



ELMADAĞ

NOTES

Sayı: 08/2024

ULUSLARARASI TİCARET

Uluslararası Ticaretin Temel Kurumları

Uluslararası Ticarete Teslim Şekilleri ve Ödeme Araçları

Uluslararası Tahkimde Delil İkamesi Hakkında IBA Kararları



ELMADAĞ
AVUKATLIK ve DANIŞMANLIK

ELMADAĞ AVUKATLIK ve DANIŞMANLIK

Av. Dr. Ramazan ARITÜRK

SORUMLU MÜDÜR

Fethullah ERKO

EDİTÖR

Mustafa BOZOKLU

YAZARLAR

Av. Dr. Ramazan ARITÜRK, Av. Dilara TEMİZSOY, Av. Arb. Meltem YEŞİLTAŞ, Av. Arb. Aysun Erden ONAY, Av. Erhan MUTLU, Av. Merve ÇAYIR, Av. Gamze ESİRTİ, Av. Arb. Beyza UYGUN, Av. Muhsin İshak DİNÇ, Av. Tolga İNCE, Av. İrem Erkoç TANIŞIR, Av. Kadir HAZAN, Av. Tansu BEYAZ, Stj. Av. Fatma Nur ÖZAYDIN, Stj. Av. M. Furkan YAMAN, Stj. Av. Murat ÇELİK, Stj. Av. Bengisu DİNÇ, Stj. Av. Zülal APAK, Stj. Av. Büşra Nur NAS

TASARIM

CYCLE Marketing Dijital Strateji Danışmanlığı A.Ş.
Arnavutköy Mah. Hameyn Çıkma Sok. No:1 Beşiktaş, İstanbul
+90 212 986 01 11 • hello@cycle-marketing.com

BASKI

Matsis Matbaa Hizmetleri San. ve Tic.Ltd.Şti.
Tevfikbey Mahallesi Dr. Ali Demir Caddesi No: 51 34290 Sefaköy - İstanbul
+90 (212) 624 21 11 • selman@matbaasistemleri.com

DERGİ YÖNETİM YERİ

Esentepe Mahallesi, Büyükdere Caddesi, Keskin Kalem Sokak, No:17/7,
ARYA Plaza 34394, Şişli/ İstanbul
+90 (212) 288 28 68

E-posta

info@elmadaghukuk.com

Web

www.elmadaghukuk.com

LinkedIn

ElmadagLawFirm

ISSN

2667-4157

ÖNSÖZ



Değerli Okuyucularımız,

Uluslararası ticaret, küreselleşen dünyamızın ekonomik dokusunu oluşturan en temel unsurlardan biridir. Ülkeler arasındaki ticaret, yalnızca mal ve hizmetlerin değiş tokuşunu değil, aynı zamanda kültürel, sosyal ve politik etkileşimleri de beraberinde getirir. Bu etkileşimler, dünya ekonomisinin daha entegre hale gelmesini sağlarken, aynı zamanda ülkeler arasında yeni fırsatlar ve zorluklar doğurur. Ticaretin bu karmaşık yapısı, uluslararası hukukun ticari faaliyetlerin düzenlenmesi, adil bir ticaret ortamının sağlanması ve sınır ötesi uyuşmazlıkların çözümünde oynadığı kritik rolü daha da önemli kılmaktadır. Uluslararası ticaret hukukunun bu kapsamlı yapısı, küresel ekonominin istikrarını ve sürdürülebilirliğini sağlamak için her geçen gün daha da büyük bir önem taşımaktadır.

Bu dergi, uluslararası ticaret hukukunun çeşitli yönlerini ele alarak, hukukçular, akademisyenler, iş dünyası profesyonelleri ve politika yapımcılar için zengin bir bilgi kaynağı sunmayı amaçlamaktadır. Uluslararası ticaretin hukuki boyutları üzerine yapılan derinlemesine analizler, ticaret anlaşmalarının müzakere ve uygulanmasından, uluslararası

tahkim süreçlerine, ticari sözleşmelerin yorumlanmasından, ticaretin düzenlenmesine kadar geniş bir yelpazeyi kapsamaktadır. Bu dergide yer alan makaleler, yalnızca teorik bilgi sağlamakla kalmıyor, aynı zamanda uygulamadaki zorluklara da ışık tutarak pratik çözümler sunmayı hedefliyor.

