

Halbuki aynı yüksek mahkeme bir süre önce bir olayda (dosyada); “usulsüz tebligat şikayetinin kabul edilerek borçlunun minibüsü üzerindeki haczin kaldırılmasına” ilişkin ‘icra mahkemesi kararının infaz edilebilmesi için kesinleşmesine gerek bulunmadığı’ ifade edilmişti (Bknz: 12. HD. 20.06.2011 T. 31035/12429 “www.e-uyar.com”) ...

YARGI KARARLARI

**YARGITAY
DAİRE
KARARLARI**

T.C.
YARGITAY
6. Hukuk Dairesi

ESAS NO : 2015/4157

KARAR NO : 778

KARAR TARİHİ : 10.02.2016

Özet: Kefilin sorumluluğu 1 yıllık sözleşme süresi ile sınırlı olup özel olarak yangın gibi zararlandırıcı olaylar nedeniyle sorumlu olacağı ve bunun hangi miktarla sınırlı olduğu kararlaştırılmadığından kefilin sorumluluğuna gidilemez.

Mahalli mahkemesinden verilmiş bulunan yukarıda tarih ve numarası yazılı maddi ve manevi tazminat davasına dair karar, davalılar tarafından süresi içinde temyiz edilmiş olmakla, dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

Uyuşmazlık, kiralananda meydana gelen yangın sonucu kiralananda oluşan hasar nedeniyle maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece maddi tazminat talebi yönünden davanın kısmen kabulü ile, 16.150,00 TL'nin davalılardan tahsili ile davacıya ödenmesine, manevi tazminat talebinin reddine karar verilmesi üzerine, hüküm davalılar vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı vekili dava dilekçesinde, davalılardan E.B.'in davacıya ait evi 01.10.2009 tarihli kira sözleşmesi ile mobilyalı olarak kiraladığını, diğer davalı F.B.'in ise aynı kira sözleşmesini kefil sıfatı ile imzaladığını, 18.03.2011 tarihinde davalılardan Efecan'ın gelerek evde yangın çıktığından bahisle kendisini çağırdığını, Polis ve itfaiyeye haber verdiğini, yangının çıkış nedeni olarak davalılardan Efecan'ın ihmali sonucu banyoda bulunan aspiratörün açık unutulması sonucu alev alması ile çıktığının belirtildiğini, mobilyalı ve hiç kullanılmamış halde kiraya verilen evde yangın nedeni ile nerede ise tüm eşyalar, mefruşat, mobilyalar, müştemilat ve evdeki demirbaşlar ile kilitli depoda bulunan davacıya ait

özel eşyaların da kullanılamaz hale geldiğini, bu durumun tespiti maksadı ile Ankara 2. Sulh Hukuk Mahkemesinin 2011/139 D.İş sayılı tespit dosyası ile evdeki zarar ve ziyanın tespitini yaptırdığını, bilirkişi incelemeleri sonucunda 30.000 TL tutarında zarar ve ziyanının olduğunun tespit edildiğini, dava konusu yangın ve buna bağlı olarak yaşadıkları sonucunda ağır bir psikolojik travma geçirdiğini, bu nedenle davalı taraftan maddi tazminat yanında manevi tazminat talebi de bulunduğunu, belirtip fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak meydana gelen yangın nedeniyle mobilyalı olarak kiraya verilen mecurda oluşan 30.000 TL maddi zararın tazmini ile 10.000 TL manevi tazminata hükmedilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili, davalı Efecan'ın, evde olmadığı bir zamanda meydana gelen olayın vuku buluş şeklinin; banyodaki havalandırma motorunun ve/veya kablo tesisatının aşırı ısınma sonucu yerinden çıkarak duşakabin içine düştüğü, küvetteki akrilikler ile duşakabinin içten içe eridiği, buradan hasıl olan karbon monoksit gazının tüm daireyi sardığı ve her şeyin is tabakası ile kapladığını, mecurda alevli yangın meydana gelmediğini, bu sebeple banyonun ahşap kapısının dahi tutuşmadığını, daire içinde parkeler, kapılar, pencere doğramaları, mobilyalar, mutfak dolapları, eşyalar, halılar, giysiler özetle hiçbir şeyin tutuşmadığını, sadece is oluştuğunu, davacının zarar karşılığı sigorta şirketinden tazminat almak amacıyla tespit yaptırdığını, 40 yıllık eski kullanılmayan eşyaları antika gibi göstermeye ve 1 oda 1 salon ve mutfaktan oluşan evi yenilemeye çalıştığını, ayrıca müvekkillerince Ankara 8.Sulh Hukuk Mahkemesinin 2011/208 D.İş sayılı dosyası ile tespit yaptırıldığını ve tespit sonucu yangının aspiratörden çıktığının belirlendiğini, davalı Efecan'ın olayda kusuru bulunmadığını ayrıca davalı Ferda'nın kefil olduğunu ve kefaletin sınırı belli olmadığından miktar belirsiz olduğundan geçerli olmadığını, somut olayda manevi zararı gerektirir bir yön bulunmadığını belirterek davanın reddini savunmuştur. Mahkemece maddi tazminat talebi yönünden davanın kısmen kabulü ile, 16.150,00 TL'nin davalılardan tahsili ile davacıya ödenmesine, manevi tazminat talebinin reddine karar verilmiştir.

