



Mersin Barosu Dergisi

Mart 2023 / Sayı 50

Mersin Barosu Dergisi

Mart 2023 / Sayı 50

Mersin Barosu Adına Sahibi
Av. Gazi Özdemir

Yayın Kurulu Başkanı ve
Sorumlu
Yazı İşleri Müdürü
Av. Gazi Özdemir

Yayın Kurulu
Av. İsmail Karadana
Av. Hatice Kübra Turgut
Av. Mustafa Şükrü Demirkanlı

Tasarım ve Yayına Hazırlık
Begüm Acımiş

Düzeltili
Gülhan Avşar Demirkanlı

Yazışma Adresi
Gökdelen 16. Kat Mersin

Baskı

Üç ayda bir yayımlanır. Dergimizde yer alan yazıların sorumluluğu yazarlarına, yayım hakları Mersin Barosu Dergisi'ne aittir. Kaynak gösterilerek alıntı yapılabilir.

İÇİNDEKİLER

BAŞYAZI Av. Gazi ÖZDEMİR	7	93	ANADOLUDA ÖZGÜRLÜK ARAYIŞLARI Av. Ali Münir AKMAN
ULUSLARARASI TİCARET SÖZLEŞMELERİNDEN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARIN ALTERNATİF HUKUKİ ÇÖZÜM YOLLARI Av. Prof. Dr. Tunay KÖKSAL – Av. Tuğba DÜZLEME	9	96	7223 SAYILI ÜRÜN GÜVENLİĞİ VE TEKNİK DÜZENLEMELER KANUNU KAPSAMINDA ÜRETİCİNİN VE İTHALATÇININ YÜKÜMLÜLÜKLERİ Av. İsmail KARADANA
LİMİTED ŞİRKETLERDE FİNANSAL TABLOLAR VE BUNA BAĞLI KONULARIN MÜZAKERESİNİN ERTELENMESİ Av. Doç. Dr. Fahri ÖZSUNGUR	37	107	SİGORTA SÖZLEŞMELERİNDEN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARIN SİGORTA TAHKİM KOMİSYONU YOLUYLA ÇÖZÜMÜ Av. Hatice Kübra TURGUT
TOPLUMSAL CİNSİYETE DAYALI AYRIMCILIK Av. Yeşim SARIÇALIK YILMAZ	46	129	GEÇİCİ KORUMA STATÜSÜNÜN NİTELİĞİ Kübra Şahin
VİYANA SATIM SÖZLEŞMESİNİN İFA ENGELLERİ SİSTEMİ YÖNÜNDEN İNCELENMESİ Av. Furkan DÜNDAR	64	140	5607 SAYILI KANUN KAPSAMINDA GÜMRÜK KAÇAKÇILIĞI SUÇLARI: İHRACAT KAÇAKÇILIĞI Muhammed TURGUT
İŞÇİNİN İŞ SÖZLEŞMESİNİ SAĞLIK NEDENİYLE HAKLI FESHİ Av. Neval GÜZELBABA	86	156	YARGI KARARLARI
		168	ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI I



Değerli meslektaşlarım ve kıymetli okuyucular,

Baromuz dergisinin yeni sayısını, ülkemizde gerçekleşen depremlerden dolayı büyük bir keder ve üzüntü içerisinde sizlere sunarken, hayatını kaybeden 119 meslektaşımızın da anıları önünde saygıyla eğiliyor, meslektaşlarımıza ve vatandaşlarımıza Allah'tan rahmet, yaralılara da acil şifalar diliyoruz.

Yaşadığımız bu afetin, maalesef ki belleklerimizde onarılamayacak hasarlar, unutulmayacak acılar bıraktığını derinden hissetmeye devam ediyor olsak da, hâlâ bizleri umutlandıran ve güçlü kılan, 7'den 70'e gösterdiğimiz gıpta edilecek yardımlaşmamız yine tüm dünyaya örnek olmuştur. Bu emsalsiz dayanışma, birlik ve beraberliğimiz sayesinde yaralarımızı hızla saracağımızdan en ufak bir şüphemiz yoktur. Bu felaket sürecinde, Mersin Barosu olarak, meslektaşlarımızın da desteğiyle deprem bölgesine gerek hukuki, gerekse insani yardım anlamında tüm şartlarımızı zorlayacak şekilde destekte bulunduk, bulunmaya da devam ediyoruz. Yönetim Kurulu kararı ile baromuz bünyesinde insani yardım ve hukuki destek amacıyla Deprem Komisyonu kurularak, 12 adet insani yardım tırını deprem bölgesine ulaştırmakla birlikte, komisyon üyesi gönüllü meslektaşlarımız afet bölgelerinde bizzat görevlendirilerek, rehabilite sürecine katkıda bulunmaya gayret göstermekteyiz. Yine atıl durumda bulunan sosyal tesisimizi tefriş ederek meslektaşlarımızın geçici konaklaması için konuk evi haline getirmekle beraber, gökdelen 15. kattaki uyum ofislerimizi de depremzede meslektaşlarımızın sürekli kullanımına sunmaktayız.

Ülkece yaşadığımız bu benzersiz afet bizlere, sermayesini koyanın müteahhit vasfı kazandığı bir düzenleme değil; liyakate ve eğitime göre denetlenebilir inşaat firmalarının kurulması için etkili düzenlemelerin yapılmasına ve uygulanmasına derhal başlanması, şehirleşme ve yapılaşmalarda imar rantının engellenmesi için gereken tüm adımların derhal atılması, afet sonrası süreçte koordine olabilmek, can ve mal güvenliğini sağlayacak kurumların işlerliğinin, bilimin önderliğinde alanında uzman kişilerden oluşturularak derhal faaliyete geçmesi gerektiğini, kısacası hukukun ve bilimselliğin üstünlüğünün ne kadar kutsal olduğunu açıkça yüzümüze vurmuştur. Bu sebeptir ki Mersin Barosu olarak tüm bu sürecin içinde aktif bir şekilde olmaya ve sonuna kadar da bu hususların takipçisi olmaya devam edeceğiz.

Mesleki ve insani dayanışmanın önemini daha iyi anladığımız bu dönemde, Mersin Barosu olarak önderimiz Mustafa Kemal Atatürk'ün ilke ve inkılapları ışığında insan hakları ile hukukun üstünlüğünü savunan öncü kimliğimizden ödün vermeden, mücadelemize var gücümüzle devam edeceğimizi siz değerli kamuoyuna bildirir, dergimizin 50. sayısının hazırlanmasında emeği geçen meslektaşlarımıza ve akademisyenlerimize yönetim kurulumuz adına teşekkürü bir borç bilirim.

Saygılarımla,
Mersin Barosu Yönetim Kurulu adına
Mersin Barosu Başkanı Av. Gazi ÖZDEMİR



ULUSLARARASI TİCARET SÖZLEŞMELERİNDEN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARIN ALTERNATİF HUKUKİ ÇÖZÜM YOLLARI

Av.Prof.Dr. Tunay KÖKSAL – Av. Tuğba DÜZLEME

Uluslararası ticaret, lojistik veya iş ortaklığı sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlıklar, sözleşmelerin taraflarının tabiyetinde bulunduğu ülkelerden birinin ulusal mahkemelerinde çözümlenebileceği gibi; uzlaştırma ve tahkim gibi uluslararası hukuki çözüm yollarına başvurmak suretiyle de çözüme kavuşturulabilir. Aşağıda sırasıyla uyuşmazlıkların devlet yargısında ve uluslararası mekanizmalar vasıtasıyla çözülmesi incelenmektedir.

A.ULUSLARARASI TİCARİ UYUŞMAZLIKLARIN ULUSAL MAHKEMELERDE ÇÖZÜMLENMESİ

Ulusal mahkemeler, genellikle iç hukuk ilişkilerinden kaynaklanan uyuşmazlıkları çözmek üzere düzenlendiği için uluslararası ticaret veya iş ortaklığı sözleşmelerinden doğan uluslararası nitelikli ticari uyuşmazlıkların çözümü için gerekli imkan, anlayış ve hukuki yapılanmaya sahip bulunmamaktadırlar. Ayrıca, ulusal mahkemelerin yargılama faaliyetini yürüten hakimler, bağlı oldukları ve kendilerini atayan devletin siyasal, ekonomik, sosyal ve kültürel politikalarına ve değerlerine bağlıdırlar. Bu durumda ise, uyuşmazlığı çözen mahkemenin bulunduğu devletin vatandaşı olmayan uyuşmazlık tarafı, yargılamanın tarafsız olacağına güvenemeyecektir.¹

“Ulusal mahkemeler, ulusal hukukun detaylı usul kurallarına sıkı sıkıya bağlı oldukları için davalar uzamakta, yargılama maliyetleri artmakta ve uyuşmazlıkla ilgili adil kararlar verilmesi çoğu zaman mümkün olamamaktadır.” Ayrıca, ulusal mahkemeler, çok çeşitli ve karmaşık nitelikte olan uluslararası ticari uyuşmazlıkları çözüme kavuşturmak hususunda uzmanlaşmamışlardır. Bunlara ilaveten, ulusal mahkemelerin kararlarının, davalının mal varlığı kararın verildiği ülkede değilse, başka ülkede tenfizi son derece sınırlıdır ve ciddi problemler yaratmaktadır.”²

İşte yukarıda zikredilen nedenlerle, uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümündeki çabukluk, tarafsızlık, verilen kararın icrasındaki kolaylık ve adalete uygunluk bakımlarından uluslararası tahkim ve diğer uzlaştırma yöntemleri, ulusal mahkemelere başvurma alternatifine tercih edilmektedir.³

¹ ŞANLI, Cemal: *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, Üçüncü Bası, Beta, İstanbul, Haziran 2005, s.68.

² ŞANLI, a.g.e., s.68.

³ ŞANLI, a.g.e., s.68.

Uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümünde ulusal mahkemelere başvurma alternatifinin içerdiği bu dezavantajlara rağmen kimi zaman tarafların sözleşmelerine koydukları bir yetki şartı ile, belirli bir devlet mahkemesini uyuşmazlıkların çözüm yolu olarak seçtikleri görülmektedir.⁴

“Bu seçimde, belirli bir devletin mahkemesinin delillere ve taraflara coğrafi bakımdan yakın olması, yargılama maliyetinin düşük olması, sözleşme dokümanlarını hazırlayan ve ekonomik bakımdan güçlü olan tarafın karşı tarafa empoze ettiği tip sözleşmeler veya genel şartnameler içinde bir dayatma olması gibi faktörler etkili olabilmektedir.”⁵

Taraflar arasındaki uluslararası ticaret sözleşmelerinde veya iş ortaklığı sözleşmelerinde tahkim öngörülmemişse, uyuşmazlıkların doğal çözüm mercii olarak genel yargı yolu olan devlet mahkemelerine başvurulacaktır.

Taraflar, başvurulacak devlet mahkemesini bir anlaşma yaparak belirlememişlerse, uyuşmazlığı çözümleyecek mahkemeyi davacının tercihleri belirleyecektir. Davacı; dava ve avukatlık masraflarını, hukuk sistemi hakkındaki bilgi ve tecrübesini, politik güven ve istikrarı, verilen kararın icrasını, ortak lisan ve hukuk kültürüne mensubiyeti, kendisinin kayırılacağını ve yabancı tarafa tercih edileceğini, daha kısa zamanda davanın biteceğini ve benzeri pratik mülahazaları dikkate alarak mahkeme tercihinin yapabilir.⁶ Ancak, sözleşmede herhangi bir tahkim şartının veya yetki anlaşmasının bulunmadığı hallerde, davacının tercihine dayanılarak başvurulacak devlet mahkemesinin davaya bakabilmesi, somut olayda mahkemenin kendisini yetkili görmesine bağlıdır.⁷

Uluslararası özel hukuk alanındaki tarafların arasındaki uyuşmazlığa uygulanacak hukuku seçme serbestisine paralel olarak, uluslararası usul hukuku alanında da taraflara uyuşmazlık halinde başvurulacak yargı mercii seçme serbestisi tanınmıştır. Bu seçim, tarafların aktedecekleri yetki veya tahkim anlaşmaları ile yapılmaktadır.⁸

“Kalkınmakta olan ülkelerle yapılan yatırım anlaşmalarında ev sahibi ülkeler uyuşmazlığın çözüm mercii olarak kendi mahkemelerinin yetkisini öngören bir klozda ısrarcı olmaktadır. Zira, bu devletler, ülkelerinde inşa edilecek tesislerle ilgili sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların, başka devlet mahkemelerinde karara bağlanmasından endişe duymaktadırlar. Bu ısrarlar aşılamadığında çoğu zaman yabancı müteahhitler, ev sahibi ülke mahkemelerinin yetkisini kabul etmektedirler.”⁹

Uluslararası ticaret sözleşmelerinde yetkili mahkeme seçilirken, seçilecek mahkemece ileride verilecek kararın icrası imkanları dikkate alınmalı ve yetki klozu buna göre düzenlenmelidir. Uygulamada, tarafların genellikle kendi ülke mahkemelerinin yetkisinde ısrarcı olmalarının, verilen kararın yabancı ülkedeki tenfiz güçlüğü karşısında, kendi aleyhlerine sonuçlanabilmesi mümkündür. Bu nedenle, uluslararası ticaret ve iş

⁴ ŞANLI, a.g.e., s.68.

⁵ ŞANLI, a.g.e., s.69.

⁶ EKŞİ, Nuray: *Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi*, İstanbul, 1996, s.73.

⁷ ŞANLI, a.g.e., s.69.

⁸ ŞANLI, a.g.e., s. 70; Yetki şartı veya anlaşmaları hakkında ayrıca bkz. SARGIN, F.: *Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları*, Ankara, 1996.

⁹ ŞANLI, a.g.e., s.71.

ortaklığı sözleşmelerinde yer alacak yetki klozları düzenlenirken ileride elde edilecek kararın, tarafların mal varlıklarının bulunduğu ülkelerde icrası imkanını dikkate almak gereklidir. Elde edilecek mahkeme kararının borçlunun mal varlığının bulunduğu ülkede icra edilebilmesi bakımından, davalı tarafın ülkesindeki mahkemelerin seçilmesi, davacı tarafın ihtiyaçlarına daha uygun düşebilir.¹⁰

Uluslararası ticaret sözleşmelerinin tarafları, sözleşmelerinde uyuşmazlık halinde başvurulacak yargı mercii olarak tahkim, uzlaştırma veya belirli bir devlet mahkemesi üzerinde anlaşmamışlarsa, akdi ilişkilerden doğan uyuşmazlıkları kaçınılmaz olarak ulusal mahkemelerde çözümlenecektir.

“Yabancılık unsuru taşıyan davalara ulusal mahkemelerin bakabilmesi için, kendi hukukuna göre uluslararası yetkisinin bulunması gerekir. Her ülke, hangi türdeki yabancı unsurlu davada uluslararası yetkisini kullanacağını kendisi belirler.”¹¹

B. ULUSLARARASI TİCARİ UYUŞMAZLIKLARIN TAHKİM DIŞINDAKİ ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZME TEKNİKLERİ İLE ÇÖZÜMÜ

Uluslararası ticari uyuşmazlıkların tarafların karşılıklı müzakere ve mutabakatları ile çözümlenmesi en ideal uyuşmazlık çözme yöntemidir. Tarafların, bir uyuşmazlığı, yargı yolu ile çözümün getireceği yüksek maliyeti, alacağı zamanı ve ilişkiler üzerinde geleceğe dönük olarak yapacağı tahribatı dikkate alarak, doğrudan müzakereler yoluyla çözmesinde faydaları bulunmaktadır. Bu aşamada devlet mahkemelerinde veya tahkim mahkemelerinde açılacak davaların sonuçta sağlayacağı avantajlar karşılaştırılmalıdır.¹²

Genellikle sözleşmelerin yorum ve ifasından doğan uyuşmazlıklar, taraflar arasında psikolojik bir gerginliğe yol açabildiği için, bu durum tarafların doğrudan uyuşmazlığı çözmek için müzakereler başlatmasına engel olabilmektedir. İşte bu nedenle, uyuşmazlıkların çözümüne yönelik olarak taraflar arasında müzakerelerin başlatılabilmesi ve müzakerelerin sonucunda rızai bir çözüme ulaşılabilmesi için, tarafsız üçüncü kişi konumundaki uzlaştırıcıların veya uzlaştırıcı kuruluşların yardım ve müdahalesine ihtiyaç duyulmaktadır. Üçüncü kişilerin taraflar arasındaki uyuşmazlığa müdahalesi ve yardımı, tarafların anlaşmalarına dayanır. Bu anlaşma, sözleşmeye konulan özel hükümlerle veya tarafların karşılıklı başvurusu ile zımni şekilde yapılabilir.¹³

Uyuşmazlıkların mahkemeler ve tahkim yolu dışında çözümlenebileceği başlıca alternatif uyuşmazlık çözme yolları arasında; müzakere, uzlaştırma, hakem-bilirkişilik, teknik expertizlik, ön hakemlik, sözleşmelerin üçüncü kişiler tarafından tamamlanması, yorumlanması veya uyarlanması ve alternatif uyuşmazlık çözme teknikleri sayılabilir. “Günümüzde uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümü konusunda mahkemelerin ve

¹⁰ ŞANLI, a.g.e., s.71 – 72.

¹¹ ŞANLI, a.g.e., s.72.

¹² ŞANLI, a.g.e., s.371.

¹³ ŞANLI, a.g.e., s.371-372.

tahkimin pahalı olması ve bu yollarla davaların çözümünün uzun zaman alması, alternatif ihtilaf çözme tekniklerini daha cazip hale getirmiştir. Bugün uluslararası alanda bu yeni ihtilaf çözme teknikleri ile ilgili tasarılar hazırlanmakta ve model kanunlar yayınlanmaktadır.”¹⁴

1. MÜZAKERE YÖNTEMİ

Bir uluslararası ticaret sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların bir kısmı, doğrudan taraflar arasındaki görüşmeler ile çözümlenebilir.

Günümüzde, özellikle ihracatı ve yabancı ülkelere yönelik müteahhitlik hizmetlerini desteklemek amacıyla ihracatçının veya yatırımcı müteahhidin yabancı ülkedeki ticari ve politik riskleri sigorta edilmektedir. Bu türden sigorta kapsamında olan mal ve hizmetlere yönelik zararlar söz konusu olduğunda, çoğu kez sigorta şirketi ile uyuşmazlıklar, müzakereler yolu ile çözümlenmektedir.¹⁵

Uygulamada, bir uluslararası ticaret sözleşmesinden uyuşmazlık doğması halinde özellikle zarar gören taraf, uyuşmazlığın müzakerelerle tasfiyesi düşüncesi ile konsolosluklar ve ticari ataşelikler nezdinde girişimlerde bulunmaktadır. Oysa ki, bu tür resmi kurumların taraflar arasındaki özel hukuk ilişkilerine müdahalesi mümkün değildir. Bu nedenle, uyuşmazlık çıktığında, zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin dolmamasına dikkat edilerek müzakerelerin belirli bir süre içerisinde bitirilmesinde ve uzlaşma sağlanamamışsa, sözleşmedeki hükümlere göre uyuşmazlığın yargı mercilerine götürülmesinde fayda vardır.¹⁶

2. TEKNİK (HAKEM) BİLİRKİŞİLİK YÖNTEMİ

Uluslararası ticaret sözleşmelerinin gittikçe artan karmaşıklığı, teknik sorunların sık sık ortaya çıkması ve bunların sözleşmenin ifasını güçleştirmesi nedeniyle taraflar, sözleşmenin ifası sırasında ortaya çıkan sorunların incelenip karara bağlanabilmesi için uzman kişilerin karar ve tavsiyesinden yararlanmak amacıyla, bu teknik sorunların çözümü konusunda “hakem-bilirkişi” denilen uzman kişileri atayabilirler. Örneğin bir otoyol yapımı sözleşmesinin ifasında dökülen asfalt veya betonun kalitesi, çoğu kez teknik bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır.¹⁷

“Hakem bilirkişinin miktar, kalite, seviye, randıman veya yeterlilik gibi konularda yaptığı tespit, taraflar bakımından ikna edici bulunursa dava yoluna gidilmeden uyuşmazlık çözülmüş olur. İşte bu türden ara teknik sorunların, sözleşmenin tam olarak ifasını olumsuz yönde etkilemesini önlemek için, uluslararası ticaret sözleşmelerinde teknik bilirkişiler atanmaktadır.”¹⁸

“Hakem-bilirkişi kararlarının taraflar açısından bağlayıcı olmayacağı kararlaştırılmışsa, bu durumda hakem-bilirkişiler nitelik itibarıyla uzlaştırıcı

konumundadırlar. Taraflar, hakem-bilirkişilerce verilen karar veya tavsiyelerin bağlayıcı olacağını kararlaştırmışlarsa, bu kararlar, taraflarca uyulmamış olsa bile, gelecekte açılacak davalarda ilgili oldukları hususlar bakımından kesin delil oluştururlar.”¹⁹

Uluslararası ekonomik ve ticari uyuşmazlıkların çözümü alanında kurumsal hakem-bilirkişilik faaliyeti, Milletlerarası Ticaret Odası (MTO)’na bağlı Uluslararası Teknik Bilirkişilik Merkezi (The International Centre for Expertise) tarafından yürütülmektedir. Bu merkezin teknik bilirkişilik faaliyetlerini düzenleyen en son kuralları, “Teknik Bilirkişilik Kuralları” (ICC Rules for Expertise) ismiyle 1 Ocak 2003 tarihinde yeniden gözden geçirilerek yürürlüğe konulmuştur.²⁰

Teknik bilirkişi, kural olarak taraflarca atanır. Böyle bir uzman kişinin atanması ile, mülklerin korunması, delillerin muhafaza altına alınması ve kayda geçirilmesi ve diğer tedbirler için gerekli geçici ara kararlarını alma yetkisi tarafsız uzman bir üçüncü kişiye verilmektedir. Teknik bilirkişinin fonksiyonları, bazı açılarından FIDIC sözleşmelerine göre mühendisin yetkilerine benzerdir. Hakem bilirkişi de, acil durumlarda hızlı hareket etmek durumundadır. Teknik bilirkişi, tarafların ortak rızası ile atandığında, kararlarının genel olarak taraflarca kabul edileceğini bekleyebilir. Oysa ki, FIDIC sözleşmesine göre mühendisi, taraflardan biri olan işveren tek başına atanmaktadır.²¹

“Teknik bilirkişilik prosedürüne başvurulmuş olması, tahkime veya mahkemeye başvurmaya engel oluşturmaz. Fakat bu durumda teknik bilirkişi daha sonra aynı uyuşmazlıkta hakem olarak görev kabul edemez. Taraflar, aralarındaki dış ticaret sözleşmesinde MTO Teknik Bilirkişilik Merkezine başvuruyu kabul ettiklerinde, herhangi bir taraf teknik bilirkişi atanması için merkeze başvurulabilir. Taraflar aksini kararlaştırmadıkça, MTO Teknik-Bilirkişilik kurallarına göre verilen teknik bilirkişi karar ve tavsiyeleri, taraflar için bağlayıcı değildir.”²²

MTO, 1 Eylül 2004 tarihinde yürürlüğe giren “Uyuşmazlık Heyeti Kuralları” ile, yeni bir uyuşmazlık çözme tekniği geliştirmiştir.²³ Bu yeni kurallar ile, sözleşmelerin ifası sırasında ortaya çıkan sorunların, tarafların anlaşmaları üzerinde kısa sürede çözümü öngörülerek uyuşmazlıkların kronik hale gelmesi önlenmek istenmektedir. Bu kurallar ile, tarafların anlaşmasına bağlı olarak uyuşmazlık heyetlerinin faaliyetlerini idare etmek üzere bir MTO Uyuşmazlık Heyetleri Merkezi (ICC Dispute Board Centre) kurulmuştur. Uyuşmazlık Heyeti Kurallarına göre, tarafların anlaşmaları çerçevesinde üç ayrı türde uyuşmazlık heyeti oluşturulabilir. Bunlar; Uyuşmazlık Değerlendirme Heyeti (Dispute Review Board), Uyuşmazlığı Sonuçlandırma Heyeti (Dispute Adjudication Board) ve Karma Uyuşmazlık Heyeti (Combined Dispute Board)’dır.²⁴ Kuralların 7’nci maddesine göre, Uyuşmazlık Heyetinin üyeleri ve bunların sayısı taraflarca

¹⁴ ŞANLI, a.g.e., s.371-372.

¹⁵ ŞANLI, a.g.e., s.371-372; ayrıca bkz. SCMITTHOFF, C.M.: *The Law and Practice of International Trade*, London, 1990, p.471 vd.

¹⁶ ŞANLI, a.g.e., s.374.

¹⁷ ŞANLI, a.g.e., s.386.

¹⁸ ŞANLI, a.g.e., s.386.

¹⁹ ŞANLI, a.g.e., s.387.

²⁰ ŞANLI, a.g.e., s.388; bkz. *Rules for Expertise of International Chamber of Commerce*, ICC Publication No: 649, 2002.

²¹ ŞANLI, a.g.e., s.389-390.

²² ŞANLI, a.g.e., s.390.

²³ Bkz. *Dispute Board Rules*, ICC Publication No: 829, Paris 2004.

²⁴ Bkz. *MTO Uyuşmazlık Heyeti Kuralları*, madde 4,5,6; ŞANLI, a.g.e., s.390.

belirlenir. Aksine bir anlaşma olmadıkça heyetler üç kişiden oluşur.10’uncu maddeye göre, heyetin üyeleri göreve başlamadan önce taraflar ile bir “Uyuşmazlık Heyeti Üyeliği Anlaşması” imzalayacaklardır. 8’inci maddeye göre, üyeler göreve başlamadan önce bir “Bağımsızlık Beyannamesi” dolduracaklardır.²⁵

7’nci maddeye göre, Uyuşmazlık Heyeti prosedürü, başvuran tarafın bir dilekçesi ile başlayacaktır. Heyetler, duruşmalar yapabilir. Taraflarca süre uzatımına gidilmedikçe heyetler, kararlarını başvurudan itibaren en geç 90 gün içinde vereceklerdir.²⁶

25’inci maddeye göre, aksi kararlaştırılmadıkça, Uyuşmazlık Heyeti kararları, ilgililer bakımından sonraki aşamada başvuru tahkim veya devlet mahkemesi nezdinde bağlayıcı olacaktır.²⁷

3. ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN SÖZLEŞMEYE MÜDAHALESİ YÖNTEMİ

Bir uluslararası ticaret sözleşmesinden doğan bir uyuşmazlık halinde, sözleşme ile yetkili kılınan tarafsız ve uzman üçüncü kişiler, sözleşmeye dışarıdan müdahil olarak, sözleşmeyi yorumlayabilir, boşluklarını doldurarak tamamlayabilir veya sözleşmeyi değişen şartlara göre uyarlayabilirler. Bazen taraflar bilinçli olarak ileride oluşacak şartlara göre doldurulmak üzere sözleşmelerinde boşluklar bırakmakta, bazen de sözleşme tekniğindeki zaafılar veya işin mahiyeti gereği boşluklar ortaya çıkmaktadır.²⁸

“Taraflar arasında buna imkan veren bir sözleşmenin veya tarafların birlikte başvurusunun bulunmadığı durumlarda üçüncü kişinin sözleşmeye müdahalesi mümkün olamaz.”²⁹

“Tecrübeler göstermiştir ki, üçüncü bir şahsın müdahalesi, ticaret sözleşmeleri gibi uzun dönemli sözleşmelerde faydalı olmaktadır. 1978 yılında MTO tarafından yürürlüğe konulan 362 numaralı Broşürde yer alan “Sözleşmelerin Uyarlanması İçin Kurallar” (The Rules for Adaptation of Contracts)’a göre faaliyetlerini icra etmek üzere MTO’ya bağlı bir “Akdi Münasebetleri Düzenleme Komitesi” (The Standing Committee for the Regulation of Contractual Relations) kurulmuştur.”³⁰

Bir dış ticaret sözleşmesinin yorumu, tamamlanması veya değişen şartlara uydurulmasına ilişkin bir sorun çıktığında, taraflar müştereken veya taraflardan biri, sözleşmeye müdahale edecek üçüncü şahsın ismini bildirebilir veya bu üçüncü kişinin komite tarafından seçilmesi talebi ile Komiteye başvurabilirler. Kuralların 6 (3)’üncü maddesine göre, taraflar üçüncü kişi olarak bir heyeti de seçebilirler. Komite, tarafların müştereken atadıkları tarafsız uzman üçüncü kişiyi veya heyeti onayladığında, üçüncü kişi veya heyet MTO’nun himayesinde ve onun konuyla ilgili kuralları çerçevesinde prosedürü icra ederler.³¹

²⁵ ŞANLI, a.g.e., s.391.

²⁶ ŞANLI, a.g.e., s.391.

²⁷ ŞANLI, a.g.e., s.391.

²⁸ ŞANLI, a.g.e., s.392.

²⁹ ŞANLI, a.g.e., s.392.

³⁰ ŞANLI, a.g.e., s.393.

³¹ ŞANLI, a.g.e., s.394.

MTO’nun 326 nolu Kurallarının 11 (1)’nci maddesine göre, üçüncü kişinin sözleşmeye müdahalesinin kapsamı ve sınırları tamamen tarafların anlaşmasına bağlıdır. Aynı kuralların 11 (3)’üncü maddesine göre, taraflar üçüncü kişi tarafından verilecek tavsiye veya kararın bağlayıcı olup olmayacağını da kararlaştırabilirler.³²

Kuralların 8’inci maddesine göre, üçüncü şahıs dosyanın kendisine tevdiinden itibaren en geç 90 gün içinde karar vermek zorundadır. Ancak Kuralların 12’nci maddesine göre, bu süre olayın özelliklerine göre, Komite tarafından uzatılabilir veya kısaltılabilir.³³

“Gerek ad hoc olarak atanan ve gerekse MTO himayesindeki kurumsal nitelikli üçüncü kişilerin müdahalesi için başvurmak, yargı yoluna gitmeye engel değildir.”³⁴

Üçüncü kişi tarafından verilen kararların bağlayıcılığı taraflarca kabul edilmiş olsa dahi, bu kararlar uyuşmazlığı nihai olarak çözümleyen kararlar değil, tarafları yargı mercileri önünde bağlayan bir sözleşme hükmündedir. Uyuşmazlık sulhen çözümlenemeyip tahkim veya mahkeme önüne geldiğinde, hakem veya hakim, sözleşmenin tabi olduğu hukuk çerçevesinde üçüncü kişi tarafından verilen kararı, sözleşmenin bir parçası veya hükmü olarak dikkate alır.³⁵

4. ÖN HAKEMLİK YÖNTEMİ

Uluslararası ticaret sözleşmelerinin ifası sırasında, ifayı ve taraflar arasındaki ilişkileri ciddi şekilde etkileyen hukuki, mali ve teknik sorunlar ortaya çıkabilir. Bu durumlarda sorunlara acilen müdahale edilmesi gerekmektedir. Örneğin, inşaatla kullanılan çimento ve demir kalitesinin düşük olduğu veya işin projesine ve teknik normlara uygun yapılmadığı ya da istihkakların ödenmediği tespit edildiğinde, sözleşmenin geleceği açısından acil bir müdahale gerekecektir. Bu müdahalelerle, tarafların hak ve borçları derhal tespit edilmekte, zararların büyümesi önlenmekte, deliller koruma altına alınmakta ve sonuç itibarıyla alınan acil ve geçici kararlarla taraflar arasındaki husumet büyümeden ve derinleşmeden sözleşmenin sulhane bir şekilde ifası sağlanmaktadır. İşte ön hakem (pre-arbitral referee), hakem veya mahkeme tarafından davaya el konulmadan önceki aşamada, ortaya çıkan sorunlara müdahale eden ve bu sorunları geçici bir şekilde karara bağlayan kişidir. Kuşkusuz taraflar, ön hakeme, ihtilafları nihai olarak karara bağlama yetkisini de verebilirler; bu durumda ön hakem, aynı zamanda hakemdir.³⁶

Taraflardan biri ön hakem tarafından verilen karara uymadığında, uyuşmazlıklar mecburen, gerek ihtiyati haciz veya ihtiyati tedbir kararı, gerek delillerin tespitine ilişkin bir karar ve gerekse nihai bir karar elde etmek amacıyla yetkili hakem veya devlet mahkemelerine götürülecektir. Türk Hukukunda 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun 6’ncı maddesine göre, hakemlerin ihtiyati haciz ve ihtiyati tedbir veya delillerin tespiti anlamında geçici kararlar vermesi, sınırlı da olsa kabul edilmiştir. Ayrıca, hakem-

³² ŞANLI, a.g.e., s.394.

³³ ŞANLI, a.g.e., s.395.

³⁴ ŞANLI, a.g.e., s.395.

³⁵ ŞANLI, a.g.e., s.395.

³⁶ ŞANLI, a.g.e., s.395-396.

bilirkişi sıfatıyla ön hakemlerin verdikleri kararların, ileride açılacak davalarda tarafları ve yargı mercilerini bağlayıcılığı kabul edilmiştir.³⁷

Ön hakemlik yöntemi, uluslararası ticari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların çözümünde kullanılmak üzere, MTO tarafından 1 Ocak 1990'da yürürlüğe konulan 482 sayılı Broşürde yer alan "Ön Hakemlik Usulüne Dair Kurallar" adı altında düzenlenmiştir.³⁸

Yukarıda bahsedilen Kuralların 3 (1)'inci maddesine göre, MTO'nun öngördüğü ön hakemlik yönteminin kullanılabilmesi için, taraflar arasında yazılı bir sözleşmenin bulunması gerekmektedir.³⁹

"MTO himayesinde icra edilecek ön hakemlik yönteminde, sekreteryaya hizmetleri MTO Uluslararası Tahkim Mahkemesi Sekreterliği tarafından yürütülmektedir. Taraflar arasındaki anlaşmaya rağmen ön hakem, taraflarca müştereken atanmamış ise, ön hakemin atanması MTO Uluslararası Tahkim Mahkemesi Başkanı tarafından yapılacaktır."⁴⁰

Kuralların 6 (2)'nci maddesine göre, ön hakem dosyanın kendisine tevdiinden itibaren 30 gün içinde karar verecektir. 6 (3)'üncü maddeye göre, esas bakımından yetkili hakem veya devlet mahkemesince aksi kararlaştırılana kadar, ön hakemin kararı taraflar için bağlayıcı olacaktır.⁴¹ (Şanlı, a.g.e., s.68).

5. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZME YÖNTEMLERİ

Alternatif uyuşmazlık çözme (ADR) yöntemleri, tarafsız bir üçüncü kişinin telkin, tavsiye, teklif ve gayretleri ile mevcut uyuşmazlıkların, milli mahkemeler ve tahkim dışında ve onlara paralel olarak çözümlenmesine ilişkin bir grup ihtiyari uyuşmazlık çözme teknikleridir.⁴²

"Günümüzde alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, hukuki uyuşmazlıkları tasfiye etmeyi sağlayan insancıl ve ekonomik teknikler olarak tüm dünyada geniş kabul görmekte ve yasal temellere oturtulmaktadır."⁴³

ADR yöntemlerinin ortak özellikleri şunlardır: (1) Prosedüre katılım tamamen ihtiyaridir. (2) Tarafsız üçüncü kişi (arabulucu) tarafından verilen karar, taraflar açısından bağlayıcı değildir. (3) Arabulucu tarafından ortaya konan çözüm ile tatmin olmayan tarafın, daima mahkemelere veya tahkime gitme imkanı vardır.⁴⁴

ABD'de geliştirilen ADR teknikleri, buradan diğer ülkelere yayılmıştır. Günümüzde ABD'nde uyuşmazlıkların yüzde 80'inden fazlası ADR yöntemleri ile çözümlenmektedir.⁴⁵

³⁷ ŞANLI, a.g.e., s.396.

³⁸ ŞANLI, a.g.e., s.397; bkz. ICC Pre -Arbitral Referee Procedure, ICC Publication No: 482, Paris 1990.

³⁹ ŞANLI, a.g.e., s.398.

⁴⁰ ŞANLI, a.g.e., s.398.

⁴¹ ŞANLI, a.g.e., s.68.

⁴² ŞANLI, a.g.e., s.399; ayrıca bkz. CONNERTY, A.: *The Role of Alternative Dispute Resolutions in the Resolution of International Disputes*, Arbitration International, V.12, No: 1 (1996), p.47 vd.

⁴³ ŞANLI, a.g.e., s.400; ayrıca bkz. MCMILLION, R.: *Growing Acceptance for Alternative Dispute Resolutions*, ABA Journal, May 1996, V.82, p.106.

⁴⁴ ŞANLI, a.g.e., s.400.

⁴⁵ ŞANLI, a.g.e., s.400; GOLDSMITH, J.C.: *Report by the Working Group on Means of Alternative Dispute Resolution [ADR], Report on Alternative Dispute Resolution in Europe*, Paris, 21 April 1995, p.5-6.

ABD ve Kıta Avrupasında yaygın şekilde kullanılan ADR türü "mini-trial" (mini yargılama) denilen yargılama usulüdür.⁴⁶ "Bu yöntemde, uyuşmazlığın taraflarını doğrudan karşı karşıya getirmek ve sorunları tartışmak amaçlanır. Mini yargılama, iki tarafın üst düzey temsilcileri ve bunların seçtiği tarafsız başkan olarak üçüncü kişiden oluşan bir heyet tarafından yapılır."⁴⁷

Mini-trial haricinde oldukça çeşitli ADR yöntemleri mevcuttur. Diğer ADR yöntemlerine aşağıdaki teknikler örnek verilebilir:⁴⁸

-Genelde Joint Venture sözleşmesinde kullanılan ve akdi bir temele dayanan "Dispute Review Board" (Uyuşmazlık Değerlendirme Kurulu) yöntemi,

-Herhangi bir tarafsız arabulucu veya uzlaştırıcının yer almadığı ve doğrudan tarafların üst düzey yetkililerinin iştirak ettiği "Direct Mediation" (Senior Executive Appraisal) "Doğrudan Arabuluculuk" (Kıdemli Yönetici Değerlendirmesi) yöntemi,

-Tarafların sunduğu çözüm önerilerinden birinin hakem tarafından seçimi esasına dayanan "Arbitration Limited to Arbitrator's Choice" (Baseball or Final Offer Arbitration) yöntemi,

-Günümüzde ABD'de yaygın olarak uygulanan ve resmi yargılamaya geçmeden evvel sivil bir juri tarafından tarafların özet açıklamalarına binaen verilen tavsiye kararına dayanan "Summary Jury Trial" (Kısa Juri Yargılaması).

ADR yöntemlerinin uluslararası ticari ve ekonomik uyuşmazlıkların çözümünde de yaygın şekilde kullanılabilmesini teminen MTO, bir dizi kurallar geliştirmiştir. MTO'nun "Uyuşmazlıkların Dostane Halli Kuralları" başlıklı 809 numaralı Broşürü, 1 Temmuz 2001'de yürürlüğe girmiştir.⁴⁹

MTO'nun yukarıda zikredilen kuralları ile öngörülen prosedür, tamamen iradidir. Kuralların 5 (2)'nci maddesine göre, taraflarca başka bir ADR yöntemi seçilmemişse, kural olarak, tarafların arabulucu (mediator) yöntemini seçtikleri kabul edilir.⁵⁰

Kuralların 7 (1)'inci maddesine göre, uyuşmazlıkların dostane halli prosedürü, sonucu da dahil, tamamen gizli olduğu için; taraflar, sunulan bilgi ve belgeleri, teklif ve görüşleri, ikrarları resmi mahkemelerde, hakem mahkemelerinde veya başka makamlar nezdinde delil olarak kullanamazlar. Kuralların 1 ve 2'nci maddelerine göre, taraflar bu prosedür içinde tarafsız üçüncü kişi tarafından verilen karar, teklif, beyan veya belgeleri de ileride herhangi bir yargılama prosedüründe kullanamazlar.⁵¹

MTO, "Belgeli Akreditiflere İlişkin Yeknesak Örf-Adet ve Uygulama Kuralları" (Uniform Customs and Practice for Documentary Credits/UCP) ile Belgeli Akreditiflere Göre Bankadan Bankaya Ödemelere ilişkin Yeknesak Kurallar (Uniform Rules for Bank to Bank Reimbursement Under Documentary Credits/URS)'dan doğan uyuşmazlıkların uzman kişiler marifetiyle etkin, ucuz ve süratli bir şekilde çözümü amacıyla "Belgeli

⁴⁶ ŞANLI, a.g.e., s.402; ayrıca bkz. CONNERTY, s.51.

⁴⁷ ŞANLI, a.g.e., s.403; ayrıca bkz. GOLDSMITH, a.g.e., s.11).

⁴⁸ ŞANLI, a.g.e., s.403-404; GOLDSMITH, a.g.e., s.4; CONNERTY, s.50 vd.

⁴⁹ ŞANLI, a.g.e., s.404; bkz. ADR Rules and Guide to ICC ADR, ICC Publication No: 809, Paris, 2001.

⁵⁰ ŞANLI, a.g.e., s.404.

⁵¹ ŞANLI, a.g.e., s.405.

Akreditiflerden Doğan Uyuşmazlıkların Teknik Bilirkişi Marifetiyle Çözümüne Dair Kuralları” (Rules for Documentory Credit Dispute Resolution Expert/DOCDEX) 1 Ekim 1997’de yürürlüğe koymuştur (Bu kurallar için bkz. MTO DOCDEX Kuralları, 557 sayılı Broşür). MTO, DOCDEX’e göre bu faaliyetini, MTO Bankacılık Komisyonunun kontrol ve denetimi altında, Uluslararası Teknik Bilirkişilik Merkezi marifetiyle yürütmektedir.⁵²

DOCDEX kurallarının 2 (1)’inci maddesine göre, sözleşmelerinde aralarındaki uyuşmazlıkların MTO DOCDEX kurallarına göre çözümleneceğini kabul eden taraflar, ihtilaf halinde taleplerini Paris’teki MTO’nun bünyesindeki Uluslararası Teknik Bilirkişilik Merkezine ulaştıracaklardır. Kuralların 1 (3)’üncü maddesine göre, talebin alınması üzerine merkez, MTO Bankacılık Komisyonu tarafından oluşturulan listedeki 70 farklı ülkeye mensup uzman bilirkişiler arasından üç ismi atayacaktır. Uygulamada kararların yaklaşık 2-3 ay içinde verildiği görülmektedir.⁵³

Kuralların 1 (4)’üncü maddesine göre, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, DOCDEX kararları taraflar için bağlayıcı değildir. Bu kararlar, ileride açılacak davalarda yargı mercileri önünde kullanılamaz.⁵⁴

“Milli mahkemelerde ve tahkimde davaların çözümünün uzun zaman alması ve ciddi masraflara yol açması, uluslararası ticari ve ekonomik uyuşmazlıkların çözümü için ADR tekniklerinin kullanımını artırmaktadır.”⁵⁵

6. UZLAŞTIRMA YÖNTEMİ

Tarafların anlaşmasına göre uzlaştırıcı, uyuşmazlığın sulhane bir şekilde çözümüyle ilgili olarak ya sadece taraflara tavsiyelerde bulunabilir veya değerlendirmeleri neticesinde bir karar verebilir. Taraflar, bu tavsiye veya karara uyup uymamakta serbesttir.⁵⁶

Geleneksel olarak uzlaştırıcılar, tarafların ortaklaşa itibar ettiği saygın kişilerdir. Uzlaştırma, taraflarca tahkim veya resmi yargıya bir alternatif olarak öngörülebileceği gibi, bunların bir ön adımı olarak da öngörülebilir. Taraflar, sözleşmelerinde zorunluluk ifade eden kelimelerle tahkim öncesi uzlaştırmaya gidileceğini veya uzlaştırma prosedürünün başarısız şekilde sona ermesinden sonraki belirli tarihte tahkim davasının açılacağını belirtmişler ise, ön safha olan uzlaştırma prosedürü tüketilmeden tahkime gidilemez veya sözleşmede belirtilen süre geçince tahkime gidilemez. Bu türden zorunluluk ifade eden beyanlar taşımayan uzlaştırma klotlarının atlanarak tahkime gidilmesi, tahkim şartının geçerliliğini etkilemez. Genel olarak, taraflardan birinin (davacının) sözleşmedeki uzlaştırma safhasını tüketmeden davasını hakemde veya mahkemede açması, uzlaştırıcı tarafından verilecek karara peşinen uyulmayacağı anlamına gelir ki; bu zımnen uzlaştırma prosedürünün başarısızlıkla sonuçlandığı şeklinde yorumlanabilir.⁵⁷

Günümüzde uluslararası ekonomik ve ticari uyuşmazlıkların çözümüne katkıda

bulunmak amacıyla çok sayıda resmi, yarı resmi veya özel kurum, kurumsal uzlaştırma hizmeti sunmaktadır. Bu kurumsal uzlaştırma hizmetlerinden başlıcalarını sunan kuruluşlar şunlardır: ICC (International Chamber of Commerce), UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law), ICSID (International Centre for Settlement of Investment Disputes), AAA (American Arbitration Association), RCIA (The Regional Centre for International Arbitration/Malesia), CIA (The Chartered Institute of Arbitrators/London), CEDR (The Centre for Dispute Resolution/London), The British Academy of Experts/London, The Society of Construction Arbitrators/London, The Australian Dispute Center, The Australian Commercial Dispute Centre, The British Columbia International Commercial Arbitration Centre/Los Angeles-USA, The Hong Kong International Arbitration Centre, The Japan Commercial Arbitration Centre, The Korean Commercial Arbitration Board, NAI (The Netherlands Arbitrage Institute), Zurich Chamber of Commerce, İTO (İstanbul Ticaret Odası).⁵⁸

“Uluslararası ticaret uygulamasında en çok kullanılan kurumsal uzlaştırma prosedürleri; MTO, UNCITRAL, ICSID ve FIDIC tarafından yürütülen uzlaştırma faaliyetleridir.”⁵⁹

6.1. ICC Uzlaştırma Kuralları

MTO’nun uzlaştırmayı düzenleyen kuralları, 1.1.1998’de yürürlüğe konulmuştur (bkz. Guide to ICC Arbitration, ICC Publishing, S.A., Paris, 1994). Ancak MTO’nun 1 Temmuz 2001 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren 809 numaralı Broşüründeki “Uyuşmazlıkların Dostane Halli Kuralları”, MTO Uzlaştırma Kurallarının yerini aldığından; bugün artık 1998 tarihli MTO İhtiyari Uzlaştırma Kuralları yürürlükten kalkmıştır.⁶⁰

6.2. UNCITRAL Uzlaştırma Kuralları

BM Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL), uzlaştırmada kullanılmak üzere 1980’de bir dizi uzlaştırma kurallarını kabul etmiş ve söz konusu kurallar 4 Aralık 1980’de BM Genel Kurulunca da uluslararası iş dünyasına tavsiye edilmiştir.⁶¹ UNCITRAL Kurallarına göre bir uzlaştırma prosedürünün icra edilebilmesi için, tarafların sözleşme ile bu yöntemi kabul etmiş olmaları gerekmektedir. Ayrıca, uzlaştırma yöntemi, tarafların uzlaştırıcının tayini konusunda karşılıklı anlaşmaları halinde yürürlük kazanacaktır. Uzlaştırma, tamamen tarafların uzlaştırıcının hazırladığı anlaşmaya uymalarına bağlı olarak gerçekleşen ihtiyari bir uyuşmazlık çözme yöntemidir. Uzlaştırma Kurallarının 16’ncı maddesine göre, uzlaştırma prosedürü esnasında taraflar, herhangi bir hak kaybının söz konusu olduğu dava zamanaşımı süresinin dolması gibi durumlar dışında, uzlaştırma konusu uyuşmazlıkla ilgili olarak tahkime veya mahkemelere başvurmamayı taahhüt etmişlerdir.⁶²

⁵² ŞANLI, a.g.e., s.406.

⁵³ ŞANLI, a.g.e., s.406.

⁵⁴ ŞANLI, a.g.e., s.407.

⁵⁵ ŞANLI, a.g.e., s.407.

⁵⁶ ŞANLI, a.g.e., s.375.

⁵⁷ ŞANLI, a.g.e., s.376.

⁵⁸ ŞANLI, a.g.e., s.377.

⁵⁹ ŞANLI, a.g.e., s.377.

⁶⁰ ŞANLI, a.g.e., s.378; bkz. ADR Rules and Guide to ICC ADR, ICC Publication No: 809, Paris, 2001, s.16.

⁶¹ ŞANLI, a.g.e., s.378; UNCITRAL Uzlaştırma Kuralları için bkz. DAYINLARLI, Kemal: UNCITRAL Kurallarına Göre Uzlaşma ve Tahkim, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 2007, s.125-168.

⁶² ŞANLI, a.g.e., s.379.

“Uzlaştırma prosedürünün başarısızlıkla sonuçlanması halinde taraflar, uyuşmazlığı tahkime veya resmi yargıya götürebilirler.”⁶³

6.3. ICSID Uzlaştırma Kuralları

Devletler ile diğer devlet vatandaşı kişi ve kuruluşlar arasındaki uluslararası yatırım ilişkilerinden doğan uyuşmazlıkların halli konusunda Dünya Bankası tarafından hazırlanan “Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Anlaşma” (ICSID) 1965 yılında kabul edilmiştir.⁶⁴

Türkiye, ICSID Anlaşmasını, 24 Haziran 1987’de imzalamış olup; anlaşma Türkiye açısından 2 Nisan 1989 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Günümüzde 155 ülke ICSID Anlaşmasına taraf olmuştur.

ICSID Anlaşmasının 1’inci maddesine göre, uyuşmazlıkların tahkim veya uzlaştırma yoluyla çözümünde yetkili olacak bir uluslararası merkez oluşturulmuştur. Washington’da bulunan merkezin adı “Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü için Uluslararası Merkez (The International Centre for Settlement of Investment Disputes) dir.”⁶⁵

ICSID Anlaşmasının 28-35’inci maddeleri arasında uzlaştırma prosedürü düzenlenmiştir. Anlaşmanın 28 (2)’nci maddesine göre, adı geçen Merkezde tahkim veya uzlaştırma prosedürünün başlatılabilmesi için, uyuşmazlığa taraf devlet veya diğer devlet vatandaşı gerçek veya tüzel kişinin mensup olduğu devletin ICSID Anlaşmasına taraf olması gerekir ve ayrıca tarafların özel bir anlaşma ile aralarındaki somut uyuşmazlık bakımından Merkezin yetkisini kabul etmiş olmaları gereklidir.⁶⁶

Merkez, doğrudan uluslararası yatırım uyuşmazlıklarında uzlaştırıcı veya hakem olarak görev yapmamakta, sadece bu prosedürleri yönetmektedir. Bu bağlamda Merkez, tarafların güvenilecekleri vasıflı uzlaştırıcı listeleri hazırlar ve uzlaştırma prosedürleri için gerekli sekreteryaya hizmetlerini sunar. Uzlaşma talebinde bulunan taraf, talebin karşı tarafa iletilmesi amacıyla Merkez Genel Sekreterliğine başvurur ve böylece uzlaştırma prosedürünü başlatmış olur. Merkez tarafından bir Uzlaştırma Komisyonu oluşturulur. Anlaşmanın 90’inci maddesine göre, uzlaştırma talebinin Merkez Genel Sekreterliğince kayda geçirilmesinden itibaren 90 gün içinde komisyon oluşturulamazsa, Dünya Bankası Başkanı, tarafların görüşlerini de alarak uzlaştırıcı atamasını re’sen yapar.⁶⁷

“Prensip olarak uzlaştırıcıların, Anlaşmanın 12’nci maddesine göre hazırlanmış bulunan Merkez listesinden seçilmesi şart değildir. Taraflar, dışarıdan da uzlaştırıcı seçebilirler.”⁶⁸

Anlaşmanın 34 (2)’nci maddesine göre, taraflar Uzlaştırma Komisyonunun dostane çözüm önerilerini kabul edip uzlaşırlarsa, Komisyon tarafından anlaşma bir rapora bağlanır

⁶³ ŞANLI, a.g.e., s.379.

⁶⁴ ŞANLI, a.g.e., s.380; bkz. *Convention on the Settlement of Investment Disputes between Parties from Different States and Nationals of Other States*.

⁶⁵ ŞANLI, a.g.e., s.380.

⁶⁶ ŞANLI, a.g.e., s.380.

⁶⁷ ŞANLI, a.g.e., s.381.

⁶⁸ ŞANLI, a.g.e., s.381.

ve yayınlanır. Uzlaştırma prosedürü başarısızlıkla sonuçlanırsa, Komisyon uzlaşmanın sağlanamadığını bir rapora bağlayıp yayınlatabilir.⁶⁹

“ICSID Kurallarına göre uzlaştırma prosedürü başarılı olup taraflar arasında bir anlaşma sağlandığında, Uzlaştırma Komisyonu raporuna bağlanan nihai metin, sonuç itibariyle bir anlaşmadır. Ancak bu anlaşmanın, hakem kararları gibi akit ülkelerde tenfizlenmesi mümkün değildir. Taraflardan birinin, uzlaştırma prosedürü sonucunda varılan bir anlaşmaya sonradan uymaması sebebiyle uyuşmazlığın tahkime veya mahkemeye götürülmesi halinde, bu anlaşma taraflar açısından bağlayıcı bir sözleşme niteliği taşıyacaktır.”⁷⁰

6.4. FIDIC Uzlaştırma Kuralları

“Günümüzde hemen bütün ülkelerde yeni ve yüksek teknolojileri, ihtisası ve büyük mali kaynakları gerektiren sanai, ticari veya turistik tesislerin ve altyapı tesislerinin inşası için uluslararası ihalelere çıkılmaktadır. Yatırım anlaşmaları olarak nitelendirilebilecek anahtar teslimi proje sözleşmeleri, diğer bir deyişle otoyol, demiryolu, liman, havaalanı, metro, atıksu arıtma tesisi, baraj, sanai tesis ve benzeri yatırımların inşasına ilişkin sözleşmelerin düzenlenmesinde FIDIC’in standart sözleşmelerinden önemli ölçüde yararlanıldığından daha önceki bölümde bahsetmiştik. Günümüzde uluslararası yatırım sözleşmelerinin yaklaşık yüzde 30’unda FIDIC kurallarının kullanıldığı bilinmektedir. Dünya Bankası, borç vererek veya doğrudan finanse ettiği projelerin inşasında taraflara FIDIC Kurallarını önermektedir.”⁷¹

“MTO ve FIDIC işbirliği içerisinde, FIDIC Sözleşmelerinden doğan tahkim davaları için özel bir tahkim kodu hazırlamaktadırlar. Halihazırda hazırlık aşamasında olan bu kodun amacı, FIDIC sözleşmelerinden doğacak sorunların MTO tahkimi ile etkin biçimde çözüme kavuşturulmasını sağlamaktır.”⁷²

FIDIC Genel Şartnamesinin (1987 baskı) 67’nci maddesine göre, inşaat sözleşmesinden doğan bir uyuşmazlık ister teknik ister hukuki konulara ilişkin olsun, tahkim prosedüründen önce mühendise havale edecektir. Mühendisin kararı, tipik bir ihtiyari uzlaştırma kararıdır. Ancak, bu karara karşı 70 gün içinde itiraz edilmediğinde, mühendis kararı taraflar açısından bağlayıcı bir nitelik kazanacaktır; diğer bir deyişle, mühendis kararına konu teşkil eden uyuşmazlıklar bakımından taraflar ve yargı mercileri bakımından kesin delil teşkil edecektir. Bu bakımdan kesinlik kazanmış bir mühendis kararı, hakem-bilirkişi kararı niteliğindedir. Mühendis kararına her iki tarafça uyulmadığı veya mühendisin başlattığı uzlaştırma prosedürüne her iki tarafça iştirak edilmediğinde, tahkime veya mahkemeye gitme imkanının olduğu açıktır.⁷³

⁶⁹ ŞANLI, a.g.e., s.381.

⁷⁰ ŞANLI, a.g.e., s.382.

⁷¹ ŞANLI, a.g.e., s.383; ayrıca bkz. *DUMONT, H.A.: The FIDIC Conditions and Civil Law, ICLR (1988), p.43 vd.*

⁷² ŞANLI, a.g.e., s.383.

⁷³ ŞANLI, a.g.e., s.386.

C. ULUSLARARASI TİCARET VE LOJİSTİK SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARIN TAHKİM YOLU İLE ÇÖZÜMLENMESİ

1. ULUSLARARASI TİCARİ TAHKİM VE TÜRKİYE UYGULAMASI

Günümüzde uluslararası ekonomik ve ticari uyuşmazlıkların en yaygın çözüm yolu uluslararası ticari tahkimdir. Uluslararası iş hayatındaki hukuki riskleri asgariye indirmede en uygun uyuşmazlık çözme tekniği tahkimdir. Uluslararası ticari ve ekonomik uyuşmazlıklar için tahkimin tercih sebepleri aşağıda sunulmaktadır.⁷⁴

(1) “Tahkim, uluslararası ticaret faaliyetlerini yürütenler tarafından bağımsız ve tarafsız bir yargı mercii olarak algılanmaktadır. Tarafların, objektif davranılmayacağı endişesi ile birbirlerinin devlet mahkemelerine gitmekten çekinmeleri nedeniyle devlet mahkemelerinin tercih edilmemesi, tahkim usulünü popüler kılmaktadır.”⁷⁵

(2) “Tahkim, devlet mahkemelerine nispetle kararların daha çabuk verilebileceği bir usuldür.”⁷⁶

(3) “Tahkim mahkemeleri, uluslararası karakterli ticari uyuşmazlıkların çözümünde uzman kişi veya kurumlardır.”⁷⁷

(4) “Tahkim usulünde hakemler, devlet mahkemeleri gibi lex fori’nin, kanunlar ihtilafı kuralları da dahil, maddi ve usuli kuralları ile sıkı sıkıya bağlı değildirler. Tahkim, tarafların iradesine dayanan özel bir yargılama usulüdür. Bu nedenle hakemler, hakimlere nispetle uluslar arası ticaretin ihtiyaçları ile bağdaşmayan mahalli hukukların emredici ve kamu düzeni kuralları dışına daha kolay çıkabilmekte, uyuşmazlık konusu ilişkinin dahil olduğu sektörlerde cari olan kural, örf-adet ve teamülleri ve taraf anlaşmalarını daha etkin biçimde uygulayarak karar verebilmektedirler. Böylece tahkimde, uluslararası ticaretin mahiyetine ve ihtiyaçlarına, tarafların beklentilerine ve adalet ilkelerine çok daha uygun kararlar verilebilmektedir.”⁷⁸

(5) “Tahkimin uluslararası ticarete tercih edilmesinde en ciddi sebep, mahalli mahkeme kararlarına nispetle hakem kararlarının icrasındaki yaygınlık ve kolaylıktır. Günümüzde Birleşmiş Milletler tarafından hazırlanan Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine Dair 1958 tarihli New York Anlaşmasına 135 devlet taraftır. Anlaşmaya göre, taraf ülkelerden birinde verilen hakem kararları, diğerlerinde de tenfiz edilebilmektedir. New York Anlaşması, uluslararası bir tahkim hukuku yaratmıştır.”⁷⁹

New York Anlaşmasından ayrı olarak, son yıllarda bazı İslam ülkeleri arasında da hakem kararlarının tenfizine ilişkin bölgesel nitelikte çok taraflı anlaşmalar akdedilmiştir.

⁷⁴ ŞANLI, a.g.e., s.219.

⁷⁵ ŞANLI, a.g.e., s.220.

⁷⁶ ŞANLI, a.g.e., s.220.

⁷⁷ ŞANLI, a.g.e., s.220.

⁷⁸ ŞANLI, a.g.e., s.221; ayrıca bkz. ŞANLI, Cemal: Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara, 1986, s.61.

⁷⁹ ŞANLI, a.g.e., s.221-222.

Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tenfizine Dair Riyad Konvansiyonu’na Irak, Yemen, Ürdün, Sudan, Tunus ve Libya taraftır. Anlaşmaya göre, akit ülkelerde verilen hakem kararları, davacının vatandaşlığına bakılmaksızın ve karar esastan herhangi bir işleme tabi tutulmaksızın, Anlaşmada belirtilen şekli şartlar çerçevesinde tenfiz edilecektir. Riyad Konvansiyonu, özellikle New York Anlaşmasına taraf olmayan İslam ülkeleri bakımından büyük önem taşımaktadır.⁸⁰

Arap devletleri arasında 1987’de “Ticari Tahkime İlişkin Amman Konvansiyonu” kabul edilmiştir. Konvansiyona göre, merkezi Rabat’ta bulunan bir “Arap Ticari Tahkim Merkezi” kurulmuştur. Merkez tarafından verilen hakem kararları, kamu düzenine aykırı olmadığı müddetçe, Konvansiyon’a göre yetkilendirilen akit devlet yüksek mahkemeleri tarafından doğrudan tenfiz edilecektir. Merkez tarafından verilen kararlara, tenfiz sırasında akit ülke mahkemeleri nezdinde itiraz edilemeyecektir. Konvansiyon’a Irak, Ürdün, Libya, Tunus, Yemen, Filistin, Lübnan ve Sudan taraftır.⁸¹

(6) “Tahkim yargılamasının ucuz olması, tahkim yargılamasının gizli olması sebebiyle ticari sırların kolayca saklanabilmesi, hakemlerin aynı zamanda birer uzlaştırıcı olmaları sebebiyle tahkimin taraflar arasındaki ilişkilerin daha az tahrip olduğu barışçıl bir usul olması, tahkimin uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümünde tercih edilmesinin diğer nedenleridir.”⁸²

Tahkim, tarafların serbest iradesine dayanan bir yargılama usulüdür. Taraflar, uyuşmazlıklarını çözecek hakem veya hakemleri, bunların sayısı ve niteliklerini, seçim tarzını, tahkim sözleşmesi ve şartının içeriğini, tahkim yerini, tahkim sözleşmesine uygulanacak hukuku, tahkim prosedürüne uygulanacak hukuku, esasa uygulanacak maddi hukuku, yargılamanın usul ve şeklini, başvurulacak ispat vasıtalarını ve yargılamada kullanılacak lisanı serbestçe belirleyebilirler. Milli mahkemeler sadece, milli hukuka veya bu hukukun bir parçası olan uluslararası anlaşmalara göre taraf iradelerine getirilen “kamu düzeni” gibi sınırlamaları aşan tahkim prosedürlerine dava sırasında veya kararın tenfizi sırasında müdahale ederek, bu tür tahkim kararlarının icrasını engellemektedirler.⁸³

“Taraflar ile hakem veya hakemler arasındaki anlaşmaya “Hakem Sözleşmesi” denilmektedir. Uygulamada, davanın başında taraflar ve hakemlerin iştiraki ile düzenlenip; her iki tarafça imzalanan “görev belgesi” (term of reference/ tensip zaptı) ile bu anlaşma, yazılı hale gelmektedir.”⁸⁴

Tarafların aralarındaki uyuşmazlığı tahkim yoluyla çözmeyi kabul ettiklerine ilişkin sözleşmeye ise “Tahkim Sözleşmesi” denilmektedir. Tahkim sözleşmesi, ana sözleşmeden ayrı olarak müstakilen yapılabileceği gibi, maddi hukuk sözleşmesi içine dahil edilen bir kloz (madde) şeklinde yani “Tahkim Şartı/Klozu” biçiminde de yapılabilir. Tahkim sözleşmesi ile taraflar, aralarındaki belirli bir özel hukuk ilişkisinden doğmuş veya

⁸⁰ ŞANLI, a.g.e., s.221; Konvansiyon hakkında bkz. EL AHBAD, A.H.: Enforcement of Arbitral Awards in the Arab Countries, Arb. Int., V.11, No: 2,1995.

⁸¹ ŞANLI, a.g.e., s.221; Konvansiyon hakkında bkz. EL AHBAD, a.g.e., s.180 vd.

⁸² ŞANLI, a.g.e., s.222.

⁸³ ŞANLI, a.g.e., s.223.

⁸⁴ ŞANLI, a.g.e., s.223.

gelecekte doğacak uyuşmazlıkları, devlet mahkemelerine değil, özel kişilerden oluşan ve hakem denilen şahıslara çözdürme konusunda taahhütte bulunurlar. Buna bağlı olarak, tahkim sözleşmesi, sözleşme konusu uyuşmazlığın devlet yargısına götürülmesi durumunda ilgili hukuk sistemleri nezdinde bir itiraz imkanı sağlamaktadır.⁸⁵ (Şanlı, a.g.e., s.223).

“Tahkim sözleşmesi, maddi hukuk sözleşmesi içinde yer alan bir kloz şeklinde düzenlenmiş olsa dahi, geçerlilik bakımından maddi hukuk sözleşmesinden bağımsızdır.”⁸⁶

“Kurumsal tahkim, belirli bir tahkim kurumunun önceden belirlenmiş kurallarına tabi olarak onun kontrolünde cereyan eden tahkimdir. Ad hoc tahkimde tahkim sözleşmesinin detaylı tutulması, özel bir önemi haizdir.”⁸⁷

“Tahkim yönteminde taraflar, hakemlerce esasa uygulanacak maddi hukuku da serbestçe seçebilirler. Bu seçim; maddi hukuk sözleşmesi içinde yer alan tahkim klozu içinde, bu klozdan ayrı olarak maddi hukuk sözleşmesi içinde veya bundan bağımsız olarak müstakil bir “Hukuk Seçimi Anlaşması” şeklinde yapılabilir.”⁸⁸

“Taraflar, hakemlerce uygulanacak usulü, belirli bir tahkim kurumunun kurallarına ya da ulusal hukuk sistemine atıf yapmak suretiyle veya doğrudan kaleme almak suretiyle kendileri belirleyebilirler.”⁸⁹

Son yıllarda çoğu ülkede uluslararası ticari tahkim prosedürlerinin hukuki rejimini düzenlemek amacıyla özel “Uluslararası Ticari Tahkim Kanunları” çıkarılmıştır. Bu tür özel kanunların çıkarılmasının nedeni, mahalli tahkimi düzenleyen kuralların, uluslararası ticari tahkimin nitelik ve ihtiyaçlarına uygun düşmemesidir. Nitekim, ülkemizde de, 21.06.2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu, 5 Temmuz 2001 tarih ve 24453 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanıp aynı gün yürürlüğe girmiştir. Kanun, tahkim yeri olarak Türkiye’nin belirlendiği bütün uluslararası ticari tahkim prosedürlerini düzenlemektedir. Yerel tahkim ise, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanuna tabi olmaya devam edecektir.⁹⁰

Değişik ülkelerde yürürlüğe konulan Uluslararası Tahkim Kanunlarına, Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL)’nın 1985 tarihli “Uluslararası Ticari Tahkime Dair Model Kanunu” rehberlik etmiştir.⁹¹

Türkiye, 08.05.1991 tarihli ve 3730 sayılı Kanunla onaylanan “Uluslararası Ticari Tahkime Dair 1961 tarihli Avrupa (Cenevre) Anlaşması”na ve 08.05.1991 tarihli ve 3731 sayılı Kanunla onaylanan “1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki New York Anlaşması”na taraf olmuştur. Yine Türkiye, 27.05.1988 tarihli ve 3453 sayılı Kanun ile “ICSID Anlaşması”na taraf olmuştur. Ayrıca, Türkiye’nin taraf olduğu iki ve çok taraflı “Yatırımların Teşviki ve Korunması Anlaşmalarının” tamamında, ev sahibi devlet ile diğer akit tarafa mensup yatırımcılar arasındaki yatırım

⁸⁵ ŞANLI, a.g.e., s.223.

⁸⁶ ŞANLI, a.g.e., s.224.

⁸⁷ ŞANLI, a.g.e., s.224.

⁸⁸ ŞANLI, a.g.e., s.227.

⁸⁹ ŞANLI, a.g.e., s.224.

⁹⁰ ŞANLI, a.g.e., s.227-228.

⁹¹ ŞANLI, a.g.e., s.230.

uyuşmazlıklarının uluslararası tahkim yoluyla çözümü kabul edilmiştir. Her bir anlaşmada farklı bir uluslararası tahkim biçimi benimsenmiştir.⁹²

ICSID ve iki taraflı Yatırımların Teşviki ve Korunması Anlaşmaları ile Türkiye, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin taraf olduğu uluslararası idari sözleşmelerden doğan yatırım uyuşmazlıklarının tahkim yolu ile çözümünü kabul etmiştir. Günümüzde, Türk Hukuku bakımından yabancılık unsuru içeren kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda da tahkim yolu kabul edilmiştir.⁹³

4886 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu, sadece yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu Kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanmaktadır.

Sadece tahkime elverişli bulunan, yani tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri yani sulh ve ibra konusu yapabilecekleri yabancı unsurlu özel hukuk uyuşmazlıkları, 4886 sayılı Kanunun kapsamına dahildir.

Uluslararası ticari bir uyuşmazlığın çözümü için ad hoc (arizi) tahkim usulünü tercih eden taraflar, sözleşmelerinde yapacakları bir atıfla, tahkim prosedürünü UNCITRAL’in 1976 tarihli Ad Hoc Tahkime İlişkin Kurallarına veya Uluslararası Ticaret Odası’nın Tahkim Kurallarına tabi kılabilirler.

2. ULUSLARARASI KURUMSAL TAHKİM

Günümüzde uluslararası arenada hakemlik hizmeti sunan çok sayıda birbirinden farklı kurumsal tahkim merkezi bulunmaktadır. Bunların bir kısmı, mesleki ve sektörel oda veya birliklere bağlıdır. Bugün itibarıyla ülkemizde, uluslararası tahkim alanında aktif bir kurumsal tahkim merkezi bulunmamaktadır. TOBB tarafından, 1990’da merkezi Ankara’da bulunan bir TOBB Tahkim Divanı oluşturulmuşsa da; adı geçen Divan iş dünyasında aktif bir konuma gelememiştir. Ayrıca, İstanbul Ticaret Odası Tahkim Mahkemesi, uluslararası ticari uyuşmazlıklarda tahkim hizmeti sunmaktadır. Odanın halihazırda yürürlükte bulunan “İstanbul Ticaret Odası Tahkim, Uzlaştırma ve Hakem-Bilirkişilik Yönetmeliği (Kuralları)” 1979 yılında yürürlüğe girmiştir.⁹⁴

Uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümünde Türk dış ticaretçilerinin de sık başvurduğu önemli kurumsal tahkim merkezlerinden (daimi hakem mahkemelerinden) bazıları aşağıda kısaca incelenmiştir.

2.1. ICSID Merkezi

Merkez, Dünya Bankası tarafından 1966’da yürürlüğe konulan “Devletler ile Diğer Devlet Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Halline Dair Anlaşma” ile kurulmuştur. Merkez, uluslararası yatırım uyuşmazlıklarından doğan tahkim davalarına bakmaktadır.⁹⁵

Çok sayıda devletin taraf olmasına rağmen, ICSID tahkimine nadiren

⁹² ŞANLI, a.g.e., s.231.

⁹³ ŞANLI, a.g.e., s.234.

⁹⁴ ŞANLI, a.g.e., s.257.

⁹⁵ ŞANLI, a.g.e., s.259.

başvurulmasının bir nedeni, uluslararası karakterli yatırım anlaşmalarının pek çoğunda taraflarca ICSID dışında bir tahkim sisteminin öngörülmüş olmasıdır. Bu nedenle, ICSID’e genel olarak sadece ev sahibi devletin haksız fiil teşkil eden belirli davranışlarından doğan ve uyuşmazlığın doğmasından sonraki aşamada da ev sahibi devletin merkezin yetkisini kabul ettiği olaylarda gidilebilmektedir.⁹⁶

“Son yıllarda devletler arasında aktedilen pek çok ikili ve çok taraflı anlaşmada doğrudan ICSID’in hakemliği kabul edilmiştir. ICSID’e atıf yapılan ikili ve çok taraflı anlaşmalardan doğan uyuşmazlıkların hakem sıfatı ile Merkez tarafından çözümlenebilmesi için, uyuşmazlığın vukuundan sonraki safhada ayrıca yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında özel bir anlaşmanın yapılması gerekmemektedir.”⁹⁷

ICSID Konvansiyonu’nun 47’inci maddesine göre, Merkez ihtiyati tedbir kararları verebilir.⁹⁸

“ICSID Kurallarına göre verilen kararlar, ICSID sistemi içinde kesinleştiğinde, taraf devletlerde yerel hukukun cebri icra kuralları çerçevesinde doğrudan icra edilebilirler.”⁹⁹

2.2. Uluslararası Ticaret Odası Tahkim Mahkemesi

Milletlerarası Ticaret Odası (MTO), 1923 yılında “Uluslararası Ticaret Odası Tahkim Divanı” (ICC Arbitration Court) adıyla bir tahkim mahkemesi oluşturmuştur. Doğrudan uyuşmazlığı çözümleyen hakem veya hakem heyeti, her bir somut olayda taraflarca veya tarafların anlaşmadığı ya da tarafların yetki verdiği hallerde Divan tarafından oluşturulmaktadır.¹⁰⁰

Günümüzde yürürlükte bulunan MTO Tahkim Kuralları, 1 Ocak 1998’de revize edilen Tahkim Tüzüğüdür.¹⁰¹ MTO tahkim prosedürünün uygulanması, tamamen uyuşmazlık vukuunda tarafların MTO Tahkim Tüzüğüne göre bir tahkimi öngörmüş olmalarına bağlıdır.¹⁰²

MTO tahkim prosedürü, beş aşamadan geçmektedir. Birinci aşamada, Tahkim Tüzüğü’nün 4(1)’inci maddesine göre, davacı taraf veya taraflar, tahkim talebini MTO Tahkim Divanı Sekreteryasına gönderirler. İkinci aşamada, Tüzüğü’nün 7-12 maddeleri arasındaki düzenlemelere göre, tarafların anlaşmasına uygun olarak veya anlaşma sağlanamıyorsa MTO Tahkim Divanı tarafından somut uyuşmazlığı karara bağlayacak hakem mahkemesi oluşturulur. Hakem mahkemesi tek veya üç hakemden oluşur. Üçüncü aşamada, Tüzüğü’nün 13’üncü maddesine göre, hakem mahkemesinin teşkilinden sonra, Sekreteryaya tarafından dosya hakem mahkemesine tevdi edilir. Bu aşamada hakemler ve tarafların iştirakiyle düzenlenen görev belgesinde hükme bağlanan hususlar, tahkim prosedürü boyunca ve hatta tenfiz aşamasında tarafları bağlar. Dördüncü aşamada, Tüzüğü’nün 24’üncü maddesine göre,

⁹⁶ ŞANLI, a.g.e., s.259.

⁹⁷ ŞANLI, a.g.e., s.259.

⁹⁸ ŞANLI, a.g.e., s.259.

⁹⁹ ŞANLI, a.g.e., s.259.

¹⁰⁰ ŞANLI, a.g.e., s.260.

¹⁰¹ Bkz. ICC Rules of Arbitration, ICC Publication No: 581, Paris, 1997.

¹⁰² ŞANLI, a.g.e., s.260.

hakem mahkemesi davayı esastan inceleyerek, görev belgesinin imzalanması tarihinden itibaren altı ay içinde karar tasarısını imzalamaksızın hazırlar ve onay için Divan’a sunar. Hakem mahkemesi, MTO Tahkim Tüzüğü hükümlerini uygulayarak tahkim yargılamasını icra eder. Hakemler, davanın esasını tarafların anlaşmasına, burada hüküm bulunmayan hallerde taraflarca seçilen hukuka göre karara bağlarlar. Taraflar bir hukuk seçmemişlerse, hakemler dava bakımından uygun buldukları bir hukuku uygulayarak uyuşmazlığı esastan kararar bağlarlarken; her halükarda ticari örf ve adeti dikkate alırlar.¹⁰³

Tüzüğü’nün 23’üncü maddesine göre, taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa, hakem mahkemesi, taraflardan birinin talebi üzerine, geçici ve muhafaza amaçlı ihtiyati tedbir kararlarını verebilir.¹⁰⁴

Beşinci aşamada Tüzüğü’nün 27’inci maddesine göre, MTO Tahkim Divanı, hakem mahkemesince verilen karar taslağını inceler ve gerekli gördüğü şekil değişikliklerinin yapılması yönünde hakem mahkemesine tavsiyelerde bulunabilir veya karar verme özgürlüklerini etkilemeksizin hakemlerin dikkatlerini uyuşmazlığın esasını ilgilendiren bazı hususlara çekebilir.¹⁰⁵

Tüzüğü’nün 28 (1)’inci maddesine göre, Sekreteryaya, Divan tarafından onaylanıp, hakem mahkemesince imzalanan karar metnini, tahkim masraflarının tamamının ödenmesi üzerine, taraflara tebliğ eder. Tüzüğü’nün 28 (b) maddesine göre, karar verildiği andan itibaren taraflar için bağlayıcıdır. Taraflar MTO Tahkim Kurallarını seçmekle, verilen karara derhal uyup icra etmeyi ve temyiz ve itiraz yoluna başvurmadan feragati kabul ve taahhüt etmiş sayılırlar.¹⁰⁶

“MTO tahkimlerinde taraflarca ödenecek tahkim idari giderleri, hakem ücretleri ve bunlarla ilgili avanslar, Tahkim Tüzüğü’nün ekinde yer alan “Tahkim Masrafları ve Ücretleri Tarifesi” ile düzenlenmiştir. Tarife, dava değerine bağlı ve bu değere bağlı olarak artan bir ücret sistemini benimsemiştir.”¹⁰⁷

2.3. Diğer Kurumsal Tahkim Merkezleri

Uluslararası ticaret sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenmesi için, sözleşme taraflarının başvurabileceği diğer uluslararası kurumsal tahkim merkezlerinin en tanınmış olanları aşağıda sıralanmaktadır:¹⁰⁸

-Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi (London Court of International Arbitration),

-Rusya Federasyonu Ticaret ve Sanayi Odası Uluslararası Ticari Tahkim Mahkemesi (The International Commercial Arbitration Court at the Chamber of Commerce and Industry of Russian Federation),

-Avusturya Federal Ekonomi Odası Uluslararası Tahkim Merkezi (International

¹⁰³ ŞANLI, a.g.e., s.261-263.

¹⁰⁴ ŞANLI, a.g.e., s.263.

¹⁰⁵ ŞANLI, a.g.e., s.263.

¹⁰⁶ ŞANLI, a.g.e., s.263.

¹⁰⁷ ŞANLI, a.g.e., s.263.

¹⁰⁸ Bkz. ŞANLI, a.g.e., s.264-279.

Arbitral Centre of the Austrian Federal Economic Chamber-Vienna International Arbitral Centre),

-Stockholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsü (Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce),

-Amerika Tahkim Odası (The American Arbitration Association),

-Hububat ve Yem Ticaret Birliği Tahkim Mahkemesi (The Grain and Feed Trade Association Arbitration Tribunal / GAFTA Arbitration Tribunal),

-Sıvı ve Hayvansal Yağ ve Tohum Birlikleri Federasyonu Tahkim Mahkemesi (Federation of Oils, Seeds and Fats Associations Arbitration Tribunal / FOSFA Arbitration Tribunal),

-Rafine Şeker Birliği Tahkim Mahkemesi (The Refined Sugar Association Arbitration Tribunal).

D. YABANCI SERMAYE YATIRIMLARINDAN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜM YOLLARI

1. ICSID KONVANSİYONU (WASHINGTON ANLAŞMASI)

Başta gelişmekte olan ülkeler olmak üzere hemen hemen bütün ülkeler, yabancı sermaye yatırımlarını teşvik etmek amacıyla kanunlar çıkarmışlar ve korucuyu tedbirler almışlardır.

Yabancı sermaye bakımından ev sahibi ülkenin politik, ekonomik ve hukuki istikrarı büyük önem taşımaktadır.

Dünya Bankasının himayesinde hazırlanan “Çok Taraflı Yatırım Garanti Kuruluşu Anlaşması” (MIGA) ile yabancı sermaye yatırımlarının maruz kalabileceği muhtemel gayri ticari riskleri karşılamak üzere bir Garanti Fonu oluşturulmuş; böylece gelişmekte olan ülkelere yabancı sermaye akışı özendirilmiştir. Türkiye de MIGA’ya taraftır.¹⁰⁹

Dünya Bankası tarafından hazırlanıp yürürlüğe konulan diğer anlaşma ise, “Devletler ile Diğer Devlet Vatandaşı Kişiler Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Halline Dair Anlaşma” (ICSID)’dir. Bu andlaşmaya Türkiye de dahil 155 devlet taraftır.

ICSID Anlaşması, özel bir kurumsal tahkim usulü öngörmüştür. Taraflar arasındaki tahkim, “Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümüne İlişkin Uluslararası Merkez” (International Centre for Settlement of Investment Disputes) tarafından idare edilecektir. Merkez, doğrudan hakemlik yapmamaktadır. Kural olarak, davayı karara bağlayacak olan hakemler taraflarca seçilmekte ve baş hakem de taraflarca seçilen hakemlerce belirlenmektedir.

ICSID Anlaşmasının 25’inci maddesine göre, merkezin yargı yetkisini kullanabilmesi için yatırım uyuşmazlığının tarafı devlet ile yatırımcının mensup olduğu devlet arasında anlaşmanın yürürlükte olması yeterli olmayıp; ayrıca her bir somut uyuşmazlıkta yabancı yatırımcı ile ev sahibi devlet (veya devlet kuruluşu) arasında ICSID Merkezinin yetkisini öngören özel bir anlaşmanın mevcudiyeti zorunludur. Bu nedenle uygulamada, uyuşmazlıktan sonra yatırımcı şirketin ICSID’e başvuru talebi, genellikle

¹⁰⁹ MIGA Tahkim Kuralları için bkz. *MIGA Rules of Arbitration for Disputes under Contracts of Guarantee of the Multilateral Investment Guarantee Agency*, YBCA, V.XVI (1991), p.248 vd.

ev sahibi devlet tarafından olumlu karşılanmamakta ve böylece ICSID’e başvuru yolu kapanmaktadır. Bu olumsuz gelişme karşısında, devletler başlangıçta iki taraflı anlaşmanın yapılması ile ICSID’in yargı yetkisini öngören tahkim klostları içeren iki taraflı yatırımların korunması ve teşviki anlaşmaları akdetmişlerdir. Türkiye de pek çok ülke ile Yatırımların Teşviki ve Korunması Anlaşması akdetmiştir. Ayrıca, Türkiye, İslam Konferansı Teşkilatı ile Çok Taraflı Yatırımların Teşviki ve Garantisi Anlaşmasını akdetmiştir.¹¹⁰

Yukarıda açıklanan nedenle, ICSID’e genel olarak sadece ev sahibi devletin haksız fiil teşkil eden belirli davranışlarının söz konusu olduğu ve uyuşmazlığın vukuundan sonraki aşamada da ev sahibi devletin, merkezin yetkisini kabul ettiği olaylarda gidilebilmektedir.

Anlaşmanın 44’üncü maddesine göre, hakem heyetince dava, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, sözleşmede öngörülen tahkim kurallarına ve dava tarihinde yürürlükte bulunan ICSID Tahkim Kurallarına göre yürütülecektir.

42’nci maddeye göre, hakem mahkemesi tarafların seçtiği hukuk kuralları dairesinde uyuşmazlığı halleder. Tarafların bu konuda anlaşmaları yoksa uyuşmazlığa taraf olan devletin hukukunu ve ilgili uluslararası hukuk kurallarını uygular.

54 (1)’inci maddeye göre, veriliş tarihinden itibaren 120 gün içinde anlaşmanın öngördüğü usul çerçevesinde iptal istemi ile itiraza uğramayan veya itiraz edilmekle beraber reddedilen hakem kararları, taraflar bakımından bağlayıcıdır ve akit devletlerde mahalli mahkeme kararları gibi icra edilecektir. 53 (1)’inci maddeye göre, davalı, hakem kararına karşı mahalli mahkemeler nezdinde temyizden veya doğrudan karara karşı itiraz edemeyecek, icrasını durduramayacaktır.

ICSID Anlaşmasında öngörülen Merkez’in himayesinde cereyan eden tahkim yargılamasında davalı devlet, yargı muafiyeti (ve icra bağışıklığı) itirazında bulunamaz. Zira, merkezin hakemliğini kabul etmek, zımnen yargı muafiyeti (ve icra bağışıklığından) feragat anlamını taşımaktadır.¹¹¹

ICSID Ek Mekanizma Tahkim Kurallarına göre yürütülen tahkimler Washington Anlaşmasına dayalı bir ICSID tahkimi değildir ve bu kararlar ICSID Anlaşmasının öngördüğü hukuki rejime tabii değildir. ICSID tahkimi için zorunlu olan ve 25’inci maddede sayılan objektif şartları haiz olmayan, fakat ev sahibi devlet ile yabancı yatırımcı arasında bir yatırım ya da yatırım bağlantılı uyuşmazlık söz konusu olduğunda, Ek Mekanizma Kurallarına göre tahkim söz konusu olabilecektir. Ancak, Ek Mekanizma Kuralları Tahkimi, Merkezin tahkim yetkisi dışında kaldığından, ICSID Anlaşmasının hükümleri bu tahkimlere ve bu tahkimlerdeki usule, önerilere, kararlara ve raporlara uygulanmaz.¹¹²

2. İKİLİ ANLAŞMALARDA ÖNGÖRÜLEN TAHKİM PROSEDÜRÜ

1980’lerden itibaren ülkeler arasında yabancı yatırımların korunması ve teşvikine ilişkin iki taraflı anlaşmalar yaygınlık kazanmıştır.

¹¹⁰ ŞANLI, a.g.e., s.416.

¹¹¹ DELAUME, G.R.: *Sovereign Immunity and Transnational Arbitration*, *Arbitration International*, V.3, No: 1, 1987, p.32.

¹¹² YILMAZ, İ.: *Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID*, İstanbul, 2004, s.32.

Türkiye, yabancı sermaye yatırımlarının teşviki ve korunmasını amaçlayan Dünya Bankası Anlaşmalarına ilaveten, pek çok ülke ile iki ve çok taraflı anlaşmalar akdetmiştir.

İkili anlaşmalar, benzer hükümler taşımaktadır ve savaş, isyan, ihtilal, olağanüstü hal ve benzeri durumlarda ev sahibi devletin sorumluluğunu, kamu yararı gerekçesine dayalı bir kamulaştırmada etkin ve makul bedelin ödenmesi sorumluluğunu, bu türden bedellerin ödenmesi ve transferini, yatırımdan elde edilen karların veya yatırımın kısmen veya tamamen satılmasından elde edilen meblağlar ile istihdam edilen personel ücretlerinin transferini, transferde esas alınacak döviz kurunu, ev sahibi devletin yabancı yatırımcıya eşit muamelede bulunması sorumluluğunu, halefiyet meselelerini ve yatırım uyuşmazlıklarının çözüm şeklini düzenlemektedir.¹¹³

İkili anlaşmalarda öngörülen uyuşmazlık çözüm şekilleri arasında farklılıklar bulunmasına rağmen, mutlak uyuşmazlık çözme usulü olarak tahkim öngörülmüştür. Türkiye'nin taraf olduğu yatırım anlaşmalarının çoğunda yatırım uyuşmazlıklarının çözümü mercii olarak Dünya Bankası Anlaşmasına göre oluşturulan ICSID Merkezinin tahkim usulü kabul edilmiştir. Bu anlaşmalarda Merkezin tahkim usulü ya tek usul olarak veya alternatif usullerden biri olarak kabul edilmiştir.¹¹⁴

İkili yatırım anlaşmalarından doğan yatırım uyuşmazlıklarının ICSID Merkezine götürülebilmesi için, sadece yatırımcı tarafın başvurusu gerekli ve yeterlidir. Diğer taraf, yani devlet olan taraf, yatırımcının başvurusu halinde Merkezin yetkili olduğunu anlaşma ile baştan kabul etmiş bulunmaktadır.