Küresel ticaretin dinamik yapısı, hukukun sürekli olarak evrilmesini gerektirirken, yeni ticaret politikaları, dijitalleşme ve sürdürülebilirlik gibi konuların da ticaret hukukunun merkezine yerleştiğini gözlemlemekteyiz. Bu bağlamda, dergimizin bu sayısında yer alan makaleler, güncel gelişmeleri ve uluslararası ticaretin geleceğini şekillendiren temel trendleri ele alarak, okurlarımıza derinlemesine bir bakış açısı sunmayı amaçlamaktadır. Dergimizin, uluslararası ticaret hukuku alanında çalışan herkes için yol gösterici olacağına, bu alandaki bilgi birikiminizi zenginleştireceğine inanıyoruz. Keyifli ve verimli bir okuma deneyimi dileriz.

Saygılarımla,

Av. Dr. Ramazan ARITÜRK

İÇİNDEKİLER

08 **ULUSLARARASI TİCARETİN TEMEL KAVRAM VE KURUMLARI**
Av. Dr. Ramazan ARITÜRK

15 **ULUSLARARASI TİCARETTE EKONOMİK ETKİLİ GÜMRÜK REJİMLERİ VE GÜMRÜK HUKUKU**
Av. Dilara TEMİZSOY

33 **ULUSLARARASI HUKUKTA ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI**
Av. Arb. Meltem Yeşiltaş

40 **MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİMDE KANUNLAR İHTİLAFI MESELELERİ**
Av. Arb. Aysun Erden ONAY

46 **MİLLETLERARASI MAL SATIMINA İLİŞKİN SÖZLEŞMELER HAKKINDA BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ANDLAŞMASI (CISG)**
Av. Erhan MUTLU

64 **ULUSLARARASI TİCARİ SÖZLEŞMELERDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARIN TAHKİM YOLUYLA ÇÖZÜMÜ**
Av. Merve Çayır

79 **ULUSLARARASI TİCARETTE TESLİM ŞEKİLLERİ VE KULLANILAN ÖDEME ARAÇLARI**
Av. Gamze Esirti

84 **MİLLETLERARASI TAHKİMDE DELİL İKAMESİ HAKKINDA ULUSLARARASI BAROLAR BİRLİĞİ KURALLARI**
Av. Arb. Beyza UYGUN

93 **GRUP ŞİRKETLER DOKTRİNİNE İLİŞKİN İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİ'NİN 17.04.2019 TARİH VE 4A_646/2018 NUMARALI EMSAL KARARI**
Av. Muhsin İshak Dinç

101 **MÜCBİR SEBEP KAVRAMI VE UMULMAYAN OLAYDAN FARKLARI**
Av. Tolga İnce

112 **ANONİM ŞİRKETLERDE GİZLİ ORTAKLIK KAVRAMI**
Av. İrem Erkoç Tanışır

117 **5651 SAYILI KANUN KAPSAMINDA İNTERNET ÜZERİNDE İŞLENEN SUÇLARA UYGULANAN KORUMA TEDBİRLERİ VE İDARİ TEDBİRLER HAKKINDA**
Av. Kadir HAZAN, LL.M.