1-Dosya kapsamına, toplanan delillere, mevcut deliller mahkemece takdir edilerek karar verilmiş olmasına ve takdirde de bir isabetsizlik bulunmamasına göre davalı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Davalı kiracının temyizine gelince; Dava konusu taşınmazın 01/10/2009 başlangıç tarihli ve bir yıl süreli kira sözleşmesi ile mobilyalı olarak davacı tarafından davalıya kiraya verildiği hususunda uyuşmazlık bulunmamaktadır. 21/03/2011 tarihli yangın raporuna göre yangının çıkış sebebi; evde kimsenin olmadığı esnada banyonun havalandırılmasında kullanılan elektrikli aspiratörün çalışır vaziyette unutulduğu ve uzun süre çalışan aspiratörde meydana gelen şasenin kablo izolelerini eriterek yaktığı, yanar vaziyette düşen parçaların banyodaki diğer eşyaları tutuşturarak yaktığı şeklinde tespit edilmiştir. Yangının 21/03/2011 tarihinde taşınmaz kiracının kullanımındayken çıktığı anlaşılmaktadır. Davacı kiralayan tarafından dava konusu daire Ziraat Özel Konut Sigorta poliçesi ile sigortalatılmış olduğundan sigorta eksperleri tarafından konutta yapılan inceleme sonrası hazırlanan yangın ekspertiz raporuna göre sigorta tarafından konutta meydana gelen hasara ilişkin olarak 14.10.2011 tarihinde 24.381,00 TL ödenmiştir. Karara dayanak olan 21/04/2014 tarihli bilirkişi raporunda belirlenen bir kısım hasarın sigorta tarafından da tazmin edilmiş olduğu anlaşılmış olup bu durumda mahkemece sigorta tarafından karşılanan hasar ile mahkemece hüküm altına alınan hasar yönünden hangi kalemlerin hasar gördüğü açıklanıp mükerrer tahsilin ayıklanarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken mükerrer tahsilata sebep olacak şekilde karar verilmesi doğru değildir.

3- Davalı kefilin temyizine gelince; Hükme esas alınan 01/10/2009 başlangıç tarihli ve bir yıl süreli kira sözleşmesini davalı F.B. kefil olarak imzalamıştır. Kira sözleşmesinin 16. maddesinde “Aşağıda isim ve imzası bulunan kefil, gerek sözleşmesel ilişki devam ederken, gerekse sona erdikten itibaren kiracıların işbu sözleşmeden doğacak bilumum borç ve sorumluluklarına, birinci derecede müştereken ve müteselsilen kefilidir. Kira sözleşmesi dönem sonlarında yenilenerek devam edecek olursa, kefilin sorumlulukları aynen devam edecektir. Şu kadar ki bu

taktirde, sözleşme kendiliğinden yenilenmek suretiyle, daha uzun süre devam edecek olsa bile kefilin sorumluluğu, oturduğu yıl süre ve toplam bedel TL. miktar ile sınırlı olacaktır.” düzenlemesi getirilmiştir. Bu düzenlemeye göre kefilin sorumluluğu 1 yıllık sözleşme süresi ile sınırlı olup özel olarak yangın gibi zararlandırııcı olaylar nedeniyle sorumlu olacağı ve bunun hangi miktarla sınırlı olduğu kararlaştırılmadığından kefilin sorumluluğuna gidilemez.