Türkiye'nin taraf olduğu tüm yatırım anlaşmalarında yargı merciine başvurmadan önce bir uzlaştırma aşaması öngörülmüştür. Bu ikili anlaşmalarda genellikle, uyuşmazlıkların nihai çözüm için anlaşmada öngörülen hakem mahkemelerine götürülebilmesi için, öncelikle ev sahibi devlet mahkemelerine başvurulması ve bir yıl içinde nihai bir sonuca ulaşılamamış olması veya yatırımcı kendi isteği ile uyuşmazlığı ev sahibi devlet mahkemelerine götürmüşse bir yıl (veya anlaşmada öngörülen süre) içinde uyuşmazlığın karara bağlanmamış olması şartları aranmıştır.

Türkiye'nin taraf olduğu yatırımlarla ilgili ikili anlaşmalarda, Anlaşmada öngörülen kural ve usuller çerçevesinde veya atıf yapılan ICSID Anlaşmasında öngörülen kural ve usuller çerçevesinde verilen kararların, taraflar açısından bağlayıcı ve kesin olacağı, milli mahkeme kararları gibi yerine getirileceği kabul ve taahhüt edilmiştir. Bu kararlar, aynen kesinleşmiş mahalli mahkeme kararları gibi ev sahibi devletin cebri icra kurallarına göre icra edilmelidir.¹¹⁵

Günümüzde devletler arasında yürürlükteki ikili yatırım anlaşmalarının sayısı 2200 civarındadır. Devletler arasında bu kadar çok sayıda ikili yatırım anlaşmalarının imzalanmasının asıl nedeni, halen bu konuyu düzenleyen kapsamlı birçok taraflı anlaşmanın yapılmamış olmasıdır. Türkiye, bugüne kadar 74 ülke ile ikili yatırım anlaşması imzalamış olup, bunlardan halihazırda 54 tanesi yürürlükte.

SONUÇ

İşin doğası gereği belirsizlik içeren, karmaşık olan ve hızla gelişen dış ticaret sektöründe birçok anlaşmazlıkların yaşanması da kaçınılmazdır. Bunlara ilaveten ülke koşulları sözleşme ilişkilerinin nasıl olacağını belirlemektedir. Dış ticaret ve lojistik sözleşmeleri, hem hukuk hem de ticaret alanlarını ilgilendirmektedir. Bu alanda çalışma yapan firmaların ve bireylerin dış ticaret sözleşmeleri konusunda temel hukuk bilgilerine sahip olmaları gerekmektedir. Özellikle dış ticaret ve lojistik sektöründe çalışan firmaların yöneticilerinin dış ticaret ve lojistik sözleşmelerinin hazırlanması aşamasında ve sözleşmeler imzalandıktan sonra ortaya çıkan bir uyuşmazlıkta hangi haklara sahip olduklarını, sorunu ne şekilde çözebileceklerini bilmelerinin önemi büyüktür.

Uluslararası ticaret ve lojistik sözleşmelerinden doğabilecek uyuşmazlıkların çözümünde iki yol mevcuttur. Bunlardan birincisi, müzakere aşamasında olabilecek tüm sorunların ne şekilde çözüleceğinin yönteminin sözleşmede öngörülmesidir. Diğer ise, çözümü sözleşmeye konulmamış sorunun ne şekilde çözüleceğinin taraflarca sonradan belirlenmesidir. Bu tür anlaşmazlıkların çözüm yolu olarak ilgili ülkenin hukukunun geçerli olması, çoğu zaman anlaşmazlığın daha büyük boyutlara taşınmasına neden olabilmektedir. Bu nedenle bu tür uyuşmazlıkların çözümlenmesinde genel olarak milletlerarası tahkim yolu tercih edilmektedir. Milletlerarası tahkim yolu dışında alternatif çözüm yolları olarak;

Arabuluculuk ve Uzlaştırma,

Doğrudan müzakere,

Teknik bilirkişilik,

Ön hakemlik,

Tarafsız üçüncü kişilerin sözleşmeye müdahalesi yöntemleri tercih edilebilir.

Uyuşmazlık halinde, uyuşmazlığı mahkemeye götürmek yerine yukarıda bahsedilen çözüm yollarının tercih edilmesi dış ticaret sektöründe çalışan firmalar için;

Yargılama sürecinin daha hızlı olması nedeniyle zamandan tasarruf,

Masraftan tasarruf,

Tarafların kendini daha iyi ifade etme imkanı bulması,

Uyuşmazlığa uygulanacak maddi hukuk ve usul hukuku kurallarını seçebilmek de dahil olmak üzere kontrolün taraflarda olması,

Yargı organlarından daha geniş bir karar yelpazesine sahip olması ve iki tarafı olabildiğince tatmine yönelik olması,

Tarafların ticari sırları bakımından gizliliğin korunabilmesi gibi yararlar sağlayabilmektedir.

Dış ticaret ve lojistik firmalarında çalışan yöneticilerin ve uzmanların sözleşme alanında temel hukuk bilgisine, uluslararası standart mal alım sözleşmeleri hakkında genel bilgilere sahip olmalarında ve dış ticaret sözleşmelerinden doğabilecek uyuşmazlıkların çözüm yollarını ve tekniklerini bilmelerinde büyük yarar bulunmaktadır. Bu nedenle ülkemizin Hukuk Fakültelerinde, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültelerinin “Uluslararası Ticaret ve Lojistik” bölümlerinde ve Meslek Yüksekokullarının “Dış Ticaret” ve “Lojistik” bölümlerinin müfredatlarında da “Tahkim Hukuku” derslerine, en azından seçimlik ders olarak yer verilmesi önem arz etmektedir.

¹¹³ ŞANLI, a.g.e., s.433.

¹¹⁴ ŞANLI, a.g.e., s.439.

¹¹⁵ ŞANLI, a.g.e., s.442.

KAYNAKÇA

I. KİTAPLAR, MAKALELER VE RAPORLAR

- AKINCI, Ziya:** Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 73, İzmir-1996.
- AKINCI, Ziya:** Milletlerarası Tahkim, Seçkin, Ankara, 2.Baskı, 2007.
- ALİBABA, Arzu:** Milletlerarası Unsurlu Sözleşmelerde Hukuk Seçimi ve Sınırlandırılması, Ankara, 2005.
- AYDEMİR, Efrail:** Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.
- AYLI, Ali:** İnşaat Bütün Riskler Sigortasında Riziko, yetkin Yayınları, Ankara, 2012.
- BEDJAOI, Mohammed:** “The Arbitrator: One Man-Three Roles: Some Independent Comments on the Ethical and Legal Obligations of an Arbitrator” Journal Of International Arbitration, March 1998, s: 7-20.
- BİRSEL, Mahmut Tefik:** Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi?, Taslaklar-Bildiriler-Tartışmalar, C.II, Ankara, 1999.
- DAYINLARLI, Kemal:** Milli-Milletlerarası Kamu Düzeni Tahkime Etkileri ve Sonuçları, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 2.Baskı 2011.
- DAYINLARLI, Kemal:** Uncitral Kurallarına Göre Uzlaşma ve Tahkim, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 3.Baskı 2012.
- DAYINLARLI, Kemal:** Loi De Reforme En France En Arbitrage Interne Et Externe Et International-Fransa’da Milli-Milletlerarası Tahkim Kanunu Reformu, Ankara, 2011.
- DEMİRCAN, Halime Ebru:** Uncitral Tahkim Kuralları ile Milletlerarası tahkim Kanunu hükümleri çerçevesinde Ad hoc tahkim, Yüksek Lisan Tezi, Ankara, 2005.
- EKŞİ, Nuray:** 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’na İlişkin Yargıtay Kararları, İstanbul, 2009.
- EREN, Fikret:** “Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri”, İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici – İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, (Ankara, 18-29 Mart 1996), 3.Tıpkı Basım, s. 45-58..
- ERİŞEN, Muhammet:** Alt Müteahhitlik Sözleşmesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.
- ERTEKİN, E./KARATAŞ, İ.:** Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması, Ankara, 1997.
- ERTEN, M. Ali:** Borçlar Kanunu ve Yapı Denetimi Hakkında KHK Açısından Türk Hukukunda Yapıların Neden Oldukları Zararlardan Dolayı Sorumluluk,, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (T. İş Bankası A.Ş Vakfı), 2000/XII.
- ERTEN, M. Ali:** Türk Borçlar Hukukuna Göre Bina ve İnşa eseri sahiplerinin Sorumluluğu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Türkiye İş Bankası Vakfı, Sözkese Matbaacılık, Ankara, 2000.
- GÖKYAYLA, Emre:** Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009.
- GÖNÜLAL, İlcutlu:** Soru ve Cevaplı Yapı İşleri Uygulaması, Adım Yayıncılık, Ankara 1991, 3.Baskı.
- İŞIKTAÇ, Yasemin:** Hukukun Kaynağı Olarak Sözleşme, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2007.
- İNAL, H. Tamer:** Papatya Yayıncılık, İstanbul, 2. Basım, 2009.

- Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü:** İnşaat Sözleşmeleri: Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer (Ankara,18-29 Mart 1996), Türkiye İş Bankası Vakfı, 3.Tıpkı Basım, Ankara, 1996.
- KALPSÜZ, Turgut:** Türkiye’de Milletlerarası Tahkim, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (T. İş Bankası A.Ş Vakfı), Sözkese Matbaası, Ankara, 2007.
- KALPSÜZ, Turgut:** Adalet Bakanlığı Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu Tasarısında İç Tahkim (m411-448) Paneli, Ankara, 2007.
- KALPSÜZ, Turgut:** Türkiye’de Milletlerarası Tahkim, Ankara, 2010.
- KALPSÜZ, Turgut:** Hakem Kararlarının Milliyeti, Ankara, 1978.
- KALPSÜZ, Turgut:** Hakemlerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı, Milletlerarası Tahkim Semineri, Ankara, 2008.
- KAPLAN, İbrahim:** Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi, Seçkin, 2.Baskı, Ankara, 2007.
- KAPLAN, İbrahim:** “İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu ve Yerine Getirilmemesinin Sonuçları”, İnşaat Sözleşmeleri: Yönetici – İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, (Ankara, 18-29 Mart 1996), 3.Tıpkı Basım, s. 105-171.
- KAPLAN, Yavuz:** Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık, Ankara, 2002.
- KARABULUT PEKGÜÇLÜ, Güzin:** Türk Özel Hukukunda Yap-İşlet-Devret (YİD) Sözleşmesi, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (T. İş Bankası A.Ş Vakfı), Ankara, 2007.
- KARATAŞ, İzzet:** Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, Adalet Yayınevi, 2.Baskı Ankara, 2009.
- KEKEÇ, Elif Kısmet:** Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.
- KIZILOĞLU, Şükrü:** İnşaat Muhasebesi Vergilendirilmesi Mevzuatı ve Asgari İşçilik, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2010.
- KÖKSAL, Tunay:** Küresel İnşaat Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.
- KÖKSAL, Tunay:** Model Sözleşme Örnekleri İle Uluslararası İnşaat Hukuku, Adalet, Ankara, 2011.
- KÖKSAL, Tunay:** Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri İş Ortaklığı Sözleşmeleri ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.
- KÖKSAL, Tunay:** Uluslararası Ticaret Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.
- KÖKSAL, Tunay:** International Construction Law, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- KÖKSAL, Tunay:** International Construction Contracts and Dispute Resolution, Lambert Academic Publishing, Germany, 2012.
- KÖKSAL, Tunay/ÖZER, Serhat:** Yurtdışı İnşaat Hizmetleri Sektörü İçin Uluslararası Tahkim Rehberi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- KURU, B./ARSLAN, R./YILMAZ, E.:** Medeni Usul Hukuku, Ankara, 2004.
- NOMER, Ergin/EKŞİ, Nuray/ÖZTEKİN GELGEL, Günseli:** Milletlerarası Tahkim Hukuku Cilt I, Beta Basım A.Ş, İstanbul, 3.Bası-Haziran, 2008.
- NOMER, Ergin/Nuray, EKŞİ/Günseli, ÖZTEKİN GELGEL:** Milletlerarası Tahkime İlişkin Mevzuat ve Antlaşmalar Cilt II, Beta Basım A.Ş, İstanbul, 1. Bası- Haziran, 2008.
- NOMER Ergin/ EKŞİ, Nuray/ ÖZTEKİN GELGEL, Günseli:** Milletlerarası Tahkim,

Beta Basım A.Ş., İstanbul, 2.Bası-Haziran, 2003.

NOMER, E./EKŞİ/N./GELGEL, G.: Milletlerarası Tahkim Hukuku, İstanbul, 2008.

ÖCAL, Mehmet Emin: Yapı Projelerinin Yönetiminde Proje+Teknik Şartname + Sözleşme Teknik Yayınevi, Ankara, 2010.

ÖZ, Turgut: İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, Yamaner Yayıncılık, İstanbul, 2006.

ÖZEKES, Muhammet: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku, Ankara, 2011.

PEKCANITEZ, Hakan: Medeni Yargıda Adil Yargılanma, Ankara, 1997.

PEKCANITEZ, H./ATALAY, O.:

ŞANLI, C: Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, İstanbul, 2002.

PELLONAA, M./CARON, D.D.: The UNCITRAL Arbitration Rules as Interpreted and Applied, Helsinki 1994.

POLAT, Malike: Milletlerarası Usul Hukukunda Arabuluculuk, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.

SADRULEŞRAFI, Hüseyin Ali: “Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu’na İlişkin Düzenlemeler ile Uygulamalar Hakkındaki Görüşler”, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt 9, Sayı 1, İzmir, 2007, s.45-63.

SUNGUROGLU, Kerim: Yapı İşletmesi Şantiye Tekniği Maliyet Hesapları, Bilim Yayınları, Eylül, 1996.

ŞANLI, Cemal: Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, Beta Basım A.Ş., İstanbul, 3.Bası-Haziran, 2005.

ŞANLI, Cemal.: Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara, 1986.

ŞANLI, Cemal.: Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, İstanbul, 2011.

ŞİMŞEK, Abdullah/Muhsin, ALTUN: Hakediş Güncel Sorunlar ve Çözümleri, Teknik Yayınevi, Ankara, 2000.

ŞİMŞEK, Edip: “Devlet İhale Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri”, Yönetici – İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, (Ankara, 18-29 Mart 1996), 3.Tıpkı Basım, s. 173-216.

ŞİT, Banu: Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Ankara, 2005.

TANRIVER, Süha: Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi, Ankara, 1998.

TAŞKIN, Alim: Hakem Sözleşmesi, Turhan Kitapevi, Ankara, 2. Bası, 2005.

TAŞKIN, Alim: Hakem Mahkemesinin Kendi Yetkisi Hakkında Hüküm Vermesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara, 1999.

TÖRE, Nazlı: Fidic Kurallarının Karşılaştırmalı Hukuktaki Yeri, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 2011.

TURHAN, T./BAYRAKTAROĞLU, G./SİRMEN, S./ERTEN, R.: Ticari Tahkimi Düzenleyen Temel Metinler, Ankara, 2002.

UYANIK, Nedim: İnşaat İşlerinde Sözleşme Yönetimi, Beta Yayınevi, İstanbul, Haziran, 2004.

ÜSTÜNDAĞ, Saim: Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul, 2000.

YEŞİLIRMAK, Ali: Türkiye’de Ticari Hayatın ve Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Nisan, 2011.

II. İNTERNET SİTELERİ

-<http://www.muzakere.org/proje/uyusmazliklarin-muzakere-yontemiyle-cozumlenmesi-surecinde-avukat-muvekkil>

- <http://www.arabulucu.com/anasayfa/sayfa-1>

- CIB, <http://www.corpus.com.tr/>

- <https://www.mevzuat.gov.tr/>

III. ULUSLARARASI ANLAŞMALAR, SÖZLEŞMELER, MODEL KURALLAR VE İLGİLİ MEVZUAT

- Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law (Birleşmiş Milletler Ticaret Hukuku Komisyonu Tahkim Kuralları/UNCITRAL Tahkim Kuralları),

- Convention on the Recognition and Enforcement of the Foreign Arbitral Awards, New York, 1958 (1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında New York Sözleşmesi),

- European Convention on International Commercial Arbitration, Geneva, 1961 (Milletlerarası Ticari Tahkim Hakkında 21 Nisan 1961 tarihli Avrupa -Cenevre- Sözleşmesi),

- General Act for the Pacific Settlement of International Disputes of 1928 (1928 Genel Tahkim Sözleşmesi),

- International Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (Devletler ile Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkındaki Sözleşme/ICSID Konvansiyonu),

- Multilateral Agreement on Investment (Yatırımlar Hakkında Çok Taraflı Anlaşma /MAI),

- Regulation on the Procedure of the International Conciliation (Uluslararası Hukuk Enstitüsü’nün Uluslararası Uzlaştırma Prosedürleri Hakkındaki Yönetmeliği),

- Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce (Uluslararası Ticaret Odası Tahkim Kuralları / ICC Tahkim Kuralları),

- The 1899 Hague Convention for the Pacific Settlement of International Disputes / La Haye Sözleşmesi,

- The 1907 Hague Convention for the Pacific Settlement of International Disputes / 1907 La Haye Sözleşmesi,

- The Permanent Court of Arbitration Optional Rules for Arbitrating Disputes between Two States, 1992 (1992 tarihli İki Devlet Arasındaki Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümü için Seçimlik Kurallar),

- The Permanent Court of Arbitration Optional Rules for Arbitrating Disputes between Two Parties of Which Only One is A State, 1993 (1993 tarihli Taraflardan Sadece Biri Devlet Olan İki Taraf Arasındaki Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümü için

Seçimlik Kurallar),

- The Permanent Court of Arbitration Optional Rules for Arbitration between International Organizations and Private Parties, 1996 (1996 tarihli Uluslararası Örgütler ile Özel Kişi ve Kuruluşlar Arasındaki Tahkim için Seçimlik Kurallar),

- UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (Milletlerarası Ticari Tahkime İlişkin UNCITRAL Model Kanunu),

- Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes of World Trade Organization (Uyuşmazlıkların Çözümüne Dair Usul ve Kurallar Hakkında Dünya Ticaret Örgütü Anlaşması),

- United Nations Model Rules on Arbitral Procedure, 1958 (1958 tarihli Birleşmiş Milletler'in Tahkim Usulüne İlişkin Model Kuralları),

- ICC Uluslararası Tahkim Divanı Statüsü,

- ICC Uluslararası Tahkim Divanı İç İşlem Tüzüğü,

- ICC Tahkim Tüzüğü,

- 20.5.1982 tarihli ve 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun,

- 21.06.2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu,

- Conciliation Rules of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL Uzlaştırma Kuralları),

- UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), (Milletlerarası Ticari Tahkime İlişkin Model Kanun),

- UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation (2002), (Milletlerarası Ticari Uzlaşmaya İlişkin Model Kanun),

- Principles of International Commercial Contracts (Rome, 2004), (Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler),

- Principles of European Contract Law, 2004 (Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri, 2004).

Limited Şirketlerde Finansal Tablolar ve Buna Bağlı Konuların Müzakeresinin Ertelenmesi

Av. Doç. Dr. Fahri ÖZSUNGUR

Mersin Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Finansal tablolar ve buna bağlı konuların müzakeresi genel kurulda görüşülecek gündem maddelerinin tartışılması, onanması, reddedilmesi, sessiz kalınması gibi şekillerde gerçekleştirilen ve şirket ortaklarının iradelerinin ortaya konulduğu görüşmelerdir. Bu görüşmelerde müzakerenin ertelenmesi bir talep üzerine gerçekleşir. Talep olmaksızın müzakerenin ertelenmesi mümkün değildir. Bu nedenle talep olmadan toplantı başkanının müzakereyi erteleme yetkisi bulunmamaktadır. Talep olmaksızın verilen erteleme kararı yok hükmündedir (TTK m. 420). Zira kanun koyucu erteleme kararının verilmesini talep etme şartına bağlamıştır.

Müzakerelerin ertelenmesi talebi üzerine toplantı başkanı müzakereleri erteleme kararı verir. Ertelene kararında talep reddedilebilir, genel kurulun onayına sunulabilir, kabul edilebilir veya erteleme hakkında bir karar verilmeyerek sessiz kalınabilir. Diğer taraftan, müzakerenin ertelenmesinden sonra azlık tarafından yeniden erteleme talep edildiğinde ve kanunda belirtilen şartlar gerçekleştiğinde müzakere ikinci kez ertelenebilir.

Finansal Tabloların Müzakeresinin Ertelenmesi Talebi

Toplantının ertelenmesi talebi paydaşlık haklarından olduğundan pay sahiplerine ait bir haktır. Genel kurul toplantılarının yapılması esnasında tüm pay sahiplerinin toplantının herhangi bir sebeple ertelenmesini talep etmesi halinde toplantının ertelenmesi gerektiği şüphesizdir. Anonim şirketlerde finansal tablolar ve buna bağlı konularda sermayenin yüzde onuna sahip paydaşların talepleri halinde genel kurulun kararına gerek kalmaksızın toplantı başkanı tarafından verilecek bir kararla toplantı bir ay sonraya ertelenir. Halka açık şirketlerde bu ertelemenin toplantı başkanınca karar altına alınabilmesi için yüzde beş paydaşın talebi gerekir (TTK m. 420). Aynı ertelemenin ikinci kez istenebilmesi için itiraza konu finansal tabloların tutanağa geçirilmiş olması, tutanağa geçen bu konulara ilgililer tarafından dürüstlük ilkelerine uygun şekilde cevap verilmemiş olması gerekir (TTK m. 420/2).

Anonim şirketler için geçerli olan bu hükümlerin limited şirketler için uygulama alanı bulması ile ilgili yasal düzenlemelerde bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle finansal tablolar ve buna bağlı konularda azlığın toplantının ertelenmesini talep etme hakkının limited şirketlerdeki hukuksal niteliğinin ortaya konulması gerekmektedir.

Müzakerenin Ertelenmesi Kararı

Müzakerenin ertelenmesi fiili bir karar biçimidir. Aktif bir eylemle gerçekleşen bu karar, pasif olarak da ortaya çıkabilir. Toplantı başkanı, kendisine ulaşan talepleri aktif bir şekilde *kabul* ya da *ret* edebileceği gibi, karara karşı sessiz de kalabilir. Uygulamada çoğunlukla, şirket ortakları arasında ortaya çıkan sorunlar nedeniyle kavganın çıkmaması, uyuşmazlıkların mahkemede çözülmesi, azlık ortağın/ortakların hedefi olmamak için bazı talepler hakkında karar verilmediği gibi sorumluluk genel kurulun iradesine de taşınabilmektedir. Bu durumlarda talebi yerine getirmeye yetkili olan gerçek ya da tüzel kişinin ve talebin yapılma zamanının belirlenmesi gerekmektedir.

Talebi Yerine Getirmeye Yetkili Olanlar (Toplantı Başkanı)

Anonim şirketlerde toplantının ertelenmesi TTK m. 420’de düzenlenmiştir. Toplantının ertelenmesi kararını, genel kurul kararına gerek olmadan toplantı başkanı vermektedir. Anonim şirketlerde bu kararın toplantı başkanı tarafından verileceği ancak genel kurulun da bu kararı verip vermeyeceği hakkında kanuni bir düzenleme bulunmamaktadır. Toplantı başkanı erteleme kararını vermez ve genel kurul ertelemeye karar verirse bu genel kurul kararının geçerli olduğunu söylemek mümkündür. Zira genel kurul toplantı başkan ve yardımcısını seçmeye yetkili bir organdır. Toplantı başkanının kararı yasal bir düzenleme emretmiyorsa genel kurulun kararının üzerinde olamaz.

Bunun istisnası TTK m. 420’de açıkça düzenlenmiştir. Böylece genel kurul bu madde hükmünün şartları yerine gelmiş bir erteleme talebi vukuunda toplantının ertelenmesine karar vermekten başka bir işlem tesis edemez. Genel kurul tarafından verilen tüm kararlar toplantıda hazır bulunsun bulunmasın, olumsuz oy kullansın kullanmasın tüm pay sahipleri için geçerlidir (TTK m. 423/1).

Karahan, erteleme talebinin genel kurul toplantısından önce de yapılabileceğini, azlık pay sahiplerinin birlikte erteleme talebinde bulunma zorunluluklarının olmadığını savunmaktadır.¹ Bilgili ve Demirkapı ise toplantının ertelenebilmesi için toplantının açılması ve toplantı başkanı tarafından bu yönde (ertelemeye dair) bir karar alınması gerektiğini savunmaktadırlar. Yazarlar ayrıca genel kuruldan önce yapılan bu tür ertelemelerin takdir yetkisinin yönetim kuruluna bırakılmış olmasının keyfi uygulamalara neden olabileceğini ileri sürmektedirler.²

Diğer taraftan, azlık pay sahiplerinin toplantı başkanlığına erteleme taleplerine işaret eden talepleri de işleme konulmalıdır. “TTK m. 420’ye göre haklarımı talep ediyorum”, “finansal tabloları incelemek için bir ay süre istiyorum” gibi ifadeler de erteleme talebinin işleme alınması için yeterli olmalıdır.

Finansal tabloların müzakeresinin ertelenmesi ile etkilenecek gündem maddeleri hakkında Pulaşlı, erteleme kararının doğrudan etkileyeceği kararların da ertelenmesi gerektiğini savunmaktadır.³ Yazar, yeni üye seçimi dışında, ertelemenin konusuna sıkı sıkıya bağlı olan gündem maddelerinin de görüşülmesinin ertelenmesi gerektiğini düşünmektedir.

¹ Sami Karahan, *Şirketler Hukuku*, 2. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya 2013, ss. 670-671.

² Fatih Bilgili/Ertan Demirkapı, *Şirketler Hukuku*, 9. Basım, Dora Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2013, s. 536.

³ Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi*, 39, N 28, s. 1561.

Yazar, TTK m. 395-396 uyarınca yönetim kurulu üyelerinin şirketle iş yapma ve rekabet yasağına dair kararların erteleme kararından bağımsız gündem maddeleri olduğunu ve bu hususların ertelenen genel kurulda görüşülüp karara bağlanabileceğini düşünmektedir.⁴

Şener de benzer bir görüş belirterek, finansal tabloların ertelenmesi durumunda bununla bağlantılı yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporu ve ibrası, kârın belirlenmesi ve dağıtımının da görüşülemeyeceğini savunmaktadır.⁵ Yargıtay bir kararında yeni müdür seçimi, huzur hakkı, kâr payı dağıtımının finansal tabloların müzakeresi ile bağlantılı hususları içermediği ve bağlantılı konular kapsamında olmadığı yönünde karar vermiştir.⁶ Yargıtay bu kararında anılan konulara dair kararların yer aldığı tutanakta veya ekinde genel kurulun iptali davasının şartı olan muhalefet şerhinin bulunmadığından dolayı dava şartı yokluğu nedeniyle açılan davanın reddi gerektiğine hükmetmiştir. Yargıtay diğer bir kararında ise bilanço, kâr ve zarar hesaplarının görüşülmesinin finansal tabloların müzakeresi ile ilgili olmadığı, diğer taraftan yönetim kurulu ibrası, yönetim kurulu faaliyet raporunun görüşülmesinin bağlantılı olduğuna hükmedilmiştir.⁷

Şener’e göre, erteleme talep edilen genel kurul gündeminde yeni yönetim kurulu üyelerinin seçiminde, seçilmesi önerilen kişilerin tamamı yeni üye adaylarından oluşuyorsa erteleme kararı verilen toplantıda bu gündem maddesi görüşülebilir.⁸ Zira yazara göre tamamı yeni adaylardan oluşan bu seçimde bağımsız iradenin ortaya konulmasında objektiflik kıstası sağlanmaktadır. Ancak yönetim kurulu üyelerinin ibrası ve bilançonun onaylanmasına ilişkin kararı hüküm altına alan TTK m. 424/1 ile bağlantılı olan genel kurulun “finansal tablolar ve buna bağlı konular nedeniyle ertelenmesi” hükmü, eski üyelerinin bir veya bir kısmının seçilmesi ihtimalinde genel kurulun TTK m. 445 vd. hükümlerine göre iptal ettirilebilmesini gerektirir. Yargıtay da bir kararında finansal tabloların görüşmelerinin ertelendiği toplantıda eski yönetim kurulu üyelerinin seçimine dair bir karar alındığında iptali yoluna gidilebileceğine hükmetmiştir.⁹

Erteleme talep edilen genel kurulda eski yönetim kurulu üyelerinden bir veya daha fazlasının seçilebilme ihtimalinin sakıncalı olduğu yine Şener tarafından belirtilmektedir.¹⁰ Burada ayrımı şirketin işleyişinde aksaklık ve “şirketin sürekliliği ilkesi”nin zedelenmesi bağlamında değerlendirmek gerektiği düşünülmektedir.

Şirketin yönetim süresi bağlamında işlevsel açıdan bir sorunu varsa (örn. yönetim veya denetim kurulunun süresi bitmişse) ve yönetim veya denetim organı adaylarının tamamı eski üyelerden farklı ve tamamen yeni adaylar içeriyorsa, bu durumda erteleme talep edilen genel kurulda seçime dair karar alınabilir. Şener, azınlığın bazı somut gerekçeler

⁴ Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi*, 39 N 30 s. 1561-1562

⁵ Oruç Hami Şener, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku*, s. 468.

⁶ Yargıtay 11 HD., T. 09/09/2019, E. 2018/3632, K. 2019/5154, **Kaynak:** <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, e.t.: 19/07/2020.

⁷ Yargıtay 11 HD., 06.05.2019, e. 2018/1766, K. 2019/3423, **Kaynak:** <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>, e.t.: 24/07/2020.

⁸ Oruç Hami Şener, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku*, s. 468.

¹⁰ Oruç Hami Şener, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku*, s. 468.

ve kanıtlar ortaya koyarak finansal tabloların bazı noktalarına itiraz etmesi durumunda diğer ortakların da bu konularla ilgili aydınlanacağını, tamamen yeni üyelerden oluşacak bir yönetim kurulunun genel kurul tarafından bağımsız bir şekilde değerlendirilebileceğini savunmaktadır.¹¹

Yargıtay'ın görüşü ise finansal tabloların görüşülmesinin ertelenmesi yeni yönetim kurulu üyelerinin seçimine de engel teşkil ettiği yönündedir.¹² Yargıtay mevcut yönetim kurulu üyelerinin görevden alınarak yeniden seçilmelerinin de olanaksız olduğunu savunmaktadır.¹³ Bu görüşü kabul etmek, şirketin çoğu kez yönetim organının işlevini yitirmesine ve uygulamada şirketin bir aylık süre içinde önemli zararlarla karşı karşıya kalması anlamına gelebilir.

Yönetim organının tamamen yeni olan üyelerinin seçimi halinde seçimin yapılmaması şirkette bir aksaklığa neden olmasa bile genel kurulda görüşülüp karara bağlanabilmelidir. Diğer taraftan, seçimi yapılacak üyelerin bir veya bir kısmı yeni olmakla birlikte, şirketin yönetim süresi bağlamında işlevsel açıdan bir sorunu yoksa, genel kurulda seçime ilişkin gündem maddesi görüşülmemelidir. Bu durumda erteleme ile bir hak kaybı meydana gelmeyecek, eski yönetime sonraki genel kurulda azlık tarafından açıklığa kavuşturulması gerekli noktalar sorulabilecek, böylece ortağın hesap sorma, bilgi alma ve inceleme hakkı da yerine getirilmiş olacaktır.

Ancak seçime dair erteleme şirketin işleyişinde önemli aksaklıklara neden oluyor ve seçilecek üyeler tamamen yeni üyelerden oluşuyorsa bu durumda ertelenen genel kurulda seçim maddesi görüşülebilmelidir. Bu görüşün temel dayanak noktası, azlığa tanınmış ertelemeyi talep etme hakkı ile finansal tabloları inceleme olanağının yeni yönetim kurulu üyelerinin denetimi altında kullanılmasının, eski ve asıl sorumlu olan üyelerin hesap vermektan kaçınmalarının ortaya çıkaracağı hukuksal sorun ve sakıncaların giderilmesidir.

Gerçekten de TTK m. 420/2 azlığın isteği ile ertelenen genel kurul sonrasında finansal müzakerelerin yeniden geri bırakılmasının talep edilmesini “finansal tabloların itiraza uğrayan ve tutanağa geçmiş bulunan noktaları” hakkında ilgililerin “dürüst hesap verme” ilkesine göre cevap verilmemiş olması şartına bağlamıştır. Eğer yeni üyelerin seçimine dair gündem maddesinin ertelenen genel kurulda görüşülmesine izin verilirse, azlık ibrasının görüşülmeyeceği bir yönetim kurulundan hesap sormak zorunda kalacaktır. Böylece azlığın muhatabı, finansal tabloları genel kurulun onayına sunmuş olan” ilgililer (eski yönetim kurulu üyeleri)” hesap vermeye dair son görevlerini (TTK m. 375), çağrı ve bildirim yükümünü (TTK m. 376), riskin erken saptanması ve yönetimini (TTK m. 378) ve kanun koyucu tarafından öngörülmüş diğer görev ve yükümlülüklerini bir aylık süre boyunca yerine getiremeyecektir.

¹¹ Oruç Hami Şener, **Yeni TTK Döneminde Anonim ve Limited Ortaklıklara İlişkin Verilen Yargıtay Emsal Kararlarının Değerlendirilmesi**, İkinci Baskı, Seçkin Hukuk, Ankara 2020, s. 202.

¹² Yargıtay 11 HD., T. 04/06/2018, E. 2016/11091, K. 2018/4259, **Kaynak:** <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>, e.t.: 24/07/2020.

¹³ Yargıtay 11 HD., T. 22/11/2017, E. 2016/4120, K. 2017/6419, **Kaynak:** <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>, e.t.: 24/07/2020.

Belkide bu süre boyunca bazı hataları telafi ederek şirketin olası zararları bağlamında gerekli işlemler eski üyeler tarafından yerine getirilebilecektir. Böylece şirket ortakları ile yönetim organı üyeleri arasındaki bilgi boşluğu (Informationsgefälle) doldurulmuş olacaktır.¹⁴

Bu nedenle erteleme nedeniyle oluşacak bir aylık bir ertelemenin şirkete zararları ile erteleme nedeniyle yeni üyelerin seçimi nedeniyle oluşacak zarar-fayda dengesi tartışılmalıdır. Genel kurula ait tüm gündem maddelerinin belirli bir kıstas getirilmeksizin ertelenmesi şirketin işleyişinin sürekliliği açısından sakınca doğurabilecektir. Ancak, süresi dolmamış veya süresi dolsa bile bir aylık bir ertelemenin şirketin işleyişi ve finansal durumu hakkında ciddi bir zarara neden olmayacak durumlarda genel kuruldaki diğer gündem maddelerinin müzakeresi de ertelenebilmelidir.

Gündeme bağlılık ilkesinin bir istisnasını oluşturan ve genel kurul gündeminde yılsonu finansal tablolarının müzakeresinin olması durumunda “yeni yönetim kurulu üyelerinin seçimi” olgusu bu kıstaslar çerçevesinde değerlendirilmelidir. Yargıtay yönetim kurulu üyelerinin görevden alınmaları ve yerlerine yenilerinin seçilmesinin yılsonu finansal tabloların müzakeresi maddesinden sayılacağına dair “gündeme bağlılık ilkesi”nin istisnasını, finansal tabloların müzakeresine bağlı bir konu ve dolayısı ile azlığın erteleme talebinde ertelemeye tabi olduğunu savunmaktadır.¹⁵

“...Asıl davaya yönelik temyiz itirazlarına gelince, asıl dava davalı şirketin 25.03.2013 tarihli genel kurul toplantısında alınan (4) numaralı kararın iptali istemine ilişkindir. Davacılar, davalı şirketin azınlık hisse ortağı olup, genel kurulda finansal tablolar, raporlar ve ibranın TTK 420. maddesi uyarınca ertelenmesini talep etmiş, genel kurul tarafından bu görüşmeler Yasa gereği ertelenmiştir. Ancak, aynı toplantıda mevcut yönetim kurulu üyeleri görevden alınmış ve yeni yönetim kurulu seçimine gidilerek eski yönetim kurulu üyelerinin bir kısmı yeniden yönetim kurulu üyesi olarak seçilmiştir. TTK'nın 413 üncü maddesine göre, yönetim kurulu üyelerinin görevden alınmaları ve yenilerinin seçimi yılsonu finansal tablolarının müzakeresi maddesiyle ilgili sayılır. Bu durumda yılsonu finansal tablolar müzakere edilip genel kurulca kabul edilmediği müddetçe yönetim kurulu üyelerinin görevden alınması ve yeniden seçime gidilmesi mümkün olamayacağından asıl davanın kabulü ile 25.03.2013 tarihli genel kurul toplantısında alınan (4) numaralı kararın iptali gerekirken, mahkemece yukarıda yazılı gerekçelerle asıl davanın reddine karar verilmesi doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir.”

Talebin Yapılma Zamanı

Genel kurulda müzakerelere ilişkin talep iradi bir işlemdir. Genel kurulda ileri

¹⁴ Peter Forstmoser/Marcel Küchler, “«Vertreter» im Verwaltungsrat und ihr Recht auf Weitergabe von Information”, Sethe ve Diğerleri (Hrsg.), **Kommunikation, Festschrift für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag**, Bern 2011, 35 ff., s. 48, <https://www.forstmoser.ch/publications/articles/2011-vertreter.pdf>, e.t.: 26/07/2020.

¹⁵ Yargıtay 11. HD., T. 12/12/2016, E. 2016/2098, K. 2016/9484. **Kaynak:** <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>, e.t.: 24/07/2020.

sürülmesi gereken bu iradi işlem, müzakerelerin öneminin ortaya koymaktadır. Ortada henüz bir müzakere bulunmaksızın yapılacak talepler, ertelemeye dair talep sayılamaz. Zira, müzakerenin ertelenmesine ilişkin irade görüşmeler esnasında ortaya çıkacak tablo ve bilgilerle netleşir. Öncesinde finansal tablolarla ilgili netleşen bir durum olsa bile müzakere başlamadan buna dair erteleme talep etmek genel kurul müzakeresini ve iradesini yok saymak olur. Diğer taraftan, TTK m. 420/2 bu durumu açıklığa kavuşturarak "...finansal tabloların itiraza uğrayan ve tutanağa geçmiş bulunan noktaları..." ifadesi ile itirazların ve erteleme talebinin genel kurul müzakereleri esnasında yapılması gerektiği açıkça belirtilmektedir. Ancak Karahan bunun aksine erteleme kararının genel kurul öncesinde, uygulamada da olduğu üzere, yapılabileceğini belirtmektedir.¹⁶ Bu görüşü kabul etmek, genel kurul müzakereleri ile belki de şirket müdürü veya yetkili tarafından finansal tablolar hakkında azlığın itiraz ve şüphelerinin giderilebilmesi ihtimalini ortadan kaldırmaktadır.

Uygulamada gerçekleştirilen yazılı ya da sözlü erteleme talepleri, henüz müzakere başlamadan toplantı başkanına ulaşsa bile ortada bir müzakere olmadığı için görüş bildirmekten öteye gidememektedir. Çünkü henüz bu gündem maddesinin görüşülmesine geçilmemiştir. Bu görüş kabul edildiğinde, toplantıda yapılacak her itiraz ve işlemin de toplantıdan önce toplantı başkanına iletilmek suretiyle yapılabileceğini kabul etmek gerekir.

Genel kurulda toplantı başkanlığını şirket sözleşmesinde aksine bir düzenleme yer olmadığı takdirde şirket müdürü temsil eder. Şirket müdürünün olmadığı durumlarda genel kurulun bir toplantı başkanı seçebileceğini kabul etmek gerekir.¹⁷ Toplantı başkanının genel kurul tarafından seçimi, hazırlık işlemleri, hazırda bulunanların tespiti, asgari toplantı nisabı gibi işlemlerden sonra gündem maddelerinin görüşülmesine geçilir. Müzakereler, toplantının açılması ile başlar. Her gündem maddesi görüşülmeye başladıktan sonra genel kurulun onayına ve görüşmelerine sunulur. Daha müzakereler başlamadan ve toplantı açılmadan yapılan bildirimler tutanağa geçilemez. Çünkü hazırlık işlemleri tamamlanmamıştır ve genel kurul resmi olarak açılmamıştır. Ancak gündem maddesi finansal tablolar olmamasına rağmen farklı bir gündem maddesinin görüşülmesi esnasında finansal tabloların müzakeresinin ertelenmesi talep edilebilir. Bu durum özellikler, finansal tablolara bağlı konularda kendini gösterir. Şirket yönetici ve denetçilerinin ibrası, yıllık faaliyet raporu ve finansal tablolara bağlı diğer konuların görüşülmesi esnasında müzakerelerin ertelenmesi talep edilebilir.

Müzakerenin Ertelenmesi Talebinin Reddi (Aktif Karar)

Ertelenme talebi toplantı başkanınca reddedildiğinde müzakerenin ertelenmesine sessiz kalma durumunun ortaya koyduğu hukuksal sonuç benzeri bir durum ortaya çıkacaktır. Kanunen azlık talebinin varlığı şartı gerçekleştiğinde erteleme kararı alma zorunluluğunu emreden TTK m. 420'ye göre finansal tabloların müzakeresini ertelemeyerek

talebi reddeden toplantı başkanı veya bu yöndeki genel kurul kararı kanuna açıkça aykırı olacaktır. Birinci erteleme sonrasında ikinci, ikinci erteleme sonrasında üçüncü genel kurulda da bu yönde karar verilme ihtimali vardır. Ancak birinci erteleme kararını içerecek birinci genel kuruldan farklı olarak, ikinci erteleme kararını içerecek ikinci genel kurulda dürüst hesap verme ölçüsü ilkeleri uyarınca cevap verilmemiş olma şartının gerçekleşmemiş olması ret sebebi olabilir. Müzakerelerin ikinci kez ertelenebilmesi için şu şartlar birlikte gerçekleşmelidir:

- İkinci kez erteleme talebinin konusunu finansal tabloların itiraza uğrayan ve tutanağa geçmiş bulunan noktalarının oluşturmaması,
- İlgililer (şirketin yönetim veya denetim organı) tarafından dürüst hesap verme ölçüsü ilkeleri uyarınca bu noktalara cevap verilmemiş olması.

Bu kanuni şartlardan birinin yerine gelmemesi azlığın ikinci kez erteleme talebini reddetmesini gerektirir.¹⁸ Şener, genel kurulun toplantı tutanağına yazdırılan erteleme gerekçeleri hakkında haklılık araştırması ve yorumu yapamayacağını ileri sürmektedir.¹⁹ Yazar bu ret kararının TTK m. 445 vd hükümlerine göre iptal ettirilebileceğini savunmaktadır. Aynı şekilde iptal edilebilecek kararlar yazar tarafından finansal tablolar ve buna bağlı konular olarak ileri sürülmektedir.²⁰ Bu karar azlık hakkının kullanımını zedeleyen, azlığın ve ortaklığın yönetim organı üzerindeki denetim ve inceleme yetkisini sınırlandıran, kanundan kaynaklı azlık hakkını sınırlandıran nitelikte olduğundan, kararın butlanla batıl olduğu düşünülmelidir (TTK m. 447; TTK m. 622/1; İsviçre BK. m. 706b).

Ertelenmeye İlişkin Kararın Görüşülmek Üzere Genel Kurulun Onayına Sunulması

TTK m. 420 finansal tablolar ve buna bağlı konuların müzakeresinin ertelenmesi yetkisini doğrudan toplantı başkanına vermiştir. Toplantı başkanı bu yetkiyi devredemez.²¹ Ancak, bu yetki genel kurulun iradesine devredilmişse bu durumda genel kurul talebi kabul edecek, reddedecek ya da sessiz kalacaktır.

Toplantı başkanının ertelenmesi gerekli bir müzakerenin başkan tarafından genel kurulun onayına sunulması ertelenmesinde herhangi bir hukuksal yaptırım olmamalı ve karar geçerli olmalıdır. Zira burada her ne kadar toplantı başkanına verilmiş açık devredilemez bir yetkiden bahsedilse de kanun koyucu tarafından ağırlıklı olarak azlık hakkının korunması lehine bir menfaat dengesi kurmaya çalıştığı düşünülmeli, ertelemeye dair genel kurul kararı geçerli olmalıdır.

Şener, azlığın erteleme talebine rağmen bu konuda bir karar verilmeyerek toplantının devam ettirilmesi ve genel kurulun bu şekilde sonlandırılması işleminin "iptal edilebilirlik" yaptırımına tabi olduğu görüşündedir.²² Pulaşlı, bu hakkın bir talep hakkı olduğu ve açılacak

¹⁶ Sami Karahan, *Şirketler Hukuku*, ss. 670-671.

¹⁷ Aynı görüş için bkz., Oruç Hami Şener, *Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku*, ss. 570-571. Yazar, limited şirket genel kurulundatek ortaklı şirketler hariç olmak üzere toplantı başkanı seçilmesi gerektiğini, seçilmediği takdirde genel kurul tutanağının ve alınan kararların geçersiz olacağını savunmaktadır.

¹⁸ Christa-Maria Harder Schuler/Patrik R. Peyer, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht: Fragen und Antworten - Leading Cases*, 2. Auflage, Stämpfli Verlag 2013, s. 34.

¹⁹ Şener, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku*, s. 467.

²⁰ Şener, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku*, s. 467.

²¹ Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku, Temel Esaslar*, 4. Baskı, Karahan Kitabevi, Adana 2006, s. 259.

²² Oruç Hami Şener, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012, s. 467; Aynı görüş için bkz. Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi*, 39 N 28, s. 1560.

bir iptal davasına konu edilebileceğini savunmaktadır.²³ Kanımca, genel kurulca ret ya da sessiz kalma gibi durumlarda azlık pay sahibi şirket ortaklarının finansal tablolar ve buna bağlı konulara dair bilgi alma, inceleme ve denetleme haklarını kanunen izin verilen ölçü dışında sınırlandırıldığı düşünülerek söz konusu kararların butlanla batıl olduğu kabul edilmelidir.

Toplantı Başkanının Müzakereyi Resen Ertelemesi

Toplantı başkanı, finansal tablolar ile buna bağlı konuların müzakeresini resen erteleyebilir. Resen erteleme, toplantının yasal şartlar oluşmaması nedeniyle ertelenmesi gibi tutanağı geçirilerek gerçekleştirilen bir işlemdir. Bu karar için toplantı başkanı genel kuruldan görüş ya da izin almaz, uzman bir kişiye görüş açıklamaz. Ertelemeyi talep eden azlığın TTK m. 420’de belirtilen şartları haiz bir talepte bulunup bulunmadığı toplantı başkanınca resen belirlenir. Kanunda azlık için belirlenen oran, itiraza uğrayan konular tutanağa açık bir şekilde toplantı başkanınca yazılır.

Toplantı başkanı, erteleme talebinin genel kurulun yapılmasını sürüncemede bırakmak, ibrayı engellemek, şirketin işleyişini yavaşlatmak ve şirketi zarara uğratmak gibi düşüncelerle yapıldığı gerekçesi ile yasal şartları oluşmuş bir erteleme talebini reddedemez. Karahan da toplantı başkanının erteleme kararında bir takdir yetkisi olmadığını savunmaktadır.²⁴ Ancak, toplantı başkanı bu takdir yetkisi yokluğunu ileri sürerek azlığın ertelemeyi belirten bazı ifadelerini *talep olmadığı* yönünde de yorumlayamaz. Azlığın “TTK m. 420’ye göre haklarımı talep ediyorum”, “finansal tabloları incelemek için bir ay süre istiyorum”, “bilançoyu inceleyeceğiz” gibi ifadeler de erteleme talebinin işleme alınması için yeterlidir. Toplantı başkanı, tereddüt halinde TTK m. 420’ye göre azlığa erteleme ile ilgili haklarını hatırlatabilir, müzakerede belirttiği kelimelerin bu erteleme için kullanılıp kullanılmadığını açıklığa kavuşturabilir.

Müzakere Hakkında Karar Vermeme (Pasif Karar)

Finansal tabloların müzakeresinin azlık tarafından ertelenmesi talebine rağmen toplantı başkanının bu konuda erteleme kararı vermeyerek gündem maddelerini görüşmeye devam etmesi, diğer bir deyişle azlık hakkının erteleme talebini görmezden gelmesi ve genel kurulda bu yönde bir karar alınmaması azlığın hakkını ihlal edici nitelikte bir pasif eylemdir. Bu eylemde kanun tarafından hak sahibine sağlanan hukuksal haklar yok sayılarak, kanuna açıkça aykırı bir hareketle pasif karar alınmaktadır. Pulaşlı, böyle bir durumda genel kurulun iptali cihetine gidilmesi gerektiğini savunmaktadır.²⁵

Pasif karar, kanun koyucu tarafından emredilen bir erteleme durumunu veya bir kararın alınmasını başka bir kararın alınmasına bağladığı durumlarda ortaya çıkar. Bu karar türünde toplantının ertelenmesi veya başka kararların alınması kanun tarafından belirli şartlara bağlı kılındığında ve bu şartların ortaya çıkmasına rağmen toplantı ertelenmeyerek gündem maddeleri görüşülmeye devam edildiğinde genel kurul kanuni şartlara karşı

sessiz kalmayı tercih etmektedir. Aktif olarak kanuni şartlara göre alınacak karar yerine bu şartlara karşı sessiz kalmak pasif kararı oluşturur. TTK m. 420’nin uygulanmasında bu durum çoğunlukla ortaya çıkabilmektedir. Yargıtay bir kararında TTK’nın 420/1. maddesine göre bilanço, karar, zarar hesaplarının görüşülmesinin ertelenmesi taleplerinin kabul görmemesi ve genel kurulun bir ay süreyle ertelenmemesi nedeniyle, bilanço, kâr ve zarar hesaplarının görüşülmesine ilişkin kararın iptalinin gerektiği, finansal tabloların müzakeresi ile yönetim kurulunun ibrası, yönetim kurulu faaliyet raporunun görüşülmesi hususlarının da birbiri ile bağlantılı konulardan olduğu yönündeki istinaf başvurusunda verilen ek kararın onanmasına hükmetmiştir.²⁶

²³ Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi*, 39 N 28, s. 1560.

²⁴ Sami Karahan, *Şirketler Hukuku*, s. 670.

²⁵ Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi*, 39 N 28, s. 1560.

²⁶ Yargıtay 11 HD., 06.05.2019, e. 2018/1766, K. 2019/3423, Kaynak: <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>, e.t.: 24/07/2020.

TOPLUMSAL CİNSİYETE DAYALI AYRIMCILIK

Av. Yeşim SARIÇALIK YILMAZ

1. AYRIMCILIK NEDİR?

Cinsiyete dayalı ayrımcılık diğer özellikler bir yana bırakılarak bir kişinin başka bir kişiye sırf kadın olması nedeniyle daha olumlu veya daha olumsuz davranmasıdır.¹ Cinsiyetçilik cinsiyet temelinde ayırım yapmak bir cinsi diğerinden üstün tutmak olarak tanımlanır²

Toplumsal cinsiyet ile anlatılmak istenen kadın ve erkek arasında toplumun yüklediği değerler görevler açısından oluşan farklılıklar ile sosyal ve kültürel farklılıkların ortaya çıkardığı farklılıklardır³. Toplumsal cinsiyetçilik dünyanın birçok yerinde erkeklerin lehine kurulan bir hiyerarşi ilişkisinden kaynaklanmaktadır⁴

Toplumların kültürel yapısı kadına ve erkeğe sosyal hayatta bir rol çizer. Bu roller bireylerin kişilik özelliklerinden bağımsız olarak sadece cinsiyet ayırımına göre belirlenmektedir. Bireyin toplumda herkesçe onaylanan bu rol kalıplarından çıkması da çok zordur⁵. Bu rollerin sonucunda da cinsiyetten kaynaklı zayıflıklar, özellikler ve görevler toplumlarca genel kabul görmüş ve nesilden nesile aktarılmıştır. Cinsiyet ayrımcılığı olumsuz duygu ve düşüncelerden kaynaklanabileceği gibi korumacı düşüncelerden de kaynaklanabilir. Kadınların erkeklerin arkasında ikinci planda durması gerektiği, erkeğe göre daha az önemli ve zayıf olduğu düşüncesini düşmanca ayrımcılık olarak tanımlayabiliriz. Kadının erkek tarafından korunup kollanması gerektiği düşüncesi ise korumacı olsa ve olumlu gözükse bile temelinde yine kadının zayıf görülmesinden kaynaklı cinsiyetçi ayrımcılık yatmaktadır⁶.

Toplumsal cinsiyet ayrımcılığı kadınların işgücü piyasasında da olumsuz anlamda ayrımcılıkla karşı karşıya kalmasına neden olmuştur. Özellikle işyerinde kadına uygulanan psikolojik ve cinsel tacizler ucuz ve adaletsiz ücret uygulamaları ağır mesai gibi uygulamalar kadınların maruz kaldığı ayrımcılığa örnek oluşturmaktadır⁷.

Cinsiyet ayrımcılığı toplumumuzda kalıplaşmış durumdadır. Doğumdan itibaren kadınlara ve erkeklere yüklenen roller bulunmaktadır. Yüklenen bu roller dâhilinde çocukların giyecekleri kıyafetlerin renginin seçilmesinden oyuncaklarının belirlenmesine,

¹ Öneren M, Çiftçi G. E., Özder N., Çalışanlarda Kadın İşgücü Algısı, İnsan ve Toplum Bilimleri Araştırma Dergisi, Cilt: 3, Sayı:2, 2014, s. 325.

² Alptekin, D. Çelişik Duygularda Toplumsal Cinsiyet Ayrımcılığı Sorgusu: Üniversite Gençliğinin Cinsiyet Algısına Dair Bir Araştırma, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi Sayı: 32, 2014, s. 204.

³ Öneren v.d. s. 326.

⁴ Alptekin, s. 204.

⁵ Öneren v.d. s. 326

⁶ Alptekin, s. 205.

⁷ Öneren v.d. s. 327

evde yapılacak iş bölümünden meslek seçimine kadar kalıplaşmış uygulamalar vardır. Toplumun değer yargılarının çok güçlü bir etkiye sahip olması ve bireylerin çoğunun bu değer yargılarını sorgulamadan kabul etmeleri cinsiyet ayrımcılığının önüne geçilmesini zorlaştırmaktadır⁸

Geçmişte erkek çocuklarının eğitim almasına öncelik verilmiş onların iş ve meslek sahibi olması gerektiği düşüncesi ile hareket edilmiştir. Kız çocuklarının ise eğitimlerine gereken önem verilmemiş ev işlerine yönlendirilmişlerdir. Çünkü kız çocuklarının meslek sahibi olması gerekmediği düşünülmekte asıl görevlerinin ev hizmetlerini yerine getirmek olduğu düşüncesi baskındı. Erkekler toplum içinde bir yere konulurken mesleklerine göre değer görmekte kadınlar ise birinin eşi ya da birinin annesi olarak anılmakta idi⁹

2. KADINLARIN İŞGÜCÜ PİYASASINDAKİ YERİNİN TARİHSEL GELİŞİMİ

2.1. Genel Olarak

Kadınların toplumsal yapıdaki yeri genelde ev işleri ile sınırlı kalmış işgücü piyasasında var olamamıştır. Ancak özellikle sanayi devriminin gerçekleşmesi, tarımda makineleşmenin artması ile köyden kente göçlerin olması savaşlar nedeni ile işgücünde açıkların meydana gelmesi kadına ihtiyaç duyulmasına neden olmuştur. Ancak bu sefer de kadınlar niteliksiz işlerde daha düşük ücrete daha uzun süreler çalıştırılmıştır.

Sanayileşme dönemi öncesi ev işlerinde ya da tarım işlerinde ücretsiz olarak çalışan kadınların eğitim düzeylerindeki düşüklük mesleki teknik eğitim eksikliği ve sanayi kesimde belirlenen işgücü kriterlerinden uzak olması gibi nedenlerle işgücünde yer bulamadığı daha niteliksiz işlerde çalışmak zorunda kaldığı belirtilse de bunun temelinde yatan asıl nedenler toplumsal algılar ile eğitim ve meslek edinmede fırsat eşitsizliğidir . Kadın istihdamında sanayileşme sonrası zaman zaman aksaklıklar yaşansa da genelde artış görülmüştür.¹⁰

2.2. Türklerde Tarihi Süreçte Kadının Yeri

İslamiyet öncesinde toplumsal cinsiyet ayrımı neredeyse yoktu. Bunda hem göçebe hayatın hem de Şamanizmin etkisi büyüktü. Kadın ve erkek toplumsal hayatta ve karar almada eşit haklara sahipti. Hanlar eşleri ile birlikte ülke yönetimi hakkında karar verebiliyordu. Kadınlar erkeklerle birlikte savaşmak da dahil her türlü işi yapıyordu. Şamanizm gereği de kadın ve erkek birbirinden üstün görülüyordu.

İslamiyet'in kabul edilmesinden sonra ise özellikle Arap kültüründen etkilenilmesi ve dinin hatalı yorumlanması sonucu kadın erkeğin arkasında ikinci planda kalmıştır.

Osmanlı döneminde Tanzimat dönemiyle birlikte kadının çalışma hayatında sınırlı bir yeri olmuştur. 1839 Tanzimat fermanıyla birlikte kölelik ve cariyelik kaldırılmış kız ve

⁸ Öneren v.d. s. 327.

⁹ Köyüstü Erdeniz S. Türk Toplumunda Kadınların Cinsiyet Rollerine Sosyolojik Bir Yaklaşım, Akademik Sosyal Araştırma Dergisi, Sayı:61, 2017, s. 509.

¹⁰ Tahtalıoğlu H. Türkiye'de Yükseköğretim Kurumlarında Cam Tavan Sendromunun Kadınlar Üzerindeki Etkileri, Niğde Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 9(2), 2016, s. 90

erkek çocuklarına veraset haklarında eşitlik tanınmıştır¹¹ Bu dönemde kadınlar halıcılık, dokumacılık ve tarım sektörleri gibi birkaç alanda kısıtlı olarak ancak kötü koşullarda ve düşük ücretlerle çalışmışlardır. Tüm dünyada olduğu gibi Osmanlı'da da savaş dönemlerinde kadın istihdamında artış olmuştur¹². Osmanlı döneminde ise kamusal alanda ilk defa sağlık sektöründe çalışmaya başlamışlardır. Sonrasında ise eğitim sektöründe çalıştıklarına rastlanmıştır.

Cumhuriyet döneminde ise kadın haklarının korunmasına ilişkin düzenlemelerin yapılması ile kadın istihdamında artış görülmüştür. Ancak yine de bu artış yüksek bir artış değildir. Erkeklerin savaşa gitmesi nedeni ile çalışmaya başlayan birçok kadın ev işlerine geri dönmüştür. Gelişmiş birçok ülkeye göre ülkemizde kadının işgücü piyasasına girmesi daha geç olmuştur.

3. KADINLARIN İŞGÜCÜNE KATILIMINI ETKİLEYEN FAKTÖRLER

3.1. Toplumsal Bakış Açısı

Tarih öncesi çağlardan itibaren insanın on binlerce yıl anaerkil toplumsal sistemi içinde eşitlikçi bir toplum yapısı içinde yaşadığı düşünülmektedir. Anaerkil toplum düzeni kadın ve erkeğin ortaklaşa yaşam biçimi ile kendiliğinden oluşan toplumsal bir yapıdır. Bu dönemde özel mülkiyetin bulunmaması, ihtiyaçların karşılanmasında ürün üretme ve doğanın önemli ve güçlü olması ve neslin devamlılığını sağlayan kadının doğurganlığının doğanın verimliliği ile eş tutulması kadını bir simge haline getirmiştir¹³

Toplayıcılık döneminden sonra insanın eti pişirmesi, ürettiği aletlerle beslenme ihtiyacı karşılaması, özellikle bu aletlerin erkek tarafından kullanımı ve kadınların ihtiyacı karşılamada pasif kalması toplumsal yapıyı değiştirse de erkeğin babalık kavramı oluşmamış buna rağmen kadının doğurganlıktan gelen gücü halen devam etmektedir¹⁴. Kaldı ki eski döneme ait yapılan arkeolojik kazılarda bereket tanrıalarının kadın olması da kadınların tanrılaştırıldığının bir göstergesidir.

Kadının ve kadınlığın toplumsal bellekte, tanrıça analığa yükseldiği dönemler olan: İnsanın biyolojik ve toplumsal yapıları ve iş bölümünün şekillendiği paleolitik dönem (Yontma Taş Çağı / İÖ 2 Milyon yıl – İÖ 12000), anaerkil toplum yapısının oluştuğu mezolitik dönem (Orta Taş / İÖ 12000 – İÖ 6000) ve anaerkil düzenin yapılandığı erken neolitik (Yeni Taş Çağı / İÖ 6000 – İÖ 3000) dönemler, İÖ 3000'lerde son bulmaya başlamıştır. Bu dönemden sonra, günümüze dek gelişen toplumsal düzen, anaerkil toplum yapısının ataerkil toplum yapısına doğru evrilmesinin koşullarını yaratmıştır.¹⁵

Anaerkil düzen aslında kadının maddi varlığı, fiziksel yapısı ve doğurgan özelliği

onu doğanın bir numaralı yansıtıcısı yapmaktadır. Ancak ne zaman ki insanın mülkiyet, güvenlik ve güç-iktidar ilişkileri doğayla çatışmaya başladı, işte o zaman doğayla beraber anaerkil düzen de bu değişkenlerin değiştirdiği yaşam tarzına karşıarak, kendi varlığını yok etmiştir¹⁶.

Anaerkil toplum özellikle üretim araçlarının değişimi artan ürün ile birlikte artı değer mülkiyetinin ortaya çıkması ile birlikte yerini ataerkil topluma bırakmıştır. Hayvancılık ve çiftçiliğin gelişimi, madenlerin işlenmeye başlanması, zanaatkarların ortaya çıkışı ile üretimde her şeyin birlikte yapılması olgusu yıkılmış işbölümü süreci ile birlikte üretim sürecinden öncelikle yaşlılar ve kadınlar uzaklaştırılmıştır. İhtiyaçtan fazla ürün üretilmesi ile birlikte zenginlik araçları toplumda belirli kişilerde toplanmaya başlamıştır. Böylece sınıf olgusunun temelleri atılmıştır. Biriken zenginliğin korunması adına askeri güç, özel mülkiyet kanunları ve din gibi araçlar kullanılmıştır. Yine biriken zenginliği korumak için soyun devamının ve kadının doğurganlığının erkek tarafından kontrol altına alınabilmesi için baba hukukuna geçiş evliliği düzenleyen yasalarla birlikte gerçekleşmiştir. Böylece kadın üretimin dışına itilmiş ve baba soyunun devamlılığını sağlama rolünü üstlenmiştir¹⁷

Geçmişten günümüze kadının rolü annelik ve eş çerçevesinde belirlenmiş ve sınırlanmıştır. Gelir getirici ev dışı işlerin erkekler tarafından ev işleri ile çocuk bakımı gibi işlerin kadınlar tarafından yapılması gerektiği nerdeyse dünyadaki tüm toplumlarda kabul edilmiş ve kanıksanmıştır. Bunun sonucu olarak da kadınlar ekonomik yönden erkeğe bağımlı hale geldiği gibi işgücü anlamında da erkeğin yedeği haline gelmiştir.¹⁸ Temelde biyolojik nedenler esas alınarak bu rol dağılımı belirlenmiş özellikle kadının doğurganlık özelliği çocuk bakımı ile birlikte ev işlerinin de kadın üzerine bırakılmasına yol açmıştır. Devamında dini inançlar ile birlikte bu rol dağılımı keskinleşmiştir¹⁹

3.2. Kadının Aile İçindeki Yeri

Ataerkil topluma geçişle birlikte kadın aile içinde evin ve çocukların bakımı erkeğin ihtiyaçlarını giderme gibi roller üstlenmiştir. Çalışma hayatında ise toplumsal kalıplar sonucu oluşan ve eşin izin verdiği belli başlı işlerde eşin izin verdiği ölçüde çalışmışlardır. Sanayi devriminin gelişimi, kırsaldan kente göç İkinci Dünya Savaşı ile birlikte ortaya çıkan işgücü açığı değişimi beraberinde getirmiş ve kadının işgücüne katılma oranı artmıştır. Ancak bu sefer kadınlar daha kötü koşullarda daha uzun çalışma saatleri ile ve daha düşük ücretle çalışmaya başlamıştır. Ayrıca kadının dışarıda çalışmaya başlaması ve evdeki sorumluluklarını azaltmamış kadın ile erkek arasında evde yapılan işler için bir iş bölümü gerçekleşmemiştir²⁰.

¹¹ Parlaktuna, İ. Türkiye'de Cinsiyete Dayalı Meslek Ayrımcılığın Analizi, Ege Akademik Bakış, Cilt:10, Sayı :4, 2010, s. 1220

¹² Tahtalıoğlu, s. 92.

¹³ Kaya Erdem B., Baydaş Sayılğan Ö. Ataerkil ve Anaerkil Toplumun Tarihsel Savaşının "Avatar" Filmi Bağlamında İncelenmesi, İletişim Çalışmaları Dergisi, Sayı:1, 2012, s. 114-115

¹⁴ Kaya Erdem B., Baydaş Sayılğan Ö, s. 116.

¹⁵ Kaya Erdem B., Baydaş Sayılğan Ö, s. 116.

¹⁶ Demirhan Serinken N. Anaerkil Toplumun Sonu, Uluslar arası Sosyal Araştırma Dergisi, Cilt:9, Sayı:42, 2016, s. 1071.

¹⁷ Kaya Erdem B., Baydaş Sayılğan Ö, s. 117

¹⁸ Hüseyinli N. Hüseyinli T. Çocuk Bakımının Kadın İşgücü Üzerine Etkileri ve Hukuki Düzenlemeler, Akdeniz İ.İ.B.F. Dergisi, 34, 2016, s. 110

¹⁹ Hüseyinli N. Hüseyinli T. s.111

²⁰ Hüseyinli N. Hüseyinli T. s.112

Yine bu süreçte kadının çalışıp çalışmayacağına karar verme yetkisi evin erkeğinde idi. Öncelik erkeğin iş hayatında ilerlemesi ve yükselmesidir. Kadın erkeğin başka şeylerle ilgilenmemesi için yapması gereken her şeyi yapmalıdır. Evin sorumluluklarını tamamen yüklenmeli eşini bu konuda rahatlatmalıdır. Kadının aile içindeki görevi bu şekilde çizilmiştir. Kadın başarılı erkeğin arkasındaki görünmeyen eldir.

Ev içi sorumlulukların iş hayatına etkisi olduğu açıktır. Gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerde kadınların ev işlerine ayırdıkları emek erkeklere oranla 2,5 kat fazladır. Kadının çalışmaya başlaması ev içi bakım hizmetlerindeki dağılım oranını değiştirmemektedir. Kadınların tam zamanlı işlerle beraber ev işlerine harcadıkları zaman birlikte değerlendirildiğinde fiziksel kapasitelerinin zorlandığı anlaşılmaktadır²¹. Yine özellikle yüksek nitelikte ve pozisyonlarda çalışmak üzere evli kadınlar tercih edilmemektedir ya da çalışırken evlenen kadınlar sadece evlendikleri için işten çıkartılabilmektedir. Çünkü evdeki sorumluluklarının iş hayatlarına engel olacağı kanısı mevcuttur. Bu durum kadınların daha üst pozisyonlarda çalışmalarına engel olmaktadır.

Ayrıca kadının çalışıp çalışmayacağına karar verilmesi, parasının elinden alınması, yapacağı işe harcamalarına karışılması, şahsi mallarına el konulması, evde yapılacak harcamalarda söz hakkı olmaması gibi durumlar kadınlara yönelik ekonomik şiddetin örneğidir. Ülkemizde ve dünyada birçok kadın fiziksel olduğu kadar ekonomik şiddete de maruz kalmaktadır²²

3.3. Eğitim

Kadınların eğitim düzeyleri arttıkça işgücüne katılma oranları da artmıştır. Toplumlarda özellikle bizim toplumumuzda kız çocuklarının eğitimine erkek çocukları kadar önem verilmemiştir. Aileye erkek çocuğun bakacağı düşüncesi ile ailenin kısıtlı imkanı varsa, aile bu imkanı erkek çocuğunun eğitimi için kullanmayı tercih etmiştir. İmkânı olan birçok ailede kız çocuklarını okutmak konusunda istekli davranmamıştır. Kadın zaten bir erkeğin hâkimiyetinden çıkıp başka bir erkeğin hâkimiyetine girecek ve bundan sonrada kendi ailesine bir yararı olmayacaktır. Erken yaşta evlilik kızların ev işlerinde çalıştırılması gibi nedenlerle birçok kız çocuğu eğitim hayatına devam edememiştir.

Teknolojik gelişmeler, her yere ulaşımın sağlanması, okul sayısının artması zorunlu eğitimin getirilmesi gibi düzenlemeler kız çocuklarının okula devam etmesine olanak sağlamıştır. Ancak ülkemizde yapılan birçok projeye ve çalışmaya rağmen halen okula devam edemeyen kız çocukları azımsanmayacak sayıdadır.

Ayrıca kalıplaşmış toplumsal cinsiyet rollerine eğitim müfredatı içinde yer verilmesi çocukların cinsiyet eşitsizliğini fark etmeden bu eğilimle büyümesine neden olmakta ayrımcı eğilimleri güçlendirmektedir²³

²¹ Maktav D.S. İşgücü Piyasasında Cinsiyet Ayrımcılığının Ücret Politikasına Yansıması ve Birleşmiş Milletler Antlaşmalarındaki Yeri, Uluslararası Sağlık Yönetimi ve Stratejileri Araştırma Dergisi, Cilt:5 Sayı:2, 2019, s. 106.

²² Aslanova K., Medeni Kanun Kapsamında Kadına Yönelik Şiddet, Uluslar arası Hakemli Beşeri ve Ekonomik Bilimler Dergisi, Cilt:3 Sayı:8, 2014, s. 51.

²³ Maktav, s. 108.

Kadınların eğitim seviyesi yükseldikçe iş gücüne katılma oranlarının arttığı açıktır. Yine kadınların eğitim seviyesi arttıkça kadınların gelir düzeyinin de arttığı gözlemlenmiştir. Ancak kadının gelir düzeyinin yükselmesine rağmen tüm düzeylerde erkeklerden daha düşük ücret almaktadırlar²⁴

3.4. Ücret Farklılığı

Ücret farklılığı aynı işi veya aynı değerde işi yapan kadının toplumsal cinsiyete dair önyargılardan başka bir sebep olmaksızın erkeklerden daha düşük ücrete tabi tutulmasıdır²⁵

Genel anlamda kadınlara erkeklere oranla daha düşük ücret verme eğilimi bulunmaktadır.

3.5. Cinsiyetlere Bölünmüş İşgücü Piyasası ve Önyargılar

Toplumsal önyargılar kadınlara yakıştırılan duygusallık daha itaatkar olması gibi görüşler, liderlik vasfının az olduğu düşüncesi, kadınların erkeklerden emir almaktan hoşlanmayacağı algısı gibi durumlardır. Aynı işi erkek yaptığında çevrede becerikli olarak algılanırken kadının başarması halinde kuşkuyla yaklaşılmakta yine de beceriksiz bulunabilmektedir²⁶

Cinsiyetler arasında bölünmüş emek piyasasında kadınların erkek meslekleri olarak görülen yüksek ücretli ve statülü pozisyonlarda erkeklerle eşit şartlarda yarışmamaktadır. Mevcut önyargılar nedeni ile bazı kadınların bazı mesleklerde başarılı olamayacağı düşüncesi mevcuttur. Bu durum kadınların daha düşük ücretli sektörlere kaymasına neden olmaktadır. Toplumsal cinsiyet rolleri çerçevesinde kadın ve erkeklere uygun olduğu kanısıyla bölünen işler iş ilanlarında mülakat aşamasında bu süreçlerin sonucunda aday seçiminde kendini göstermektedir²⁷

Bazen iş ilanlarında açıkça aranan cinsiyet belirlenirken çoğu zaman cinsiyet ayrımı açıkça yapılmamaktadır. Ancak sorulan soruların niteliği mülakatta erkek adayların tercihi gibi durumlar cinsiyet ayrımcılığının açıkça yaşandığını göstermektedir. Özellikle kadınlara mülakat aşamasında erkeklerden farklı olarak evli olup olmadığı evlenmeyi düşünüp düşünmediği ve çocuk sahibi olmayı düşünüp düşünmediğinin sorulmasının temelinde kadınların ev işlerine ayıracağı zaman düşünülmekte yani cinsiyetçi ayrımcılık yapılmaktadır.

3.6. Fırsatlara Erişimde Eşitsizlik

Kadınlar eğitimden sağlığa kadar birçok alanda temel ihtiyaçlara ulaşmakta erkeklere göre zorluk çekmektedir. Yukarda eğitim başlığı altında belirttiğimiz gibi kadınların okula başlama ve devam etme oranları erkeklerden daha düşüktür. Eğitim

²⁴ Özaydınlık, K. Toplumsal Cinsiyet Temelinde Türkiye’de Kadın ve Eğitim, Sosyal Politika Çalışmaları Dergisi, Sayı:33, 2014, s. 104.

²⁵ Maktav, s. 106.

²⁶ Karataş A. Bankacılık Sektöründe Cinsiyete Dayalı Kariyer Farklılaşması: Muğla Örneği, Organizasyon ve Yönetim Bilimleri Dergisi, Cilt:5 Sayı:2 2013, s.6

²⁷ Maktay, s. 107

hakkından yeterinde yararlanamayan kadınlar emek piyasası taleplerine yeterince cevap verememektedir. Bunun sonucu ya daha düşük ücretle daha niteliksiz işlerde çalışmaktalar ya da işgücü piyasasının dışında kalmaktadırlar.

Yine kadınların sağlık hizmetinden yararlanamaması erken yaşta evlilik ve erken yaşta gebelik gibi nedenlerle sağlık sorunları yaşamakta ya da hayatlarını kaybetmektedirler. Yine kadınlar önyargılar ya da ailesel nedenlerle bir işe girmekte kendilerini kabul ettirmekte ve işte yükselmede aynı özellikleri taşıdıkları erkeklere göre zorluk çekmektedirler.

3.7. Cam Tavan Sendromu

Kadınların işgücünde bir tür resmi olmayan ve somut bir şekilde varlığı ortaya çıkarılamayan engellerle karşılaşmalarına cam tavan sendromu denilmektedir. Kadınların özellikle işyerlerinde yükselmesine ve üst düzey görevlerde çalışmasına engel olunması ile ilgili bir kavram olan cam tavan sendromu sadece özel sektörde değil kamu sektöründe politik yaşamda ya da akademik yaşamda görülmektedir²⁸

Ulusal ve uluslararası düzeyde cinsiyet ayrımcılığının önüne geçmek için bir sürü yasal düzenleme yapılmasına rağmen halen işgücünde kadınların önünde görünmez engeller bulunmaktadır.

Cam tavanın ortaya çıkışı 1984 yılında Adweek Dergisi'ne editör Gay Bryant'ın verdiği röportajdır. Röportajda kadınların bir noktaya kadar yükselebildikleri ancak bu noktaya saplanıp kaldıkları ifade edilmiş ve bu nokta cam tavan olarak adlandırılmıştır. 1986 yılında Hymowitz ve Schellhardt tarafından Wall Street Journal'da yayınlanan makalede cam tavan “örgütsel hiyerarşide üst düzey yönetimin hemen altında yer alan ve kadınların bu düzeye yükselmelerini engelleyen veya kısıtlayan engeller şeklinde tanımlanmıştır. Kavram 1991 yılında ABD Kongresi'nin gündemine gelmiş, Cam Tavan Yasası ile birlikte Cam tavan Komisyonu kurulmuştur²⁹

Cam tavan sendromunda cam görünmez engelleri simgelemektedir. Kadınların işgücünde yükselmesinin önündeki engeller somut engeller değildir. Büyük ölçüde önyargılar ve ya genel kanılardan kaynaklı soyut engellerdir. Kadının istediği üst düzey pozisyonlara gelememesindeki nedenlerden biri çalışma yaşamında sosyal dışlanmışlık riski ile kaşı karşıya kalan kadının çalışma yaşamından beklediği ekonomik, sosyal ve psikolojik beklentilerin sağlanamamasıdır.

Kadınları cam tavan sendromunu yaşamalarının nedenlerini bireysel, örgütsel ve toplumsal nedenler olarak başlıklara ayırabiliriz. Bireysel nedenlerin başında kadınların çoklu roller üstlenmesi, kişisel tercihleri yer almaktadır. Kadın içinde yaşadığı toplumun kalıplaşmış algıları sonucu özgüven eksikliği ve bireysel isteksizlik de yaşamaktadır.³⁰ Yine toplumun verdiği rolleri yerine getirememesi korkusu ile dışlanmışlık hissidi kadınların önünde bir engeldir. Örgütsel nedenleri ise örgüt kültürü, örgüt politikasının kadın çalışanı bakış açısı, kadınların kurum içinde kurulmuş resmi olmayan iletişim ağından uzak kalması gibi nedenler sayılabilir³¹ Toplumsal nedenler olarak da cinsiyete dayalı meslek ayrımı ile

kadınlardan beklenen sorumlulukların yerine getirilemeyeceği algısı, kadın önceliğinin iş değil aile ve ev olması düşüncesi sayılabilir.

Ayrıca üst düzey erkek yöneticiler kadınların yükselmesine sıcak bakmamaktadır. Bunun temelinde kadınların yönetimde başarılı olamayacaklarını düşünmektedirler. Ayrıca kadınların liderlik kararlılık azim gibi özellikleri taşımadıklarına dair inançları da yönetici olarak istemelerine engeldir. Yine erkek yöneticiler kadın yöneticilerle anlaşamayacaklarını düşünmektedirler. Ülkemizde sorun daha da derindir. Erkekler iş yaşamında kadınlarla aynı odayı paylaşma konusuna bile sıcak bakmamaktadır. Kadınlara iş yerinde de abla diye hitap edildiği dikkate alındığında bir erkek için kadına efendim demek zor gelmektedir. Ülkemizde aynı işi yapan birçok erkek kendini kadından daha üstün ve başarılı görmektedir.

Yönetici konumundaki kadınlarda kıskançlık çekememezlik ya da tek olma düşüncesi ile hemcinslerinin yükselmesine sıcak bakmamakta hatta engel olmaktadır.

Gelişmekte olan birçok ülkede olduğu gibi Türkiye'de de kadın istihdamının yoğunlaştığı yer kamu sektörüdür. Buna rağmen kamudaki yöneticilerin büyük bir çoğunluğu erkektir. Örneğin Türkiye İstatistik Kurumunun verilerine göre 2018-2019 öğretim yılı içinde 18097 erkek profesör varken kadın profesör sayısı 8356 dır³² Yöneticilik için literatür anlamında aranan özelliklere bakıldığında risk alma, cesaret, rekabet edebilme yatkınlığı, analitik düşünme, problemleri çözme, öncül olma, esneklik gibi özellikler sayılmaktadır. Tüm dünyada da bu özelliklerin erkeklere ait özellikler olduğu algısı vardır. Kadınların ise yapıları gereği daha kırılgan, nazik, itaatkar, uyumlu olduğu düşüncesi yaygındır³³

3.8. Kadınların İçsel Durumu

Çocukluktan itibaren kadınların ataerkil kalıplarla büyütülmesi iş hayatında geri planda durmasına neden olmuştur. İş hayatında yoğun çalışma sonucu evini çocuklarını kocasını ihmal edeceği korkusu, yetemeden kaynaklı eksiklik ve başarısızlık hissi, toplum tarafından yargılanma ve dışlanma korkusu kadınların işgücünde yeterli derecede rol almasına engel olmaktadır³⁴

4. CİNSİYET AYRIMCILIĞINA KARŞI ULUSLARARASI DÜZENLEMELER

Kadınların statüsünü yükseltmek üzere sürdürülen mücadeleler, Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konsey çatısı altında 1946 yılında oluşturulan Kadının Statüsü Komisyonu'nun öncülüğünde farklı bir önem ve resmiyet kazanmıştır. Kadının Statüsü Komisyonu, Birleşmiş Milletler tarafından 1948 yılında ülkelerin onayına sunulan İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin cinsiyet ayrımı gözetmeksizin kaleme alınmasına da önemli katkıda bulunmuştur.

²⁸ Utma, S. Kadına Yönelik Cinsiyet Ayrımcılığı ve Cam Tavan Sendromu, s.46.

²⁹ Utma, s. 49

³⁰ Tahtaloğlu, s. 90.

³¹ Tahtaloğlu, s. 92.

³² <http://www.tuik.gov.tr/UstMenu.do?metod=kategorist> erişim tarihi 13.10.2019

³³ Tahtaloğlu, s. 96.

³⁴ Karataş, s.7

4.1. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (İHEB) 10 Aralık 1948 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilmiştir. Bağlayıcı olmamasına rağmen bu bildirgenin yayınlanmasının ardından insan hakları, düşünce ve siyaset dünyasının merkezine geri dönülemez bir tarzda yerleşmiş, uluslararası ilişkilerin ayrılmaz bir parçası olmuş ve küresel ahlâk normları haline gelmiştir³⁵

Bildirgenin 2. maddesi “Herkes, ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi veya başka bir görüş, ulusal veya sosyal köken, mülkiyet, doğuş veya herhangi başka bir ayırım gözetmeksizin bu bildirge ile ilan olunan bütün haklardan ve bütün özgürlüklerden yararlanabilir” şeklindedir³⁶

Herkesin cinsiyet ayrımı olmaksızın tüm haklardan yararlanabileceği vurgulanmıştır.

Bildirgenin 23. maddesi ise “Herkesin çalışma, işini serbestçe seçme, adaletli ve elverişli koşullarda çalışma ve işsizliğe karşı korunma hakkı vardır. Herkesin, herhangi bir ayırım gözetmeksizin, eşit iş için eşit ücrete hakkı vardır.” Şeklindedir.

Bu madde ile işgücünde ücret fırsat ayrımcılığının yasaklandığı söylenebilir.

4.2. Eşit Değerde İş İçin Erkek Ve Kadın İşçiler Arasında Ücret Eşitliği Hakkında 100 No’lu Sözleşme

Cenevre’de 6 Haziran 1951 tarihinde otuz dördüncü toplantısını yapan Milletlerarası Çalışma Teşkilatı Genel Konferansı; eşit değerde iş için erkek ve kadın işçiler arasında ücret eşitliği prensibi ile ilgili Eşit Değerde İş İçin Erkek Ve Kadın İşçiler Arasında Ücret Eşitliği Hakkında 100 No’lu Sözleşmeyi kabul etmiştir.

Türkiye söz konusu sözleşmeyi 13 Aralık 1966 tarihinde imzalamıştır.

Sözleşme ile her üye, eşit değerde iş için erkek ve kadın işçiler arasında ücret eşitliği prensibini teşvik etmek ve bunun sağlanması için gerekli düzenlemeleri ve kontrolleri yapmayı önlemleri almayı kabul etmektedir.³⁷

4.3. 111 Nolu Sözleşme Ayrımcılık (İş Ve Meslek) Sözleşmesi

Cenevre’de 4 Haziran 1958 tarihinde yapılan toplantıda Milletlerarası Çalışma Teşkilatı Genel Konferansı; 111 nolu sözleşmeyi imzalamıştır.

Türkiye söz konusu sözleşmeyi 13 Aralık 1966 tarihinde imzalamıştır.

Sözleşme uyarınca yapılan iş veya meslek edinmede veya edinilen iş veya meslekte tabi olunacak muamelede her türlü ayrımcılığı yasaklamış ve bu ayrımcılığın önüne geçilmesi için üye devletlerin gerekli tedbirleri alması gerektiği düzenlenmiştir. Ayrıca bu sözleşmede ele alınan anlamda her türlü ayrımı ortadan kaldırmak amacıyla iş veya meslek edinmede ve edinilen iş veya meslekte tabi olunacak muamelede eşitliği geliştirmeyi hedef tutan milli bir politikanın izlenmesi gerektiği düzenlenmiştir.³⁸

³⁵ Binici, Görkem s. 52

³⁶ http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/h_rights_turkce.pdf erişim tarihi 11.10.2019

³⁷ <http://www.ankarabaru.org.tr/Siteler/2012yayin/2011sonrasikitap/kadin-haklarina-iliskin-uluslararasi-duzenlemeler.pdf> erişim tarihi 11.10.2019

³⁸ <http://www.ankarabaru.org.tr/Siteler/2012yayin/2011sonrasikitap/kadin-haklarina-iliskin-uluslararasi-duzenlemeler.pdf> erişim tarihi 11.10.2019

4.4. Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme ve Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme

16 Aralık 1966 tarihli BM Genel Kurulunda onaylanarak kabul edilen bu sözleşmeler “İkiz Sözleşmeler” olarak da anılmaktadır. Türkiye İkiz Sözleşmeleri 2000 yılında imzalamış, 2003’te onaylanmıştır. İnsan Hakları Evrensel Bildirisinin yayınlanmasından sonra üye devletlere ekonomik, sosyal ve siyasi haklar konusunda uluslararası hukuki yükümlülükler yükleyen bağlayıcı nitelikteki İkiz Sözleşmeler, medeni ve siyasi hakların kullanılmasında, evlilik birliğinde, ekonomik ve sosyal hakların kullanılmasında, çalışma koşullarında ve ücretlendirmelerde kadın erkek eşitliğini güvence altına almakta, kadınların analık döneminin korunmasına ilişkin hükümlere yer vermektedir³⁹.