124

**SÖZLEŞMELERDE ŞEKLE AYKIRILIK İDDİASI VE HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI
YASAĞI**
Av. Tansu Beyaz

128

**YARGITAY'IN BOZMA İLAMINDAN SONRA ISLAH HAKKININ İKİNCİ KEZ
KULLANIMI**
Stj. Av. Fatma Nur Özyaydın

141

**İHTİYATİ HACİZ UYGULAMA ŞARTLARININ VE HAKSIZ İHTİYATİ HACİZDEN
KAYNAKLANAN TAZMİN SORUMLULUĞUNUN MÜLKİYET HAKKI BAĞLAMINDA
DEĞERLENDİRİLMESİ**
Stj. Av. Muhammed Furkan Yaman

150

**TAŞINMAZIN TAHLİYESİ TALEPLİ İLAMLI İCRA TAKİPLERİNDE TEMİNAT
MİKTARININ BELİRLENMESİ**
Stj. Av. Murat Çelik

156

**VERGİ HUKUKUNDA UZLAŞMA KURUMUNUN ANAYASAL VERGİLENDİRME
İLKESİ OLAN VERGİDE EŞİTLİK İLKESİ BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ**
Stj. Av. Bengisu Dinç

169

**AYRIMCILIK YASAĞI VE EŞİTLİK İLKESİ KAPSAMINDA KADIN İŞÇİLERİN İŞ
HUKUKUNDAN KAYNAKLANAN HAKLARI**
Stj. Av. Zülal APAK

177

**OSMANLI DEVLETİ VAKIF MÜESSESESİNDEN CUMHURİYET ANAYASALARINA
SOSYAL DEVLET ANLAYIŞININ DEĞİŞİMİ**
Stj. Av. Büşra Nur Nas

ULUSLARARASI TİCARETİN TEMEL KAVRAM VE KURUMLARI

Giriş

Uluslararası ticaret günümüzde küresel ekonominin temel taşlarından birini oluşturuyor. Ülkeler arasındaki ticaret, sadece ekonomik büyümeyi teşvik etmekle kalmıyor, aynı zamanda kültürel etkileşimi artırıyor, teknoloji transferini hızlandırıyor ve dünya barışına katkı sağlıyor. Bu bağlamda, uluslararası ticaretin önemi giderek artıyor ve dünya ekonomisi için hayati bir role sahip olmaya devam ediyor.

Uluslararası ticaret, bir ülkenin kendi kaynaklarını daha verimli kullanmasını sağlayarak ekonomik refahını artırır. İmalat,

tarım ve hizmet sektörlerinde uzmanlaşma ve ölçek ekonomileri yoluyla üretim maliyetlerinde düşüş sağlayarak tüketicilere daha geniş bir ürün yelpazesi sunar. Ayrıca, dış ticaret, bir ülkenin iç talepten bağımsız olarak ekonomik büyümeyi sürdürmesine olanak tanır.

Bununla birlikte, uluslararası ticaretin önemi sadece ekonomik değil, aynı zamanda sosyal ve çevresel boyutlara da sahiptir. Ticaret yoluyla, farklı kültürler arasında etkileşim ve anlayış artar, barış ve işbirliği fırsatları doğar. Ancak, küresel ticaretin çevresel etkileri de göz ardı edilmemelidir; sürdürülebilir



ticaret uygulamaları ve uluslararası çevre standartlarının geliştirilmesi, çevresel korumayı sağlamak için önemli bir gerekliliktir.

1. Uluslararası Ticaretin Teorik Temelleri

Uluslararası ticaretin temel teorik yaklaşımları arasında Klasik Ticaret Teorileri ve Modern Ticaret Teorileri bulunmaktadır.

1.1 Klasik Ticaret Teorileri

Mutlak Üstünlük Teorisi: Adam Smith tarafından ortaya atılan bu teori, bir ülkenin belirli bir malı diğer ülkelere göre daha düşük maliyetle üretebilme yeteneğine sahip olduğunu öne sürer. Bu durumda, ülkeler mutlak üstünlüğe sahip oldukları ürünleri ihraç ederler.

Karşılaştırmalı Üstünlük Teorisi: David Ricardo tarafından geliştirilen bu teori, bir ülkenin nispeten daha az verimsiz olduğu ürünlerde uzmanlaşması gerektiğini savunur. Bu teori, fırsat maliyeti kavramına dayanır ve ülkelerin karşılıklı fayda sağlaması üzerine kuruludur.