Hükmün bu nedenlerle bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda 2 ve 3 nolu bentte yazılı nedenle davalıların temyiz itirazlarının kabulü ile 6100 sayılı HMK.ya 6217 Sayılı Kanunla eklenen geçici 3.madde hükmü gözetilerek HUMK.nın 428.maddesi uyarınca hükmün BOZULMASINA, istek halinde peşin alınan temyiz harcının temyiz edene iadesine, 10/02/2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

(Gönderen: Av. Alper UYAR)

T.C.
YARGITAY
6. Hukuk Dairesi

ESAS NO : 2015/10096

KARAR NO : 608

KARAR TARİHİ : 02.02.2016

Özet: Hukuka ve ahlaka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi amacıyla verilen şey geri istenemezse de, açılan davada hakim (bu şeyin devlete mal edinmesine karar verebilir) hükmüne yer vermiştir. Bu hüküm karşısında hava parası olarak verilen bedelin istenmesi mümkün olmadığından davanın reddine karar verilmesi gerekir.

Mahalli mahkemesinden verilmiş bulunan yukarıda tarih ve numarası yazılı alacak davasına dair kararın temyiz incelemesi duruşmalı olarak davalı ve davacı tarafından süresi içinde istenilmekle gün tayin edilerek taraflara gönderilen davetiyelerin tebliğ edilmesi üzerine belli günde davalı vekili Ayşe Pınar Girgin ve davacı vekili Av. Mustafa Celil Kayıket geldiler. Hazır bulunanların sözlü açıklanması dinlendikten sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

Dava kiracı tarafından açılan müşavirlik hizmetleri adı altında ödenen bedelin iadesi istemine ilişkindir. Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiş hüküm davalı ve davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Mahalli mahkemece 21.5.2013 tarih ve 2010/386-2013/334 sayılı kararı davalı vekilinin temyizi üzerine Dairemizin 19.11.2013 tarih ve 2013/13040-15534 E.K.sayıli ilamı ile :Sözleşme karşılıklı olarak anlaşma yoluyla feshedilerek kiralanan 31.1.2010 tarihinde tahliye edilerek kiraya verene teslim edilmiştir. Sözleşmede kira bedeli ve kiralananın kullanılmasından kaynaklanan aidatlar dışında başka bir bedel alınacağı konusunda bir anlaşma bulunmadığı gibi davalı kiraya verenin, davacıya ne gibi müşavirlik hizmetleri verdiği de kanıtlanamamıştır. Bu nedenle

davacı kiracının kiralananı girmeden önce davalı kiraya verene müşavirlik hizmet bedeli adı altında 142.827.20 TL hava parası ödediği anlaşılmaktadır. Bu durum mahkemenin de kabulündedir. Davalı vekili gerek cevap dilekçesinde, gerekse yargılama sırasında taraflar arasında 27.01.2010 tarihli kira sözleşmesinin fesih protokolü yapıldığını ve bu protokolde müvekkilinin ibra edildiğini savunmuş, davacı kiracı vekili ise bu protokol başlıklı belgenin imzalanmadığını, ibraz edilen belge altındaki imzanın müvekkiline ait olmadığını belirterek imzaya açıkça itiraz etmiştir. İbraname borcu söndüren bir olgudur. Her ne kadar kira bedeli dışında hava parası alınması mülga 6570 sayılı Kanunun 16. maddesinde yasaklanmış ise de kira sözleşmesinin taraflarca fesih edilerek sözleşmeden doğan hak ve yükümlülükleri konusunda birbirlerini ibra etmeleri tarafları bağlar. O nedenle, mahkeme kasasında bulunan 27.01.2010 tarihli kira sözleşmesinin fesih protokolü başlıklı belgenin aslının adli tıp kurumuna gönderilerek belge altındaki davacı A.A.E.’e ait olduğu iddia edilen imzanın renkli fotokopi ile çoğaltılmış bir belge olup olmadığı, belgeye atılan imzanın ıslak imza olup olmadığı konusunda ihtisas kurulundan rapor alınması ve varılacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmadığından “bahisle bozulmuştur. Davalının karar düzeltme istemi de Dairemizin 20.5.2014 tarih ve 2014/1988-6436 E.K sayılı ilamı ile red edilmiştir. Bu durumda müşavirlik adı altında alınan paranın hava parası olduğu kesinleşmiştir. Bozmadan sonra 27.1.2010 tarihli kira sözleşmesinin fesih protokolü başlıklı belge altındaki imzanın Davacı A.A.E. eli ürünü olup olmadığı konusunda yapılan inceleme sonunda Adli Tıp kurumu tarafından 30.9.2014 tarihli raporda” İnceleme konusu kira sözleşmesi fesih protokolü ve tahliye ve teslim tutanağı başlıklı belgelerde Ahmet Ergün Eren atılı imzaların ıslak imza olmayıp bilgisayar ve ekipmanların aracılığıyla oluşturulmuş imzalar olduğu sonucuna varıldığını” davalı şirketin özel olarak Aybıl-Der üyesi bilirkişi Yrdoçdr Mustafa Dönmezden alınan 9.12.2010 tarihli raporunda: “kira sözleşmesi fesih protokolü üzerindeki yetkili imzanın A.A.E.in eli ürünü olduğunu” bildirmesi üzerine her iki rapor arasındaki çelişkinin giderilmesi için mahkemece İçişleri Bakanlığı Jandarma Genel komutanlığı uzmanlarınca düzenlenen 7.4.2015 tarihli raporda” inceleme konusu