4.5. Eşit Değerde İş İçin Erkek ve Kadınlar Arasında Ücret Eşitliği Hakkında 100 No’lu İLO Sözleşmesi

1951 yılında Milletlerarası Çalışma Bürosu tarafından Cenevre’de yapılan Milletlerarası Çalışma Teşkilatı Genel Konferansında Eşit Değerde İş İçin Erkek ve Kadınlar Arasında Ücret Eşitliği Hakkında 100 No’lu İLO Sözleşmesi kabul edilmiştir. Sözleşmeyi Türkiye 1966 yılında imzalamıştır.⁴⁰

Kanunun 1. maddesinde eşit değerde iş için erkek ve kadın işçiler arasında ücret eşitliği” deyimi, cinsiyet esasına dayanan bir ayırım gözetmeksizin tespit edilmiş bulunan ücret olarak tanımlanmıştır. sözleşmeye taraf ülkeler eşit değerde iş için kadın erkek işçilerin eşit ücret alması yönünde gerekli düzenlemeler yapmakla sorumlu tutulmuşlardır.⁴¹

4.6. Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine İlişkin Sözleşme

Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW), kadınlara karşı yapılan her türlü cinsiyete dayalı ayrımcılığı ortadan kaldırmak ve kadın haklarını

³⁹ http://www.sp.gov.tr/upload/xSPTemelBelge/files/RySPo+KADININ_GUCLENMESI_STRATEJI_BELGESI_VE_EYLEM_PLANI_2018-2023_.pdf erişim tarihi 11.10.2019

⁴⁰ https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/belge/uluslararasi_belgeler/100%20NOLU%20E%C5%9E%C4%B0T%20DE%C4%9EERDE%20%C4%B0%C5%9E%20%C4%B0%C3%87%20%C4%B0N%20ERKEK%20VE%20KADIN%20%C4%B0%C5%9E%C3%87%20%C4%B0LER%20ARASINDA%20%C3%9CCRET%20E%C5%9E%C4%B0TL%C4%B0%C4%9E%C4%B0%20HAKKINDA%20S%C3%96ZLE%C5%9EME.pdf erişim tarihi 11.10.2019

⁴¹ https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/belge/uluslararasi_belgeler/100%20NOLU%20E%C5%9E%C4%B0T%20DE%C4%9EERDE%20%C4%B0%C5%9E%20%C4%B0%C3%87%20%C4%B0N%20ERKEK%20VE%20KADIN%20%C4%B0%C5%9E%C3%87%20%C4%B0LER%20ARASINDA%20%C3%9CCRET%20E%C5%9E%C4%B0TL%C4%B0%C4%9E%C4%B0%20HAKKINDA%20S%C3%96ZLE%C5%9EME.pdf erişim tarihi 11.10.2019

korumak amacına yönelik yasal standartları bir araya getiren ve taraf devletler üzerinde bağlayıcı niteliği olan uluslararası hukuk aracıdır. Bu belge, taraf devletlerde kadınların kanun karşısında eşitliğinin sağlanmasının ötesine geçerek, kadınların siyasal, sosyal, ekonomik ve kültürel yaşamda erkeklerle eşit konumda olmaları ilkesini benimsemekte, devletleri bu amaçları gerçekleştirmek için özel, geçici önlemler almaya yöneltmekte ve kadınlarla erkekleri, ayrımcı toplumsal rollerle tanımlayan geleneksel ve kültürel davranış kalıplarını ve tutumları dönüştürmek için önlem almaya zorlamaktadır⁴²

Sözleşme, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 19 Aralık 1979 tarih ve 34/180 sayılı kararıyla kabul edilmiş, 1 Mart 1980 tarihinde imzaya açılmış ve 27. Maddesine uygun olarak 3 Eylül 1981 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Türkiye, Sözleşme'nin onaylanmasını 11.06.1985 tarihli 3232 sayılı Kanun ile uygun bulmuştur. 24.07.1985 tarihli ve 85/9722 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile onaylamış ve 14.10.1985 tarih ve 18898 sayılı Resmi Gazetede Türkçe çeviriyle beraber yayımlanmıştır. Onay belgesi 20.12.1985 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliğine verilmiştir. Sözleşme'nin 27. maddesinin 2. fıkrası uyarınca katılma belgesinin verilmesinden 30 gün sonra, 19.01.1986 tarihinde uluslararası hukuk bakımından da Türkiye'nin taraf olması gerçekleşmiştir⁴³

Sözleşmenin 1. maddesinde kadınlara karşı ayrımcılık; “siyasal, ekonomik, sosyal, kültürel, kişisel veya diğer alanlardaki kadın ve erkek eşitliğine dayanan insan haklarının ve temel özgürlüklerin, medeni durumları ne olursa olsun kadınlara tanınmasını, kadınların bu haklardan yararlanmalarını veya kullanmalarını engelleme veya hükümsüz kılma amacını taşıyan veya bu sonucu doğuran cinsiyete dayalı her hangi bir ayırım, dışlama veya kısıtlama anlamına gelir.”⁴⁴ Şeklinde tanımlanmıştır.

Söz konusu sözleşme ile taraf ülkelere kadınlara karşı her türlü ayrımcılığa karşı tedbir alma yükümlülüğü getirilmiştir. Yine sözleşmede taraf devletlerin toplumsal yapılarında kadın ve erkek rolleri açısından mevcut önyargıların değiştirilmesi için çalışma yapılması gerektiği vurgulanmıştır. Sözleşmeye taraf olan devletler kadınların insan haklarının var olmasını, yaşama geçirilmesini geciktiren ya da engelleyen toplumsal, ekonomik, politik veya kültürel her türlü olumsuz koşul veya etkinin yok edilmesi gerektiğini kabul etmektedir

Taraf devletler sözleşmenin ilkeleri doğrultusunda yasal düzenlemeler yapmayı taahhüt etmişlerdir. Bu ilkeler, işgücü piyasasında cinsiyet ayrımcılığı olmadan eşit fırsatlar sağlaması, cinsiyete dayalı mesleki ayırımının ve ücret farklılığının ortadan

⁴² Umut Belek Erşen, (Yüksek Lisans Tezi)Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi Ve Denetim Mekanizması, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı, Ankara, 2006, s.8

⁴³ Kale Özçelik, F. Kadınlara Karşı Her Biçimiyle Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi'nin Usule Ve Esasa İlişkin Düzenlemeleri Ve Türk Anayasa Hukuku'na Yansımaları s.320

⁴⁴https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/belge/uluslararasi_belgeler/ayrimcilik/CEDAW/CEDAW_Sozlesmesi_ve_Ihtiyari_Protokolu.pdf erişim tarihi 06.11.2019

kaldırılması, kayıt dışı kadın istihdamının önüne geçilmesi, hamilelik/annelik durumuyla ilgili düzenlemeler gibi konuları kapsamaktadır⁴⁵

Söz konusu sözleşme ile özellikle altı çizilen husus, kadınların insan haklarının dünyanın her köşesinde, her toplumda/kültürde ve her kadın için aynı olduğu ve toplumsal konum, medeni hal gibi değişkenlerden bağımsız olarak her kadın için aynı şekilde tanınması gerekliliğidir⁴⁶

Sözleşmenin uygulanmasına dair gelişmeleri izlemekle görevli olmak üzere ‘Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Kaldırılması Komitesi’ kurulmuştur. Sözleşmenin taraf devletlerce yaşama geçirilmesinin etkin olarak denetlenmesi amacıyla hazırlanan ve Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda kabul edilerek 2000 yılında yürürlüğe giren Sözleşmeye Ek İhtiyari Protokol¹⁹ gereğince de Komite'nin aynı zamanda bir denetim mekanizması olarak işlev görmesi kabul edilmiştir⁴⁷

4.7. Birleşmiş Milletler Dördüncü Dünya Kadın Konferansı

4-15 Eylül 1995 tarihlerinde Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konsey'in kararıyla Pekin'de bir ‘taahhütler konferansı’ olarak planlanan Dördüncü Dünya Kadın Konferansı gerçekleştirilmiştir. 189 ülke temsilcilerinin katılımıyla gerçekleştirilen Konferansın sonucunda Pekin Deklarasyonu ve Eylem Platformu isimli iki belge kabul edilmiştir. Türkiye, her iki belgeyi de hiçbir çekince koymadan kabul etmiştir. Pekin Deklarasyonu ile, kadınların güçlendirilmesi, tüm alanlarda katılmalı eşitlik, fırsatlara ve kaynaklara eşit ulaşım, aile sorumluluklarının bireylerce eşit paylaşımı, kadınların ekonomik kalkınmaya dahil edilmesi amaçlanmıştır. istihdam dahil kadınların ekonomik bağımsızlığını yaygınlaştırmaya ve ekonomik yapıda değişiklikler yapma ve kalkınmanın vazgeçilmez elemanı olan kırsal bölgedekiler dahil bütün kadınların üretim kaynaklarına, fırsatlara ve toplumsal hizmetlere eşit ulaşmasını sağlama yoluyla yoksulluğun yapısal nedenlerine inerek kadınların üzerindeki devamlı ve artan yoksulluk yükünü yok etmek hedeflenmiştir⁴⁸ Pekin Deklarasyonu, hükümetleri kadının güçlenmesi ve ilerlemesi, kadın-erkek eşitliğinin geliştirilmesi ve toplumsal cinsiyet perspektifinin ana politika ve programlara yerleştirilmesi konularında yükümlü kılmakta ve Eylem Platformunun hayata geçirilmesini öngörmektedir. Eylem Platformu ise, kadının güçlendirilmesinin gündemi olarak tanımlanmaktadır. Eylem Platformu kadının özel ve kamusal alana tam ve eşit katılımı önündeki engellerin kadınların ekonomik, sosyal, kültürel ve siyasi karar alma pozisyonlarında ve mekanizmalarında yer almaları yoluyla ortadan kaldırılabileceğini ifade etmektedir. Eylem Platformunun uygulanması ve izlenmesinde temel görev hükümetlere verilmiştir. Belirlenen stratejik hedefler ise;

⁴⁵ Göcen, C.E. Türkiye’de Kadının İşgücüne Katılmadaki Yeri ve Uluslar arası İstihdam Çabaları, *Econder International Academic Journal*, 2(2), 2018, s. 321.

⁴⁶ Parlak Börü, Ş. Kadının Korunmasına İlişkin Uluslar arası Sözleşmeler ve Türkiye’nin Konumu, *TBB Dergisi, Özel Sayı*, 2017, s.50

⁴⁷ Parlak, s.53

⁴⁸ <https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/docs/pekin.pdf> erişim tarihi 13.11.2019

- İstihdama, uygun çalışma koşullarına ve ekonomik kaynakların kontrolüne ulaşılabilirlik dahil, kadınların ekonomik haklarını ve bağımsızlığını yaygınlaştırmak.
- Kadınların, kaynaklara, istihdama, piyasalara ve ticarete eşit şekilde ulaşmasını kolaylaştırmak
- Özellikle düşük gelirli kadınların iş bulabilmelerine yönelik hizmetlere, mesleki eğitim ve iş piyasalarına, bilgiye ve teknolojiye ulaşmalarını sağlamak.
- Kadının ekonomik kapasitesini ve ticari ağırları güçlendirmek.
- Mesleki ayrımı ve istihdama ilişkin her türlü ayrımcılığı ortadan kaldırmak
- Kadınlar ve erkekler için çalışma ve aile sorumluluklarının uyumlu olmasını yaygınlaştırmak ⁴⁹

4.8. Avrupa Sosyal Şartı

Avrupa Konseyi üyesi Devletlerin 18 Ekim 1961 tarihinde Torino’da imzaya açılmış olan Avrupa Sosyal Şartı ve buna ek protokollerde halklarına, yaşam standartlarını ve sosyal refah düzeyini yükseltmek için bu belgelerde belirtilen sosyal hakları sağlamayı kabul ettiklerini dikkate alarak düzenlenmiştir. 5 Kasım 1990 tarihinde Roma’da yapılan İnsan Hakları konusunda Bakanlar Konferansında, değiştirilerek bir yandan bütün insan haklarının, bunlar kişisel, siyasal, ekonomik, sosyal ya da kültürel olsun, bölünmezliğinin korunmasını geniş şekilde kapsayacak şekilde yeniden düzenlenmiştir.

Avrupa Sosyal Şartında tüm çalışanların çalıştıkları işin niteliğine ve geçimlerini sağlayacak şekilde standartların altına düşmeyecek şekilde ücret alma hakkının bulunduğunu, çalışan kadınların anne olmaları halinde özel koruma hakkına sahip olduğu, herkesin uygun meslek seçmede ve meslek eğitimi almada eşit haklara sahip olduğu düzenlenmiştir. ⁵⁰

4.9 Binyıl Kalkınma Hedefleri

Binyıl Kalkınma Hedefleri, 2000 yılında Binyıl Zirvesi’nde 147 devlet ve hükümet başkanlarının da dahil olduğu 189 ulusun temsilcileri Birleşmiş Milletler’in öncülüğünde oluşturulmuştur. Zirveye Türkiye’de katılmış olup, ekonomik ve sosyal koşulları iyileştirerek kalkınmayı sağlamak amaçlanmıştır ⁵¹. Binyıl Kalkınma Hedefleri’nin amaçlarından biri kadınların konumunu güçlendirmek ve toplumsal cinsiyet eşitliğini geliştirmektir. Binyıl Kalkınma Hedefleri kapsamında Türkiye bu hedefleri gerçekleştirmek için Birleşmiş Milletlerin desteklediği programlar yürütmekte bunun için gerekli yasal düzenlemeler yapmaktadır. Bu programlar dahilinde kalkınma raporları hazırlanmakta ve durum değerlendirilmesi yapılmaktadır.

4.10. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Üye Devletlere Kadınların Şiddete Karşı Korunmasına İlişkin Açıklama Belgesi

Bakanlar Komitesi tarafından 30 Nisan 2002 yılında imzalanmıştır. Kadın ile erkek

⁴⁹ <https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/docs/pekin.pdf> erişim tarihi 13.11.2019

⁵⁰ <http://www.ankarabarasu.org.tr/Siteler/2012yayin/2011sonrasikitap/kadin-haklarina-iliskin-uluslararasi-duzenlemeler.pdf> erişim tarihi 13.11.2019

⁵¹ Göcen, s. 322.

arasındaki güç dengesizliğinin hem aile içinde hem de toplumda ayrımcılığa yol açtığı kabul edilmiştir. Temel hedefleri; kadınların ekonomik ve sosyal haklarını özgür ve etkin bir şekilde kullanmalarını sağlayacak önlemleri almak ile kadına yönelik her türlü şiddetin engellenmesi için önlemler almak olarak sıralanmaktadır.⁵²

4.11. Kadının Güçlenmesi Prensipleri

Kadınların istihdamda cinsiyet ayrımcılığına uğradığının genel kabulü üzerine, BM Toplumsal Cinsiyet Eşitliği ve Kadının Güçlenmesi Birimi ve Global Compact girişimi tarafından, 2010’da “Kadınların Güçlenmesi Prensipleri – Eşitlik İş Demektir” hükümleri geliştirilmiştir. Türkiye’de bu hükümlere 2014’te 20 şirket, 2016 itibarıyla de 99 şirket imza koymuştur ⁵³ Kadınların güçlenmesinin beş unsurdan oluşacağı belirtilmekle bu unsurlar “kadınların kendi değerinin farkında olması; seçeneklere sahip olma ve bunlar arasında tercih yapma hakkı; fırsatlara ve kaynaklara erişim hakkı; ev içinde ve dışında kendi hayatlarını kontrol etme gücüne sahip olma hakkı; ulusal ve uluslararası düzeyde daha adil bir toplumsal ve ekonomik düzen oluşturmak için toplumsal değişimin yönünü etkileme becerileri” şeklinde sıralanmıştır⁵⁴

4.12. İslam İşbirliği Teşkilatı (İİT) Kadının İlerlemesi İçin Eylem Planı

2008 yılında Kahire’de düzenlenen İİT Üyesi Ülkelerin Kalkınmasında Kadınların Rolü konulu 2. Bakanlar Konferansı sırasında Kadının İlerlemesi İçin Eylem Planı (OPAAW) kabul edilmiştir. Söz konusu Eylem Planı’nda 9 ana hedef bulunmakla birlikte kadınların karar alma mekanizmalarına katılımı ile eğitimde eşitlik ve ekonomik güçlendirme kadınların işgücünde ayrımcılığın önüne geçilmesi için önemlidir.

Genel olarak kadınların karar almanın tüm kademelerinde siyasi, ekonomik, sosyal ve kültürel temsiline sağlanması, kadınların ve kız çocuklarının okuma-yazma programlarının yanı sıra her kademede mesleki ve beceri eğitimi imkanları dahil kaliteli eğitime erişimi için fırsat eşitliği sağlanması, kadınların kamuda ve özel sektörde eşit ekonomik fırsatlara erişimlerinin artırılması kadınları ve kız çocuklarını hedef alan her türlü toplumsal cinsiyete dayalı ayrımcılık amaçlanmaktadır⁵⁵

5. CİNSİYET AYRIMCILIĞINA KARŞI ULUSAL DÜZENLEMELER

Türkiye Anayasası’nın 10. maddesi “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde

⁵² <http://www.ankarabarasu.org.tr/Siteler/2012yayin/2011sonrasikitap/kadin-haklarina-iliskin-uluslararasi-duzenlemeler.pdf> erişim tarihi 13.11.2019

⁵³ Göcen, s.322

⁵⁴ http://www.sp.gov.tr/upload/xSPTemelBelge/files/RySPo+KADININ_GUCLENMESI_STRATEJI_BELGESI_VE_EYLEM_PLANI_2018-2023_.pdf erişim tarihi 13.11.2019

⁵⁵ http://www.sp.gov.tr/upload/xSPTemelBelge/files/RySPo+KADININ_GUCLENMESI_STRATEJI_BELGESI_VE_EYLEM_PLANI_2018-2023_.pdf erişim tarihi 13.11.2019

eşittir. Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz”⁵⁶ şeklindedir. Anayasa ile her türlü ayrımcılık yasaklanmıştır. Devletin de bu eşitliği sağlamak için her türlü tedbiri alabileceği düzenlenmiştir.

Kadının kocasının izni olmadan çalışamayacağını düzenleyen Medeni Kanunu’nun 159. maddesi Anayasanın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine aykırı olduğu gerekçesi ile Anayasa Mahkemesi’nin 29.11.1990 tarih ve 1990/30 esas 1990/31 karar sayılı kararı ile iptal edilmiştir.⁵⁷

4857 sayılı İş Kanunu ile bir yanda işverenin genel anlamda eşit davranma yükümlülüğü varlığını korurken, öte yandan bazı ayrımcılık yasakları özel olarak düzenlenmiştir. İş Kanunu’nun 5 inci maddesinin 1 inci fıkrasında; dil, ırk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayrımcılık yasağı hükme bağlanmıştır. Aynı hükümle cinsiyet veya gebelik nedeniyle ayrımcılık yasaklanmış, aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılamayacağı ve işçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanmasının, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmayacağı düzenlenmiştir.⁵⁸ Gebelik nedeni ile işçinin işten çıkarılması halinde İş Kanunu madde 5 de düzenlenen ayrımcılık ilkesine aykırı davranılması nedeni ile ayrımcılık tazminatına hükmeden birçok Yargıtay kararı bulunmaktadır.

Türkiye, imzalamış olduğu CEDAW Sözleşmesi’nin 11 inci maddesi gereğince kadınların çalışma haklarını güvence altına almak için her türlü önlemi almakla yükümlüdür. Ayrıca, kadın istihdamını doğrudan veya dolaylı olarak etkileyen bir- çok ILO sözleşmesini ve Avrupa Sosyal Şartı’nı kabul etmiştir Bununla birlikte son yıllarda ülkemizde kadınların istihdamını ve girişimciliğini teşvik edici, kayıt dışı kadın istihdamı ile mücadele, iş ve aile hayatının uyumunun sağlanması gibi konularda birçok yasal düzenleme hayata geçirilmiştir.

2011 yılı Şubat ayında yürürlüğe giren 6111 Sayılı Kanun ile kadınlara yeni istihdam imkânlarının sağlanması bakımından erkeklere nazaran pozitif ayrımcılık yapılarak 18 yaşından büyük kadınların istihdam edilmesi halinde belli koşullara göre 24 ila 54 ay süresince sigorta primlerinin işveren hisselerinin İşsizlik Sigortası Fonundan karşılanacağı hususları düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme 31.12.2020 tarihine kadar Bakanlar Kurulu Kararı ile uzatılmıştır. Anılan Kanun ile 4857 sayılı İş Kanunu’na göre kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanlar ile ev hizmetlerinde sürekli çalışması nedeniyle 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanun kapsamında 30 günden az süreyle çalışanların, isteğe bağlı sigortalı olabilmeleri için kolaylıklar sağlanmıştır.

5510 Sayılı Kanun’un Geçici 16’ncı maddesine göre; herhangi bir işverene iş sözleşmesiyle tabi olmaksızın sürekli ve kazanç getirici nitelikte kendi işinde bilfiil çalışarak, dışarıdan işçi almadan ve işi endüstriyel tarza dönüştürmeden oturdukları evlerde imal ettikleri havlu, örtü, çarşaf, çorap, halı, kilim, dokuma mamulleri, örgü, dantel, her

nevi nakış işlerini ve her nevi turistik eşya, hasır, sepet, süpürge, paspas, fırça, yapma çiçek, ip ve organları, tarhana, erişte, mantı gibi ürünleri dükkân açmaksızın satma işlemlerini yaptıkları tespit edilen kadınlar, isteğe bağlı sigortalı olarak 2017 yılı için 24 gün, takip eden her yıl için bir puan artırılmak suretiyle malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları ile genel sağlık sigortası primi ödeyerek her ay 30 gün sigortalılık hizmeti kazanabilmektedir.

Kendi nam ve hesabına tarımsal faaliyette bulunan kadın çiftçilerin sigorta kapsamında sayılması için aile reisi olmaları koşulu 4956 ve 6270 sayılı Kanunlar ile yürürlükten kaldırılmıştır. 6111 sayılı Kanunla sattıkları ürün bedelleri üzerinden 1994 yılından bu yana BAĞ-KUR prim kesintisi yapılan, Ziraat Odası’na da kayıtlı çiftçilere geriye yönelik yapılandırma hakkı getirilmiştir. Ancak, 2003 yılından önceki dönemler için aile reisi olmamaları nedeniyle borçlanamayan kadın çiftçilerin bu mağduriyeti 2012 yılında 6270 sayılı Kanun’la giderilmiştir. Ayrıca, kadın çiftçiler hak kazandıkları dönem için gecikme cezası ve gecikme zammı ödememiştir.

Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu Kanunu ile kadın haklarının korunması ve geliştirilmesi, kadın erkek eşitliğinin sağlanmasına yönelik olarak ülkemizde ve uluslararası alandaki gelişmeleri izlemek, bu gelişmeler konusunda Türkiye Büyük Millet Meclisini bilgilendirmek üzere Türkiye Büyük Millet Meclisinde Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonunun kuruluş, görev, yetki, çalışma usul ve esaslarını düzenlemektir.

Ayrımcılıkla mücadele bakımından çok önemli bir yasal düzenleme, 2016 yılında yapılmıştır. 6701 Sayılı Kanunla Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu’nun (TİHEK) kurulması, teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin esaslar düzenlenmiştir⁵⁹

Kanunun eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı başlıklı 3. maddesi “- (1) Herkes, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada eşittir. (2) Bu Kanun kapsamında cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hâl, sağlık durumu, engellilik ve yaş temellerine dayalı ayrımcılık yasaktır. (3) Ayrımcılık yasağının ihlali hâlinde, konuya ilişkin görev ve yetkisi bulunan kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ihlalin sona erdirilmesi, sonuçlarının giderilmesi, tekrarlanmasının önlenmesi, adli ve idari yoldan takibinin sağlanması amacıyla gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür. (4) Ayrımcılık yasağı bakımından sorumluluk altında olan gerçek ve özel hukuk tüzel kişileri, yetki alanları içerisinde bulunan konular bakımından ayrımcılığın tespiti, ortadan kaldırılması ve eşitliğin sağlanması için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür.”şeklindedir.⁶⁰

Kanunda yine ayrımcılık türleri sayılmakta ve her türlü ayrımcılığın ortadan kaldırılması için gerekli önlemlerin alınması gerektiği vurgulanmaktadır. Yine kanun ile işe alım iş ilanı mülakat aşamasında hiçbir gerekçe ile ayırım yapılmayacağı düzenlenmiştir. İşveren veya işveren tarafından yetkilendirilmiş kişi, istihdam başvurusunu gebelik, annelik ve çocuk bakımı gerekçeleriyle reddedemeyeceği düzenlenmiştir.

Ayrımcılık yasağı ihlâlinden zarar gördüğü iddiasında bulunan her gerçek ve tüzel kişi, kuruma başvurabilir. Kurum, başvuruları inceledikten sonra konusu suç teşkil eden insan hakları veya ayrımcılık yasağı ihlallerini tespit ettiği takdirde, bunlarla ilgili suç

⁵⁶ https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa_2018.pdf erişim tarihi 13.11.2019

⁵⁷ <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/21272.pdf>

⁵⁸ http://www.sp.gov.tr/upload/xSPTemelBelge/files/RySPo+KADININ_GUCLENMESI_STRATEJI_BELGESI_VE_EYLEM_PLANI_2018-2023_.pdf erişim tarihi 13.11.2019

⁵⁹ <http://ceidizleme.org/medya/dosya/76.pdf> erişim tarihi 13.11.2019

⁶⁰ <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6701.pdf> erişim tarihi 13.11.2019

duyurusunda bulunur. Kurum, TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu'nu ve Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu'nu yılda en az bir defa bilgilendirmekle yükümlüdür.⁶¹ Gebe ve ya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına, Dair Yönetmeliğin 13. maddesinde 150 den çok kadın çalışanı olan işyerlerinde 0-6 yaş çocukların bakılması için kreş kurulması zorunlu hale getirilmiştir. Aynı yönetmeliğin 14. maddesinde ise bu yerlerden erkek çalışanların yararlanabilmesi için çocukların annelerinin ölmüş olması ya da ayrı olup çocuğun velayetinin baba da olması şartı getirilmiştir⁶². söz konusu düzenleme kadınlar için olumlu bir düzenleme gibi gözükse de temelinde toplumsal cinsiyet ayrımcılığı yatmaktadır. Çocuğun bakımından kadının sorumlu olduğu yasal düzenlemelerle de kabul edilmiştir. Bu durum cinsiyetçi rollerin yasaların düzenlenmesinde de ne kadar etkili olduğunu göstermektedir.

6. SONUÇ

Yasal düzenlemelerle ayrımcılığın önüne geçilmesine çalışılması olumlu bir yaklaşımdır. Ancak yeterli değildir. Özellikle ülkemizde yapılan düzenlemelerin Avrupa Birliği'ne uyum süreci nedeni ile getirildiği ve birçoğunun yapmış olmak için yapıldığı açıktır. Gerçekte toplumsal cinsiyet ayrımcılığın nedenleri görmezden gelinmekte hatta bir sorun olarak algılanmamaktadır. Hukuksal alanlarda yapılan değişikliklerle birlikte toplumsal ve ekonomik alanda da bu eşitliğin devamının sağlanması gerekmektedir. Bunun temelinde de kadını ve erkeği kalıp rollere sokan yargılardan kurtulmak gerekir⁶³. Hukuksal düzenlemeler tek başına yeterli değildir. Öncelikle gerçek anlamda kadının politikadan, ekonomiye eğitimden medyaya birçok alanda çoğunlukçu katılım sağlayabilmesi için önündeki engellerin kaldırılması gerekir. Hayatın tüm alanlarına kadının aktif bir şekilde katılması sağlanamazsa kadının işgücünde yer bulabilmesi imkansızdır.

KAYNAKÇA

1. Alptekin, D. Çelişik Duygularda Toplumsal Cinsiyet Ayrımcılığı Sorgusu: Üniversite Gençliğinin Cinsiyet Algısına Dair Bir Araştırma, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi Sayı: 32, 2014, s.s. 203-211
2. Aslanova K., Medeni Kanun Kapsamında Kadına Yönelik Şiddet, Uluslar arası Hakemli Beşeri ve Ekonomik Bilimler Dergisi, Cilt:3 Sayı:8, 2014, s.49-59
3. Demirhan Serinken N. Anaerkil Toplumun Sonu, Uluslar arası Sosyal Araştırma Dergisi, Cilt:9, Sayı:42, 2016, s. 1070-1076
4. Göcen, C.E. Türkiye’de Kadının İşgücüne Katılmadaki Yeri ve Uluslar arası İstihdam Çabaları, Econdor International Academic Journal, 2(2), 2018, s.s. 313-333.
5. Umut Belek E, (Yüksek Lisans Tezi)Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi Ve Denetim Mekanizması, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı, Ankara, 2006
6. Hüseyinli N., Hüseyinli T. Çocuk Bakımının Kadın İşgücü Üzerine Etkileri ve Hukuki Düzenlemeler, Akdeniz İ.İ.B.F. Dergisi, 34, 2016, s.108-137.
7. Karataş A. Bankacılık Sektöründe Cinsiyete Dayalı Kariyer Farklılaşması: Muğla Örneği, Organizasyon ve Yönetim Bilimleri Dergisi, Cilt:5 Sayı:2 2013, s.1-16.
8. Kaya Erdem B., Baydaş Sayılğan Ö. Ataerkil ve Anaerkil Toplumun Tarihsel Savaşımının “Avatar” Filmi Bağlamında İncelenmesi, İletişim Çalışmaları Dergisi, Sayı:1, 2012, s.111-132
9. Köyüstü Erdeniz S. Türk Toplumu s.nda Kadınların Cinsiyet Rollerine Sosyolojik Bir Yaklaşım, Akademik Sosyal Araştırma Dergisi, Sayı:61, 2017, s. 506-522
10. Maktav D.S. İşgücü Piyasasında Cinsiyet Ayrımcılığının Ücret Politikasına Yansıması ve Birleşmiş Milletler Antlaşmalarındaki Yeri, Uluslar arası Sağlık Yönetimi ve Stratejileri Araştırma Dergisi, Cilt:5 Sayı:2, 2019, s. 104-117.
11. Öneren M, Çiftçi G. E., Özder N., Çalışanlarda Kadın İşgücü Algısı, İnsan ve Toplum Bilimleri Araştırma Dergisi, Cilt: 3, Sayı:2, 2014, s. 324-358.
12. Özyaydınlık, K. Toplumsal Cinsiyet Temelinde Türkiye’de Kadın ve Eğitim, Sosyal Politika Çalışmaları Dergisi, Sayı:33, 2014, s.s 93-112
13. Parlak Börü, Ş. Kadının Korunmasına İlişkin Uluslar arası Sözleşmeler ve Türkiye’nin Konumu, TBB Dergisi, Özel Sayı, 2017, s.43-63
14. Parlaktuna, İ. Türkiye’de Cinsiyete Dayalı Meslek Ayrımcılığın Analizi, Ege Akademik Bakış, Cilt:10, Sayı :4, 2010, s.1217-1230.
15. Tahtalıoğlu H. Türkiye’de Yükseköğretim Kurumlarında Cam Tavan Sendromunun Kadınlar Üzerindeki Etkileri, Niğde Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 9(2), 2016, s. 89-105.
16. Utma, S. Kadına Yönelik Cinsiyet Ayrımcılığı ve Cam Tavan Sendromu, s. 44-58.

⁶¹ <http://ceidizleme.org/medya/dosya/76.pdf> erişim tarihi 13.11.2019

⁶² <https://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=7.5.18728&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=Gebe%20veya%20Emziren%20Kad%C4%B1nlar%C4%B1n> erişim tarihi 18.11.2019

⁶³ Alptekin, s. 204.

VIYANA SATIM SÖZLEŞMESİNİN İFA ENGELLERİ SİSTEMİ YÖNÜNDEN İNCELENMESİ

Av. Furkan DÜNDAR

ÖZET

İngilizcesinin International Sale of Goods and Related Transactions olarak adlandırılan¹, kısaltması olarak “CISG”² kullanılan ve Türkçeye Viyana satım sözleşmesi olarak çevrilen bu antlaşma taşınır mal satımına ilişkin düzenlemeler içeren bir sözleşmedir. 11 Nisan 1980 yılında kabul edilen antlaşma hükümleri, 1988 yılında yürürlüğe girerek işler hale gelmiştir. Türk hukukunda ise CISG 2011 yılında hiç bir çekince koyulmadan kabul edilmiştir. Çekince koyulmadan sözleşmenin Kabul edilmesi sebebiyle CISG doğrudan uygulama alanı bulacaktır³. 11 Ağustos 2011 tarihinden itibaren CISG, Türkiye nezdinde uygulanmaya başlanmıştır.⁴ CISG, sözleşmenin oluşumunu, tarafların yükümlülüklerini ele alan bir sözleşme türüdür. Bu antlaşma ile alıcı ve satıcının hakları, yükümlülükleri ve menfaatleri eşit bir şekilde dengelenmeye çalışılmıştır. CISG, sözleşme hükümlerinin ifa edilmesinde bir sorun olması halinde durumunda detaylı bir çözüm yolu sunmaktadır.⁵ CISG, hukuk sistemlerinde farklı muameleye sahip olan taşınır mal satım ilişkilerinde ki karmaşayı çözüme kavuşturmayı amaçlayan bir antlaşmadır. 2020 yılında, Uncitral tarafından milletlerarası satım sözleşmelerinde tek tip ve satış odaklı kılavuz onaylamıştır. CISG ile birlikte modern, tek tip ve herkes tarafından kullanılabilir bir uluslararası taşınır mal satım sözleşmesi yapılması amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Viyana Satım Sözleşmesi, CISG, İfa Engelleri, İhlal

¹ Detaylı bilgi için bkz <https://uncitral.un.org/en/texts/salegoods#:~:text=The%20CISG%2C%20which%20deals%20with,in%20case%20of%20non%2Dperformance>.

² Bundan sonra makalemizde Viyana Satım Sözleşmesi Yerine CISG kullanılacaktır.

³ İŞLETEN, İpek Mehtap, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) ve Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Sözleşmenin Kurulması, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013/1, s.111-112

⁴ KOCASAKAL ÖZDEMİR Hatice, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın (CISG) Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi Sempozyumu Tebliğleri, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013/1, s.1, ÖZ TURGUT, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın (CISG) Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi Sempozyumu Tebliğleri, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013/1, s.3

⁵ <https://uncitral.un.org/en/texts/salegoods>

⁶ https://uncitral.un.org/en/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg

GİRİŞ

Milletlerarası mal satımının artması ve hukuk sistemlerinde ki farklılıkların soruna yol açması sebebiyle geliştirilen Viyana Sözleşmesi (CISG), Civil Law ve Common Law sistemleri ele alınarak oluşturulmuştur.⁷ CISG’de uluslararası taşınır mal satım ilişkilerini düzenleyen, satım sözleşmelerine ilişkin detaylar belirlenmiştir. Sözleşmenin kuruluşu, sözleşmenin ifası ve sona ermesi gibi hususları ele alan CISG, dört bölümden oluşmaktadır.

Çalışmamızda da değineceğimiz üzere sözleşmede alıcı ve satıcının sözleşmesel ihlallerinin derecesinin önemli olduğu ve bu ihlaller neticesinde tarafların hak ve yükümlülüklerinin neler olacağı CISG ile açıklanmıştır. CISG, sade ve anlaşılır bir ifa sistemini benimsemiştir. Bu husus Türk hukuku ile farklı olup bu konuya da çalışmamızda değinilecektir.

Hali hazırda CISG, Türk hukuk sisteminde de doğrudan uygulanır hale gelmiş ve sistemin bir parçası olmuştur. CISG m.6 uyarınca sözleşmenin tarafları CISG uygulanmasını kararlaştırabilecektir. CISG m.12 saklı kalmak kaydı ile birlikte sözleşme serbestisi ilkesi uyarınca taraflar diledikleri gibi bir mal satım sözleşmesi oluşturabilecek⁸ ve bu satım sözleşmesi CISG’den öncelikli olacaktır.⁹ Her ne kadar Türk hukuk sisteminde benimse dahi CISG’in bilinirliğinin artması gerekmektedir.

Çalışmamızda önemli noktalar ele alınacak olup, CISG açısından yargı kararlarına da yer verilecektir. Sözleşmenin içeriğini ve kapsamını sadece taşınır mal satımları oluşturmakta olup, tüketici işlemleri (satımları), açık arttırma yolu ile yapılan satışlar, cebri icra yolu ile yapılan satışlar, menkul kıymetler, gemi, tekne, hava yastıklı araçlar ve elektrik satımı CISG kapsamına girmeyecektir.¹⁰

1.VIYANA SATIM SÖZLEŞMESİNİN İFA ENGELLERİ SİSTEMİ YÖNÜNDEN İNCELENMESİ

1.1 VIYANA SATIM SÖZLEŞMESİ

Tüm dünya genelinde satım sözleşmelerinin yaygın olarak kullanıldığı ve hazırlandığı bilinmektedir. Satım sözleşmeleri ulusal ve uluslararası nitelik taşıyabilecek olup, bir malın satımı ve teslimini içeren sözleşmelerdir. Her ülkenin kendi hukuk kurallarına ve hukuk sistemine sahip olması uluslararası alım satım işlemlerinde güvensizlik duygusu yaratmış ve bu sebeple uluslararası mecrada ortak bir sözleşme eksikliği hissedilmiştir. Bu nedenlerden dolayı viyana satım sözleşmesi¹¹ (CISG) hazırlanmış ve

⁷ ÖZ, a.g.e, s.3-4

⁸ ATAMER M.Yeşim, Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2005, s.58

⁹ ERDEM H. Ercüment, “Viyana Satım Antlaşması’na Genel Bakış ve Maddi Uygulama Alanı”, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG’a göre Satış Sözleşmeleri: Sales Contracts Under the New Turkish Code of Obligations and the CISG, Ed. Şükran Şıpka/Ahmet Cemil Yıldırım, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012, s.127

¹⁰ DEVELİOĞLU, Murat Hüseyin, CISG’nin Sözleşmelerin Konusu ve Niteliği Bakımından Uygulama Alanı, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi - 2013/1, s.67

¹¹ Bundan sonra makalemizde CISG olarak anılacaktır.

uygulamaya geçirilmiştir.¹² 2011 yılından itibaren hukuk sistemimizin bir parçası haline gelen bu sözleşmenin tam olarak anlaşılammış olması, sözleşmenin uygulanmasının ve bilinirliğinin önünde ki en büyük engellerden biri olmuştur.

Viyana Satım Sözleşmesinin yakın bir süre içerisinde ülkemiz hukukuna daha çok etki edeceğini ve taşınır mallara ilişkin yapılan satım sözleşmelerinde daha fazla uygulama alanı bulacağını düşünmekteyim. Bu sebeple hakimlerin ve avukatların CISG sözleşmesine ilişkin genel anlamda bilgi sahibi olmaları sağlanmalıdır. Böylelikle ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümü daha hızlı ve kolay olacak hukuk sistemi tıkanmayacaktır. Unutulmamalıdır ki CISG sadece kapsamına giren bir uluslararası satım sözleşmesi olduğundan ve aşağıda detaylı açıklayacağımız hususlarda uygulama alanı bulacaktır. Şöyle ki CISG'in Türk hukuk sistemine kabulü ile birlikte, milletlerarası bir satım ilişkisinin olması ve şartların sağlanması halinde CISG'in uygulanacağı, ülke içinde yapılacak mal satımlarına TBK hükümlerinin uygulanacağı, satımların ticari olması halinde Türk Ticaret Kanunu (TTK) hükümlerine başvurulması gerektiği ve tüketici işlemi olması halinde ise Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu'nun ilgili maddelerinin uygulanması gerekmektedir.¹³ CISG'in uygulama alanı bulmadığı durumlarda ülkelerin milli hukuku uygulanacaktır.¹⁴

Gelişen ve globalleşen dünya ile birlikte ülkeler arası ticarete gelişmiştir. Gelişen ticaret ile birlikte taraflar arasında satım sözleşmeleri yapılmış, satım sözleşmelerinde meydana gelen problemler de günden güne artış gözlemlenmiştir. Bu problemlerin çözümü için bir çok hukuki çözüm yolu aranmış, 11 Nisan 1980 tarihli Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) meydana getirilmiştir.¹⁵

Ülkemizde Viyana sözleşmesi olarak adlandırılan (CISG), Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun, yeni ekonomik düzenin kurulmasına yönelik altıncı özel oturumda kabul edilmiştir.¹⁶ Ülkemizde öncelikle 2/4/2009 tarihli ve 5870 sayılı Kanunla Viyana Satım sözleşmesine katılmamız uygun bulunmuş akabinde ise 7 Nisan 2010 Çarşamba günü 2010/247 karar sayısı ile¹⁷ katılım sağlamıştır. Türkiye, herhangi bir çekince koymadan

¹² AYOĞLU, Tolga, *Milletlerarası Menkul Mal Satımları Hakkında Viyana Konvansiyonu'nda Boşlukların Doldurulması* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi - 2013/1, s.87, ERDEM H. Ercüment, *Viyana Satım Antlaşması'na Göre Alıcı ve Satıcının Borçlarının İhlalinin Sonuçları ve Türk Hukuku ile Karşılaştırılması*, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi - 2013/1, s. 260 Daha detaylı bilgi ve Türkçe çevirisi için bkz. <https://cisg7.institut-e-business.de/pdf/Textsammlung/textsammlung-tuerkisch.pdf>

¹³ ERDEM H. Ercüment, *Viyana Satım Antlaşması'na Göre Alıcı ve Satıcının Borçlarının İhlalinin Sonuçları ve Türk Hukuku ile Karşılaştırılması*, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi - 2013/1, s. 260- 261-262

¹⁴ AYOĞLU, a.g.e. s.96, KARAMAN AKÇURA Tuba, “Borçlar Kanunu ve Viyana Satım Antlaşması (VSA) Çerçevesinde Satıcının Ayıptan Sorumluluğu ve Alıcının Hakları”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013/1, s.226

¹⁵ ZEYTİN, Zafer, *Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri (CISG) Hukuku*, Ankara, 2011, s. 26

¹⁶ Detaylı Bilgi İçin Bknz, <https://cisg.bilgi.edu.tr/>

¹⁷ 2/4/2009 tarihli ve 5870 sayılı Kanunla katılmamız uygun bulunan ekli “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması”na katılmamız; Dışişleri Bakanlığının 1/3/2010 tarihli ve HUMŞ/717215 sayılı yazısı üzerine, 31/5/1963 tarihli ve 244 sayılı Kanunun 3 üncü maddesine göre, Bakanlar Kurulu'na 11/3/2010 tarihinde kararlaştırılmıştır. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2010/04/20100407-1.htm>, erişim tarihi 15.12.2021, ZEYTİN age, s.32

CISG'e katılmayı kabul etmiştir.¹⁸ CISG'in 99. maddesi ile bütün ülkeler açısından sözleşmenin yürürlüğe girme tarihi¹⁹ aynı maddenin ikinci fıkrası ile sözleşmeye sonradan katılan, onaylayan ülkelerin durumuna ilişkin açıklama detaylı olarak yapılmıştır.²⁰

1964 yılında Lahey de hazırlanan, Milletlerarası Mal Satımı Hakkında Yeknesak Kanuna İlişkin Antlaşmaya taraf olan devletlerin aynı anda CISG'e taraf olamayacağı, sözleşmeden çekinilmesi ve bu çekinilmenin etkisini doğurduğu tarihten itibaren sözleşmeye taraf olunabileceğini ve yürürlüğe gireceği belirtilmiştir.²¹ CISG m.99 uyarınca “1 Temmuz 1964 tarihinde Lahey’de hazırlanan Milletlerarası Mal Satım Sözleşmelerinin Kurulması Hakkında Yeknesak Kanuna İlişkin Antlaşma (1964 Lahey Kurulma Antlaşması) veya 1 Temmuz 1964 tarihinde Lahey’de hazırlanan Milletlerarası Mal Satımı Hakkında Yeknesak Kanuna İlişkin Antlaşma (1964 Lahey Satım Antlaşması)’dan herhangi birine veya her ikisine taraf olan ve bu antlaşmaya onay veren veya kabul eden, uygun bulan veya bu antlaşmaya katılan Devlet, aynı anda, 1964 Lahey Kurulma Antlaşması veya 1964 Lahey Satım Antlaşması’ndan, duruma göre birini veya her ikisini, Hollanda hükümetine bu yönde yapacağı bir bildirimle feshedecektir. (4) 1964 Lahey Satım Antlaşmasına taraf olup işbu antlaşmaya onay veren veya kabul eden, uygun bulan veya bu Antlaşmaya katılan ve işbu antlaşmanın II. kısmı ile bağlı olmayacağını 92. madde uyarınca beyan eden veya beyan etmiş bulunan bir devlet onay, kabul, uygun bulma veya katılma anında, Hollanda hükümetine bu yönde yapacağı bir bildirimle 1964 Lahey Satım Antlaşmasını feshedecektir. (5) 1964 Lahey Kurulma Antlaşmasına taraf olup işbu Antlaşmaya onay veren veya kabul eden, uygun bulan veya bu antlaşmaya katılan ve işbu antlaşmanın III. kısmı ile bağlı olmayacağını 92. madde uyarınca beyan eden veya beyan etmiş bulunan bir devlet, onay, kabul, uygun bulma veya katılma anında, Hollanda hükümetine bu yönde yapacağı bir bildirimle 1964 Lahey Kurulma Antlaşmasını feshedecektir. (6) Bu maddenin amaçları çerçevesinde, 1964 Lahey Kurulma Antlaşmasına veya 1964 Lahey Satım Antlaşmasına taraf olan devletler bakımından anılan iki Aatlaşma ile ilgili olarak gerekebilecek fesihler hüküm ifade etmeden, söz konusu devletlerin bu antlaşmayı onayı, kabulü, uygun bulması ve katılması hüküm ifade etmeyecektir. Bu antlaşmanın tevdi makamı bu noktada koordinasyonu

¹⁸ ZEYTİN, a.g.e19, KOCASAKAL Özdemir, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi - 2013/1, s.47

¹⁹ ERDEM, H. Ercüment, “Uluslararası Mal Satışlarında 11 Nisan 1980 Tarihli Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin Uygulama Alanı”, Milletlerarası Ticaret Hukuku İle İlgili Makaleler, İstanbul, 2008, s. 21, TOKER, Ali Gümrak, 11 Nisan 1980 Tarihli Uluslararası Taşınır Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin (Viyana Sözleşmesi) Uygulama Alanı, Ankara, 2005, s. 136; “...bu Antlaşma, bu maddenin 6. fıkrası saklı kalmak kaydıyla, 92. madde uyarınca yapılmış bir beyanı içeren bir belge dâhil olmak üzere, onuncu onay, kabul, uygun bulma veya katılma belgesinin tevdi edildiği tarihten itibaren on iki ayın tamamlanmasını izleyen ayın ilk gününde yürürlüğe girer...”

²⁰ “...bir Devletin, onuncu onay, kabul, uygun bulma veya katılma belgesinin tevdi edilmesinden sonra bu Antlaşmayı onaylaması, kabul etmesi, uygun bulması veya Antlaşmaya katılması halinde, bu Antlaşma, hariç bırakılan Kısım dışında, bu maddenin 6. fıkrası saklı kalmak kaydıyla, o Devlet bakımından, onay, kabul, uygun bulma veya katılma belgesinin tevdi edildiği tarihten itibaren on iki ayın tamamlanmasını izleyen ayın ilk gününde yürürlüğe girer”.

²¹ TOKER, a.g.e, s. 139,

sağlamak amacıyla, 1964 antlaşmasının tevdi makamı olan Hollanda hükümetiyle irtibata geçecektir.”²² Tarafların yapmış oldukları satım sözleşmelerine CISG’in uygulanabilmesi de m.100’de açıklanmış olup madde uyarınca satış sözleşmesinin CISG’den sonra yapılmış olması gerekmekte olduğu belirtilmektedir.²³

1.3. VİYANA SATIM SÖZLEŞMESİ’NİN UYGULAMA ALANI

CISG’e Nisan 2021 tarihi itibarıyla, hali hazırda 94 ülke taraf olmuştur.²⁴ Ülkemizin mal alım satım yaptığı ve dış ticaret geliştirdiği ülkelerinde sözleşmeye taraf olması sebebiyle bu ülkelerle yapılacak sözleşmelerde CISG uygulama alanı bulabilecektir. Common law hukuk sistemini benimseyen ülkeler, civil law sistemini uygulayan ülkeler ile birlikte bu hukuk sistemlerinin yanı sıra islam hukuku uygulayan ülkeler ve ayrıca karma sisteme sahip ülkeler de CISG’i onaylamış ve uygulamaya geçmiştir.²⁵

CISG m.1/f.1 uyarınca; *Bu Konvansiyon, işyerleri farklı devletlerde bulunan taraflar arasındaki mal satım sözleşmelerine,*

a- *Bu devletler âkit devletler ise veya*

b- *Milletlerarası özel hukuk kuralları âkit bir devletin hukukunun uygulanmasına yol açıyorsa uygulanır” denmiştir.*

CISG uygulanabilmesi için öncelikle taşınır mal satım sözleşmesine taraf olacakların iş yerlerinin farklı ülkelerde bulunması ön şarttır yani taraflar arasında ki ilişkinin uluslararası olması aranmaktadır. Sözleşme de farklı ülkelere ait tarafların bulunması uluslararası niteliğin sağlanması için yeterli olacaktır.²⁶ İş yerinden kasıt ise sözleşmede tarafların kullanımında olan yer olup geçici olarak kullanılan yerlerin iş yeri olarak sayılmayacağı²⁷ buna karşın şubelerin olduğu yerlerinde işyeri olarak kabul edilebileceği bildirilmiştir²⁸. Ülkemizin de CISG’e taraf olması sebebiyle CISG’in yürürlüğe girdiği tarihten sonra sözleşmeye taraf olan başka bir devlette iş yeri olan bir kişi, şirket ile yapılan taşınır mal satım sözleşmesinde

²² <https://ciscg.bilgi.edu.tr/tr/sayfa/ciscg-metni/> erişim tarihi 05.01.2022

²³ ATAMER, M. Yeşim, “Birleşmiş Milletler Satım Hukukunun Uluslararası Uygulama Alanı”, İBD, Sayı 69, Yıl 1995, s.595, ‘‘m.100/1; Bu Antlaşma bir sözleşmenin kurulmasına ancak, o sözleşmenin akdi konusundaki icabın, 1. maddenin 1. fıkrasının (a) bendinde anılan taraf Devletler veya 1. Fıkrasının (b) bendinde anılan taraf Devlet bakımından bu Antlaşmanın, yürürlüğe girdiği tarihte veya bu tarihten sonra yapılması halinde uygulanır.”

²⁴ Taraf devletlere ilişkin detaylı bilgi için bkz. <https://ciscg.bilgi.edu.tr/tr/sayfa/taraflar/> erişim tarihi 05.01.2022

²⁵ KOCASAKAL Özdemir, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi - 2013/1, s.20-21

²⁶ BALKAR BOZKURT Süheyla, Uluslararası Sözleşmelere Uygulanacak Kuralları Belirleyen Yöntemlere Eleştirel Bakış, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011/1, Prof.Dr. Atâ SAKMAR’a Armağan, ss. 141-196. s.99

²⁷ ERDEM, a.g.e, s.43, KOCASAKAL, a.g.e s.24-25, TARMAN Zeynep Derya, Türk Satım Hukukunda Yeni Bir Dönem, Viyana Satım Antlaşması’nın Milletlerarası Satım Sözleşmelerine Etkisi, in, İpek Yolu Canlanıyor, Türk-Çin Hukuk Zirvesi, International Law Conference, 12- 14 Haziran 2012, İstanbul, Konferans Bildiri Kitabı, ss. 169-187. s.177

²⁸ ATAMER, a.g.e s.557

CISG uygulanacaktır. Bu uyuşmazlığın Türk mahkemelerinin önüne gelmesi halinde, mahkeme hakimi MÖHÜK m.24’e²⁹ başvurmadan direkt olarak CISG uygulanmalıdır.

1.4 Viyana Satım Sözleşmesi’nin Uygulandığı ve Uygulanmadığı Durumlar

CISG (Milletler Arası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması) antlaşmasının uygulama alanı başlıklı bölümü 2. maddesinde “Bu antlaşma aşağıdaki satımlara uygulanmaz” şeklinde düzenleme içerip (e) bendinde “Gemi, tekne, hava yastıklı taşıt veya hava taşıtı satımı”nda bu antlaşma hükümlerinin uygulanmayacağı hüküm altına alınmıştır³⁰. Sözleşmenin m.2/b, bendinde ise açık arttırma yolu ile yapılan satış sözleşmesine, c bendi ile cebri icra yolu ile yapılan satım sözleşmelerine ve d bendi ile de menkul kıymet, kambiyo senetleri ve para satımlarının da sözleşme kapsamına girmediği belirtilmiştir³¹. Aynı maddenin e bendinde ise elektrik satımlarının da sözleşmenin uygulanma alanında olmadığı vurgulanmıştır. Doktrinde bunun sebeplerinden bir tanesinin elektrik satımları için detaylı uluslararası sözleşmelerin yapılması nedeniyle CISG’e gerek olmadığı ve bu sebeple de CISG’in elektrik satımlarına ilişkin düzenleme getirmediği düşünülmektedir.³² CISG tüketici sözleşmeleri açısından da uygulanma alanı bulmayacak³³ olup CISG tarafların tacir olup olmadıklarıyla ilgilenmemektedir³⁴.

CISG m.4 incelendiğinde; *Bu Antlaşma, sadece satım sözleşmesinin kurulmasını ve alıcı ile satıcının böylesi bir sözleşmeden doğan hak ve borçlarını düzenler. Antlaşmada*

²⁹ MÖHÜKm.24;“(1) Sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tâbidir. Sözleşme hükümlerinden veya hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçimi de geçerlidir. (2) Taraflar, seçilen hukukun sözleşmenin tamamına veya bir kısmına uygulanacağını kararlaştırabilirler. (3) Hukuk seçimi taraflarca her zaman yapılabilir veya değiştirilebilir. Sözleşmenin kurulmasından sonraki hukuk seçimi, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla, geriye etkili olarak geçerlidir. (4) Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanır. Bu hukuk, karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, ticarî veya meslekî faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku olarak kabul edilir. Ancak hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşme, bu hukuka tâbi olur.” <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2007/12/20071212-1.htm> erişim tarihi 06.01.2022

³⁰ İstanbul BAM, 14. HD., E. 2018/1106 K. 2019/765 T. 24.5.2019 ; Satıma ve ihtilafa konu 2015 model Kia marka araçların dava dosyasında sunulu proforma faturalarından da anlaşıldığı üzere hava yastıklı araçlar oldukları dikkate alındığında , somut olayda sözleşme hükümlerinin uygulanması gerektiği ve buna göre davada talep edilen kâr kaybı ve emsal rayiç bedel tazminatı taleplerinin antlaşma hükümleri uyarınca kabulü gerektiği yönündeki davacı istinafi yerinde değildir. https://ciscg.bilgi.edu.tr/media/document/2019/12/05/11-hukuk-dairesi-e-2016-6805-k-2018-1538-t-28-2-2018-1_Dfw0B79.pdf erişim tarihi 03.01.2022

³¹ TOKER, a.g.e. s.91

³² DEVELİOĞLU, a.g.e s.58

³³ AYOĞLU, a.g.e s.92-93

³⁴ ZEYTİN, a.g.e. s.54

aksine bir düzenleme bulunmadığı sürece, özellikle; a) sözleşmenin veya sözleşmenin hükümlerinin veya teamüllerin geçerliliği; (b) sözleşmenin, satılan malların mülkiyeti üzerindeki olası etkileri düzenlenmemiştir³⁵.

CISG m.4 hükmünden anlaşıldığı üzere taraflar arasında taşınır mal satım sözleşmesinin kurulması sonucunda meydana gelen alıcı ve satıcı arasında ki hak ve borçlar sözleşmenin uygulama alanı içinde kalmaktadır. CISG m.5 ile sözleşme'nin uygulama alanı dışında kalan bir başka hususta açıklığa kavuşturulmuş ve "bu Antlaşma satıcının, malların bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına sebep olmasından kaynaklanan sorumluluğuna uygulanmaz" denilmiştir. O halde CISG'in uygulandığı taşınır mal satım sözleşmesinden kaynaklanmayan bir cismani zarar veyahut ölüm durumunda CISG uygulanma alanı olmayacaktır³⁶. Buna karşın aksine bir hüküm bulunan hallerde sözleşmenin 4/2-a ve 4/2-b maddelerine CISG uygulanabilecektir³⁷.

Ülkemizde gerçekleştirilen taşınır mal satımına ilişkin sözleşmelerde tarafların yabancı olması, yabancılık unsurunun bulunması ile tarafların bağlı oldukları ülkeler ve sözleşmeye hangi ülke hukukunda yazılması halinde eğer ki sözleşmeye taraf ülkeler CISG'e taraf ise bu halde bu tarz sözleşmelerde CISG uygulanacaktır. Türk hukuk sistemimizde, taraflar arasındaki ticari ilişkinin Milletarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) uygulama alanına girdiğini³⁸ tespit etmesi halinde, ayıp ihbarı ve diğer tüm hususların CISG'e göre yapılması gerektiğini de vurgulamıştır.

Bir yerel mahkeme kararında, davacı ile davalı... şirketi arasında akdedilen sözleşmenin, fatura ve sözleşmede ismi ve nitelikleri yazılı makinenin satımına ilişkin bir sözleşme olduğu ve yabancılık unsuru da içeren bir uyuşmazlık olduğu, sözleşmede İsviçre Hukuku'nun uygulanacağını belirtilmesi ve davalı şirketin İtalya şirketi olması, İsviçre ve İtalya'nın da Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşmasına (CISG) taraf olması nedeniyle huzurdaki uyuşmazlığa Türk Hukuku ile birlikte CISG kuralları da uygulanacaktır.³⁹

³⁵ <https://ciscg.bilgi.edu.tr/tr/sayfa/ciscg-metni/> erişim tarihi 05.01.2022

³⁶ TOKER, age s. 110

³⁷ TOKER age s.111

³⁸ Samsun BAM, 3. HD., E. 2017/23 K. 2017/28 T. 16.1.2017; "Yerel mahkeme taraflar arasındaki ticari ilişkinin Milletarası mal satımına ilişkin sözleşmeler hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) uygulama alanına girdiğini, bu nedenle ayıp ihbarının bu sözleşme hükümlerine göre değerlendirilerek bilirkişi heyetinden rapor aldığı, bilirkişi heyetinin raporuna göre, ayıp ihbarının süresinde yapılmadığına ilişkin raporuna istinaden, davacının bu yöndeki davasının reddine karar verdiği anlaşılmıştır. Davacının ayıplı mallar hakkında dosya kapsamında gerek CISG açısından makul süre içerisinde ve gerekse TBK hükümleri açısından dahi süresinde ayıp ihbarının yapılmaması nedeniyle verilen karar yerinde olduğu gibi, davacının teslim edilmediği iki kalem siparişe yönelik talebinin ise, bizzat davacının siparişini iptal etmesi nedeniyle, malların teslim edilmemiş olması nedeniyle davacının davasının reddine karar verdiği anlaşıldığından, mahkeme kararının usul ve yasaya uygun olduğu anlaşıldığından davacının istinaf talebinin reddine karar vermek gerekmiş, aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur:https://ciscg.bilgi.edu.tr/media/document/2019/12/05/samsun-bam3-hd-e-2017-23-k-2017-28-t-16-1-2017-1_s4Mpv1a.pdf erişim tarihi 02.01.2022

³⁹ İstanbul 9. Asliye Ticaret Mahkemesi, E. 2014/402 K. 2019/566, T. 16.4.2019

<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/adli-yargi-ilk-derece-mahkemeleri/istnbl-9-asliye-ticaret-mahkemesi-e-2014-402-k-2019-566-t-16-4-2019>, erişim tarihi 03.01.2022

CISG m.7 ile dürüstlük kuralından bahsedilmiştir. Bu madde sözleşmenin genel hükümler kısmında yer almaktadır. Aynı şekilde Türk hukuk sisteminde ise dürüstlük kuralı Medeni Kanun m.2 ile tanımlanmıştır.⁴⁰ UYAR'a göre; *Hukukumuzda, "hüsnüniyet(doğruluk) kaidesi", "doğruluk ve güven kuralı", "afaki iyiniyet", "objektif hüsnüniyet", "doğruluk ve inan" terimleri ile de ifade edilmekte olan 1 "dürüstlük (objektif iyiniyet)" kuralı MK.2/ I'de "herkes haklarını kullanmakta ve borçlarını ifada hüsnüniyet kaidelerine riayetle mükelleftir." şeklinde belirtilmiştir*⁴¹. CISG m.12; "Taraflardan birinin işyeri, 96. madde uyarınca beyanda bulunmuş âkit bir devlette bulunduğu takdirde, satım sözleşmesinin kurulmasını, değiştirilmesini veya mutabakatla ortadan kaldırılmasını veya bir icabın, kabulün yahut diğer herhangi bir irade beyanının, yazılı şekilden başka şekilde yapılmasını mümkün kılan bu Antlaşmanın 11. ve 29. maddesinin veya II. Kısımının hükümleri uygulanmaz. Taraflar bu maddeye istisna getiremeyecekleri gibi maddenin etkilerini de değiştiremezler" hükmü hariç kalmak kaydıyla istedikleri gibi sözleşme yapabilecektir. Bu da taraf iradelerinin üstünlüğüne dayanan ilkelerin göstergesidir⁴².

1.Viyana Sözleşmesinin İfa Engelleri Yönünden İncelenmesi

Türk Hukuk Sistemi Kavrupa Hukuk Sistemine (civil law) tabidir. Bu sebeple common law sisteminden ayrılan yönleri bulunmaktadır. Civil law sisteminde ihlal edenin kusuru tazminat hususunda önem arz etmektedir. Eğer ki taraf kusursuz olduğunu ispatlar ise bu sayede tazminat ödemekten de kurtulacaktır. Common law sisteminde ise kanunlardan değil mahkemelerin daha önceden vermiş olduğu kararlar nazara alınarak kararlar verilecektir. Common law sistemi de sözleşmeye aykırılığın varlığı halinde tazminatı esas alan bir sistem olup, sözleşmeye aykırılığın bulunup bulunmadığı araştırılmalı ve buna göre karar verilmelidir.⁴³ Common law sisteminin, civil law sisteminden farkı ise borçlu açısından. Common law sistemi ifa açısından sonuç odaklı bir sistemi kabul etmektedir. Common law sisteminde borçlu, borcunu ifa etmezse her halükarda tazminat yaptırımı ile karşılaşacaktır.⁴⁴

⁴⁰ MK m.2 ; "Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz." <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.4721.pdf> erişim tarihi, 03.01.2022, Hak sahibi başkasına zarar vermek amacını taşımaya bile hareketi açıkça iyi niyet kurallarına aykırı ise ve başkasını zarara uğratiyorsa veya hak sahibine sağladığı yarar ile başkasına verdiği zarar arasında aşırı dengesizlik varsa bu durumu hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirebiliriz. Anayasa başta olmak üzere, Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu hak sahibinin hakkını kullanırken objektif iyi niyet kuralları içinde hareket etmesini emretmiş aksi davranışın hukuk düzeni tarafından korunamayacağını belirtmiştir. <http://www.sinopbarosu.org.tr/Print.aspx?ID=69589&Tip=Haber> erişim tarihi 03.01.2022

⁴¹ UYAR Talih, Yargıtay Kararlarında "Dürüstlük Kuralı" ve "Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, Prof. Dr. SEYFULLAH EDİS'E ARMAĞAN, İzmir, 2000, ss. 439-465. s.439

⁴² ERCÜMENTH. Erdem, Milletlerarası Ticaret Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 176

⁴³ SARIKAYA, Murat (2017) Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması "CISG" Kapsamında Sözleşmenin Esaslı İhlali, İstanbul, s. 93

⁴⁴ İŞINTAN, Pelin, Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması ve Borçlar Kanunu Düzenlemelerinde Aynen İfa Kavramı, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi - 2013/1 s. 163-164

CISG'in taraflara yüklediği edimler vardır. Taraflardan birisi, herhangi bir sebepten dolayı sözleşmesel kendisine yüklenen edimi yerine getirmez ise ortaya bir ihlal çıkacaktır. Alıcının ve satıcının CISG'e göre borçları bir garanti taahhüdüdür.⁴⁵ Anglo- Amerikan hukuk sisteminde, satıcı edimi yerine getireceğini taahhüt etmiş, taahhüt sonrasında ortaya çıkabilecek her türlü sorunu da göze almış anlamı taşımaktadır. Bundan dolayı, ihlalin alıcıdan, satıcıdan veya üçüncü başka bir kişiden meydana gelmesi halinde dahi CISG'e göre ihlal kavramı meydana gelmiş olacaktır. Bu ihlal sebebiyle taahhüt edilen husus tam anlamı ile yerine getirilmemiş olup eksik yerine getirilmiş olacak, bu da elde edilmesi gereken menfaatin tam olarak gerçekleşmemesine sebebiyet verecektir. CISG maddeleri incelendiğinde, tazminat sorumluluğu için kusurlu olma zarurietini aramamıştır.

2.1 Viyana Sözleşmesi Uyarınca İhlalin Derecesi

a. Esaslı Olmayan İhlal

Sözleşmede taraflar malları belirlemiş ise, ortaya bir ihlal çıkması halinde belirlenen malların aynısı ile değişimi ya da benzerinin verilmesi mümkünse ihlalin esaslı olmayacağı⁴⁶ ihlalin sonuçlarının kolaylıkla ortadan kalkacağı kolaylıkla anlaşılabileceğinden dolayı ihlalin CISG uyarınca esaslı olmayacağı açıktır⁴⁷. CISG m.48/1; uyarınca ihlalin giderilmesinde, mal teslimi yapılacak ise mal tesliminin, zahmete, gecikmeye, masrafa yol açmaması da önem arz etmektedir.⁴⁸ Esaslı olmayan ihlal için kısaca esaslı ihlal dışında kalan ihlaller, esaslı olmayan ihlal olarak değerlendirilebilecektir diyebiliriz. Esaslı olmayan ihlallerde aynen ifa ve tazminat talebinde bulunulma hakkı kullanılabilir. ⁴⁹ Örneğin; ayıplı bir ifanın oluşması durumunda, alıcının menfaat kaybı tazminat veya semenin indirimi ile karşılanabilecek durumda ise burada esaslı olmayan ihlal vardır⁵⁰.

⁴⁵ OKUR Sinan, "Türk Borçlar Kanunu'nda Alıcının Genel ve Sonraki İfa Talebi Üzerine CISG Işığında Eleştirel Bir Değerlendirme", e- Akademi, S: 131, Mart 2013, s.3-4

⁴⁶ SEROZAN Rona, CISG'A ve TBK'na Göre Alıcının Dönme Hakkının Sınırları, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, C: LXX, S: 2, İstanbul, 2012, s.212

⁴⁷ SARIKAYA a.g.e. s. 272, 273

⁴⁸ Viyana Sözleşmesi Madde 48 (1) 49. madde saklı kalmak üzere satıcı, yükümlülüklerinin ifasına ilişkin her türlü eksikliği, masrafları kendisine ait olmak üzere teslim tarihinden sonra da giderebilir; yeter ki bu, makul olmayan bir gecikmeye yol açmasın ve alıcı için, makul olmayan zahmete veya onun tarafından yapılan masrafların satıcı tarafından karşılanmayacağı konusunda bir tereddüde sebep olmasın. Ancak, alıcının bu Antlaşma uyarınca tazminat talep etmeye ilişkin her türlü hakkı saklıdır. (2) Satıcı, alıcıdan, ifayı kabul edip etmeyeceğini kendisine açıklamasını talep ederse ve alıcı makul bir süre içinde bu talebe cevap vermezse, satıcı, talebinde ifade ettiği süre içinde ifayı gerçekleştirebilir. Alıcı bu süre içinde, satıcının ifası ile bağdaşmayacak bir hukukî imkânı başvurmaz. (3) Satıcının belirli bir süre içinde ifa edeceğine ilişkin bildiriminin, fıkra 2 uyarınca, alıcının kararını açıklamasına ilişkin bir talep içerdiği varsayılır. (4) Satıcının 2. veya 3. fıkra çerçevesindeki talep veya bildirimleri alıcıya ulaşmış olmadıkça hüküm doğurmaz.

⁴⁹ TAŞTAN Güven Furkan, Viyana Satım Antlaşması'na (CISG) Göre Alıcının Sözleşmeyi İhlali Halinde Satıcının Hakları, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Yıl 3, Sayı 2018/2, s.369

⁵⁰ TOKER, Ali Emrah, 'Viyana Satım Sözleşmesi (CISG) Uyarınca Sözleşmenin Esaslı İhlali' Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt: 33, Sayı: 1, 2014, s. 243

Teslim edilen mal, alıcı tarafından kullanılabilir durumda ise ortada bir ayıp olsa dahi bu durumda da esaslı ihlal oluşmayacaktır. Mal teslimine ilişkin belgeler geç teslim edilmiş olabilir. Bu durumda kesin vadeli bir işlemin varlığı var ise esaslı ihlal oluşabilecek olup eğer yok ise esaslı olmayan ihlalden bahsedilebilecektir.⁵¹

b. Esaslı İhlal

CISG uyarınca ihlalin niteliği önem kazanmaktadır. Yapılan sözleşmede ki ihlal sebebiyle taraflardan birinin elde edeceği menfaat tamamen veya bu menfaatten önemli ölçüde eksik-yoksun kalınması durumunda ortaya çıkan ihlal esaslı ihlal olacaktır⁵². CISG m.25 uyarınca; yükümlülüğe aykırı bir davranışın olması, sözleşmede oluşan ihlalin satıcıda önemli derecede menfaat kaybına ⁵³ neden olması ve bu menfaat kaybının alıcı ile aynı şartlar altında ki kişiler tarafından dahi görülebilmesi şartlarının bir araya gelmesi ile esaslı ihlalin oluşacağı belirtilmiştir.

İhlalin sözleşmeden kaynaklı olması gerekmektedir. Alıcı tarafından esaslı ihlalin oluşabilmesi için bir ihlal olmalı, bu ihlalin durumuna göre esaslı ihlalden bahsedilebilecektir⁵⁴. Önemli menfaat kaybından kasıt ise satıcının beklediği menfaatten önemli derecede yoksun kalması ve bunların sonucunda meydana gelen olumsuzluklardır⁵⁵. Eğer ki satıcı için sözleşme artık önemsiz ve anlamsız hale geldiyse, burada menfaat kaybı olduğu ve bununla önemli bir menfaat olduğu söylenebilecektir. Alıcı ve satıcı aralarında yaptıkları taşınır mal satım sözleşmesinden CISG uyarınca nelerin esaslı ihlal sayılabileceğinden anlaşabilecekleri gibi taraflar arasında böyle bir madde konulmamış ise CISG m.8⁵⁶ söz konusu hale gelecektir. CISG m.8 dikkate alınarak yorumlama yapılır ve sözleşmede ki ihlalin derecesine karar verilebilir. CISG m.8/3 uyarınca taraflar arasında ki sözleşmede taraflar arasında ki ticari teammül, görüşmeler ve sonradan oluşacak davranışlara da bakılmalı ve kesin vadenin olup olmadığı hususu belirlenmelidir⁵⁷. İhlalin,

⁵¹ TOKER, a.g.e. s. 242-243-244

⁵² DAYIOĞLU Yavuz, CISG Uygulamasında Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları ve Özellikle Alıcının Tazminat Talep Etme Hakkı, (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2010, s.31-32

⁵³ ATAMER, a.g.e s.309

⁵⁴ YELKENCİ Işıl, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Alıcının Sözleşmeden Dönmesi, İstanbul, On İki Levha 2014, s. 35;

⁵⁵ TOKER, a.g.e s. 226

⁵⁶ CISG m. 8 (1) "Bu Antlaşmanın amacı çerçevesinde taraflardan birinin beyanları ve diğer davranışları onun iradesine uygun olarak yorumlanır; yeter ki karşı taraf bu iradeyi bilsin veya bilmemesi mümkün olmasın. (2) Eğer fıkra 1 uygulanıyorsa, taraflardan birinin beyanları ve diğer davranışları, karşı taraf ile aynı konumda makul bir kişinin aynı koşullarda bunlara vereceği anlama göre yorumlanır. (3) Taraflardan birinin iradesini veya makul bir kişinin anlayışını tespit edebilmek için özellikle taraflar arasındaki sözleşme görüşmeleri, aralarında oluşmuş alışkanlıklar, teamüller ve tarafların sonraki davranışları da dahil olmak üzere olayın ilgili tüm koşulları dikkate alınır." <https://cisg7.institut-e-business.de/pdf/Textsammlung/textsammlung-tuerkisch.pdf>, erişim tarihi 17.01.2022

⁵⁷ DAYIOĞLU, Yavuz; CISG Uygulamasında Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları ve Özellikle Alıcının Tazminat Talep Etme Hakkı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2011, s.42, YELKENCİ, Işıl; "Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Sözleşmenin Esaslı İhlali", Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2013, ss. 1333-1372, s.1349

esaslı ihlal olmasında ki ölçüt ise sözleşmede alıcı olarak gözüken tarafın sözleşmeden gerçekleşmesini beklediği menfaatin boşa çıkmasıdır⁵⁸. Esaslı ihlal için ayrıca öngörülebilir bir menfaat kaybı da şarttır. Burada ki şart alıcı ile aynı şartlar altında olabilecek kişilerin öngörebilmesidir⁵⁹.

CISG m.25; “*Taraflardan birinin sözleşme ihlali, diğer tarafı, sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde yoksun bırakacak bir olumsuzluğa sebep oluyorsa, esaslıdır; meğerki, böyle bir sonucu sözleşmeyi ihlâl eden taraf öngörmemiş ve aynı konum ve koşullar içindeki makul bir kişi de öngöremeyecek olsun*” denilerek esaslı ihlal tanımı yapılmıştır.

Alıcı ile satıcı arasında ki sözleşmenin temelli ifa edilmemesi halinde CISG m.25 uyarınca sözleşmenin esaslı ihlal edileceği sonucuna ulaşılabilir.⁶⁰ Eksik ifa halinde ise sözleşmeyi yorumlayarak bir sonuca varılmalı ve ihlalin derecesi belirlenmelidir. Sözleşme yorumlanmazsa ihlalin esaslı olup olmadığı sonucuna ulaşamayacaktır.⁶¹

Esaslı ihlalin sonuçlarına ise madde hükmünde değinilmemiştir. Sözleşmenin devamında ise esaslı ihlale bağlanan iki sonuç gösterilmiştir. Bunlar, CISG m.46/2; “*Mallar sözleşmeye uygun değilse, alıcı ancak bu uygunsuzluğun sözleşmeye esaslı bir aykırılık oluşturması ve 39. madde uyarınca yapılacak bildirimle veya bildirimden itibaren makul bir süre içinde talepte bulunması halinde ikame mal teslimini isteyebilir.*”

Kurulan sözleşmenin borçlusu, sözleşmede ifadan kaçınacağını ve ifa etmeyeceğini açıkça bildirir ise bu halde de esaslı ihlal sonucu ortaya çıkacaktır.⁶² CISG m.46/2 esaslı ihlal vurgusunu yapmış, esaslı ihlale ilişkin bir aykırılığın saptanması halinde makul bir süre içerisinde bunun satıcıya bildirimini şart koşmuş her halükarda bu sürenin malların alıcının, eline geçmesinden itibaren en geç iki yıl içinde olması gerektiği de belirtilmiştir.⁶³ Bu imkan sadece sözleşmenin esaslı ihlali halinde kullanılabilecek olup, esaslı ihlalin varlığı halinde alıcı, satıcıdan sözleşmeye konu malın aynısını talep edebilecektir. Esaslı ihlalin oluşması durumunda satıcı sözleşmede belirlenen malın aynısını alıcıya teslim etmek zorundadır.

Bu madde dışında CISG m.49/1 de esaslı ihlal durumunda, alıcının sözleşmeden dönebileceğini ve buna ilişkin bildirimleri düzenlemiştir. Bu iki madde dışında sözleşmede esaslı ihlal ve sonuçlarına bağlanan başka bir madde bulunmamaktadır. Alıcı eğer ki esaslı olmayan bir ihlal varsa m.47/1 uyarınca satıcıya verilen ek süreye rağmen bu aksaklıklar ve ihlal giderilmez ise alıcı tarafından sözleşmeden dönülebilecektir. Esaslı ihlalin oluşması durumunda ise alıcı herhangi bir ek süre vermeksizin sözleşmeden dönebilecektir⁶⁴. Taraflar arasında kurulan sözleşmede bir ihlalin meydana gelmesi halinde bu ihlalin esaslı

olup olmaması konusunda alıcı ve satıcının sözleşmesel konumları, şartları, ticari teammüller ve tüm özellikler dikkate alınmalıdır⁶⁵.

Sözleşmenin satıcı tarafından ihlali halinde alıcının sahip olduğu hukuki imkanlar CISG m. 46-53 arasında düzenlenmiştir. Alıcı, CISG m.46-52 arasında ki haklarından birini talep edebilecek olup bu haklarını aynı anda birden fazla olarak satıcıdan talep edemeyecektir⁶⁶. Sözleşmenin ihlali ile alıcının belli başlı hakları mevcuttur. Bu haklara kısaca değinmemiz gerekirse, alıcının aynen ifa talebi, alıcının sözleşmeden dönme hakkı, alıcının tazminat talebidir. Yukarıda da kısaca değindiğimiz üzere CISG oluşturulurken, iki hukuk sisteminden de etkilenme yaşamıştır. Common law sistemini uygulayan ülkeler aynen ifa sistemini en son çare olarak uygularken, kıta avrupalı ülkelerinde ise aynen ifa sistemi yoğun şekilde uygulanmaktadır. CISG m.46 uyarınca “*Alıcı, satıcıdan yükümlülüklerini ifa etmesini talep edebilir*” düzenlemesi mevcuttur. Viyana sözleşmesinin ifa engelleri açısından en temel hususlardan bir diğeri de sözleşmenin ayakta tutulmasıdır. Sözleşme uyarınca sözleşmeden dönme hakkının son çare olarak uygulanması bunun yansımasıdır⁶⁷.

Sözleşmenin 74 m. ile birlikte tazminat hesaplanmasına yönelik genel ilkeler belirlenmiştir⁶⁸. CISG’da belirlenen bu ilkeler ön görülebilirlik ilkesi ile tam tazmin ilkesidir⁶⁹. CISG m.74 her ne kadar tazminata ilişkin hükümleri belirlemiş olsa dahi sözleşme uyarınca CISG m.61⁷⁰ tazminata ilişkin hükümlerin ana kaynağıdır⁷¹. Hüküm uyarınca, tazminat talebi içinde sözleşme ihlali şarttır. Sözleşmenin ihlali ile birlikte bir zarar meydana gelmesi bu zarar ile ihlal arasında da bir bağ olması gerekmektedir. Unutulmamalıdır ki CISG uyarınca sözleşmesel ihlallerde, tazminat talebi her iki yana da

⁵⁸ YILMAZ Süleyman, *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları*, Ankara, 2013, s. 82

⁶⁶ ZEYTİN a.g.e, s.203

⁶⁷ YELKENCİ a.g.e. s. 1339-1340.

⁶⁸ m.74; “*taraflardan birinin sözleşmeyi ihlali halinde ödenecek tazminat, mahrum kalan kâr dahil olmak üzere, ihlalden dolayı diğer tarafın uğradığı zararın toplamına eşittir. Söz konusu tazminat, ihlâl eden tarafın sözleşmenin kurulması sırasında sözleşme ihlâlinin muhtemel sonucu olarak öngördüğü veya o tarihte bildiği veya bilmesi gerektiği veriler ışığında öngörmesi gerektiği zararı aşamaz.*”

⁶⁹ DURAK, Yasemin, *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması Uyarınca Alıcının Yükümlülükleri*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 317. ATAMER, Yeşim, *Zararın Soyut Yöntem ile Hesaplanması ve Bu Hesabın CISG Madde 74 ve 76 Örneğinde Mahrum Kalınan Kâr Talebi ile İlişkisi*, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi - 2013/1, s.137

⁷⁰ CISG m.61 (1) Alıcı sözleşmeden veya bu Antlaşmadan doğan yükümlülüklerinden herhangi birini yerine getirmezse, satıcı: (a) Madde 62 ilâ 65’te öngörülen hakları kullanabilir. (b) Madde 74 ilâ 77’de öngörülen tazminatı talep edebilir. (2) Satıcı diğer hukuki imkânlardan yararlanmakla tazminat talep etme hakkını kaybetmez. (3) Satıcı, sözleşmenin ihlal edilmesi halinde sahip olduğu hukuki imkânlardan birine başvurduğu takdirde, alıcıya, bir mahkeme veya bir hakem tarafından ek süre tanınmaz. <https://cisg7.institut-e-business.de/pdf/Textsammlung/textsammlung-tuerkisch.pdf> erişim tarihi 10.01.2022

⁷¹ DAYIOĞLU, a.g.e, s. 70

⁵⁸ SEROZAN, a.g.e, s.211

⁵⁹ SARIKAYA, age, s.155

⁶⁰ ATAMER, a.g.e, s. 308-309

⁶¹ TOKER, a.g.e, s. 243

⁶² ATAMER, a.g.e s.308

⁶³ Detaylı Bilgi İçin Bknz. CISG m.39/1-2

⁶⁴ TOKER, Ali Gümrah: “CISG Uyarınca Sözleşmenin Esaslı İhlali”, MHB, Y.: 33, S.: 1, ss. 213-250. s.234

sağlanan bir haktır⁷².

Yargıtay 11. HD, E. 2016/6805 K. 2018/1538 T. 28.2.2018 tarihli bir kararında CISG m.67'e atıfta bulunmuş, hasarın geçişine ilişkin değerlendirme yapmıştır. Yargıtay kararına göre; *Gerek 6098 sayılı TBK'nın 208 ve de tarafı olduğu Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Vienna Sözleşmesi) 'nin 67.⁷³ ve 4.⁷⁴ maddeleri gerekse satış kuralları uyarınca, yükün taşıma aracına yüklenmesiyle birlikte hasar ve yararın alıcıya geçmesi mülkiyetin de taşıyıcıya teslimle alıcıya geçmesi anlamına gelmez. Keza Sözleşmesinin 12.⁷⁵ maddesi uyarınca da, gönderen, malı taşıyıcıya teslim ettikten sonra, teslimi yapılacağı yeri değiştirme veya sevk mektubunda gösterilen alıcıdan başkasına teslim etmesini istemek suretiyle yüke tasarruf etme hakkına sahiptir⁷⁶.*

CISG ve benzeri sözleşmelerde, hasarın alıcıya geçmesi, malın taşıyıcıya teslimi ile olacaktır. Birden fazla taşıyıcının olması bu hususu değiştirmeyecek olup, malın ilk taşıyıcıya teslim edilmesi ile oluşacak hasardan alıcı sorumlu tutulacaktır.⁷⁷

3. Türk Hukuk Sistemi İle Viyana Sözleşmesi'nin İfa Engelleri Yönünden Karşılaştırılması

Türk hukuk sisteminde ifa engelleri tek tip olarak belirlenmemiştir. Buna karşın CISG ile Türk hukuk sistemi arasında farklılıklar vardır. CISG'de tek tip ifa engeli sistemi

⁷² BAŞ Seda, CISG m. 74 Kapsamında Sözleşmenin İhlali Halinde Tazminat Sorumluluğu ve Sınırlandırılması, Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi, 70 (4) 2021: ss. 933-971 s.936-937

⁷³ CISGm. 67 (1) Satım sözleşmesi malların taşınmasını gerektiriyorsa ve satıcı malları belirli bir yerde vermeye mecbur değilse hasar, malların, alıcıya ulaştırılması amacıyla, satım sözleşmesine uygun olarak ilk taşıyıcıya verilmesi ile alıcıya geçer. Satıcının malları belirli bir yerde taşıyıcıya vermesi gerekiyorsa malların o yerde taşıyıcıya verilmesine kadar hasar alıcıya geçmez. Satıcının malları temsil eden belgeleri alıkoyma hakkı olsa bile, bu, hasarın intikaline etki etmez. (2) Ancak mallar, üzerlerindeki ayırt edici işaretler, taşıma belgeleri, alıcıya yapılacak bildirim veya diğer herhangi bir yolla açıkça sözleşmeye tahsis edilmediği sürece hasar alıcıya geçmez.

⁷⁴ CISG m.4; Bu Antlaşma, sadece satım sözleşmesinin kurulmasını ve alıcı ile satıcının böylesi bir sözleşmeden doğan hak ve borçlarını düzenler. Antlaşmada aksine bir düzenleme bulunmadığı sürece, özellikle; (a) sözleşmenin veya sözleşmenin hükümlerinin veya teamüllerin geçerliliği; (b) sözleşmenin, satılan malların mülkiyeti üzerindeki olası etkileri düzenlenmemiştir.

⁷⁵ CISG m.12; Taraflardan birinin işyeri, 96. madde uyarınca beyanda bulunmuş âkit bir devlette bulunduğu takdirde, satım sözleşmesinin kurulmasını, değiştirilmesini veya mutabakatla ortadan kaldırılmasını veya bir icabın, kabulün yahut diğer herhangi bir irade beyanının, yazılı şekilden başka şekilde yapılmasını mümkün kılan bu Antlaşmanın 11. ve 29. maddesinin veya II. Kısımının hükümleri uygulanmaz. Taraflar bu maddeye istisna getiremeyecekleri gibi maddenin etkilerini de değiştiremezler.

⁷⁶ Yargıtay 11. HD., E. 2016/6805 K. 2018/1538 T. 28.2.2018, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/11-hukuk-dairesi-e-2016-6805-k-2018-1538-t-28-2-2018> erişim tarihi 21.01.2022

⁷⁷ ALTAY, Sabah, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ve Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Hasarın Alıcıya Geçiş, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi - 2013/1, s.206

belirlenmiş olup⁷⁸, daha çok Common Law sisteminde olduğu gibi hukuki oluşumlar arasında bir ayrım yapmamaktadır. Buna karşın CISG aynen ifa talebini ilk sıraya yerleştirmiş ve bu yönüyle Civil Law sistemini de benimsemiştir.⁷⁹ Eksik ifa etme, hiç ifa etmeme, malın ayıplı teslimi, temerrüt, zapta karşı tekeffül, hukuki ayıp ve imkansızlık hallerinin hiç bir farkı yoktur. Türk hukuk sistemi ile farklı bir sistemi benimseyen CISG kusur yönünden de farklılıklar içermektedir.⁸⁰ Türk hukuk sistemi kusur sorumluluğuna göre bir yol izlerken, CISG ise sözleşmeden kaynaklı ihlallerde kusur sorumluluğunu aramayacaktır⁸¹. Bu özellik Common Law sisteminden kaynaklı olup CISG'e yerleşmiştir.⁸²

TBK hükümlerince, borçlu kusursuz olduğunu ispatlar ise sorumluluğundan kurtulabilecek olup, CISG'de ise böyle bir hükme rastlanmamıştır. CISG'de kusur sorumluluğu olmaması nedeniyle, ifa engelleri yönünden mahkeme önüne bir uyuşmazlığın gelmesi halinde burada borçlunun kusursuz olduğunu ispatlamasının bir önemi olmayacağı açıktır. CISG, borçlunun sorumluluktan kurtulmasına yönelik madde hükmünde ise borçluyu tazminat ödeme yükümlülüğünden kurtarmakta olup bunu ise; *“denetimi dışında kalan bir engelden kaynaklandığını ve bu engeli, sözleşmenin kurulması anında hesaba katmasının veya engelden ve sonuçlarından kaçınmasının veya bunları aşmasının kendisinden makul olarak beklenemeyeceğini ispatlaması halinde”* ifa etmemesinin sorumluluk getirmeyeceğini hükme bağlamıştır.⁸³ Borçlu, sorumluluktan kurtulsa dahi ifa engelini karşı yana bildirmekle yükümlüdür.⁸⁴ İlgili maddenin 4. fıkrası uyarınca *“ifa etmeyen tarafın engeli bildiği veya bilmesi gerektiği andan itibaren makul bir süre içinde”* karşı yana bildirilmelidir. Karşı yana makul bir süre içerisinde bildirilmeyen durumlardan dolayı sorumluluktan kurtulunamayacak olup, ulaşmama sebebiyle ortaya çıkan zarardan da ifa etmeyen sorumluluğu devam edecektir.⁸⁵ TBK m.136 ise, borçlunun sorumlu olmayacağı sebeplerden ötürü borç ilişkisinin sona ermesi halinde borçlunun sorumlu olmayacağı, borçlunun ifanın imkansızlaşmaya başladığını, alacaklıya *“gecikmeksizin bildirmez”* ve gerekli önlemleri almazsa doğacak zararlardan dolayı sorumlu olacağını ve bu zararları gidermekle yükümlü olduğunu hükme bağlamıştır. TBK m.136'nın kaynağı İsviçre Borçlar Kanunu'dur.⁸⁶ Her ne kadar CISG için kusursuz sorumluluğu benimsediğini

⁷⁸ ERDEM H. Ercüment, Viyana Satım Antlaşması'na Göre Alıcı ve Satıcının Borçlarının İhlalinin Sonuçları ve Türk Hukuku ile Karşılaştırılması Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi - 2013/1, s.264

⁷⁹ İŞINTAN, a.g.e. s.171

⁸⁰ ÖZ, a.g.e. s.5

⁸¹ ARAL Fahrettin, Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, Ankara 2011, Seçkin Yayıncılık, s. 181

⁸² ÖZ, a.g.e. s.10

⁸³ CISG-DK Görüşü No. 7, CISG Madde 79 Uyarınca Tazminat Ödeme Borcundan Sorumsuzluk, 2007. Raportör: Profesör Alejandro M. Garro, Columbia University School of Law, New York, N.Y., ABD, s.1 https://www.cisgac.com/file/repository/Turkish_No_7_SON.pdf erişim tarihi 28.01.2022

⁸⁴ ÖZ, a.g.e. s.11

⁸⁵ CISG-DK Görüşü No. 7, CISG Madde 79 Uyarınca Tazminat Ödeme Borcundan Sorumsuzluk, 2007. Raportör: Profesör Alejandro M. Garro, Columbia University School of Law, New York, N.Y., ABD, s.2

⁸⁶ <http://www.ilhanhelveadersleri.com/turk-borclar-kanunu/turk-borclar-kanunu-madde-136> erişim tarihi 28.01.2022

söylemiş isekte, CISG bazı kurtuluş imkanları sunan, bir kusursuz sorumluluk sistemidir.⁸⁷ Şöyle ki, doğal afetler sebebiyle ortaya imkansız bir halin çıkması ve bu sebeple malın kullanılamaz hale gelmesi kusurdan kurtulabilmek için yeterli olabilecektir.