1.2 Modern Ticaret Teorileri

Heckscher-Ohlin Teorisi (H-O Teorisi): Bu teori, ülkelerin üretim faktörlerine (emek, sermaye, toprak) göre farklı ürünlerde uzmanlaşacaklarını öne sürer. Sermaye yoğun ülkeler sermaye yoğun ürünlerde, emek yoğun ülkeler ise emek yoğun ürünlerde uzmanlaşır.

Yeni Ticaret Teorisi: Bu teori, ölçek ekonomileri ve tekelleri rekabet gibi kavramları içerir. Paul Krugman tarafından geliştirilen

bu teori, ticaretin sadece faktör donanımına değil, aynı zamanda ölçek ekonomilerine ve ürün farklılaştırmasına da bağlı olduğunu savunur.

2. Uluslararası Ticaret Politikaları

Uluslararası ticarete ülkeler, çeşitli politikalar ve düzenlemeler aracılığıyla ticaret akışlarını kontrol ederler. Bu politikalar genellikle korumacılık ve serbest ticaret olarak iki ana kategoriye ayrılır, ancak her iki kategoride de birçok farklı uygulama ve strateji bulunmaktadır.

2.1. Korumacılık Politikaları

Korumacılık politikaları, yerli sanayileri dış rekabete karşı korumak amacıyla uygulanır. Bu politikalar, ülke ekonomisini güçlendirmek, istihdamı artırmak ve ticaret dengesini sağlamak için kullanılır. Korumacılığın başlıca araçları şunlardır:

Gümrük Tarifeleri: İthal edilen mallara uygulanan vergilerdir. Tarifeler, ithal malların maliyetini artırarak yerli ürünleri daha rekabetçi hale getirir.

Ad Valorem Tarifeler: İthal edilen malların değerine göre belirlenen yüzde cinsinden tarifelerdir.

Spesifik Tarifeler: İthal edilen malların miktarına (ağırlık, hacim, adet) göre belirlenen sabit tarifelerdir.

Karma Tarifeler: Hem ad valorem hem de spesifik tarifelerin birleşiminden oluşur.

Kotalar: Belirli bir dönemde ithal edilebilecek mal miktarına getirilen sınırlamalardır. Kotalar, yerli üreticileri koruma amacı taşır.

İthalat Yasakları: Belirli ürünlerin ithalatının tamamen yasaklanmasıdır. Genellikle sağlık, güvenlik veya ulusal güvenlik nedenleriyle uygulanır.

Sübvansiyonlar: Yerli üreticilere sağlanan mali yardımlardır. Sübvansiyonlar, üretim maliyetlerini düşürerek yerli ürünlerin fiyatlarını rekabetçi hale getirir. Doğrudan sübvansiyonlar, hükümetin üreticilere doğrudan mali destek sağlamasıdır. Dolaylı sübvansiyonlar ise vergi indirimleri, düşük faizli krediler gibi dolaylı teşviklerdir.

Antidamping ve Telif Edici Vergiler: Damping, yabancı üreticilerin ürünlerini iç piyasada maliyetinin altında satmalarıdır. Antidamping vergileri, bu tür durumlarda yerli üreticileri korumak için uygulanır. Telif edici vergiler ise sübvansiyonlu ithalata karşı yerli üreticileri korur.

2.2. Serbest Ticaret Politikaları

Serbest ticaret politikaları, ticaretin önündeki engellerin kaldırılmasını savunur. Serbest ticaret, ticaretin serbestleştirilmesi yoluyla ekonomik büyümeyi ve refahı artırmayı amaçlar. Serbest ticaret politikalarının başlıca araçları şunlardır:

Serbest Ticaret Anlaşmaları (STA): İki veya daha fazla ülke arasında tarifelerin ve ticaret kısıtlamalarının kaldırılması için yapılan anlaşmalardır.

İkili Anlaşmalar: İki ülke arasında yapılan serbest ticaret anlaşmaları.

Çok Taraflı Anlaşmalar: Birden fazla ülke arasında yapılan geniş kapsamlı ticaret anlaşmaları.