yapılan belgeler üzerindeki A.A.E. adına atfen atılı bulunan imzaların renkli fotokopi/yazıcı kullanılarak oluşturduklarının tesbit edildiğini” belirtmişlerdir. Bu durumda kira sözleşmenin fesih başlıklı protokol altındaki imzanın davacı A.A.E. eli ürünü olmadığından fesih protokolünün dolayısıyla ibranın geçerli olduğu kabul edilemez. Öte yandan kira bedeli dışında hava parası alınması mülga 6570 sayılı Kanunun 16. maddesinde yasaklanmıştır.818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 65. maddesi “Haksız yahut ahlaka(adaba) mugair bir maksat istihsali için verilen bir şeyi istirdada mahal yoktur”(TBK 81 maddesi “) Hukuka ve ahlaka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi amacıyla verilen şey geri istenemez. Ancak açılan davada hakim (bu şeyin devlete mal edinmesine karar verebilir) hükmüne yer vermiştir.Bu hüküm karşısında hava parası olarak verilen bedelin istenmesi mümkün olmadığından davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle davanın kabulüne karar verilmesi doğru olmadığından hükmün bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz itirazlarının kabulü ile 6100 sayılı HMK.ya 6217 Sayılı Kanunla eklenen geçici 3.madde hükmü gözetilerek HUMK.nın 428.maddesi uyarınca hükmün BOZULMASINA, bozma nedenine göre davacı vekilinin temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına Yargıtay duruşması için kendisini vekille temsil ettiren davalı yararına takdir olunan 1.350.-TL vekalet ücretinin davacıdan alınarak davalıya verilmesine, istek halinde peşin alınan temyiz harcının temyiz edenlere iadesine, 02/02/2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

(Gönderen: Av. Alper UYAR)

T.C.
YARGITAY
12. Hukuk Dairesi

ESAS NO : 16904
KARAR NO : 20970
KARAR TARİHİ : 10.10.2016

Özet: Alacaklının takibi sürdürme iradesinin bulunması halinde, ödeme emri kendisine tebliğ edilememiş olsa da borçlu itirazda bulunabilir.

Mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki borçlu tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olup, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve dosya içerisindeki tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü :

Alacaklının borçlu hakkında çeke dayalı olarak kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla icra takibine geçtiği, örnek 10 ödeme emrinin muhatabın adreste tanınmadığından bahisle bilâ tebliğ iade edildiği, borçlunun 04.09.2015 tarihinde icra mahkemesine başvurarak senetteki imzasına itirazda bulunduğ u, mahkemece, borçluya ödeme emri gönderilmediğ i ve bu nedenle borçlunun itiraz hakkının doğmadığı gerekçesiyle talebin reddedildiğ i anlaşılmıştır.

Dairemizin yeniden oluş an ve istikrar kazanan uygulamasına göre; borçluya gönderilen ödeme emri tebliğ edilemese dahi, alacaklının takibi sürdürme iradesinin bulunması halinde borçlunun itirazda bulunması mümkün olup, somut olayda, takip dosyası içeriğ inden, alacaklının takibi sürdürme iradesinin mevcut olduğ u anlaşılmaktadır.

O halde, mahkemece, hakkında başlatılan icra takibinden haberdar olan borçlunun imzaya itirazının esasının incelenerek oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile istemin reddi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ : Borçlunun temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nun 366 ve HUMK'nun 428. maddeleri uyarınca (BOZULMASINA), peşin alınan harcın istek halinde iadesine, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 10/10/2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.

(Gönderen: Av. Talih UYAR)

T.C.
YARGITAY
23. Hukuk Dairesi

ESAS NO : 379
KARAR NO : 345
KARAR TARİHİ : 15.09.2011

Özet: Avukatlık Kanunu'nun 166.maddesi uyarınca avukatlık ücret alacağının rüçhanlı alacak olarak kabul edildiğinden, davacı alacaklının alacağının İİK'nun 100. maddesi hükümleri gereğince hacze iştirak ettirilmesi gerekir.