TBK uyarınca, sözleşmeden kaynaklı ihlallerde ve borcunu ifa etmeyen borçluya karşı, uygulanacak hükümler kanunda sayılmıştır⁸⁸. CISG ile TBK arasında alıcının hakları açısından tam anlamı ile bir benzerlik yoktur. Türk hukukunda, TBK m.27⁸⁹ uyarınca objektif imkansızlık halinde sözleşme geçerli olarak kurulmamış sayılmaktadır buna karşın CISG de ise objektif imkansızlık olsa dahi sözleşme kurulmuş sayılır.⁹⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2019 tarihli bir kararında; “Somut olaya uygulanması gereken 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun (BK) 19/1’inci (6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun (TBK) 26’ncı) maddesinde bir sözleşmenin içeriğinin, bu sözleşmenin taraflarınca kanunda öngörülen sınırlar içerisinde özgürce belirlenebileceği düzenlemesi yer almaktadır. Bu temel kuralın istisnası ise 818 sayılı BK’nın 19/2’nci (6098 sayılı TBK’nın 27/1’inci) maddesinde; ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmelerin kesin olarak hükümsüz olduğu belirtilmek suretiyle açıklanmıştır⁹¹. Buna karşılık Viyana sözleşmesinde, sözleşmeyi geçersiz kılacak herhangi bir sebep belirtilmemiştir. Satıcının CISG’e göre sorumluluğu aslında kusursuz sorumluluk gibidir. Satıcı, her türlü tedbiri almış olsa dahi bu ihlalin ve sonucun gerçekleşeceğini ispatlaması halinde bile sorumluluktan kurtulamayacaktır. ⁹² CISG m.11 ile sözleşmenin ispatı da düzenlenmiş ve tanık ve her türlü delil ile ispat kuralının işleyebileceği belirtilmiştir. ⁹³

Taraf iradeleri, CISG’de önem arz etmektedir. TBK’da aynı şekilde taraf iradelerine önem vermektedir. TBK md.27, yukarı da açıkladığımız üzere sözleşmelerin ne şekilde düzenlenemeyeceğini açıklamıştır. Buradan çıkarılacak sonuç TBK anlamında da bir irade özgürlüğünün mevcut olduğu fakat bu özgürlüğün sınırsız olmadığıdır⁹⁴. Her halükarda sözleşmelerde uygulanacak olan taraf ve irade özgürlüğü satım sözleşmelerini etkileyen bir unsurdur.

⁸⁷ ÖZ, a.g.e. s.11-12

⁸⁸ TBK uyarınca alıcının sahip olduğu haklar; aynen ifa, sözleşmeden dönme ve tazminattır. Detaylı Bilgi İçin Bknz. EREN Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Ankara, Yetkin, Genel Hükümler, 2017 s. 16 vd

⁸⁹ TBK m.27/1; Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. (2); Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur.

⁹⁰ KILIÇOĞLU M. Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Ankara, 2018, s. 147 – 149. , ÖZ Turgut, “Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y: 2013, S:1, İstanbul, s. 22

⁹¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurul Kararı, E.2019/25, K. 2019/874, T.04.07.2019 <https://lexarin.com/ictihat/yargitay-hukuk-genel-kurulu-e2019-25-k2019-874> erişim tarihi 10.01.2022

⁹² SARIKAYA, a.g.e. s.13

⁹³ İŞLETEN, a.g.e. s.133

⁹⁴ EREN Fikret (2017) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Ankara, Yetkin,, Genel Hükümler; s. 16

Viyana sözleşmesi taraf iradelerine önem verdiğinden dolayı m.6 uyarınca; *Taraflar, bu Antlaşmanın uygulanmamasını kararlaştırabilecekleri gibi, 12. madde saklı kalmak şartıyla, hükümlerine istisna getirebilir veya hükümlerinin doğurabileceği etkileri değiştirebilirler*” hükmü getirilmiş ve sözleşme taraflarına özgürlük sağlanmıştır. Alıcının temel yükümlülükleri açısından TBK ve CISG arasında temel farklılıklar yoktur. Alıcının asli edim yükümlülüğü olarak, sözleşmede belirlenen bedelin ödenmesi, sözleşmeye konu malların teslim alınmasıdır.

3.1 Viyana Satım Sözleşmesi ile TBK’nın Ayıp Yönünden Karşılaştırılması

CISG ile taşınır mal satımı yapılması sonucunda, malı teslim alan alıcının malı “*kısa bir süre*” içerisinde muayene etmesi gerekmektedir⁹⁵. Kısa bir sürenin sözleşmede açıklaması yapılmamıştır. Burada belirlenen kısa bir sürenin, TBK m. 223 ile benzer nitelik taşıdığı düşünülmektedir⁹⁶. TBK uyarınca, alıcı malı olağan bir süre içerisinde incelemek ve ayıp görmesi halinde bunu bildirmek zorundadır. Eğer ki alıcı, malda gerekli incelemeyi yapmaz ve ihbarda bulunmaz ise malı kabul etmiş olacaktır. Buradan da anlaşıldığı üzere hem TBK hem de CISG uyarınca alıcının uygun bir süre içerisinde bu muayeneyi yapması gerekmektedir⁹⁷. Türk hukuk sisteminde olağan bir süre hükmü getirilmiş ve kesin bir süre tayini belirlenmemiştir. Kesin sürenin belirli olmaması, ortaya çıkacak uyuşmazlıklarda hakime takdir yetkisi tanındığı anlamına gelmektedir. ⁹⁸

Taraflar CISG’e uygun bir sözleşme yapmış ve sözleşmeye bağlı satım ilişkisi neticesinde alıcı tarafından bir ayıbın ortaya çıktığı veyahut çıkma ihtimallerinde CISG

⁹⁵ CISG m. 38 (1) Alıcı, malları, koşulların izin verdiği ölçüde kısa bir süre içerisinde muayene etmek veya ettirmek zorundadır. (2) Sözleşme, malların taşınmasını gerektiriyorsa, muayene, malların varma yerine ulaşması sonrasına ertelenebilir. (3) Mallar alıcı tarafından, muayene etmek için yeterli imkâna sahip olmaksızın, taşıma halindeyken başka bir yere yönlendirilir veya onun tarafından başka bir yere gönderilirse ve satıcı sözleşme kurulurken böyle bir yönlendirme veya başka yere gönderme ihtimalini biliyor veya bilmesi gerekiyor idiyse, muayene, malların yeni varma yerine ulaşması sonrasına ertelenebilir. <https://cisg7.institut-e-business.de/pdf/Textsammlung/textsammlung-tuerkisch.pdf> erişim tarihi 23.01.2022

⁹⁶ KARAMAN AKÇURA Tuba, “Borçlar Kanunu ve Viyana Satım Antlaşması (VSA) Çerçevesinde Satıcının Ayıptan Sorumluluğu ve Alıcının Hakları”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013/1, s. 232, TBK m.223; “Alıcı, devraldığı satılanın durumunu işlerin olağan akışına göre imkân bulunur bulunmaz gözden geçirmek ve satılana satıcının sorumluluğunu gerektiren bir ayıp görürse, bunu uygun bir süre içinde ona bildirmek zorundadır. Alıcı gözden geçirmeyi ve bildirimde bulunmayı ihmal ederse, satılanı kabul etmiş sayılır. Ancak, satılana olağan bir gözden geçirmeyle ortaya çıkarılamayacak bir ayıp bulunması hâlinde, bu hüküm uygulanmaz. Bu tür bir ayıbın bulunduğu sonradan anlaşılırsa, hemen satıcıya bildirilmelidir; bildirilmezse satılan bu ayıpla birlikte kabul edilmiş sayılır.” <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6098.pdf> 23.01.2022

⁹⁷ ÜNLÜTEPE Mustafa, Taşınır Satış Sözleşmesinde Satıcının Ayıptan Sorumluluğu Bakımından Gözden Geçirme ve Bildirim Külfetinin Yerine Getirilmesinin Tabi Olduğu Süreler, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi • Cilt 24, Sayı 1, Haziran 2018, ISSN 2146-0590, ss. 296-335 s.316-317

⁹⁸ GÜMÜŞ, Mustafa Alper. Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt-I. 3. Bası. İstanbul: Vedat, 2013, s.76

m.39'a göre hareket etmelidir. CISG m.39; (1) Alıcı, bir sözleşmeye aykırılık saptadığı veya saptaması gerektiği tarihten itibaren **makul bir süre** içinde satıcıya, sözleşmeye aykırılığı türünü de belirterek bildirmezse, bu sözleşmeye aykırılığa dayanma hakkını kaybeder.” denilerek **“makul bir süre”** içerisinde ihbarın yapılması gerektiği hükme alınmıştır. Makul süreden kasıtın olayın özelliklerine göre TBK ile benzer şekilde olduğu kanaatindeyim. Makul süre belirlenirken, ticari örf ve adet ilkesi göz önüne alınmalı, mal satım sözleşmesine konu malın özelliklerine de bakılmalıdır⁹⁹.

CISG m.39/2; *Her halde, alıcı, malların fiilen kendisine verildiği tarihten itibaren en geç iki yıllık bir süre içinde sözleşmeye aykırılığı satıcıya bildirmezse, bu sözleşmeye aykırılığa dayanma hakkını kaybeder; meğerki, bu süre sözleşmesel bir garanti süresiyle bağdaşmıyor olsun*” hükmü ile üst sınır olarak iki yıllık süre belirlenmiştir. O halde CISG uyarınca kurulan sözleşmelerde alıcının, aldığı malda gizli ayıp olması halinde dahi iki yıllık süre geçerli olacaktır¹⁰⁰.

TBK m.223/2; *satılarda olağan bir gözden geçirmeyle ortaya çıkarılamayacak bir ayıp bulunması hâlinde, bu hüküm uygulanmaz. Bu tür bir ayıbın bulunduğu sonradan anlaşılırsa, hemen satıcıya bildirilmelidir; bildirilmezse satılan bu ayıpla birlikte kabul edilmiş sayılır*” denilerek gizli ayıbın alıcı tarafından tespit edilmesi halinde derhal bu husus satıcıya bildirilmesi gerektiği belirtilmiştir. CISG gizli ayıp için iki yıllık bir süre belirlemişken TBK uyarınca gizli ayıp durumunda derhal bildirimde bulunulmalıdır¹⁰¹. Bu bildirim nasıl yapılacağına ilişkin bir hüküm olmadığından dolayı ayıp ihbarını alıcı istediği gibi yapabilecektir. Bu da bu hususun ispatında zorluklar çıkaracağından dolayı ayıp ihbarının davalarda ispat niteliği taşıyacak şekillerde yapılmasının daha doğru olacağı düşüncesindeyim.

Yargıtay 2020 tarihli bir kararında; 6098 Sayılı TBK. 'nun bu konudaki 223. maddeye göre, (818 Sayılı BK'nun 198.maddesi), alıcı, teslim aldığı malı işlerin olağan akışına göre, imkân bulunur bulunmaz gözden geçirmek ve satıcının sorumluluğunu gerektiren bir ayıp gördüğü zaman bunu satıcıya uygun süre içinde ihbar etmekle yükümlüdür. Bunu ihmal ettiği takdirde, satılanı kabul etmiş sayılır. Ancak, satılarda olağan bir gözden geçirme ile meydana çıkarılamayacak bir ayıp bulunması halinde, bu ayıp sonradan meydana çıkarsa, bu durumu da hemen satıcıya bildirmediği takdirde yine satılanı bu ayıp ile birlikte kabul etmiş sayılır. O halde, gizli ayıpların, dava zaman aşımı süresi içinde ve ayıp ortaya çıktıktan sonra hemen (dürüstlük kuralına uygun olan en kısa sürede), ihbar edilmesi; ayıbın açık mı, yoksa gizli mi olduğunun tayininde ise, ortalama (vasat) bir tüketicinin

⁹⁹ AKTÜRK YÜCER İpek, “Vienna Satım Sözleşmesi Kapsamında Satıcının Ayıptan Doğan Sorumluluğu”, Ankara Barosu Dergisi, 2015/1, s. 222

¹⁰⁰ ÖZ Turgut, “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013/1, s. 12

¹⁰¹ İLGÜN Candaş, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi Üyesi Gizli ayıplar yönünden ise yasada açık hüküm olmadığından aynı yasanın 30. maddesi gereğince genel hükümlere müracaat edilerek (B.K. 198) T.B.K. 223/2. maddesi gereğince bu ayıbın hemen bildirim zorunludur. Ayıp ihbarının şekle bağlı olmadığı ve şahitle de ispatı mümkün olduğu Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin ve 15. Hukuk Dairesinin içtihatlarıyla kabul edilmiştir. <https://www.turkiyehukuk.org/> erişim tarihi 23.01.2022,

bilgisinin dikkate alınması, gerekmektedir. ... Yine TBK'nun 223 (BK'nun 198. maddesi) hükmü ile gizli ayıplar yönünden kendisine yüklenen “hemen ihbar” mükellefiyetini yerine getirip getirmediğini ispat yükü davacıdadır. Mahkemece; “...davacı tanıklarının geçerliliği ve ispatı herhangi bir şekle bağlı olmayan ayıp ihbarına ilişkin huzurdaki beyanı dikkate alındığında; ... Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 2013/64D.İş sayılı dosyasında alınan bilirkişi raporu üzerine davacının dairedaki ayıpları öğrendikten sonra derhal ihtarname keşide ederek ayıp ihbarında bulunduğu..” gerekçesiyle davacının süresinde ayıp ihbarında bulunduğu kabul edilmişse de hemen belirtmek gerekir ki ayıp ihbarı hususunda tanık beyanlarına göre karar verilemez” yönünde karar vermiştir¹⁰². Karardan anlaşıldığı üzere ayıp ihbarının süresinde yapılmasında ispat yükü davacı tarafta yani malın ayıplı olduğunu iddia edendedir. Ayrıca tanık ile ihbarın zamanında yapılıp yapılmadığı hususunda karar verilmesinin doğru olmayacağı da hüküm altına alınmıştır. Ayıp ihbarının zamanında yapılıp yapılmadığına ilişkin davalarda, davalı tarafından itiraz yapılmaması durumunda mahkeme hakimi re'sen ihbarın süresinde yapılıp yapılmadığını inceleyemeyecek olup, ihbarın süresinde yapılmış gibi kabul ederek karar verecektir¹⁰³.

SONUÇ

Vienna Sözleşmesi (CISG) Türkiye tarafından 2011 yılında çekince koyulmadan kabul edilmiş ve uygulamaya geçmiştir. CISG ile uluslararası sistemde uygulanan taşınır mal satım sözleşmelerinde bir yeknesanlık oluşturulmak istenmiş ve sistem bir çok ülke tarafından uygulanmaya konmuştur. CISG tamamen serbest ilkelere dayanan bir sözleşme olduğundan dolayı taraflar diledikleri gibi sözleşmenin uygulanabileceğini veya da uygulanamayacağını kararlaştırabilecektir. CISG ile Türk hukuk sistemi arasında bazı farklılıklar olup bu farklılıklarda ki kafa karışıklığı ve uygulamada ki eksiklikler de göz önüne alınmış ve çalışmamızda değerlendirilmiştir.

Çalışmamızda incelemiş olduğumuz üzere CISG'de önemli olan tarafların menfaatleri ve sözleşmeyi ayakta tutma ilkesidir. Bundan dolayı sözleşmeden dönme son

¹⁰² T.C. YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ E. 2016/27467 K. 2020/2619 T. 24.2.2020, <http://kazanci.com.tr/gunluk/13hd-2016-27467.htm> erişim tarihi 23.01.2022

¹⁰³ TC Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2014/13-1125, K.2016-587, T.04.05.2016; “6100 sayılı HMK'nın 25/1. maddesine göre, “Kanunda öngörülen istisnalar dışında, hâkim, iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamaz.” Ayıp ihbarı niteliği itibariyle satın alınan maldaki ayıbın varlığını satıcıya bildirmeye yönelik bir tasavvur açıklaması olduğundan, bildirim yükümlülüğüne uyulmadığı davalı satıcı ileri sürmelidir. Satıcı tarafından, davacı tüketicinin yasal süresinde ayıp ihbarında bulunulmadığına yönelik bir savunma ileri sürülmedikçe bu husus, mahkemece re'sen dikkate alınıp değerlendirilemez. Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında bir kısım üyeler tarafından, 4077 sayılı TKHK'nun 4/2.maddesinde belirtilen 30 günlük ayıp ihbarında bulunma süresinin hak düşürücü süre olduğu, bu nedenle de süresinde ayıp ihbarında bulunulup bulunulmadığı hususunun mahkemece re'sen dikkate alınması gerektiği, davacı tarafından yasal süresi içinde ayıp ihbarında bulunulmaması nedeniyle davanın reddine karar verilmesi gerektiği görüşü dile getirilmiş ise de; bu görüş yukarıda açıklanan nedenlerle Kurul çoğunluğu tarafından benimsenmemiştir.” www.kazanci.com erişim tarihi 23.01.2022

çare olarak belirlenmiştir. CISG uyarınca sözleşmeden dönebilmek için esaslı ihlalin varlığı olmalı ve bunun da tespiti gerekmektedir. Burada önemli olan da CISG bakımından ihlalin derecesidir. Esaslı olmayan ihlal durumunda sözleşmeden dönme hakkı kullanılamayacaktır. Satım sözleşmesinde ki ihlal, esaslı değilse tazminat talep edilebileceği gibi semen tenzili de talep edilebilecektir. Esaslı olmayan ihlal halinde sözleşmeden dönülemeyeceği gibi ayrıca ikame mal isteme hakkı da oluşmayacaktır. Bu haklar sözleşmenin esaslı ihlali halinde varlık gösterecektir. Esaslı ihlalin şartları CISG uyarınca üçe ayrılmıştır. Önemli bir menfaat kaybının varlığı, bu menfaat kaybının öngörülebilirliği, yükümlülüğe aykırı davranılması esaslı ihlale ilişkin üç şarttır. Zarar gördüğünü iddia eden taraf, bu şartlardan önemli derecede menfaat kaybına uğradığını ispat etmek zorundadır.

Çalışmamızda hukuk sistemlerinden bahsedilmiş, common law sisteminin ihlale olan ilişkisi ve Türk hukukunun da buna yaklaşımına bakılarak ayrıca ifa engelleri ve ayıp yönünden karşılaştırmalarda yapılmıştır. CISG taraf olan tüm ülke devletlerde aynı şekilde uygulanacak olması sebebiyle bir düzen getirecek olup, uluslararası mal satımında ki karışıklıkları da giderecektir.

KAYNAKÇA

- AKTÜRK YÜCER İpek, “Viyana Satım Sözleşmesi Kapsamında Satıcının Ayıptan Doğan Sorumluluğu”, Ankara Barosu Dergisi, 2015/1
- ALTAY, Sabah, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ve Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) Uyarınca Hasarın Alıcıya Geçiş, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi - 2013/1,
- ARAL Fahrettin, Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2011
- ATAMER M. Yeşim, Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2005
- ATAMER, M. Yeşim, “Birleşmiş Milletler Satım Hukukunun Uluslararası Uygulama Alanı”, İBD, Sayı 69, Yıl 1995
- ATAMER, Yeşim, Zararın Soyut Yöntem ile Hesaplanması ve Bu Hesabın CISG Madde 74 ve 76 Örneğinde Mahrum Kalınan Kâr Talebi ile İlişkisi, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi - 2013/1, s.137
- AYOĞLU, Tolga, Milletlerarası Menkul Mal Satımları Hakkında Viyana Konvansiyonu’nda Boşlukların DoldurulmasıGalatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi - 2013/1
- BALKAR BOZKURT Süheyla, Uluslararası Sözleşmelere Uygulanacak Kuralları Belirleyen Yöntemlere Eleştirel Bakış, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011/1, Prof.Dr. Atâ SAKMAR’a Armağan, ss. 141-196
- BAŞ Seda, CISG m. 74 Kapsamında Sözleşmenin İhlali Halinde Tazminat Sorumluluğu ve Sınırlandırılması, Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi, 70 (4) 2021: ss. 933-971
- DAYIOĞLU Yavuz, CISG Uygulamasında Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları ve Özellikle Alıcının Tazminat Talep Etme Hakkı, (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2010
- DAYIOĞLU, Yavuz; CISG Uygulamasında Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları ve Özellikle Alıcının Tazminat Talep Etme Hakkı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2011
- DEVELİOĞLU, Murat Hüseyin, CISG’nin Sözleşmelerin Konusu ve Niteliği Bakımından Uygulama Alanı, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi - 2013/1,
- DURAK, Yasemin, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması Uyarınca Alıcının Yükümlülükleri, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020
- ERCÜMENT H. Erdem, Milletlerarası Ticaret Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017
- ERDEM H. Ercüment, “Viyana Satım Antlaşması’na Genel Bakış ve Maddi Uygulama Alanı”, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG’a göre Satış Sözleşmeleri: Sales Contracts Under the New Turkish Code of Obligations and the CISG, Ed. Şükran Şıpka/Ahmet Cemil Yıldırım, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012
- ERDEM, H. Ercüment, “Uluslararası Mal Satışlarında 11 Nisan 1980 Tarihli Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin Uygulama Alanı”, Milletlerarası Ticaret Hukuku İle İlgili Makaleler, İstanbul, 2008
- ERDEM H. Ercüment, Viyana Satım Antlaşması’na Göre Alıcı ve Satıcının Borçlarının İhlalinin Sonuçları ve Türk Hukuku ile Karşılaştırılması, Galatasaray Üniversitesi Hukuk

Fakültesi Dergisi - 2013/1

EREN Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Ankara, Yetkin, Genel Hükümler, 2017

GÜMÜŞ, Mustafa Alper. Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt-I. 3. Bası. İstanbul: Vedat, 2013

İŞINTAN, Pelin, Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması ve Borçlar Kanunu Düzenlemelerinde Aynen İfa Kavramı, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi - 2013/1

İŞLETEN, İpek Mehtap, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) ve Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Sözleşmenin Kurulması, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013/1,

KARAMAN AKÇURA Tuba, “Borçlar Kanunu ve Viyana Satım Antlaşması (VSA) Çerçevesinde Satıcının Ayıptan Sorumluluğu ve Alıcının Hakları”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013/1

KILIÇOĞLU M. Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Ankara, 2018, s. 147 – 149

KOCASAKAL Özdemir, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi - 2013/1,

OKUR Sinan, “Türk Borçlar Kanunu’nda Alıcının Genel ve Sonraki İfa Talebi Üzerine CISG Işığında Eleştirel Bir Değerlendirme”, e- Akademi, S: 131, Mart 2013,

ÖZ Turgut, “Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y: 2013, S:1, İstanbul

SARIKAYA, Murat (2017) Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması “CISG” Kapsamında Sözleşmenin Esaslı İhlali, İstanbul SEROZAN Rona, CISG’A ve TBK’na Göre Alıcının Dönme Hakkının Sınırları, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, C: LXX, S: 2, İstanbul, 2012

TARMAN Zeynep Derya, Türk Satım Hukukunda Yeni Bir Dönem: Viyana Satım Antlaşması’nın Milletlerarası Satım Sözleşmelerine Etkisi, in, İpek Yolu Canlanıyor: Türk-Çin Hukuk Zirvesi, International Law Conference, 12- 14 Haziran 2012, İstanbul, Konferans Bildiri Kitabı, s. 169-187

TAŞTAN Güven Furkan, Viyana Satım Antlaşması’na (CISG) Göre Alıcının Sözleşmeyi İhlali Halinde Satıcının Hakları, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Yıl 3, Sayı 2018/2,

TOKER, Ali Emrah, ‘Viyana Satım Sözleşmesi (CISG) Uyarınca Sözleşmenin Esaslı İhlali’ Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt: 33, Sayı: 1, 2014

TOKER, Ali Gümrah, 11 Nisan 1980 Tarihli Uluslararası Taşınır Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nin (Viyana Sözleşmesi) Uygulama Alanı, Ankara, 2005,

TOKER, Ali Gümrah: “CISG Uyarınca Sözleşmenin Esaslı İhlali”, MHB, Y.: 33, S.: 1, ss. 213-250

ÜNLÜTEPE Mustafa, Taşınır Satış Sözleşmesinde Satıcının Ayıptan Sorumluluğu Bakımından Gözden Geçirme ve Bildirim Külfetinin Yerine Getirilmesinin Tabi Olduğu Süreler, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi • Cilt 24, Sayı 1, Haziran 2018, ISSN 2146-0590, ss. 296-335

UYAR Talih, Yargıtay Kararlarında “Dürüstlük Kuralı” ve “Hakkın Kötüye Kullanılması” Yasağı, Prof. Dr. SEYFULLAH EDİS’E ARMAĞAN, İzmir, 2000, ss. 439-465.

YELKENCİ Işıl, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Alıcının Sözleşmeden Dönmesi, İstanbul, On İki Levha 2014,

YELKENCİ, Işıl; “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Sözleşmenin Esaslı İhlali”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2013, ss. 1333-1372

YILMAZ Süleyman, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları, Ankara, 2013

ZEYTİN Zafer, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku – CISG, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık 2015

ZEYTİN, Zafer, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri (CISG) Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık 2011

Online Kaynaklar

<http://www.sinopbarosu.org.tr/>

<https://ciscg.bilgi.edu.tr/>

<https://ciscg7.institut-e-business.de/pdf/Textsammlung/textsammlung-tuerkisch.pdf>

<https://lexarin.com/ictihat/>

<https://uncitral.un.org/en/texts/salegoods>

<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/>

<https://www.resmigazete.gov.tr>

<https://www.turkiyehukuk.org/>

www.kazanci.com

www.mevzuat.gov.tr

<https://www.cisgac.com/>

<http://www.ilhanhelvacidersleri.com>

İŞÇİNİN İŞ SÖZLEŞMESİNİ SAĞLIK NEDENİYLE HAKLI FESHİ

Av. Neval GÜZELBABA

A. GENEL OLARAK

İş Kanunu'nda¹ hem işveren açısından hem işçi açısından derhal fesih hakkı düzenlenmiştir. İşçiye derhal fesih hakkı veren düzenleme İş Kanunu'nun 24. maddesinde tek tek belirtilmiştir. Bu hallerden biri söz konusu olduğunda işçi iş sözleşmesini derhal feshedebilecektir. İş sözleşmesini sona erdiren haklı nedenler İş Kanunu'nda belirtilenlerle sınırlı değildir. Haklı nedenler ayrıca Deniz İş Kanunu'nun 14. maddesinde ve Basın İş Kanunu'nun 12. maddesinde sayılmıştır. İş Kanunu'nun 24. maddesinde işçiye belirli veya belirsiz süreli iş sözleşmelerini, süresinin bitiminden önce veya bildirim süresi beklemeksizin fesih hakkı veren nedenlerden biri de sağlık nedenleridir. Genel olarak iş sözleşmesini fesih hakkı, karşı tarafa yöneltilmesi gereken bir irade beyanıdır. Bu irade beyanı tek taraflıdır. İş sözleşmesini gerek derhal gerek belli bir sürenin geçmesiyle ortadan kaldıran bu tek taraflı irade beyanı bozucu yenilik doğuran bir haktır.²

II. SAĞLIK NEDENLERİ

A. İşin İşçinin Sağlığı veya Yaşayışı İçin Tehlikeli Olması

İş Kanunu'nun 24. maddesinin 1. bendinin a fıkrası uyarınca iş sözleşmesinin konusu olan işin yapılmasının işin niteliğinden doğan bir sebeple işçinin sağlığı ve yaşayışı için tehlikeli olması halini haklı neden olarak belirtmiş ve bu durumun mevcudiyeti halinde işçinin iş akdini haklı nedenle derhal feshedebileceğini belirtmiştir. Yani, işçi sözleşme uyarınca tabi olduğu işin niteliği dolayısıyla sağlığı ve yaşamı tehlikeye girerse, işverenle arasındaki sözleşmeyi bu madde uyarınca derhal fesih hakkına sahiptir³. Yargıtay da verdiği kararlarda işçinin işin niteliği dolayısıyla yakalandığı hastalığın, işçinin sağlığı ve yaşamı için tehlike yaratması unsurlarını bir arada aramaktadır. Buna yönelik olarak verdiği bir kararda bu iki unsurun bulunmasını gerektiğini, "Tükenmişlik sendromuna yakalanan işçinin hastalığının yoğun çalışma temposundan kaynaklanmasına yönelik rapor verilse bile burada işçinin hem sağlığı hem yaşamı tehlikede bulunmadığından işçinin kıdem tazminatı talep edemeyeceğini" belirtmiştir.⁴

İlgili kanun maddesinde bahsedilen bu tehlikenin yapılan işin niteliğinden kaynaklanması gerekmektedir⁵. İşin niteliğinden kaynaklanan tehlikeler genelde meslek

hastalıklarıdır⁶. İş ile bir ilgisi olmayan ya da işten kaynaklanmayan bir tehlike işçi açısından haklı fesih nedeni olamayacaktır⁷. Kanun tehlikenin ne olduğunu açıklamamıştır. Uygulamada ise tehlike; ölüme yol açan bir durum, büyük bir zarar veya büyük bir zarar ihtimali şeklinde anlaşılmaktadır. Yargıtay bir kararında bahsedilen tehlikenin ölümcül olmasının gerekmediğini belirtmiştir⁸. Uygulamada tehlikenin ölümcül nitelikte olması şart olmamakta, işçinin sağlığının bozulması yeterli olmaktadır. İşçinin kendisine yönelik olmayan sağlığa aykırı bir sebep öne sürerek iş sözleşmesini sağlık nedenlerine dayanarak feshetmesinin imkânı yoktur⁹. Bu noktada işin işçi için tehlike oluşturup oluşturmayacağı yalnızca objektif koşullara göre belirlenemez¹⁰. Burada objektif koşullarla beraber sübjektif koşullar da yani işçinin yaşı, cinsiyeti, sağlık durumu ve buna benzer birçok öznel koşul da göz önüne alınmalıdır¹¹. Günümüz koşullarında işçilerin yaşamsal faaliyetlerine ve sağlığına etki eden birçok etken söz konusu olabilmektedir. Bu etkenler biyolojik, tıbbi, fiziki ve çevresel faktörler olabileceği gibi psikolojik de olabilir¹². Yargıtay da kararlarında sadece objektif unsurları değil işçinin sübjektif niteliklerini de göz önünde bulunduracak şekilde hükmetmektedir. Örnek olarak davacı işçinin, doktor tarafından primer hipertansiyon teşhisi konulduğunu ve bu hastalığın kendisini iş yapamaz hale getirdiğini, işverenin işçiye yoğun mesai yaptırdığını ileri sürerek iş sözleşmesini haklı nedenle feshedip kıdem tazminatı isteminde bulunan işçinin dosyasına ilişkin olarak Yargıtay iş yerinin vasfı ile beraber işçinin yaptığı işi, çalışma şartlarını, işçinin sağlığını doğrudan etkileyip etkilemediğini, yaşını ve hizmet süresi gibi sürelerin de değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.¹³ Her olay farklı olduğu ve kendine özgü olduğu için kanaatimizce de fesih durumu tek bir kriter baz alınarak belirlenmemelidir, diğer koşullar da göz önünde tutulmalıdır.

Ayrıca belirtilmelidir ki, işçinin feshinin haklı olması ilgili kanunun 24. maddesinde belirtilen sebeplerin varlığının tıbben tespit edilmiş olması gerekir. Hastalığın tek başına var olması işçiye haklı fesih imkânı vermeyecektir. Yargıtay da iş sözleşmesinin feshi için gerekli nedenlerin varlığını ve işçinin bu nedenle sözleşmeyi haklı olarak feshettiğini ispatlaması gerektiğini bununla birlikte iş yerinin özellikleri, işçinin hangi koşullarda çalıştığı, işçinin işi, yaşı, hizmet süresi bir bütün halinde değerlendirilip davacının çalışmasına engel bir hususun varlığının tespiti için tam teşekküllü bir devlet hastanesi, adli tıp veya üniversite

⁶ ÇALIK, Şefik: *İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi*, Legal Yayıncılık, İstanbul 2005, s. 218.

⁷ ÇALIK, s. 218.

⁸ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E:2004/4481, K:2004/19426, T:20.09.2004. www.legalbank.net (Erişim Tarihi: 26.12.2022)

⁹ ÇALIK, s. 218.

¹⁰ MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi; ASTARLI, Muhittin; BAYSAL, Ulaş: *İş Hukuku Ders Kitabı Cilt 1: Bireysel İş Hukuku*, Lykeion Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 2018.

¹¹ DEMİRCİOĞLU, A. Murat; CENTEL, Tankut; KAPLAN, Hasan Ali: *İş Hukuku*, Beta Yayınları, 21. Baskı, İstanbul, 2021.

¹² YEŞİLBAŞ ORHAN, Merve: 4857 sayılı İş Kanunu'nda İşçinin Haklı Nedenle Fesih Hakkı ve Sonuçları, Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Haziran 2019, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s. 64.

¹³ Yargıtay 9. H.D., E: 2007/27517, K:2008/25155, T:26.09.2008. www.legalbank.net (E.T.: 26.12.2022)

¹ 10 Haziran 2003 tarihli 25134 sayılı Resmî Gazetede yayımlanmıştır.

² CANIKLIOĞLU, Nurşen; CANBOLAT, Talat, ÖZKARACA, Ercüment: *İş Hukuku Dersleri*, 35. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2022, s. 455.

³ SÜZEK, Sarper: *İş Hukuku*, Beta Yayınları, 14. Baskı, İstanbul 2017, s. 714.

⁴ Yargıtay 9 H.D., 2012/8871 E., 2014/15070 K., T:08.05.2014 <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 25.12.2022)

⁵ SÜZEK, s. 715.

hastanelerinden heyet raporu alınması gerektiği şeklinde karar vermiştir.¹⁴ Başka bir karar örneği olarak; işçinin iş yerinde aldığı ölüm tehditlerinin işçinin ruhsal sağlığını bozması sebebiyle kanundaki bu madde kapsamında haklı fesih olup olmayacağı bir uyuşmazlık konusu olmuştur. Uyuşmazlık konusu olayda personel ve endüstriyel müdür olarak çalışan işçi, ücretini alamayan işçiler tarafından tehdit edildiğini bu bağlamda da ruhsal sağlığının bozulduğunu ileri sürdüğü olay kapsamında işçinin herhangi bir sağlık raporu sunamaması sebebiyle Yargıtay haklı feshe dayanamayacağına karar vermiştir¹⁵. Çünkü feshin haklı bir nedene dayandığını kabul edebilmek için işçinin iddia ettiği olgu ile yaşadığı duruma sebep olması arasındaki illiyet bağının kurulması gerekmektedir¹⁶. Bir diğer Yargıtay kararında çağrı merkezinde çalışan işçinin işitme kaybının çalışma şartları dolayısıyla oluşup oluşmadığı, işçinin çağrı merkezinde çalışmasının bu rahatsızlığa ne şekilde etki edeceği, işin işçinin hayatı ve sağlığı açısından tehlikeli olup olmaması hususlarının bir sağlık raporuyla belirlenmesi gerektiği, bunların yanıtının olumlu olması halinde işçinin feshinin haklı nedene dayandığına hükmetmiştir¹⁷. Yine Yargıtay bir diğer kararında ise davacı işçinin sağlık sebebiyle iş sözleşmesini feshedip işten ayrılması durumunda ise mahkemece buna yönelik bir rapor aldırılmadığını ve tek başına hastalık durumunun işçiye haklı fesih imkânı tanımayacağını belirtmiştir¹⁸. Yani bir hastalığın işçi açısından ciddi tehlike arz edip etmediği her kişi için ayrı bir uzman doktor tarafından değerlendirilmesi gerekir. Örneğin grip normalde feshe sebebiyet verecek ciddiyette bir rahatsızlık değilken bazı diyabet veya kalp rahatsızlığı olan kişilerde ölüme kadar yol açabildiği için her durumun kişisel özellikler de göz önüne alınarak ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir¹⁹.

Elbette ki işçinin sağlık nedeniyle haklı feshin söz konusu olması için bu sağlık sebeplerinin fiziki rahatsızlıklar olması şart değildir. Psikolojik rahatsızlıklar da sağlık konusunun içerisinde yer almaktadır. Yargıtayın buna yönelik olarak hakkında kronik depresyon teşhisi konulan öğretmenlik mesleğini icra eden davacının feshe dayanak gösterdiği rapordaki bu kronik depresyon rahatsızlığının o tarih itibarıyla ilgili kanunun 24. maddesi kapsamında olup olmadığı ve öğretmenlik mesleğine devam edip edemeyeceği konusunda uzman doktor raporu alınmadan davanın reddine karar verilmesinin hatalı olduğunu belirtmiştir²⁰. Psikolojik rahatsızlıklar konusunda Yargıtay'ın verdiği diğer bir kararda ise yer altında kömür çıkarma işinde çalışan işçi, ocakta bir patlama olduğunu

ve arkadaşlarının ölmesi sebebiyle etkilendiğini, bu durum sebebiyle psikolojisinin bozulduğunu, çalışmak istemediğini belirtmiş ve tanık beyanlarıyla da doğrulanan davada Yargıtay işin işçinin sağlık ve yaşayışı bakımından tehlikeli olması sebebiyle haklı nedenle feshin oluştuğuna hükmetmiştir²¹. Kanaatimizce, hastalık kavramının içerisine ruhsal bozuklukların girmesi ve işçinin yaşadığı bu üzücü olaydan sonra işe devam etmenin işçi için çekilmez bir hale gelmesi sebebiyle Yargıtay'ın bu kararı yerindedir.

1475 sayılı İş Kanunu'nda²² işçinin sağlık nedenleri ile haklı feshi düzenlenirken "hizmet sözleşmesi konusu olan işin yapılması sözleşme esnasında bilinmeyen ve işin niteliğinden doğan bir sebeple işçinin sağlığı ve yaşayışı açısından tehlikeli olması" hususunu düzenlemiştir. Söz konusu eski olan bu düzenlemeye göre işçi sözleşme esnasında tehlikenin varlığını bilmesi halinde daha sonra bu tehlike haline dayanarak sözleşmeyi haklı nedenle feshedememekteydi. Örneğin, patlayıcı madde kullanılan ya da imal edilen işler vasıfları dolayısıyla tehlikeli oldukları için bu işlerde çalışan işçinin iş sözleşmesini ilgili madde uyarınca feshedemeyeceği varsayılmıyordu. Ancak bazen, bu tehlikeler bilinse bile kimi zaman geçim sıkıntısı yaşayan veya başka sebeplerle çalışmak zorunda kalan işçi, böyle bir durumda tehlikeyi bildiği için sözleşmeyi haklı sebeple feshedememekteydi. Bu da iş hukukunda temel ilkelerden biri olan işçinin korunması ilkesine aykırılık teşkil etmekte idi.²³

B. İşverenin ya da İş Yerinde Çalışan Başka Bir İşçinin Bulaşıcı Hastalığa Yakalanması

İş Kanunu'nun 24. maddesinin I. fıkrasının b bendinde belirtilen düzenlemeye göre işçinin sağlık sebeplerine dayanarak iş sözleşmesini fesih hakkının doğabilmesi için bir diğer sebep ise işverenin veya başka bir işçinin bulaşıcı veya işçinin işi ile bağdaşmayan bir hastalığa tutulmasıdır. Başka bir deyişle işçi kendisi haricinde, sürekli iş ilişkisi içinde olduğu işveren ya da başka bir işçinin işi ile bağdaşmayacak özellikte hastalığa ya da bulaşıcı hastalığa yakalanması durumunda işçi, sözleşmeyi haklı nedene dayanarak derhal feshedebilecektir. İlgili kanun maddesi tarafından aranan şartlardan biri haklı nedenle derhal fesih hakkını kullanacak olan işçinin bulaşıcı ya da iş ile bağdaşmayacak özellikte hastalığa tutulan işveren veya bir başka işçi ile sürekli olarak yakın bir ilişki içerisinde olması yani sıkça bir arada olması gerekir. Aksi halde, işçi işveren ya da başka bir işçi ile yakın bir iş ilişkisi içinde değilse yani ender olarak bir araya geliyorlarsa bu koşul sağlanmadığı için haklı nedenle fesih söz konusu olmayacaktır.²⁴ Kanunda bulaşıcı hastalık haklı fesih sebepleri arasında sayılmasına rağmen bulaşıcı hastalığın ne olduğuna ilişkin bir tanım yapılmamıştır. Buna ilişkin olarak tanımlama söz konusu olmasa da

¹⁴ Yargıtay 22. H.D., 2016/29903 E., 2020/2152 K., T:11.02.2020. <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (E.T.: 26.12.2022)

¹⁵ Yargıtay 9. H.D., E:2005/17424, K:2005/34527, T: 25.10.2005 www.legalbank.net (E.T.: 26.12.2022)

¹⁶ SÜMER ÖNDER, *Ash: İşçinin İş Sözleşmesini Haklı Nedenle Feshi*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2011, s. 44.

¹⁷ Yargıtay 7. H.D., 2015/5651 E., 2016/4103 K., T:23.02.2016 <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (E.T.: 26.12.2022)

¹⁸ Yargıtay 22. H.D., 2016/29903 E., 2020/2152 K., T:11.02.2020 <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (E.T.: 26.12.2022)

¹⁹ SÜMER ÖNDER, s. 48.

²⁰ Yargıtay 9. H.D., 2015/28762 E., 2018/23361 K., T:17.12.2018 <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (E.T.: 26.12.2022)

²¹ Yargıtay 9. H.D., 2017/8693 E., 2018/16210 K., T:19.09.2018 <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (E.T.: 26.12.2022)

²² 10 Haziran 2003 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu ile yürürlükten kaldırılmıştır.

²³ PEKEN, Talanur: *İşçinin İş Sözleşmesini 4857 Sayılı Kanun Uyarınca Haklı Nedenle Feshi*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2020, s. 42.

²⁴ SÜZEK, s. 715.

hangi hastalıkların bulaşıcı hastalık olduğu liste şeklinde Bulaşıcı Hastalıklar Sürveyans ve Kontrol Esasları Yönetmeliğinde²⁵ tek tek belirtilmiştir. Burada belirtmek gerekir ki bu yönetmeliğin düzenlenmesi amacı bakımından İş Kanunu'nda işçinin haklı nedenle feshine yönelik olarak birebir örtüşmemektedir. Çünkü yönetmelikte belirtilen bulaşıcı hastalıkların tamamı göz önüne alındığında, kanunda aranan işçinin haklı nedenle feshine sebep olmayacaktır. Bu yönetmelik tam anlamıyla dayanak sayılamasa da bulaşıcı hastalık kavramının genel olarak belirlenmesi anlamında yol gösterici niteliktedir²⁶.

Doktrinde de bulaşıcı hastalık kavramından ne anlaşılması gerektiği ve hangi durumda haklı nedenle feshe sebep olabileceğine yönelik farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre bulaşıcı hastalık, hasta olmayan kişilere hastalığın geçme ihtimali şeklindedir²⁷. Kanaatimizce bu çok geniş bir yorumdur. Çünkü bulaşıcı olan her hastalık iş sözleşmesinin haklı sebeple feshine sebebiyet verecek ciddiyette olmayabilir. Örneğin nezle de bulaşıcıdır ancak feshe sebebiyet verecek kadar önemli olmayabilir. Bulaşıcılığı önemliyse, uyuz, cüzam, zührevi hastalıklar gibi ciddi sonuçlara sebep olabilecek hastalıklar haklı nedenle feshe sebebiyet verebilir²⁸. Diğer görüşe göre haklı nedenle feshe sebebiyet verecek hastalığın sadece bulaşıcı olması yeterli olmayıp, ciddi bir tehlike arz etmesi de gerekir²⁹. Örneğin verem ya da deri hastalıkları gibi hastalıklar bu kategoride değerlendirilmektedir³⁰. Diğer bir görüşe göre ise bulaşıcı hastalıktan kasıt nezle gibi tedavisi kolay olan hastalık değil de önemli epidemik hastalık olmalıdır³¹. Verem, AIDS, sarılık gibi hastalıklar bu kapsamdadır³². Bu bağlamda AIDS hastalığına da ilişkin olarak birkaç görüş mevcuttur. Bunlardan biri AIDS hastalığının bulaşma olasılığının düşük olmasından dolayı işçinin temas halinde olduğu diğer bir işçi veya işverenin yakalandığı bu hastalık sebebiyle sözleşmeyi haklı nedene dayanarak feshedemeyeceğine yöneliktir³³. Ancak AIDS bulaşma ihtimalinin fazla olduğu sektörlerde çalışılması, örneğin kuaförlerde manikür, pedikür yapan işçilerde bu hastalığın bulaşma riski yüksek olduğu için bu işçiler temasta bulunduğu diğer bir işçinin veya işverenin AIDS'e yakalanması halinde sözleşmeyi haklı nedene dayanarak feshedebilecektir³⁴. Bu örnek dikim sektöründe çalışan işçiler için de verilebilir. Dikim atölyesinde bir işçinin eline iğne batması ihtimali yüksek bir ihtimaldir. İğne batması sonucu kan iğneye bulaşsa bile aynı iğne ile çalışmaya devam edilmesi aynı makine ile çalışan diğer işçiler açısından bu virüsün bulaşma ihtimalini

²⁵ 30.05.2007 tarihli 26537 sayılı Resmî Gazetede yayımlanmıştır.

²⁶ **SÖNMEZ;** Emine Zeynep: 4857 Sayılı İş Kanunu Uyarınca İşçinin İş Sözleşmesini Haklı Nedenle Feshi, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Antalya 2019, s.50.

²⁷ **TUNÇOMAĞ, Kenan; CENTEL, Tankut:** İş Hukukunun Esasları, Beta Yayınları, 9. Baskı, İstanbul 2018, s. 222.

²⁸ **SÖNMEZ,** s.50.

²⁹ **SÜZEK,** s. 715.

³⁰ **SÜZEK,** s. 715.

³¹ **MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI/ BAYSAL,** s. 230.

³² **MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI/ BAYSAL,** s. 230.

³³ **CANIKLIOĞLU, Nurşen:** Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, Beta Yayınları, İstanbul 2002, s. 218.

³⁴ **CANIKLIOĞLU,** s. 218.

artıracaktır³⁵. Diğer görüş AIDS hastalığı bulaşma ihtimali düşük olan bir hastalık olsa da işyerinde bu hastalığa yakalanan biri olursa bu durum işçide endişe yaratacağı için haklı nedene dayanarak feshedebileceğini belirtmektedir³⁶. Kanaatimizce işyerinde bir işçinin bu hastalığa yakalanması halinde işçide tedirginlik oluşturmaya hali oldukça geniş bir yorum olması sebebiyle işçinin bu tedirginlik sebebiyle iş sözleşmesini haklı nedene dayandırmayacağı yönündedir. Ancak bu sektörde çalışan kişiler açısından bakıldığında iş sözleşmesini haklı sebeple fesih yetkisi verebileceğini düşünmekteyiz.

Yakın zamanda ise tüm dünya olarak korunmak için çaba sarf ettiğimiz covid-19 virüsünden kaynaklı bir pandemi yaşandı ve milyonlarca kişi hayatını kaybetti. Günümüzde aşının da varlığı ile birlikte toplumsal bağışıklık kazanılmış olsa da bu virüs halen ölümlere sebep olabilmektedir. Buna yönelik birkaç görüş mevcuttur. Bunlardan biri şu şekildedir: İşçiler sağlıklı bir ortamda çalışmak adına bunu sağlayacak olan işverene başvurmalıdırlar. Dünyayı ele geçiren bu boyuttaki ölümcül bir pandemide hastalığın işçilere iş dolayısıyla bulaşması hem bedensel sağlığa hem de bulaş riskinden kaynaklı olarak kişide korku ve tedirginliğe yol açacağı için ruhsal sağlığa zarar verecektir. Bu noktada işçiler bulaş riskini azaltacak tüm önlemlerle birlikte aşısız işçilerle teması kesecek tüm önlemlerin alınmasını isteyebilirler. İşveren tarafından belirlenecek olan bu önlemlerden biri de son çare olarak aşısız işçilerin iş sözleşmelerinin feshedilebilecek olabilmesidir.³⁷ Bu hususta diğer görüş ise şu şekildedir: Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı, covid-19 virüsünden korunma tedbirleri kapsamında işyerinde maske, mesafe ve hijyen kurallarını öngörmüş ve tüm işyerlerinin buna özen göstermesi gerektiğini belirtmiştir. İşçi sürekli olarak doğrudan ve yakından buluşup görüştüğü işveren ya da başka bir işçi covid-19 virüsüne yakalanmışsa işçiye iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkı tanıyabileceği şeklindedir. Çünkü bu hastalık son derece bulaşıcı, ölüme sebebiyet verebilen ve hayat bakımından ciddi bir tehlike arz eden bir hastalıktır. Ancak, işveren ya da diğer işçilerden bazılarının covid-19'a yakalanması ya da testlerinin pozitif çıkmış olması işçiye sözleşmeyi haklı nedenle fesih yetkisi tanımaz. Bunun sebebi ise işçinin bu kişilerle sürekli olarak yakından ve doğrudan görüştüğü ortamların var olup olmamasına göre değişecek olmasıdır.³⁸ İşyerinde covid-19 hastalığına rastlanılması durumunda diğer işçilere haklı nedenle fesih hakkı doğabilmesi için işverenin devlet tarafından öngörülen önlemlerin alınmaması ve hastalığa yakalananların işyerinden uzaklaştırılarak tedavilerine başlanmaması halinde işçi için haklı nedenle fesih hakkı doğabilecektir³⁹. Çünkü işçinin tedavisine başlanması bulaş

³⁵ **ERTÜRK, Şükran:** "İşçinin İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Hastalık ve Özellikle Aids Hastalığı Sebebiyle Feshedilmesi ve Sonuçları", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 4. Cilt, 2. Sayı, 2002, s. 10. [https://dergipark.org.tr/ \(E.T.: 28.12.2022\)](https://dergipark.org.tr/ (E.T.: 28.12.2022))

³⁶ **ŞAKAR, Müjdat:** İş Hukuku Uygulaması, Beta Yayınları, 12. Baskı, İstanbul 2018, s. 376.

³⁷ **ÇOPUROĞLU, Çağlar:** Pandemi Döneminde İşyerinde Covid-19 Aşı Zorunluluğu Sorunu ve Tarafların Hakları, Sicil İş Hukuku Dergisi, 46. Sayı, 2021, s. 46. [https://sicil.mess.org.tr/tr\(E.T.: 29.12.2022\)](https://sicil.mess.org.tr/tr(E.T.: 29.12.2022))

³⁸ **CENTEL, Tankut:** Covid-19 Salgını ve Türk Çalışma Yapısı, Sicil İş Hukuku Dergisi, 43. Sayı, 2020, s. 13. [https://sicil.mess.org.tr/tr\(E.T.: 29.12.2022\)](https://sicil.mess.org.tr/tr(E.T.: 29.12.2022))

³⁹ **ERGİN, Hediye:** İş Sözleşmesinin Bulaşıcı Hastalık Nedeniyle İşçi Tarafından Haklı Feshi, Sicil İş Hukuku Dergisi, 44. Sayı, 2020, s. 51. [https://sicil.mess.org.tr/tr \(E.T.: 29.12.2022\)](https://sicil.mess.org.tr/tr (E.T.: 29.12.2022))

riskini ortadan kaldıran bir sebeptir⁴⁰.

C. İşçinin, İşverenin ya da İş Yerinde Çalışan Başka Bir İşçinin İşile Bağdaşmayan Bir Hastalığa Tutulması

İlgili kanun uyarınca işverenin veya işçisinin, işçinin işi ile bağdaşmayan bir hastalığa tutulması da haklı feshe sebebiyet verir. Bu hususta işçinin işile bağdaşmayan hastalığın ne olduğuna dair görüşler mevcuttur. Mollamahmutoğlu'na göre bulaşıcı hastalıkların haricinde tiksindirici, çevresindekileri itici hastalıklar olarak anlamak gerekiyor⁴¹. Tunçomağ ve Centel'e göre ise yakalandığı takdirde işçinin çalışma gücünden tamamen veya kısmen engelleyen hastalıklar şeklindedir⁴². Süzek'e göre işçinin işi ile bağdaşmayan hastalığa yakalanan işçinin ya da işverenin işçi ile doğrudan ve yakından buluşup görüştüğü biri olmalıdır, ender olarak görüşülüyorsa bu koşul sağlanmamış olur⁴³.

Kanunun ilgili maddesinde işçinin kendisinin değil işveren veya işverenin başka bir işçisinin işile bağdaşmayan bir hastalığa tutulması hali düzenlendiğinden işçinin kendisinin tutulduğu hastalık bu maddeye göre haklı fesih sebebi oluşturmamaktadır. Doktrin de işçinin kendisinin değil onun yakından ve doğrudan irtibat halinde olduğu işveren ya da işçinin, işçinin işi ile bağdaşmayan hastalığa yakalanırsa işçinin haklı nedenle feshe dayanabileceğini kabul etmektedir⁴⁴. Ancak Yargıtay, işçinin kendisinin bulaşıcı veya işi ile bağdaşmayan hastalığa yakalanmasını da haklı fesih sebebi saymıştır. Yargıtay bu konuda işçinin kendisinin tutulduğu kronik şizofreni hastalığı nedeniyle iş akdini haklı nedenle feshedebileceğine yönelik karar vermiştir⁴⁵. Bu yöndeki başka bir kararında ise Yargıtay, kahvehanede işçi olarak çalışan işçinin geçirdiği mide ameliyatı ve akciğerlerinden rahatsız olması sebebiyle kendini çalışamayacak derecede hasta görerek işyerinden ayrılması hususunu haklı fesih saymıştır⁴⁶. Uyuşmazlık konusu olan başka bir olayda ise bankacılık işinde çalışan davacı, depresyonda olduğu bir dönemde istifa dilekçesi verip ertesi gün geri aldığı halde bankanın dilekçeyi faaliyete koyduğunu belirtip feshin geçersizliğine karar verilmesini istemiştir. Dosyada yer alan sağlık kurulu raporuna göre davacı bankacının bilincinin açık olduğu fakat depresyonda bulunan bir kişinin ani şekilde üzücü kararlar alabileceğine yer verilmiştir. Yargıtay ise işçinin bankacı olması sebebiyle depresyon tanısının bankacılık faaliyetiyle bağdaşmayan bir hastalık olduğunu belirtmiştir⁴⁷.

⁴⁰ ERGİN, Hediye: *İş Sözleşmesinin Bulaşıcı Hastalık Nedeniyle İşçi Tarafından Haklı Feshi, Sicil İş Hukuku Dergisi*, 44. Sayı, 2020, s. 51. <https://sicil.mess.org.tr/tr> (E.T.: 29.12.2022)

⁴¹ MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI/ BAYSAL, s. 231.

⁴² TUNÇOĞMAĞ/ CENTEL, s. 206.

⁴³ SÜZEK, s. 647.

⁴⁴ SÜZEK, s. 648.

⁴⁵ Yargıtay 9. H.D., 1991/12816 E., 1992/824 K., T:31.01.1992 www.legalbank.net (E.T.: 30.12.2022)

⁴⁶ Yargıtay 9. H.D., 1989/231 E., 1989/3355 K., T:10.04.1989 www.legalbank.net (E.T.: 30.12.2022)

⁴⁷ Yargıtay 9. H.D., 2007/27733 E., 2008/7817 K., T:08.04.2008 www.legalbank.net (E.T.: 30.12.2022)

ANADOLUDA ÖZGÜRLÜK ARAYIŞLARI

Av.Ali Münir AKMAN

Türkiye Cumhuriyeti Osmanlı İmparatorluğu'nun kalıntıları üzerine kurulmuştur. Bu nedenle Türkiye'deki hürriyetlerin gelişimini inceleyebilmek için, Osmanlıya gitmekte yarar var.

Osmanlı İmparatorluğunun başındaki padişah, siyasal gücünü tanrıdan aldığını iddia ederdi, tüm yetkilerini tanrı adına kullandığı söylenirdi. Bu nedenle de yetkisi sınırsızdı. Tanrının yeryüzündeki temsilcisi ve imparatorluğun tek hâkimi idi. Başka bir deyimle siyasal iktidar tanrıda, yani semavide idi.

2.Mahmut zamanında iç karışıklıklar ve dış tehditler nedeni ile padişah tahtının elinden gideceğini anlayınca, bir ayan olan Alemdar Mustafa Paşa, Anadolu ve Rumeli ayanlarını topladı. Padişahın iktidarını koruyacaklarına söz aldı.Bir ittifaka vardılar. Bu ittifaka Sened-i İttifak denir, Yıl 1807. Bu ittifakın önemli yanı padişahın tahtını tanrının koruduğu söylenir iken, bunun böyle olmadığı kabul edilmiş oldu. Bu olay laikliğin ilk işaretidir.

1807'de siyasal iktidarın sahibi ve koruyucusu yeryüzüne inince, 1839'da Gülhane Hattı Hümayunü okunarak ve de kabul edilerek, padişah, iktidarına ortak ve sınır getirdi. Şöyleki: Padişah tebaasının can, mal ve ırzına dokunmayacağına söz verdi. Siyasal iktidarın çok az bir kısmıda olsa halka devrediliyor. Siyasal iktidar az hisseli de olsa bir ortak bulur oldu.

1856 İslahat Fermanı ile de, padişah müslümanlara tanıdığı bu hakkı, Müslüman olmayanlara da tanıdı.Müslüman olmayanlar ile müslümanlar kanun önünde eşit olacağı, Gayri Müslümlerin Osmanlıda taşınmaz edinebilecekleri, dininden dönen Müslümanlara ölüm cezası verilmeyeceği, padişah tarafından taahhüt ediliyor.Bu olay Avusturya, İngiltere ve Fransa büyük elçilerinin baskısı ve sadrazam Mehmet Emin Paşanın önerisi ile oluyor.

1876'da Teşkilatı Esasiye kabul ediliyor. Padişah 2. Abdulhamit daha önce devrettiği yetkilerinin sınırını biraz daha genişletiyor. Yetkiler parlamento devrediliyor. Buna tar,hte 1. Meşrutiyetdenir. Osmanlı Rus savaşını bahane eden 2. Abdulhamit 14 Şubat 1878'de meclisi kapattı.

2.Abdulhamit meclisi kapatınca, memleketi koyu bir istibdatla yönetmeye başlıyor. Buna karşın Namık Kemal'in hürriyet aşıl原因an şiirleri gizli gizli okunmaya başlıyor. Gizli dernekler kuruluyor, yakalananlar cezalandırılıyor. Bazıları yurt dışına kaçıyor. Yurt dışındakiler çeşitli yayınlarla,yurttaşlarını bilinçlendirmeye çalışıyorlar. Tarihte bunlara Jön Türkler denmektedir.Makedonya'daki bilgili ve cesur asker ve siviller, birazda padişaktan uzak olmanın verdiği rahatlık ile İttihatı Terakki adı altında toplanmaya başlıyorlar. Kolağası Niyazı Bey, Resne'de bazı sivil memurlarla birlikte, bir piyade birliği ile dağa çıkıyor.Halkı eşitliğe ve hürriyete dayalı bir hükümet kurmaya davet ediyor. İttihat ve terakki derneği Selanik'te hükümet konağını işgal ediyor. Manastır'da ve Selanik'te Anayasanın yürürlüğe girdiği ilan ediliyor. Zor durumda kalan padişah Abdulhamit 2.Meşrutiyeti ilan etmek

zorunda kalır. Parlamento tekrar toplanır, sansürkalkar, halk hürriyetin verdiği sarhoşlukla biraz sevinçli günler geçirir. 24 Temmuz 1908.

31 mart vakası. 2. Meşrutiyetin ilanından sonra anayasa karşı ilk isyandır.31mart1325'te(13 nisan 1909) da olduğu için 31 mart vakası olarak anılır.Şeriatçı bir kalkışmadır. Hareket ordusu tarafından isyan bastırılır. Abdulhamit tahtan indirilir.

1919'dan sonra Amasya Tamimi ile siyasal iktidarın tamamının halkta olması gerektiğinin ilk ışıkları yanmaya başlar. Erzurum Kongresinde: Kuvayi Milliye'yi etkin, milli irade'yi hakim kılacağız.Veciz sözü ile emperyalizme karşı, etkin mücadelenin verileceği, bağımsızlığa kavuşulunca da hiçbir kişi ve zümreye devredilmeyeceği, siyasal iktidarın halkın elinde olacağı ifade edilerek, Cumhuriyetin ilk ışıkları yakılmış oldu.

1921 Anayasası ile de siyasal iktidar, halkın temsilcisi parlemantoya verilmiştir. 29 Ekim 1923'te Cumhuriyet ilan edilir.

20 Nisan 1924 tarihinde 2.bir anayasa kabul edilir. Medrese ve ordu devlet ortaklığından çıkarıldı. Kanun yapma yetkisi TBMM'ne verildi. Daha sonra 3 Mart 1924'te hilafet kaldırılır. Hanedan üyelerinin yurt dışına çıkarılmaları kabul edilir. Aynı gün,tevhid-i tedrisat kanunu kabul edildi. Şerriye ve efkaf vekaleti kaldırıldı. Diyanet işleri ve vakıflar genel müdürlüğü kuruldu.

14 Nisan 1928'de "Türkiye Cumhuriyeti'nin dini İslam'dır" sözü Anayasadan çıkarıldı.

23 Ağustos 1925'te Atatürk panama şapkası ile Kastamonu'ya gitti.Bu devrimin ilk işareti idi.30 Kasım 1925 de de kıyafet kanunu yürürlüğe girdi.

4 Ekim 1926'da da medeni kanun kabul edildi.Ailede, mahkemelerde, tanıklık yapma, miras ve boşanma konularında kadın-erkek eşitliği sağlandı.

1 Kasım 1928 tarihinde kabul edilen yasa ile 1 Haziran 1929 dan itibaren eski yazı ile resmi yazışmalar yasaklandı.

10 Nisan 1928'de devletin dini islamdır ibaresi kaldırılır.

3 Nisan 1930'da kadınlara belediye seçimlerine katılma hakkı tanındı.

26 Ekim 1932'de muhtar ve köy ihtiyar heyeti kuruluna seçme ve seçilme hakkı tanındı.

31 Temmuz 1932'de Türkiye güzeli Keriman Halis Belçika'da yapılan yarışmada Dünya güzeli seçildi.

TBMM'de 8 Ekim 1934 tarihinde kabul edilen ve 5 Aralık 1934'te yürürlüğe giren yasa ile kadınlara millet vekilliği seçme ve seçilme hakkı tanındı. 1935 yılında yapılan seçimde 18 kadın milletvekili oldu.

5 Şubat 1937 tarihinde anayasanın 2. maddesinde yapılan değişiklikle Devletin: Cumhuriyetçi, milliyetçi, halkçı ,devletçi, laik ve inkılapçı olduğu kabul edildi.

13 Haziran 1946 da Üniversitelere muhtariyet tanıyan yasa kabul edildi.

1946 Cumhuriyet tarihinde beyaz devrim denilen bir çağdır. Yaşı küçük fakat kendi büyük Cumhuriyet, çok partili rejime geçerek ilk demokrasi meşalesin, yakmıştır. Onun için bu döneme kansız anlamında beyaz devrim denir.

Demokrasi klasik anlamda, çoğunluğun söz sahibi olması, bir oy farklada olsa iktidar olması isede: İktidarı eline alan siyasilerin, muhalefete iktidar olma şansını tanıması

gerekmektedir.Çağdaş demokrasi anlayışı budur.

1950'de iktidarı eline alan siyasiler,muhalefete iktidar olma şansını bir tarafa bırak,yaşama şansı tanımayacakları bir tutum içine girdiler. 18 Nisan 1960 tarihinde tahkikat komisyonu kurularak anayasaya ilk darbe indirilmiştir. Bunun üzerine 27Mayıs 1960'ta bu iktidar ihtilalle devrildi. İhtilaller hiçbir zaman tasvip edilmezler ama 27 Mayıs ihtilali 1961 Anayasasını yaparak, kendisini kısmende olsa affettirdi diye düşünüyorum.

1961 Anayasası ile Cumhuriyetin niteliklerini genişleterek, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti olduğumuzun vurgusu ile Anayasa Mahkemesi başta olmak üzere, devletin otoritesi, sınırlanarak. Temel hak ve özgürlükler teminat altına alınmıştır.

1961 anayasasının verdiği özgürlük ortamı meyvelerini vermeye başlamış, farklı görüşler tartışılır olmuş. Toplumsal uyanış anayasanında önüne geçti diyen gerici ve faşist güçler 12 Mart 1971 darbesi ile 61 Anayasasını tırpanladılar.12 Eylül 1980 darbesi ile de tamamen ortadan kaldırmışlardır.

12 Eylül askeri müdahalesinin ardından hazırlanan ve 7 Kasım 1982 tarihinde halk oylaması ile kabul edilen anayasada bugüne kadar 21 kez değişiklik yapılmıştır.

Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi usulü getirildikten sonra, 16 Nisan 2017'de kabul edilen son değişiklik ile de devlet kuvvetlerinin tek elden yönetilmesinin sağlanması amaçlanmıştır.

Tatbikatta kuvvetler ayrılığı prensibinin ihlal edildiği gözlenmektedir. Bu da parlamenter sisteminin geri getirilmesi özlemini arttırmaktadır. Bu nedenle Türkiye'nin yakın gelecekte mesaisinin önemli bir kısmını yeni anayasa yapma çalışmalarına ayıracağı kaçınılmazdır.

7223 SAYILI ÜRÜN GÜVENLİĞİ VE TEKNİK DÜZENLEMELER KANUNU KAPSAMINDA ÜRETİCİNİN VE İTHALATÇININ YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Av. İsmail KARADANA

1. GİRİŞ

Günümüz piyasasında gerçek ya da tüzel kişiler tarafından kullanılan pek çok farklı ürün bulunmaktadır. Bu ürünler kimi zaman belli ayıpları bünyesinde barındırmaktadır. Bu durum karşısında kişiler satın almış olduğu bu ayıplı ürün sebebi ile doğrudan ya da dolaylı olarak birtakım zararlara maruz kalabilmektedir. Üründeki ayıp sebebiyle kişilerin zarar görmesi, doğrudan üreticinin ve tedarikçilerin sorumluluğuna gitme gerekliliğini ortaya çıkarmıştır¹. Bu durumun farkında olan yasa koyucu kişilerin olabildiğince korunabilmesi adına günümüze kadar çeşitli yasal düzenlemeler çıkarmıştır. Çıkarılan bu yasal düzenlemelerle, nihai kullanıcıya² ürünün ulaşması sürecine dahil olan çeşitli kişilerin sorumluluğu söz konusu olmaktadır.

Günümüze kadar çıkarılan çeşitli yasal düzenlemeler kapsamında kişilerin görmüş olduğu farklı zarar tipleri ve bu zararlara sebep olanların sorumluluğu ele alınmış olsa da piyasaya arz edilen ürünün insan sağlığı ve güvenliğine etkisi dikkate alınarak yapılan ilk yasal düzenleme, 25.07.1985 tarihli ve 85/374 sayılı Ayıplı Ürünlerden Sorumluluğa İlişkin Üye Ülkelerin İdari ve Hukuki Düzenlemelerinin Uyumlaştırılmasına Dair Yönerge'ye (*Richtlinie 85/374/EWG des Rates vom 25. Juli 1985 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte*) paralel olarak çıkarılan 29.6.2001 tarihli ve 4703 sayılı Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun³'dur. Bu düzenlemeyi Avrupa Birliğinin 2010 ve 2019 yıllarında yürürlüğe koyduğu mevzuatlara paralel olarak hazırlanan 5.3.2020 tarih ve 7223 sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu⁴ takip etmektedir.

Ürün Güvenliği Kanunu ile ürünlerin teknik düzenlemelere uygun ve güvenli bir biçimde bulunmasını sağlamak, piyasa gözetimi ile denetimini sağlamak ve sürece dahil olan işletme ve kuruluşların yükümlülüklerinin belirlenmesi amaçlanmıştır. Biz bu çalışma

Betül TİRYAKİ, "Avrupa Konseyi'nin 25.7.1985 Tarihli Direktifi'ne Göre Üreticinin Sorumluluğunun Şartları ve Tüketicinin Korunması Mevzuatı ile Mukayesesi", AÜHFD, C. 55, S. 2, 2006, s. 230.

Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu m. 3/1 – h "Nihai Kullanıcı: Bir ürünü ticaret, iş, zanaat ve mesleki faaliyetler dışında tüketici olarak ya da sanayi veya mesleki faaliyeti için elinde bulunduran, Türkiye'de yerleşik veya ikamet gerçek ya da tüzel kişi"

RG K.T. 29.6.2001, Y.T. 11.7.2001, S. 24459. Çalışmanın devam eden bölümünde 4703 sayılı Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasında Dair Kanun, Teknik Mevzuat Kanunu olarak anılacaktır.

RG K.T. 5.3.2020, Y.T. 12.3.2020, S. 31066. Bu çalışmanın devamında 7223 sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler kanunu Ürün Güvenliği Kanunu olarak anılacaktır.

kapsamında sürecin başat aktörlerinden olan üretici ve üretici gibi sorumlu tutulabilen ithalatçının yükümlülüklerini inceleyeceğiz.

2. ÜRETİCİNİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Üretici ya da kanunun tercih ettiği ifade ile imalatçı; "ürünü imal ederek ya da ürünün tasarımını veya imalatını yaptırarak kendi isim yahut ticari markası ile piyasaya arz eden gerçek veya tüzel kişidir" (ÜGTDK m. 3/1 – g). Belirtelim ki bu tanımın benzeri daha önce 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun⁵ m. 3/1-n hükmünde ifade edilmiştir. Ancak TKHK'de "... tüketiciye sunulmuş olan ..." ifadesi yer almaktadır. Ürün güvenliği kanunu ile hem tüketicilerin hem de tacirlerin, üreticinin sorumluluğuna gidebilmesini sağlamak için kanun metninde bu tarz bir ifadeye yer verilmemektedir.

Ürün Güvenliği Kanunu her ne kadar imalatçı ifadesini kulansa da biz bu çalışma kapsamında üretici ifadesini kullanacağız. Çünkü kelime anlamı ile imalatçı, bir hammaddeyi işleyerek bir şeyler üreten kimse ya da kuruluş olarak bilinmektedir. Halbuki Ürün Güvenliği Kanununda yer alan ürün ilerde de değineceğimiz gibi işlenmiş mallardan ibaret değildir.

Kanun metni ve amacı dikkate alındığında üretici, imalat yapan veya kendisi değil ama taşeronla imalat yaptıran ve ürüne adını, ticari markasını veya ayırt edici işaretini koyan kişilerle birlikte ürün elde eden ve piyasaya arz eden kişilerdir⁶.

Belirtmek gerekir ki üreticinin sorumluluğu kavramı ne 6502 sayılı TKHK'de ne de 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu⁷'nda düzenlenmemiştir. Nihai kullanıcıya yönelik olarak üreticinin sorumluluğu ilk defa Ürün Güvenliği Kanunu'nda düzenlendiği için üreticinin yükümlülüklerini ve bu yükümlülüklerin kapsamını bu çalışma bağlamında Ürün Güvenliği Kanunu ile sınırlı olacak şekilde inceleyeceğiz.

2.1. Güvenli Ürün Arz Etme Yükümlülüğü

Kanunun metninden⁸ ve ruhundan anlaşılabileceği üzere üreticinin ilk ve en önemli yükümlülüğü piyasaya güvenli bir ürün arz etmesidir. Türk Hukuk Mevzuatı kapsamında güvenli ürün kavramı⁹ daha önce Teknik Mevzuat Kanunu'nda ifade edilmiştir. Ancak

⁵ RG K.T. 7.11.2013, Y.T. 28.11.2013, S. 28835.

⁶ Ürün elde eden ve piyasaya arz eden kişileri de üretici kavramı içerisinde değerlendirmemizin sebebi, çalışmanın ilerleyen kısımlarında görüleceği üzere, kanunda yer alan ürün kavramının sadece imal edilen ürünleri değil aynı zamanda doğal ürünleri de kapsayacak şekilde geniş ifade edilmesidir. Üretici kavramı için ayrıca bkz. Dilek Balioğlu, "Gıda Üreticisinin Sorumluluğu", BÜHFD, C. 3, S. 2, 2017, s. 125 – 126; Ayşe Barış, 6502 Sayılı Kanun Kapsamında Ayıplı İfadan İthalatçı ve Üreticinin Sorumluluğu, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2018, s. 102; Önder Canpolat, "Üretici ve Sorumluluğu", Ankara Barosu Dergisi, S. 2, 2013, s. 369 – 398.

⁷ RG K.T. 11.1.2011, Y.T. 4.2.2011, S. 27836.

⁸ "İmalatçı piyasaya ancak teknik düzenlemesine veya 5 inci maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen genel ürün güvenliği mevzuatına uygun ürünleri arz eder." ÜGTDK m. 7/1 – a.

⁹ "Güvenli ürün: Kullanım süresi içinde, normal kullanım koşullarında risk taşımayan veya kabul edilebilir ölçülerde risk taşıyan ve temel gerekler bakımından azami ölçüde koruma sağlayan ürün" Teknik Mevzuat Kanunu m. 3/1 – e.

Ürün Güvenliği Kanununda bu kavram daha detaylı olarak açıklanmaktadır. Kanun metnine göre güvenli ürün, “Kullanım süresi, hizmete sunulması, kurulumu, kullanımı, bakımı ve gözetimine ilişkin talimatlara uygun ve normal kullanım koşullarında kullanıldığında risk taşımayan veya sadece ürünün kullanımına özgü asgari risk taşıyan ve insan sağlığı ve güvenliği için gerekli düzeyde koruma sağlayan ürünü” (ÜGTDK m. 3/1 – e) ifade etmektedir.

Kanunun yapmış olduğu tanım bağlamında piyasaya arz edilen bir ürünün güvenli olup olmadığının değerlendirilmesinden önce o ürünün Ürün Güvenliği Kanunu kapsamına girip girmediği değerlendirilmelidir. Daha sonra kanun kapsamına giren ürünlerin güvenli olup olmadığı denetimi yapılmalıdır.

Ürün kavramında ilişkin ilk açıklamalar kanunun hazırlanmasında esas alınan AB yönergeleri kapsamında yapılmıştır. 25.7.1985 tarihli AB direktifinin 2. maddesine göre ürün, “başka bir taşınır veya taşınmazla bağlı olsalar bile, her türlü taşınır” olarak tanımlanmıştır. Yine aynı maddenin devamında doğal tarım ürünleri, “işlenmiş olanlar hariç olmak üzere toprak, çiftlik ve balıkçılık ürünleri” olarak ifade edilmiştir. Ancak 10.5.1999 tarih ve 99/34 sayılı direktif ile 1985 tarihli direktifte yer alan ürün kavramının sınırları genişletilmiştir. Buna göre, “ürün, başka bir taşınır veya taşınmazın parçasını da oluştursa her türlü taşınırı ifade eder. Elektrik de ürün kavramına dahildir.” Yine aynı direktifin devamında önceki direktiften farklı olarak tarım ürünlerine ilişkin açıklamanın çıkarılmış olduğu görülmektedir.

Türk Hukuku açısından ve üreticinin sorumluluğu bağlamında Ürün Güvenliği Kanun’dan önce sınırlı da olsa kullanım alanı bulan TKHK açısından ürün kavramı “mal” olarak nitelendirilmektedir. Bu kanun maddesine göre mal, “alışverişe konu olan; taşınır eşya, konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallar ile elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzer her türlü gayri malları” (TKHK m. 3/1 – h) ifade etmektedir.

Ürün Güvenliği Kanunu’nda ise ürün kavramı, “her türlü madde, müstahzar ve eşya” olarak ifade edilmektedir. Kanunda düzenlenen ürün kavramı, AB direktifleri ve TKHK göz önünde bulundurulduğunda daha geniş bir ifadeye sahip olmakla birlikte taşınmaz malların ÜGTDK kapsamına girip girmeyeceği sorusunu da akıllara getirmektedir. Şahsi kanaatimize göre halihazırda bulunan kanuni düzenlemelerle yapılan yapı bağlamında sorumluluğuna gidilebilen yapı maliki ya da müteahhit açısından taşınmaz malların ÜGTDK’de yer alan ürün kavramı kapsamında değerlendirilmemesi gerekir. Ayrıca kanunun yukarıda adı geçen AB direktifi doğrultusunda hazırlandığı düşünülecek olursa taşınmaz malların ürün kavramı kapsamına dahil edilmemesi gerekir. Taşınmaz malların dışındaki ürünler açısından ise kanunun bu geniş ifadesi dikkate alındığında uygulamada her somut olayın kendi özellikleri içinde değerlendirilmesi gerekmektedir.

Bir ürünün güvenliğinin nasıl değerlendirileceğine ilişkin husus ÜGTDK m. 5 hükmünde düzenlenmektedir. Buna göre;

“(1) Ürünün güvenli olması zorunludur.

(2) Teknik düzenlemenin insan sağlığı ve güvenliği ile ilgili hükümlerine uygun ürün, aksi ispatlanana kadar güvenli kabul edilir.

(3) Teknik düzenlemenin bulunmadığı veya insan sağlığı ve güvenliğine ilişkin hükümler içermeyen durumlarda, bir ürünün güvenli olup olmadığının değerlendirilmesi genel ürün güvenliği mevzuatına göre yapılır.”

Bir ürünün güvenli olup olmadığı hususunda bakılması gereken ilk husus o ürüne ilişkin bir teknik düzenlemenin olup olmadığının tespittir. Ancak belirtmek gerekir ki bir ürün hakkında teknik yahut hukuki bir düzenlemenin olması ve ürünün bu düzenlemelere uygun bir şekilde bulunması, tek başına o ürünün güvenli olduğu anlamına gelmez. Bu kapsamda öncelikle düzenlemenin içeriğinin ürünün insan sağlığı ve güvenliğine uygun olarak üretilmesine ilişkin hususları içerip içermeyişine bakılmalıdır. Çünkü kimi düzenlemeler üretilen ürünün kamu yararı doğrultusunda kontrol altında tutulması, ürünün belirli bir standartta bulunması ya da başka bir sebepten ötürü ortaya çıkmış olabilir. Bu sebeple ürünlere ilişkin birtakım düzenlemelerin bulunmasına bakılarak bu düzenlemelerin ürünün güvenliğine yönelik olduğu sonucuna varılmamalıdır.

Ürün güvenliği açısından bir ürüne ilişkin güvenlik hususunu içeren bir düzenleme varsa bu düzenleme kapsamında, düzenlemenin eksik kaldığı noktalarda ise ÜGTDK’nin genel kuralları kapsamında bir değerlendirme yapılmalıdır. Teknik düzenlemenin bulunmadığı ürünler açısından ise ÜGTDK uygulama alanı bulacaktır.

Belirtmek gerekir ki ister teknik düzenlemesi bulunsun ister bulunması bir ürünün güvenli olmadığı kanaatine varılabilmesi için en önemli husus ürünün ayıbın insanlara veya başka eşyalara zarar verebilecek nitelikte olmasıdır¹⁰. Bu ayıp ürünün tasarımından ya da fabrikasyonundan kaynaklı bir ayıp olabilir¹¹. Ayrıca belirtmek gerekir ki ürünün ayıbın, ürünün öz mali değerini düşürmesi ya da ürünün kendisine fiziklen zarar vermesi, ürünün ÜGTDK kapsamında güvenli olmayan ürün olarak nitelendirilmesine imkân vermez¹².

2.2. Teknik Düzenlemeye İlişkin Yükümlülükler

Kanun koyucu piyasaya arz edilen veya arz edilmek üzere olan ürünün güvenliğinden emin olmak için üreticiye teknik düzenlemelere ilişkin birtakım yükümlülükler yüklemiştir. Böylelikle kanunun gerekçesinde de belirtildiği üzere hem Türk menşeli ürünlerin özellikle dış pazardaki itibarı korunmuş olacak hem de kullanıcılar belirlenen standartlardaki güvenli ürünler temin edilmiş olacaktır. Bu hükme göre üretici, “Mevzuatın gerektirdiği hallerde teknik dosyayı tanzim eder, uygunluk değerlendirme işlemini yapar veya yaptırır, uygunluk

¹⁰ Bu durum 85/374 sayılı AB direktifin m. 9’da “Maddenin amacı doğrultusunda zarar: (a) ölüm ya da yaralanmaların olduğu zarar (b) hatalı ürünün kendisi dışındaki herhangi bir mala gelen zarar ya da tahribat anlamına gelir” ve Alman Hukuk Mevzuatında yer alan Hatalı Üründen Doğan Sorumluluk Hakkında Kanun’da da “Eğer maldaki hata nedeniyle kişi ölür, yaralanır, sağlığı bozulursa veya malvarlığında zarar oluşursa malın üreticisi hata sonucu ortaya çıkan zararı tazmin eder.” şeklinde belirtilmektedir. Bu mevzuat metinleri ve bu duruma ilişkin Avrupa Adalet Divanı’nın kararına ilişkin detaylı bilgi için Ayr. Ol. Bkz. Taha AKBABA, “Avrupa Adalet Divanı 4. Daire (5.3.2015 Tarihli) Hatalı Ürün Konulu – Boston Scientific Medizintechnik – Kararı”, *Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 6, 2015, s. 221 – 229.

¹¹ Tasarım ve fabrikasyon ayıbına ilişkin bilgi için bkz. Tiryaki, s. 240 – 241; Balioğlu, s. 144 – 145.

¹² Detaylı bilgi için bkz. Tuba Karaman, “Üreticinin Sorumluluğu”, *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu*, 2009, s. 306.

beyanını veya uygunluğu gösteren diğer belgeleri düzenler ve uygunluk işaretini ürüne koyar.” (ÜGTDK m. 7/1 – b)

Piyasaya arz edilen yahut arz edilmesi beklenen ürünlere ilişkin bir teknik dosyanın hazırlanmasına ilişkin bir mevzuat her zaman bulunmayabilir. Ancak bu husus ilişkin bir düzenlemenin bulunması halinde ürüne ilişkin teknik dosyanın hazırlanması üreticinin yükümlülüklerinden biridir. Teknik dosyanın hazırlanmasına ilişkin mevzuat ürün güvenliğine ilişkin olabileceği gibi ürünün standart kontrollerine ya da hem ürün güvenliğine hem de ürün standartlarına (Örneğin; *Geleneksel Tıbbi Ürünler İçin Başvuru Dosyası Hazırlanmasına İlişkin OTD Kılavuzu*¹³) ilişkin olabilir.

ÜGTDK’nin üreticiye yüklemiş olduğu bir diğer yükümlülük ise ürünün uygunluk değerlendirme işlemlerine ilişkindir. Bu bağlamda üretici, ürünün uygunluk değerlendirmelerini, mevcut düzenleme ve koşullar kapsamında kendisi yapabileceği gibi aracı bir kuruluşa da yaptırabilir.

Yapılan uygunluk değerlendirme işlemleri bağlamında üretici, ürünün piyasaya arz edilmeye uygun olduğunu gösteren belgeleri düzenlemekle ve ilgili uygunluk işaretini ürüne ya da ürüne yerleştirilmesine imkân bulunmaması ihtimalinde ürünün ambalajına yerleştirmelidir.

Uygulamada en yaygın kullanılan uygunluk işareti “CE” simgesi olmakla birlikte “TSE”, “G”, “ISO” gibi işaretler de kullanılmaktadır. Bu işaretlerin bir kısmı ürün güvenliğini ilişkin olarak, mevzuat hükümleri kapsamında ürünün uygunluk değerlendirmesi yapıldığını simgeler iken (CE) bir kısmı da *International Organization for Standardization (Uluslararası Standartlama Örgütü)* ya da *Türk Standartlar Enstitüsü (TSE)* gibi değerlendirme kuruluşlarının belirlemiş olduğu ürün kriterlerine uygun olduğunu simgelemektedir.

Üretici, teknik düzenlemesi bulunan ve piyasaya arz edilmesi düşünülen bir ürünün, test, muayene ve belgelendirme gibi uygunluk değerlendirme işlemlerini teknik düzenlemeye uygun olarak yapmalıdır. Aksi takdirde söz konusu ürün piyasaya sürülemez. (ÜGTDK m. 13/1)¹⁴

2.3. Denetim ve Müdahale Yükümlülüğü

Bir ürünün piyasaya sürülmesi sırasında kimse tarafından bilinmeyen bazı tehlikeli ve zararlı sonuçlar, sonradan bilim ve teknolojinin gösterdiği gelişim ile fark edilebilir. Üründe bilim ve teknolojinin gelişmesi ile ortaya çıkan ayıplar, öğretide gelişim ayıpları olarak anılmaktadır¹⁵. Bu halde yeni gelişmelerin ışığında piyasaya sürülen ürünün aslında güvenli olmadığını farkına varılacaktır. Bu durum karşısında ve üreticinin güvenli ürün temin etme yükümlülüğü kapsamında üreticinin herhangi bir yükümlülüğü olacak mıdır?

¹³ Geleneksel tıbbi ürünler ve bu ürünler için hazırlanan başvuru dosyasına ilişkin detaylı bilgi için bkz. Hanefi Özbek, “Geleneksel Bitkisel Tıbbi Ürünler Yönetmeliği Üzerine Bir Değerlendirme”, *Zirve Üniversitesi Sağlık Hukuku ve Politikası Dergisi*, S. 1, 2014, s. 123 – 128.

¹⁴ “Ürünün piyasaya arz edilebilmesi, piyasada bulundurulabilmesi veya hizmete sunulabilmesi için teknik düzenlemede bu ürüne ilişkin öngörülen zorunlu uygunluk değerlendirme işlemlerinin tamamlanması ve olumlu sonuçlanması gerekir.” (ÜGTDK m. 13/1)

¹⁵ Tiryaki, s. 242; Balıoğlu, s. 146.

Üreticinin özen yükümlülüğü, ürünün piyasaya sürülmesiyle sona ermez. Üretici, bu aşamadan sonra da bilim ve teknolojinin gelişen durumunu gözönüne alarak ürünün kullanımının sonuçları hakkında nihai kullanıcıyı bilgilendirmeli ve gerekirse üretimi durdurup söz konusu ürünü piyasadan çekmelidir. Gerekli tedbirleri almayan üretici, özen yükümlülüğünü ihlâl etmiş sayılır. Ancak Ürün Sorumluluğu Direktifinin 7. maddesinin (e) bendinde, bir mal piyasaya sürüldüğünde mevcut bulunan bilimsel ve teknolojik bilgilerin ayıbın varlığının bilinmesine imkân vermemesi halinde, üreticinin ürünün ayıbından sorumlu tutulamayacağı hükme bağlanmıştır. Hukukumuzda da Ayıplı mal Yönetmeliği’nin 7. maddesinin (e) bendinde aynı hükme yer verilmiştir.

Ürün güvenliği kanunu ile nihai kullanıcı lehine üreticiye, piyasaya sürmüş olduğu ürünü denetleme ve gerekmesi halinde müdahale etme yükümlülüğü de getirilmektedir. Bu bağlamda üretici sadece güvenli ürünü üretmekle değil ama ürettiği ürünün nihai kullanıcı açısından güvenli bir ürün olarak kalmaya devam etmesini sağlamakla da yükümlü hale gelmiştir.