Gümrük Birlikleri: Ülkeler arasında gümrük tarifelerinin kaldırıldığı ve ortak bir dış tarifenin uygulandığı ticaret bloklardır.

AB Gümrük Birliği: Avrupa Birliği üyeleri arasında uygulanan gümrük birliğidir.

Ortak Pazarlar: Ürünlerin yanı sıra emek ve sermaye gibi üretim faktörlerinin de serbest dolaşımını sağlayan ekonomik entegrasyonlardır.

Avrupa Ekonomik Alanı (EEA): Avrupa Birliği ile Avrupa Serbest Ticaret Birliği (EFTA) ülkeleri arasında oluşturulan ortak pazar.

Ekonomik Birlikler: Ortak bir pazarın yanı sıra, üye ülkeler arasında ekonomik politikaların da uyumlaştırıldığı daha derin entegrasyonlardır.

Avrupa Birliği (AB): Üye ülkeler arasında ortak ekonomik ve ticaret politikaları uygulayan bir ekonomik birliktir.

Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) Kuralları: DTÖ, ticaretin serbestleştirilmesi ve ticaret anlaşmazlıklarının çözümü için küresel kuralları koyar.

Most-Favored-Nation (MFN) Treatment: Bir üyenin bir DTÖ üyesine verdiği ticaret ayrıcalığını tüm DTÖ üyelerine vermesi

gerektiğini belirten ilke.

Ulusal Muamele (National Treatment): İthal ürünlere yerli ürünler gibi muamele edilmesi gerektiğini belirten ilke.

3. Uluslararası Ticaret Hukuku

3.1. Uluslararası Ticareti Düzenleyen Kurumlar

Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ): DTÖ, 1995 yılında kurulan ve uluslararası ticaretin düzenlenmesi ve ticaret anlaşmazlıklarının çözümü için en önemli kuruluşlardan biridir. DTÖ, ticaret anlaşmalarının uygulanması, ticaret politikalarının gözden geçirilmesi ve ticaret anlaşmazlıklarının çözümü konularında çalışır. DTÖ'nün temel ilkeleri arasında en çok kayırlan ulus (MFN) ilkesi, ulusal muamele ilkesi ve serbest ticaret bulunur.

Uluslararası Ticaret Odası (ICC): ICC, 1919 yılında kurulan ve özel sektörün çıkarlarını temsil eden küresel bir kuruluştur. ICC, ticaretin kolaylaştırılması, ticaret politikalarının oluşturulması ve ticaret anlaşmazlıklarının



çözümü gibi konularda faaliyet gösterir. ICC'nin temel amacı, uluslararası ticaretin geliştirilmesi ve teşvik edilmesidir.

Uluslararası Tahkim Mahkemeleri:

Ticaret anlaşmazlıklarının çözümünde sıkça başvurulan bir yöntem olan uluslararası tahkim mahkemeleri, bağımsız ve tarafsız bir platform sağlar. Taraflar arasında adil bir karar verilmesini sağlayan tahkim mahkemeleri, ticaret anlaşmazlıklarını etkin bir şekilde çözmek için kullanılır.

3.2. Uluslararası Ticaret Anlaşmaları

GATT (Genel Anlaşma ve Ticaret Tarifeleri): GATT, 1947 yılında imzalanan ve 1995 yılında DTÖ'ye dönüşen bir anlaşmadır. GATT, ticaret tarifelerinin azaltılması ve ticaretin serbestleştirilmesi için önemli bir rol oynamıştır. GATT anlaşması, tarife dışı engellerin azaltılması, tarife indirimleri ve tarifelerin indirilmesi gibi konuları kapsar.

GATS (Hizmet Ticareti Genel Anlaşması):

GATS, hizmet ticaretinin serbestleştirilmesini amaçlayan bir anlaşmadır. Hizmet sektöründe engellerin kaldırılması ve uluslararası hizmet ticaretinin teşvik edilmesi için tasarlanmıştır. GATS, hizmet ticaretinin dört özgürlüğünü (hizmet sunma, hizmet sunumu, hizmet sunumu ve hizmet sunumu) sağlayarak uluslararası ticaretin gelişimini teşvik eder.