Şikayetçi vekili, müvekkili ile onun müvekkilleri arasında imzalanan avukatlık ücret sözleşmesi gereğince hak ettikleri vekalet ücretinin tahsili için icra takibi yaptıklarını ve takibin kesinleşmesi üzerine Kadıköy 5. İcra Müdürlüğü'nün 2009- 25655 esas sayılı dosyasına haciz kararı gönderildiğini, İstanbul 8. İcra Müdürlüğü'nün 2008- 17300 esas sayılı dosyasında yapılan derece kararında hatalı olduğunu, zira müvekkilinin davalılardan sonra gelmek üzere son sıraya yazıldığını, yapılan sıra cetveli ile derece kararının yasaya aykırı olduğunu, müvekkilinin alacağı vekalet ücreti sözleşmesine dayalı ücret alacağı olduğu için Avukatlık Kanunu gereğince rüçhanlı alacak olduğunu ileri sürerek, sıra cetvelinin iptaline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Şikayet olunan A... vekili, müvekkilinin haczinin ilk haciz olması nedeniyle ilk derecede yer almasının doğru olduğunu savunarak, şikayetin reddini talep etmiştir.

Şikayet olunan SGK Başkanlığı vekili, kamu alacağının 6183 sayılı yasayla yapılan düzenleme ile rehinli alacaklardan bile önde geldiğini, bu nedenle sıra cetvelinin usulüne uygun düzenlendiğini savunarak, şikayetin reddini talep etmiştir. İcra Mahkemesince, toplanan delillere ve dosya kapsamına göre, davacının vekalet ücreti alacağının müvekki-

li ile aralarında yaptıkları vekalet ücreti sözleşmesinden kaynaklandığı, ücret sözleşmesinin 21.03.2004 tarihli olup 30.04.2004 tarihinde açılan davaya ilişkin olduğu, Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 23.01.2003 tarih 2002-6434 esas ve 2003-511 sayılı kararında da avukatlık ücret alacağının rüçhanlı alacak olarak kabul edildiği, aksi takdirde Avukatlık Kanunu'nun 166. maddesinin bertaraf edilmiş olacağı, bu nedenlerle davacı alacaklının alacağının İİK'nun 100. maddesi hükümleri gereğince hacze iştirak ettirilmesi İİK'nun 206. maddesi gereğince alacağına rüçhanlı alacak olarak yer verilmesi gerektiği gerekçesi ile şikayetin kabulü ile sıra cetvelinin iptaline karar verilmiştir. Karar, şikayet olunanlar vekillerince temyiz edilmiştir.

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektiği gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, şikayet olunanlar vekillerinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle, şikayet olunanlar vekillerinin tüm temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA, aşağıda yazılı onama harcının temyiz edenlerden davalı Ali Çınar' dan alınmasına, 15.09.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

(Gönderen: Av. Cüneyt UYAR)

T.C.
YARGITAY
23. Hukuk Dairesi

ESAS NO : 2015/6664

KARAR NO : 3932

KARAR TARİHİ : 27.06.2016

Özet: Şikayetçi vekilinin, bedeli paylaşımına konu taşınmazın üzerindeki ipoteğin kapsamına şikayetçinin kredi riskinden kaynaklanan diğer alacakları da dahil olduğundan, satış bedelinin tamamının müvekkili bankaya ödenmesi gerektiği iddiasına dayalı olarak sıra cetvelinin iptaline yönelik istemi, alacağın hesaplanmasına ve kapsamına, diğer anlatımla takip hukuku kurallarının yanlış uygulamasına yönelik olup; şikayetçi vekilinin müvekkili bankanın veya şikayet olunanın alacağının hiç ya da gösterilen miktarda bulunmadığına yönelik olmadığından itiraz, alacağın doğumuna ve esasına yönelik değildir; bu durumda icra mahkemesi görevlidir.- Mahkemece, karar tarihinde yürürlükte olan HMK'nın 114/1-c maddesi hükmü uyarınca göreve ilişkin dava şartı noksanlığı bulunduğu gerekçesiyle, şikayetin anılan 115/2. madde hükmü uyarınca usulden reddine karar verilmesi gerekirken, yürürlükte bulunmayan 1086 sayılı HUMK'nın dava şartı öngörmeyen göreve ilişkin 7 ve 27. madde hükümlerine uygun olarak gerekçede, "bu itirazı inceleme yetkisi ve görevi Asliye Hukuk Mahkemelelerine ait olduğundan mahkememizin görevsizliğine" ve hüküm fıkrasında "mahkememizin görevsizliğine» ifadesine yer verilmesi doğru değildir.