Üreticinin üretmekte olduğu ürün seri üretim kapsamında üretilmiş bir ürünse ve devam eden seri üretim sürecinde ürünün tasarımında ya da niteliğinde birtakım değişiklikler yapılmış ise üretici, bu değişikliklere uğrayan ürününde daha önceki ürün gibi kanun kapsamında güvenli olmasını sağlamakla yükümlüdür. Bu kapsamda üretici yapmış olduğu değişiklikler bağlamında ürünü takip eder ve bir sorunla karşılaşılması halinde durumun gereğini yerine getirir. (ÜGTDK m. 7/1 – ç)

Üretici, piyasaya sürmüş olduğu ürünün taşıyabileceği muhtemel risklere karşı piyasaya sürdüğü ürünlerden numune alarak test etmelidir. Bununla birlikte yapılan testlerin, varsa şikayetlerin, uygun olmayan ve geri çağırılan ürünlerin kayıtlarını tutmalı ve bu kayıtlar kapsamında yapmış olduğu izleme faaliyetine ilişkin dağıtıcıları bilgilendirmelidir. (ÜGTDK m. 7/1 – d)

Piyasaya sürdüğü ürünün, ÜGTDK ve ürüne ilişkin mevzuat kapsamında uygun olmadığını öğrenen ya da bilmesi gereken üretici, söz konusu ürünü, tekrar uygun hale getirmek veya gerekmesi halinde ürünün piyasada dolaşımını durdurmak amacıyla piyasadan çekmek yahut geri çağırarak için gerekli düzenleyici önlemleri ivedilikle almalıdır. Ayrıca ürüne ilişkin uygunsuzluk hali insan sağlığı ve güvenliği açısından risk barındırıyor ise bu duruma ilişkin alınan önlemler ve sonuçları hakkında yetkili kuruluşlar ayrıntılı olarak ve ivedilikle bilgilendirilir. (ÜGTDK m. 7/1 – h) Üreticinin bu yükümlülüğüne ilişkin verilebilecek geçmişteki en önemli örnek, 2015 yılında yaşanan Volkswagen marka dizel araçlardaki gaz emisyonu skandalıdır. Bu araçlarda gaz emisyon oranı, olması gereken seviyeden 30 – 40 kat yüksek çıkmıştır ve bu olayın sonucunda insan sağlığı ve çevre güvenliği açısından ciddi bir riskin mevcut olduğu ispatlanmıştır. Bu durumun neticesinde marka, sorunun yazılım hatasından kaynaklandığını bildirmiş ve birçok ülkeden 2009 – 2015 yılları arasında üretilen araçlarını geri çekmiş ve ciddi tazminatlar ödemiştir¹⁶.

Piyasaya sürülen ürünün güvenli olmaması halinde bu durumu, yetkili kuruluşlara bildiren üretici, bu kuruluşların söz konusu ürüne ilişkin aldığı tedbirleri uygulamakla

¹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Hamdi Pınar, “Volkswagen (VW) Grubu Dizel Arabalarındaki Emisyon Manipülasyonu ve Hukuki Sonuçları”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 74, S. 2, 2016, s. 843 – 875.

yükümlüdür. Bu kapsamda üretici, söz konusu ürünün uygunluğuna ilişkin tüm bilgi ve belgeleri Türkçe ya da yetkili kuruluşun kabul edeceği bir başka dilde sağlamakla yükümlüdür. (ÜGTDK m. 7/1 – ı)

2.4. Kullanıcıyı Aydınlatma Yükümlülüğü

Üreticinin piyasaya arz etmiş olduğu üründe tasarıma ya da üretim sürecine ilişkin bir ayıbın bulunmaması, ürünün nihai kullanıcılar açısından bir tehlike oluşturmayacağı anlamına gelmez. Bu tehlike ürünün nihai kullanıcı tarafından nasıl kullanılacağını bilmemesi ya da ürünün kullanım şekli ve olağan kullanım şekline aykırı davranılması halinde doğabilecek tehlikeli sonuçlar hakkında gerekli biçimde uyarılmamasındankaynaklanabilir¹⁷. Bu durumda üreticinin nihai kullanıcıyı aydınlatma yükümlülüğü gündeme gelecektir.

Üretici, aydınlatma yükümlülüğü kapsamında ve ilgili teknik mevzuatlara uygun bir şekilde ürünün, model, parti ve seri numarası ya da ayırt edilmesini sağlayacak diğer bilgileri kolayca görülebilir ve okunabilir şekilde taşımasını temin etmelidir. Ürünün tabiatının buna müsaade etmediği durumlarda ise bu bilgilerin ürün ambalajında veya ürüne eşlik eden bir belgede yer almasını sağlamalıdır. (ÜGTDK m. 7/1 – e) Bu bilgilerin ürün veya ürün ambalajında yer almaması ürünün ayıplı sayılmasına neden olacaktır¹⁸. Ayrıca bu bilgilerin görünürdeki önemi, kullanıcının ihtiyacına uygun ürünü alması ve olası bir tehlikenin önüne geçilmesidir. Örneğin, DVD oynatıcıları üreten firmalar, bu ürünleri piyasaya sürerken ürünün taklit edilmesini önlemek ve pazar kontrolü gibi ekonomik sebeplerden dolayı ülkeden ülkeye değişen birtakım farklılıklar eklemektedirler¹⁹. Bu örnek kapsamında farklı ülke koduna sahip bir DVD oynatıcısı satın alan kullanıcı, ülkesinden satın olmuş olduğu DVD’leri bu oynatıcıda kullandığında söz konusu ürünler zarar görecektir.

Üreticinin ürün üzerinde, ambalajında veya ürüne eşlik eden bir belge de vermesi gereken bir başka bilgi ise ismi, kayıtlı ticari unvanı veya markası ve kendisine ulaşılabilecek açık adresidir. (ÜGTDK m. 7/1 – f) Ürün güvenliği kanunu üreticiye ait bu bilgilerin mevzuatın gerektirdiği hallerde yer alması gerektirdiğinden bahsetmektedir. Ancak bu ifade olabildiğince geniş yorumlanmalı ve fikrimizce üreticiye ait bu bilgiler imkanlar dahilinde ve ürüne ilişkin mevzuatta ilgili bir hükmün bulunup bulunmamasına bakılmadan her üründe yer almalıdır. Çünkü insan sağlığını tüm ürünlere karşı korumayı amaç edinmiş bir kanunun, nihai kullanıcının tedarik zincirinin ilk ve en önemli halkası olan üreticinin sorumluluğuna gitme hakkını zorlaştıracığı düşünülemez.

Aydınlatma yükümlülüğünün üreticiye yüklediği bir diğer ödev ise ürünün taşıyabileceği riskleri ve bu risklerden kullanıcının nasıl sakınabileceği konusunda bilgi

¹⁷ Tiryaki, s. 241; Balioğlu, s. 146.

¹⁸ Cüneyt Bellican, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Bilgilendirme Yükümlülüğünün Değerlendirilmesi”, **İKÜHFD**, C. 16, S. 2 – 1, 2017, s. 311.

¹⁹ DVD kodlarına ilişkin detaylı bilgi için bkz. Ahmet Fatih Özkan, “Avrupa Birliği Rekabet Kuralları Karşısında DVD Bölge Kodu Koruması Uygulaması: Teknik, Ekonomik ve Hukuki Bir Değerlendirme”, **Rekabet Dergisi**, C. 12, S. 2, 2011, s. 165 – 228.

sağlamaktır. (ÜGTDK m. 7/1 – g) Bu kapsamda üretici, tehlikesiz bir ürünün amaca uygun kullanımı halinde dahi zarara yol açma ihtimali varsa, kullanıcıyı uyarmakla yükümlüdür. Örneğin, bazı kimyasal maddelere karşı hassas olan ciltlerde alerjiye sebep olan bir kremin kullanım kılavuzunda bu konuda bir uyarı bulunmaması, bir böcek ilacının kullanımına ilişkin yeterince bilgi verilmemesi veya bir ilacın yan etkilerinden söz edilmemesi halinde üretici aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmemiş kabul edilir.

Son olarak üretici, aydınlatma yükümlülüğü kapsamında, ürünün taşıdığı risklere ilişkin bilgileri ve montaj, kullanım ve bakım talimatları ile güvenlik kurallarının Türkçe olmasını sağlamalıdır. (ÜGTDK m. 7/1 – ğ)

2.5. Belge Saklama Yükümlülüğü

Ürün güvenliği kanunun üreticiye yüklemiş olduğu bir başka yükümlülük ise belge sağlama yükümlülüğüdür. Buna göre, üretici, uygunluk değerlendirmesine ilişkin teknik dosyayı ve belgeleri teknik düzenlemede belirtilen süre, süre belirtilmediği hallerde ürünün piyasaya arz edildiği tarihten itibaren en az on yıl boyunca muhafaza etmekle yükümlüdür. (ÜGTDK m. 7/1 – c)

3. İTHALATÇININ YÜKÜMLÜLÜKLERİ

İthalatçı kavramı kelime anlamıyla ürünü ithal ederek piyasaya arz eden gerçek veya tüzel kişiyi ifade eder.

Ürün güvenliği kanunu kapsamında tedarik zincirinin ikinci önemli halkasını oluşturan ithalatçının yükümlülükleri de üreticide olduğu gibi ayrıntılı bir biçimde düzenlenmektedir. Her ne kadar kanun ithalatçıya pek çok yükümlülük yüklemiş ise de bu yükümlülükleri üç başlık altında toplamak mümkündür. Bunlar, güvenli ürün arz etmeye ilişkin yükümlülükler, denetim ve müdahaleye ilişkin yükümlülükler ve kullanıcıyı aydınlatmaya ilişkin yükümlülüklerdir.

3.1. Güvenli Ürün Arz Etme Yükümlülüğü

Üreticide olduğu gibi tedarik zincirinin bir diğer başat aktörü olan imalatçı açısından da ÜGTDK kapsamındaki en önemli yükümlülük, piyasaya güvenli ürün arz etme yükümlülüğüdür. Bu bağlamda ithalatçı piyasaya, ÜGTDK ve varsa ilgili teknik mevzuata uygun ürünleri piyasaya sürmekle mükelleftir. (ÜGTDK m. 8/1 – a)

Temel yükümlülüğü piyasaya güvenli ürün arz etmek olan ithalatçı, tedarik zincirinde kullanıcı ile üretici arasında bir tür aracı rolündedir. Başka bir deyişle ithalatçı doğrudan üretim sürecine müdahil olabilecek bir kimse değildir. Bununla birlikte üretim süreci tamamlanmış ve piyasaya arz edilmesi beklenen ürünleri kullanıcıya ulaştırma görevini üstlenmektedir. Bu durum üretim sürecine dahil olmayan ithalatçının üreticiye kıyasla güvenli ürün arz etme yükümlülüğünün daha sınırlı bir kapsamda değerlendirilebileceği düşüncesini akla getirir de kanun koyucu ithalatçıya da en az üretici kadar önemli yükümlülükler getirmiştir.

İthalatçı, ürünün üretim sürecine müdahil olmasa da piyasaya sürülmeye hazır

bir ürünün uygunluk işaretlerini taşıdığını, varsa ürüne ilişkin belgelerin varlığını, ürünün teknik dosyasının usulüne uygun düzenlenip düzenlenmediğini, üründe ya da ambalajında veya ürüne eşlik eden bir belgede ürünün seri numarasının, modelinin ve üreticiye ait isim, marka, ticari unvan ve adres bilgilerinin bulunup bulunmadığını kontrol etmelidir. (ÜGTDK m. 8/1 – b)

Yapılan kontroller neticesinde üründe uygun olmayan bir duruma rastlayan ithalatçı, söz konusu ürünü piyasaya sürülmeye uygun hale gelene kadar, piyasaya süremez. Bu süreçte ilk olarak üreticiyi ve varsa ilgili yetkili kuruluşu, ürünün taşımış olduğu riskler hakkında bilgilendirmek kanunun ithalatçıya yüklemiş olduğu bir başka yükümlülüktür. (ÜGTDK m. 8/1 – c)

İthalatçı son olarak, güvenli ürün arz etme yükümlülüğü kapsamında, ürün kendi sorumluluğu altındayken depolama ve nakliye şartlarının ürünün teknik düzenlemesine ve güvenliğine zarar vermeyecek şekilde olduğundan emin olmalıdır. Bu bağlamda depolama ve nakliye şartları ürünün piyasaya uygunluğuna hanel getirecek nitelikteyse, ithalatçı bu duruma karşı gerekli önlemleri almalıdır. (ÜGTDK m. 8/1 – f)

3.2. Denetim ve Müdahale Yükümlülüğü

Üretim sürecinde yer alması da tedarik zincirinde önemli bir rol oynayan ithalatçının piyasaya sürdüğü ürünü denetlemek ve gerekmesi halinde müdahalede bulunmak noktalarında oldukça önemli yükümlülükleri bulunmaktadır.

Denetim ve müdahale yükümlülüğü kapsamında, ithalatçı, piyasaya sürülen ürünlerden düzenli olarak numune alarak test etmek, bu testlerin sonucu ve kullanıcıların şikayetleri kapsamında gerekli değerlendirmeleri yapmak, bu değerlendirmeler sonucunda ürün risk taşıyorsa bu hususta kullanıcıyı ve üreticiyi bilgilendirmek ya da gereklilik halinde ürüne ilişkin uygunsuzluk halini gidermek veya piyasadan geri çekmekle yükümlüdür. Tüm bu süreç kapsamında gerekli önlemleri ivedilikle alma yükümlülüğü bulunan ithalatçı ayrıca ürüne ilişkin denetimlerde yetkili bir kuruluş bulunması halinde bu kuruluşun talimatlarını da yerine getirmekle mükelleftir. (ÜGTDK m. 8/1 – d, g, ğ, ı)

3.3. Kullanıcıyı Aydınlatma Yükümlülüğü

ÜGTDK kapsamında ithalatçının bir diğer önemli yükümlülüğü kullanıcıyı aydınlatma yükümlülüğüdür. Bu yükümlülük kapsamında ithalatçı, ismini, kayıtlı ticaret unvanını veya markasını ve kendisine ulaşabilecek açık adresini üründe, ürünün ambalajında yahut ürüne eşlik eden bir belgede bildirmekle yükümlüdür. (ÜGTDK m. 8/1 – ç) Bu yükümlülüğün pratik sonucu, kullanıcıya ürünle ilgili bir sorun yaşamaması halinde tedarik zincirinin halkalarından biri olan ithalatçıya başvurulabilme imkânı tanımaktır.

İthalatçı ayrıca üründe veya ürüne eşlik eden belgelerde, ürüne ilişkin uygunluk işaretleri, kullanım, montaj ve bakım talimatları ile varsa gerekli uyarıların bulunduğundan emin olmalıdır. Ayrıca tüm bu bilgilerin kullanıcının anlayabileceği şekilde Türkçe olarak sağlanması da ithalatçının kullanıcıyı aydınlatma kapsamında başlıca yükümlülüklerindendir. (ÜGTDK m. 8/1 – e)

4. SONUÇ

Uzun zamandır Avrupa ve Amerika ülkelerinin mevzuatlarında yer alan güvenli ürün temin etme yükümlülüğü ve bu yükümlülüğü yerine getirecek olan tedarik zinciri aktörlerinin sorumluluğu 2021 yılı mart ayından itibaren yürürlüğe girecek olan ÜGTDK ile Türk Hukuk Sistemi kapsamında geniş bir düzenleme alanı bulmuş olacak.

Bu çalışmada da göstermeye çalıştığımız üzere kanundaki ifade ile ithalatçı yani üretici ve ithalatçı ürün tedarik zinciri içinde yer alan iki önemli unsurdur. Bu kişiler, ürün güvenliği kanununda amaçladığı üzere pek çok ürün çeşidi kapsamında kullanıcıya karşı güvenli ürün temin etmekle sorumludurlar. Bu sorumluluk bağlamında üretici ve ithalatçının güvenli ürün arz etme, denetim ve müdahale ve kullanıcıyı aydınlatma yükümlülükleri başta olmak üzere pek çok yükümlülüğü kanun kapsamında düzenlenmektedir.

Güvenli ürün arz etme yükümlülüğü kapsamında, üretici üretim süreci boyunca, ithalatçı ise tedarik süreci boyunca ürünün ÜGTDK ve varsa ürünün kendi özel mevzuat hükümleri kapsamında piyasaya uygunluğunu sağlamakla yükümlüdür.

Güvenli oluşu düşünülen ürünün üretilmesi ve kullanıcıya ulaştırılması ile üretici ve ithalatçının sorumluluğu nihayete ermemektedir. Piyasaya ürünün arz edilmesinden itibaren üretici ve ithalatçı açısından denetim ve müdahale yükümlülüğü ön plana çıkmaktadır. Bu kapsamda üretici ve ithalatçı, piyasadaki ürünlerden düzenli olarak numune alarak test ettirmek, bu testlerin sonucu ve kullanıcı şikayetlerine ilişkin değerlendirmeler sonucunda ürünün risk taşıdığı fark edilirse bu risklere müdahale etmekle yükümlüdür. Bu müdahale kullanıcıyı risklere karşı uyarma şeklinde kendini gösterebileceği gibi ürünün ayıbının giderilmesi veya ürünün piyasadan toplatılması şeklinde de kendini gösterebilir.

Üretici ve ithalatçının temel yükümlülüklerinden sonuncusu kullanıcıyı aydınlatma yükümlülüğüdür. Bu yükümlülük kapsamında kullanıcının kendilerine ulaşabilmesi için isim, ticari unvan veya marka ile adres bilgilerinin üründe veya ürüne eşlik eden bir belgede belirtilmesi gerekir. Ayrıca ürünün uygunluk işaretleri, taşıdığı riskler, montaj ve kullanım talimatları ile kullanıcı açısından bilinmesi gereken her türlü husus, üretici ve ithalatçı tarafından, Türkçe olarak sağlanmalıdır.

KAYNAKÇA

- AKBABA, Taha** : “Avrupa Adalet Divanı 4. Daire (5.3.2015 Tarihli) Hatalı Ürün Konulu – Boston Scientific Medizintechnik – Kararı”, Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 6, 2015, s. 221 – 229.
- BALİOĞLU, Dilek** : “Gıda Üreticisinin Sorumluluğu”, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 2, 2017, s. 115 – 156.
- BARIŞ, Ayşe** :6502 Sayılı Kanun Kapsamında Ayıplı İfadan İthalatçı ve Üreticinin Sorumluluğu, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2018.
- BELLİCAN, Cüneyt** : “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Bilgilendirme Yükümlülüğünün Değerlendirilmesi”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, S. 2 – 1, 2017, s. 305 – 340.
- CANPOLAT, Önder** : “Üretici ve Sorumluluğu”, Ankara Barosu Dergisi, S. 2, 2013, s. 369 – 398.
- KARAMAN, Tuba** : “Üreticinin Sorumluluğu”, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, 2009, s. 295 – 308.
- ÖZBEK, Hanefi** : “Geleneksel Bitkisel Tıbbi Ürünler Yönetmeliği Üzerine Bir Değerlendirme”, Zirve Üniversitesi Sağlık Hukuku ve Politikası Dergisi, S. 1, 2014, s. 123 – 128.
- ÖZKAN, Ahmet Fatih** : “Avrupa Birliği Rekabet Kuralları Karşısında DVD Bölge Kodu Koruması Uygulaması: Teknik, Ekonomik ve Hukuki Bir Değerlendirme”, Rekabet Dergisi, C. 12, S. 2, 2011, s. 165 – 228.
- PINAR, Hamdi** : “VolksWagen (VW) Grubu Dizel Arabalarındaki Emisyon Manipülasyonu ve Hukuki Sonuçları”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 74, S. 2, 2016, s. 843 – 875.
- TİRYAKİ, Betül** : “Avrupa Konseyi’nin 25.7.1985 Tarihli Direktifi’ne Göre Üreticinin Sorumluluğunun Şartları ve Tüketicinin Korunması Mevzuatı ile Mukayesesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 55, S. 2, 2006, s. 229 – 248.

SİGORTA SÖZLEŞMELERİNDEN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARIN SİGORTA TAHKİM KOMİSYONU YOLUYLA ÇÖZÜMÜ

Av. Hatice Kübra TURGUT

GİRİŞ

Sigorta sözleşmelerinden doğan hukuki uyuşmazlıklar, zaman içerisinde artış göstermiş ve bu nedenle mahkemelerin iş yükü ciddi bir şekilde artmıştır. İş yükünün fazla olması, yargılamanın yavaş işlemesine yol açmıştır. Bunun sonucunda da, sigorta sözleşmelerinden menfaat sağlayan sigorta ettirenler ve sigortalılar, davaların sonuçlanması için çok uzun zaman beklemek zorunda kalmışlardır. Mahkemelerin iş yükünün azaltılması ve tarafların haklarına daha kısa zamanda kavuşmalarının sağlanması için sigorta tahkim usulü getirilmiştir.

Sigorta sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözülmesi amacıyla, 03.06.2007 tarihinde 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu’nun (SK)¹ 30. maddesi çerçevesinde sigortacılıkta tahkim usulü düzenlenmiştir. Yasal bir dayanağa kavuşturulan tahkim yargılaması ile, sigorta sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözümü, mahkemelerin iş yükünün hafifletilmesi ve uyuşmazlıkların, alanında uzmanlaşmış hakemler tarafından daha hızlı, basit ve adil bir şekilde çözüme kavuşturulması amaçlanmıştır. 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu’nda öngörülen tahkim sistemine ilişkin usul ve esaslar, Sigortacılıkta Tahkime İlişkin Yönetmelik (STİY)² ile düzenlenmiştir.

Sigortacılıkta tahkim müessesinin, sigorta sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözümü bakımından Türk hukukunda önemli bir yeri vardır. Sigortacılık Kanunu’nda düzenlenen sigortacılıkta tahkim usulünün kendine özgü bir sisteminin olması, kurumsal yapısı, işleyişi ve sonuçları bakımından incelenmesi gereken bir kurumdur. Çalışmamızda sigorta tahkim sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların çözümü bakımından sigortacılıkta tahkim usulünün kendine özgü sistemi incelenecektir. Öncelikle sigorta tahkiminde sigorta sözleşmesi ele alınacaktır. Daha sonra sigorta tahkim usulünün oluşumu, işleyişi ve tahkim yargılaması incelenecektir.

1.Sigorta Tahkiminin Konusu

Sigorta tahkiminin inceleme konusuna ilişkin SK’nın 30. maddesinde düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemeye göre, “Sigorta ettiren veya sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişiler ile riski üstlenen taraf arasında sigorta sözleşmesinden veya Hesaptan faydalanacak kişiler ile Hesap arasında doğan uyuşmazlıkların çözümü” amaçlanmıştır (SK m. 30/1). Hükümden de anlaşılacağı üzere, sigorta ettiren ve sigorta sözleşmesinden

¹RG, 14.06.2007, 26552.

²RG, 17.08.2007, 26616.

menfaat sağlayan kişiler ile sigorta kuruluşu arasında meydana gelen uyuşmazlıkların sigorta tahkiminin konusu olabilmesi için, uyuşmazlığın sigorta sözleşmesinden doğması gerekir.³

Güvence hesabından yararlanan kişiler ve güvence hesabı arasında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklar bakımından herhangi bir sınırlama getirilmemiştir. Bu bağlamda, taraflar arasında sigorta sözleşmesinden doğabilecek her türlü uyuşmazlık için tahkime başvurulabilir.⁴

Sigorta tahkiminde görülecek uyuşmazlıkların niteliği açısından Kanun'da herhangi bir sınırlama yapılmadığından, sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan taraf ve riski üstlenen kişi arasında sigorta sözleşmesinden doğan her türlü uyuşmazlık için tahkime başvurulabilir. Sigorta sözleşmesinde tahkime ilişkin bir şartın yer almasına gerek yoktur. Ancak sigorta şirketi, komisyona üye değilse uyuşmazlık sigorta tahkimine tabi olmayacaktır. Zorunlu sigortalar bakımından bu durum farklılık göstermektedir. Zorunlu sigortalardan kaynaklanan uyuşmazlıklarda, sigorta şirketi tahkim sistemine üye olmasa bile hak sahiplerinin sigorta tahkimine başvurma hakları vardır.⁵

Sigortacılık Kanunu'nun 30. maddesinde düzenlenen tahkim, zorunlu bir tahkim olmayıp, ihtiyarı bir tahkim yoludur. Nitekim anılan hükümde sigortacılık yapan kuruluşlardan,

³ KAYIHAN, Şaban / SELANİK, Atakan Adem, **Sigorta Hukukunda Alternatif Çözüm Yolları ve Tahkim Usulü**, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 64; KARASU, Rauf, **Yargıtay ve Sigorta Tahkimi İtiraz Hakem Heyeti Kararları Işığında Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası (Trafik Sigortası)**, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 132; ÖZDAMAR, Mehmet, "Sigorta Hukukunda Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim Sistemi", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 17, S. 1-2, 2013, s. 845; YAŞAR, Tuğçe Nimet, "Sigorta Hukukunda Tahkim", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, S. 36, 2018, s. 215; YEŞİLOVA ARAS, Ecehan / YEŞİLOVA, Bilgehan, "Sigortacılık Tahkimi- Sigorta Tahkim Usulü ve Ayırdedici Özellikleri", **Yaşar Üniversitesi E- Dergisi**, Aydın Zevkliler'e Armağan, S. 8, 2013, s. 292; KOZANHAN, Ayşe Elçin, **Sigortacılıkta Tahkimde Yargılama Usulü**, Kadir Has Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, İstanbul 2019, s. 64; KARASU, Rauf, "Sigorta Tahkimi ile İlgili Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, C. 1, S. 26, 2016, s. 54; VURALOĞLU SEMERCİ, Tuğba, "5684 Sayılı Sigortacılık Kanunu'nda Yer Alan tahkim Hükümleri ile 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki Tahkim Hükümlerinin Karşılaştırılması", **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 13, S. 2, 2016, s. 274.

⁴ YEŞİLOVA ARAS/YEŞİLOVA, s. 292; ÖZDAMAR, s. 845; KOZANHAN, s. 64; Maddede yer alan "hesap", zorunlu sigortaların sağladığı güvencelere ilişkin, söz gelimi rizikonun ortaya çıktığı zaman geçerli bir sigortanın olmaması halinde, zarar görenin uğradığı zararların giderilmesi için Birlik bünyesinde kurulmuş olan bir kurumdur. Güvence Hesabının tüzel kişiliği bulunmamaktadır. Güvence Hesabından yararlanan kişiler ve Hesap arasındaki uyuşmazlıklarda da sigorta tahkimine başvurulması mümkündür. Bkz. SK m. 14. Ayrıca bkz. Güvence Hesabı Yönetmeliği (RG, 26.07.2007, 26594); BUDAK, Ali Cem, "Sigortacılıkta Tahkim Sigortacılık Kanunu'nun 30. Maddesi, HMK'nun Yürürlüğe Girmesi ve 6327 Sayılı Kanun Değişikliğinden Sonra Nasıl yorumlanmalıdır?", **Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi**, C. 2, S. 2, 2013, s. 55.

⁵ KAYIHAN/SELANİK, s. 65; KARASU, **Trafik Sigortası**, s. 135; YEŞİLOVA ARAS/YEŞİLOVA, s. 292-293; KOZANHAN, s. 65.

sigorta tahkimine üye olmak isteyenlerin Komisyona yazılı olarak başvurmaları gerektiği ifade edilmiştir.⁶

2. Sigorta Sözleşmesi

Özel sigorta hukukunda sigortacı ile sigorta ettiren arasındaki hukuki ilişkinin kaynağı sigorta sözleşmesidir. Sigorta sözleşmesi, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun⁷ 1401. maddesinde, "*Sigorta sözleşmesi, sigortacının bir prim karşılığında, kişinin para ile ölçülebilir bir menfaatini zarara uğratan tehlikenin, rizikonun, meydana gelmesi hâlinde bunu tazmin etmeyi ya da bir veya birkaç kişinin hayat süreleri sebebiyle ya da hayatlarında gerçekleşen bazı olaylar dolayısıyla bir para ödemeyi veya diğer edimlerde bulunmayı yükümlendiği sözleşmedir.*" şeklinde tanımlanmıştır. Hükümden de görüleceği üzere sigorta sözleşmesi, bir sigorta şirketi (sigortacı)⁸ ile sigorta ettirenin karşılıklı anlaşmasıyla kurulan bir sözleşmedir.⁹

Sigorta sözleşmesinde sigorta ettirenin aslî borcu, sigortacıya prim ödemek; sigortacının aslî borcu ise, prim karşılığında kişinin para ile ölçülebilir menfaatini zarara uğratan bir tehlikenin meydana gelmesi halinde zararın tazmini borcunu üstlenmek veya bir veya birkaç kişinin hayat süreleri nedeniyle veya hayatlarında gerçekleşen bazı olaylar sebebiyle para ödeme borcunu üstlenmek ya da diğer edimlerde bulunma borcunu üstlenmektir.¹⁰ Sigorta sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen sürekli sözleşmelerdendir.¹¹

Sigorta sözleşmeleri özel olarak TTK'de düzenlenmiş olsa da, TTK'de hüküm bulunmayan durumlarda 6097 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK)¹² ilgili hükümleri uygulanır (TTK m. 1451). Bu kapsamda sigorta sözleşmelerinin şekline ilişkin TTK'da

⁶ KAYIHAN/SELANİK, s. 65; YEŞİLOVA ARAS/YEŞİLOVA, s. 288; ULAŞ, Işıl, "Sigortacılıkta Tahkim", **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. 24, S. 2, Aralık 2007, s. 240; ÇELİK, Çelik Ahmet, "Sigorta Anlaşmazlıklarında Tahkim Yolu", <https://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/sigorta-anlasmazliklarinda-tahkim-yolu.htm> [E.T. 01.04.2022].

⁷ RG, 14.02.2011, 27846.

⁸ SK m. 3'e göre sigorta şirketleri, Türkiye'de faaliyet gösteren anonim şirket veya kooperatif olmalıdır.

⁹ KAYIHAN/SELANİK, s. 23-24; YAŞAR, s. 215; ÇEKER, Mustafa, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sigorta Hukuku**, 20. Baskı, Karahan Kitabevi, Adana 2019, s. 55; ÖZDAMAR, Mehmet / DOĞAN, Burak, **Sigorta Hukuku**, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 45; GÜNAY, M. Barış, **Sigorta Hukuku**, Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 56; GÜLHAN, Melisa, **Sigorta Sözleşmesini Sona Erdiren Haller**, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 25; KAYIHAN, Şaban / GÜNGERÖK, Özcan, **Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri**, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, Umuttepe Hukuk Yayınları, 2021, s. 94; ARAL ELDELEKLİOĞLU, İrem, **Şematik Sigorta Hukuku**, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 35-36; CEBE, Mehmet Sinan, **Uygulamalı Sigorta Hukuku**, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 1.

¹⁰ ÇEKER, s. 55; KAYIHAN/SELANİK, s. 24; ÖZDAMAR/DOĞAN, s. 54 vd.

¹¹ KAYIHAN/SELANİK, s. 29; Bu konudaki tartışmalar için bkz. KARA, Hacı, **Sigorta Hukuku**, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 122-123.

¹² RG, 04.02.2011, 27836.

özel bir şekil şartı öngörülmediğinden, bu sözleşmeler şekil kuralına tabi değildir. Sigorta ilişkisinin doğması için sigortacı ve sigorta ettirenin sözleşmenin zorunlu unsurları üzerinde yazılı veya sözlü olarak anlaşmaları yeterlidir. TTK m. 1424 hükmünde sigorta poliçesi düzenleme zorunluluğunun yer alması, bu sözleşmenin şekil şartına bağlı olduğu izlenimi verse de, sigorta poliçesi vermeden de sözleşmenin kurulması mümkün olduğundan, sigorta sözleşmeleri yasal olarak herhangi bir şekil şartına bağlı değildir.¹³

3.Sigorta Tahkim Usulünün Oluşumu ve İşleyişi

3.1.Sigorta Tahkim Komisyonu

Sigorta sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözümü ve sigorta tahkim usulünün işleyişi için, SK m. 30 gereğince, Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği bünyesinde Sigorta Tahkim Komisyonu (Komisyon) kurulmuştur.¹⁴ Komisyonun merkezi Altunizade/İstanbul'dadır.¹⁵ Komisyonun, gerekli gördüğü yerlerde büro açmaya yetkisi vardır (SK m. 30/4).

Komisyonun kurumsal yapısına ilişkin SK m. 30'da yapılan düzenlemede, müdür, müdür yardımcısı, büro, hakem ve raportör ifadeleri kullanılmış (SK m. 30/4, 30/5, 30/7, 30/8, 30/15); buna karşın yönetmelikte komisyonun yapısı daha sistematik bir şekilde düzenlenmiştir. Yönetmelğe göre komisyon, komisyon başkanlığı ile komisyon müdür ve müdür yardımcısı, büro müdür ve müdür yardımcısı, raportörler ile diğer çalışanlardan oluşmaktadır (STİY m. 5/1). Kanunda komisyon başkanlığına yer verilmemiştir. Yönetmelikte komisyon, başkanlık ve sekreteryası şeklinde ikili bir yapıya ayrılmıştır. Böyle bir ayrımın kanunda düzenlenmesi daha yerinde olurdu.¹⁶

¹³ ÇEKER, s. 56-57-58; ÖZDAMAR/DOĞAN, s. 45-46; GÜNAY, s. 59-60; GÜLHAN, s. 29; "...Sigorta sözleşmesi şekle bağlı bir sözleşme türü olmayıp, tarafların birbirine uygun rızalarını beyan etmeleriyle vücut bulur. Sigorta poliçesi ise, iki tarafın hak ve borçlarını gösteren bir belgeden ibarettir..." YHGK, T. 28.09.1983, E. 1982/11-929, K. 1983/853 www.legalbank.net [E.T. 02.04.2022].

¹⁴ KAYIHAN/SELANİK, s. 85; YAŞAR, s. 215; KARASU, **Trafik Sigortası**, s. 136; KARASU, *Sigorta Tahkimi*, s. 50; YILMAZ, Zekeriya, "Sigortacılık Kanunu'na Göre Sigortacılıkta Tahkim", **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 3, S. 17, 2008, s. 39; YILDIZ, Habib, "Sigorta Tahkim Yargılaması Usulü", **Yorum-Yönetim-Yöntem Uluslararası Yönetim-Ekonomi ve Felsefe Dergisi**, C. 6, S. 1, s. 2; SK m. 30'da yer alan "...Birlik nezdinde Sigorta Tahkim Komisyonu oluşturulur" ifadesinin hukukî anlamda belirsizlik taşıması ve komisyonda çalışacak kişilerin hukukî statülerinin açık olmaması nedeniyle eleştirilmiştir. Bkz. KONCA KURT, Nesibe, "Sigorta Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü", **Prof. Dr. Fırat ÖZTAN'a Armağan**, C. 1, Ankara 2010, s. 1345.

¹⁵ Bkz. http://www.sigortatahkim.org/index.php?option=com_content&view=article&id=75&Itemid=97 [E.T. 12.04.2022].

¹⁶ KAYIHAN/SELANİK, s. 87; YEŞİLOVA ARAS/YEŞİLOVA, s. 302-303; KOZANHAN, s. 32; KABUKÇUOĞLU ÖZER, Fatma Dilek, **Sigortacılık Kanunu Şerhi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, 238.

3.1.1.Komisyon Başkanlığı

Komisyon başkanlığı beş üyeden oluşmaktadır. Bunlar, bir Kurum¹⁷ temsilcisi, iki Birlik temsilcisi, bir tüketici derneği temsilcisi ile Kurum tarafından belirlenecek bir akademisyen hukukçudur (STİY m. 5/3).¹⁸ Komisyon başkanlığı üyelerinin görev süresi iki yıldır (STİY m. 5/4).

Komisyon başkanlığının, komisyonun müdür, müdür yardımcılarını atamak, raportörleri ve diğer personeli atamak, hakem listesini tutmak, uyuşmazlığa bakacak hakemi atamak gibi asli görevleri vardır.¹⁹ Komisyon başkanlığının görevleri SK m. 3 ve STİY m. 6'da ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Bu hükme göre komisyon başkanlığının görevleri, "Müdür ve müdür yardımcılarını atamak, Birlikçe ayrı bir hesapta izlenecek olan Komisyonun bütçesini hazırlayarak Birliğe sunmak, Tahkim sisteminin adil, tarafsız ve etkin bir biçimde işleyişini sağlamak için gerekli önlemleri almak, komisyonun faaliyet sonuçları hakkında yıllık rapor hazırlayarak Birliğe ve Müsteşarlığa göndermek, bilgi işlem alt yapısını hazırlamak, Kanunlarla kendisine verilen diğer görevleri yapmak, raportörler ve diğer personeli atamak, sigorta hakem başvurularını değerlendirerek uygun görülenlerin kabulü için durumu Kuruma bildirmek, sigorta hakem listesini tutmak, uyuşmazlığın çözümü için sigorta hakemi seçilmesi ve gerektiğinde hakem heyeti oluşturulmasının bu Yönetmelik hükümleri çerçevesinde ve doğru bir biçimde gerçekleşmesini sağlayacak mekanizmaları kurmak ve bunun denetimini sağlamak, itiraz hakem heyetlerini kurmak, hakem ücretini ödemek, büro açılmasına karar vermek, komisyon müdür ve müdür yardımcısı ile Büro müdürü ve müdür yardımcısına verilecek görevleri belirlemek, Kurumca verilen diğer görevleri yerine getirmek" şeklinde sayılmıştır (SK m. 30/3, STİY m. 6). Görüldüğü üzere komisyon başkanlığı yargı mercii olmamakla beraber, asli karar organıdır²⁰.

Komisyon üyeleri, gerekli durumlarda aralarından başkan yardımcısı seçebilirler. Komisyon kararları, üye tam sayısının çoğunluğu ile toplanır ve kararları da üye tam sayısının çoğunluğu ile alır (STİY m. 5/8).

3.2.2.Komisyon Sekreteryası (Müdürler ve Raportörler)

a. Komisyon Müdürü

Komisyonu yönetmek üzere bir müdür ve iki müdür yardımcısı ile raportör ve yeterli sayıda personel görevlendirilir. Komisyon Başkanlığı, müdür ve müdür

¹⁷ STİY m. 4/j hükmüne göre Kurum, Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumunu ifade etmektedir.; 10.08.2021 Tarih ve 31564 sayılı Resmi Gazete ile Müsteşarlık ifadesi Kurum ile değiştirilmiştir.

¹⁸ Kurum tarafından belirlenecek akademisyen hukukçunun sigorta hukuku, hukuk usulü veya medeni hukuk alanlarından en az birinde doktor öğretim üyesi veya daha üst ünvanına sahip olması gerekir. Bkz. STİY m. 5/7; Komisyona, Adalet Bakanlığı'ndan da görevli gönderilmemesine yönelik eleştiri için ve hukukçu akademisyenlerin sayısının iki katına çıkarılması hakkında bkz. KARASU, **Trafik Sigortası**, s. 137.

¹⁹ KAYIHAN/SELANİK, s. 88; YEŞİLOVA ARAS/YEŞİLOVA, s. 304; KESKİN, Fikri Tunç, **Uygulamada Sigorta Hukuku**, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 315

²⁰ KAYIHAN/SELANİK, s. 87-88; KARASU, **Trafik Sigortası**, s. 137; ŞAHİN, Meltem, *Sigorta Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü*, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2021, s. 72.

yardımcılarını doğrudan atar. Buna karşın raportörler ve diğer personeller ise müdürün önerisiyle komisyon başkanlığı tarafından atanmaktadır (SK m. 30/5, STİY m. 7/1, m. 7/3-c).

Komisyon müdürünün, malî güç dışında sigorta şirketi ve reasürans şirketi kurucularında aranan nitelikleri taşıması, en az dört yıllık yüksek okul mezunu olması, sigorta hukukunda en az iki yıl veya sigortacılıkta en az beş yıl deneyiminin olması gerekir. komisyon müdürünün görevleri STİY m. 7/3 hükmünde düzenlenmiştir.²¹ Komisyon müdürünün, komisyon sekreteryasının başı olduğu söylenebilir.

Komisyon müdürünün idari görevleri ile birlikte ayrıca yargısal görevleri de bulunmaktadır.²² Örneğin hakemin reddi taleplerini inceleyip karara bağlanmakla yetkilendirilmiştir. Hakemlerin görevlendirilmesi, başkanlık tarafından yapılmaktayken, reddi konusunda karar vermeye yetkili kişinin müdür olarak belirlenmesi tartışmaya sebep olmuştur. Buna göre, komisyon müdürünün konumunun böyle bir kararı alabilecek şekilde düzenlenmesi, yargılamanın hızlandırılması bakımından getirilmiş bir düzenleme olabilir fakat söz konusu düzenleme 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK)²³ ile paralellik sağlamamaktadır. Nitekim HMK m. 418’de hakemin reddi usulünü taraflar serbestçe belirleyebiliyorken burada hakemin reddi usulü taraflarca değil kanun koyucu tarafından belirlenmiştir. Bu durumda tarafların aksini kararlaştırması mümkün olmayacaktır. Kanun koyucu tarafından belirlenen bu usulün, yargı bağımsızlığını güvenceye alacak nitelikte olması gerekmektedir.²⁴

b. Sigorta Raportörü

Sigorta raportörü, SK m. 2/-o hükmüne göre, “*Sigorta ettiren veya sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişiler ile riski üstlenen taraf arasında sigorta sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların çözümü amacıyla Komisyona intikal etmiş şikâyetler üzerinde ön incelemeyi yapan kişiyi*” ifade etmektedir.²⁵ SK m. 30/15 ve STİY m. 10 hükümlerine göre, Komisyon, kendisine bağlı olarak çalışmak üzere yeteri kadar raportör

²¹ STİY m. 7/3’e göre komisyon müdürünün, “a) Raportör ve diğer personel ihtiyacını, sistemin sağlıklı bir biçimde çalışmasına imkân verecek şekilde tespit etmek, b) Personel alımı ile ilgili gerekli işlemleri yürütmek, c) Atanacak raportör ve diğer personelin gerekli şartları haiz olup olmadığını inceleyerek uygun olanları gerekli tüm bilgi ve belgelerle birlikte Komisyon Başkanlığına sunmak, ç) Hakemlerin reddi taleplerini incelemek, d) Hakem kararlarını en geç üç iş günü içinde taraflara bildirmek, e) Hakemlik ücreti, Komisyona başvuru ücreti ve üyeliğe katılma payının belirlenmesinde Kuruma görüş bildirmek, f) Komisyon Başkanlığında kendisine verilen görevleri yapmak” gibi görevleri bulunmaktadır.

²² KAYIHAN/SELANİK, s. 95; KARASU, Trafik Sigortası, s. 137; ULAŞ, s. 242; YEŞİLOVA ARAS/YEŞİLOVA, s. 310.

²³ RG, 04.02.2011, 27836.

²⁴ KAYIHAN/SELANİK, s. 95; YEŞİLOVA ARAS/ YEŞİLOVA, s. 311.

²⁵ SARIBAŞ, s. 1357; SK m. 30/7 hükmünde, “Uyuşmazlıklar, hayat ve hayat dışı sigorta gruplarının sadece birinde görev yapacak olan sigorta hakemleri ve raportörler aracılığıyla çözülür.” şeklinde yapılan düzenlemeye göre raportörler hayat ve hayat dışı sigorta gruplarına ayrılmış ve raportörler de uyuşmazlık çözme konusunda yetkilendirilmiştir. Bkz. KAYIHAN/SELANİK, s. 96.

görevlendirir. Raportör adaylarında, komisyon müdüründe bulunması gereken nitelikler bulunmalıdır.²⁶ Sigorta tahkim komisyonuna yapılan başvurular, öncelikle raportörler tarafından bir ön incelemeye tabi tutulur.²⁷ Sigorta raportörünün yapacağı inceleme dosya üzerinden bir inceleme olup, HMK’da düzenlenen ön incelemeden farklıdır. Buradaki ön inceleme bir yargılama süreci olmayıp, başvuru dosyalarının hakem ve hakem heyetinin önüne mümkün olduğunca eksiksiz ve tamamlanmış bir şekilde sunulmasını sağlamaktır.²⁸

Raportörün hangi hususları dikkate alarak ön inceleme yapacağı SK m. 30/13 ve m. 30/14’te düzenlenmiştir. Buna göre uyuşmazlık komisyona gelmeden önce raportör, sigorta şirketine başvurulup başvurulmadığını, başvuru yapılmışsa talebinin konusunun ne olduğunu ve kısmen veya tamamen olumsuz sonuçlandığını ya da sigorta şirketinin on beş gün içinde cevap verip vermediğini, uyuşmazlığa ilişkin dava açılıp açılmadığını, uyuşmazlığın Tüketici Hakem Heyetine götürülüp götürülmediğini ilgilinin beyanını esas alarak tespit eder. Raportör tarafından yapılan ön inceleme sonucunda, uyuşmazlığın çözümü için gerekli olan bilgi ve belgelerde eksiklik varsa durumu ilgiliye derhâl bildirir. Raportör dosyanın eksik bilgi ve belgelerden kaynaklı kapatılmasına karar verirse bunu taraflara bildirir ve başvuru ücretinin yüzde ellisini başvuru sahibine iade eder. Raportör incelemesinden önce başvurunun geri çekilmesi halinde, bu durum ilgiliye bildirilir ve başvuru ücretinin yüzde doksanı iade edilir. Raportör, dosyaya ilişkin ön incelemesini 15 gün içinde tamamlamalıdır. Ön inceleme ile sonuçlandırılmayan başvurular için rapor hazırlanır. Büroda incelenen uyuşmazlıklara ilişkin rapor, gerekli görülen hâllerde dosyayla birlikte derhâl Komisyon merkezine -Başkanlığa- iletilir (STİY m. 16/6).²⁹

²⁶ Sigorta raportörlerinde aranan nitelikler STİY m. 8/1’de yer almaktadır. Bu hükmeye göre raportörlerin, “a) Malî güç dışında sigorta şirketi ve reasürans şirketi kurucularında aranan nitelikleri taşıması, b) En az dört yıllık yüksek okul mezunu olması, c) Sigorta hukukunda en az iki yıl veya sigortacılıkta en az beş yıl deneyimli olması” gerekir.

²⁷ KAYIHAN/SELANİK, s. 96; KARASU, Trafik Sigortası, s. 138; GÜNAY, s. 50; ÇAKAN, Oya, **Sigorta Tahkim Yargılaması ve Tahkime Elverişliliğin Değerlendirilmesi**, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 93.

²⁸ ERDEMİR, Makbule Aymelek, **Sigorta Hukuku Uyuşmazlıklarında Tahkim**, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 19.

²⁹ KAYIHAN/SELANİK, s. 96; KARASU, Trafik Sigortası, s. 138; ÇAKAN, s. 93-94; YEŞİLOVA ARAS/ YEŞİLOVA, s. 315; SARIBAŞ, s. 1357.

4. Sigorta Tahkimine Başvuru Koşulları

Sigorta Tahkim Komisyonu'na başvurulabilmesi için öncelikle uyuşmazlığın sigorta sözleşmesinden kaynaklanması veya Güvence Hesabı ile Sigortacılık Kanunu'nun 14/2. maddesinde³⁰ yer alan durumlardan birine ilişkin bir uyuşmazlığın yaşanması gerekmektedir. Ayrıca uyuşmazlığın tarafı olan sigortacının tahkim sistemine üye olması veya ilgili mevzuat uyarınca zorunlu sigortalardan kaynaklanan bir uyuşmazlığın yaşanması gerekir.³¹ SK m. 30/14'e göre uyuşmazlığın mahkemeye, tahkime veya Tüketici Hakem Heyetine intikal etmesi durumunda komisyona başvurulamaz.³² Bu şartların yanında Sigorta Tahkim Komisyonu'na başvurulabilmesi için ayrıca birtakım şartların yerine getirilmiş olması gerekmektedir.³³

Uyuşmazlık nedeniyle tahkime gidilebilmesi için, SK m. 30/13 hükmü uyarınca, tahkime başvurmadan önce, sigortacılık yapan kuruluşla (sigorta şirketiyle) uyuşmazlığa düşen tarafın (sigorta ettiren, sigortalı), uyuşmazlığa konu olay ile ilgili olarak sigortacıya başvurması gerekmektedir. Sigortacıya yapılan bu başvuruya ilişkin talebin kısmen veya

³⁰SK m. 14/2; “ (2) Hesaba;

a) Sigortalının tespit edilememesi durumunda kişiye gelen bedensel zararlar için,

b) Rizikonun meydana geldiği tarihte geçerli olan teminat tutarları dâhilinde sigortasını yaptırmamış olanların neden olduğu bedensel zararlar için,

c) Sigorta şirketinin malî bünye zaafiyeti nedeniyle sürekli olarak bütün branşlarda ruhsatlarının iptal edilmesi ya da iflası halinde ödemekle yükümlü olduğu maddî ve bedensel zararlar için,

ç) Çalınmış veya gasp edilmiş bir aracın karıştığı kazada, Karayolları Trafik Kanunu uyarınca işletenin sorumlu tutulmadığı hallerde, kişiye gelen bedensel zararlar için,

d) Yeşil Kart Sigortası uygulamaları için faaliyet gösteren Türkiye Motorlu Taşıt Bürosunca yapılacak ödemeler için,başvurulabilir. Bakanlar Kurulu, gerekli görülen hallerde, eşyaya gelecek zararların kısmen veya tamamen Hesaptan karşılanmasına karar vermeye yetkilidir.”

³¹ KAYIHAN/SELANİK, s. 90-91; ERDEMİR, s. 22; KOZANHAN, s. 64-65; SARIBAŞ, s. 1356; ÖZCAN, Erkan, **Sigorta Tahkim Komisyonu Nezdinde Tahkim Uygulaması**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2014, s. 124.

³² KAYIHAN/SELANİK, s. 92; ÖZDAMAR, s. 848; BUDAK, s. 61; YAŞAR, s. 227; KOZANHAN, s. 65; KARASU, *Sigorta Tahkimi*, s. 58; ÇAKAN, s. 96; SARIBAŞ, s. 1357; “...Sigortacılık Yasası 30/14 maddesinde, Mahkemeye ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümleri uyarınca Tüketici Sorunları Hakem Heyetine intikal etmiş uyuşmazlıklar ile ilgili olarak Komisyona başvuru yapılamayacağı hükmüne bağlanmıştır. Somut hadisede genel mahkemelerde dava ikame edilmiş olup, Tahkim Komisyonuna başvuru koşulu ortadan kalkmıştır. HMK'nın “Dava Şartları” başlığı altındaki 114/ı maddesinde, “Aynı davanın, daha önceden açılmış ve hâlen görülmekte olmaması”, 114/i maddesinde ise, “Aynı davanın, daha önceden kesin hükme bağlanmamış olması” dava şartları olarak sayılmıştır. Yine HMK.115.Maddesinde izah edildiği üzere ; “Mahkeme, dava şartlarının mevcut olup olmadığını, davanın her aşamasında kendiliğinden araştırır. Taraflar da dava şartı noksanlığını her zaman ileri sürebilirler.” Bu durumda, başvuru sahiplerinin talebinin, HMK 114 ve 115 maddeleri ile 5684 sayılı Sigortacılık Yasası 30/14 maddesi gereği usulden reddine karar vermek gerekmiştir.”HHK, T. 17.12.2015, 2015/14342, Hakem Karar Dergisi, S. 24, Ekim-Aralık 2015, s. 41.

³³ KARAYAZGAN, Ahmet, “Sigorta Uyuşmazlıklarında Alternatif Çözüm Yolları”, Ed. TOPALOĞLU, Mustafa / DİNÇ, Mutlu, **Sigorta Davaları**, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 1602.

tamamen reddedilmesi veya sigortacının başvuru tarihinden itibaren on beş iş günü³⁴ içinde yazılı olarak cevap vermemesi gerekir. Bu şartlarının oluşması halinde tahkime başvurulabilecektir.³⁵

5. Sigorta Tahkimine Başvuru Şekli

Sigorta Tahkim Komisyonu'nun aldığı karar gereği 15.01.2022 tarihinden itibaren Komisyon'a yalnızca online platform üzerinden başvuru alınmaktadır³⁶. Sigorta Tahkim Komisyonu'nun resmî internet sayfası üzerinden gerekli adımların takip edilerek başvuru formunun doldurulması gerekmektedir. Başvuru formuna, başvuru sahibi gerçek kişilerin geçerli bir kimlik belgesinin (nüfus cüzdanı, ehliyet, vb) fotokopisinin, başvuru ücretinin ödendiğine dair banka makbuzu örneğinin, sigorta sözleşmesi/poliçe ve taleple ilgili diğer belgelerin eklenmesi gerekmektedir³⁷.

Komisyona yapılan başvuru kural olarak dosya üzerinden inceleme yapıldığından, başvuru sırasında tüm belgelerin karar vermeye elverişli olacak biçimde eksiksiz olarak komisyona iletilmesi gerekmektedir. Başvurunun vekil ile yapılması durumunda HMK m. 74 gereğince vekâletnamede sigorta tahkimine başvuru yetkisinin olması gerekmektedir³⁸. Komisyona başvuru sırasında başvuru ücreti alınmaktadır. Başvuru ücreti, uyuşmazlık tutarına göre değişiklik göstermektedir. Uyuşmazlık tutarı 5.000 TL'ye kadar olan başvurularda 200 TL, uyuşmazlık tutarı 5.001 ile 10.000 TL arasındaki başvurular için 450 TL, uyuşmazlık tutarı 10.001 TL ile 30.000 TL arasındaki başvurular için 650 TL, uyuşmazlık tutarının 30.001 TL ve üzeri olması halinde en az 650 TL olmaz üzere uyuşmazlık tutarının %1,5' başvuru ücreti olarak ödenir.³⁹

³⁴ Sigorta kuruluşuna başvurduktan sonra, dava veya tahkim yoluna gidilebilmesi için SK m. 30/13'te on beş iş günü; KTK m. 97'de ise on beş gün belirlenmiştir. Kanunlar arasında ortaya çıkan bu çelişkide hangi kanunun uygulanacağını belirlenmesi için özel kanun- genel kanun ayrımının yapılması gerekmektedir. KTK'da yer alan hüküm özel hüküm olduğundan, KTK hükmü karşısında SK'da yer alan hükmün uygulama alanı bulmayacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. SEVEN, Vural, “Mahkemeye – Tahkime Başvurmadan Önce Sigorta Şirketine Başvuru Zorunluluğu”, *İzmir Barosu Dergisi*, C. 83, S. 2, 2018, s. 107-109.

³⁵ KAYIHAN/SELANİK, s. 91; ÖZDAMAR, s. 847; BUDAK, s. 61; KARASU, *Sigorta Tahkimi*, s. 58; SARIBAŞ, s. 1356-1357; ERDEMİR, s. 22; KARAYAZGAN, s. 1602; ÇAKAN, s. 96; *Sigortacılık Kanunu'nun 30/13. maddesinde yalnızca sigortacılık yapan kuruluştan bahsedilmesi, Güvence Hesabına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemesinin bilinçli bir durum olmadığı, kanun koyucunun değişiklik yapmayı unutmaması şeklinde anlamak gerekir. Dolayısıyla başvuru sahibinin hesapla ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıklarda Güvence Hesabına yazılı olarak başvurması ve kısmen veya ret cevabı alması; on beş gün içinde cevap vermemesi gerekmektedir. Bkz. ÖZDAMAR, s. 847; aynı yönde BUDAK, s. 61.*

³⁶ İlgili duyuru için bkz. <http://www.sigortatahkim.org.tr/> [E.T. 10.05.2022].

³⁷ Başvuru sırasından istenen diğer belgeler için bkz. http://www.sigortatahkim.org/index.php?option=com_content&view=article&id=50&Itemid=75 [E.T. 10.12.2022].

³⁸ KAYIHAN/SELANİK, s. 92-93; http://www.sigortatahkim.org/index.php?option=com_content&view=article&id=50&Itemid=75 [E.T. 10.12.2022].

³⁹ http://www.sigortatahkim.org.tr/index.php?option=com_content&view=article&id=67&Itemid=92 [E.T. 01.02.2023]

6. Sigorta Tahkim Yargılamasının Tarafları

6.1. Başvuran Taraf (Davacı)

Sigorta tahkiminde, başvuran tarafı yani davacı tarafı, sigorta ettiren veya sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişiler oluşturmaktadır. Başka bir anlatımla, sigorta sözleşmesinden kaynaklanan bir uyuşmazlıkta, tahkime başvurabilecek kişiler, sigorta sözleşmesini imzalayan sigorta ettiren, sigortalı veya lehtardır.⁴⁰ SK m. 30/1 hükmü “*sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişiler*” demek suretiyle, tahkime başvurabilecek kişiler bakımından bir sınırlama yapmamıştır.⁴¹ Sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişi kavramı oldukça geniştir. Bu kavramın kapsamına, hayat sigortalarında lehtar, sorumluluk sigortalarında zarar gören üçüncü kişiler de girer.⁴²

Kanun koyucu bazı sigorta türleri için sigorta ettiren ve sigortalı konumunda bulunmayan üçüncü kişilerin de tahkime başvurma imkânı verilmiştir. 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nun (KTK)⁴³ 97. maddesinde zarar gören kişi, sigorta şirketi tarafından talebinin karşılanmaması halinde sigorta tahkimine başvurabileceği öngörülmüştür. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun (TMK)⁴⁴ “*Sigorta tazminatı üzerinde hak*” başlıklı 879. maddesinde yer alan “*Muaccel olan sigorta tazminatı, malike ancak bütün rehinli alacaklıların rızasıyla ödenebilir.*” hükmüne göre, uyuşmazlık halinde rehin alacaklısı da sigorta tahkimine başvurabilir. Ayrıca TTK m. 1478 hükmünde zarar görenin, “*uğradığı zararın sigorta bedeline kadar olan kısmının tazminini, sigorta sözleşmesi için geçerli zamanaşımı süresi içinde kalmak şartıyla, doğrudan sigortacıdan*” isteyebileceği düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere sigorta sözleşmesinin tarafı olmayan ancak polişe kapsamında zarar gören üçüncü kişiler de sigorta tahkimine başvurabilir.⁴⁵ Başvuran kişilerin niteliği bakımından ayrı bir sınırlama getirilmediğinden, başvuran kişinin gerçek veya tüzel kişi, tacir ya da tüketici olması arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır.⁴⁶

6.2. Sigorta Kuruluşu (Davalı)

Sigorta tahkiminde yargılamanın diğer yanını riski üstlenen taraf yani sigortacılık yapan kuruluş⁴⁷ ve Güvence Hesabıdır.⁴⁸ Zorunlu sigortalar haricinde, tahkime

⁴⁰KAYIHAN/SELANİK, s. 113; YEŞİLOVA ARAS/YEŞİLOVA, s. 291; ÖZDAMAR, s. 845; ULAŞ, s. 249; BUDAK, s. 56; KOZANHAN, s. 52; YAŞAR, s. 225; ÇAKAN, s. 98.

⁴¹ ÖZDAMAR, s. 845.

⁴² KAYIHAN/SELANİK, s. 112; KABUKÇUOĞLU ÖZER, s. 510; KOZANHAN, s. 52.

⁴³ RG, 18.10.1983, 18195.

⁴⁴ RG, 08.12.2001, 24607.

⁴⁵ KAYIHAN/SELANİK, s. 113; ÖZDAMAR, s. 845.

⁴⁶ ÖZDAMAR, s. 845; BUDAK, s. 57; KOZANHAN, s. 53.

⁴⁷ Sigorta şirketleri ifadesinin kullanımından özellikle kaçınılmıştır. Her ne kadar riski üstlenen kuruluşların başında sigorta şirketleri gelse de, hayat sigortası yapabilen emeklilik şirketlerinin hayat sigorta sözleşmelerine ilişkin uyuşmazlıklar da sigorta tahkiminin konusunu oluşturabilir. Bunun yanında Doğal Afet Sigorta Kurumu gibi riski üstlenen başka kuruluşlar da mevcuttur. Bkz. KABUKÇUOĞLU ÖZER, s. 509; KOZANHAN, s. 50.

⁴⁸ KAYIHAN/SELANİK, s. 113; KARASU, Sigorta Tahkimi, s. 57; Güvence Hesabı, zorunlu sigortalarda sigortanın yaptırılmadığı, sorumlunun tespit edilemediği veya sigortacının iflas ettiği durumlarda meydana gelen ve özellikle bedensel zararların karşılanması amacıyla kurulan garanti fonudur. Bkz. BUDAK, s. 55; ÖZDAMAR, s. 843; YAŞAR, s. 215; KOZANHAN, s. 50; Güvence Hesabı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TEPEDELEN, Zekeriya, Zorunlu Sigortalarda Güvence Hesabı, Hasan Kalyoncu Üniversitesi, Sosyal Bilimler Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, Gaziantep 2016.

başvurulabilmesi için ilgili sigortacının, sigorta tahkim sistemine üye olması gerekmektedir. Sigorta tahkim sistemine üyelik zorunlu olmamakla birlikte, tahkim yargılamasına başvurulması için şarttır. ⁴⁹ Uyuşmazlık ortaya çıktığında geçerli bir üyelik olması gerekli ve yeterlidir. ⁵⁰

Sigortacılık yapan kuruluşlardan, sigorta tahkimine üye olmak isteyenlerin, durumu yazılı olarak Komisyona bildirmeleri gerekmektedir (SK m. 30/1). Bu düzenleme uyarınca, sigortacılık yapan kuruluşların sisteme katılmaları, zorunlu değil isteğe bağlı kılınmıştır.⁵¹

SK m. 30/1 hükmünde başvurunun muhatabının “*riski üstlenen taraf*” ya da “*güvence hesabı*” olduğu açıkça ifade edilmiştir. Kanunda geçen “*riski üstlenen taraf*”, sigorta şirketleri, DASK, TARSİM, gibi sigorta güvencesi veren kuruluşlardır. Mevcut düzenleme kapsamında sigorta şirketlerinin acentelerine karşı tahkime başvurulması mümkün değildir.⁵²

7. Tahkim Yargılaması Usulü

7.1. Ön İnceleme

Sigortacılık yapan kuruluşla uyuşmazlığa düşen kişinin başvurusu, öncelikle raportörler tarafından ön incelemeye tabi tutulur (SK m. 30/15). Uyuşmazlığın hayat veya hayat dışı sigortalardan hangisine girdiğine karar verilerek dosya, bu konudaki uzmanlığına göre ilgili raportöre havale edilir. Raportörün yapacağı inceleme, başvurunun şekli şartları taşıyıp taşımadığına ilişkindir. Bu bağlamda, sigortacılık yapan kuruluşa gerekli başvuruların yapılıp yapılmadığının, yapılmışsa talebinin kısmen veya tamamen olumsuz sonuçlandığının veya sigortacının on beş gün içinde cevap vermediğini başvuran kişinin beyanını esas alarak inceler. İnceleme sonucunda başvurunun şekli açıdan yani bilgi ve belge açısından eksik olmadığına ve değerlendirmeye alınabileceğine karar verilmesi durumunda dosya, hakeme tevdi edilir. ⁵³

7.2. Hakem Ataması

Raportör ön inceleme raporunu verdikten sonra, uyuşmazlığa hangi hakemin bakacağı, tarafların iradesine bırakılmamıştır. Uyuşmazlığa bakacak hakem, Komisyon

⁴⁹KAYIHAN/SELANİK, s. 113; ÖZDAMAR, s. 845.

⁵⁰ KAYIHAN/SELANİK, s. 115; Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. YEŞİLOVA ARAS/YEŞİLOVA, s. 294-299.

⁵¹ ULAŞ, s. 240; YAŞAR, s. 221; ÖZDAMAR’a göre sistem tamamen ihtiyari değildir. Nitekim sisteme üyelik ihtiyari olsa bile, sisteme üye olduktan sonra sigortacılık yapan kuruluşların tahkim başvurularını reddedememeleri, sistemin karma yapıda olduğu izlenimi vermektedir. ÖZDAMAR, s. 840; aynı görüşte KARASU, Sigorta Tahkimi, s. 53 vd.; STİY m. 15/1’e göre sisteme üyelik, “Katılım payının ödenmesiyle başlar.”

⁵²KAYIHAN/SELANİK, s. 114; KARASU, Trafik Sigortası, s. 142; ÖZDAMAR, s. 846; YAŞAR, s. 221; KOZANHAN, s. 51; KARASU, Sigorta Tahkimi, s. 57; SARIBAŞ, s. 1356; AYHAN, Rıza / ÇAĞLAR, Hayrettin / ÖZDAMAR, Mehmet, Sigorta Hukuku Ders Kitabı, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 120; TAŞBAŞI, İbrahim, “Sigorta Tahkim Komisyonu’nun Görev Alanı”, Türkiye Sigorta Birliği Dergisi, S. 38, Ekim-Aralık 2014, s. 33; Acenteler aleyhine de tahkime başvurulmasının önünün açılmasına ilişkin düzenleme yapılması gerektiği konusunda bkz. KARASU, Trafik Sigortası, s. 142; ÖZDAMAR, s. 846; KOZANHAN, s. 51.

⁵³ KAYIHAN/SELANİK, s. 95-96; ÇAKAN, s. 98; YAŞAR, s. 228.

tarafından sigorta hakem listesinden seçilir. Komisyon işin niteliğine göre en az üç sigorta hakeminden oluşan bir heyet kurulmasına karar verebilir. Ancak uyuşmazlık konusu 24.000 TL ve üzerindeyse heyet oluşturulması zorunludur (SK m. 30/15). Uyuşmazlık konusu hayat ve hayat dışı sigorta grubuna göre belirlendikten sonra genel listeden sıra usulüne göre hakem seçimi yapılır. Sıra usulünde hakemlerin uzmanlık alanı dikkate alınmaktadır. Listenin başında yer alan hakemin uzmanlık alanı uyuşmazlığın çözümü bakımından uygun değilse, uzmanlık alanı uygun olan sıradaki hakem atanır (STİY m. 16/8). Sigorta tahkim yargılamasında uyuşmazlığın çözümü bakımından en doğru hakemin seçilmesi önemlidir. Nitekim doğru hakem seçildiğinde hakem, uyuşmazlığa yeterince vakit ayırabilecek ve bilgi ve tecrübesini en doğru şekilde kullanabilecektir.⁵⁴ Seçilen sigorta hakemi, mücbir sebep ve beklenilmeyen durumlar dışında, görevi reddedemezler (SK m. 30/15).

7.3. Yargılama Süreci

Sigorta tahkiminde, yargılama usulü Sigortacılık Kanunu ve yönetmelik hükümlerine göre gerçekleştirilir. SK 30/23 maddesinde “*bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun hükümleri, sigortacılıktaki tahkim hakkında da kıyasen uygulanır.*” şeklinde yapılan atıf dolayısıyla Sigortacılık Kanunu’nda hüküm bulunmayan durumlarda HMK’nın ilgili hükümlerine başvurulur. Burada HMK’nın yalnızca tahkime ilişkin hükümleri değil, uygun olduğu takdirde diğer hükümleri de uygulanır.⁵⁵

Sigorta tahkim yargılamasında, SK m. 30/15 hükmünde yer alan “*Hakemler, sadece kendilerine verilen evrak üzerinden karar verir.*” düzenlemesi uyarınca, hakemlerin, yargılamada kendilerine verilen evrak üzerinden karar vereceği belirtilmiştir⁵⁶. Söz konusu düzenlemeye rağmen Sigorta Tahkim Usulü ve Sigorta Hakemlerine İlişkin 2009/1 sayılı Tebliğ’in 7/b maddesinde sigorta hakemlerinin kural olarak dosya üzerinden inceleme yapabilecekleri ancak duruşma yapmalarına da bir engel olmadığı öngörülmüştür.⁵⁷

Kanunda her ne kadar hakemlerin, sadece kendilerine verilen belgeler üzerinden karar verebilecekleri düzenlenmişse de uygulamada bu durum farklı şekilde yapılmaktadır. Uygulamada hakemler, dosyada eksik belge varsa, taraflardan bunu tamamlamalarını istemekte, kusur ve sorumluluk için yeterli belge yoksa uzman bilirkişilerden kusur

⁵⁴ KAYIHAN/SELANİK, s. 108.

⁵⁵ KAYIHAN/SELANİK, s. 119; BUDAK, s. 58; ÖZTEK, Selçuk, “Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Yönünden Sigortacılıkta Tahkime Bakış”, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Dergisi, S. 13, 2009, s. 221-249.

⁵⁶ KAYIHAN/SELANİK, s. 119; BUDAK, s. 65; ÖZTEK, 233; KARASU, Trafik Sigortası, s. 144; KONCA KURT, s. 1361; YEŞİLOVA ARAS/ YEŞİLOVA, s. 342; ULAŞ, s. 256.

⁵⁷ http://www.sigortatahkim.org/index.php?option=com_content&view=article&id=62:sigorta-tahkim-usulue-ve-sigorta-hakemlerine-likin-tebli-yaynlanmtr&catid=35:haberler&Itemid=60 [E.T. 11.05.2022].; İlgili tebliğin hakemlerin duruşma açabileceklerine ilişkin düzenlemesinin isabetli olduğu yönünde bkz. BUDAK, s. 65; ÖZTEK, s. 233; Tebliğde yer alan bu hükmün, hakemlerin taraflardan yalnızca sözlü olarak açıklama isteyebilecekleri şeklinde anlaşılması gerektiği yönünde bkz. KARASU, Trafik Sigortası, s. 144; KARASU, Sigorta Tahkimi, s. 60.

raporu alınmasını veya beden gücü kayıplarında sağlık kurulu raporu yeterli değilse ya da rapora itiraz edilmişse yeniden rapor alınmasını isteyebilmektedir.⁵⁸ Kanunda hakemlerin eksik olduğu sonradan anlaşılan bilgi ve belgeleri tamamlama ve özel ve teknik bilgiyi gerektiren durumlarda bilirkişiye başvura hakkının olup olmadığı konusunda somut bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak STİY m. 16/12 hükmünde, “*Hakem, çözümü hukuk dışında özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir.*” şeklinde düzenleme yapılmıştır. Sigortacılık Kanunu’nda düzenlenmeyen böyle bir hükmün yönetmelikte yer alması hem kanuna hem de Anayasa’ya aykırıdır. Nitekim Kanun’un 23. maddesinde, bu kanunda hüküm bulunmayan durumlarda HMK’nın ilgili hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla bu kanunda bilirkişiye başvurulması hususunda herhangi bir hükme yer verilmemiş olsa da HMK’ya yapılan atıf gereği, çözümü teknik bilgiyi gerektiren durumlarda bilirkişinin oy ve görüşünün alınması mümkündür. Burada eleştiriye açık olan husus, çözümü teknik bilgiyi gerektiren bir durumda bilirkişiye başvurulması hususunun kanunda değil, yönetmelikte düzenlenmesidir.⁵⁹

Öğretide hakemlerin, uyuşmazlık dosyasının kendilerine tevdi edilmesinden sonra kural olarak duruşma yapmadan, dosyada yer alan bilgi ve belgelere göre uyuşmazlığı çözmek zorunda olduğu ifade edilmektedir. Ancak dosyadaki bilgi ve belgelerin yeterli olmaması, bu bilgi ve belgeler tamamlanmadan uyuşmazlığın çözülmesinin mümkün olmaması durumunda, bu eksikliği tamamlatabilecekleri ve ayrıca bilirkişi görevlendirebilecekleri de belirtilmektedir.⁶⁰ Yargıtay kararına konu bir olayda, Sigorta Tahkim Komisyonu Hakem Heyetince teknik bilgiyi gerektirdiği heyet tarafından kabul edilen tazminatın aktüer hesaplamasında bilirkişiye başvurulmamış ve hakem heyet üyesi bir hakem tarafından hesaplama yapılmıştır. Yargıtay, heyetin bu hesaplamayı benimsenmesini ve bu hesaplamanın hükme esas alınmasının HMK m. 266 hükmünde yer alan, çözümü özel ve teknik bilgiyi gerektiren durumlarda bilirkişiye başvurulması düzenlemesine aykırı olduğuna hükmetmiştir. Yargıtay kararında, çözümü teknik ve özel bilgiyi gerektiren aktüeryal hesaplamada bilirkişiye başvurulması gerektiğini ve tarafların

⁵⁸ KAYIHAN/SELANİK, s. 109; KOZANHAN, s. 106; Bilirkişi listesi için bkz. http://www.sigortatahkim.org/index.php?option=com_content&view=article&id=317&Itemid=236 [E.T. 15.05.2022]; Bilirkişilerin Görevlerini Yerine Getirmelerine İlişkin Esas, Usul ve İlkeler için bkz. http://www.sigortatahkim.org/index.php?option=com_content&view=article&id=318&Itemid=234 [E.T. 15.05.2022].

⁵⁹ Hukukumuzda ikinci ve en yaygın düzenleyici işlem türü olan yönetmelik, kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak koşuluyla çıkarılırlar. Bkz. TAN, Turgut, **İdare Hukuku**, Güncelleştirilmiş 9. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2020, s. 78; Yönetmeliklerle kanuna aykırı hüküm getirilemeyeceği gibi, kanun hükmünde yer almayan ya da öngörülmeyen hususların yönetmelikle düzenlenmesinin mümkün olmadığı konusunda bkz. AKYILMAZ, Bahtiyar/ SEZGİNER, Murat/ KAYA, Cemil, **Türk İdare Hukuku**, 14. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2021, s. 49.

⁶⁰ KARASU, Trafik Sigortası, s. 144; KARASU, Sigorta Tahkimi, s. 60; aynı yönde bkz. KAYIHAN/SELANİK, s. 109; SARIBAŞ, s. 1357.

savunma hakkını sağlamak açısından raporun taraflara tebliğ edilmesinden sonra karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir.⁶¹

7.4. Hakem Kararı

Hakemler, uyuşmazlığı karara bağladıkları takdirde görevleri sona ermektedir. SK m. 16 hükmünde hakemlerin, görevlendirildikleri tarihten⁶² itibaren en geç dört ay içinde karar vermek zorunda oldukları, bu süre içinde uyuşmazlığı çözmedikleri takdirde, uyuşmazlığın mahkemece çözüleceği düzenlenmiştir. Hükümde yer alan dört aylık sürenin

⁶¹“...Sigorta Tahkim Komisyonu’nda görülecek uyuşmazlıklara uygulanacak usul hükümleri yine 30. maddede düzenlenmiştir. Ancak maddenin 23. fıkrası “Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun hükümleri, sigortacılıktaki tahkim hakkında da kıyasen uygulanır” hükmünü içermektedir. 6100 Sayılı HMK’nin 266. (1086 Sayılı HUMK m. 275) ve takip eden maddeleri uyarınca, mahkemece, çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden, bilirkişinin oy ve görüşü alınarak karar verilmelidir. Teknik bilgi gerektiren konu hakim bilgi sahibi olduğu bir husus olsa da bilirkişinin görüşüne başvurulması delillerin serbestçe değerlendirilmesi ve savunma hakkının korunması bakımından önem arz etmektedir. Somut olayda Sigorta Tahkim Komisyonu Hakem Heyetince teknik bilgiyi gerektirdiği Heyetçe de kabul edilen tazminatın aktüer hesaplamasında bilirkişi tayini yerine heyet üyesi Hakem tarafından yapılan hesaplama benimsenmiş ve hükme esas alınmış ise de yukarıda anılan düzenlemelere aykırı olarak savunma hakkının da sınırlandırılmasına neden olacak şekilde usul hükümlerine aykırı biçimde çözümü teknik bilgi gerektiren konuda aktüeryal hesaplamada uzman bilirkişi görüş ve oyuna başvurulması gerektiği ve bilirkişi raporuna tarafların savunma haklarını sağlamak bakımından HMK gereğince taraflara tebliği ile sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu şekilde karar verilmiş olması doğru görülmemiştir...” Yargıtay 17. HD., T. 15.05.2014, E. 2014/5005, K. 2014/7686 www.legalbank.net [E.T. 15.05.2022]; Aynı yönde “...Dava, trafik kazasından kaynaklanan maddi tazminat istemine ilişkindir. Davacı Belediye Başkanlığı’na ait araç davalı sigorta şirketlerinin trafik ve ihtiyari mali sorumlu sigortacısı olduğu aracın neden olduğu kaza sonucunda hasar görmüştür. Davacı Sigortacılık Kanunu 30. Maddesi uyarınca uyuşmazlığın çözümü için Sigorta Tahkim Komisyonu’na başvurmuştur. Taraflar arasında kazanın meydana geliş biçimi, kusur ve zarar uyuşmazlık konusudur. Sigorta Tahkim Komisyonu ekspertiz raporu ve faturalara dayanarak davacıya ait araç sürücüsünün kusursuz olduğunu ve faturalara itibar ederek araç zararının 61.552,40 TL olduğunu kabul etmiştir. HMK’nin 266 ve devamı maddelerine göre, Mahkeme, çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir. Hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz. Somut uyuşmazlıkta Tahkim Komisyonunca, kusur ve hasar alanında uzman bilirkişiden alınacak ayrıntılı ve denetime elverişli raporun taraflara tebliği ile yapılacak değerlendirme sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir...” Yargıtay 17. HD., T. 23.01.2014, E. 2013/7897, K. 2014/789 www.legalbank.net [E.T. 15.05.2022].

⁶² Tahkim süresinin, sigorta hakem heyetinin uyuşmazlığa ilişkin dava dilekçesini haiz olmaması ve bu sebeple inceleme yapamayacak durumdayken işlemeye başlamasının uygun bir çözüm olmadığı yönündeki görüş için bkz. ÖZTEK, s. 237; kanunda yer alan “görevlendirildikten itibaren” ifadesinden, hakemlerin görevlendirildiklerinin kendilerine tebliğinden itibaren şeklinde anlaşılması gerektiği konusunda bkz. ULAŞ, s. 257; aynı yönde bkz. ŞAHİN, s. 97; KOZANHAN, s. 95.

tarafların açık ve yazılı rızasıyla uzatılabilmesi mümkündür.⁶³ Ancak süre uzatımının, tahkim için öngörülen sürenin bitmesinden önce yapılması gerekir. Hakemlerin dört aylık süre geçtikten sonra yaptıkları işlemler geçersizdir. Hakemin süreyi geçirmiş olmasına rağmen yargılamaya devam etmesi halinde yetki aşımı söz konusu olacaktır.⁶⁴ Uygulamada hakemler, ihtiyaç duymaları halinde taraflardan süre uzatılmasına ilişkin talepte bulunmakta ve sürenin uzatılması konusunda taraflar anlaşmaktadır. Sürenin uzatılması konusunda anlaşma sağlanmışsa bu sürenin belirli bir süre olması gerekmektedir.⁶⁵ Ayrıca süre uzatımının tarafların açık ve yazılı rızasının alınmasıyla yapılması gerekmektedir. Zımni olarak verilen rıza, sürenin uzatılması için yeterli değildir.⁶⁶

Hakem incelemesi ve değerlendirmesi sonucunda, uyuşmazlığın çözümlenmesi ve uyuşmazlık hakkında bir karar verilmesi gerekmektedir. Komisyon tarafından uyuşmazlığın çözülmesi için tek hakem atanmışsa, atanan hakem uyuşmazlık dosyasını inceleyerek, dosya üzerinden değerlendirme yapar ve değerlendirme sonucu karar verir Uyuşmazlığın çözümü için heyet atanmışsa, heyet kararını çoğunlukla verir (SK m. 30/15)⁶⁷.

⁶³ KAYIHAN/SELANİK, s. 110; ÖZTEK, s. 237-238; YAŞAR, s. 230-231; ULAŞ, s. 257; CEBE, s. 192; KOZANHAN, s. 94.

⁶⁴ KAYIHAN/SELANİK, s. 111; ÖZTEK, s. 237-238; YAŞAR, s. 230-231; ULAŞ, s. 258; KOZANHAN, s. 97-98; “...taraflar arasında imzalanan sözleşmeden çıkan uyuşmazlık üzerine açılan dava oluşturulan Hakem Heyetince karara bağlanmıştır. HUMK. nun 529. maddesi uyarınca hakemlerin ilk içtimalarından itibaren 6 ay zarfında hüküm tesisine mecburdurlar. Aksi takdirde yapılan muameleler batıl olup ihtilaf salahiyetli mahkemece halledilir. Sürenin uzatılması tarafların muvafakati veya hakim kararı ile mümkün ise de dava konusu olayda Hakemler 2.12.2002’de ilk toplantılarını yapmışlar ve taraflarca verilen dilekçeler ile tahkim süresi 2.12.2003’e kadar uzatılmıştır. Yine tarafların 2.12.2003 tarihinde verdikleri dilekçe ile süre 2.6.2004’e uzamış olup kararın en geç bu tarihte verilmesi gerekirken süre dolduktan sonra 29.11.2004’de Hakemler kararlarını vermişlerdir. Dosyada 2.6.2004 tarihinden sonra tarafların muvafakati ile veya Hâkim kararı ile tahkim süresinin uzatıldığına dair bir belgeye rastlanmamıştır. Bu nedenle süresinde oluşturulmayan hakem kararının HUMK. nun 533/1. Maddesi uyarınca bozulması gerekmektedir...” Yargıtay 15. HD., T. 29.09.2005, 2005/1500, K. 2005/5061 www.legalbank.net [E.T. 20.05.2022].

⁶⁵ KAYIHAN/SELANİK, s. 112; YAŞAR, s. 231; ULAŞ, s. 258; KARASU, Trafik Sigortası, s. 146; KARASU, Sigorta Tahkimi, s. 62.

⁶⁶ KARASU, Trafik Sigortası, s. 146; KARASU, Sigorta Tahkimi, s. 61; KOZANHAN, s. 97; “...Sigortacılık Kanunu’nun 30. maddesinin 16. fıkrasında süre uzatımının açıkça ve yazılı muvafakat ile mümkün olduğu açıkça ifade edilmiştir. Söz konusu hükme göre, hakemler, görevlendirildikleri tarihten itibaren en geç dört ay içinde karar vermeye mecburdur. Aksi hâlde, uyuşmazlık yetkili mahkemece halledilir. Ancak, bu süre tarafların açık ve yazılı muvafakatleriyle uzatılabilir. Hakem, kararını Komisyon müdürüne tevdi eder. Komisyon Müdürünce karar en geç üç iş günü içinde taraflara bildirilir; ayrıca kararın aslı dosya ile birlikte Komisyonun bulunduğu yerdeki görevli mahkemeye gönderilir ve mahkemece saklanır. Bu nedenle tarafların yazılı bir şekilde süre uzatılması yönünde bir anlaşma yapmadan, zımni olarak (sürenin uzatıldığını varsayarak) hakem duruşmasına katılmaları, vekil göndermeleri, hasılı tahkim davasına ait yargılama usulünü devam ettirmeleri, tahkim süresinin uzatılması neticesini doğurmaz. Süre uzatılması anlaşması mutlaka yazılı şekilde yapılmalıdır. Zımni muvafakat süre uzatımını içermez...” HHK, T. 15.12.2014, 2014/783 sayılı (KARASU, Trafik Sigortası, s. 218’den naklen).

⁶⁷ ULAŞ, s. 258-259; YAŞAR, s. 231; KOZANHAN, s. 127.

Hakem tarafından yazılacak kararda HMK m. 436/1 hükmünde yer alan hususların kararda yer alması gerekmektedir. Söz konusu hükme göre hakem kararlarında, “*kararı veren hakem veya hakem kurulu üyelerinin ad ve soyadları, tarafların ve varsa temsilcileri ile vekillerinin ad ve soyadları, unvan ve adresleri, kararın dayandığı hukuki sebepler ile gerekçesi, bir sıra numarası altında açık ve kesin bir biçimde taraflara yüklenen hak ve borçlar ile yargılama giderleri, karara karşı iptal davası açılabilmesi ve süresi, tahkim yeri ve kararın tarihi, kararı veren hakem veya hakem kurulu üyelerinin tamamı veya çoğunluğunun imzaları ve karara eklenmiş ise karşı oy yazısı*” gösterilir. Hükümden görüleceği üzere hakem kararlarının gerekçeli olması gerekmektedir⁶⁸. Yargıtay verdiği bir kararında, hakem kararlarında yer alması gereken bilgileri HMK’nın “Hükümün kapsamı” başlıklı m. 297 hükmüne göre tespit etmiştir⁶⁹.

7.5. Sigorta Tahkim Kararlarının Cebri İcrası

Tahkim kararları da mahkeme kararları ile aynı mahiyette yaptırım gücüne sahip kararlardır. Yargılama sonucunda verilen kararın, aleyhe hükmedilen tarafça kendiliğinden yerine getirilmesi beklenmektedir. Ancak aleyhe hükmedilen taraf, kararı yerine getirmekten kaçınırsa bu durumda cebri icra yoluna başvurulabilir. Hakem kararı ile ilamlı icra yoluna başvurulması mümkündür.

Sigorta Tahkim Komisyonu hakemleri tarafından verilen kararlar da para alacağına ilişkin ilamların icrasına göre icra edilebilmektedirler. İcra İflas Kanunu m. 34’e göre, ilamların icrası her icra dairesinden talep edilebildiği için, hakem kararına dayanılarak başlatılacak ilamlı icra takibi Türkiye’de herhangi bir icra dairesinden başlatılabilir. İİK m. 35’te ilamlı icra takip talebinde bulunacak alacaklının, takip talebine hakem kararını eklemesi gerektiği düzenlenmiştir.

İlamlı icrada takip talebinde bulunan kişi, hakem kararı lehine olan taraf yani alacaklıdır. Hakem kararı aleyhine olan taraf ise icra takibinde borçludur. Ancak her zaman hakem kararında taraf olan kişiler ile icra takibindeki borçlu/alacaklı örtüşmeyebilir. Külli veya cüz’i halefiyet hallerinde hakem kararı lehine/aleyhine olan taraf değişebilmektedir. Bu gibi durumlarda hakem kararı aleyhe olan değişmişse, icra takibi külli veya cüz’i halefe karşı başlatılmalıdır.

Müşterek ve müteselsilen birden fazla kişi aleyhine hüküm kurulması durumunda, alacaklı her bir borçluya ayrı ayrı takip açabileceği gibi tek bir takibi birden fazla kimseye karşı da ileri sürebilir. Tek bir takibin birden fazla kimseye karşı ileri sürülmesi halinde, ihtiyari takip arkadaşlığı söz konusudur.

⁶⁸ KAYIHAN/SELANİK, s. 131; ULAŞ, s. 259; KOZANHAN, s. 128.

⁶⁹ “...HUMK’nun 388 (HMK 297) maddesi uyarınca mahkeme kararında, iki tarafın iddia ve savunmalarının özeti, anlaşlıkları ve anlaşamadıkları hususlar, ihtilaflı konular hakkında toplanan deliller, delillerin tartışması red ve üstün tutma sebepleri, sabit görülen vakılarda bunlardan çıkarılan sonuç ve hukuki sebeplerin şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmesi gereklidir. HUMK. ’nun 388, 389. (HMK 297 md.) maddesine uygun olarak tarafların hak ve yükümlülüklerini açıkça gösteren tefhim ile aleniyet ve hukuki varlık kazanan kısa karara uygun olarak gerekçeli kararın yazılması zorunludur...” Yargıtay 17. HD., T. 25.12.2014, E. 2014/20619, K. 2014/19534 www.legalbank.net [E.T. 20.05.2022].

Takip talebini alan icra dairesi, icra emrini düzenleyerek borçluya gönderir. İcra emrinde, hakem kararında yazılı olan borcun yedi gün içinde ödenmesi, aksi takdirde icra müdürünce kararın gereğinin zorla yerine getirileceği ihtar bulunmaktadır.