TRIPS Anlaşması (Ticaret İlişkili Fikri

Mülkiyet Hakları): TRIPS Anlaşması, fikri mülkiyet haklarının korunması ve ticaret ilişkili fikri mülkiyet haklarının uygulanması için uluslararası bir çerçeve sunar. TRIPS Anlaşması,

patentler, telif hakları, ticari markalar ve ticaret sırları gibi fikri mülkiyet haklarının korunmasını ve ticaretin serbestleştirilmesini sağlar.

DTÖ Anlaşmaları ve Protokolleri: DTÖ çatısı altında imzalanan bir dizi anlaşma ve protokol, uluslararası ticaretin çeşitli yönlerini düzenler. Tarifelerin indirilmesi, tarım destekleri, tekstil ticareti gibi konuları kapsar. DTÖ anlaşmaları, üye ülkeler arasında ticaretin serbestleştirilmesini ve adil bir ticaret ortamının sağlanmasını hedefler.

4. Türkiye'nin Uluslararası Ticaretteki Rolü

4.1. Jeostratejik Konum: Avantajlar ve Fırsatlar

Türkiye'nin jeostratejik konumu, Asya ile Avrupa arasında stratejik bir geçiş noktası olarak işlev görür ve ülkeyi küresel ticaretin merkezinde konumlandırır. Bu konum, Türkiye'yi lojistik açıdan kritik bir hub haline getirir; çünkü ülke, ana ticaret rotalarının kesişim noktasında bulunur ve bu da uluslararası ticaretin hızlanmasına ve güçlenmesine olanak tanır. Ayrıca, Türkiye'nin komşularıyla güçlü ticaret ilişkileri ve sınırlarının çevresinde bulunan dinamik ekonomilerle yakın ilişkileri bulunur. Bu durum, Türkiye'nin çevresindeki bölgelerle ticarete kolaylık ve erişim sağlamasına olanak tanırken, aynı zamanda bölgesel ekonomik entegrasyona da katkıda bulunur. Özellikle Orta Doğu, Kafkasya ve Afrika gibi gelişen pazarlara olan erişim, Türkiye'nin bölgesel ticaretin büyümesine ve çeşitlenmesine yönelik önemli bir fırsat sunar. Bu avantajlar, Türkiye'nin uluslararası ticarete rekabet gücünü artırırken, ülkenin lojistik altyapısına

yapılan yatırımlar ve bölgesel ticaretin teşviki gibi fırsatlar, Türkiye'nin ekonomik büyümesini ve sürdürülebilir kalkınmasını destekler.

4.2. Çeşitlendirilmiş Ekonomi: Güçlü Sektörler ve Rekabet Avantajları

Türkiye'nin ekonomisi, çeşitli sektörlerde güçlü bir altyapıya sahiptir. İmalat, tarım, hizmetler, turizm ve teknoloji gibi alanlarda faaliyet gösteren endüstriler, Türkiye'nin uluslararası ticarete geniş bir ürün yelpazesi sunmasını sağlar. Özellikle otomotiv, tekstil, gıda, inşaat malzemeleri ve savunma sanayi gibi sektörlerde Türk şirketleri, yüksek kaliteli ürünler, rekabetçi fiyatlar ve hızlı teslimat süreleri gibi rekabet avantajlarına sahiptir.

4.3. Ticaret Politikaları ve Anlaşmalar: Entegrasyon ve Ticaretin Kolaylaştırılması

Türkiye'nin ticaret politikaları, uluslararası ticaretteki rolünü belirleyen önemli bir faktördür. Ülke, serbest ticarete dayalı bir ekonomik model izlemekte ve uluslararası ticarete daha fazla entegrasyonu teşvik etmektedir. Bu politika çerçevesinde, Türkiye bir dizi serbest ticaret anlaşması imzalamış ve gümrük tarifelerini azaltarak ve ticaret kolaylıklarını artırarak uluslararası ticaret hacmini genişletmiştir. Ayrıca, Türkiye'nin AB ile Gümrük Birliği anlaşması gibi ticaret anlaşmaları, Türk mallarının Avrupa pazarına kolay erişimini sağlamış ve Türk ekonomisinin entegrasyonunu desteklemiştir.