Taraflar arasındaki sıra cetveline şikayetin yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı mahkemenin görevsizliğine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde şikayetçi vekilince temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

Şikayetçi vekili, şikayet dışı borçluya ait taşınmaz üzerinde müvekkili lehine, 29.11.2012 tarihinde 180.000,00 TL'lik birinci dereceden limit ipoteği tesis edildiğini, bu ipoteğin borçlunun müvekkili bankaya doğmuş ve doğacak konut finansmanı, tüketici kredileri ve her türlü krediler nedeniyle tesis edildiğini, şikayet dışı borçlunun borcunu ödememesi üzerine Manisa 4. İcra Müdürlüğü'nün 2014/5028 E. sayılı dosyası ile ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapıldığını, takip sonucunda söz konusu taşınmazın ihale bedelinin paylaşımı için sıra cetveli düzenlendiğini, müvekkili bankanın 14.04.2015 tarihli yazısı ile borçlunun ipotek kapsamında güncel alacak tutarının 110.682,92 TL olduğunu icra müdürlüğüne bildirdiğini, buna rağmen icra müdürlüğüne sıra cetveli düzenlenirken bu miktarın esas alınmadığını, sadece ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip konusu olan alacakların nazara alındığını, müvekkilinin takip dışı ancak ipotek limiti dahilindeki bakiye 17.283,43 TL'lik alacağının da nazara alınarak müvekkiline ödenmesi, arta kalan para olması halinde bu meblağın şikayet olunana ödenmesi gerektiğini, ancak bu miktarın icra müdürlüğüne, bu alacaklar için müvekkili banka tarafından icra takibi yapılmadığı ve ipotek takibinde bu alacaklara yer verilmediği gerekçesiyle sıra cetvelinde hiç nazara alınmadığını, sıra cetvelinin usul ve yasaya aykırı olduğunu ileri sürerek, sıra cetvelinin iptalini talep ve şikayet etmiştir.

Mahkemece, iddia ve dosya kapsamına göre; uyuşmazlığın İİK'nın 142. maddesi uyarınca, sıra cetveline itiraz niteliğinde olduğu, sıra cetveline karşı dava yoluyla genel mahkemede; şikayet yoluyla icra mahkemesinde itiraz yoluna başvurulabileceği, İİK'nın 142/3. maddesi uyarınca sıra cetveline yapılan itiraz, alacağın esas veya miktarına ilişkin ise genel mahkemede, yalnız sıraya dair ise şikayet yolu ile icra mahkemesinde ileri sürülebileceği, sıra cetveline itiraz sıra ile birlikte alacağın esas veya miktarına da yönelikse bu durumda İİK'nın 142/1. maddesi uyarınca, sıra cetveline karşı genel mahkemelerde dava açılması gerektiği, şikayetçi vekilinin, sıra cetvelinde ikinci sırada yer alan ve kendisine 14.703,11 TL pay ayrılan şikayet olunana ödenmesine karar verilen bu miktarın kendi müvekkiline ödenmesi gerektiği müvekkili bankanın alacak miktarının sıra cetvelinde hesaplanan miktardan daha fazla oldu-

ğunu belirterek sıra cetveline itiraz ettiği, Yargıtay içtihatlarına göre, bir alacağın sıra cetvelinden çıkarılması isteminin sıraya ilişkin olmayıp, alacağın esasına ilişkin olduğu ve şikayetçinin kendi alacak miktarına itiraz ettiği, bu nedenle genel mahkemede dava açılması gerektiği ve Manisa Asliye Hukuk Mahkemesinin görevli olduğu belirtilerek, mahkemenin görevsizliğine karar verilmiştir. Kararı, şikayetçi vekili temyiz etmiştir.

1- Şikayet, sıra cetvelinde sıraya ilişkindir.