Hakem kararının icraya konulabilmesi için kesinleşmesi gerekmez. SK m. 30/12’e göre hakem kararına karşı itiraz yoluna başvurulması durumunda icra takibi durdurulabilir. Bunun haricinde borçlunun, icra emrine karşı itirazda bulunma imkânı bulunmamaktadır. Ancak İİK m. 33’e dayanarak icranın geri bırakılmasını talep edebilmektedir. İcranın geri bırakılması, borcun ödenmesi, borcun zamanaşımına uğraması veya ertelenmesi gibi durumlarda söz konusu olmaktadır.

Hakem kararı aleyhine olan tarafın karara karşı temyiz yoluna başvurusu halinde ayrıca hükmolunan parayı depo etmesi veya değerine uygun taşınır, taşınmaz rehni veya banka kefaleti göstermesi gerekmektedir. Bütün bunların ardından İİK m. 36/2’e göre, Yargıtay icranın geri bırakılması kararını vermektedir.

7.6. Sigorta Tahkim Kararlarına Karşı Kanun Yolları

SK m. 30/12’e göre, sekiz bin Türk lirasına kadar olan Uyuşmazlık hakem kararları kesindir. İtiraz Hakem Heyeti’ne ancak uyuşmazlık miktarı sekiz bin Türk lirası ve üzerinde kalan kararlar için başvurulabilecektir. Yine aynı maddede, kırk bin Türk lirasına kadar olan İtiraz Hakem kararlarının kesin olduğu, ancak yüz yedi bin Türk lirasının ve üzerindeki⁷⁰ kararlar için temyiz kanun yoluna başvurulabileceği düzenlenmiştir. Süresi içinde yapılan itiraz veya temyiz başvurusu, kararın kesinleşmesini önleyeceği gibi başlatılan icra takiplerini de durdurmaya yeterlidir.

Sekiz bin Türk lirası ve üzerindeki hakem kararları için kararın tebliği tarihinden itibaren on gün içinde itiraz edilebilmektedir. Bu kararlara on gün içinde itiraz edilmez ise kesinleşir ve artık bu kararların temyizi mümkün değildir. Uyuşmazlık hakem kararlarına karşı itiraz yoluna başvurmadan, temyiz yoluna gitmek mümkün değildir. İtiraz yoluna başvurulurken itiraz başvuru formu doldurulur.⁷¹ Ayrıca itiraz başvuru ücretinin de yatırılması gerekmektedir. Başvuru ücretleri, Türkiye İstatistik Kurumu tarafından açıklanan üretici Fiyatları Endeksi artış oranını aşmamak suretiyle Kurum tarafından belirlenmektedir.

İtiraz edilen kararlar dosyası ile beraber, yeni teşkil edilen hakem heyetine tevdi edilir. Bu “itiraz” yolu kendine özgü bir hukuki çare olup mahkeme kararının kesinleşmesini ertelediği ve yargılamayı üst dereceli bir mahkemeye intikal ettirmediği için teknik anlamıyla bir kanun yolu değildir.⁷² İtiraz Hakem Heyeti, Uyuşmazlık Hakem Heyeti kararına yönelik itirazı yerinde bulursa yeni bir karar verecektir. HMK’da istinafa ve

⁷⁰ Kanun yollarına başvuru için esas alınan ölçütün hakem kararına konu olan tutar üzerinden değil de uyuşmazlık miktarına göre belirlenmesi olumlu olarak kabul edilse de, yasal değişikliklerle talebin kabul edilmeyen bölümünün esas alınması gerektiği yönünde görüşler mevcuttur. (Ayrıntılı bilgi için bkz. Yeşilova Aras, Yeşilova, a.g.m., s. 364).

⁷¹ Bkz. EK-2

⁷² BUDAK, Ali Cem, “Sigortacılıkta Tahkim Alanında Meydana Gelen Değişiklikler”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 14, 2016, s.139.

temyiz ilişkin hükümlerin itiraz yoluna kıyasen uygulanması mümkün kabul edilmelidir.

Kural olarak, yüz yedi bin Türk lirası ve üzerindeki İtiraz Hakem kararları için taraflarca temyiz kanun yoluna başvurulabilse de kanun koyucu istisnai durumları da düzenlemiştir. SK m. 30/12'e göre;

- “tahkim süresinin sona ermesinden sonra karar verilmiş olması”⁷³,
- talep edilmemiş bir şey hakkında karar verilmiş olması,
- hakemlerin yetkileri dahilinde olmayan konularda karar vermesi,
- hakemlerin tarafların iddiaları hakkında karar vermemesi” durumlarında her hâlükârda temyiz yolu açıktır.

Ayrıca temyiz sınırının tespitine ilişkin doktrinde tartışmalar mevcuttur. Bir görüşe göre⁷⁴, temyiz sınırı uyuşmazlık tutarına göre değil, kararda yer alan tutara göre belirlenmelidir. Diğer bir görüşe göre ise⁷⁵, temyiz sınırı en azından genel kanun içerisinde, kararla ne miktara hükmedildiğine göre değil; kararda geçen ve talebin kabul edilmeyen bölümünün belli bir miktarı geçip geçmemesine göre belirlenmelidir.

Mevzuatta her ne kadar “temyiz” ifadesi kullanılsa da uygulamada, Bölge Adliye Mahkemelerinin kurulması ile birlikte 20.07.2017 tarihinden itibaren söz konusu uyuşmazlıklar için istinaf kanun yoluna başvurulmaktaydı. Konuya ilişkin Yargıtay’ın vermiş olduğu kararlarda İtiraz Hakem Heyeti kararlarına karşı temyiz yoluna değil; öncelikle istinaf kanun yoluna başvurulması gerektiği ifade edilmekteydi.⁷⁶ Buna ilişkin olarak, iki dereceli yargılama sisteminin getirilerek denetim arttıkça daha az hatayla ve

daha adil kararların verileceğine ilişkin saikin bulunduğu ifade edilmiştir.⁷⁷

Yargıtay 17. Hukuk Dairesi’nin sigorta tahkim kararlarına karşı kanun yolu olarak “istinaf” kabul edilmesi gerektiğine ilişkin oluşturduğu içtihadı karşı Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin aksi yönde kararları⁷⁸ bulunmaktaydı. Bu tartışmalar, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu’nun 19/06/2020 tarih, 2019/4 Esas, 2020/1 sayılı kararı⁷⁹ netlik kazanmış olup Sigorta Tahkim Komisyonu kararlarına karşı başvurulacak kanun yolu temyiz olarak kabul edilmiştir.

Hakem kararlarının Yargıtay tarafından bozulması durumunda, eski hakemler veya Komisyon tarafından seçilecek yeni hakemler tarafından yargılama devam etmekte ve yeni bir tahkim süresi belirlenmektedir.⁸⁰ Hakemler bozma kararına karşı direnememektedirler.⁸¹

SONUÇ

Sigorta sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözümü için 5864 sayılı Sigortacılık Kanunu’nun 30. maddesi ile getirilen tahkim usulü, uyuşmazlıkların hızlı, basit ve alanında uzman kişilerce çözümlenmesini amaçlamaktadır.

Sigorta tahkiminin konusu, sigorta ettiren ve sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişiler ile riski üstlenen taraf arasında sigorta sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklardır. Bunun yanında ayrıca Güvence Hesabından yararlanan kişiler ve Hesap arasında doğan uyuşmazlıkların çözümü de sigorta tahkimine konu edilebilmektedir.

Sigorta tahkimi zorunlu bir tahkim olmayıp, iradi bir tahkim usulüdür. Tahkime başvurulması için taraflar arasında kurulan sözleşmede buna ilişkin bir şartın yer almasına gerek yoktur. Ancak sigortacılık yapan kuruluşun Sigorta Tahkim Komisyonuna üye olması gerekmektedir. Bu durum zorunlu sigortalar bakımından farklılık göstermektedir. Zorunlu sigortalardan doğan uyuşmazlıklar için tahkime başvurulması, sigortacılık yapan kuruluşun tahkim sistemine üye olmasına bağlı değildir.

Uyuşmazlık nedeniyle tahkime başvurulabilmesi için, tahkime gidilmeden

⁷³ Bkz. İstanbul BAM. 9. HD., T. 30.12.2019, E. 2019/3608, K. 2019/4111; “...5684 Sayılı Kanun’un 30/12. maddesine göre İtiraz Hakem Heyeti tarafından itiraz talebi hakkında işin heyete intikalden itibaren 2 ay içinde karar verilir. Somut uyuşmazlıkta itirazın, İtiraz Hakem Heyetine intikal tarihi olan 18/11/2018 tarihinden itibaren karar tarihine kadar Yasada öngörülen 2 aylık sürenin sürenin geçtiği, taraflarca hakeme ek süre verilmediği ve bu suretle hakemin tahkim süresi dolduktan sonra karar verdiği anlaşılmaktadır. Ayrıca dosyaya sunulan bilirkişi raporu ile davacı vekili tarafından verilen ıslah dilekçesi davalı tarafa tebliğ edilerek davalı tarafa cevap ve itiraz hakkı tanınmaksızın başvuru nihai karara bağlanmasının 5684 Sayılı Kanun’un 30/12. maddesinde belirtilen istisnai istinaf/temyiz hallerinden “hakemlerin, tarafların iddiaları hakkında karar vermemesi” hali gerçekleşmiştir. Bu durumda 5684 Sayılı Kanun’un 30/12. maddesinde belirtilen istisnai istinaf/temyiz hallerinden “hakemlerin tahkim süresinin sona ermesinden sonra karar verilmiş olması” hali ile “hakemlerin, tarafların iddiaları hakkında karar vermemesi” hali gerçekleştiğinden davalı vekilinin Uyuşmazlık Hakem kararını istinaf edebileceği kanaatine varılmıştır. Bu nedenle; davalı vekilinin istinaf başvurusunun kabulüne, 5684 Sayılı Kanun’un 30/12. maddesi ve HMK’nın 353/1-a-6 maddesi gereğince, Uyuşmazlık Hakemi kararının kaldırılmasına, dosyanın 5684 Sayılı Kanun’un 30/16. maddesi gereğince değerlendirme yapılarak yeniden karar verilmesi için Sigorta Tahkim Komisyonuna iade edilmek üzere Mahkemesine gönderilmesine karar verilmiştir...”. Kararın tamamı için bkz. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=isistanbulbam-9hd-2019-3608.htm&kw=2019/3608#fm> (çevrimiçi- 16.01.2023).

⁷⁴ ULAŞ, s.260.

⁷⁵ YEŞİLOVA ARAS, YEŞİLOVA, s.362

⁷⁶ Bkz. Yarg. 17. HD., T. 17.4.2018, E. 2018/1160, K. 2018/4233 www.kazanci.com.tr, E.T: 10.01.2023

⁷⁷ Bkz. Yarg. 17. HD., T. 25.3.2019, E. 2016/19028, K. 2019/3526, www.kazanci.com.tr E.T.:30.03.2020

⁷⁸ Bkz. Yargıtay 11. HD., T. 26.04. 2018, E. 2017/5281, K. 2018/3189, www.kazanci.com.tr E.T.: 03.12.2022

⁷⁹ Bkz. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=is-istanbulbam-9hd-2019-227.htm&kw=19/06/2020+2019/4+2020/1+fm> (çevrimiçi – 14.10.2020)

⁸⁰ Bozma üzerine yeni bir dava açılmış sayılmamakta, eski davanın devam ettiği kabul edilmektedir. Bu yönde bkz. ÖZTEK, s. 246-247.

⁸¹ Yarg. HGK., T. 25.01.2006, E. 2005/15-728, K. 2006/1; “HUMK’nun 429. maddesi (HMK m. 373/V) uyarınca direnme, ‘mahkemelere’ özgü bir hukuksal kurumdur... Kanunun tanımadığı bir hak ve yetkinin -değişik vasıflandırmalarla-hakemlerce kullanılabileceğini kabule olanak bulunmamaktadır. Uyuşmazlığa konu bu husus, daha önce de çeşitli vesilelerle yargı kararlarına konu olmuş; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun başta 07.11.1951 gün ve 274-1333 sayılı kararı olmak üzere 01.10.1969 gün ve 366-718 ve 24.04.1996 gün ve 1114-302 sayılı kararlarında ‘hakemlerin direnme kararı veremeyecekleri’ sonucuna ulaşılmış; halen bağlayıcılık etki ve gücünü koruyarak yürürlükte bulunan Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu’nun 23.10.1972 tarih 1972/2 E. 1972/12 K. sayılı kararı ile de ‘bozma kararlarına karşı hakemlerin direnme kararı veremeyeceği konusu’ kesin sonuca kavuşturulmuştur...”. Kararın tamamı için bkz. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=hgk-2005-15-728.htm&kw=25.01.2006+2006/1+fm> E.T.: 30.12.2022

önce, sigortacılık yapan kuruluşa başvurulması ve başvuruya ilişkin talebin kısmen veya tamamen reddedilmesi ya da sigortacının on beş iş günü içinde yazılı olarak cevap vermemiş olması gerekmektedir. Ayrıca uyuşmazlık hakkında mahkemeye, tahkime veya Tüketici Hakem Heyetine gidilmemiş olmalıdır. Bu şartların oluşması halinde sigorta tahkimine başvurulabilir.

Sigorta Tahkim Komisyonu'na yapılan başvurular kural olarak dosya üzerinden incelendiğinden başvuru sırasında istenen evrakların, eksiksiz bir şekilde komisyona iletilmelidir. Başvuru, ilk olarak raportör tarafından incelenmektedir. Raportör başvurunun şekli şartları taşıyıp taşımadığını kontrol ettikten sonra, dosya uyuşmazlığa bakacak hakeme tevdi edilmektedir. Uyuşmazlığa hangi hakemin bakacağı tarafların iradesine bırakılmamıştır. Komisyon uyuşmazlığa bakacak hakemi, hakem listesinden seçer.

Uyuşmazlığa bakacak hakem seçildikten sonra hakem, görevlendirildiği tarihten itibaren 4 ay içinde karar vermek zorundadır. Bu sürede uyuşmazlığı çözemediği takdirde, uyuşmazlık mahkeme tarafından çözülecektir. Ancak tarafların dört aylık sürenin uzatılmasına açık ve yazılı bir şekilde rıza göstermeleri halinde, süre uzatılabilecektir. Süre uzatımının, tahkim için öngörülen süre içinde yapılması gerekmektedir. Süre geçtikten sonra hakemlerin yapacakları işlemler geçersiz olacaktır.

Sigorta tahkim yargılamasına ilişkin SK m. 30/15'te hakemlerin, yalnızca evrak üzerinden inceleme yapabilecekleri düzenlenmiştir. Her ne kadar kanunda hakemlerin yalnızca dosya üzerinden inceleme yapıp karar verebilecekleri düzenlenmişse de, uygulamada hakemler dosyada eksik bilgi ve belge olması halinde eksikliğin tamamlanmasını taraflardan isteyebilmektedir. Ayrıca çözümü özel ve teknik bilgiyi gerektiren durumlarda bilirkişiye başvurabilmektedir. Yargıtay'ın yerleşik içtihadı ve öğretideki baskın görüş de bu yöndedir. Yargıtay, özellikle çözümü teknik bilgiyi gerektiren aktüerya hesaplamalarında bilirkişiden rapor alınması gerektiğini vurgulamaktadır.

Hakem veya hakem kurulu uyuşmazlığı karara bağladıkları takdirde görevleri sona ermektedir. Tek hakemin görevlendirildiği dosyada, hakem yaptığı inceleme ve değerlendirme sonucu bir karar verir. Hakem heyetinin görevlendirildiği dosyada karar çoğunluğa göre verilir. Hakem kararlarının gerekçeli olması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil, **Türk İdare Hukuku**, 14. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2021.
- ARAL ELDELEKLİOĞLU, İrem, **Şematik Sigorta Hukuku**, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- AYHAN, Rıza / ÇAĞLAR, Hayrettin / ÖZDAMAR, Mehmet, **Sigorta Hukuku Ders Kitabı**, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.
- BUDAK, Ali Cem, “Sigortacılıkta Tahkim Alanında Meydana Gelen Değişiklikler”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 14, 2016
- BUDAK, Ali Cem, “Sigortacılıkta Tahkim Sigortacılık Kanunu'nun 30. Maddesi, HMK'nın Yürürlüğe Girmesi ve 6327 Sayılı Kanun Değişikliğinden Sonra Nasıl yorumlanmalıdır?”, **Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi**, C. 2, S. 2, 2013, s. 53-69.
- CEBE, Mehmet Sinan, **Uygulamalı Sigorta Hukuku**, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.
- ÇAKAN, Oya, **Sigorta Tahkim Yargılaması ve Tahkime Elverişliliğin Değerlendirilmesi**, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- ÇEKER, Mustafa, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sigorta Hukuku**, 20. Baskı, Karahan Kitabevi, Adana 2019.
- ÇELİK, Çelik Ahmet, “Sigorta Anlaşmazlıklarında Tahkim Yolu”, <https://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/sigorta-anlasmazliklarinda-tahkim-yolu.htm> [E.T. 01.04.2022].
- ERDEMİR, Makbule Aymelek, **Sigorta Hukuku Uyuşmazlıklarında Tahkim**, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.
- GÜLHAN, Melisa, **Sigorta Sözleşmesini Sona Erdiren Haller**, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- GÜNAY, M. Barış, **Sigorta Hukuku**, Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- KABUKÇUOĞLU ÖZER, Fatma Dilek, **Sigortacılık Kanunu Şerhi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012.
- KARA, Hacı, **Sigorta Hukuku**, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.
- KARASU, Rauf, “Sigorta Tahkimi ile İlgili Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, C. 1, S. 26, 2016, s. 49-69 (Kıs. Sigorta Tahkimi).
- KARASU, Rauf, **Yargıtay ve Sigorta Tahkimi İtiraz Hakem Heyeti Kararları Işığında Karayolları Zorunlu Malî Sorumluluk Sigortası (Trafik Sigortası)**, Yetkin Yayınları, Ankara 2016 (Kıs. Trafik Sigortası).
- KARAYAZGAN, Ahmet, “Sigorta Uyuşmazlıklarında Alternatif Çözüm Yolları”, Ed. TOPALOĞLU, Mustafa / DİNÇ, Mutlu, **Sigorta Davaları**, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 1595-1662.
- KAYIHAN, Şaban / GÜNGERÖK, Özcan, **Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri**, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, Umuttepe Hukuk Yayınları, 2021.
- KAYIHAN, Şaban / SELANİK, Atakan Adem, **Sigorta Hukukunda Alternatif Çözüm**

Yolları ve Tahkim Usulü, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.

KESKİN, Fikri Tunç, **Uygulamada Sigorta Hukuku**, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.

KONCA KURT, Nesibe, “Sigorta Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü”, **Prof. Dr. Fırat ÖZTAN’a Armağan**, C. 1, Ankara 2010, s. 1343-1365.

KOZANHAN, Ayşe Elçin, Sigortacılıkta Tahkimde Yargılama Usulü, **Kadir Has Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, İstanbul 2019.

ÖZCAN, Erkan, **Sigorta Tahkim Komisyonu Nezdinde Tahkim Uygulaması**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2014.

ÖZDAMAR, Mehmet / DOĞAN, Burak, **Sigorta Hukuku**, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.

ÖZDAMAR, Mehmet, “Sigorta Hukukunda Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim Sistemi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 17, S. 1-2, 2013, s. 831-856.

ÖZTEK, Selçuk, “Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Yönünden Sigortacılıkta Tahkime Bakış”, **Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Dergisi**, S. 13, 2009, s. 221-249.

SEVEN, Vural, “Mahkemeye – Tahkime Başvurmadan Önce Sigorta Şirketine Başvuru Zorunluluğu”, **İzmir Barosu Dergisi**, C. 83, S. 2, 2018, s. 94-129.

ŞAHİN, Meltem, Sigorta Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü, **İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, İstanbul 2021.

TAN, Turgut, **İdare Hukuku**, Güncelleştirilmiş 9. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2020.

TAŞBAŞI, İbrahim, “Sigorta Tahkim Komisyonu’nun Görev Alanı”, **Türkiye Sigorta Birliği Dergisi**, S. 38, Ekim-Aralık 2014, s. 31-35.

TEPEDELEN, Zekeriya, Zorunlu Sigortalarda Güvence Hesabı, **Hasan Kalyoncu Üniversitesi, Sosyal Bilimler Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi**, Gaziantep 2016.

ULAŞ, Işıl, “Sigortacılıkta Tahkim”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. 24, S. 2, Aralık 2007, s. 239-266.

VURALOĞLU SEMERCİ, Tuğba, “5684 Sayılı Sigortacılık Kanunu’nda Yer Alan tahkim Hükümleri ile 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’ndaki Tahkim Hükümlerinin Karşılaştırılması”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 13, S. 2, 2016, s. 269-312.

YAŞAR, Tuğçe Nimet, “Sigorta Hukukunda Tahkim”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, S. 36, 2018, s. 211-240.

YEŞİLOVAARAS, Ecehan / YEŞİLOVA, Bilgehan, “Sigortacılık Tahkimi- Sigorta Tahkim Usulü ve Ayırt edici Özellikleri”, **Yaşar Üniversitesi E- Dergisi, Aydın Zevkliler’e Armağan**, S. 8, 2013, s. 275-380.

YILDIZ, Habib, “Sigorta Tahkim Yargılaması Usulü”, **Yorum-Yönetim-Yöntem Uluslararası Yönetim-Ekonomi ve Felsefe Dergisi**, C. 6, S. 1, s. 1-6

YILMAZ, Zekeriya, “Sigortacılık Kanunu’na Göre Sigortacılıkta Tahkim”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 3, S. 17, 2008, s. 37

GEÇİCİ KORUMA STATÜSÜNÜN NİTELİĞİ

Kübra Şahin

İstanbul Bilgi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İnsan Hakları Hukuku, 2019
Mersin Çağ Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Uluslararası İlişkiler ve Küreselleşme, 2021

GİRİŞ

Türkiye, Asya, Avrupa ve Afrika kıtaları arasında köprü konumunda olan bir ülke olduğundan ve bu üç bölgenin birbirine en yakın olduğu yerde bulunduğundan ayrıca konum olarak ekonomik bakımdan zengin olan Avrupa ülkelerine yakın bir ülke olmasının avantaj ve dezavantajları arasında kaldığından uzun yıllar boyunca hem göç veren hem göç alan bir ülke konumunda olmuştur fakat son yıllarda yaşanan savaşa bakıldığında ve Türkiye’nin insani yaklaşımı göz önünde bulundurulduğunda, Türkiye artık geçiş bölgesi olmaktan ziyade hedef bölge konumuna girmiştir.

2010 Arap Baharı ve Mart 2011’de başlayan Suriye kriziyle birlikte Türkiye Ortadoğu’dan gelen kitlesel insan akınıyla karşı karşıya kalmış ve bu duruma hem ülkeler arası hem kendi mevzuatında çözüm yolu bulmaya çalışmıştır. Dolayısıyla mültecilik ve sığınma kavramları, 2. Dünya Savaşı’ndan sonra ve özellikle 2000’li yılların başından itibaren çokça duyulan kavramlar arasında yer almaya başlamıştır. Bunun sebebi ise transit ülke olmaktan zamanla çıkıp hedef ülke olma konumuna gelen Türkiye’nin göç politikasında meydana gelen değişikliklerdir.

Göç süresi, yapısı ve nedeni ne olursa olsun insanların yer değiştirdiği nüfus hareketleridir. Buna mülteciler, yerinden edilmiş kişiler, yerinden çıkarılmış kişiler ve ekonomik göçmenler de dahildir. Kısaca göç, temelde bireylerin daha sağlıklı daha güvenli dolayısıyla yaşam standartlarını üst seviyeye taşıyabilmeleri adına, insan onur ve haysiyetine yakışır bir yaşam sürdürmenin umuduyla gerçekleştirdikleri bir eylemdir.

Gönüllü göç etmenin yani sıra mecburi göç etme olgusu da söz konusudur ki bu mecburiyet bireylere kendilerini güvende hissetmelerini sağlayacak olan sığınma hakkını tanımaktadır. Sığınma hakkı ise kişilerin temel haklarının, vatandaşı olduğu devlet tarafından korunmaması ya da ihlal edilmesi durumunda başka bir devletten koruma talep etmesidir. Sığınma hakkı, uluslararası korumanın temel gerekçesi olsa da kalıcı değil geçici çözüm yoludur.

Buradan yola çıkarak uluslararası koruma kapsamında mültecilik, şartlı mültecilik ve ikincil koruma statüleri ile uluslararası koruma olmayan fakat bir statü olarak bilinen geçici koruma statüsüne değinmek gerekmektedir. Bu çalışma, bu amaçla yapılarak uluslararası koruma türlerinden biri olmayan ve ayrı bir yasal düzenlemeyle mevzuata dahil edilen geçici koruma statüsünün niteliğini daha iyi anlamak ve anlatabilmek adına yapılmak istenmektedir.

ULUSLARARASI KORUMA TÜRLERİ

1.1. Mülteci

Türkiye'nin taraf olduğu 1951 Cenevre Konvansiyonu'nun 1. maddesinin 2. paragrafında mülteci tanımı yapılmıştır. Konvansiyon tanımına göre; 1 Ocak 1951'den önce meydana gelen olaylar sonucunda ırkı, dini görüşü, uyruğu, toplumsal bir gruba mensubiyeti¹ veya siyasi düşünceleri sebebiyle zulme uğrama korkusu taşıması ile birlikte bu korkunun haklı sebeplere dayanması, vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunması ve bu ülkenin korumasından yararlanmaması ya da taşıdığı korku sebebiyle yararlanmak istememesi durumlarında veyahut tabiiyeti yoksa yani vatansızsa ve bu tür olaylar sonucunda önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunuyorsa ve taşıdığı korku sebebiyle ikamet ülkesine dönemiyor ya da dönmek istemiyorsa şahsa mülteci statüsü verilir.² Bu durumda Konvansiyon'a göre mülteci statüsü almak isteyen bir kimsenin bu statüyü alabilmesinin gereklerinden ilki, Konvansiyon metninde sayılan ilk beş kriterden birini sağlıyor olmasıdır.

Tanımın, 1 Ocak 1951'den önce meydana gelen olaylar ile başlaması Cenevre Konvansiyonu'nun aslında 2. Dünya Savaşı sonrası yerlerinden edilen insanların uluslararası korumadaki statüsünü belirlemek için kaleme alındığının göstergesidir. Tanımda, mülteci statüsü alabilmek için beş temel koşul sıralanmıştır. Bu koşullara bağlı gerekçenin dayanağı olan zulüm korkusu, haklı sebeplere bağlanmalıdır. Bireyin mülteci statüsü alabilmesi, bunlarla birlikte ülkesi dışında bulunması ve ülkesinin korumasından bir şekilde ve bir sebeple yararlanamamasını gerektirmektedir. Konvansiyon, ilk yapıldığı haliyle temel iki sınırlama ile uygulanmaktaydı. Bunlar zaman ve coğrafi alan sınırlamasıydı. Coğrafi sınırlama koşulu, olayların Avrupa'da meydana gelmesini; zaman sınırlaması koşulu ise söz konusu olayların 1 Ocak 1951'den önce meydana gelmesini kapsamaktaydı.

Fakat 1967 Protokolü ile *"1 Ocak 1951'den önce meydana gelen olaylar"* ve *"söz konusu olaylar sonucunda"* ifadeleri Konvansiyon metninden çıkarılmıştır. Böylelikle Konvansiyon'un, zaman sınırlaması olmaksızın uygulanmaya devam edeceği belirtilmiş oluyordu. New York Protokolü olarak da anılan 1967 Protokolü ile zaman sınırlaması olmaksızın Konvansiyon maddesi 1/2 kapsamına giren tüm kişilere uygulanacaktır. Konvansiyon'a taraf olan her devlet, Protokol'e de taraf olmuş kabul edilecektir. Protokol ile zaman sınırlaması ortadan kalmış fakat coğrafi sınırlama ülkelerin kendi inisiyatifine bırakmıştır. Türkiye ise şu anda bir kaç ülke ile birlikte coğrafi kısıtlama şartını uygulamaktadır. Türkiye'nin bu tutumu özellikle Suriyelilere tanınacak statü konusunda, son yıllarda daha fazla gündeme gelmektedir.

Türkiye, Avrupa Birliği(AB)'de dahil olmak üzere AB gibi uluslararası kuruluşların talepleri ve kendi hukukunda da ihtiyaç duyması doğrultusunda özellikle 2011 yılı sonrasında mülteciler ve sığınmacılar konusunda, Göç İdaresi Genel Müdürlüğü kurulmasını da sağlayan ilk kapsamlı yasal düzenlemeyi Yabancılar ve Uluslararası

¹ Türk Dil Kurumu(TDK), mensubiyet sözcüğünü bir kimseye veya bir şeye bağlı olma, bağımlılık olarak açıklamaktadır. Yine benzer bir tanımla mensubiyet, bir kuruluşla, bir toplulukla ya da bir kimseyle bağımlı, ilişkili olma durumu şeklinde açıklanmaktadır.

² 28 Temmuz 1951 Sözleşmesi olarak bilinmektedir. Madde1/2 de mülteci tanımı mevcuttur.

Koruma Kanunu(YUKK)³ ile gerçekleştirmiş bulunmaktadır.

YUKK, mülteci tanımını Cenevre Konvansiyonu'na benzer şekilde yapmaktadır. YUKK, madde 61'de mülteci tanımını yapmakta ve bu maddeye göre bireyin mülteci olarak anılabilmesini, 1951 Cenevre Konvansiyonu'nda olduğu gibi belirli şartlara ve bununla beraber coğrafi sınırlamaya bağlamaktadır.

Kanun maddesinin mülteci statüsü almaya coğrafi sınırlama olarak getirdiği Avrupa ülkesi olma şartı ise Avrupa Konseyi olan ülkelerle Bakanlar Kurulunca belirlenecek olan diğer ülkeleri kapsamaktadır.

YUKK'ya göre bireyin mülteci olarak anılabilmesi, temel olarak olayın Avrupa ülkelerinden⁴ birinde gerçekleşmesi, kişinin ırkından, dininden, tabiiyetinden, belli bir toplumsal gruba mensubiyetinden ya da siyasi düşüncesinden dolayı zulüm korkusu taşıması ve zulüm korkusunun haklı bir dayanağının olması, ülkesi dışına çıkmış olması, ülkesinin diplomatik himayesinden yararlanmaması ya da söz konusu korku sebebiyle yararlanmak istememesini gerektirmektedir.

1.2. Şartlı Mülteci

Türkiye'nin, 1951 Cenevre Konvansiyonu'na coğrafi kısıtlama koymasından dolayı Avrupa dışından gelen ve sığınma talep edenler için YUKK'nın yürürlüğe girmesinden önce sığınmacı⁵ kavramı kullanılmaktaydı.⁶

YUKK, madde 62 ile şartlı mülteci tanımını, 61. maddedeki mülteci tanımına benzer şekilde yapmakta, sadece Avrupa ülkesi dışında gelişen olaylar sonucuna bağlamakta ve buna ek olarak güvenli üçüncü ülke bulana kadar Türkiye'de ikamet etme koşuluyla bir bireye şartlı mülteci statüsünü verilebileceğini açıklamaktadır.

Aynı şekilde kanun ırkı, dini, tabiiyeti, belli toplumsal gruba mensubiyeti ya da siyasi düşünceleri sebebiyle zulme uğramaktan haklı gerekçeyle korktuğu için ülkesinden ayrılan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan ya da söz konusu korku gerekçesiyle yararlanmak istemeyen yabancıya veya ikamet ülkesine dönemeyen ya da dönmek istemeyen vatansız verilecek statünün şartlı mülteci statüsü olduğunu belirtmektedir.

YUKK'ya göre mülteci ve şartlı mülteci statüleri arasındaki ilk fark Avrupa ülkelerinde ya da Avrupa dışı ülkelerde yaşanan olayları kapsamaması yani coğrafi sınırlamaya sahip olunması, ikinci fark ise şartlı mültecinin güvenli üçüncü ülke bulana kadar Türkiye'de ikamet etmesine izin verilmesidir. Türkiye, Cenevre Konvansiyonu'yla coğrafi sınırlama şartını devam ettirdiği için uluslararası hukukta mülteci ve şartlı mülteci tanımları sorun teşkil etmemektedir. Fakat coğrafi sınırlama ile statü belirlenmesi, Türkiye açısından özellikle son dönemde Suriye krizinden kaçıp ülkeye gelen insanlar göz önünde bulundurulduğunda sorun teşkil edebilmektedir.

³ YUKK, 10/4/2013 tarihinde Cumhurbaşkanı Abdullah Gül tarafından onaylanmış, 6458 sayılı kanun numarası, 4/4/2013 kabul tarihi ve Resmi Gazete'de 11/4/2013 yayımlanma tarihi ile kabul edilmiştir.

⁴ Avrupa ülkesi olma şartı, YUKK, Madde 3/1'in (c) bendinde açıklamıştır.

⁵ Ekşi, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, 5. Baskı, İstanbul 2018, s.148.

⁶ Ekşi, AİHM Abdolkhani ve Karimnia- Türkiye Davası, Mülteci ve Sığınmacı Hukuku Açısından Değerlendirme, Beta Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2010, s.53

1.3. İkincil Koruma

YUKK'nın 63. maddesinde ikincil koruma kapsamına giren yabancıların koşulları belirtilmiştir. Bu kanuna göre; bir kimse mülteci ya da şartlı mülteci olarak statü alamıyorsa gerekli koşulları sağladığı takdirde ikincil koruma statüsü alabilir. Kanun metnine göre bir kimsenin bu statüyü alabilmesi, menşe ülkesine ya da ikamet ülkesine geri gönderilmesi durumunda yani öncelikle söz konusu ülkenin sınırları dışında bulunmasına ve söz konusu ülkeye gönderilmesi durumunda, ölüm cezasıyla cezalandırılmasına ya da kesinleşmiş ölüm cezasının infazıyla karşılaşacak olmasına; insan onuruyla bağdaşmayacak ceza ya da muameleye maruz kalmasına ve asıl tartışılması gereken kısım uluslararası çapta veya ülke içinde gerçekleşen silahlı çatışmalarda "ayırım gözetmeyen şahsına yönelik şiddet hareketleriyle" karşı karşıya kalmasına ve söz konusu ülkenin diplomatik korumasından yararlanamamasına ya da yararlanmak istememesine bağlanmaktadır.

Bir saldırının ayırım gözetmeyecek şekilde olması demek bütün herkese uygulanıyor olması demek iken, şahsına yönelik olması demek ise sadece bireyin kendini baz alan bir şiddet unsuruna maruz kalması anlamına gelmekte ve bu iki farklı durumun tek bir maddede uygulanabilmesi ise bu durumda çelişki oluşturmaktadır. İkincil koruma statüsüne örnek olarak, bazı İslam ülkelerinde uygulanan kadın sünnetinden kaçarak Türkiye'ye gelen kadınlar verilebilir.

GEÇİCİ KORUMA STATÜSÜ

2.1. Yabancı Tanımı

Devletler Hukuku Enstitüsü'nün 1982 tarihli Cenevre Toplantısı'nda kabul edilen yabancı tanımı "*bir devletin ülkesinde bulunup, o devletin uyrukluğunu iddiaya hakkı olmayan kimse*" şeklindedir.⁷ Bu tanımda dikkat çeken kısım yabancı kavramının uyrukluluk koşuluna bağlılığıdır. Türk Hukukunda ise belli bir yabancı tanımı ilk olarak Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun'da (YÇİHK, 4817 kanun numarası, 27/2/2003 kabul tarihi ve Resmi Gazete'de 6/3/2003 yayımlanma tarihi ile kabul edilmiştir.) yapılmıştır ve bu tanıma göre yabancı "403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'na göre Türk vatandaşı sayılamayan kişi" şeklindedir. 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu ise yabancıyı, "*Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile vatandaşlık bağı bulunmayan kişi*" şeklinde tanımlamaktadır (5901 kanun numarası, 25/5/2009 kabul tarihi ve Resmi Gazete'de 12/6/2009 yayımlanma tarihi ile kabul edilmiştir.).

Son yıllarda Türkiye, savaştan, yoksulluktan ve zulümden kaçan yabancıların en çok tercih ettiği ülkeler arasında yer almaktadır. Özellikle 2011 yılı itibariyle Suriyeli halk, kendi ülkelerinden komşu ülkelere yasal olan ya da yasal olmayan yollarla, güvenli üçüncü ülke bulmak ümidiyle geçiş yapmaya başlamıştır.

2.2. Geçici Koruma

Türkiye, yabancılar statü vermek ve bu statülerin tanınması konusunda genellikle karmaşanın yaşandığı bir ülke olmuştur. 1951 Cenevre Konvansiyonu'na taraf olduğu andan itibaren zaman kısıtlamasının ortadan kalkmasını fakat hali hazırda coğrafi kısıtlamanın

devam etmesini kabul etmesiyle bu karmaşıklığın Türkiye'de devam edeceği kesindir.

Amerika Birleşik Devletleri (ABD), 1991 yılında Kuzey Irak'ın kuzeyini özerkleştirmek amacıyla işgal etmiş ve bu savaştan kaçan bireyler Türk Hükümetinin kapısına dayanmıştır. Konum itibariyle de göç dalgalarıyla sürekli karşı karşıya kalan Türk Hükümeti Devleti bu işgalle birlikte toplu sığınma talepleriyle karşılaşmış ve bu durumu esas alarak yasal düzenlemeye gidip 1994 İltica ve Sığınma Yönetmeliğini (R.G. 30/11/1994, 22127) düzenlemiş ve uygulamaya geçirmiştir. Bu Yönetmelikte mülteci ve sığınmacı kavramlarına yer verilmiştir. Fakat Avrupa Birliği (AB) üyelik sürecinde ilgili mevzuatın AB müktesebatına uygun olması gerekliliğinden dolayı Türkiye yeniden yasal düzenlemeye giderek 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (YUKK, R.G. 11/04/2013, 28615) kabul etmiştir.

Geçici koruma uygulaması ise ilk olarak 1990'lı yıllarda Yugoslavya'nın dağılması sırasında yaşanan savaşla birlikte uluslararası toplumun gündemine girmiştir. Yaşanan savaşlardan ve etnik temizliğe yönelik uygulamalardan kaçan insanların komşu ülkelere sığınması üzerine Avrupa Birliği Konseyi, 2001'de Geçici Koruma Yönergesi'ni (Temporary Protection Directive) kabul etmiştir.⁸ Türk Mevzuatında YUKK'nun 91. maddesi ile geçici koruma açıklanmıştır. Bununla beraber Bakanlar Kurulu tarafından hazırlanan 2014 yılının son aylarında Geçici Koruma Yönetmeliği yürürlüğe girmiştir (R.G. 22/10/2014). Suriye'de 15 Mart 2011'de başlayan rejim karşıtı gösterilerin bir iç savaşa dönüşmesiyle Türkiye sınırlarına gelen ve sınırları geçen Suriyeli halk da Geçici Koruma Yönetmeliği kapsamına dahil edilmiştir. Bulundukları bölgede yaşadıkları insanlık dışı muameleden ve maddi manevi kayıplarından dolayı, bu bölgeden bireysel olarak değil bir süre sonra akın halinde ayrılan Suriyelilere karşı oluşturulan koruma türü de geçici korumadır. YUKK madde 91'e göre; bir kimseye geçici koruma statüsünün verilebilmesi için ülkesinden ayrılmaya zorlanmış olması, zorla ayrıldığı ülkeye geri dönemeyecek olması, acil olarak geçici korunma talebinin olması şartlarıyla birlikte kitlesel olarak sınırlarımıza gelmesi veya sınırlarımızın geçilmesi koşulu gerekmektedir.

YUKK, ülkelerinden bir sebeple ayrılmış yabancılara sağlanacak korumayı ve bu koruma kapsamında yasal olarak hareket edilmesi gereken düzeni ve bununla beraber yabancıların Türkiye'ye girişlerini, Türkiye'deki ikametlerini, Türkiye'den çıkmaları söz konusu olduğunda yasal olarak nasıl hareket edilmesi gerektiğini maddelerle açıklayan kanundur.

Geçici Koruma Yönetmeliği ise sınırlarımıza gelen ya da sınırlarımızı yasal ya da yasal olmayan yolla geçen, temelde kitlesel hareketleri baz alan, acil ve geçici koruma arayan, kitlesel olarak geldikleri için uluslararası koruma talepleri bireysel olarak değerlendirilemeyen bireylere, 4/4/2013 tarihli ve 6458 sayılı YUKK'nın 91 inci maddesi kapsamında usul ve esasların belirtildiği, tanınacak hakları ifade eden yönetmektir.

YUKK'dan sonra yürürlüğe giren Geçici Koruma Yönetmeliği, BMMYK ve IOM desteğiyle oluşturulan ve sığınmacıların hakları konusunda önem arz eden bir yönetmektir. Bu Yönetmeliğin, geçici korumanın süresi, bu süre sonunda geçici koruma altına alınanlara belirlenecek olan statünün türü, geçici korunanların yararlanacağı haklar olmak üzere çeşitli

Aybay, Yabancılar Hukuku, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 3. Baskı, İstanbul 2010, s.12-13

⁸ İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2 (1), Bahar 2015, s.13.

konulara açıklık getirmesi beklenirken, Yönetmelik bir çok soruya yanıt verememektedir.

YUKK, uluslararası koruma türlerini bu durumda üç türe ayırmış bulunmaktadır; bunlar mülteci, şartlı mülteci ve ikincil koruma statüleridir. Bu durumda geçici koruma sağlanan bireyler uluslararası koruma statüsü altında değildirler ve onlara tamamen misafir gözüyle ve Yönetmeliğin adından da anlaşılacağı üzere geçici olarak bakılmaktadır.

Türk Hükümeti Suriye’de devam eden savaşın uzun sürmeyeceğini düşünerek Suriyeli halkı geçici olarak görmekteydi fakat savaşın uzunluğu ve yerlerinden edilen insan sayısının çokluğu Suriyeli halka bakış açısını geçici olmaktan çıkarmaktadır.

Suriyeli halkın yaşadığı bu durumun sonucunda oluşan göç hareketini, BMMYK ‘yakın tarihte görülen en büyük göç dalgası’ olarak nitelemektedir.⁹ Benzer şekilde, BM Mülteciler Yüksek Komiseri tarafından çağımızın en büyük insani acil durumu olarak nitelendirilen bu durumun, sadece Türkiye’nin ve komşu ülkelerin sorumluluk almasıyla çözümlenecek bir durum olmadığını kabul etmek, dünya ülkelerinin de bu insanlık dışı duruma sessiz kalmamalarının ve hatta Birleşmiş Milletlerin de daha fazla çaba göstermesi gerektiğinin altını bir kez daha çizmek gerekmektedir.¹⁰

2011’den bu yana Türkiye’ye yoğun şekilde gelen Suriyeliler için sağlanan koruma türünü mülteci, şartlı mülteci ya da ikincil koruma olarak ele almak yanlış olacaktır. Suriyeliler için sağlanan yasal dayanak geçici koruma statüsüdür. Geçici korumadan söz edebilmek için kitlesel akından söz edebilmek gerekmektedir. Mülteci, şartlı mülteci ve ikincil koruma statülerini geçici koruma statüsünden ayıran farklardan ilki sayılan ilk üç statü türünün uluslararası düzeyde koruma sağlaması fakat geçici koruma statüsünün böyle bir geçerliliğinin olmamasıdır. İkinci fark ise diğer statü türleri bireysel başvuruyu esas almakta geçici koruma statüsü ise kitlesel akın olması durumunda söz konusu olmaktadır. Tanımda da kitlesel akın döneminde bireysel olarak başvuruları alınamayan ibaresi açıkça durumun böyle olduğunu söylemektedir.

2.3. Geçici Korunan ve Kitlesel Akın

Yönetmeliğin “Tanımlar” başlıklı 3. maddesinde “geçici koruma”, “geçici korunan” ve bu statünün uygulamaya konulduğu “kitlesel akın” kavramları tanımlanmıştır. Geçici koruma sağlanan yabancıya “geçici korunan” tanımı yapılmıştır. Söz konusu maddede kitlesel akın” kavramı da açıklanmış ve bu kavram, aynı ülkeden veya coğrafi bölgeden kısa bir süre içerisinde ve yüksek sayılarda gerçekleşen ve söz konusu sayılar sebebiyle bireysel olarak uluslararası koruma statüsü belirleme işlemlerinin usulen uygulanabilir olmadığı durumları ifade etmektedir.

2.4. Geçici Korumanın Etki Alanındaki Yabancılar

Geçici korumadan yararlanabilmek Yönetmelik md. 7’de belirtilmiş olup esasında belirli temel şartlara bağlanmaktadır. Bunlardan ilki kişinin/ kişilerin ülkesinden ayrılmaya mecbur bırakılmış ve ülkesine geri dönemeyecek olması şartıdır. Yönetmelik, ikinci olarak

⁹ Erdoğan, Türkiye’deki Suriyeliler, Toplumsal Kabul ve Uyum, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2018, s.1

¹⁰ UNCHR, <http://www.unhcr.org.tr/?content=581> (Erişim Tarihi: 30 Ağustos 22).

acil ve geçici koruma sağlanması amacıyla hareket ederek Türkiye’ye sığınma talebinde bulunmuş olma şartını koşul görmekte ve bunu kitlesel akınla ya da kitlesel akın döneminde sınırlarımıza gelenlere sağlamaktadır.

Geçici korumadan yararlanma şartları gibi yararlanamama şartları da söz konudur. Yönetmelik md. 8, geçici koruma kapsamına dahil edilemeyecek yabancıların durumlarını düzenlemektedir. Bunlardan bazıları; “barışa ve insanlığa karşı suç işleyenler; terör eylemlerini gerçekleştiren, planlayan ya da bu eylemlere katılanlar; milli güvenlik, kamu düzeni veya kamu güvenliği açısından tehlike oluşturanlar; Türkiye’de işlenmesi hâlinde hapis cezası verilmesi gereken suç veya suçları daha önceden işleyen ve bu suçun cezasını çekmemek için menşe veya ikamet ülkesini terk edenler; Türk Ceza Kanunu’nda düzenlenen devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk suçlarından birini işleyenler” şeklindedir.

2.5. Kayıtlanma Sorunu

Türkiye ile Suriye 911 km’lik sınır şeridinde sahip iki komşu ülkedir. Suriye’de 2011’den bu yana devam eden iç savaş, kontrollü geçişler dışında kontrolsüz geçişleri de beraberinde getirmiştir. Yaşanan bu iç çatışmanın bu kadar uzun süreceği ön görülemediğinden, Suriye halkının ülkelerine her an dönebilirler düşüncesiyle hareket edilmesinden kaynaklı, Suriye meselesi Türkiye açısından da beklenmedik bir sorun olarak karşılanmaktadır.

BMMYK’nin desteğiyle 20 Aralık 2013 itibarıyla Türkiye’ye gelen Suriyelilerin en azından bir kısmı kayıt altına alınabilmiştir. Yabancıların kayıt altında bulunmaları önemli bir konudur çünkü Yönetmelik’te belirtilen haklardan yararlanma durumu kayıt şartına bağlanmaktadır. Kamplarda kalan Suriyelilerin kayıt işlemleri Türkiye Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı’nın (AFAD) sorumluluğu altındaki kamplarda Göç İdaresi Genel Müdürlüğü görevlilerince gerçekleştirilmektedir.¹¹

2.6. Geçici Korumanın Sonlanması

Yönetmeliğin dördüncü bölümü geçici koruma kararının alınması ve sona ermesine dair hükümleri içermektedir. Geçici korumanın başlanması gibi sonlanması da mümkündür. Geçici koruma Bakanlık teklifiyle Bakanlar Kurulu’nun kararıyla başlamaktadır ve yine aynı şekilde Bakanlık teklifiyle Bakanlar Kurulu tarafından sonlandırılmaktadır.

2.7. Geri Gönderme Yasağı

Tunus’ta 2010 yılında başlayan ve diğer Ortadoğu ülkelerine sıçrayan daha sonra 2011 yılının mart ayında Suriye’ye geçen iktidara karşı hak arama talebi kısa sürede farklı siyasi ve ideolojik grupların hatta farklı ülkelerin etkisiyle büyüyen çok derin bir iç savaşa dönüşmüştür. Ülkelerinde gayriinsani muameleye maruz kalan halka ülke kapılarımızı açmamız kaçınılmaz olmuştur. Geçici koruma kapsamına giren hiç kimsenin işkence, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muamele göreceği veya ırk, din, tabiiyet, belli toplumsal gruba mensubiyet veya siyasi fikirleri doğrultusunda hayatı ve özgürlüğünün tehlike altında bir yere gönderilemeyeceği Yönetmelik m. 6 da açıklanmıştır.

¹¹ Erdoğan, Türkiye’deki Suriyeliler, s.65.

SONUÇ

İçişleri Bakanlığı Göç İdaresi Genel Müdürlüğü 19 Ocak 2023 tarihi itibarıyla Türkiye’de biyometrik verilerle kayıt altına alınan Suriyeli sayısının 3.513.776 olduğunu açıklamıştır. Türkiye, her zaman olduğu gibi özellikle yaşadıkları iç savaş sebebiyle Nisan 2011 tarihi itibarıyla Suriyeli halka kapılarını açmıştır. Türk Hükümeti, Suriye’deki bu iç krizin kısa zamanda sonlanacağını ümit ederek ve düşünerek, Suriye siyasi rejimi ile görüşmeler yaparak bir çözüm üretme ya da çözüm yolu bulma çabasına girmiştir. Esad rejiminin Sünni halkın kökünü kazımak olarak nitelendirdiği ve uygulamaya geçirdiği insanlık dışı muamelenin devam ettiğinin görülmesi üzerine Türk Hükümeti, 2011 yılının sonuna gelindiğinde, ağırlığını tamamen Suriye muhalefetinden yana koymuş ve sonrasında kurulan Suriye Ulusal Koalisyonu’nu Suriye halkının temsilcisi olarak kabul etmiştir.¹² Fakat ilerleyen süreçlerden anlaşıldığı üzere bu krizin geçici değil kalıcı olduğu ve etkisinin de devam edeceğinin anlaşılmasının üzerine hızlıca yasal düzenlemeler yapma yoluna başvurulmuştur.

Türk Hükümeti gibi Suriyeli halk da bu savaşın yılları kapsayacağını kesinlikle ön görmemiştir. Başlangıçta ülke içinde yer değiştirme fikri sonraki dönemlerde yerini ülke dışı göçe bırakmıştır. 8. yılını yaşayan bu savaş Suriye’de yerleşimi tamamen bozmuş ve ülkeyi tamiri zor ve çok uzun yılları kapsayacak bir hale dönüştürmüştür. Dolayısıyla Suriyeli halk yeni bir düzene alışmaya başladıktan sonra eski haline gelmesi yıllar alacak bir ülkeye dönmeyi haklı olarak isteyebilmektedir. Ciddi bir travmanın etkisinden kurtulmak da kolay olmayacak ve bu travmanın yaşandığı bölgeye gitme isteği en azından belirli bir Suriyeli kesim için mümkün olmayacaktır. Fakat Suriye’de yaşanan durumun çözüme kavuşturulması için insani değerlerini kaybetmemiş her ülkenin gereken desteği sağlamasıyla Suriyeli halkın özgürlük ve güvenliği sağlanarak kendi topraklarına gönüllü geri dönüşleri de sağlanabilir. Bu durum hem Suriyeli halkı kabul eden tüm ülkeler için hem kabul eden ülke vatandaşları için maddi manevi kolaylık sağlayacaktır. Bu da ayrı bir çözüm yoludur belki de gereken çözüm yoludur. Şu da bir gerçektir ki Suriyeli halkın yaşadığı bu durum Türkiye için de bir travma olmuştur. 2011 yılında 911 km’lik Türkiye-Suriye sınırına gelen ve hatta sınırı geçen savaştan, ölümden, yoksulluktan, hak ihlallerinden kaçan halkı kucaklarken bunu yasal dayanağına oturtmak da kolay olmayacaktı. Eğitimleri, sağlık sorunları, sosyal güvenceleri, barınmaları, kayıt altına alınmaları, dil problemleri bunların hepsi yasal bir temele dayanmalıydı. Bütün bunlarla birlikte 11 yıl geride kaldı.

Geçici koruma altına alınan bireyler için şu an tartışılabilir en temel sorun ise uluslararası koruma altında tanımlanan bir statüye sahip olmamalarıdır. Geçici Koruma Yönetmeliği özellikle Suriyeli bireylere geçici koruma statüsü tanımaktadır. Fakat bu statü diğer uluslararası koruma sağlayacak statüler gibi bir statü özelliği taşımamaktadır. Özellikle Suriyeli halk için bazen mülteci bazen sığınmacı kavramları kullanılmaktadır. Fakat Suriyeli halk bu iki kategoride de değildir. Suriyelilere mülteci ya da şartlı mülteci statüsünün verilmemesinin nedeni ise coğrafi sınırlama ile ilgili bir durum olmamakta, yoğun halde artan Suriyeli nüfusun bir gün kendi ülkelerine dönecekleri inancıyla hareket

edilmesindendir. Suriyelilerin geçici değil uzun bir süre daha kalıcı oldukları kabul edilip daha sağlam bir yasal düzenleme yapılması durumunda, Suriyeli halkın kendilerini bekleyen süreci öngörmeleri mümkün olabilecektir. Bu yasal düzenleme Türk halkı içinde birçok soruya cevap olabilecek nitelikte olmalıdır. Hem Türk halkı hem de geçici korunanlar için ince düşünülmüş yasal bir düzenleme her iki grup içinde rahatlatıcı olmalıdır ve içinde hukuki boşluk yok denecek kadar az olmalı hatta olmamalıdır.

Kirişçi, Suriyelilere yönelik çözüm yolunun aşamalı olduğunu savunmaktadır. Çözüm yollarından ilki, artık Suriyeli halka geçici gözüyle bakılmaması gerektiği, misafir muamelesinin yapılmaması, uzunca bir müddet ve daha sonrası için kalıcı gözüyle bakılması ve onların yararlanması gereken temel haklara rahatlıkla ulaşabiliyor olmalarından geçmektedir. Diğer bir çözüm yolunun, Türkiye’nin iltica ve göç konularında sağlam yasal politikaya ihtiyaç duyulmasının çözümü olduğudur. Çünkü, Türkiye, özellikle Suriye’de beklenenden uzun süren iç çatışmanın süresini tahmin edemediğinden hızlı yasal düzenlemelere girmiştir. Son olarak, mültecilerin korunma ve bakımlarının uluslararası düzeyde bir sorumluluk olması sebebiyle, sadece Türkiye’nin ve komşu ülkelerin üstlenmemesi gerektirir. Bu çözüm yollarının teorikten pratiğe geçmesiyle alınacak verim, AB üyesi ülkelere yasadışı yollarla girmeye çalışan çok daha az Suriyeli olacağıdır. Türkiye transit ülke konumundan hedef ülke konumuna gelmiştir fakat AB üyesi ülkelere geçiş yapmak isteyen sığınmacı sayısı da oldukça fazladır. Türkiye Hükümeti’nin, mülteci ve sığınmacıların temel sorunlarının uluslararası düzeyde çözümleneceğine inanması ve buna güvenmesi söz konusu olduğunda, Türkiye mülteci ve sığınmacılara daha ılımlı yaklaşım gerçekleştirecektir.

Avrupa ülkelerine büyük sayılarda misafir göçmen göndermesiyle bilinen bir ülke olarak, Türkiye’nin son yıllarda “göçmen alan bir ülke” haline gelmesi olağan dışı görülmektedir. Bu değişimi tetikleyen durumu ise içduygu çeşitli sebeplere bağlamaktadır.¹³ Bu değişim, İlk olarak Afganistan’ın işgaline, İran’da gerçekleşen rejim değişikliğine, Saddam Hüseyin rejiminin Irak’ta meydana getirdiği karışıklığa ve savaşlara, komünist rejimin Doğu Avrupa ve Sovyetler Birliği’ndeki çöküşüne ve son olarak Esad rejiminin Mart 2011 Suriye’de gerçekleştirdiği krize bağlanabilmektedir.

Suriye krizinin uluslararası bir kuruluş olan BM ve diğer Avrupa ülkelerinin de üzerinde titizlikte durması gereken bir konu olması gerektiği gerçeği kabul edilmelidir. Gerek Türk toplumu gerek konuya müdahil olan tüm dünya ülkelerinin sığınmacıların eğitimleri, sağlık hakları, sosyal hakları, güvenlikleri, yaşadıkları travmanın büyüklüğün farkına varılması, ülkelerinde devam eden kriz karşısında güçlü durmaları gerekliliği ve bu noktada gereken desteğin verilmesi öneminin de altını tekrar tekrar çizmek gerekmektedir.

Geçici koruma altındaki bireylerin eğitim hakkı gibi, sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkı gibi, acil ihtiyaç duydukları haklardan bir diğeri çalışma hakkı, avukatlık hizmetlerinden yararlanma hakkı gibi, tercüman hakları gibi çözümlenmeyi bekleyen temel sorunlarının yanında bir diğer çözümlenmesi gereken sorunları statü sahibi olma haklarıdır.

Yasal düzenlemeye göre Suriye halkına mülteci, şartlı mülteci ya da ikincil koruma statüsü verilememektedir. Dile yerleşen ve sıkça kullanılan *Suriyeli mülteciler* tanımı bu

¹² Kirişçi, Kemal. *Misafirliğin Ötesine Geçerken: Türkiye’nin Suriyeli Mülteciler Sınırı, Uluslararası Stratejik Araştırmalar Kurumu & Brookings Enstitüsü, Ankara 2014, s.7.*

¹³ İçduygu, *Türkiye’de Düzensiz Göç, Ankara 2012, s.20.*

noktada doğru kullanım değildir. Çünkü yasa onları mülteci olarak tanımlamamaktadır. Fakat 6458 sayılı YUKK, mülteci ya da şartlı mülteci tanımını yaparken bir bireyin ırkı, dini, tabiiyeti, toplumsal gruba mensubiyeti ya da siyasi düşünceleri yüzünden vatandaşı olduğu ülkede zulüm görme korkusu taşımasını ve vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunmasını ayrıca vatandaşı olduğu ülkenin diplomatik korumasından yararlanmamasını ya da yaralanmak istememesi ve olayların Avrupa ülkelerinden ya da Avrupa dışı ülkelere birinde gerçekleşmiş olmasını koşul olarak söylemektedir. Sıralanan ilk 5 durumdan biriyle birlikte diğer durumları sağlayan bireyler mülteci statüsü alabilirler.

Suriyeliler geçici koruma sahibi bireyler olarak nitelendirilmekte, geçici korumanın ne zaman sona ereceği ve bu süre sonunda alacakları statünün ne olacağı bilinmemektedir.

Fakat Suriyeliler için ırkı, dini, tabiiyeti, toplumsal bir gruba mensubiyeti ya da siyasi düşünceleri yüzünden ayrımı yapılırsa, bu bireylerin bir kısmı için siyasi rejimin söylemi ile Sünni halkın kökünü kazımak olarak belirtilen bu insanlık dışı durumun dini sebepten kaynaklandığını; bir kısmı için ise siyasi görüşlerinden dolayı bu muameleye maruz kaldıkları rahatlıkla söylenebilir. Bu durumda mülteci ya da şartlı mülteci statüsü alabilmek için ilk şart sağlanmış bulunmaktadır. Bununla beraber zaten ülkeleri dışında oldukları ve vatandaşı oldukları ülkenin korumasından yararlanmalarının söz konusu olmadığı da bilinmektedir. Özellikle geçici koruma kapsamında Suriyeli halktan bahsedilmesinin sebebi ise son yıllarda geçici koruma altına alınan Suriyeli halkın sayıca çokluğundandır. Yoksa Yönetmelik m. 1' i sağlayan ve Yönetmelik m. 8'de sayılan suçları işlemeyen herkese geçici koruma uygulaması sağlanacaktır.

KAYNAKÇA

AYBAY, Rona, Yabancılar Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2010

EKŞİ, Nuray, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2018

EKŞİ, Nuray, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Abdolkhani ve Karimnia- Türkiye Davası, Mülteci ve Sığınmacı Hukuku Açısından Bir Değerlendirme, 1. Baskı, İstanbul 2010

EKŞİ, Nuray, 6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda İdari Gözetim, 1. Baskı, İstanbul 2014

ERDOĞAN, M. Murat, Türkiye'deki Suriyeliler Toplumsal Kabul ve Uyum, 2. Baskı, İstanbul 2018.

İÇDUYGU, Ahmet, Türkiye'de Düzensiz Göç, Uluslararası Göç Örgütü, Ankara 2012

İNCEOĞLU, Sibel, (Editör) İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, 3. Baskı, İstanbul 2013

KİRİŞÇİ, Kemal, Misafirliğin Ötesine Geçerken: Türkiye'nin "Suriyeli Mülteciler" Sınava, Brooking Enstitüsü & Uluslararası Stratejik Araştırmalar Kurumu, Ankara 2014

ÖZKAN, Işıl, Göç, İltica ve Sığınma Hukuku, 1. Baskı, Ankara 2013

İnternet Kaynakları

<http://sgdd.org.tr/wp-content/uploads/2017/05/Turkiye-de-Iltica-Sureci.pdf>

https://www.unhcr.org/cy/wp-content/uploads/sites/41/2018/02/UNHCR_Refugee_or_Migrant_TR.pdf

[http://www.goc.gov.tr/files/files/M%C3%9CLTEC%C4%B0LER%C4%B0N%20HUKUK%20STAT%C3%9CS%C3%9CNE%20%C4%B0L%C4%B0C5%9EK%C4%B0N%201967%20PROTOKOL%C3%9C\(1\).pdf](http://www.goc.gov.tr/files/files/M%C3%9CLTEC%C4%B0LER%C4%B0N%20HUKUK%20STAT%C3%9CS%C3%9CNE%20%C4%B0L%C4%B0C5%9EK%C4%B0N%201967%20PROTOKOL%C3%9C(1).pdf)

<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6458.pdf>

<http://www.goc.gov.tr/>

<http://www.multeci.org.tr/wp-content/uploads/2016/12/1994-Yonetmeligi.pdf>

http://www.goc.gov.tr/files/files/03052014_6883.pdf

<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/01/20160115-23.pdf>

<http://www.multeci.org.tr/wp-content/uploads/2016/12/1951-Cenevre-Sozlesmesi-1.pdf>

<https://multeciler.org.tr/turkiyedeki-suriyeli-sayisi/>

http://www.goc.gov.tr/files/files/goc_terimleri_sozlugu.pdf

http://www.goc.gov.tr/icerik3/genel-mudurlugumuzce-isletilen-geri-gonderme-merkezleri_323_326_4612

http://www.medipol.edu.tr/Document/Galeri/Dokuman/hukuk_dergisi/Gecici_Koruma_Yonetmeligi_ve_Turkiye_deki_Suriyelilerin_Hukuki_Statusu.pdf

<file:///C:/Users/PC/Desktop/10.21492-inuhfd.239917-208372.pdf>

<http://dergipark.gov.tr/download/article-file/410857>

<http://dergipark.gov.tr/download/article-file/410756>

<https://www.superhaber.tv/barzani-durmuyor-haber-bulteni-ve-hava-durumlarında-bu-haritayı-kullanıyorlar-haber-70573>

<https://www.stratejikortak.com/2016/12/yugoslavyanın-dagilisi-2.html>

5607 SAYILI KANUN KAPSAMINDA GÜMRÜK KAÇAKÇILIĞI SUÇLARI: İHRACAT KAÇAKÇILIĞI

Muhammed TURGUT

*Gümrük İşletme Bölümü, Uygulamalı Bilimler Fakültesi, Tarsus Üniversitesi,
Mersin.*

GİRİŞ

Kaçakçılık suçları devletleri maddi ve manevi zararlara uğratan önemli suçların başında gelmektedir. Özellikle son dönemlerde küreselleşmeyle birlikte ticari faaliyetlerin hızlanması ve teknolojinin gelişmesiyle birlikte kaçakçılık faaliyetleri de önemli bir artış göstermiştir. Gerçekleşen her kaçakçılık fiili devletlerin ekonomi ve güvenlik açısından ciddi zararlarının oluşumuna sebebiyet vermektedir. Devletler bu noktada çıkarmış oldukları yasal düzenlemelerle bu süreçleri kontrol altında tutmayı hedeflemişlerdir.

Ülkemizde de geçmiş yıllardan bu yana yapılan hukuki reformlarda kaçakçılık unsuru önem teşkil etmiştir. En son 2007 yılında 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu hazırlanarak kaçakçılık suçları ve yaptırımları belirlenmiştir. Günümüzde de halen bu kanun kullanılmaya devam edilmektedir. Kaçakçılık fiillerinde her ne kadar temel kanun 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu olsa da başta Türk Ceza Kanunu ve Gümrük Kanunu olmak üzere birçok kanundan yararlanılmaktadır. Ayrıca kaçakçılık suçlarının yapısı gelişen teknolojiyle birlikte sürekli değişim içerisinde olması sebebiyle sürekli güncellenerek değişimler yapılmaktadır.

Bu çalışmada 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu hakkında temel bilgiler verilerek, gümrük kaçakçılığı ile ilgili suçların kanundaki güncel durumu incelenmektedir. Bunun yanı sıra ülkeler için önemli bir faaliyet olan ihracattan kaynaklı kaçakçılık suçlarının durumunun tespiti ve kanundaki durumu ortaya konulmaktadır. İhracat kaçakçılığının faili, mağduru, maddi ve manevi unsurları, suçun özel görünüş şekilleri, yaptırımları, görevli ve yetkili mahkemeleri belirtilerek, ihracat kaçakçılığı detaylı bir şekilde ele alınmaktadır.

1. 5607 SAYILI KAÇAKÇILIKLA MÜCADELE KANUNU

Kaçakçılık kavramı olarak “Bir devletin yasalarına karşı gelerek yapılan ticaret” olarak karşımıza çıkmaktadır.¹ Hukuki literatürde ise kaçakçılık, “Devlete vermekle mükellef olduğu vergi ve resmi vermemek için hile kullanmak, alım satımı yasak maddeleri gizlice alıp satmak ve bu suretle menfaat temin eylemdir” olarak tanımlanmaktadır.² Dünya Gümrük Örgütü’nün kaçakçılıkla ilgili yapmış olduğu tanım ise “Ticari eşya sevkiyatı üzerindeki vergi, resim ve harçları ödemekten kaçınmak veya buna teşebbüs etmek, ticari

eşya için uygulanmakta olan yasaklama, sınırlama ve kısıtlamalardan kaçınmak veya buna teşebbüs etmek veya ticaret hayatında meşru rekabet ilke ve uygulamalarını zedelemek amacıyla haksız ticari avantaj elde etmek veya buna teşebbüs etmek amacıyla, ticari eşyanın gümrük işlemlerine tâbi tutulmaksızın sınırdan içeriye geçirilmesi veya sınırdan dışarıya çıkarılması, eşyanın özelliklerinin gümrük idarelerine yanlış beyan edilmesi, eşyanın düşük veya yüksek kıymetlendirilmesi, menşe şahadetnamesi ve tercihli kota rejimlerinin suiistimali, dâhilde ve hariçte işleme rejimlerinin suiistimali, ithal ve ihraç lisansı ile ilgili suiistimaller, miktarın veya kalitenin yanlış beyan edilmesi, sahte, taklit, korsan mallar, kayıt dışı işlemler, vergi iadesi ve geri ödeme uygulamalarında yanlış beyanlar, gerçeği yansıtmayan tasfiyeler” olarak tanımlanmıştır.³

5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu’nda ise kaçakçılık tanımı ile ilgili net bir açıklama yapılmamıştır. Tanım olarak açıklamak yerine kaçakçılık fiilleri net olarak belirtildiği için böyle bir tanıma yer verilmemiştir.⁴ Kanunda belirlenen kaçakçılık fiilleri incelendiğinde suç olarak belirlenen fiillerin genelde ekonomik ağırlıklı suçlar olduğu görülmektedir. Ekonomik değerin yanında halk sağlığını tehlikeye atabilecek ve temel hak ve özgürlükleri engelleyecek unsurlarında kanunda suç fiilleri içerisinde yer alarak suç sayılmıştır.⁵

Kaçakçılık fiillerinin cezalandırılmasının temelinde ekonomik düzeni bozucu bir eylem olması bulunmaktadır. Yerli üreticinin korunması için devletler bir takım korunma önlemlerine başvurmaktadır. Yurt dışından getirilmesi yasak olan veya vergisi ödenmemiş bir ürünü ülke içerisine sokmak, aynı şekilde ülke dışına göndermek korunma önlemlerinin gerçekleşmesini mümkün kılmamaktadır. Kaçakçılık fiiliyle birlikte devletin ekonomik düzeni sağlaması için geliştirdiği politikalar başarısızlığa uğramaktadır. Ülkemizde bu problemlerin önüne geçilebilmesi ve kaçakçılık fiillerinin cezalandırılması için geçmişten günümüze geliştirilen çeşitli Kaçakçılık Kanunları bulunmaktadır. Cumhuriyet tarihinden bu yana ülkemizde kullanılan Kaçakçılık Kanunları ise şunlardır:

- 10.12.1927 tarihli 1126 sayılı Kaçakçılığın Men’i ve Takibi Hakkında Kanun
- 15.06.1929 tarihli 1510 sayılı Kaçakçılığın Men’i ve Takibi Hakkında Kanun
- 07.01.1932 tarihli 1918 sayılı Kaçakçılığın Men’i ve Takibi Hakkında Kanun
- 10.07.2003 tarihli 4926 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Yasası
- 31.03.2007 tarihli 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu

Yukarıda görüldüğü üzere Türkiye Cumhuriyet tarihinde beş kez kaçakçılıkla mücadele kanunu düzenlenmiştir. Özellikle 1932 yılında oluşturulan 1918 sayılı Kaçakçılığın Men’i ve Takibi Hakkında Kanunu çok uzun süre yürürlükte kalmıştır. 2000’li yıllarda Türkiye’nin AB üyeliğinin hızlanması sonucu yeni kaçakçılık kanunun ihtiyacı ile yeni bir kanun ihtiyacı ortaya çıkmıştır ve 2003 yılında 4926 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Yasası yürürlüğe girmiştir. Türk Ceza Kanun’da ve Kabahatler Kanun’da yapılan düzenlemelerden

³ KARAKAŞ, Birsan, *Türk Hukukunda Gümrük Kaçakçılığı Suçları*, Turhan Kitabevi, Ankara 2021, s.203.

⁴ ŞENTÜRK, Candide, *Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu’nda Yer Alan İthalat Kaçakçılığı Suçları*, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, İzmir 2016,s.1.

⁵ ERTEM, Cihan, *5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununa Göre Gümrük Kaçakçılığı Suçları*, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2022, s.5.

¹ Türk Dil Kurumu, <https://sozluk.gov.tr/>. Erişim Tarihi: 25.07.2022

² Türk Hukuk Lügati, Türk Hukuk Kurumu, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 2021, s.156.

sonra kaçakçılık kanununda da yeniliğe ihtiyaç doğurmuş bunun sonucunda da halen kullanmakta olduğumuz 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu 31.03.2007 yılında yürürlüğe girmiştir⁶. Değişen şartlar ve gerekliliklere bağlı olarak düzenlemeler yapılarak kullanılmaya devam etmektedir. Bu kanunun amacı kanunun 1. Maddesinde “*kaçakçılık fiilleri ve yaptırımları ile kaçakçılığı önleme, izleme, araştırma usul ve esaslarını belirlemek*” olarak belirlenmiştir. Bu tanımlamadan da anlaşılacağı üzere bu kanunun nihai amacı ülke içerisine girmeye çalışan veya ülke dışına kaçırılmaya çalışılan ürünlerin izlenmesi, tespiti ve önlenmesi gerçekleştirerek devletin maddi zarar etmesinin önüne geçilmesi ve ülke güvenliğini sağlamaktır. Öte yandan Kaçakçılıkla Mücadele’de Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu dışında Türk Ceza Kanunu ve Gümrük Kanunu başta olmak üzere farklı kanunlardan da yararlanılmaktadır.

5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu kaçakçılık fiilleri ve yaptırımları ile kaçakçılığı önleme, izleme, araştırma usul ve esaslarını belirleme amacıyla 5 bölümden ve 27 maddeden oluşmaktadır. Kanunun birinci bölümünde amaç ve tanımlardan, ikinci bölümde kaçakçılık fiillerini oluşturan unsurlar ve yaptırımlarından, üçüncü bölümde usul hükümlerinden, dördüncü bölümde çeşitli hükümlerden ve son olarak beşinci bölümde de geçici ve son hükümler ele alınmıştır.

2. GÜMRÜK KAÇAKÇILIĞI SUÇLARI

Gümrük Kaçakçılığı, ekonomilerini kayıt altında tutarak büyötmeye çalışan bütün ülkelerin yüzleştığı, kararlı ve net bir şekilde mücadele gerektiren önemli bir problem olarak karşımıza çıkmaktadır. Gümrüklerde kaçakçılığın ortaya çıkışı, ülkeler arası ticaretin giderek yaygınlaşmasıyla, ülkelerin kendi üreticilerini korumak ve gelir sağlamak amaçlarıyla bazı ürönlere vergiler, kotalar koymuş ve bazı ürönlere yasaklar getirdiğı görölmüştür. Bu engellemeleri aşmak ve daha fazla gelir elde etmek isteyen ölkelerine kaçak yollardan mal sokmak veya ölkelerinden kaçak yollarla mallar kaçırmak istemişlerdir. Oluşan bu faaliyetler gümrük kaçakçılığı kavramının oluşmasına sebebiyet vermiştir.⁷

5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu’nun mevcut şekli öncesinde Kanun kapsamındaki suçlar ithalat kaçakçılığı ve ihracat kaçakçılığı olmak üzere iki ayrıma tabi tutulmaktaydı. Fakat daha sonra yapılan birtakım düzenlemelerle bu ayrım genişletilerek gümrük kaçakçılığı türleri dört ana başlıkta ele alınması gerekmektedir. Bu başlıklar;

- İthalat Kaçakçılığı
- Akaryakıt Kaçakçılığı Suçları
- Tütün ve Alkollü İçkiye İlişkin Suçlar
- İhracat Kaçakçılığı olarak düzenlenmiştir.

2.1. İthalat Kaçakçılığı

4458 sayılı Gümrük Kanununa göre eşyanın mutlaka kanunda belirtilen rejimlerden

birine uygun olması zorunludur. Kanunda yer alan rejimlere yönelik gerçekleştirilmeyen herhangi bir eşyanın ölkeye ithal edilmesi ithalat kaçakçılığı suçunun oluşumunu meydana getirir.⁸

İthalat kaçakçılığı ile ilgili suçlar, gümrük işlemleri yapılmadan ölkeye girişi yasak olan madde, mal veya eşyanın ithal edilmesi veya ithal edilmeye çalışılması olarak tanımlanabilir. Bir başka tanımda ise “*Hukuk kurallarına aykırı şekilde, gümrük işlemleri yapılmaksızın ya da sahte belge kullanılarak ya da gümrük rejim kurallarının ihlali suretiyle eşyanın ölkeye sokulması, gümrük bölgesine bırakılması, gelen eşyanın yurt dışına çıkarılmış gibi gösterilmesi ya da kanun gereğı ithali yasak olan eşyanın ölkeye sokulmasıdır*”.⁹

İthalat kaçakçılığının çeşitli ihlalleri bulunmaktadır. Bunlardan birinci ihlal, eşyanın gümrük işlemleri gerçekleştirilmeden Türkiye sınırları içerisine sokulmasıdır. 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunun 3. Maddesinin ilk fıkrasında, “*Eşyayı, gümrük işlemlerine tabi tutmaksızın ölkeye sokan kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis ve on bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Eşyanın, gümrük kapıları dışından ölkeye sokulması halinde, verilecek ceza üçte birinden yarısına kadar artırılır*” şeklinde ilgili suç düzenlenmiştir.

İkinci ihlal ise, eşyanın yanıltıcı işlem ve beyanlarla gümrük vergilerinin bir bölümünü ya da tamamını ödenmeksizin Türkiye sınırları içerisine sokmasıdır. 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunun 3. Maddesinin ikinci fıkrasında “*Eşyayı, aldatici işlem ve davranışlarla gümrük vergileri kısmen veya tamamen ödenmeksizin ölkeye sokan kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve on bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır*” şeklinde ilgili suç düzenlenmiştir.

Üçüncü ihlal, transit rejimi çerçevesinde bulunan eşyayı ölkede içerisnde tutmaktır. 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunun 3. Maddesinin üçüncü fıkrasında “*Transit rejimi çerçevesinde taşınan serbest dolaşımda bulunmayan eşyayı, rejim hükümlerine aykırı olarak gümrük bölgesinde bırakan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır*” şeklinde ilgili suç düzenlenmiştir.

Dördüncü ihlal, ölkeye geçici giren eşyayı yurtdışına çıkarmış gibi göstermektir. 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunun 3. Maddesinin dördüncü fıkrasında “*Belli bir amaç için kullanılmak veya işlenmek üzere ölkeye geçici ithalat ve dahilde işleme rejimi çerçevesinde getirilen eşyayı, hile ile yurt dışına çıkarmış gibi işlem yapan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır*” şeklinde ilgili suç düzenlenmiştir.

Beşinci ihlal, ithalat kaçakçılığı suçuna konu eşyayı ticarî amaçla satın alma, satışı arz etme, satma, taşıma, saklama fiilidir . 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunun 3. Maddesinin beşinci fıkrasında “*Birinci ila dördüncü fıkralarda tanımlanan fiillerin işlenmesine iştirak etmeksizin, bunların konusunu oluşturan eşyayı, bu özelliğini bilerek ve ticarî amaçla satın alan, satışı arz eden, satan, taşıyan veya saklayan kişi, bir yıldan üç*

⁶ ERTEM, s.10.

⁷ ÇOPUR, İlhan, Gümrük Kaçakçılığıyla Mücadelede Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri; Türkiye Gümrükleri Üzerine Bir Araştırma, Yüksek Lisans Tezi, Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Ekonomi Hukuku Anabilim Dalı, Gaziantep 2014, s.1.

⁸ ERTEM, s.17.

⁹ ŞENTÜRK, s.78.

¹⁰ ŞENTÜRK, s. 78-79.

yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır” şeklinde ilgili suç düzenlenmiştir.

Altıncı ihlal, özel kanunlar aracılığıyla gümrük vergilerinden kısmen veya tamamen ödemediği ithal edilen ürünü, gerçekleştirilen amacı dışında başka bir şey için kullanma, satma veya bir başkasına devretme ya da eşyanın bu özelliğini bilerek eşyayı satın almak veya kabul etmek fiilidir. 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunun 3. Maddesinin altıncı fıkrasında “özel kanunları gereğince gümrük vergilerinden kısmen veya tamamen muaf olarak ithal edilen eşyayı, ithal amacı dışında başka bir kullanıma tahsis eden, satan veya devreden ya da bu özelliğini bilerek satın alan veya kabul eden kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır” şeklinde ilgili suç düzenlenmiştir.

Son ihlal, İthal Kanun Gereği Yasak Olan Eşyayı Ülkeye Sokma fiilidir. 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunun 3. Maddesinin yedinci fıkrasında “İthal Kanun gereği yasak olan eşyayı ülkeye sokan kişi, fiil daha ağır bir cezayı gerektiren suç oluşturmadığı takdirde, iki yıldan altı yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. İthal yasak eşyayı, bu özelliğini bilerek satın alan, satışa arz eden, satan, taşıyan veya saklayan kişi, aynı ceza ile cezalandırılır” şeklinde ilgili suç düzenlenmiştir.

Tablo 1: İthal Kanunen Yasaklanan Mallar Listesi

Esrar ve müstahzar afyon
İpek böceği tohumu
Zirai amaçla kullanılan her türlü toprak, yaprak, sap, saman ot, tabi gübre
Oyun alet ve makinaları
Yasalara aykırı olarak bir fabrika veya ticaret markasını veyahut ticaret unvanını taşıyan ürünler
Sahte menşeli eşya ve zarflar
Ozon tabakasını incelten bazı maddeler
Bazı boyar maddeler
Kimyasal silahlar sözleşmesi ekinde yer alan I ve II sayılı liste kapsamı maddeler

2.2. Akaryakıt Kaçakçılığı Suçları

5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunun 3. Maddesinin onuncu fıkrasında “Kaçakçılık suçunun konusunu oluşturan eşyanın akaryakıt ile tütün, tütün mamulleri, makaron, yaprak sigara kâğıdı, etil alkol, metanol ve alkollü içkiler olması halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek cezalar yarısından iki katına kadar artırılır, ancak bu fıkranın uygulanması suretiyle verilecek ceza üç yıldan az olamaz” şeklinde ilgili suç düzenlenmiştir. Genel olarak bu hüküm yer almasına rağmen kaçakçılığın yapılış şekline göre kanun suç unsurlarının yaptırımlarını ayırmıştır.

Birinci ayırım ulusal marker uygulamasına uygun olmayan akaryakıt ticari amaçla üretme, bulundurma, nakletme, satışa arz etme, satma, satın alma suçu olarak ayrılmıştır. İlgili suç 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunun 3. Maddesinin on birinci fıkrasında “Ulusal marker uygulamasına tabi olup da, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun belirlediği seviyenin altında ulusal marker içeren veya hiç içermeyen akaryakıt; a) Ticari amaçla üreten, bulunduran veya nakleden, b) Satışa arz eden veya satan, c) Bu özelliğini bilerek ve ticari amaçla satın alan, kişi iki yıldan beş yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Ancak, marker içermeyen veya seviyesi geçersiz olan akaryakıtın kaçak olarak yurda sokulduğunun anlaşılması hâlinde, onuncu fıkra hükmüne istinaden cezaya hükmolunur” şeklinde yaptırıma tabi tutulmuştur.

Akaryakıt kaçakçılığındaki diğer ayırım ise izin almadan akaryakıt haricinde kalan ürünlerden akaryakıt elde etme, satma ve satın alma suçudur. İlgili suç 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunun 3. Maddesinin on ikinci fıkrasında “Enerji Piyasası Düzenleme Kurumundan izin alınmadan; akaryakıt haricinde kalan solvent, madenî yağ, baz yağ, asfalt ve benzeri petrol ürünlerinden akaryakıt üreten veya bunları doğrudan akaryakıt yerine ikmal ederek üreten, satışa arz eden, satan, bulunduran, bu özelliğini bilerek ticarî amaçla satın alan, taşıyan veya saklayan kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır” hükmüyle yaptırıma tabi tutulmuştur.

Kanunda akaryakıt kaçakçılığı ile ilgili yapılan bir diğer ayırım ise iletim ve boru hatlarından kanuna aykırı ürünleri satmak, bulundurmak ve satın almak suçudur. İlgili suç 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunun 3. Maddesinin on üçüncü fıkrasında “Her türlü üretim, iletim ve dağıtım hatları dahil olmak üzere sıvı veya gaz halindeki hidrokarbonlarla, hidrokarbon türevi olan yakıtları nakleden boru hatlarından, depolarından veya kuyulardan kanunlara aykırı şekilde alınan ürünleri satışa arz eden, satan, bulunduran, bu özelliğini bilerek ticarî amaçla satın alan, taşıyan veya saklayan kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır” şeklinde düzenlenmiştir.

Kaçakçılıkla Mücadele Kanunun 3. Maddesinin on dördüncü fıkrasında ise lisansa aykırı seyyar tank, düzenek veya ekipman bulundurma suçu “Kaçak akaryakıt veya sahte ulusal marker elde etmeye, satmaya ya da herhangi bir piyasa faaliyetine konu etmeye yarayacak şekilde lisansa esas teşkil eden belgelerde belirlenenlere aykırı olarak sabit ya da seyyar tank, düzenek veya ekipman bulunduranlar iki yıldan beş yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır” şeklinde hükme bağlanmıştır.

Kanunun 3. Maddesinin on beşinci fıkrasında ise yetkisiz olarak ulusal marker üretmek, satmak ve satın almak fiili hükme bağlanmıştır. Bu hükme göre “Ulusal markeri yetkisiz olarak üreten, satışa arz eden, satan, yetkisiz kişilerden satın alan, kabul eden, bu özelliğini bilerek nakleden veya bulunduranlar, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Ulusal markerin kimyasal özelliklerini taşımasa bile, bu madde yerine kullanılmak amacıyla üretilen kimyasal terkipler hakkında da bu fıkra hükmü uygulanır” şeklinde kanunda yerine almıştır.

2.3. Tütün ve Alkollü İçkiye İlişkin Suçlar

Kanunda ilk olarak taklit olarak tütün mamulleri ve alkollü içki bandrolü üretmek, ülkeye sokmak, satmak ve satın almak suçu düzenlenmiştir. Kanunun 3. Maddesinin on altıncı fıkrasında “*Tütün mamulleri, makaron, yaprak sigara kâğıdı, etil alkol, metanol ve alkollü içkilerin ambalajlarına kamu kurumlarınca uygulanan bandrol, etiket, hologram, pul, damga veya benzeri işaretlerin taklitlerini imal eden veya ülkeye sokanlar ile bunları bilerek bulunduran, nakleden, satan ya da kullananlar üç yıldan altı yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır*” hükmü ile yaptırım belirlenmiştir.

Diğer suç unsurunu oluşturan fiil ise tütün mamulleri ve alkollü içki bandrollerini belirlenen ürünler dışında kullanmak oluşturmaktadır. Bu suç unsuru ise Kaçakçılıkla Mücadele Kanunun 3. Maddesinin on yedinci fıkrasında “*Tütün mamulleri, makaron, yaprak sigara kâğıdı, etil alkol, metanol ve alkollü içkilerin ambalajlarına kamu kurumlarınca uygulanan bandrol, etiket, hologram, pul, damga veya benzeri işaretleri; ilgili mevzuatta belirlenen şekilde temin etmesine rağmen belirlenen ürünlerde kullanmaksızın bedelli veya bedelsiz olarak yayanlar, bunları alma veya kullanma hakkı olmadığı halde sahte evrak veya dokümanlarla veya herhangi bir biçimde ilgili kurum ve kuruluşları yanıltarak temin edenler, bunları taklit veya tahrif ederek ya da konulduğu üründen kaldırarak, değiştirerek ya da her ne suretle olursa olsun tedarik ederek amacı dışında kullananlar üç yıldan altı yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır*” şeklinde düzenlenerek yer almıştır.

Kanunun 3. Maddesinin on sekizinci fıkrasında ise bandrolsüz veya taklit bandrollü eşyayı üretmek, taşımak, satmak ve satın almak suçu belirlenmiştir. İlgili madde kapsamında “*Ambalajlarında bandrol, etiket, hologram, pul, damga veya benzeri işaret bulunmayan ya da taklit veya yanıltıcı bandrol, etiket, hologram, pul, damga veya benzeri işaretleri taşıyan tütün mamulleri, makaron, yaprak sigara kâğıdı, etil alkol, metanol ve alkollü içkileri; a) Ticari amaçla üreten, bulunduran veya nakleden, b) Satışa arz eden veya satan, c) Bu özelliğini bilerek ve ticari amaçla satın alan, kişi üç yıldan altı yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Ancak, tütün mamullerinin, makaron, yaprak sigara kâğıdı, etil alkol, metanol ve alkollü içkilerin kaçak olarak yurda sokulduğunun anlaşılması hâlinde, onuncu fıkra hükmüne istinaden cezaya hükmolunur*” şeklinde düzenlenerek yer almıştır.

Tütün ve alkol kaçakçılığının son fıkrası ise yetkisiz tütün ticareti yapmak, makarona doldurulmuş mamulü satmak ve nakletmek suçudur. Kanunun 3. Maddesinin yirminci fıkrasında “*Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumundan yetki belgesi almadan veya bildirimde bulunmadan tütün ticareti yapanlar ile ticari amaçla; makaron veya yaprak sigara kâğıdını, içine kıyılmış tütün, parçalanmış tütün ya da tütün harici herhangi bir madde doldurulmuş olarak satanlara, satışa arz edenlere, bulunduran ve nakledenlere üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası verilir*” şeklinde ilgili suç ve yaptırım tanımlanmıştır.

Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi çerçevesinde Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu kapatılarak yetkileri Tarım ve Orman Bakanlığında bulunan Tütün ve Alkol Dairesine bırakılmıştır. Bu kapsamda tütün ticareti yapabilmek için ilgili birimden yetki belgesinin alınması zorunludur. Aksi takdirde belgesiz yapılacak her işlem kaçakçılık

suçunu oluşturacak ilgili madde kapsamında cezalandırılacaktır. Makaron ise, içi boş silindirik biçiminde yapılandırılan sigara kâğıdı demektir. Ticari amaçla bunları doldurmak, satmak ve bulundurmakta kaçakçılık suçunu teşkil etmektedir.¹¹

2.4. İhracat Kaçakçılığı

İhracat Yönetmeliğine göre ihracatın tanımına bakıldığında, “*Bir malın veya ekonomik değerin yürürlükteki ihracat mevzuatı ile Gümrük Mevzuatına uygun şekilde fiili ihracatının yapılması ve Kambiyo Mevzuatına göre bedelsiz ihracat hariç ihracat bedelinin yurda getirilmesi veya Müsteşarlıkça ihracat kabul edilen sair çıkışlar*” olarak tanımlandığı karşımıza çıkmaktadır.¹²

Devletler açısından ekonomik kalkınmanın temelini ihracat oluşturmaktadır. Bu yüzden ihracatta gösterecekleri performans büyük önem vermektedirler. Rekabetin yoğun olduğu günümüz dünyasında ülkeler, uluslararası pazarlarda kuruluşlarının daha fazla yer alması ve ihracatın için gelişmesi için çeşitli stratejiler ve politikalar izlemektedirler.¹³

Bu politikaların kötüye kullanımının önüne geçilebilmesi için 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda ihracat kaçakçılığıyla ilgili düzenlemeler yapılmıştır. İhracat kaçakçılığı ilgili kanunda yer alan birinci ihlal, ihracı kanunen yasak olan eşyayı ihraç etme suçudur. 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunun 3. Maddesinin sekizinci fıkrasında “*ihracı kanun gereği yasak olan eşyayı ülkeden çıkaran kişi, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır*” şeklinde ilgili suç düzenlenmiştir.

5607 sayılı KMK’nın ilk halinde bu fıkra “*İhracı kanun gereği yasak olan eşyayı ülkeden çıkaran kişi, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde altı aydan iki yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.*” şeklinde düzenlenmekte idi. Ancak 18.06.2014 tarihli 6545 sayılı Kanun ile bu fıkra yer alan “altı aydan iki yıla” ifadesi “bir yıldan üç yıla” ile değiştirilmiştir. Böylece bu suç için öngörülen ceza arttırılmıştır.

Fıkra tanımlanan suç konusu olan eşya, ihracı kanunla yasaklanmış eşyadır. İhracı kanunla değil de, genel düzenleyici idari işlemlerle yasaklanan eşya, bu kapsamda olmayıp Gümrük Kanunun 235.¹⁴ maddesine aktarılan kabahat fiilinin konusu olacaktır.

Fıkra konusu eşyanın ticari ya da kişisel kullanıma ait veya hediye olup olmamasının önemi yoktur. Kanunla yasaklanmış her eşya fıkra tanımlanan fiilin konusu eşyayı oluşturur. Fıkra metninden de anlaşılacağı gibi ihracı kanunla yasaklanmış eşyayı ihraç fiili, daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturduğu takdirde fail, bu madde kapsamına göre değil daha ağır cezayı gerektiren suç dolayısıyla cezalandırılacaktır. Öte

¹¹ AKÇİN, Remzi, *Tüm Yönleriyle Gümrük İşlemleri*, Poyraz Ofset Matbaacılık, Ankara 2021, s.319

¹² CANİTEZ, Murat, *Uluslararası Pazarlamada Lojistik ve Uygulamalar*, Gazi Kitabevi Ankara 2011, s.86.

¹³ ATAYETER, Coşkun, EROL, Arzu, “Türkiye’de Uygulanmakta Olan İhracat Teşvikleri”, *Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, (1), 2009 s.1-26

¹⁴ Örn. GK, Md. 235/2-a; “İhracat rejimine tabi tutulan eşyaya ilişkin olarak, yapılan beyan ile muayene ve denetleme veya kontrol sonucunda; Eşyanın genel düzenleyici idari işlemlerle ihracının yasaklanmış olduğunun tespiti halinde, eşyanın gümrüklenmiş değerinin iki katı idari para cezası verilir.”

yandan bazı özel kanunlarla yasak eşyaların ihracı ayrıca suç olarak düzenlenip yaptırıma bağlanmıştır. Söz konusu kanunlar, (Örneğin, 2863 Sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarının Korunması Hakkında Kanunun 32. ve 68. maddeleri, 2313 Sayılı Uyuşturucu Maddelerin Murakabesi Hakkında Kanunun 2., 3. ve 22. maddeleri gibi.) 5607 sayılı bu Kanuna göre daha özeldir. Bu nedenle daha özel olan bu Kanunlar uyarınca işlem yapılacaktır. Fıkradaki ihraç etme fiilinden, kesin ihracatı anlamak gerekmektedir.¹⁵

Suçun maddi unsuru bakımından ele aldığımızda “İhracı kanun gereği yasak olan eşyayı ülkeden çıkarma” suçu tek hareketli bir suç olup herhangi bir yöntemle eşyanın ülke dışına çıkarılmış olması suçun ortaya çıkması bakımından yeterlidir. 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun 3. maddesinin 8. fıkrasında tanımlanan bu suça konu olan eşyanın ihracı kanunla yasaklanmış olmalıdır.

İthalatta olduğu gibi ihracatta da ihracı kanunla yasaklanmış eşyanın ülkeden çıkarılması kaçakçılık suçunu teşkil etmektedir. İhracı kanunla yasaklanan mallar ise şunlardır;¹⁶

Tablo 2: İhracı Kanunen Yasaklanan Mallar Listesi

Kültür ve tabiat varlıkları (Eski eserler)
Hint keneviri
Tütün tohumu ve fidesi
İhracı ön izne bağlı mallar listesinde yer alan türler hariç bütün av ve yaban hayvanları (canlı ve cansız olarak ve tanınabilir en küçük parçaları ile bunlardan mamul konfeksiyon)
Ceviz, dut, kiraz, armut, erik, porsuk, dişbudak, karaağaç ve ıhlamur adlı ağaç türlerinin kütük, tomruk, kereste, kalas ve taslak olarak ihracı
Doğadan toplanan doğal çiçek soğanları
Odun
Sığla (liquidambar orientalis)
Yalankoz (pterocarya carpinifolia)
Datça hurması (Phoenix the ophrasti crenter)
Zeytin (tescili yapılmış ve Milli Çeşit listesinde yayımlanmış olan çeşitlerinin yurt içinde sertifikalandırılmış olanları hariç), incir (tescili yapılmış ve Milli Çeşit listesinde yayımlanmış olan çeşitlerinin yurt içinde sertifikalandırılmış olanları hariç), fındık, antep fıstığı, asma (sultani çekirdeksiz) fidanları
Salep (toz, tablet ve her türlü formda)

¹⁵ ÇİLESİZ, Seyfettin, *İçtihatlı 5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Açıklaması*, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s.339.

¹⁶ AKÇİN, s.313.

Bu bağlamda ihracı yasak eşya kavramından anlaşılması gereken husus yukarıda yazılı olan maddelerden birinin Türkiye gümrük bölgesinden nihai olarak çıkarılması anlamına gelmektedir. Bu hüküm, henüz Türkiye gümrük sahasından çıkmamış eşyaya uygulanmaz.¹⁷

Bir kanun maddesi ile ihraç edilmesi yasaklanmış olan eşyayı yurt dışına çıkarma fiilini icra eden gerçek veya tüzel kişi bu suçun faili olabilir. Suçun faili KMK’nun 3/8. maddesinde belirtilen “İhracı kanun gereği yasak olan eşyayı ülkeden çıkaran herkes” tir. Buna göre herkesin fail olması mümkündür. Dolayısıyla bu suç, özgü suç değildir.

5607 sayılı KMK m. 3/8 kapsamındaki suçun mağduru suç ile korunmakta olan hukuksal değer sahibi olan kişi olacaktır. Bu kapsamda suçun ilk mağduru devlettir. Bu suçun işlenmesi ile devletin kendi ekonomik düzeninin koruması yönündeki hakkı ve yetkisi ihlal edilmektedir. Ayrıca devletin ekonomisi de bu suç nedeni ile zarar görmektedir¹⁸. İkinci mağdur ise toplum olacaktır. İhracı yasak olan eşyanın ülkeden çıkarılması ile ekonomi, sağlık, eğitim ve güvenlik gibi pek çok alan olumsuz olarak etkilenmektedir. Bu nedenle de bu eyleme katılmayan toplumun diğer üyeleri bu suçun mağdurunu oluşturacaklardır. Bu suçun işlenmesinde zarar gören üçüncü kişiler ise suçtan zarar gören konumundadırlar.¹⁹

Kanunda da görüleceği üzere bu suçun gerçekleşmesi için ihracı yasak olan eşyanın yurt dışına çıkartılması gerekmektedir. Önemli olan eşyanın nasıl yurt dışına çıkarıldığı değil yurt dışına çıkartılmasıdır. Yurt dışına çıkarma eylemi; tescil edilip onaylatılan gümrük beyannamesi ile veya beyanname dahi verilemeden yapılabilir. Yine beyannamede ihracı kanuna uygun olan eşya yer alırken gerçekte ihracı yasak eşyada yurt dışına çıkartılmaya çalışılırsa bu suç oluşmuş sayılacaktır. Yurt dışına çıkarma işlemi gümrük kapısından yapılabileceği gibi gümrük kapısı kullanılmadan da yapılabilir. Kanun koyucu hem eşyanın nasıl yurt dışına çıkarılabileceği konusunda hem de nereden yurt dışına çıkarılabileceği konusunda kısıtlamaya gitmemiştir.²⁰

Manevi unsurun gerçekleşmesi için kanunla yasaklanmış olan eşyanın ihraç etme eylemi bilerek ve istenerek (kasten) yapılmalıdır. Ancak, fail tarafından suçun maddi unsurunda yanılgıya düşülmesi durumunda, (örneğin, ihracı serbest olan eşyalar gümrüğe götürülmek için yükleme yapılırken ihracı kanunla yasak olan eşyanın da yükleyiciler tarafından yanlışlıkla yüklenmesi gibi) kastın varlığından söz edilemez. Bu durumlarda, olayın özelliklerine göre TCK’nın hataya ilişkin 30/1²¹ madde hükümleri de gözetilmelidir. Manevi unsurun tespit ederken, 5237 sayılı TCK’nın, ceza sorumluluğunun şahsiliğini, kastı, taksiri, ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenleri düzenleyen hükümlere göre değerlendirme yapılacaktır.²²

¹⁷ GÜNAY, Erhan (2007), *Uygulamalı 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu ve İlgili Mevzuat*, Ankara, 2007, Seçkin Kitabevi, s.117.

¹⁸ ÖZEN, Mustafa, *Kaçakçılık Kanununda Düzenlenen Suçlar*, Adalet Yayınları, Ankara, 2015, s. 145.

¹⁹ ÖZEN, s.145.

²⁰ KARAHAN, Hasan Sefa, *5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Kapsamında Gümrük Kaçakçılığı Suçları*, Yüksek Lisans Tezi, Trabzon Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Trabzon, 2022, s.89.

²¹ TCK, Md. 30; “ Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır.”

²² ERGİN, Yusuf, *5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Kapsamında Kaçakçılık Suçları*, İstanbul Aydın Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019, s.116.

5607 sayılı KMK m. 3/8 kapsamındaki suç için teşebbüs mümkündür. İhraç edilmesi yasak eşyanın gümrük idaresince yapılacak kontrol veya muayene sırasında bulunması halinde suça teşebbüs şartları gerçekleşmiş sayılacaktır. Ancak 5607 sayılı KMK m 3/21’de “Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan fiiller, teşebbüs aşamasında kalmış olsa bile, tamamlanmış gibi cezalandırılır.” denilerek suçun teşebbüs aşamasında kalması durumunda dahi tamamlanmış suç gibi cezaya verilmesine hükmedilmiştir.²³

Suçta iştirak kapsamında değerlendirildiğinde ise, Söz konusu suç, münferit olarak işlenebileceği gibi iki kişi ile iştirak halinde ve üç veya daha fazla kişinin katılımı ile toplu halde veya bir örgütün faaliyeti çerçevesinde de işlenebilir. Suça katılan kişilerin, suç ortağı, yardım eden ya da azmettiren, suç örgütü kuran, yöneten veya örgüt üyesi olup olmadıkları ve bağlılık kuralı bakımından TCK’nın 37., 38., 39., 40. ve 220. maddeleri hükümlerine göre değerlendirme yapılması gerekmektedir.²⁴

5607 sayılı KMK’da içtima ile ilgili özel bir hüküm bulunmamaktadır. Mezkûr madde hükmü içtima açısından kendi içerisinde bilinen bir kuralı tekrar etmiştir. Buna göre ihracı yasak eşyanın ülkeden çıkarılması ile başka bir kanunda sayılan ve daha ağır bir yaptırıma bağlanan suç meydana gelmişse daha ağır olan suça göre cezalandırma yoluna gidilecektir. Diğer bir konu zincirleme suç hükümlerinin uygulama alanı bulmasıdır. Bu suç açısından ayrı ayrı işlenen fiiller arasında psikolojik bir bağın varlığı ile söz konusu olan zincirleme suç, yakalanmamak için elindeki malı ayrı ayrı yurt dışına çıkaran kişinin fiillerinde ortaya çıkar.²⁵ Böylece ortak bir karar çerçevesinde birden fazla işlenen fiiller zincirleme suç olarak değerlendirilir. Ayrıca bu suçun belgede sahtecilik yapılarak işlenmesi halinde ayrıca sahtecilik suçundan da ceza verilecektir.²⁶

5607 sayılı KMK m. 17’ye göre bu kanun kapsamındaki suçlara ilişkin yargılamanın yapılacağı görevli mahkemeler asliye ceza mahkemeleri olarak belirlenmiştir. Ancak maddenin devamında belirtildiği üzere; eğer bu madde kapsamında yer alan suçların işlenmesi sırasında resmî belgede sahtecilik suçunun da işlendiği anlaşıyor ise görevli mahkeme ağır ceza mahkemesi olacaktır. 5607 sayılı KMK’da yetki ile ilgili özel bir kurala yer verilmediği için; genel kural olan CMK m. 12, KMK kapsamında da uygulanacaktır. Yani 5607 sayılı KMK kapsamında bir suçun işlenmesi durumunda yetkili olacak olan mahkeme; suçun işlenmiş bulunduğu yerdeki asliye ceza mahkemesi olacaktır.²⁷

Kanunda yer alan ihracat kaçakçılığı ile ilgili ikinci ihlal ise, ihracı gerçekleşmediği halde gerçekleşmiş gibi göstererek haksız kazanç elde etmektir. Yani hayali ihracat gerçekleştirilmesidir. 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunun 3. Maddesinin dokuzuncu fıkrasında “İlgili kanun hükümlerine göre teşvik, sübvansiyon veya parasal iadelerden yararlanmak amacıyla ihracat gerçekleşmediği hâlde gerçekleşmiş gibi gösteren ya da gerçekleştirilen ihracata konu malın cins, miktar, evsaf veya fiyatını değişik gösteren kişi,

bir yıldan beş yıla kadar hapis ve on bin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır. Beyanname ve eki belgelerde gösterilen ile gerçekte ihraç edilen eşya arasında yüzde onu aşmayan bir fark bulunması halinde, sadece 27/10/1999 tarihli ve 4458 sayılı Gümrük Kanunu hükümlerine göre işlem yapılır” şeklinde ilgili suç düzenlenmiştir.

18.06.2014 tarihinden önce “haksız çıkar sağlayan” ibaresi kanunda yer almaktaydı. 6545 sayılı Kanun ile getirilen değişiklikle bu ibare kanundan çıkarılmıştır. Bu sayede kanun maddesinde belirtilen hareketlerin yapılması sonucunda suçun oluşması için haksız çıkar sağlama şartı kaldırılmıştır. Bu da suçun yalnızca yararlanma amacıyla yapılabileceği illa haksız bir çıkar sağlama amacının olmadığı anlamına gelmektedir. Bu hareketlerden herhangi birinin gerçekleşmesi suçun oluşması için yeterli görülmüştür.²⁸

Bu suç sırf hareket suçudur. Bu seçimlik harekete bağlı olarak suçun işlenebilmesi için haksız çıkarın (teşvik, sübvansiyon veya parasal iadelerden yararlanmak) elde edilmesi zorunlu değildir.²⁹ Evrak sahteciliği bu suçun vazgeçilmez bir unsurudur. O kadar ki, evrak sahteciliği olmaksızın, bu tür bir kaçakçılık suçunun işlenmesi mümkün değildir.³⁰

Uygulamada hayali ihracat olarak bilinen bu durum, hiç ihracat yapılmadığı halde ihracat gerçekleşmiş gibi ya da ihracat gerçekleşmiş olmasına rağmen ihracata konu olan eşyanın cinsinin veya miktarının gerçek dışı beyan edildiği durumlarda kaçakçılık suçu ortaya çıkmaktadır. İlgili maddede ayrıca beyan edilen eşya ile ihraç edilen eşya arasında %10’u aşmayan bir farklılık olursa bu durumda Gümrük kanuna göre yaptırım uygulanacağı belirtilmektedir.³¹

Hayali ihracatta asıl amaç, devletin ihracatı desteklemek için sağlamış olduğu avantajlardan yararlanarak haksız kazanç elde etmektir. Ticari faaliyetlerde karşımıza çıkan hayali ihracat yöntemleri ise şunlardır.³²

- İhracat gerçekleşmediği halde belgeler üzerinde yapılmış gibi gösterilerek haksız kazanç elde edilmesi,
- Kıymetli ürün ihraç ediyor gibi göstererek ticari değeri bulunmayan malın ihracı,
- Ürünün fiyatını gerçeğinden çok daha yüksek göstermek, ihracatı teşvik için kullanılan iade vb. avantajlardan yüksek kar sağlamak,
- Belgelerdeki eşya ile gönderilen eşyanın farklı olması,
- İşlenmemiş malı işlenmiş gibi gösterilerek ihracat yapıp çıkar elde edilmesi,
- Eşyanın gerçek miktarından daha fazla beyan edilmesi, beyannamede ürünün miktarı fazla gösterilerek ihracatı gerçekleşmeyen miktar aracılığıyla da devletten haksız gelir elde etmek,
- Dahilde işleme rejimine aykırı davranılarak, ihracatı gerçekleştirilecek mal serbest dolaşıma sokularak hayali belge ile ihracat gerçekleştirilmiş gibi gösterilmek suretiyle kazanç sağlamak,
- İhracatını gerçekleştirmediği eşya üzerinden devletten KDV iadesi almak” gibi türlerle karşımıza çıkmaktadır.

²³ KARAHAN, s.103.

²⁴ ÇİLESİZ, s.319

²⁵ SANCAR YALÇIN, *Türkan “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda “Zincirleme Suç”, TBB Dergisi, Sayı 70, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2007-70-322>, s.254*

²⁶ ERTEM, s.63.

²⁷ KARAHAN, s.93.

²⁸ KARAHAN, s.94.

²⁹ ÖZEN, s.161.

³⁰ YURTCAN, *Erdener, Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Şerhi, 6. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s.100.*

³¹ AKÇİN, s.315.

³² GÜNAY, s.122.

5607 sayılı KMK, uygulamada “hayali ihracat” olarak adlandırılan bu suçla ekonomik gelişim açısından oldukça önemli olan ihracat teşvik ve vergi muafiyetlerinin suiistimal edilmesini önlemek istemektedir. Zira çeşitli yöntemlerle ihracat yapmadığı halde yapmış görünen kişi ve işletmeler yapmadıkları ihracatla ekonomiye katkıda bulunmamakta ve aynı zamanda vergi iadeleri veya başka teşvikler alarak kamu maliyesini zarara uğratmaktadır. Bu suçu işleyen kişiler ayrıca sahtecilik vb. suçlarda işleyebilmekte ve güveni sarsıcı hareketlere girişebilmektedir. Dolayısıyla kanun koyucu ekonomik düzeni ve bu düzen üzerinde devletin egemenlik hakkını korumak üzere bu suçu ihdas etmiştir.³³

KMK’nun 3/9. Maddesinin birinci cümlesindeki fiilleri işleyen herkes suçun faili olarak kabul edilebilir. Başka bir deyiş ise, Gümrük idaresine beyanname vererek 3/9. maddeye muhalefet ile ihracat yapmaya yetkili herkes bu suçun faili olabilir.

Hükümde tanımlanan suç fiilinin maddi unsuru ihracat gerçekleşmediği halde gerçekleşmiş gibi göstererek haksız çıkar sağlama veya ihracata konu malın, cins, miktar, evsaf veya fiyatını değişik göstermek hareketleri bu suçun maddi unsurunu oluşturmaktadır. Fail, fıkra da belirtilen hareketleri, teşvik, sübvansiyon veya parasal iadelerden yararlanmak amacıyla yapmalıdır. Fıkra kapsamında belirtilen hareketler seçimliktir. Sadece bir veya birkaçı birlikte işlense dahi tek suçtan ceza verilecektir. Fıkra kapsamında cezalandırılan hareketler şunlardır: a-) İhracat gerçekleşmediği hâlde gerçekleşmiş gibi göstermek (hayali ihracat) b-) Gerçekleştirilen ihracata konu malın cinsini, miktarını, evsafını, fiyatını değişik göstermektir. Dikkat edilmelidir ki, suçun oluşumu için bu hareketlerin, ilgili kanunlarda öngörülen teşvik, sübvansiyon veya parasal iadelerden yararlanmak amacıyla yapılması gerekir. İhracat gerçekleşmediği halde gerçekleşmiş gibi göstermek hareketi gerçeği yansıtmayan beyanname ve eki belgelerin ya gümrük idaresine hiç gitmeden elektronik ortamda veya gümrük idaresine gidilerek verilmesi suretiyle gerçekleştirilebilir.³⁴

5607 sayılı KMK m. 3/9 kapsamındaki suçun maddi unsurunun kasten gerçekleştirilmesi bu suçun manevi unsurunu oluşturmaktadır. Yani bu suçun bilerek ve istenerek işlenmesi gerekmektedir. Kastın bulunmadığı halde suçun varlığından bahsedilemeyecektir. Fıkra da görüleceği üzere bu suçun oluşması için ilgili kanun hükümleri gereğince teşvik, sübvansiyon veya parasal iadelerden yararlanabilmek için gerçekleşmemiş olan ihracatı gerçekleşmiş gibi gösterilme veya gerçekleştirilmiş olan ihracata konu eşyanın cins, miktar, evsaf veya fiyatını farklı göstermek eylemlerinden birinin yapılması gerekmektedir. Eğer bu hareketlerin gerçekleşmesi sırasında fiili hatalar olmuşsa bu durum kastı kaldıracığı için suç oluşmayacaktır. Örneğin malın cinsinin, miktarının veya fiyatının gösterilmesinde hata ile bir yanlışlık yapılmış ise bu durumda suç oluşmayacaktır. Fıkra da yer alan birinci hareket yararlanma amacı içerdiği için özel kastla işlenebilen bir suçtur. Özel kast yok ise suç oluşmamıştır. Aynı durum ikinci hareket içinde geçerlidir.³⁵

5607 sayılı KMK m. 3/9 kapsamındaki suç için teşebbüs mümkündür. Kanun metninden de anlaşılacağı üzere işbu suç sırf hareket suçudur. Sırf hareket suçları açısından

teşebbüs konusu öğretide tartışmalı bir unsurdur. Ancak KMK m. 3/21 ile bu durumun bir sorun olmasının önüne geçilmiştir. 5607 sayılı KMK m 3/21’de “Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan fiiller, teşebbüs aşamasında kalmış olsa bile, tamamlanmış gibi cezalandırılır.” denilerek suçun teşebbüs aşamasında kalması durumunda dahi tamamlanmış suç gibi cezaya verilmesine hükmedilmiştir. Kanun koyucu bu madde ile ana kuraldan ayrılmış ve KMK kapsamındaki suçlara karşı mücadelede etkin bir yol izlemeyi tercih etmiştir³⁶.

Söz konusu suç, münferit olarak işlenebileceği gibi iki kişi ile iştirak halinde ve üç veya daha fazla kişinin katılımı ile toplu halde veya bir örgütün faaliyeti çerçevesinde de işlenebilir. Suça katılan kişilerin, suç ortağı, yardım eden ya da azmettiren, suç örgütü kuran, yöneten veya örgüt üyesi olup olmadıkları ve bağlılık kuralı bakımından TCK’nın 37., 38., 39., 40. ve 220. maddeleri hükümlerine göre değerlendirme yapılması gerekmektedir. Bu Kanunun kaçakçılık fiillerinin nitelikli hallerini düzenleyen 4/1. ve 2. fıkra hükümleri de ayrıca gözetilmelidir.³⁷

5607 sayılı KMK m. 4/1’de “*Bu Kanunda tanımlanan suçların bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, verilecek ceza iki kat artırılır.*” denilmektedir. 5607 sayılı KMK m. 4/2’de “*Bu Kanunda tanımlanan suçların üç veya daha fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.*” denilmektedir.

5607 sayılı KMK’da içtima ile ilgili özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle genel kanun olan TCK’ya gidilmelidir. TCK’nın 42,43 ve 44. maddeleri çerçevesinde değerlendirme yapılmalıdır. Ancak burada bir istisna bulunmaktadır. KMK m. 4/5’de “Bu Kanunda tanımlanan suçların belgede sahtecilik yapılarak işlenmesi halinde, ayrıca bu suçtan dolayı da cezaya hükmolunur.” denilerek bu kanun kapsamındaki suçlarında işlenmesinde belgede sahtecilik suçu da işlenirse fail hakkında ayrıca belgede sahtecilik suçunda ceza verileceği ifade edilmiştir. 5607 sayılı KMK m. 3/9 kapsamındaki suçun içtima açısından değerlendirildiğinde; işbu suç eğer bir suç işleme kararı çerçevesinde birden fazla farklı zamanda işlenmiş ise zincirleme suç hükümlerine gidilecektir. Bu durumda birden fazla suçtan değil tek bir suçtan bahsedilir ancak verilecek ceza artırılır. Bu suçun işlenmesi sırasında sahte belge kullanılıyor ise hem KMK m. 3/9 hem de TCK m. 212’den cezalandırma yapılacaktır.³⁸

5607 sayılı KMK m. 17’ye göre bu kanun kapsamındaki suçlara ilişkin yargılamanın yapılacağı görevli mahkemeler asliye ceza mahkemeleri olarak belirlenmiştir. Ancak maddenin devamında belirtildiği üzere; eğer bu madde kapsamında yer alan suçların işlenmesi sırasında resmî belgede sahtecilik suçunun da işlendiği anlaşıyor ise görevli mahkeme ağır ceza mahkemesi olacaktır. Yetkili mahkeme ise suçun işlenmiş olduğu yerdeki asliye ceza ve/veya ağır ceza mahkemeleridir.

³³ ERTEM, s.65.

³⁴ ÇİLESİZ, s.98.

³⁵ KARAHAN, s.98

³⁶ KARAHAN, s.99.

³⁷ ERGİN, s.121.

³⁸ ERGİN, s. 139, KARAHAN, s.100

SONUÇ

Gümrükler hem ekonomik koşulların hem de güvenlik koşullarının büyük önem arz ettiği stratejik noktalardır. Sürekli değişen ve gelişen ticari koşullarla birlikte kaçakçılık faaliyetleri de her geçen gün değişiklik göstermektedir. Kaçakçılık suçları, devletlerin egemenliğinin ihlal edildiği ve vergi kayıplarından dolayı ciddi ekonomik zararların ortaya çıktığı devletlerin mücadele etmekte zorlandığı suçların başında gelmektedir. Ayrıca suç örgütlerinin maddi gelir sağlamasına neden olması sebebiyle de önem verilmesi gereken bir suç şeklidir. Kaçakçılık, ülkemizde başta Türk Ceza Kanunu ve Gümrük Kanunu olmak üzere birçok yasal düzenlemenin konusu içerisine girse de kaçakçılığın temel kanunu olan 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunudur. Bu kanun kaçakçılık suçları ile mücadelenin hukuki yönünü, izlenecek usul ve esasları ortaya koymaktadır.

Çalışmamızda 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu ele alınarak, bu kanun içerisinde gümrük kaçakçılığı kapsamına giren fiiller belirlenmiş ve ihracat kaçakçılığı suçu detaylı bir şekilde incelenmiştir. Kaçakçılık fiillerinin çerçevesinin kanunun ikinci bölümünde yer alan 3.madde’de ele alındığı tespit edilmiştir. Burada yer alan gümrük kaçakçılığı fiilleri 4 alt başlığa ayrılmaktadır. Bu başlıklar ise; İthalat Kaçakçılığı, İhracat Kaçakçılığı, Akaryakıt Kaçakçılığı Suçları, Tütün ve Alkollü İçkiye İlişkin Suçlar olarak karşımıza çıkmaktadır.

5607 Sayılı Kanunun 3. Maddesinin ilk yedi fıkrasının ithalat suçlarını, sekizinci ve dokuzuncu fıkraların ihracat suçlarını, on ve on beş arasında kalan fıkraların akaryakıt kaçakçılığı suçlarını, on beş ile yirminci fıkralar arasında kalan fıkraların ise tütün ve alkollü içkiye ilişkin suçları kapsadığı tespit edilmiştir.

Detaylandığımız ihracat kaçakçılığı suçlarında iki türlü ihlal olduğu tespit edilmiştir. Birinci ihlal, ihracı kanunen yasak olan eşyayı ihraç etme suçu olduğu görülürken, ikinci ihlalin ise, ihracı gerçekleşmediği halde gerçekleşmiş gibi göstererek haksız kazanç elde etmek olduğu görülmüştür. Bu suçların faili, mağduru, maddi ve manevi unsurları, suçun özel görünüş şekilleri, yaptırımları, görevli ve yetkili mahkemeleri net bir şekilde ortaya konulmuştur.

Sonuç olarak kaçakçılık suçları ticari ve teknolojik değişimlerle sürekli şekil olarak farklılık gösteren ve devletleri ciddi zararlara uğratan suçlardan birisidir. Bu kapsamda sürekli yasal düzenlemelerin bu değişimlere ayak uyduracak seviyede gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde devletler maddi, manevi ve güvenlik gibi birçok unsorda ciddi zararlar yaşayacaktır. Ayrıca kaçakçılık suçlarında farklı kanunların bir arada uygulanması karışıklığa ve dağınıklığa sebebiyet vermektedir. Kaçakçılıkla etkin bir mücadele için bu kapsamda bulunan bütün suçların Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu altına alınması ve burada belirlenmesi önem arz etmektedir.

KAYNAKÇA

- AKÇİN R.** (2021), Tüm Yönleriyle Gümrük İşlemleri, Ankara, Poyraz Ofset Matbaacılık.
- ATAYETER, C. ve EROL, A.** (2009), “Türkiye’de Uygulanmakta Olan İhracat Teşvikleri”, Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, (1), 1-26.
- CANITEZ, M.** (2011), Uluslararası Pazarlamada Lojistik ve Uygulamalar. Ankara, Gazi Kitabevi.
- ÇİLESİZ, S.** (2018), İçtihatlı 5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Açıklaması, Ankara, 5. Baskı, Adalet Yayınevi.
- ÇOPUR, İ.** (2014), Gümrük Kaçakçılığıyla Mücadelede Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri; Türkiye Gümrükleri Üzerine Bir Araştırma, Yüksek Lisans Tezi, Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Ekonomi Hukuku Anabilim Dalı, Gaziantep.
- ERGİN, Y.** (2019), 5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Kapsamında Kaçakçılık Suçları, İstanbul Aydın Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul.
- ERTEM, C.** (2022), 5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununa Göre Gümrük Kaçakçılığı Suçları, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara.
- GÜNAY, E.** (2007), Uygulamalı 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu ve İlgili Mevzuat, Ankara, Seçkin Kitabevi.
- KARAHAN, H.** (2022), 5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Kapsamında Gümrük Kaçakçılığı Suçları, Yüksek Lisans Tezi, Trabzon Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Trabzon.
- KARAKAŞ, B.** (2004), Türk hukukunda gümrük kaçakçılığı suçları, Turhan Kitabevi.
- ÖZEN, M.** (2015) 5607 sayılı Kaçakçılık Kanununda Düzenlenen Suçlar. Ankara: Adalet Yayınevi.
- SANCAR YALÇIN, T.** (2007) Yeni Türk Ceza Kanunu’nda “Zincirleme Suç”, TBB Dergisi, Sayı 70, <http://tbdergisi.barobirlik.org.tr/m2007-70-322>, s.254
- ŞENTÜRK, C.** (2016), Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu’nda Yer Alan İthalat Kaçakçılığı Suçları, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, İzmir.
- TÜRK HUKUK KURUMU** (1991), Türk Hukuk Lügati, Başbakanlık Basımevi, Ankara.
- YURTCAN, E.** (2019). Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Şerhi, 6. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara

İnternet Kaynakları

<http://sozluk.gov.tr/>

<http://tbdergisi.barobirlik.org.tr>

YARGI KARARLARI

1) Yıkılan binanın müteahhidine, gerekli izinleri veren belediyeye ve ilgili bakanlığa karşı asliye hukuk mahkemesinde birlikte tazminat davası açılmaz. Belediye ve bakanlık aleyhine açılan davanın ayrılması, bu kişilere karşı idare mahkemesinde tam yargı davası açılması gerekir.

Uyuşmazlık Mahkemesi, 12.11.2001

Hukuk Bölümü 2001/87 E., 2001/94 K.

“İçtihat Metni”

OLAY : 17.8.1999 günü meydana gelen deprem sonucunda, ikamet ettiği dairenin bulunduğu binanın çökmesi nedeniyle davacının eşi ve bir çocuğu ile o gece misafir olarak kalan eşinin yeğeni Gökhan Öztürk ölmüş; kendisi ile diğer iki çocuğu, yaralı olarak enkazdan çıkarılmıştır. Davacı vekili, fazlaya ilişkin haklar saklı kalmak kaydıyla, destekten yoksunluk karşılığı davacının eşinden dolayı 10,000,000,000.- TL. ve kızından dolayı 1,000,000,000.- TL. ile bina ve eşyalar için 15,000,000,000.- TL. olmak üzere toplam 26,000,000,000.- TL. maddi ve ayrıca 50,000,000,000.- TL. manevi tazminatın, 17.8.1999 tarihinden itibaren işleyecek T.C. Merkez Bankasının mevduata uyguladığı en yüksek faiziyle birlikte, davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline hükmedilmesi istemiyle, 14.1.2000 gününde adli yargı yerinde dava açmıştır.

Davalılardan, Halidere Belediye Başkanlığı ile Bayındırlık ve İskan Bakanlığı vekillerince verilen birinci savunma dilekçelerinde, dava dilekçesinde de açıkça belirtildiği üzere, idarelerine karşı hizmet kusuru esasına dayanılarak açılan davada idari yargının görevli olduğu ileri sürülerek görev itirazında bulunulmuştur.

GÖLCÜK ASLİYE HUKUK MAHKEMESİ; 12.4.2001 günlü celsesinde E: 2000/48 sayı ile, dava konusu bina ile ilgili imara açma veya ruhsat verme, kontrol etmeme gibi oluşabilecek kusurların, idare mahkemesinin görev alanına giren nitelikte idari işlem olmadığı gerekçesiyle, davalı idarelerin görev itirazlarının reddine karar vermiştir. Davalı idarelerin vekillerince, (Bayındırlık ve İskan Bakanlığınca) süresinde verilen dilekçe ile, olumlu görev uyuşmazlığı çıkarılması istemiyle başvuruda bulunulması üzerine dilekçe ve ekleri, Danıştay Başsavcılığına gönderilmiştir.

DANIŞTAY BAŞSAVCISI; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 2/1-b. maddesinde, idari eylem ve işlemlerden dolayı hakları muhtel olanlar tarafından açılacak tam yargı davalarının idari dava türü olarak belirtildiği; olayda, davacının bağımsız bölümünün yer aldığı binanın beton imalatı ve demir işçiliğinin teknik ve bilimsel verilere uygun yapılmadığı, ayrıca deprem bölgesindeki yapının imar planlarına uygunluğunun davalı Belediye ile Bayındırlık ve İskan Bakanlığı tarafından yeterince denetlenmediği iddiasının öne sürüldüğü; tazminat isteminin dayanağı olan bu iddianın, esasen kamu hizmetini yürütmekle görevli ve yetkili kılınmış idarelerce bu hizmetin gereği gibi

yürütülmediğine ilişkin olduğu; bu durumda, kamu hizmetinin kamu yararına uygun olarak yapılmamasından kaynaklanan zararların giderilmesi ancak idari yargı yerinde açılacak tam yargı davası ile mümkün bulunduğundan Gölcük Asliye Hukuk Mahkemesinin görevlilik kararının kaldırılması gerektiği gerekçesiyle, idari yargı yararına olumlu görev uyuşmazlığı çıkarmış olup, 2247 sayılı Yasa’nın 10. maddesine göre görev konusunun incelenmesini Uyuşmazlık Mahkemesi’nden istemiştir.

Başkanlıkça, 2247 sayılı Yasa’nın 13. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısından yazılıdüşüncesi istenilmiştir.

YARGITAY CUMHURİYET BAŞSAVCISI; Dava dilekçesi incelendiğinde, yıkılan binanın yapımı sırasında binada kullanılan malzeme ve işçiliğin davalı idareler tarafından yeterince denetlenmediğinin ileri sürüldüğü; dava konusu tazminat isteğinin dayanağını, davalı idarelerce kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmemesi nedeniyle oluşan hizmet kusurunun oluşturduğu; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 2. maddesine göre, idari eylem ve işlemlerden dolayı hakları muhtel olanlar tarafından açılacak tam yargı davalarının idari yargı yerinde çözümleneceği; bu durumda, hizmet kusuruna dayanan sözkonusu davanın idari yargı yerinde çözümlenmesi gerektiğinden Danıştay Başsavcılığının 2247 sayılı Kanunu’nun 10. maddesine göre yapmış olduğu başvurunun kabulü gerektiği yolunda yazılı düşünce vermiştir.

İNCELEME VE GEREKÇE: Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü’nün, Ali HÜNER’in Başkanlığında, Üyeler: Yılmaz DERME, Ümran SAYIŞ, Bekir AKSOYLU, Sabriye KÖPRÜLÜ, Ertuğrul TAKA ve Turgut ARIBAL’ın katılımlarıyla yapılan 12/11/2001 günlü toplantısında, Raportör-Hakim İsa YEĞENOĞLU’nun davanın idare aleyhine açılan kısmının çözümünde idari yargının görevli olduğu yolundaki raporu ile Danıştay Başsavcısının idari yargı yararına olumlu görev uyuşmazlığı çıkarılmasına ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının davanın idareye yönelik kısmında idari yargının görevli olduğuna ilişkin düşünce yazıları ve dosyadaki belgeler okunduktan; ilgili Başsavcılarca görevlendirilen Yargıtay Cumhuriyet Savcısı Mustafa EKİNCİ ile Danıştay Savcısı Emin Celalettin ÖZKAN’ın yazılı düşünceler doğrultusundaki açıklamaları da dinlendikten sonra GEREĞİ GÖRÜŞÜLÜP DÜŞÜNÜLDÜ:

USULE İLİŞKİN İNCELEME:

Başvuru dilekçesi ve ekleri üzerinde 2247 sayılı Yasa’nın 27. maddesi gereğince yapılan incelemeye göre, davalı idarelerce anılan Yasa’nın 10. maddesinde öngörülen şekilde görev itirazında bulunulduğu ve Bayındırlık ve İskan Bakanlığı vekilince 12. maddede öngörülen süre içinde başvurulduğu, bu nedenle Danıştay Başsavcısı tarafından Yasa’da öngörülen usul ve yönetime uygun biçimde olumlu görev uyuşmazlığı çıkarıldığı anlaşılmakta olup, esas inceleme yapılmasına oybirliği ile karar verilmiştir.

ESASA İLİŞKİN İNCELEME:

Davacı vekili, davalılardan yapı kooperatifi yöneticileri ile yüklenici müteahhitler ve fenni

mesulün, yer ve malzeme seçimi ile inşaatın depreme dayanıklı yapılması bakımından özen borcu kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirmediklerini; diğer davalılar Halidere Belediye Başkanlığı ile Bayındırlık ve İskan Bakanlığının ise, aktif haldeki fay hattının iskana açılması ve inşaatın plan ve projeye uygunluğunun denetlenmesi bakımından hizmet kusuru esasına göre kusurlu ve sorumlu olduklarını ileri sürerek, fazlaya ilişkin haklar saklı kalmak kaydıyla, toplam 76,000,000,000.- TL. maddi ve manevi tazminatın, deprem tarihinden itibaren faiziyle birlikte, davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline hükmedilmesi istemiyle dava açmıştır. Anayasa'nın 125. maddesinin son fıkrasında, idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu kurala bağlanmış; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2/1-b. maddesinde, idari eylem ve işlemlerden dolayı hakları ihlal edilenler tarafından açılan tam yargı davaları, idari dava türleri arasında sayılmıştır.

Olayda, davacı vekilince ileri sürülen hususlara göre, davanın Halidere Belediye Başkanlığı ile Bayındırlık ve İskan Bakanlığı yönünden hizmet kusuru esasına dayanarak açıldığı anlaşılmakta olup; kamu hizmetinin yöntemine ve hukuka uygun olarak yürütülüp yürütülmediğinin, hizmet kusuru veya başka nedenle idarenin sorumluluğu bulunup bulunmadığının idare hukuku ilkelerine göre saptanması gerekmektedir.

Bu durumda, davanın Halidere Belediye Başkanlığı ile Bayındırlık ve İskan Bakanlığı aleyhine açılan kısmının, 2577 sayılı Yasa'nın 2/1-b. maddesinde yer alan tam yargı davası kapsamında görüm ve çözümünde idari yargı yerlerinin görevli olduğu açıktır. Belirtilen nedenlerle, Danıştay Başsavcısının başvurusunun kabulü ile davanın Halidere Belediye Başkanlığı ile Bayındırlık ve İskan Bakanlığı aleyhine açılan kısmı yönünden Gölcük Asliye Hukuk Mahkemesi'nce verilen görevlilik kararının kaldırılması gerekmektedir.

SONUÇ : Davanın Halidere Belediye Başkanlığı ile Bayındırlık ve İskan Bakanlığına yönelik kısmının çözümünde İDARİ YARGININ görevli olduğuna, bu nedenle Danıştay Başsavcısının başvurusunun KABULÜ ile, Gölcük Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 12.4.2001 gün ve E: 2000/48 sayılı GÖREVLİLİK KARARININ KALDIRILMASINA, 12.11.2001 gününde KESİN OLARAK OYBİRLİĞİ ile karar verildi.

2) Enkaz altında kalan eşyanın ve buna bağlı olarak uğranılan maddi zararın tam olarak tespitin mümkün olmaması halinde hakim TBK m.50/2 hükmünü uygulayarak yaklaşık bir tazminata hükmetmelidir

3. Hukuk Dairesi 2016/22198 E. , 2018/10352 K.

“İçtihat Metni”

MAHKEMESİ: ASLİYE HUKUK MAHKEMESİ

Taraflar arasındaki tazminat (asıl ve birleşen davada) davasının mahkemece yapılan yargılaması sonucunda, davanın asıl davanın kısmen kabulüne; birleşen davanın kabulüne

yönelik olarak verilen hükmün, süresi içinde davalı ... tarafından temyiz edilmesi üzerine; temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra, dosya içerisindeki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü:

YARGITAY KARARI

Davacı, 23/10/2011 tarihinde... 'de meydana gelen deprem nedeniyle kiracı olarak yaşamakta oldukları binanın gerek ayıplı inşa, gerekse bakım eksikliği nedeniyle yıkıldığını, davalının binanın maliki olduğunu, konuya ilişkin soruşturmanın ... Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından sürdürüldüğünü, evin tamamen yıkılması nedeniyle ev eşyalarının kullanılamayacak duruma geldiğini, dilekçede saydığı eşyalar ile ilgili zararının yaklaşık olarak 30.000,00 TL olduğunu, ayrıca eşi ve iki çocuğunun da evin enkazı altında kalarak hayatlarını kayb ettiklerini ileri sürerek, ev eşyaları bakımından fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak üzere şimdilik 15.000 TL, destekten yoksun kalma tazminatı ile cenaze vb. masrafları için şimdilik 100.000 TL maddi ve 275.000 TL (fazlaya ilişkin haklarının saklı tutularak,) manevi tazminatın davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsili ile hükmedilecek tazminata 23/10/2011 tarihinden itibaren faiz yürütülmesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı, deprem mücbir sebep olduğundan illiyet bağının kesildiğini, kendisine sorumluluk yüklenemeyeceğini, bina ile ilgili tüm tedbirleri aldığını, davacının binadaki yapım bozukluğu ve bakım eksikliğini ispat yükü altında olduğunu, ev eşya zararının somutlaştırılması gerektiğini, yine eşyaların ikinci el olduğunun dağözetilmesi gerektiğini, davacının eşi ve çocuklarının deprem nedeniyle değil, sobadan çıkanyangın neticesinde vefat ettiklerini, illiyet bağının kesildiğini savunarak, davanın reddini istemiştir.

Birleşen davada davacı, aynı olay nedeniyle kendisinin de annesi ve kardeşlerinin kaybettiğini ileri sürerek, lehine 40.000 TL manevi tazminata hükmedilmesini talep ve dava etmiştir. Mahkemece; ana dosya olan 2014/82 esas sayılı dosyada davanın kısmen kabulü ile; davacı ... için hesap edilen 169.109,19 TL destekten yoksun kalma tazminatı, 5.000,00 TL cenaze ve defin gideri, 15.000,00 TL eşya zararı ve 80.000 TL manevi tazminatın deprem tarihi olan 23/10/2011 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan (diğer olabilecek sorumluların kusurlarından müştereken ve müteselsilen sorumlu olmak kaydıyla ve tahsilde tekerrüre yol açmayacak şekilde) tahsili ile davacı ... 'e verilmesine, fazlaya ilişkin taleplerin reddine; Birleşen mahkemenin 2015/202 Esas sayılı dosyasında davanın kabulü ile; 40.000 TL manevi tazminatın deprem tarihi olan 23/10/2011 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan (diğer olabilecek sorumluların kusurlarından müştereken ve müteselsilen sorumlu olmak kaydıyla ve tahsilde tekerrüre yol açmayacak şekilde) tahsili ile davacı ... 'e verilmesine karar verilmiş, hüküm davalı tarafından temyiz edilmiştir.

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine göre, davalının sair temyiz itirazlarının reddi gerekir. **2-** Bir mahkeme hükmünde, tarafların iddia ve savunmalarının özetinin, anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususların, çekişmeli vakıalar hakkında toplanan delillerin, delillerin tartışılması ve değerlendirilmesinin, sabit görülen vakıalarla, bunlardan çıkarılan sonuç ve hukuki sebeplerin birer birer, şüphe ve tereddüt uyandırmayacak

şekilde hükümde gösterilmesi gereklidir. Bukısım, hükmün gerekçe bölümüdür. Gerekçe, hakim (mahkemenin) tespit etmiş olduğu maddi vakıalar ile hüküm fıkrası arasında bir köprü görevi yapar. Gerekçe bölümünde hükmündeyandığı hukuki esaslar açıklanır. Hakim, tarafların kendisine sundukları maddi vakıaların hukuki niteliğini (hukuk sebepleri) kendiliğinden (re'sen) araştırıp bularak hükmünü dayandırdığı hukuk kurallarını ve bunun nedenlerini gerekçede açıklar. Hakim, gerekçe sayesinde verdiği hükmün doğru olup olmadığını, yani kendini denetler. Üst mahkemede, bir hükmün hukuka uygun olup olmadığını, ancak gerekçe sayesinde denetleyebilir. Taraflar da ancak gerekçe sayesinde haklı olup olmadıklarını daha iyi anlayabilirler. Bir hüküm, ne kadar haklı olursa olsun, gerekçesiz ise tarafları doyurmaz (Kuru, Baki/ Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder; Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı 6100 sayılı HMK'na Göre Yeniden Yazılmış, 22 Baskı, Ankara 2011, s.472). Anayasa'nın 141. maddesi gereğince bütün mahkemelerin her türlü kararlarının gerekçeli olması gereklidir. Gerekçenin önemi Anayasal olarak hükme bağlanmakla gösterilmiş olup gerekçe ve hüküm birbirine sıkı sıkıya bağlıdır. Yasanın aradığı anlamda oluşturulacak kararların hüküm fıkralarının açık, anlaşılır, çelişkisiz, uygulanabilir olmasının gerekliliği kadar; kararın gerekçesinin de, sonucu ile tam bir uyum içinde, o davaya konu maddi olguların mahkemece nasıl nitelendirildiğini, kurulan hükmün hangi nedenlere ve hukuksal düzenlemelere dayandırıldığını ortaya koyacak; kısaca, maddi olgular ile hüküm arasındaki mantıksal bağlantıyı gösterecek nitelikte olması gerekir. Bütün mahkemelerin her türlü kararlarının gerekçeli olarak yazılması gerektiğini öngören Anayasanın 141/3. maddesi ve ona koşut bir düzenleme içeren 6100 sayılı HMK. nun 297. (Mülga HUMK. nun 388.) maddesi, işte bu amacı gerçekleştirmeye yöneliktir. Yine HMK. nun 27. maddesinin (HUMK. nun 73.m) 2. bendi "c" bölümünde de hukuki dinlenilme hakkının "Mahkemenin, açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesini ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesini" de içerdiği açıklanarak bu husus vurgulanmıştır. Somut olayda, mahkeme kararının gerekçesinde, davacının depremde zarar gören ev eşyalarının tazmini yönündeki talepleri tartışılmamış, hükmedilen sonuca nasıl varıldığı konusunda herhangi bir açıklama yapılmaksızın bu talebin tümünden kabulüne karar verilmiştir. Bu bakımdan yasanın aradığı anlamda gerekçeli bir hüküm mevcut olmaması ve ortada denetlenebilecek gerekçeli bir karar bulunmaması nedeniyle, mahkemece verilen karar usul ve yasaya uygun görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir. Bununla birlikte depremde zarar gören ev eşyalarına ilişkin zarar miktarı belirlenirken, bu hususta tanıkların bilgilerine yeteri kadar başvurulmamış, davaya konu edilen eşyaların satış ve ikinci el bedelleri araştırılmamış, bir açıklama yapılmaksızın bazı değerler tespit edilmiş ve eşyaların değer konusu netleştirilmemiştir. Mahkemece yalnızca ... Ticaret ve Sanayi Odası'ndan gelen yazı cevabıyla bildirilen, olağan bir evde (aile evinde) bulunması gereken eşya bedellerine ilişkin yazı içeriği değerlendirilmek suretiyle, tahmini verilere dayalı olarak davacının eşya zararına ilişkin tazminat talebinin tümünden kabulüne karar verilmiştir. O halde mahkemece, davacının davaya konu ettiği ev eşyalarının neler olduğu, niteliği ve değerleri belirlendikten sonra yıpranma payı da düşülerek davacının uğradığı gerçek zararın belirlenmesi, diğer taraftan depremin niteliği ve yıkıcı etkisi gözetildiğinde, enkaz altında kalan eşyaların zararının tam (net) olarak tespit edilemeyeceği de gözetildiğinde, dava tarihinde yürürlükte

olan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 42. ve 43. (6098 sayılı TBK'nun 50 ve 51.) maddeleri uyarınca talep edilen miktardan uygun bir indirim yapılması gerekip gerekmediği de değerlendirilmek (tartışılmak) suretiyle uygun bir tazminata hükmedilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Yukarıda birinci bentte açıklanan nedenlerle davalının sair temyiz itirazlarının reddine, ikinci bentte açıklanan nedenlerle hükmün HUMK'nun 428. maddesi gereğince davalı yararına BOZULMASINA ve peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 6100 sayılı HMK'nun geçici madde 3 atfıyla 1086 sayılı HUMK. nun 440. maddesi gereğince kararın tebliğinden itibaren 15 günlük süre içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 22.10.2018 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

3) Kolon eksikliği binanın deprem karşısında tepki vermesinin ve çökmesinin en büyük nedenlerinden biri olup, bu eksiklik binanın yapım aşamasında mevcut ise yapı müteahhidi ve fenni sorumlusu, bina tamamlandıktan sonra gerçekleşirse tadilatı yapan kişi asli kusurlu olacaktır.

12. Ceza Dairesi 2020/4170 E. , 2021/2742 K.

"İçtihat Metni"

Mahkemesi: Asliye Ceza Mahkemesi

Suç: Taksirle öldürme, görevi ihmal

Hüküm:

1-Sanıklar ...ve ...hakkında taksirle öldürme suçu nedeniyle; TCK'nın 85/1, 62/1,50/4-1.a, 52/2-4. maddeleri gereğince mahkûmiyet

2-Sanıklar ..., ... ve ...hakkında görevi ihmal suçu nedeniyle 765 sayılı TCK'nın 102/4, 104/2,5271 sayılı CMK'nın 223/8 maddeleri gereğince düşme

Taksirle öldürme suçundan sanıklar ... ve ...'nın mahkûmiyetine ilişkin hüküm sanık vesanık ... tarafından; sanıklar ..., ... ve ... hakkındaki düşme hükmü ise mahalli Cumhuriyet savcısı ve sanıklar ...ve ...müdafi tarafından temyiz edilmekle, dosya incelenerek gereği düşünüldü:

Olay günü yerel saatle 13:41 sıralarında Erciş ilçesinde, merkez üssü Kasımoğlu Köyü civarı olan, değeri değişik kuruluşlara göre 7,1 ile 7,3 arasında değişen, odak derinliği 19,02 km olan bir depremin meydana geldiği, deprem sırasında zemin+ 3 normal olmak üzere 4 kattan oluşan Yeşilbaş Apartmanının yıkıldığı, 2. katta bulunan 08/08/1998 doğumlu ...'ün göçük altındakaldığı ve hayatını kaybettiği, yapılan ölü muayene işlemi sonucu ölen ...'ün deprem neticesinde meydana gelen yaralanmadan dolayı oluşan iç kanamaya bağlı vefat ettiğinin tespit edildiği, binanın; vefat etmiş olması nedeniyle hakkında ek takipsizlik kararı verilen ... ile sanık ...'a ait olduğu ve inşaatın kendileri tarafından yaptırıldığı, sanık'nın inşaatın teknik uygulamasorumluluğunu üstlenen inşaat mühendisi (fenni mesul) olduğu, sanık ...'nın binaya ait 17/12/1999 tarihli yapı ruhsatını düzenleyen Belediye Fen Memuru, sanık'in ruhsatı kontroleden Belediye Fen İşleri Müdür Vekili, sanık ...'in ise ruhsatı onaylayan Belediye Başkanı olduğu,

Yeşilbaş Apartmanı için hazırlanan ön inceleme ve bilirkişi raporları ile yapılan tespitlere göre binaya ait yapı ruhsatında belirtilen zemin kat yüksekliğinin mimari ve statik proje ile uyumlu olmadığı, elde edilen ortalama basınç dayanımının, 1997 yılında yayınlanan Afet Bölgelerinde Yapılacak Yapılar Hakkındaki Yönetmelikte belirtilen minimum beton sınıfı olan C16'yı sağlamadığı, etriye çapı açısından yeterli olmakla birlikte etriye aralığı açısından yetersizliklerin tespit edildiği, binanın mevcut taşıyıcı elemanlarının donatı detaylandırmasında yetersizlikler olduğu, ön inceleme ve bilirkişi raporları ile proje verilerine göre 16 adet olankolon sayısının 14 adet olarak tespit edildiği, donatı çap ve adetlerinde farklılıklar olduğu, resim ve yapılan analizlere göre parga beton numuneleri içerisinde boyut itibarıyla standart dışı büyüklükte agregalar mevcut olduğu, kopma-uzama oranı itibarıyla ilgili standardın S220 için öngördüğü kriterlerin sağlanmadığı, temel girişlerinin zemin emniyet gerilmesi, kesit ve donatı açısından yetersiz olduğu ve böylece binanın deprem karşısında gerekli tepkiyi ve direnci gösteremediğinden binanın yıkıldığı belirtilmiştir, açıklanan sebeplerle yapı sahibi ...'ın ruhsatı yapı müteahhidi olarak kendisinin gösterildiği de görülmekle asli kusurlu olduğunun; yine yapı fenni mesulü sanık ...'nın asli kusurlu olduğunun belirtildiği,

Binaya ait 16/12/1999 tarihli yapı ruhsatı istek dilekçesi, 17/12/1999 tarih ve 99/220 numaralı yapı ruhsatı, dosya üzerinde yapılan incelemeler, gerekli muvafakat yazıları ve noterevraklarından binanın projelerinin ve inşaatının 1999 yılı ve/veya sonrasında tamamlandığının anlaşıldığı, dosya kapsamında apartmana ait mimari ve statik projelerin mevcut olduğu ancak mevcut olan projelerde isim ve imzaların bulunmadığı, statik hesaplamaların, tesisat projelerinin ve zemin etüt raporunun bulunmadığı, yapım yılı dikkate alındığında 1997 - Afet Bölgelerinde Yapılacak Yapılar Hakkında Yönetmelik kapsamına girdiğinden, binanın statik hesaplamalarında ve projelendirilmesinde, Afet Bölgelerinde Yapılacak Yapılar Hakkındaki Yönetmelik ve İmar Kanunu esaslarına yeterince uyulmadığı, Yeşilbaş Apartmanı inşaatı için verilen 17.12.1999 tarihli yapı ruhsatında, elektrik ve sihi tesisat projesi ve statik hesap raporları olmadan, jeolojik etüt raporu ve zemin etüt raporu düzenlenmeden verilmesi nedeniyle 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 22. maddesi ile 02.10.1999 tarih ve 23804 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan 3030 Sayılı Kanun Kapsamı dışında kalan Belediyeler Tip İmar Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin 34. maddesi ile değişik 57. maddesine aykırı hareket edildiğinden, yapı ruhsatında imzaları olan sanıklar ..., ..., Belediye Fen memuru ...'nın tali kusurlu olduklarının bildirildiği olayda,

1) Sanıklar ..., ... ve ... hakkında kurulan düşme hükmünün incelenmesinde; Sanıklar hakkında açılan kamu davasının, suç tarihinden itibaren 765 sayılı TCK'nın 102/4 ve 104/2. maddesinde öngörülen zamanaşımı süresinin karar tarihi itibarıyla dolduğu, gerekçeleri gösterilerek mahkemece düşmesine karar verilmesinde isabetsizlik bulunmadığından, mahalli Cumhuriyet savcısının, verilen kararın usul ve yasaya aykırı olduğuna ilişkin temyiz itirazlarının reddiyle, davanın düşmesine ilişkin hükmün isteme uygun olarak ONANMASINA,

2) Sanık ... hakkında kurulan mahkumiyet hükmünün temyizen incelenmesinde; Duruşmadan bağışık tutulmaya yönelik bir talebi bulunmayan sanığa,

talimat mahkemesince savunmasını esas mahkemesi huzurunda yapmak isteyip istemediği sorulmadan, sanığın, 5271 sayılı CMK'nın 196/2. maddesine aykırı şekilde yapılan sorgusuna dayalı olarak yokluğunda mahkumiyet kararı verilmek suretiyle savunma hakkının kısıtlanması, Kanuna aykırı olup, sanığın temyiz itirazları bu nedenle yerinde görüldüğünden hükmün 5320 sayılı Kanunun 8. maddesi gereğince halen uygulanmakta olan 1412 sayılı CMUK'un 321. maddesi uyarınca isteme aykırı olarak sair yönler incelenmeksizin BOZULMASINA,

3) Sanık ... hakkında kurulan mahkumiyet hükmünün temyizen incelenmesine gelince ise; Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına göre, sanığın, kusur durumuna, eksik incelemeye ve beraate ilişkin temyiz itirazlarının reddine, ancak; Oluş ve dosya kapsamına göre, sanık ...'ın 05/10/2012 tarihli kolluk ifadesinde katılan ...'ün aynı binanın zemin katında dükkanı olduğunu, dükkana tadilat yaptığını, tadilat sırasında dükkanı garaja çevirmek istediğini ve aracının sığmasına engel olduğu gerekçesiyle bazı güçlendirme kolonlarını kaldırdığını beyan ettiği, benzer şekilde dosya kapsamında alınan bilirkişi raporları ile proje verilerine göre 16 adet olan kolon sayısının 14 adet olarak tespit edildiğinin tespit edildiği, ayrıca yine bilirkişi raporu gereğince kolon eksikliğinin, binanın deprem karşısında tepki vermemesinin ve çökmesinin en büyük nedenlerinden olabileceği, bu hususa ilişkin olarak dosyada herhangi bir araştırmanın yapılmadığı, söz konusu kolon eksikliğinin inşaatın yapıma aşamasında oluşan bir eksiklik olması durumunda yapı müteahhidinin ve fenni sorumlusunun asli kusurlu olduğu, bina tamamlandıktan sonra oluşan bir eksiklik olması halinde ise tadilatı yapan kişinin asli kusurlu olacağının belirtildiği, ayrıca yargılama aşamasında katılan ...'ün beyanından, sanık ...'ın bu hususta katılan hakkında Cumhuriyet Başsavcılığına şikayette bulunduğunun da anlaşılması karşısında, belirtilen kolon eksikliğinin kim tarafından gerçekleştirildiği hususunun ayrıntılı olarak araştırılması, bu hususta soruşturma yapıp yapılmadığının tespiti ile buna ilişkin evrakların dosyaya eklenmesi, dava açılmış olması halinde davaların birleştirilerek sanıkların kusur durumlarının bir arada değerlendirilmesi suretiyle neticesine göre karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde eksik inceleme ile karar verilmesi, Kanuna aykırı olup, sanığın temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükmün bu sebepten dolayı 5320 sayılı Kanunun 8. maddesi uyarınca halen uygulanmakta olan 1412 sayılı CMUK'un 321. maddesi gereğince isteme aykırı olarak BOZULMASINA, 17/03/2021 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

4) Deprem nedeniyle yıkılan binalarda, müteahhitlerin taksirle ölüme ve yaralanmaya sebep olma suçları bakımından, suç tarihi binanın yıkıldığı tarih kabul edilir.

YARGITAY 9. CEZA DAİRESİ

2001/2636 E., 2001/2900 K., 19.11.2001 T.

**SUÇ: GENEL GÜVENLİĞİN TAKSİRLE TEHLİKEYE SOKULMASI SUÇU
5237 s. TCK/171**

Tedbirsizlik ve dikkatsizlik sonucu umumi bir tehlike gerektiren tahribata ve iki kişinin ölümüne sebebiyet vermekten sanık D.T.'nin yapılan yargılaması sonunda; Mahkumiyetine

dair DÜZCE Ağır Ceza Mahkemesinden verilen 10.5.2001 gün ve 2000/247 esas, 2001/106 karar sayılı hükmün Yargıtayca incelenmesi sanık vekili tarafından istenilmiş olduğundan dava evrakı C. Başsavcılığından tebliğname ile daireye gönderilmekle incelenerek gereği düşünüldü:

KARAR: Suç tarihi binanın yıkılma tarihi olup, ağır para cezasının 4421 sayılı yasa uyarınca artırılması gerektiği gözetilmeksizin eksik tayini, aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır.

SONUÇ: Yapılan duruşmaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin tahkikat neticelerine uygun olarak tecelli eden kanaat ve takdirine, tetkik olunan dosya münderecatına göre sanık vekilinin yerinde görülme-yen temyiz itirazlarının reddiyle, eleştirisi dışında usul ve yasaya uygun bulunan hükmün istem gibi ONANMASINA 19.11.2001 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

5) Depremde zarar gören kiracının ev sahibine açacağı tazminat davası kira ilişkisini ilgilendirdiği için görevli mahkeme sulh hukuk mahkemesidir.

YARGITAY 6. HUKUK DAİRESİ

2015/7564 E.,2015/11172 K., 17.12.2015 T.

Mahalli mahkemesinden verilmiş bulunan yukarıda tarih ve numarası yazılı alacak davasına dair kararın temyiz incelemesi duruşmalı olarak davacı ve davalı tarafından süresi içinde istenilmekle gün tayin edilerek taraflara gönderilen davetiyelerin tebliğ edilmesi üzerine belli günde davacı-birleşen dava davalısı vekili M.B. ve davalı-birleşen dava davacısı vekili Av. E.. T.. geldiler. Hazır bulunanların sözlü açıklamaları dinlendikten sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

Uyuşmazlık, asıl davada kiralananın zorunlu tahliyesi nedeniyle yapmış olduğu harcamaların tahsili, birleşen davada ise hor kullanım nedeniyle tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece her iki talebinde reddine karar verilmiş hüküm davalı ve davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı vekili dava dilekçesi ile davalıya ait taşınmazda kiracılık ilişkisi devam ederken dava konusu kiralananın da içinde bulunduğu iş merkezinin malikler kurulunun yaptığı, davalının da katıldığı toplantıda imzası bulunan karara göre, binanın riskli yapı olduğu bu nedenle kiralananın boşaltılması gerektiğine karar verildiği, bu karar üzerine kiralananın tahliye edildiğini bu tahliye nedeniyle uğramış olduğu zararın tazminini istemiştir. Davalı savunmasında kiralananın tahliyesinde kendisine izafe edilebilecek bir kusurun bulunmadığını binanın bir ayıbının bulunmadığını, öncesinde ayıbın giderilmesi için kendilerine bir ihtar gönderilmediğini, kiralananı kendi istekleri ile tahliye ettiklerini belirterek davanın reddine, kiralanda meydana gelen hor kullanım nedeniyle yapılan tespit sonucu alınan bilirkişi raporuna göre hor kullanım tazminatının tahsilini istemiştir. Mahkemece her iki davanın reddine karar verilmiştir.

Davada dayanan ve hükme esas alınan 01/01/2004 başlangıç tarihli ve iki yıl süreli kira sözleşmesi konusunda taraflar arasında bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Taraflar arasındaki uyuşmazlık kiralananın haklı nedenle feshedilip edilmediği noktasında toplanmaktadır. Dava konusu kiralananın içinde bulunduğu binanın kat maliklerinin talebi üzerine BİMTAŞ şirketine yaptırılan deprem analizi sonucu binanın deprem riski taşıması nedeniyle sözleşme kiracı tarafından feshedilmiş ve kiralanan tahliye edilmiştir. Kat maliklerinin talebi üzerine yaptırılan inceleme sonucu verilen raporun sonuç ve öneriler kısmında yapılan çalışmalar ve analizler sonucunda D.B.Y.B.H.Y. 2007 Yönetmeliğine göre ./..binanın dayanım ve performans sınır değerlerini sağlamadığı, özellikle ana taşıyıcı kolonların 1. bodrum kattan itibaren hemen bütün katlarda göçme bölgesinde kalması sebebiyle binanın can güvenliği açısından yüksek risk teşkil ettiği bu nedenlerle binanın güçlendirilmesinin ekonomik olup olmayacağının tespit edilmesi gerektiği, eğer ekonomik değilse yıkılıp yeniden yapılması tavsiye edilmiştir. Nitekim kat malikleri kurulunun 08/06/2012 tarihli toplantısında yetkin bir inşaat şirketinden yeniden rapor alınmasına, yıkım veya güçlendirme seçeneğinin değerlendirilmesine karar verilmiştir.

Kural olarak kiralayan, taşınmazı sözleşme ile amaçlanan kullanıma uygun bir halde teslim ve sözleşme süresince bu halde bulundurmakla yükümlüdür. Satım akdi kira ilişkisini kendiliğinden ortadan kaldıran bir sebep olmadığından, kiralananı satın alan yeni malik de kiralananı kullanıma uygun halde bulundurma borcu altındadır. Kiralayanın bu sorumluluğu ayıba karşı tekeffül borcunu da içine alır. Diğer bir anlatımla kiralayan sözleşme süresince kiralanda meydana gelen bozuklukları ve eksikleri kiracının bir kusuru yoksa gidermekle yükümlüdür. Sonradan ortaya çıkan ayıplar nedeniyle kiralananın tamir ve bakım gereksinimi doğarsa kiracı bozuklukların önemine ve niteliğine göre kiraya verene bu durumu bildirmek ve tamiri konusunda uygun bir süre vermekle yükümlüdür. Uyuşmazlığın çözülmesi taraflar arasındaki sözleşmenin haklı nedenle feshedilip edilmediğine bağlıdır. Kiralananın içinde oturulamayacak şekilde deprem riski altında olduğu tespit edildiği takdirde haklı nedenle fesihten söz edilebilecektir. Aksi takdirde ayıbın derecesine göre kiracının ve kiralayanın haklarının değerlendirilmesi gerekir. Dosya kapsamından kiralananın içinde bulunduğu binanın deprem riskinin hangi boyutta olduğu, yıkılması gerekip gerekmediği veya depreme karşı güçlendirme yapılması ile yetinilmesi konularında İTÜ ‘den konusunda uzman bir bilirkişi heyetinden rapor alınması ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde eksik inceleme ile karar verilmesi doğru değildir.

Hüküm bu nedenle bozulmalıdır.

SONUÇ:Yukarıda açıklanan nedenlerle tarafların 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 sair hususların bu aşamada incelenmesine yer olmadığına, Yargıtay duruşması için kendisini vekille temsil ettiren davacı yararına takdir olunan 1.100.-TL vekalet ücretinin davalıdan

alınarak davacıya verilmesine, keza Yargıtay duruşması için kendisini vekille temsil ettiren davalı yararına takdir olunan 1.100.-TL vekalet ücretinin davacıdan alınarak davalıya verilmesine istek halinde peşin alınan temyiz harcının temyiz edene iadesine, 17.12.2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

6) Doğal Afet Sigortalar Kurumu (DASK) aleyhine açılan tazminat davalarında zamanaşımı süresi deprem tarihinden değil, sigorta poliçesinin süresinin bitiminden itibaren iki yıldır.

YARGITAY 17. HUKUK DAİRESİ

2016/1286 E., 2019/651 K., 24.01.2019 T.

Taraflar arasındaki tazminat davasının yapılan yargılaması sonunda; kararda yazılı nedenlerden dolayı davanın reddine dair verilen hükmün süresi içinde asıl dava davacısı ...vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi gereği düşünüldü:

-K A R A R-

Davacı vekili, asıl ve birleştirilen davalarda müvekkiline ait, davalı nezdinde zorunlu deprem sigortası kapsamında sigortalı taşınmazın meydana gelen depremde hasar gördüğünü açıklayıp 1.000,00 TL'nin tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili, zamanaşımının dolduğunu ileri sürerek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, iddia, savunma ve toplanan kanıtlara asıl ve birleşen davanın zamanaşımı nedeni ile reddine karar verilmiş; hüküm, asıl dava davacı ...vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, zorunlu deprem sigortasına dayalı tazminat istemine ilişkindir.

Davacı vekili, müvekkiline ait konutun meydana gelen depremde hasarlandığını açıklayıp tazminat talebinde bulunmuş, davalı vekilince ileri sürülen zamanaşımı defii mahkemece kabul edilerek rizikonun 09.11.2011 tarihinde gerçekleştiği, sigorta alacağının 24.11.2011 tarihinde muaccel hale geldiği, zamanaşımı süresinin 24.11.2013 tarihinde dolduğu, eldeki dosyada davanın 28.03.2014 tarihinde açıldığı, birleştirilen dosyada davaların 28.03.2014 ve 31.03.2014 tarihlerinde açıldığı, açılan davalarda için 2 yıllık zamanaşımı süresinin dolduğu gerekçesi ile asıl ve birleştirilen davalarda reddine karar verilmiştir.

Zorunlu deprem sigortası genel şartlarının C.7. maddesinde; sigorta sözleşmesinden doğan bütün taleplerin sözleşmenin sona ermesinden itibaren iki yılda zamanaşımına uğrayacağı düzenlenmiştir.

Davaya konu poliçenin incelenmesinde; poliçenin başlangıç tarihinin 01.04.2011, bitiş tarihinin 01.04.2012 olduğu, taraflar arasındaki sigorta sözleşmenin 01.04.2012 tarihinde sona erdiği anlaşılmaktadır. Eldeki asıl davanın açılış tarihi 28.03.2014 olup, asıl davanın sözleşmenin sona erme tarihi olan 01.04.2012 tarihinden itibaren iki yıllık zamanaşımı süresi dolmadan açıldığı anlaşılmakla mahkemece işin esasına girilerek sonucuna göre bir karar vermek üzere hükmün bozulmasına karar vermek gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle davacı ... vekilinin temyiz itirazının kabulü ile hükmün davacı ...yararına BOZULMASINA, peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden asıl dava davacısı ...'e geri verilmesine 24/01/2019 gününde oybirliğiyle karar verildi.

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI

I

BAŞVURU NUMARASI : 2020/29636
KARAR TARİHİ : 16/11/2022
BAŞVURUCU : Ayşegül GÜRGEZOĞLU TÜZÜN
VEKİLİ :Av. Ebru ERKAYA

I.BAŞVURUNUN ÖZETİ

1. Başvuru, 8/3/2012 tarihli ve 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun uyarınca başvuru lehine verilen tedbir kararının aleyhine tedbir kararı verilen kişinin itirazı üzerine gerekçesiz bir kararla kaldırılması nedeniyle gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir. Başvurucu, nihai hükmü 31/8/2020 tarihinde öğrendikten sonra 21/9/2020 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur. Başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

II.DEĞERLENDİRME

2. Anayasa Mahkemesi, olay ve olguları somut başvuru ile benzer iddiaları *Salih Söylemezoğlu* (B. No: 2013/3758, 6/1/2016) ve *Erdal Türkmen* (B. No: 2016/2100, 4/4/2019) kararlarında incelemiş ve uygulanacak ilkeleri belirlemiştir. Anılan kararlarda, Anayasa'da güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki gerekçeli karar hakkı gereği itiraz merciince başvuru beyan ve delillerinin etkili bir şekilde incelenmesi ve karşılanması gerektiği belirtilerek söz konusu yükümlülüğün yerine getirilmemesi nedeniyle başvuru hakkının gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğine hükmedilmiştir. Somut başvuruda anılan kararlarda açıklanan ilkelere ve ulaşılan sonuçtan ayrılmayı gerektiren bir durum bulunmamaktadır. Bu doğrultuda başvuru Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

III.GİDERİM

3. Başvurucu; ihlalin tespiti, yeniden yargılama yapılması ve 10.000 TL manevi tazminat talebinde bulunmuştur. Başvuruda tespit edilen hak ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılamayapılmasında hukuki yarar bulunmaktadır. Bu kapsamda kararın gönderildiği yargı mercilerince yapılması gereken iş, yeniden yargılama işlemlerini başlatmak ve Anayasa Mahkemesini ihlal sonucuna ulaştıran nedenleri gideren, ihlal kararında belirtilen ilkelere uygun yeni bir karar vermektir (*Mehmet Doğan* [GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018, §§ 54-60; *Aliğül Alkaya* ve diğerleri (2), B. No: 2016/12506, 7/11/2019, §§ 53-60, 66; *Kadri Enis Berberoğlu* (3) [GK], B. No: 2020/32949, 21/1/2021, §§ 93-100). Yeniden yargılama yapılmasına karar verilmesi gerekçeli karar hakkının

ihlalinin sonuçlarının giderilmesi bakımından yeterli görüldüğünden başvuru tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerekir.

IV.HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki gerekçeli karar hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Kararın bir örneğinin gerekçeli karar hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Ankara 2. Aile Mahkemesine (E.2020/4198 D.İş, K.2020/4196) iletilmesi için Ankara 1. Aile Mahkemesine (E.2020/4255 D.İş, K.2020/4255) GÖNDERİLMESİNE,

D. Başvurucunun tazminat talebinin REDDİNE,

E. 446,90 TL harç ve 9.900 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 10.346,90 TL yargılama giderinin başvurucuya ÖDENMESİNE,

F. Ödemelerin kararın tebliğini takiben başvuru Hazine ve Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına, ödemede gecikme olması hâlinde bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal FAİZ UYGULANMASINA,

G. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 16/11/2022 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

II

BAŞVURU NUMARASI : 2019/21279
KARAR TARİHİ : 27/10/2022
BAŞVURUCU : Feramuz YILDIRIM
VEKİLİ :Av. Fahrettin PİYADE

I.BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, mahkemece hükmedilen kamulaştırma bedelinin ödenmemesi nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II.BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 26/6/2019 tarihinde yapılmıştır. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

3. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına gönderilmiştir.

4. Bölüm, başvurunun Genel Kurul tarafından incelenmesine karar vermiştir.

III.OLAY VE OLGULAR

5. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ilgili olaylar özetle şöyledir:

6. Başvurucu 1938 doğumlu olup Ankara'da ikamet etmektedir. Başvurucunun

Ankara ili Çankaya ilçesi Aşağı Öveçler Mahallesi'nde bulunan ve 1962 yılında inşa edildiği iddia edilen gecekondusu Kara Harp Okulu genişleme sahası içinde kalması sebebiyle Millî Savunma Bakanlığı (İdare) tarafından 1974 yılı içinde kamulaştırılmıştır. Üzerinde gecekondunun bulunduğu taşınmazın mülkiyetinin başvurucaya ait olduğuna ilişkin olarak herhangi bir tapu kaydı örneği başvuru dosyasında yer almamaktadır. Başvurucu 28/10/1974 tarihinde Ankara 7. Asliye Hukuk Mahkemesinde İdare aleyhine kamulaştırma bedelinin artırılması davası açmıştır. Anılan Mahkemece 30/12/1975 tarihinde verilen kararlar kamulaştırma bedeli 37.014 TL olarak belirlenmiştir.

7. İdare, Ankara 7. Asliye Hukuk Mahkemesince hükmedilen 37.014 TL kamulaştırma bedelini başvurucaya açılan bir banka hesabına yatırmıştır. Başvurucunun iddiasına göre İdarece kamulaştırmadan vazgeçilmesi sebebiyle bu tutar tahsil edilememiştir.

8. Başvurucunun gecekondusu, İdarenin isteği üzerine Ankara Belediyesi tarafından 1982 yılında yıktırılmıştır. Başvurucu, gecekondunun ve ağaçların bedelinin tazmini istemiyle 17/6/1982 tarihinde Ankara 12. Asliye Hukuk Mahkemesinde dava açmıştır. Anılan davanın sonucunda 12/11/1987 tarihinde verilen kararlar gecekondunun ve ağaçların bedeli 400.000 TL olarak tespit edilmiş, daha önce başvurucaya açılan banka hesabına yatırılan 37.014 TL'nin mahsubuyla kalan 362.986 TL ile 18.300 TL yargılama giderinin İdare tarafından başvurucaya ödenmesine hükmedilmiştir. Karar 21/1/1988 tarihinde kesinleşmiştir.

9. Başvurucu 3/8/2014 tarihinde İdareye başvurarak Ankara 12. Asliye Hukuk Mahkemesinin 12/1/1987 tarihli kararıyla hükmedilen tazminatın ödenmesini talep etmiştir. İdare tarafından ilama bağlanan alacağın 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 156. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca karar tarihinden itibaren on yıl geçmekle zamanaşımına uğradığı, bu nedenle dilekçeyle ilgili olarak yapılacak bir işlemin bulunmadığı 21/10/2014 tarihli yazıyla başvurucaya bildirilmiştir.

10. Başvurucu, ilamda yer alan toplam 361.286 TL'nin yasal faiziyle birlikte tahsili amacıyla 9/2/2016 tarihinde Ankara 32. İcra Dairesi Müdürlüğünde (İcra Dairesi) ilamlı icra takibi başlatmıştır. İcra Dairesi 9/2/2016 tarihinde 361.286 TL asıl alacak ile 3.330.893,59 TL faiz için İdareye ödeme emri göndermiştir.

11. İdare, icranın durdurulması istemiyle 23/2/2016 tarihinde Ankara 3. İcra Hukuk Mahkemesinde (İcra Hukuk Mahkemesi) şikâyet yoluna müracaat etmiştir. Dava dilekçesinde, ilama bağlı alacağın on yıllık zamanaşımı süresinin dolduğu belirtilmiştir.

12. İcra Hukuk Mahkemesi 29/2/2016 tarihinde şikâyeti kabul ederek icranın geri bırakılmasına hükmetmiştir. Kararın gerekçesinde, 6098 sayılı Kanun'un 156. maddesinin ikinci fıkrası ile 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra İflas Kanunu'nun 39. maddesinin birinci fıkrasına atıfta bulunularak ilama bağlı alacakların ilam tarihinden itibaren on yıl geçmekle zamanaşımına uğrayacağı belirtilmiştir. Kararda, takibe konu kararın 21/1/1988 tarihinde kesinleştiği, buna göre 9/2/2016 tarihinde yapılan takibin zamanaşımı süresinden sonra olduğu ifade edilmiştir.

13. Başvurucu, bu karara karşı temyiz yoluna başvurmuştur. Temyiz dilekçesinde, zamanaşımının 6098 sayılı Kanun'un 153. maddesinin birinci fıkrasının (5) ve (6) numaralı fıkraları uyarınca durduğunu savunmuştur. Temyiz dilekçesinde, mülkünün zorla elinden

alındığı ve mülkiyete bağlı istihkak davalarında zamanaşımının söz konusu olamayacağını iddia etmiştir. Başvurucu ağır bir hastalık geçirdiğini belirttiği temyiz dilekçesinde; İcra Hukuk Mahkemesinin alacağın tahsil edilmemesinin gerçek sebebini, alacağın zamanaşımına tabi olup olmadığını ve -tabiyse- zamanaşımını kesen veya durduran sebeplerin bulunup bulunmadığını araştırmadan karar verdiğini ileri sürmüştür. Temyiz dilekçesinde ayrıca somut olayda dosya üzerinden inceleme yapılmasının hak arama hürriyetini ihlal ettiğini belirtmiştir. Temyiz dilekçesinde son olarak alacağının Anayasa'nın koruması altında olan mülkiyet hakkına devlet tarafından el konulmasından doğduğunu, devletin borcunun zamanaşımına uğramasının söz konusu olamayacağını ifade etmiştir.

14. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi (Daire) 18/10/2018 tarihinde İcra Hukuk Mahkemesi kararını onamıştır. Karar düzeltme istemi de Daire tarafından 2/5/2019 tarihinde reddedilmiştir. Nihai karar 2/6/2019 tarihinde başvurucaya tebliğ edilmiştir.

IV.İLGİLİ HUKUK

A.Ulusal Hukuk

15. 4/11/1983 tarihli ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 19. maddesinin son fıkrası şöyledir:

“Başkası adına tapulu, sahihsiz ve/veya zilyedi tarafından iktisap edilmemiş yerin kamulaştırmasında binaların asgarî levazım bedeli, ağaçların ise 11 inci madde çerçevesinde takdir olunan bedeli zilyedine ödenir.”

16. 6098 sayılı Kanun'un 156. maddesi şöyledir:

“Zamanaşımının kesilmesiyle, yeni bir süre işlemeye başlar.

Borç bir senetle ikrar edilmiş veya bir mahkeme ya da hakem kararına bağlanmış ise, yeni süre her zaman on yıldır.”

17. 2004 sayılı Kanun'un 39. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

“İlama müstenit takip, son muamele üzerinden on sene geçmekle zamanaşımına uğrar.”

18. Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 8/6/2021 tarihli ve E.2019/5594, K.2021/4831 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

“Davacı vekili, vekil edeninin tapulama harici alanda kalan yerlere, 3 katlı altı ambar üstü ev, ahır, wc, garaj, kümes ve bahçe yaptırdığını, bahçeye de meyve ağaçları diktiğini, DSİ'nin taşınmazın bulunduğu köyde Karkamış Barajı nedeniyle kamulaştırma yaptığını belirterek, dava konusu yerde vekil edeni tarafından yapılan/dikilen muhdesatların vekil edenine ait olduğunun tespitine karar verilmesini istemiştir.

...

Bir şeye malik olan kimse, o şeyin bütünleyici parçalarına da malik olur (4721 s.lı TMK. mad. 684/1). Arazi üzerindeki mülkiyet, kullanılmasında yarar olduğu ölçüde, üstündeki hava ve altındaki arz katmanlarını kapsar. Bu mülkiyet kapsamına, yasal sınırlamalar saklı kalmak üzere kalıcı yapılar, bitkiler ve kaynaklar da girer (TMK mad. 718). 22.12.1995 tarih ve 1/3 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında da vurgulandığı gibi Eşya Hukukunda, muhdesattan, bir arazi üzerinde kalıcı yapı ve tesisler ile bağ ve bahçe şeklinde dikilen ağaçları anlamak gerekir. Muhdesat, şahsi bir hak olup

(TMK 722, 724, 729 m.ler), sahibine arazi mülkiyetinden ayrı bağımsız bir mülkiyet veya sınırlı bir ayni hak bahsetmez. Taşınmaz üzerindeki kalıcı yapı, ağaç gibi bütünleyici parça niteliğindeki muhdesatların taşınmazın arzından ayrı bir mülkiyetinin varlığından söz edilemez. Açıklanan bu ilke ve esaslara göre, kural olarak muhdesatın arz malikinden başkasına aidiyetinin tespiti istenemez.

Tespit davası, kendine özgü davalardan olup dava sonucunda istihsal edilecek ilamın icra ve infaz kabiliyeti bulunmamaktadır. Bunun doğal sonucu olarak da bu davaların uygulama alanı sınırlıdır. Bilindiği üzere, tespit davalarının görülebilmesi için güncel hukuki yararın bulunması (6100 s.lı HMK mad.106/2) ve dava sonuçlanıncaya kadar da güncelliğinkaybetmemesi gerekir. Tespit davaları eda davalarının öncüsüdür, bu nedenle eda davası açılmasının mümkün olduğu hallerde, tespit davası açılmasında hukuki yararın bulunmadığı kabul edilmektedir. Hukuki yararın bulunması dava şartı olup, yargılamanın her aşamasında taraflarca ileri sürülebileceği gibi, hakim tarafından da re'sen gözetilir. Hukuki yararın bulunmadığının tespiti halinde davanın, dava şartı yokluğu gerekçesiyle usulden reddine karar verilmelidir (HMK mad.114/1-h, 115).

Öğretide ve Yargıtayın devamlılık gösteren uygulamalarında, taşınmaz hakkında derdest ortaklığın giderilmesi davasının, kentsel dönüşüm uygulamasının ya da kamulaştırma işleminin bulunması gibi istisnai durumlarda muhdesatın tespiti davasının açılmasında güncel hukuki yararın bulunduğu kabul edilmektedir.

...

... 26.05.2004 tarihli ve 5177 sayılı Kanun'un 35. maddesi ile 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 19. maddesine eklenen ek fıkra hükmüne göre, başkası adına tapulu veya tapusuz bir taşınmazın kamulaştırılması halinde, taşınmazda malik olmayan ancak üzerindeki muhdesatı meydana getiren kişilere muhdesatın kamulaştırma bedelinin kendisine verilmesini sağlama amacıyla tespit davası açma hakkı tanınmış ise de, devletin hüküm ve tasarrufu altındaki, kamuya ait mera, yaylak, kışlak, genel harman yeri, orman, aktif dere yatağı niteliğindeki taşınmazların özel mülkiyete konu olamayacakları, bu taşınmazların zilyetlikle edinilemeyecekleri, bu nedenle bu nitelikteki taşınmazlar üzerinde meydana getirilen muhdesatlara da hukuki değer verilemeyeceği gözönünde bulundurulmalıdır.