Borçluya ait mahcuz satış bedelinin bütün alacaklıların alacağını karşılamaması halinde düzenlenecek sıra cetveline itiraz, alacağın esas ve miktarına ya da bununla birlikte sıraya yönelikse dava yoluyla genel mahkemede (İİK'nın m.142/1), itiraz sadece sıraya yönelikse şikayet yoluyla icra mahkemesinde (İİK'nın m. 142/son) ileri sürülmelidir. Haciz yoluyla takiplerde sıra cetveli alacağın İİK'nın 138. maddesi uyarınca satış tarihindeki ulaştığı miktar dikkate alınarak düzenlenir. Diğer bir anlatımla, haciz konulan bir malın satış tutarı, haciz tarihindeki alacak ile satış tarihine kadar hesaplanacak fer'ileriyle takip masraflarını tazmin eder. Alacaklılara pay ayrılırken bedeli paylaşımına konu malın satıldığı tarihteki anapara, fer'iler ve takip masrafından oluşan toplam alacak miktarı, satış tarihi itibarıyla bilirkişiye hesaplatılmalı, şikayetçinin satış tarihi itibarıyla kesin alacak miktarı belirlenerek, sonucuna göre bu alacak miktarını paylaştırmada gözetilen bir sıra cetveli düzenlenmesini teminen şikayetin kabulüne karar verilmesi gerekir. Satış tarihinden sonra alacakta meydana gelen artışlar, rehnin ya da haciz konulan malın bedelinden karşılanamaz.

Şikayetçi vekilinin, bedeli paylaşımına konu taşınmazın üzerindeki ipoteğin kapsamına şikayetçinin kredi riskinden kaynaklanan diğer alacaklarının da dahil olduğu, bu nedenle satış bedelinin tamamının müvekkili bankaya ödenmesi gerektiği iddiasına dayalı olarak sıra cetvelinin iptaline yönelik istemi, alacağın anılan madde hükmü uyarınca hesaplanmasına ve kapsamına, diğer anlatımla takip hukuku kurallarının yanlış uygulamasına yönelik olup; şikayetçi vekilinin müvekkili bankanın veya şikayet olunanın alacağının hiç ya da gösterilen miktarda bu-

lunmadığına yönelik olmadığından itiraz, alacağın doğumuna ve esasına yönelik değildir.

Bu durumda mahkemece, görevli olduğunun kabulü ile, uyuşmazlığın esasının incelenmesi, şikayetçinin satış tarihi itibarıyla alacağı birlikiye hesaplattırılıp, sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yanılıklı gerekçe ile, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamıştır.

2-Bozma nedenine göre, şikayetçi vekilinin diğer temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine gerek görülmemiştir.

3-Kabule göre; HMK'nın 115/2. maddesi uyarınca, mahkeme, dava şartı noksanlığını tespit ederse davanın usulden reddine karar verir. Mahkemece, karar tarihinde yürürlükte olan HMK'nın 114/1-c maddesi hükmü uyarınca göreve ilişkin dava şartı noksanlığı bulunduğu gerekçesiyle, şikayetin anılan 115/2. madde hükmü uyarınca usulden reddine karar verilmesi gerekirken, yürürlükte bulunmayan 1086 sayılı HUMK'nın dava şartı öngörmeyen göreve ilişkin 7 ve 27. madde hükümlerine uygun olarak gerekçede, "bu itirazı inceleme yetkisi ve görevi Manisa Asliye Hukuk Mahkemelerine ait olduğundan mahkememizin görevsizliğine" ve hüküm fıkrasında "mahkememizin görevsizliğine" ifadesine yer verilmesi doğru olmamıştır.

SONUÇ: Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle, şikayetçi vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün, şikayetçi yararına BOZULMASINA, (2) numaralı bentte açıklanan nedenlerle, şikayetçi vekilinin diğer temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına, peşin alınan harcın istek halinde iadesine, kararın tebliğinden itibaren 10 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 27.06.2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

(Gönderen: Av. Cüneyt UYAR)

T.C.
YARGITAY
23. Hukuk Dairesi

ESAS NO: 2015/6764

KARAR NO: 3910

KARAR TARİHİ: 24.06.2016

Özet: Mahkemece “sıraya ilişkin şikayetin reddi ile kararın kesinleşmesi beklenmeksizin İcra Müdürlüğü’ne paranın dağıtılması hususunda müzekkere yazılmasına” karar verilmesi İİK.nun 142/a maddesine aykırıdır.

Taraflar arasındaki sıra cetveline şikayetin yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı şikayetin reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde şikayetçi vekilince temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

Şikayetçi vekili, Borçlu V....’ın borcundan dolayı Eskişehir 5. İcra 2013/10192 E. sayılı dosyası ile icra takibi başlattıklarını, borçlu adına kayıtlı taşınmazların haciz koyduklarını aynı zamanda borçlu aleyhine bir başka alacaklı tarafından ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile icra takibi yapıldığını ve borçlu adına kayıtlı taşınmazların Beylikova İcra Müdürlüğü’nün 2013/216 Tal. sayılı dosyasından 350.100,00 TL bedelle satıldığını, Beylikova İcra Müdürlüğü’nün 2013/258 E. sayılı dosyasından sıra cetveli düzenlendiğini, cetvelde müvekkiline 8. sırada yer verildiğini, müvekkilinin kamu tüzel kişiliğine sahip kurum olduğunu, bu nedenle 4. sırada yer alması gerektiğini belirterek sıra cetvelinin iptal ile 4. sıraya kaydını talep ve dava etmiştir.

Şikayet olunan İ.... vekili müvekkilinin şikayete konu sıra cetvelinde 1. sırada olduğunu, alacağını ilgili bankadan temlik aldığını, müvekkilinin Eskişehir 4. İcra Müdürlüğü’nün 213/408 E. sayılı dosyasından alacaklı olduğunu, söz konusu sıra cetveline itirazdan kaynaklanan şikayet davasında mahkemenin vereceği karar müvekkilinin alacağı ile ilgili

olmayacağını, müvekkilinin maddi açıdan ağır mağdur olduğunu, şikayetin reddini istemiştir.

Diğer şikayet olunanlar usulüne uygun tebliğe rağmen şikayete cevap vermemişlerdir. Yargılama aşamasında şikayetin reddini istemiştir.

Mahkemece iddia, savunma ve dosya kapsamına göre; Eskişehir Ticaret Borsasının takip alacağının imtiyazlı alacaklardan olduğuna ilişkin dosya kapsamında belge bulunmadığı, söz konusu takibin amme alacaklarının tahsili usulüne göre yapılmadığı göz önünde bulundurularak, ispat edilemeyen ve bu koşulları taşımayan alacağa ilişkin imtiyaz ve buna bağlı sıraya ilişkin şikayetin reddi ile kararın kesinleşmesi beklenmeksizin Beylikova İcra Müdürlüğü'nün 2013/258 E. sayılı dosyasındaki paranın sıra cetvelindeki gibi dağıtılması hususunda müzekkere yazılmasına, karar verilmiştir.

Kararı, şikayetçi vekili temyiz etmiştir.

1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, şikayetçi vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazları yerinde görülmemiştir.

2-Mahkemece hükmün (2) no'lu bendinde kararın kesinleşmesi beklenmeksizin Beylikova İcra Müdürlüğü'ne paranın dağıtılması hususunda müzekkere yazılması İİK'nın 142/a maddesine aykırılık teşkil etmekte ise de açıklanan yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılamayı gerektirmediğinden, sonucu itibarıyla doğru olan kararın, HUMK'nın 438/7. maddesi uyarınca hüküm fıkrasının aşağıda yazılı olduğu şekilde düzeltilmesi suretiyle onanması gerekmiştir.

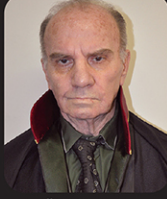
SONUÇ: Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle, şikayetçi vekilinin diğer temyiz itirazlarının reddine, (2) numaralı bentte açıklanan nedenlerle, şikayetçi vekilinin temyiz itirazının kabulü ile hükmün (2) numaralı bendinin hükümden çıkarılmak suretiyle DÜZELTİ-

LEREK ONANMASINA, peşin alınan harcın istek halinde iadesine, kararın tebliğinden itibaren 10 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 24.06.2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.
(Gönderen: Av. Talih UYAR)

KAYBETTİKLERİMİZ



Av. Hüseyin Altay
Doğum Tarihi: 01.01.1925
Vefat Tarihi: 04.09.2016



Av. Önder Köymen
Doğum Tarihi: 01.11.1940
Vefat Tarihi: 08.09.2016



Av. Sami Timur
Doğum Tarihi: 25.01.1953
Vefat Tarihi: 09.09.2016



Av. Mehmet Ali Akdemir
Doğum Tarihi: 01.10.1946
Vefat Tarihi: 14.09.2016



Av. Kurtuluş Sümer
Doğum Tarihi: 14.09.1945
Vefat Tarihi: 04.10.2016



Av. Neşet Kılıçoğlu
Doğum Tarihi: 23.06.1941
Vefat Tarihi: 12.10.2016



Av. Serdar Yağcı
Doğum Tarihi: 18.08.1957
Vefat Tarihi: 14.11.2016



Av. Velittin Kaya
Doğum Tarihi: 01.01.1939
Vefat Tarihi: 29.11.2016



Av. Metin Kızıldağ
Doğum Tarihi: 09.06.1954
Vefat Tarihi: 06.12.2016



Av. İsmail Yüksel Arman
Doğum Tarihi: 01.01.1932
Vefat Tarihi: 13.12.2016