Bunun yanında, talebin niteliği gözetilerek davacının talebinin bir yandan da mülkiyet hakkının ihlali açısından incelenmesi gerektiğinden (Anayasa Mahkemesinin 29.05.2019 tarihli ve 2016/58283 numaralı Mehmet Emin Öztekin başvurusu), davacının, Hazineye ait ve özel mülkiyete konu olamayacak bir taşınmazı kullanması sebebiyle haksız zilyet durumunda olduğu açık olmakla birlikte, mülkiyet hakkı sahibi davalı tarafça davacının taşınmazdan tahliyesi yoluna gidilip gidilmediğinin, ecrimisil bedeli tahsil ettirilip ettirilmediğinin, davacının ev ve havuz yaparak, ağaç dikerek ve yetiştirerek taşınmazı kullanması nedeniyle muhdesatların davacı yararına ekonomik bir değerinin bulunduğu, ağaçlar yönünden davacının Anayasa'nın 35. maddesi kapsamında korunmaya değer bir menfaatinin bulunup bulunmadığı, yapılan müdahalenin kanunilik ölçütünü taşıyıp taşımadığı, müdahalede kamu yararına dayalı bir amaç olup olmadığı

hususları yanında davacının mülkiyet hakkına yapılan müdahaleyle gerçekleştirilmek istenen amaç ile bu amacı gerçekleştirmek için kullanılan araçlar arasında makul bir ölçülülük ilişkisinin bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi, bu değerlendirmede ölçülülük ilkesinin elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkeden oluştuğunun gözetilmesi, özellikle kamusal makamların tutum ve davranışlarının inceleme konusu yapılması, olayın gelişiminde kamu makamlarının edilgen tutumu sebebiyle bütün zarara tek başına davacının katlanması sonucuna yol açılıp açılmayacağının, şahsi olarak aşırı ve olağan dışı bir külfet yükleyip yüklemeyeceğinin, davacının mülkiyet hakkının korunması ile kamunun yararı arasında olması gereken adil dengenin davacı aleyhine bozulup bozulmadığının ve müdahalenin ölçülü olup olmadığının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Somut olaya gelince; Mahkemece davacının tespitini istediği bir kısım muhdesatların harman yeri niteliğinde olan 126 ada 318 parsel sayılı taşınmazda kaldığı gerekçesi ile bu kısımlara yönelik davanın reddine karar verilmiş olması doğru görülmemiştir. Şöyle ki, az yukarıda bahsedilen açıklamalar ışığında, Devletin hüküm ve tasarrufunda olan bu taşınmazlar üzerinde meydana getirilen muhdesatlara hukukene değer verilemeyeceği hususu dikkate alınırken, mülkiyet hakkının ihlali ve davalı mülkiyet sahibi Hazinesinin davacıları meşru bir beklenti içerisine sokup sokmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir. O halde, Mahkemece yapılacak iş, hükme esas alınan 22.02.2019 tarihli fen bilirkişi raporu ve ekinde gösterilen ve DSİ'nin irtifak/kamulaştırma alanında kaldığı belirtilen, E, H ve İ harfleri ile harman yeriniteliğindeki taşınmazda yer alan muhdesatlarda, dava tarihinden önce ya da sonra dikildiğinin tespiti açısından H harfi ile gösterilen yerde kalan ağaçların yaşları da, tereddüte mahal bırakılmayacak şekilde tespit edilerek, özellikle yukarıda yazılı mülkiyet hakkının ihlali bakımından inceleme, araştırma ve değerlendirme yapılarak, davalı mülkiyet sahibi Hazinesinin, davacının bu haksız kullanımına karşı suskunluk ve eylemsizliği var ise bunun davacıları meşru bir beklenti içerisine sokup sokmadığı konusunda, Mahkeme görüşünün ortaya konulması, ağaçların yaşlarına göre dava tarihinden sonra dikilenlerin tespit edilmesi, ondan sonra toplanan ve/veya toplanacak tüm delillerin sonucuna göre bir hüküm verilmesi olmalıdır. Mahkemece böylesine bir araştırma ve soruşturma yapılmadan, eksik araştırma ve soruşturma ile yazılı şekilde hüküm verilmesi usul ve Yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir.

...

B.Uluslararası Hukuk

19. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (Sözleşme) ek (1) No.lu Protokol'ün "Mülkiyetin korunması" kenar başlıklı 1. maddesi şöyledir:

"Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.

Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının

ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka halel getirmez.”

20. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kamulaştırmatsız el atmanın hukukilik ölçütü yönünden mülkiyet hakkının ihlaline yol açtığını çeşitli kararlarında kabul etmiştir (Papamichalopoulos ve diğerleri/Yunanistan, B. No: 14556/89, 24/6/1993; Guisso-Galliasay/İtalya [BD], B. No: 58858/00, 22/12/2009; Sarica ve Dilaver/Türkiye, B. No: 11765/05, 27/5/2010).

21. AİHM’e göre mahkeme kararlarının uygulanması, yargılama sürecini tamamlayan ve yargılamanın sonuç doğurmasını sağlayan bir unsurdur. Karar uygulanmazsa yargılamanın da bir anlamı olmayacaktır (Hornsby/Yunanistan, B. No: 18357/91, 19/3/1997, § 40). AİHM, kesinleşmiş ve bağlayıcı bir yargı kararının lehine karar verilen tarafın zarar görmesine rağmen infaz edilmemesi durumunda Sözleşme’nin 6. maddesinin teminat altına aldığı mahkemeye erişim hakkının bir anlam ifade etmeyeceğini vurgulamaktadır (Burdov/Rusya, B. No: 59498/00, 7/5/2002, § 34). AİHM, Sözleşme’nin 6. maddesi kapsamında bir yargı yerine ulaşma hakkının sadece teorik olarak bu hakkın tanınmasını değil aynı zamanda o yargı yerinden alınan nihai kararın icrasına yönelik meşru bir beklentiye de koruduğunu kabul etmiştir (Apostol/Gürcistan, B. No: 40765/02, 28/2/2007, § 54).

22. AİHM, idarenin pozitif tedbirler almasını gerektiren mahkeme kararının gereğini mümkün olduğunca erken yerine getirebilmesi için ilgili taraflardan ek belgeler istemesinin makul olduğunu belirtmiştir. AİHM’e göre idari organların kararın icrası için zorunlu olan belgelerin bulunmadığı durumlarda icrayı hızlandırmak amacıyla ilgili taraflardan belge istemesi meşru görülmelidir. Belirtilen amaç, hiç kuşku yoktur ki başvurunun da lehinedir. Diğer yandan dosya incelendiğinde idarenin bilgi ve belge talebi nihai kararın icrasından kaçınma ya da uygulanmasını gereksiz yere geciktirme amacı taşıdığı sonucu çıkarılabiliyorsa Sözleşme’nin 6. maddesinin etkililiği ciddi bir biçimde sarsılmış olur (Kosmidou/Yunanistan, B. No: 32141/04, 8/11/2007, § 24).

V.İNCELEME VE GEREKÇE

23. Anayasa Mahkemesinin 27/10/2022 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A.Başvurucunun İddiaları

24. Başvurucu, savunması alınmadan alacağın zamanaşımına uğradığının kabulüyle hüküm kurulmasının hak arama özgürlüğünü ihlal ettiğini ileri sürmüştür. İcraya konu ilamdaki alacağın Anayasa’nın koruması altındaki mülkiyet hakkına ilişkin olduğunu vurgulayan başvuru; bedeli ödenmeden yapılan kamulaştırmanın geçersiz olduğunu, mülkiyet hakkına ilişkin alacakların zamanaşımına uğramasının söz konusu olmadığını ifade etmiştir. Başvurucu, anılan alacağın zamanaşımına tabi olduğu kabul edilse bile alacak üzerinde intifa hakkına sahip olması nedeniyle 6098 sayılı Kanun’un 153. maddesinin birinci fıkrasının (5) numaralı bendi uyarınca zamanaşımının işlemeyeceğini savunmuştur. Başvurucuya göre 2004 sayılı Kanun’un 82. maddesinde devlet mallarının haczinin yasaklanması sebebiyle devletin rızaen ödeme yapması haricinde alacağın

devletten tahsili mümkün olamamakta, dolayısıyla ödeme yapılana kadar alacak, devletin intifasında kalmaktadır. Başvurucu sonuç olarak tapulu taşınmazına devlet tarafından el konulduğunu ve taşınmazının bedelinin ödenmediğini belirterek mülkiyet hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

B.Değerlendirme

25. Anayasa’nın “Mülkiyet hakkı” kenar başlıklı 35. maddesi şöyledir:

“Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir.

Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir.

Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.”

26. Anayasa’nın “Kamulaştırma” kenar başlıklı 46. maddesi şöyledir:

“Devlet ve kamu tüzelkişileri; kamu yararının gerektirdiği hallerde, gerçek karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve usullere göre, kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idarî irtifaklar kurmaya yetkilidir.

Kamulaştırma bedeli ile kesin hükme bağlanan artırım bedeli nakden ve peşin olarak ödenir. Ancak, tarım reformunun uygulanması, büyük enerji ve sulama projeleri ile iskân projelerinin gerçekleştirilmesi, yeni ormanların yetiştirilmesi, kıyıların korunması ve turizm amacıyla kamulaştırılan toprakların bedellerinin ödenme şekli kanunla gösterilir. Kanunun taksitle ödemeyi öngörebileceği bu hallerde, taksitlendirme süresi beş yılı aşamaz; bu takdirde taksitler eşit olarak ödenir.

Kamulaştırılan topraktan, o toprağı doğrudan doğruya işleten küçük çiftçiye ait olanlarının bedeli, her halde peşin ödenir.

İkinci fıkrada öngörülen taksitlendirmelerde ve herhangi bir sebeple ödenmemiş kamulaştırma bedellerinde kamu alacakları için öngörülen en yüksek faiz uygulanır.”

27. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (Tahir Canan, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Başvurucu, mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasının yanında adil yargılanma hakkının da ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Başvurucunun adil yargılanma hakkı kapsamında ileri sürdüğü tüm iddiaların mülkiyet hakkının usul güvenceleri kapsamında incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir.

1.Kabul Edilebilirlik Yönünden

28. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

Recai AKYEL, Yıldız SEFERİNOĞLU, Selahaddin MENTEŞ, İrfan FİDAN ve Muhterem İNCE bu görüşe katılmamışlardır.

2.Esas Yönünden

a.Mülkün Varlığı

29. Mülkiyet hakkının ihlal edildiğinden şikâyet eden bir kimse, önce böyle bir

hakkının var olduğunu kanıtlamak zorundadır (*Mustafa Ateşoğlu ve diğerleri*, B. No: 2013/1178, 5/11/2015, §§ 49-54). Anayasa'nın 35. maddesinin birinci fıkrasında "*Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir.*" denilmek suretiyle mülkiyet hakkı güvenceye bağlanmıştır. Anayasa'nın anılan maddesiyle güvenceye bağlanan mülkiyet hakkı, ekonomik değer ifade eden ve parayla değerlendirilebilen her türlü mal varlığı hakkını kapsamaktadır (AYM, E.2015/39, K.2015/62, 1/7/2015, § 20). Bu bağlamda mülk olarak değerlendirilmesi gerektiğinde kuşku bulunmayan menkul ve gayrimenkul mallar ile bunların üzerinde tesis edilen sınırlı ayni ve fıkri hakların yanı sıra icrası kabil olan her türlü alacak da mülkiyet hakkının kapsamına dâhildir (*Mahmut Duran ve diğerleri*, B. No: 2014/11441, 1/2/2017, § 60).

30. Anayasa'da yer alan mülkiyet hakkı mevcut mal, mülk ve ekonomik değerleri koruyan bir temel haktır. Kişinin hâlihazırda sahibi olmadığı bir mülkün mülkiyetini kazanma beklentisi -bu konudaki menfaati ne kadar güçlü olursa olsun- mülkiyet kavramı içinde değildir (*Kemal Yeler ve Ali Arslan Çelebi*, B. No: 2012/636, 15/4/2014, § 36).

31. Somut olayda ihtilaf konusu gecekondunun üzerinde inşa edildiği taşınmazın başvurusunun mülkiyetinde olduğunu gösteren herhangi bir tapu kaydı, başvuru tarafından ibraz edilmemiştir. Dolayısıyla üzerinde gecekondunun bulunduğu taşınmazın başvurusunun mülkiyetinde olduğu söylenemeyecektir.

32. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi daha önce pek çok kararında şehir planlaması ile ilgili düzenlemelere aykırı şekilde inşa edilmesi sebebiyle idari makamlarca yapının her an yıkılması mümkünken bu yönde bir girişimde bulunulmaması ve önlem alınmaması, uzunca bir süre bu duruma sessiz kalınması, esasen yapı sebebiyle vergi tahsil edilmesi veya yapının kamu hizmetlerinden yararlandırılması suretiyle bu alanlarda sosyal ortam ve aile ortamının oluşturulmasına izin verilmesi hâlinde, inşa edilen yapının kullanılmasından kaynaklanan ekonomik değer Anayasa'nın 35. maddesi çerçevesinde önemli bir mal varlığı değeri ve dolayısıyla bir mülk oluşturduğunun kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir (birçok karar arasından bkz. Ayşe Öztürk, B. No: 2013/6670, 10/6/2015, § 85; Nazif Kılıç, B. No: 2014/5162, 15/6/2016, § 35; İrfan Öztek, B. No: 2014/19140, 5/12/2017, §§ 43-45; Rifat Algan, B. No: 2014/19138, 22/2/2018, §§ 49-51).

33. Somut olayda tam olarak ne zaman inşa edildiği dosyadan anlaşılmayan ancak 1974 tarihinden önce inşa edildiği tespit edilebilen gecekonduya 1982 yılına kadar dokunulmadığını not etmek gerekir. Başvurucu 1982 yılına kadar bu yapıyı kullanmış ve yapının mevzuata aykırılığı hususunda kamu makamlarınca uyarılmamıştır. Dolayısıyla söz konusu yapının bu kadar uzun bir süre kullanılmasının başvuru bakımından önemli bir ekonomik menfaat teşkil ettiği ve bu yönden başvurusunun Anayasa'nın 35. maddesi uyarınca mülkiyet hakkı kapsamında korunması gereken bir menfaatinin mevcut olduğu kabul edilmiştir.

b.Müdahalenin Varlığı ve Türü

34. Anayasa'nın 35. maddesi ile mülkiyet hakkına temas eden diğer hükümleri birlikte değerlendirildiğinde Anayasa'nın mülkiyet hakkına müdahaleyle ilgili üç kural ihtiva ettiği görülmektedir. Buna göre Anayasa'nın 35. maddesinin birinci fıkrasında,

herkesin mülkiyet hakkına sahip olduğu belirtilmek suretiyle *mülkten barışçıl yararlanma hakkına* yer verilmiş; ikinci fıkrasında da mülkten barışçıl yararlanma hakkına müdahalenin çerçevesi belirlenmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında genel olarak mülkiyet hakkının hangi koşullarda sınırlanabileceği belirlenerek aynı zamanda *mülkten yoksun bırakmanın* şartlarının genel çerçevesi de çizilmiştir. Maddenin son fıkrasında ise mülkiyet hakkının kullanımının toplum yararına aykırı olamayacağı kurala bağlanmak suretiyle devletin mülkiyetin kullanımını kontrol etmesine ve düzenlemesine imkân sağlanmıştır. Anayasa'nın diğer bazı maddelerinde de devlet tarafından *mülkiyetin kontrolüne* imkân tanıyan özel hükümlere yer verilmiştir. Ayrıca belirtmek gerekir ki mülkten yoksun bırakma ve mülkiyetin düzenlenmesi, mülkiyet hakkına müdahalenin özel biçimleridir (*Recep Tarhan ve Afife Tarhan*, B. No: 2014/1546, 2/2/2017, §§ 55-58).

35. Somut olayda başvurusunun, üzerine gecekondunun inşa ettirdiği taşınmazın Kara Harp Okulunun genişleme sahası içinde kalması nedeniyle başvurusuna ait gecekondunun ve ağaçlar 1974 yılında kamulaştırılmış ise de daha sonra bundan vazgeçilmiştir. Bununla birlikte gecekondunun, İdarenin isteği üzerine 1982 yılında Ankara Belediyesi tarafından yıktırılmıştır. Başvurusunun açtığı davanın sonucunda Ankara 12. Asliye Hukuk Mahkemesince gecekondunun ve ağaçların bedeli karşılığında başvuru lehine 362.986 TL tazminata hükmedilmiştir.

36. Gecekondunun yıktırılmasının sebebi dosyadan tam olarak anlaşılamamakta ise de bunun imar mevzuatına aykırılık sebebine dayanmadığı açıktır. Diğer bir ifadeyle başvurusunun gecekondusunun Ankara Belediyesi tarafından imar düzenlemelerine aykırı olduğu gerekçesiyle yıktırıldığına dair bir veri dosyada bulunmamaktadır. İdarece 1974 yılında verilmiş kamulaştırma kararının bulunduğu ve gecekondunun İdarenin isteği üzerine yıktırıldığı gözetildiğinde bu müdahalenin taşınmazın kamu hizmetinde kullanılması amacıyla yapıldığı kanaatine varılmıştır. Gecekondunun imar mevzuatına aykırılık gerekçesiyle değil üzerine inşa edildiği taşınmazın kamu hizmetinde kullanılacak olması sebebiyle yıktırılması şeklindeki müdahalenin mülkten yoksun bırakma mahiyetinde olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

c.Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

37. Anayasa'nın 13. maddesi şöyledir:

"Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

38. Anayasa'nın 35. maddesinde mülkiyet hakkı sınırsız bir hak olarak düzenlenmemiş, bu hakkın kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlanabileceği öngörülmüştür. Mülkiyet hakkına müdahalede bulunulurken temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin genel ilkeleri düzenleyen Anayasa'nın 13. maddesinin de gözönünde bulundurulması gerekmektedir. Anılan madde uyarınca temel hak ve özgürlükler, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmaksızın Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak

kanunla sınırlanabilir. Dolayısıyla mülkiyet hakkına yönelik müdahalenin Anayasa'ya uygun olabilmesi için müdahalenin kanuna dayanması, kamu yararı amacı taşıması ve ölçülülük ilkesi gözetilerek yapılması gerekmektedir (*Recep Tarhan ve Afife Tarhan*, § 62). Bu itibarla öncelikle müdahalenin kanuni dayanağının bulunup bulunmadığı incelenmelidir.

39. Anayasa Mahkemesi, daha önce çeşitli kararlarında kamulaştırmassız el atma yoluyla yapılan müdahalelerin kanuni bir dayanağı bulunmadığından mülkiyet hakkının ihlaline yol açtığını kabul etmiştir (*Celalettin Aşçıoğlu*, B. No: 2013/1436, 6/3/2014; *Mustafa Asiler*, B. No: 2013/3578, 25/2/2015; *İbrahim Oğuz ve diğerleri*, B. No: 2013/5926, 6/10/2015; *Şevket Karataş* [GK], B. No: 2015/12554, 25/10/2018).

40. Kamulaştırmassız el atma, idareye taşınmazı kullanma ve kamulaştırma işlemi yapmadan taşınmazı elde etme imkânı sağlamaktadır. Böyle bir kamulaştırma işlemi olmadığından, kullanılan taşınmazın devrini meşrulaştırma ve belli bir hukuki güvence sağlama imkânı sunan tek unsur, idare tarafından kullanımın yasal olmadığını tespit eden ve bireylere *kamulaştırmassız el atma nedeniyle tazminat* ödenmesine hükmeden mahkeme kararıdır. Kamulaştırmassız el atma uygulaması, hukuki planda taşınmazların maliki olarak kalan başvuruçuları, herhangi bir kamu yararı gerekçesi ile eylemini haklı kılmayan idareye karşı dava açmak zorunda bırakmaktadır. Böyle bir kamu yararı gerekçesinin gerçekliği ancak daha sonra mahkemeler tarafından değerlendirilmektedir. Başka bir deyişle kamulaştırmassız el atma, her ne olursa olsun idare tarafından istenerek oluşturulmuş kanuna aykırı bir durumu hukuki olarak kabul etmeye ve idareye kanuna aykırı davranışından fayda sağlama imkânı sunmaya yol açmaktadır. İdareye resmî kamulaştırma kurallarının ötesine geçme imkânı sağlayan böyle bir uygulama, kişilerin öngörülemez ve keyfî durumlarla karşılaşması tehlikesi taşımaktadır. Söz konusu uygulama, yeterli derecede hukuki güvence temin edecek ve gerektiği şekilde gerçekleştirilen bir kamulaştırmanın alternatifini oluşturacak nitelikte değildir (*Celalettin Aşçıoğlu*, § 57).

41. Somut olay yönünden öncelikle kamulaştırmassız el atma olgusunun mevcut olup olmadığı belirlenmelidir. Anayasa'nın 46. maddesinin birinci fıkrasında kamulaştırma yetkisi düzenlenirken *özel mülkiyette bulunan taşınmaz* malların kamulaştırmaya konu olabileceği belirtilmiştir. Taşınmaz mülkiyeti kural olarak taşınmazın mütemmim cüzü niteliğinde olan yapı ve ağaçları da kapsadığından kamulaştırma işleminin bunları da içerdiği hususunda tereddüt bulunmamaktadır. Bununla birlikte taşınmazın üzerindeki muhdesatın ekonomik menfaatinin taşınmazın malikinin dışındaki bir kişiye ait olması da mümkündür. Bu gibi durumlarda muhdesatın doğurduğu ekonomik menfaat, taşınmazdan bağımsız olarak mülk teşkil edebilir. Bu itibarla Anayasa'nın 46. maddesinin birinci fıkrasında sözü edilen *taşınmaz* kavramı dar bir biçimde yorumlanmamalı, muhdesatın taşınmazın zemininden ayrı olarak mülk teşkil ettiği hâllerde muhdesatı da kapsadığı kabul edilmelidir. Nitekim 2942 sayılı Kanun'un 19. maddesinin son fıkrasında başkası adına tapulu, sahihsiz ve/veya zilyedi tarafından iktisap edilmemiş yerin kamulaştırmasında binaların asgari levazım bedelinin, ağaçların ise 2942 sayılı Kanun'un 11. maddesi çerçevesinde takdir olunan bedelinin zilyedine ödeneceği belirtilmek suretiyle muhdesatın da kamulaştırılabileceği ifade edilmiştir. Yargıtayın uygulaması da bu yöndedir (bkz. § 18). Şu hâlde taşınmazın maliki ile taşınmaz üzerindeki muhdesatın kullanımından doğan ekonomik menfaatin

malikinin farklı kişiler olması durumunda muhdesatın kamu mülkiyetine geçirilmesi de Anayasa'nın 46. maddesindeki güvencelere tabi olarak gerçekleştirilmelidir.

42. Olayda İdare tarafından Kara Harp Okulu genişleme alanı olarak kullanılan taşınmazın üzerindeki yapı ve ağaçların başvuruçuyun yönünden mülk teşkil ettiği yukarıda tespit edilmiştir (bkz. §§ 31-33). Dolayısıyla başvuruçuya ait muhdesatın mülkiyetinin kamuya geçirilmesinde Anayasa'nın 46. maddesindeki güvencelere uygun olarak hareket edilmesi mecburiyeti bulunmaktadır.

43. İdare 1974 yılında bina ve ağaçlara yönelik olarak kamulaştırma işlemi tesis etmiş ise de sonradan kamulaştırmadan vazgeçmiştir. Ancak İdarenin 1982 yılında taşınmazın yıktırılması yönünde istekte bulunması üzerine Ankara Belediyesince binanın yıkımı gerçekleştirilmiştir. Yıkım talebinin yeni bir kamulaştırma kararına dayanıp dayanmadığı dosyadan anlaşılmamakla birlikte İdarenin yıkım işleminden önce kamulaştırma bedelini ödemediği tartışmasızdır. İdarenin 1974 tarihli kamulaştırma işlemine dayalı olarak binayı yıktırıldığı kabul edilse bile kamulaştırma bedeli ödenmeden gerçekleştirilen yıkım işleminin Anayasa'nın 46. maddesindeki özel güvencelere uygun olduğu söylenemeyecektir. Bu bağlamda Anayasa'nın 46. maddesiyle kamulaştırma bedelinin peşin ödenmesinin kamulaştırmanın geçerlilik koşulu olarak düzenlendiği unutulmamalıdır.

44. Sonuç olarak başvuruçunun gecekondusunun Anayasa'nın 13., 35. ve 46. maddeleriyle 2942 sayılı Kanun'da belirtilen usule uyulmaksızın yıktırılmasının müdahaleyi kanuni temelden yoksun bıraktığı değerlendirilmiştir.

45. Başvuruçuy tarafından 17/6/1982 tarihinde Ankara 12. Asliye Hukuk Mahkemesinde açılan davada başvuruçuy lehine 362.986 TL tazminata hükmedilmesi, söz konusu ihlalin derece mahkemelerince de tanındığı anlamına gelmektedir. Bu durumda Anayasa Mahkemesince yapılacak inceleme ihlalin giderilip giderilmediğinin tespitinden ibaret olacaktır. İhlalin giderilmediğinin tespiti hâlinde devam ettiğinin kabulü gerekecektir.

46. Belirtilmelidir ki kamulaştırmassız el atma yoluyla mülkiyet hakkına yapılan müdahalelerde ihlalin tespit edilmesi yeterli giderim sağlamaz. Gerçek manada giderimden söz edilebilmesi için taşınmazın elkoyma tarihindeki gerçek değerinin malike ödenmesi gerekir. Olayda Ankara 12. Asliye Hukuk Mahkemesi başvuruçuy lehine 362.986 TL tazminata hükmetmiştir. Başvuruçunun tazminatın miktarına yönelik bir şikâyeti de bulunmamaktadır.

47. Ne var ki Ankara 12. Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından 21/1/1988 tarihinde kesinleşen kararla hükmedilen tazminat başvuruçuya ödenmemiştir. Başvuruçuy 3/8/2014 tarihinde İdareye başvurarak tazminatın ödenmesini talep etmiş ise de ilama bağlanmış borcun on yıllık zamanaşımına tabi olduğu ve bu sürenin dolduğu gerekçesiyle başvuruçuya ödeme yapılmamıştır. Başvuruçunun 9/2/2016 tarihinde başlattığı icra takibi de İdarenin şikâyeti üzerine İcra Hukuk Mahkemesinin 29/2/2016 tarihli kararıyla, borcun 6098 sayılı Kanun'un 156. maddesinin ikinci fıkrası ile 2004 sayılı Kanun'un 39. maddesinin birinci fıkrası uyarınca zamanaşımına uğradığı gerekçesiyle geri bırakılmıştır. Dolayısıyla başvuruçuy, kamulaştırmassız el atma sebebiyle lehine hükmedilen tazminat tutarına ulaşamamıştır.

48. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti eylem ve işlemleri hukuka

uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuki güvenliği sağlayan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuk kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir (AYM, E.2017/16, K.2019/64, 24/7/2019, § 43).

49. Hukuk güvenliğinin ve hukukun üstünlüğünün sağlanması için devletin işlem ve eylemlerine karşı yargı yolunun açık tutulması yeterli olmayıp yargı mercileri tarafından verilen kararların gecikmeksizin uygulanması da gerekir. Hukuk güvenliği ve hukukun üstünlüğü sadece hukuka aykırılıkların tespit edilmesiyle değil bunların tüm sonuçlarıyla ortadan kaldırılmasıyla sağlanabilir (AYM, E.2012/73, K.2013/107, 3/10/2013).

50. Anayasa'nın 138. maddesinin dördüncü fıkrasına göre yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır. Bu hükümde mahkeme kararlarına uyma ve bu kararları değiştirmeksizin yerine getirme hususunda yasama ve yürütme organları ile idare lehine herhangi bir istisnaya yer verilmemiştir. Yargı kararlarının ilgili kamu makamlarınca zamanında yerine getirilmediği bir devlette, bireylerin yargı kararıyla kendilerine sağlanan hak ve özgürlükleri tam anlamıyla kullanabilmeleri mümkün olmaz. Dolayısıyla devlet, yargı kararlarının zamanında icra edilmesini sağlayarak bireyler aleyhine oluşabilecek hak kayıplarını engellemekle ve bu yolla bireylerin kamu otoritelerine ve hukuk sistemine olan güven ve saygılarını korumakla yükümlüdür. Bu sebeple Anayasa'nın 2. maddesinde öngörülen hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak bireylerin kamu otoritesi ve hukuk sistemine olan güven ve saygılarını koruma adına vazgeçilemez bir görev ifa eden yargı kararlarının zamanında icra edilmeyerek sonuçsuz bırakılması kabul edilemez (bazı farklılıklarla birlikte bkz. *Arman Mazman*, B. No: 2013/1752, 26/6/2014, § 61).

51. Anayasa Mahkemesi, mülkiyet hakkına yönelik nihai bir yargı kararının uygulanmamasının ihlale yol açtığını daha önce çeşitli kararlarında kabul etmiş ve ilgili mahkeme kararını uygulamakla görevli kamu makamlarının kararın uygulanmasını engellemesinin veya kararın uygulanması için gerekli özeni göstermemesinin Anayasa'nın 35. maddesinin ihlali anlamına geldiğini vurgulamıştır (*Kenan Yıldırım ve Turan Yıldırım*, B. No: 2013/711, 3/4/2014, §§ 55-75; *Mehmet Hocaoglu*, B. No: 2013/3207, 15/10/2015, §§ 59-74; *Necdet Çetinkaya*, B. No: 2013/7725, 24/3/2016, §§ 64-73; *Ali Kayan*, B. No: 2015/9814, 20/3/2019, §§ 69-75; *Erol Aksoy* (2) [GK], B. No: 2016/11026, 12/12/2019, §§ 75-84; *Nebi Seyhan* [GK], B. No: 2018/27882, 27/10/2021, §§ 50-66).

52. İdarenin başvurucuya tazminat ödenmesine hükmeden mahkeme kararının icrası yolunda herhangi bir girişimde bulunmadığı görülmüştür. Başvurucunun alacağının ödenmesi istemiyle 3/8/2014 tarihinde yaptığı başvurunun İdare tarafından zamanaşımı gerekçesiyle reddedildiği ve İdarenin bu görüşünün İcra Hukuk Mahkemesince de benimsendiği anlaşılmıştır.

53. İdari makamların yargı kararlarını daha hızlı icra edebilmek için kararın lehine verildiği kişiden birtakım bilgi ve belgeleri talep etmeleri makul karşılanmalıdır. Ancak idarenin bilgi ve belge talebinin kararın uygulanmasının güçleştirilmesine veya geciktirilmesine yönelik olmaması gerektiği gibi başvurucuya gereksiz külfet yükleyecek ya da kararın icrasından kaçınacak bir niteliğe bürünmemesi zorunludur. Mahkeme

kararının icrası yükümlülüğünün idarenin doğrudan Anayasa'dan kaynaklanan bir ödevi olduğu unutulmamalıdır. Dolayısıyla idarenin mahkeme kararının icrasından kaçınmaya yönelik her türlü işlem ve eylemi sözü edilen anayasal ödevle çelişecektir.

54. Olayda başvurucunun mahkeme tarafından hükmedilen tazminatın ödenmesi istemiyle kararın kesinleşmesinin üzerinden yaklaşık yirmi altı yıl sonra İdareye başvurması bir kusur olarak değerlendirilebilirse de bu durum İdarenin mahkeme kararını icra etme sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. İdarenin de yargı kararıyla hükmedilen tazminatın ödenmesi için elinden gelen tüm çabayı gösterdiğini ortaya koyması gerekir. Somut olayda tazminatın ödenmesi yükümlülüğü, kararın kesinleştiği 21/1/1988 tarihinden itibaren doğmuştur. Ancak İdare, bu tarihten itibaren aradan geçen onlarca yıla rağmen mahkeme kararında belirtilen tazminatın başvurucuya ödenmesi için neden bir girişimde bulunmadığını açıklamamıştır.

55. İdare salt borcun 6098 sayılı Kanun'un 156. maddesinin ikinci fıkrası ile 2004 sayılı Kanun'un 39. maddesinin birinci fıkrası uyarınca zamanaşımına uğradığı savını öne sürmüştür. 6098 sayılı Kanun özel hukuktan doğan borç ilişkilerini düzenlemekte olup sözü edilen Kanun'da geçen zamanaşımı kavramı yine anılan Kanun'un kapsamına giren özel borç ilişkilerine ilişkindir.

56. Özel borç ilişkilerinde zamanaşımı süresinin geçmiş bulunması, alacağı kendiliğinden sona erdirmemekte, sadece borçluya bir defa hakkı vermektedir. Borçlunun zamanaşımı defini öne sürmesi durumunda borç sona ermeyip eksik borç hâline dönüşmektedir. Zamanaşımı definin ileri sürülmesi, zamanaşımına uğramış borcun borçlusuna, borcu ifadan kaçınma hakkı tanımaktadır. Borçlunun zamanaşımı defini ileri sürmesi durumunda hâkim davayı reddetmek zorunda kalmakta, alacak varlığını sürdürse de takip edilebilir olmaktan çıkmaktadır (AYM, E.2014/85, K.2014/103, 6/4/2014).

57. Özel borç ilişkisinin tarafları resen icra yetkisi bulunmayan ve cebir kullanarak hakkını elde etmesi yasaklanan eşit düzeydeki kişilerden oluşmaktadır. Hukuk devletinde bir özel hukuk borcunun rızaen ödenmemesi hâlinde alacaklının alacağını zorla tahsil etmesi yasaklanmış, bunun yerine devletin oluşturduğu cebri icra mekanizmasına başvurması zorunluluğu getirilmiştir. Devletin cebri icra mekanizması kapsamında kanunlar çerçevesinde tanınan yetkilerini kullanarak alacaklının alacağını borçludan tahsil etmesi öngörülmüştür. Bununla birlikte borcun ödenmesi yükümlülüğünün doğmasının üzerinden belli bir zaman geçtikten sonra artık bunun tahsili için devletin cebri icra mekanizmasının harekete geçirilmesindeki kamu yararı önemini yitirmektedir. Bu nedenle kanunlarla belirlenen zamanaşımı süresinin dolmasından sonra borçlunun zamanaşımı defini ileri sürmesi hâlinde -borç ortadan kalkmasa bile- devletin cebri icra mekanizmasının artık harekete geçirilmemesi gerektiği kabul edilmektedir (Aysel Dinçel ve Günsel Sancaktar, B. No: 2019/2236, 21/9/2022, § 61).

58. Özel kişiler arasındaki borçlar yönünden alacağın belli bir süreden sonra takip edilebilir olmaktan çıkması anayasal yönden haklı temellere dayansa da aynı durumun kamu otoritelerinin *anayasal yükümlülüklerinin ihlalinin doğan borçları* yönünden kabulü mümkün değildir. Kamu otoritelerinin borçlarını ifa etmesi, bu bağlamda yargı kararıyla devlet aleyhine hükmedilen tazminatı ödemesi *devlet olma* olgusundan kaynaklanan bir

yükümlülüktür. Kamu otoriteleri egemen güç olan devletin organları mahiyetindedir. Vatandaşları ve sahip olduğu toprak parçası üzerinde yaşayan diğer kişiler üzerinde egemenlik yetkisine sahip olan *devletin* mahkeme ilamına bağlanan borçlarını ödememesi düşünülemez. Devletten alacağı olan kişinin kendi imkânlarıyla bu alacağını tahsil etmesi mümkün olmadığı gibi özel kişiler arasındaki borç ilişkilerinden farklı olarak alacağının tahsili için borçlu (devlet) dışında başvurabileceği bir merci de bulunmamaktadır. Diğer bir ifadeyle borçlunun siyasi birliğin kurucusu niteliğindeki *devlet* olduğu hâllerde alacaklı alacağının tahsili konusunda bir ölçüde çaresiz bir pozisyonudadır. Borçlunun bu çaresizliğinin farkında olan devletin, iradesinin ürünü olan kanuni düzenlemelere uyması ve mahkeme ilamına bağlanan borcunu, alacaklıyı herhangi bir merciye başvurmak zorunda bırakmadan ödemesi gerekir. Devletin anayasal ve kanuni yükümlülüklerine uymamasından lehine haklar çıkarması saygınlığına gölge düşürür (bazı farklarla birlikte bkz. *Aysel Dinçel ve Günsel Sancaktar*, § 62).

59. Somut olayda İdare, kamulaştırmaya ilişkin anayasal ve kanuni güvencelere uymaksızın başvuru hakkına müdahale etmiş; ardından bu ihlalin giderilmesi için mahkeme tarafından hükmedilen tazminatı ödemek için hiçbir girişimde bulunmamış, başvuru hakkına ödeme talebini de zamanaşımı gerekçesiyle yerine getirmemiştir. Mahkeme kararıyla hükmedilen tazminatın ödenmesi yükümlülüğünün yerine getirilmemesi Anayasa'nın 138. maddesinin yanında 35. maddesini ağır biçimde ihlal etmektedir. İdarenin anayasal yükümlülükleri ağır bir biçimde ihlal eden tazminatın ödenmesinin geciktirilmesi fiilinden lehine haklar çıkarması hukuk devleti ilkesiyle bağdaştırılamamıştır. Vurgulanmalıdır ki İdarenin mahkeme kararını icra etme yükümlülüğü belli bir sürenin geçmesiyle ortadan kalkmaz. Özel kişiler arasındaki borç ilişkilerinden doğan ve ilama bağlanmış borçların takip hakkının belli bir süreyle sınırlanması yukarıda açıklanan gerekçelerle makul görülse de üstün kamu gücü yetkileriyle donatılan kamu otoritelerinin mahkeme ilamına bağlanmış borçlarını zamanaşımı gerekçesiyle ödemeyi reddetmesi kabul edilebilir değildir.

60. Sonuç olarak somut olayda kamulaştırmaya el atma sebebiyle doğan zararına karşılık olarak mahkeme tarafından hükmedilen tazminatın başvurucuya zamanaşımı gerekçesiyle ödenmemesi Anayasa'nın 35. maddesiyle bağdaşmamaktadır. İhlalin giderimi amacıyla hükmedilen tazminatın ödenmemesi mülkiyet hakkının ihlalinin devam ettiğini göstermektedir.

61. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

Recai AKYEL, Yıldız SEFERİNOĞLU, Selahaddin MENTEŞ, İrfan FİDAN ve Muhterem İNCE bu görüşe katılmamışlardır.

3.6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

62. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

“(1) Esas inceleme sonunda, başvuru hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan

kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir. ...

(2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir.”

63. Başvurucu, ihlalin tespit edilmesi ve sonuçlarının giderilmesi için gerekenlere karar verilmesi talebinde bulunmuştur.

64. Anayasa Mahkemesinin Mehmet Doğan ([GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018) kararında ihlal sonucuna varıldığında ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağı hususunda genel ilkeler belirlenmiştir. Anayasa Mahkemesi diğer bir kararında ise bu ilkelerle birlikte ihlal kararının yerine getirilmemesinin sonuçlarına da değinmiş ve bu durumun ihlalin devamı anlamına geleceği gibi ilgili hakkın ikinci kez ihlal edilmesiyle sonuçlanacağına işaret etmiştir (*Aligül Alkaya ve diğerleri* (2), B. No: 2016/12506, 7/11/2019).

65. Bireysel başvuru kapsamında bir temel hakkın ihlal edildiğine karar verildiği takdirde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırıldığından söz edilebilmesi için temel kural, mümkün olduğunca eski hâle getirmenin yani ihlalden önceki duruma dönülmesinin sağlanmasıdır. Bunun için ise öncelikle ihlalin kaynağı belirlenerek devam eden ihlalin durdurulması, ihlale neden olan karar veya işlemin ve bunların yol açtığı sonuçların ortadan kaldırılması, varsa ihlalin sebep olduğu maddi ve manevi zararların giderilmesi, ayrıca bu bağlamda uygun görülen diğer tedbirlerin alınması gerekmektedir (*Mehmet Doğan*, §§ 55, 57).

66. İhlalin mahkeme kararından kaynaklandığı veya mahkemenin ihlali gideremediği durumlarda Anayasa Mahkemesi, 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 79. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın bir örneğinin ilgili mahkemeye gönderilmesine hükmeder. Anılan yasal düzenleme, usul hukukundaki benzer hukuki kurumlardan farklı olarak ihlali ortadan kaldırmak amacıyla yeniden yargılama sonucunu doğuran ve bireysel başvuruya özgülenen bir giderim yolunu öngörmektedir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi tarafından ihlal kararına bağlı olarak yeniden yargılama kararı verildiğinde usul hukukundaki yargılamanın yenilenmesi kurumundan farklı olarak ilgili mahkemenin yeniden yargılama sebebinin varlığını kabul hususunda herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla böyle bir kararın kendisine ulaştığı mahkemenin yasal yükümlülüğü, ilgilinin talebini beklemeaksızın Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı nedeniyle yeniden yargılama kararı vererek devam eden ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yerine getirmektir (*Mehmet Doğan*, §§ 58, 59; *Aligül Alkaya ve diğerleri* (2), §§ 57-59, 66, 67).

67. İncelenen başvuruda, başvuru hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır. Dolayısıyla ihlal idarenin eyleminden kaynaklanmıştır. Ancak mahkeme de ihlali giderememiştir.

68. Bu durumda mülkiyet hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmaktadır. Yapılacak yeniden yargılama ise bireysel başvuruya özgü düzenleme içeren 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yöneliktir. Bu kapsamda yapılması gereken iş, yeniden yargılama kararı verilerek Anayasa Mahkemesini ihlal sonucuna ulaştıran nedenleri gideren, ihlal kararında belirtilen ilkelere uygun yeni bir karar verilmesinden ibarettir. Bu sebeple kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekmektedir.

69. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 364,60 TL harç ve 9.900 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 10.264,60 TL yargılama giderinin başvurucaya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI.HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA Recai AKYEL, Yıldız SEFERİNOĞLU, Selahaddin MENTEŞ, İrfan FİDAN ve Muhterem İNCE'nin karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

B. Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE Recai AKYEL, Yıldız SEFERİNOĞLU, Selahaddin MENTEŞ, İrfan FİDAN ve Muhterem İNCE'nin karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

C. Kararın bir örneğinin mülkiyet hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Ankara 3. İcra Hukuk Mahkemesine (E.2016/186, K.2016/151) GÖNDERİLMESİNE,

D. 364,60 TL harç ve 9.900 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 10.264,60 TL yargılama giderinin başvurucaya ÖDENMESİNE,

E. Ödemenin kararın tebliğini takiben başvurucaunun Hazine ve Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına, ödemede gecikme olması hâlinde bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal FAİZ UYGULANMASINA,

F. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 27/10/2022 tarihinde karar verildi.

KARŞIOY

1. Mahkemenin Sayın çoğunluğu tarafından başvurucaunun Anayasa'nın 35. Maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edildiği yönündeki çoğunluk kararına belirtilen gerekçelerle katılmadık.

2. Kararda başvurucaunun tüm iddiaları mülkiyet hakkı kapsamında görülmüş (§ 27), daha sonra başvurucaunun kabul edilebilir olduğu kanaatine varılarak (§ 28) esas incelemesine geçilmiştir.

3. Mülkün varlığı yönünden; kararda 1974 tarihinden önce inşa edildiği tespit edilebilen gecekonduyu 1982 yılında yıkılana kadar başvurucaunun kullandığı ve bu süre zarfında yapının mevzuata aykırılığı hususunda kamu makamlarınca uyarılmadığı, söz

konusu yapının bu kadar uzun bir süre kullanılmasının başvuruca bakımından önemli bir ekonomik menfaat teşkil ettiği ve mülkiyet hakkı kapsamında korunması gereken bir menfaatinin mevcut olduğu kabul edilmiştir (§ 33).

4. Müdahalenin varlığı ve türü yönünden; kararda başvurucauya ait gecekondunun yıktırılmasının sebebinin tam olarak anlaşılmadığı ancak imar mevzuatına aykırılık sebebine dayanmadığının açık olduğu, zira imar düzenlemelerine aykırı olduğu gerekçesiyle yıktırıldığına dair bir verinin bulunmadığı, bununla birlikte İdarece 1974 yılında verilmiş (daha sonra vazgeçilmiş olan -§ 35-) kamulaştırma kararının bulunduğu ve gecekondunun İdarenin isteği üzerine yıktırılması nedeniyle müdahalenin taşınmazın kamu hizmetinde kullanılması amacıyla yapıldığı, dolayısıyla gecekondunun imar mevzuatına aykırılık gerekçesiyle değil üzerine inşa edildiği taşınmazın kamu hizmetinde kullanılacak olması sebebiyle yıktırılması şeklindeki müdahalenin mülkten yoksun bırakma mahiyetinde olduğu değerlendirilmiştir (§ 36).

5. Müdahalenin ihlal oluşturup oluşturmadığı yönünden; kararda önce Anayasa Mahkemesinin daha önceki kararlarında *kamulaştırmaz* el atma yoluyla yapılan müdahalelerin kanuni bir dayanağı bulunmadığından mülkiyet hakkının ihlaline yol açtığını kabul ettiği hatırlatılmış (§ 39), taşınmazın maliki ile taşınmaz üzerindeki muhdesatın kullanımından doğan ekonomik menfaatin malikinin farklı kişiler olması durumunda muhdesatın kamu mülkiyetine geçirilmesinin de Anayasa'nın 46. maddesindeki güvencelere tabi olması gerektiği değerlendirilmiştir (§ 41). Somut olayda bağlamında yapılan değerlendirmede başvurucauya ait muhdesatın mülkiyetinin kamuya geçirilmesinde anılan güvencelere uygun olarak hareket edilmesi mecburiyeti bulunduğu (§ 42), önce başvurucauya ait gecekondunun ağaçlara yönelik kamulaştırma işlemi tesis etmiş sonradan bundan vazgeçilmiş olsa da İdarenin 1982 yılında taşınmazın yıktırılması yönünde istekte bulunması üzerine Belediye binanın yıkıldığı, yıkım talebinin *yeni bir kamulaştırma kararına dayanıp dayanmadığı anlaşılamamakla birlikte* İdarenin yıkım işleminden önce kamulaştırma bedelini peşin ödemediğinin tartışmasız olduğu, bunun Anayasa'nın 46. maddesindeki özel güvencelere uygun olmadığı belirtilmiş ve yıkımın kanuni temelden yoksun olduğu sonucuna varılmıştır (§§ 43, 44). Aslında başvuruca tarafından davada başvuruca lehine tazminata hükmedilmesinin söz konusu ihlalin derece mahkemelerince de tanındığı anlamına geldiği, dolayısıyla Anayasa Mahkemesince yapılacak inceleme ihlalin giderilip giderilmediğinin tespitinden ibaret olacağı (§ 45), gerçek manada giderimden söz edilebilmesi için ise taşınmazın elkoyma tarihindeki gerçek değerinin malike ödenmesi gerektiği belirtilmiştir (§ 45).

6. Kararda 21/1/1988 tarihinde kesinleşen derece mahkemesi kararıyla hükmedilen tazminatın başvurucauya ödenmemiş olduğu, 3/8/2014 tarihinde yapılan başvurucaunun talebine rağmen borcun on yıllık zamanaşımına tabi olduğu ve bu sürenin dolduğu gerekçesiyle İdarece ödeme yapılmadığı, 9/2/2016 tarihinde başlatılan icra takibinden de aynı gerekçelerle sonuç alınamadığı ve başvurucaunun tazminata kavuşamadığı tespit edilmiştir (§ 47).

7. Kararda Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesi ile Anayasa'nın 138. maddesinde düzenlenen yasama ve yürütme organları ile idarenin

mahkeme kararlarına uyması zorunluluğuna atfen yargı kararlarının zamanında icra edilmeyerek sonuçsuz bırakılmasının kabul edilemeyeceği vurgulanmış (§§ 48-50), Anayasa Mahkemesinin mülkiyet hakkına yönelik nihai bir yargı kararının uygulanmasını kamu makamlarınca engellemesinin veya kararın uygulanması için gerekli özeni göstermemesinin Anayasa'nın 35. maddesinin ihlali anlamına geldiğine ilişkin önceki kararları hatırlatılmıştır (§ 51). Mahkeme kararının icrası yükümlülüğünün idarenin doğrudan Anayasa'dan kaynaklanan bir ödevi olduğu ve idarenin mahkeme kararının icrasından kaçınmaya yönelik *her türlü işlem ve eyleminin* sözü edilen anayasal ödevle çelişeceği vurgulanmıştır (§ 53).

8. Kararda somut olayda İdarenin başvurucuya tazminat ödenmesine hükmeden mahkeme kararının icrası yolunda herhangi bir girişimde bulunmadığı, aksine alacağının ödenmesi isteminin zamanaşımı gerekçesiyle reddedildiği belirtilmiş (§ 52), başvurunun mahkeme tarafından hükmedilen tazminatın ödenmesi istemiyle kararın kesinleşmesinin üzerinden yaklaşık yirmi altı yıl sonra İdareye başvurusunun bir kusur olarak değerlendirilebileceği ancak bunun İdarenin mahkeme kararını icra etme sorumluluğunu ortadan kaldırmadığı, İdarenin aradan geçen onlarca yıla rağmen mahkeme kararında belirtilen tazminatın başvurucuya ödenmesi için neden bir girişimde bulunmadığını açıklamadığı ifade edilmiştir (§ 54).

9. Kararda İdarenin salt borcun 6098 sayılı Kanun'un 156. maddesinin ikinci fıkrası ile 2004 sayılı Kanun'un 39. maddesinin birinci fıkrası uyarınca zamanaşımına uğradığı savını öne sürmesine karşılık 6098 sayılı Kanun'un, dolayısıyla daburadaki zamanaşımına ilişkin hükümlerin *özel hukuktan doğan borç ilişkilerini* düzenlemekte olduğu yorumu yapılmıştır (§ 54). Özel kişiler arasındaki borçlar yönünden alacağın belli bir süreden sonra takip edilebilir olmaktan çıkmasının anayasal yönden haklı temellere dayandığı kabul edilse bile kamu otoritelerinin *anayasal yükümlülüklerinin ihlalinden doğan borçları* yönünden bunun kabulünün mümkün olmadığı değerlendirilmiştir (§ 58).

10. Kararda somut olayda kamulaştırmaz el atma sebebiyle doğan zararına karşılık olarak mahkeme tarafından hükmedilen tazminatın başvurucuya zamanaşımı gerekçesiyle ödenmemesinin Anayasa'nın 35. maddesini ihlal ettiği sonucuna varılmıştır (§ 60).

11. Aşağıda açıklanan nedenlerle çoğunluğun kabul edilebilirlik ve esasa ilişkin vardığı sonuçlara katılmamaktayız.

12. Başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesine geçmeden önce somut olaya ilişkin birtakım açıklamalar yapılması ve bazı tespitlerde bulunulması uygun olacaktır.

1.Olaya İlişkin Bazı Açıklamalar ve Tespitler

a.Somut Olaya ve Zamanaşımı Nedeniyle Yerine Getirilmeyen

Kararın Konusuna İlişkin Açıklamalar

13. Başvuru formu ve eklerindeki bilgi ve belgelerden somut olayda tam olarak neler yaşandığı anlaşılamamaktadır. Yukarıda verilen özetten de anlaşılabileceği üzere aslında çoğunluk da bazı hususları saptayamadığını açıkça ifade etmiş ancak bir takım varsayımlarda bulunarak incelemeye devam etmiştir.

14. Başvuru formu ve ekleri incelendiğinde somut olaya ilişkin en kapsamlı bilginin

-icra edilmediği ileri sürülen- Ankara 12. Asliye Hukuk Mahkemesinin 12/11/1987 tarihli ve E.1987/249, K.1987/318 sayılı kararında olduğu görülmüştür. Bu sebeple anılan kararın ilgili kısmına aşağıda aynen yer verilmiştir:

“Davacı: Feramuz Yıldırım (...)

Davalılar: 1) Milli Savunma Bakanlığı (...)

2) Ankara Büyükşehir Belediyesi Başkanlığı (...)

Dava: Alacak

(...)

Muhakeme: Yargıtay bozma ilamına uyularak davacı ile MSB vekilinin yüzüne karşı belediye vekilinin kısmen yokluğunda ve açık olarak yapılmıştır.

Davacının gecekondur tipinde bir binası bulunduğu ve bu yerin MSB tarafından istimlak edildiği ve davacının 28.10.1974 tarihinde istimlak bedelinin arttırılması davası açtığı ve Ankara 7 nci Asliye Hukuk Mahkemesinde 1975/706 [?] sayıda istimlak bedelinin arttırılarak farkı olan 10.779 TL'nin 30.12.1975 tarihinde faiz muhakeme masrafı ile birlikte MSB den alınarak davacıya verilmesine karar verilmiştir.

MSB istimlak bedeli olan 37.014 TL'yi Ziraat Bankası merkez şubesindeki hesaba yatırmış ve davacının evini yıkmadığı için davacı istimlak bedelini mahkemeden almamıştır.

Davacı 28.10.1974 de MSB aleyhine açtığı 1976/561 [önceki paragraftaki dava ile dava tarihi aynı, sayı farklı] sayılı davada istimlak bedelinden dolayı 47.800 TL istemiş ve yapılan duruşmada dava konusu yerin istimlak sahası dışında olduğundan davanın reddine 5.11.1976 tarihinde karar verilmiştir.

Davacının evi yıktırılmadığı için davacı istimlak bedelini bankadan almamış ve evini tasarruf etmeye devam etmiş ve evinin yıkılacağı bildirilmesi üzerine 17.6.1982 tarihinde tespit istemiş ve bilirkişi Ahmet Didin verdiği 24.6.1982 tarihli raporunda arsa hariç bina bedelinin 491.840 TL olduğunu bildirmiştir.

1982 yılında MSB nin isteği üzerine Ankara Belediyesinin binayı yıktığı ve enkazını davacıya vermediği, bedelini de ödemediği anlaşılmış ve toplanan deliller göz önünde tutularak bilirkişi tetkikatı yaptırılmış ve bilirkişi inşaat yüksek mühendisi Recep Üstünel verdiği 5.6.1986 tarihli raporunda davacının bina bedelinin 400.000 TL olduğunu bildirmiştir.

Tarafların iddia ve savunmaları tespit dosyası bilirkişi raporu [okunamadı] mahkeme ilanları göz önünde tutularak durum takdir edilmiş buna göre 400.000 TL'nin davalı MSB den alınarak davacıya verilmesi gerektiği sonuç ve kanaatine varılmıştır.

Netice: Davacı iddiası sabit olduğundan (400.000) TL'den Ziraat Bankası Merkez Şubesindeki hesaba 221604 nolu dekont ile yatırılmış bulunan (37.014) TL'nin istimlak bedeli düşündükten sonra geriye kalan (362.986)TL nin (18.300) TL muhakeme masrafı ile birlikte davalı MSB den alınarak davacıya verilmesine belediye hakkındaki davanın reddine (...) karar verildi.”

15. Somut olayda başvurucuya ait bir gecekondunun olduğu ve bu gecekondunun kamu makamlarınca yıkıldığı sabittir. Bununla birlikte bu gecekondunun üzerinde bulunduğu taşınmazın başvurucuya ait olup olmadığı belli değildir. Kararda geçen iki ayrı davada MSB tarafından istimlak edilenin ne olduğu, dolayısıyla istimlak bedelinin

artırılması davalarının hangi yerlere ilişkin olduğu belli değildir. Alıntı yapılan kararda yer alan sonraki açıklamalardan davacı ile idare arasında gecekondunun kendisi ile ilgili bir problemin olduğu, bu problemin çözülmemesi nedeniyle somut başvuruya konu tazminattan önce hükmedilen bir istimlak bedelinin davacı tarafından alınmadığı anlaşılmaktadır. Ancak kararın bütününden istimlak edilen şeyin başvuruya konu gecekondunun kendisi olmadığını anlaşılması daha muhtemeldir.

16. Kararda davanın konusunun “*mahkemece hükmedilen kamulaştırma bedelinin ödenmemesi nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkin*” olduğu belirtilmiş ise de yukarıdaki karardan söz konusu davanın kamulaştırma bedeliyle ilgili olduğu sonucu çıkarılamamaktadır. Başvurucunun daha önce 28/10/1974 tarihinde Ankara 7. Asliye Hukuk Mahkemesinde istimlak bedelinin arttırılması davası açtığı ve bu davanın karara bağlandığı gözetildiğinde somut başvuruda icra edilmediği ileri sürülen Ankara 12. Asliye Hukuk Mahkemesinin 12/11/1987 tarihli kararının hangi gerekçeyle kamulaştırma bedeli olarak kabul edildiği çoğunluk görüşünden tam olarak anlaşılamamaktadır. Bu bağlamda söz konusu davanın bizzatihi mahkemesi tarafından “*alacak*” davası olarak nitelendirildiğini de ayrıca kaydetmek gerekir. Mahkeme herhangi bir yerde bu davanın kamulaştırma bedeliyle ilgili olduğunu ifade etmemiştir. Halbuki derece mahkemesi önceki dava süreçlerini açıklarken “*istimlak bedeli*” kavramını kullanmıştır. Gecekonduya ilişkin başvuruya konu dava bir istimlak sonrası değil 1982 yılında MSB nin isteği üzerine Ankara Belediyesinin binayı yıkması ve enkazını davacıya vermemesi, bedelini de ödememesi üzerine açılmıştır.

17. Keza kararda gecekonduya ilişkin kamulaştırmadan vazgeçildiği belirtilmiş ise de yukarıda alıntı yapılan derece mahkemesi kararında ve diğer resmi belgelerde bu yönde bir bilgi tespit edilememiştir. Nitekim çoğunluk görüşünün “*Olay ve Olgular*” başlığı altında da olgusal dayanağı olan bir bilgiye yer verilmemiştir. Buna rağmen kararın “*Değerlendirme*” başlığı altında bu husus olgusal bir gerçeklikmiş gibi sunulmuş, sonrasında -gecekondunun yıkılma nedeninin anlaşılacağı kararda da belirtilmesine rağmen- daha önce kamulaştırma kararı aldığı ve vazgeçildiği hususu da gerekçe gösterilerek somut olaydaki yıkım kamulaştırmatsız el atma olarak değerlendirilmiştir. Anayasa Mahkemesinin derece mahkemeleri önündeki davaları -onların vasıflandırmasından farklı olarak- bu şekilde ilk elden vasıflandırmaktan mümkün olduğunca uzak durması gerekir. Dahası Mahkeme bunu eksik bilgi ve belge üzerinden varsayıma dayalı olarak yapmamalıdır.

18. Tüm bu açıklamalar dikkate alındığında zamanaşımı nedeniyle icra edilmeyen Ankara Asliye 12. Hukuk Mahkemesinin yukarıdaki kararının -somut olayda birçok belirsizlik bulunmakla birlikte- alacak davası sonucunda verilen başvurucuya ait gecekondunun yıkılması nedeniyle uğranılan zararların tazminine ilişkin bir karar olduğunun değerlendirilmesi gerekir.

b.Mülkün Tespiti

19. Yukarıda işaret edilen tüm belirsizlikler ve bu belirsizliklere dayalı ihtimaller de göz önünde bulundurulduğunda mülkün çoğunluk görüşündekinin aksine gecekondunun olarak değil Ankara 12. Asliye Hukuk Mahkemesince hükmedilen alacak olarak belirlenmesinin isabetli olacağı düşünülmektedir. Esasında başvurucu da temel olarak mahkemece kesin

hükme bağlanmış alacağının zaman aşımına uğraması nedeniyle ödenmemesinden şikâyet etmektedir. Aslında kararın geneline ve “*Sonuç olarak somut olayda kamulaştırmatsız el atma sebebiyle doğan zararına karşılık olarak mahkeme tarafından hükmedilen tazminatın başvurucuya zamanaşımı gerekçesiyle ödenmemesi Anayasa’nın 35. maddesiyle bağdaşmamaktadır.*” şeklindeki sonuç paragrafına (§ 60) bakıldığında çoğunluğun da -kamulaştırmatsız el atmadan kaynaklansa bile- başvurudaki asıl sorunun bir alacağın ödenmemesi olduğunu kabul ettiği anlaşılmaktadır. Dahası Anayasa Mahkemesi kamulaştırmatsız el atma davaları sonucu verilen kararların icra edilmemesine ilişkin başvurularda da -diğer icra etmeme başvurularında olduğu gibi- mülk olarak mahkeme kararıyla icra edilebilir kılınan “*alacağı*” görmektedir (Çok sayıda karar arasında son dönemde verilmiş bazı kararlar için bkz. *Alattin Demir*, B. No: 2018/37350, 18/1/2022; *Ali Erol Savaş ve diğerleri*, B. No: 2019/13218, 22/2/2022; *Naciye Turğut*, B. No: 2019/9034, 16/6/2022) . Somut olayda bu kararlardan neden ayrıldığı ise izah edilmemiştir.

c.Müdahalenin Tespiti

20. Kararda mülkün varlığının mahkemece hükmedilen alacaktan hareketle tespit edilmeyip gecekondudan hareketle tespit edilmiş olmasının neticesi olarak somut olaydaki müdahalenin türü *mülkten yoksun bırakma* olarak belirlenmiştir. Halbuki Anayasa Mahkemesi kamulaştırmatsız el atma davaları sonucu verilen kararların icra edilmemesine ilişkin başvurularda da -diğer icra etmeme başvurularında olduğu gibi- müdahalenin türünü mülkten yoksun bırakma olarak değil *mülkten barışçıl yararlanmaya müdahale* olarak kabul etmiştir (Çok sayıda karar arasında son dönemde verilmiş bazı kararlar için bkz. *Ali Erol Savaş ve diğerleri*, B. No: 2019/13218, 22/2/2022; *Naciye Turğut*, B. No: 2019/9034, 16/6/2022) . Somut olayda bu kararlardan neden ayrıldığı izah edilmemiştir.

d.Somut Olayda 4/2/2011 Tarihli ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 156. Maddesinin İkinci Fıkrası ile 9/6/1932 Tarihli ve 2004 Sayılı İcra ve İflas Kanunu’nun 39. Maddesinin Birinci Fıkrasının Uygulanıp Uygulanmayacağının Tespiti

21. Somut olayda idare ve derece mahkemeleri başvurucunun ilama dayalı alacağının ödenmemesi bakımından 6098 sayılı Kanun’un 156. maddesinin “*Borç bir senetle ikrar edilmiş veya bir mahkeme ya da hakem kararına bağlanmış ise, yeni süre her zaman on yıldır.*” şeklindeki ikinci fıkrası ile 2004 sayılı Kanun’un 39. maddesinin “*İlama müstenit takip, son muamele üzerinden on sene geçmekle zamanaşımına uğrar.*” şeklindeki birinci fıkrasına dayanmıştır.

22. 6098 sayılı Kanun’un yürürlüğe girdiği tarihten önceki dönemde uygulanan 818 sayılı (mülga) Borçlar Kanunu’nun 135. maddesinin ikinci fıkrasında, 6098 sayılı Kanun’la aynı doğrultuda hüküm içeren “*Borç bir senetle ikrar edilmiş veya bir hüküm ile sabit olmuş ise yeni müddet daima on senedir.*” kuralı bulunmaktadır.

23. Kararda 6098 sayılı Kanun’un 156. maddesinin ikinci fıkrası *ilk elden -üstelik* de anılan hükmü uygulamak ve yorumlamakla asıl görevli somut olaydaki mahkemelerin yorumlarından farklı olarak- yorumlanmış ve bu kuralın özel borç ilişkilerine ilişkin olduğu

belirtilmiştir. Kararda Yargıtay içtihadının -somut olaydaki derece mahkemelerinden farklı olarak- söz konusu kanun hükmünü çoğunluk görüşündeki gibi yorumladığına ilişkin bir tespit bulunmamaktadır. Derece mahkemelerinin kanunları yorumlama ve uygulama konusunda Anayasa Mahkemesine göre daha iyi konumda bulundukları ve bu konuda daha uzman oldukları dikkate alındığında kanunların yorumunun -çok açık bir kanun hükmü olmadıkça- ilk elden Anayasa Mahkemesince yapılması uygun gözükmemektedir. Bu konuda -varsa- derece mahkemelerinin anılan kanun hükümlerine ilişkin yorumları ve uygulamaları üzerinden hareket edilmesi daha makul gözükmektedir.

24. Tarafımızdan yapılan araştırmada 6098 sayılı Kanun'un 156. maddesinin ikinci fıkrasının sadece özel hukuk ilişkilerinde uygulanması gerektiğini ifade eden bir Yargıtay kararına rastlanmamıştır. Aksine bir suç soruşturması ya da kovuşturması kapsamında mallarına el konulan ancak daha sonra bu soruşturma veya kovuşturmanın takipsizlikle ya da beraat veya düşme gibi kararlarla neticelenmesi ve el konulan malların iadesine hükmedilmesi üzerine mallarına el konulmuş olan kişilerin söz konusu malların iadesi ya da zararın tazmini istemiyle açtığı -kamuğun taraf olduğu- bir çok davada, 6098 sayılı Kanun'un 156. maddesinin ikinci fıkrası ile 2004 sayılı Kanun'un 39. maddesinin birinci fıkrasının Yargıtay 4. Hukuk Dairesi tarafından uygulanabilir olduğunun değerlendirildiği görülmüştür (Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 2/3/2015 tarihli ve E.2014/16980, K.2015/2398 sayılı kararı; 8/12/2015 tarihli ve E. 2015/11482, K. 2015/14309 sayılı kararı; 11/5/2016 tarihli ve E.2016/3444, K.2016/6527 sayılı kararı; 17/2/2015 tarihli ve E.2014/674, K.2015/1600 sayılı kararı; 29/3/2016 tarihli ve E.2016/456, K.2016/4111 sayılı kararı). Anılan içtihadı konu ilama bağlı borçlar da kamu borcu niteliğindedir.

25. Konuya ilişkin olarak Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 2/3/2015 tarihli ve E. 2014/16980, K. 2015/2398 sayılı kararına değinilebilir. Gümrük ve Ticaret Bakanlığı aleyhine açılan davada Yargıtay 4. Hukuk Dairesi aşağıdaki şekilde karar vermiştir:

“Dava, haksız el koyma nedeniyle aynen iade veya tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece, davanın zamanaşımı nedeniyle reddine karar verilmiş; hüküm, davacılar tarafından temyiz edilmiştir.

Davacılar, mirasçıları oldukları [K.K.]ye ait suça konu, el konulan ve iadesine karar verilen tereke eşyasının aynen iadesini, aksi takdirde bedelini talep etmiştir.

Davalı taraf, süresi içerisinde zamanaşımı def'inde bulunmuştur. Mahkemece, 466 Sayılı Kanun'un 2. maddesi uyarınca, kesinleşmiş mahkeme kararının tebliğinden itibaren 3 aylık süre içerisinde davanın açılması gerektiği, dava ile ilgili mahkeme ilamının 24/02/1984 tarihinde kesinleşmiş olup süresi içerisinde dava açılmadığı gerekçesiyle, davanın zamanaşımı nedeniyle reddine karar verilmiştir.

İcra ve İflas Kanunu'nun 39/1. maddesi ve Türk Borçlar Kanunu'nun 156/2. maddelerine göre ilamlar kararın verildiği günden itibaren 10 yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. İade kararının 1988 yılında kesinleştiği, eldeki davanın açıldığı 18/07/2013 tarihi itibarıyla ilam zamanaşımı süresinin geçtiği anlaşılmıştır. Her ne kadar mahkemece, 466 sayılı Kanun uygulaması ile zamanaşımı nedeniyle ret kararı verilmesi doğru değil ise de ilam zamanaşımı süresi geçtiğinden karar sonuç itibarıyla doğrudur.

Şu durumda, davanın zamanaşımı nedeniyle reddine ilişkin verilen karar sonuç

olarak doğrudur. O nedenle, 6217 sayılı Kanun'un 30. maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen “Geçici madde 3” atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 438/9. maddesi uyarınca gerekçe değiştirilerek karar onanmalıdır.”

26. Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 8/12/2015 tarihli ve E. 2015/11482, K. 2015/14309 sayılı kararına da değinilebilmesi uygun olabilir. Maliye Hazinesi aleyhine açılan davada Yargıtay 4. Hukuk Dairesi aşağıdaki şekilde karar vermiştir:

“(...)

Dosya kapsamından, davacı ile dava dışı kişiler hakkında, Şırnak Ağır Ceza Mahkemesinin 2003/62 esas sayılı dosyası üzerinden, 1918 Sayılı Kanun'a muhalefet suçundan kamu davası açıldığı, yapılan yargılama neticesinde 03/04/2003 tarihli karar ile sanığın delil yetersizliğinden beraatine, 07/03/2000 tarihli tutanak ile yediemine teslim edilen 120 adet keçiden 45 adetinin suçla ilgisi olmadığından sanığa iadesine karar verildiği, kararın 30/07/2003 tarihinde temyiz edilmeksizin kesinleştiği ve ilam niteliği kazandığı anlaşılmaktadır.

2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 39/1 ve olay tarihi itibarı ile yürürlükte bulunan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 135/2. maddeleri uyarınca ilam zamanaşımı süresi 10 yıldır. 30/07/2003 tarihinde kesinleşen ceza mahkemesi kararında, 45 adet küçükbaş hayvanın davacıya iadesine ilişkin hüküm bulunduğu göre; dava konusu uyumsuzluğa ilam zamanaşımının uygulanması gerekmektedir. Davanın açıldığı 26/12/2012 tarihi itibarıyla bu süre dolmamıştır.

Mahkemece, açıklanan yönler gözetilerek işin esası incelenip varılacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, davanın zamanaşımından reddine hükmedilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.”

27. Bunların yanı sıra doktrinde 2004 sayılı Kanun'da düzenlenen ilamlı icradaki “ilam” kavramının hukuk mahkemelerince verilen ilamların yanı sıra ceza mahkemesi ilamlarının tazminata veya yargılama giderlerine ilişkin hüküm fıkrası ile tam yargı davası sonucunda verilmiş olan idari yargı merci ilamlarını da (yani ilama bağlanan kamu borçlarını da) kapsadığı ifade edilmiştir (Baki Kuru / Ramazan Arslan / Ejder Yılmaz, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayınları, 24. Baskı, Ankara, 2010, s.385-386).

28. Ayrıca 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesinin ikinci fıkrasının “Konusu belli bir miktar paranın ödenmesini gerektiren davalarda hükmedilen miktar ile her türlü davalarda hükmedilen vekalet ücreti ve yargılama giderleri, davacının veya vekilinin davalı idareye yazılı şekilde bildireceği banka hesap numarasına, bu bildirim tarihinden itibaren, birinci fıkrada belirtilen usul ve esaslar çerçevesinde yatırılır. Birinci fıkrada belirtilen süreler içinde ödeme yapılmaması halinde, genel hükümler dairesinde infaz ve icra olunur.” hükmünü içerdiğini vurgulamak gerekir. Bu hükümden idarenin idari yargı kararına konu olan parasal borçlarının bile -bir şekilde ödeme yapılmaması hâlinde- genel hükümler (2004 sayılı Kanun hükümleri) dairesinde infaz ve icra olunacağı anlaşılmaktadır.

29. Tüm bu açıklamalar ışığında 6098 sayılı Kanun'un 156. maddesinin ikinci fıkrası ile 2004 sayılı Kanun'un 39. maddesinin birinci fıkrasının somut olayda uygulanabilir

olmadığını söylemenin mümkün olmadığı, çoğunluğun ilk elden yaptığı kanun yorumunun kanuni ve içtihadi bir temelini bulunmadığı değerlendirilmektedir.

2.Kabul Edilebilirlik Yönünden İnceleme

30. Kararda başvurunun kabul edilebilirliği ile ilgili olarak “*Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.*” denmiştir. Yukarıdaki tespitler ışığında gerekçesi aşağıda ayrıntılı açıklanacağı üzere başvurunun ya zaman bakımından yetkisizlik ya da süre aşımı nedeniyle reddedilmesi gerektiği değerlendirilmektedir.

31. Somut olayda Ankara 12. Asliye Hukuk Mahkemesinin zamanaşımı nedeniyle yerine getirilmeyen kararı 12/11/1987 tarihinde verilmiş ve bu karar 21/1/1988 tarihinde kesinleşmiştir. Başvurucu, 3/8/2014 tarihinde idareye başvurarak mahkemece hükmedilen tazminatın tarafına ödenmesi talebinde bulunmuştur. Başvurucu başvuru formunda arada geçen süreye ilişkin olarak “*Müvekkil bu ilamı alarak Milli Savunma Bakanlığından paranın ödenmesini talep etmiştir. Ancak yetkililer bu konuda ödenekleri olmadığını söyleyerek ödeme yapmamıştır. / 4- Müvekkil 1988 yılında ağır bir kalp krizi geçirerek uzun yıllar sağlığına kavuşamamış ve haklarını arayamamıştır. Müvekkil biraz kendine gelince 13.08.2014 tarihli dilekçeyle Milli Savunma Bakanlığına müracaatta bulunarak hastalığı nedeniyle alamadığı parasını talep etmiştir.*” şeklinde açıklamalarda bulunmuştur. İdare başvurusunun talebini alacağın zamanaşımına uğradığı gerekçesiyle 21/10/2014 tarihinde reddetmiştir. Başvurucu bu ret kararından yaklaşık 16 ay sonra 9/2/2016 tarihinde icra takibi başlatmış ancak icra takibinden de -derece mahkemelerince 6098 sayılı Kanun’un 156. maddesinin ikinci fıkrası ile 2004 sayılı Kanun’un 39. maddesinin birinci fıkrasına dayanılması nedeniyle- olumlu netice alamamıştır.

32. Yukarıda açıklandığı üzere, 6098 sayılı Kanun’un 156. maddesinin ikinci fıkrası ile 2004 sayılı Kanun’un 39. maddesinin birinci fıkrasının kamunun borçları yönünden de uygulanabilirliğini engelleyen ne bir kanun hükmünün ne de yargısal içtihadın bulunmadığı, Anayasa Mahkemesinin -çok açık bir durum olmadıkça- ilk elden bir kanun hükmünü yorumlayarak somut olayda uygulanamaz kılamayacağı görüşündeyiz.

33. Somut olayda başvurusunun şikayeti zamanaşımı gerekçesiyle mahkeme ilamının icra edilmemesidir. Başvurusunun alacağı, ilgili mevzuat uyarınca en geç kararın kesinleştiği 21/1/1988 tarihinden on yıl sonra 21/1/1998 tarihinde icra edilebilir bir alacak olmaktan çıkmıştır. Bu tarih ise Anayasa Mahkemesinin zaman bakımından yetkisinin başlangıcından çok öncedir. Anılan tarihten -yani zamanaşımı süresi dolduktan- yaklaşık 16 yıl sonra idareye başvurulmasının ve 18 yıl sonra icra takibi başlatılmasının, Anayasa Mahkemesinin zaman bakımından yetkisi üzerinde herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Zira başvurusunun ihlal iddiası açısından bu yollar on yıllık süre dikkate alındığında etkili ve tüketilmesi gereken yollar olmaktan çıkmıştır. Dolayısıyla başvurunun zaman bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez bulunması gerekir. Ayrıca başvurusunun “*Müvekkil bu ilamı alarak Milli Savunma Bakanlığından paranın ödenmesini talep etmiştir. Ancak yetkililer bu konuda ödenekleri olmadığını söyleyerek ödeme yapmamıştır.*” şeklindeki

mazertetinin hiçbir dayanağı gösterilmemiştir. Başvurunun “*Müvekkil 1988 yılında ağır bir kalp krizi geçirerek uzun yıllar sağlığına kavuşamamış ve haklarını arayamamıştır. Müvekkil biraz kendine gelince 13.08.2014 tarihli dilekçeyle Milli Savunma Bakanlığına müracaatta bulunarak hastalığı nedeniyle alamadığı parasını talep etmiştir.*” şeklindeki mazereti ise gayrı ciddidir. 1988’de kalp krizi geçirip 26 yıl sonra 2014 yılında biraz kendine gelmesi şeklindeki durum hayatın olağan akışına tamamen aykırı olup böyle bir durum gerçekten çok çok istisnaen gerçekleşebilse belgeleriyle ispatı gerekir.

34. Karardaki görüş kabul edilse ve İdarenin yargı kararıyla hükmedilen tazminatın ödenmesi konusunda elinden gelen tüm çabayı göstermesi yönünde yükümlülüğünün bulunduğu ve bu yükümlülüğün 10 yıllık süreden sonra da devam ettiği kabul edilse bile mevcut başvurunun yine de esas incelemesine tabi tutulması mümkün gözükmemektedir. Zira bu gibi durumlarda başvurusundan özen yükümlülüğü kapsamında makul bir süre içinde Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunması beklenir. Nitekim Anayasa Mahkemesi, yaşam hakkıyla işkence ve kötü muamele yasağı kapsamında etkili soruşturma yükümlülüğünün ihlal edildiği iddialarıyla yapılan başvurularda bile eğer olaya ilişkin soruşturmada ilerleme yoksa veya soruşturma artık etkisiz bir hâl almışsa başvuruscuların, gerekli özeni göstermesi ve şikâyetini çok uzun süre geçirmeden Anayasa Mahkemesine sunması gerektiğini kabul etmekte, aksi takdirde başvuruyu süre aşımı nedeniyle kabul edilemez bulmaktadır (Adle Azizoğlu ve Sadat Azizoğlu, B. No: 2014/15732, 24/1/2018). Somut olayda zamanaşımın gerçekleştiği tarihte Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolu açık değildir. Bu durumda başvurusundan -en azından- bireysel başvuruların kabul edilmeye başlandığı 23/9/2012 tarihinden makul bir süre sonra Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapmasını beklemek gerekir. Ancak somut olayda başvurusu, 23/9/2012 tarihinden sonra makul bir süre içinde bireysel başvuru yapmamıştır. Hatta başvurusu, alacağının ödenmesi talebiyle idareye yaptığı başvurusunun zamanaşımı nedeniyle 21/10/2014 tarihinde reddedilmesi üzerine icra takibini dahi makul sürede başlatmamış ve bu dönemde yaklaşık 16 ay hiçbir sebep göstermeden hareketsiz kalmıştır. Dolayısıyla otuz günlük süre ister zaman bakımından yetkinin başlangıcı olan 23/9/2012 tarihi esas alınarak ister idarenin ödememe iradesini açıkça ortaya koyduğu 21/10/2014 tarihi esas alınarak hesaplansın 26/6/2019 tarihinde yapılan başvurusunun süresinde yapıldığının kabul edilmesi makul gözükmemektedir. Somut olayda başvurusunun özen yükümlülüğüne uygun hareket ettiğinin söylenemeyeceği değerlendirilmektedir.

3.Esas Yönünden

35. Kararda esas yönünden yapılan ve karşıoyun girişinde özetlenen değerlendirmelerden şu sonuçlar ortaya çıkmaktadır:

- İlama bağlanan kamu borçları zamanaşımına uğramaz (Kararın genelinde ilama bağlanan kamu borçlarının kamu makamları tarafından zamanaşımı gerekçesiyle ödenmemesinin anayasal olarak mümkün olmadığı kanaati dile getirilmiştir.).

- Kamu makamları borçlarını alacaklıyı arayıp bulup ödemek zorundadır. Bu konuda ödemeyi kolaylaştırıcı bir takım bilgi ve belgeler dışında alacaklıya yükümlülük yüklenemez. Alacaklı talepte bulunmak yükümlülüğü altına dahi sokulamaz. Kamu

makamları talepte bulunulduğunda borcu ödemeye hazır olsa bile borcu ödeme konusundaki yükümlülüklerini yerine getirmiş olamaz.

- Alacaklı özen yükümlülüğünü ne şekilde ihlal etmiş olursa olsun (somut olaydaki gibi mazeretsiz olarak onlarca yıl alacağı talep etmemiş olsa bile) kamu makamlarının yukarıda belirtilen yükümlülüğü ortadan kalkmaz.

36. Bu değerlendirmelere katılmıyoruz. Ancak buna ilişkin açıklamada bulunmadan önce çoğunluğun görüşünün bazı belirsizlikler içerdiği ve bunun uygulamada sorunlara yol açabileceğine temas etmek gerekir. Şöyle ki: kararda yer alan ilama bağlanan kamu borçlarının zamanaşımına uğramayacağı görüşünün kapsamı belirsizdir. Zira bu görüşün; (a) genel olarak *ilama bağlanan tüm kamu borçları yönünden mi*, (b) *ilama bağlanan ve anayasal yükümlülüklerin ihlalinden doğan kamu borçları* yönünden mi, (c) *ilama bağlanan ve mülkiyet hakkına kamulaştırma (hukuki veya fiili) yoluyla yapılan müdahalelerden doğan anayasal yükümlülüklerin ihlalinden doğan kamu borçları* yönünden mi geçerli olduğu anlaşılamamaktadır. Kararda kamulaştırma bedelinin peşin ödenmemesinin Anayasa'nın 46. maddesindeki özel güvencelere uygun olmadığı şeklinde giriş yapılmış (§§ 43, 44), sonrasında -kamulaştırma/kamulaştırmaz el atma şeklinde mülkiyet hakkına yapılan müdahale ya da herhangi bir temel hakka yapılan müdahale ile bağlantı kurulmadan- genel olarak mahkeme kararlarının yerine getirilmemesinin ve dolayısıyla ilama bağlanan kamu borçlarının ödenmemesinin Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesi ile Anayasa'nın 138. maddesinde düzenlenen yasama ve yürütme organları ile idarenin mahkeme kararlarına uyması zorunluluğuna aykırı olduğu yorumu yapılmış (§§ 48 ve devamı), sonunda ise -kamulaştırma/kamulaştırmaz el atma ile bağlantı kurulmadan- kamu makamlarının anayasal yükümlülüklerinin ihlalinden doğan borçları yönünden zamanaşımı gerekçesiyle ödeme yapmaktan kaçınmalarının mümkün olmadığı değerlendirilmiştir (§ 58). Haklı olarak sürekli vurgu yapılan Anayasa Mahkemesi kararlarının objektif etkisi dikkate alındığında, bu kararda ortaya konan içtihadı benzer olaylarda uygulamak isteyen idare ve yargı makamları ilama bağlanan hangi kamu borçları yönünden (genel olarak tüm kamu borçları/anayasal güvencelerin ihlalinden doğan kamu borçları/kamulaştırmaz el atmadan doğan kamu borçları) zamanaşımının geçerli olamayacağını, zamanaşımı gerekçe gösterilerek ödeme yapmaktan kaçınılamayacağını değerlendirecekleri kararda belirsiz bırakılmıştır. Uygulayıcıların ilke koyan bir Anayasa Mahkemesi kararıyla bu şekilde belirsizliğe itilmesi Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Bir an için kararda son olarak söylenen *anayasal yükümlülüklerin ihlalinden doğan borçların zamanaşımı gerekçesiyle ödenmemesinin mümkün olmadığı*nın esas alınması gerektiği kabul edilse bile, bu durumda idari ve yargısal makamlar her defasında ilama bağlanan bir borcun bir temel hakkın ihlalinden kaynaklanıp kaynaklanmadığını araştırmak durumunda kalacaktır. Çok farklı alanlardaki uyuşmazlıklar üzerine verilen kararların bir temel hakla ilgisini tespit etmek ise birçok durumda kolay değildir. Ayrıca böyle bir durumda kararda yer alan 6098 sayılı Kanun'un 156. maddesinin ikinci fıkrası ile 2004 sayılı Kanun'un 39. maddesinin birinci fıkrasının zamanaşımına ilişkin hükümlerinin sadece özel borç ilişkilerinde uygulanabileceğine ilişkin yorumu karşısında anayasal yükümlülüklerin ihlalinden kaynaklanmayan kamu borçlarının zamanaşımı nedeniyle ödenmemesinin hangi kanun hükmüne dayanılarak gerçekleştirileceği sorunu da ortada kalmaktadır.

37. Kanaatimizce herhangi bir kamu borcunun -kategorik olarak- zamanaşımına

uğramadan her zaman ödenebilir olmasını temin etmek şeklinde bir anayasal yükümlülüğün Anayasa'nın herhangi bir maddesinden çıkarılması mümkün değildir. Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesi ile Anayasa'nın 138. maddesinde düzenlenen yasama ve yürütme organları ile idarenin mahkeme kararlarına uyması zorunluluğu da bunu gerektirmez. Tabi ki kamu makamları yargı kararlarını yerine getirmekle yükümlüdür. Bunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Bununla birlikte somut olaydaki sorun bu değildir. Somut olaydaki sorun kamu makamlarının mahkeme kararını yerine getirmeye, diğer bir ifadeyle borcu ödemeye hazır olması ancak bunun için alacaklıya sadece belli bir süre içinde talepte bulunma yükümlülüğünün yüklenmesinin Anayasa'ya aykırı olup olmadığıdır. Anayasa'da bunu engelleyen herhangi bir kural bulunmamaktadır. Dahası zamanaşımı kuralları Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesinin gereği olan hukuki belirliliği sağlamaya yöneliktir. Bu amaçla hukukumuzda sadece kamu borçlarının ödenmesi yönünden değil kamu alacaklarının tahsilı yönünden de kamu makamları aleyhine bireyler lehine düzenlemeler bulunmaktadır. Bu kapsamda örneğin 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un "*Tahsil zamanaşımı*" başlıklı 102. maddesinde "*Amme alacağı, vadesinin rasladığı takvim yılını takip eden takvim yılı başından itibaren 5 yıl içinde tahsil edilmezse zamanaşımına uğrar.*" denilmiştir.

38. Bu çizilen çerçeve içinde somut olaya dönülecek olursa mahkeme ilamına bağlı olan kamu borcunun ödenmemesi suretiyle başvurunun bir alacaktan doğan mülkiyet hakkına barışçıl yararlanmanın engellenmesi suretiyle bir müdahalede bulunulmuştur. Bu müdahalenin 6098 sayılı Kanun'un 156. maddesinin ikinci fıkrası ile 2004 sayılı Kanun'un 39. maddesinin birinci fıkrası bağlamında kanuni bir temeli bulunmaktadır. Müdahalenin hukuki belirliliği sağlamak şeklinde kamu yararı taşıdığı da açıktır. Ölçülülük yönünden müdahalenin varılmak istenen amaca ulaşmak bakımından elverişli olduğunda da tereddüt bulunmamaktadır. Amaca ulaşmak bakımından daha hafif bir tedbirin uygulanması mümkün olduğu söylenemeyeceğinden müdahalenin gerekli olduğu sonucuna da varmak gerekir. Son olarak orantılık yönünden değerlendirme yapmak gerekir. Başvurucu karardan haberdar olunmadığını, bu nedenle talepte bulunmadığını ileri sürmemektedir. Başvurucunun talepte bulunsaydı dahi ödemenin yapılmayacağına dair bir iddiası da bulunmamaktadır. Somut olayda başvuru sadece on yıl gibi makul bir süre içinde kamu makamlarından basit bir talepte bulunma yükümlülüğü altına sokulmuştur. Bunun başvuru üzerine aşırı bir külfet yüklediği açıktır. Başvurucunun talepte bulunmamasına engel durumu ile ilgili öne sürdüğü mazeretin gayri ciddi ve temelsiz olduğu ise yukarıda açıklanmıştır. Dolayısıyla müdahalenin orantısız olmadığı sonucuna varılması gerekir.

39. Açıklanan nedenlerle somut olayda kabul edilebilirlik kriterleri aşılsa bile esas yönünden başvurunun mülkiyet hakkının ihlal edilmediği kanaatindeyiz. Yukarıdaki belirttiğimiz gerekçelerle sayın çoğunluğun görüşüne katılmadık.

Üye
Recai AKYEL

Üye
Yıldız SEFERİNOĞLU

Üye
Selahaddin MENTEŞ

Üye
İrfan FİDAN

Üye
Muhterem İNCE

[illegible]

[illegible]