4.4. Güçlü İhracat Potansiyeli: Kaliteli Ürünler ve Küresel Rekabetçilik

Türkiye'nin ihracat potansiyeli, özellikle son yıllarda sürekli olarak artmış ve uluslararası

ticaretteki rolünü güçlendirmiştir. Türkiye'nin ihracatı, otomotiv, tekstil, gıda, inşaat malzemeleri ve savunma sanayi gibi sektörlerde güçlüdür. Yüksek kaliteli ürünler, rekabetçi fiyatlar ve hızlı teslimat süreleri, Türkiye'nin dünya pazarlarında önemli bir oyuncu olmasını sağlar.

4.5. Dinamik İş Gücü ve İnovasyon: Yetenek ve Yenilikçilik

Türkiye'nin genç ve dinamik nüfusu, ülkenin iş gücünün verimliliğini artırırken, aynı zamanda inovasyon ve teknolojiye olan yatkınlığını da desteklemektedir. Yüksek öğrenim seviyesi ve teknik yetenekler, Türkiye'nin uluslararası ticarete rekabetçi bir avantaj elde etmesini sağlar. Ayrıca, Türkiye'nin girişimcilik kültürü ve yenilikçi ekosistemi, ülkenin uluslararası ticaretteki başarısını destekler ve sürdürülebilir büyümeyi teşvik eder.

4.6. Gelişmiş Ticaret Altyapısı ve Lojistik Yetenekler: Verimlilik ve Hızlı Teslimat

Türkiye'nin gelişmiş ticaret altyapısı ve lojistik yetenekleri, uluslararası ticarete önemli bir rekabet avantajı sağlar. Ülke, modern limanlar, havaalanları, demiryolları ve karayolları ağlarına sahiptir, bu da ticaretin verimli bir şekilde gerçekleştirilmesini sağlar. Türkiye'nin limanları, dünya deniz ticaret yollarına yakın konumda bulunur ve uluslararası ticaret için stratejik bir geçiş noktası görevi görür. Ayrıca, havaalanları ve demiryolu ağları, ülkenin iç bölgeleriyle dış pazarlar arasında hızlı ve etkin bir bağlantı sağlar. Bu gelişmiş altyapı, Türkiye'nin uluslararası tedarik zincirlerine entegrasyonunu kolaylaştırır ve lojistik maliyetlerin ve teslimat sürelerinin

optimize edilmesine yardımcı olur. Hızlı ve güvenilir teslimatlar, Türk şirketlerinin müşteri memnuniyetini artırırken, uluslararası müşterilerle olan iş ilişkilerini güçlendirir. Ayrıca, Türkiye'nin lojistik yetenekleri, ülkeyi yatırım yapmak ve ticaret yapmak için çekici bir hedef haline getirirken, uluslararası şirketlerin Türkiye'deki faaliyetlerini genişletmelerine olanak tanır. Bu durum, Türkiye'nin uluslararası ticaretteki liderliğini güçlendirirken, ekonomik büyümeyi teşvik eder ve ülkenin rekabet gücünü artırır.

Sonuç

Uluslararası ticaret, dünya ekonomisinin temel taşlarından biridir ve küresel refahın artırılmasında kritik bir rol oynar. Hukukçu perspektifinden bakıldığında, uluslararası ticaretin etkin ve adil bir şekilde yürütülmesi, uluslararası hukukun, ticaret anlaşmalarının ve yerel düzenlemelerin doğru bir şekilde uygulanmasına bağlıdır. Ticaretin dinamikleri, hukuki çerçevesi, hukuki boyutları ve anlaşmazlık çözüm mekanizmaları, ticaretin karmaşıklığını ve önemini ortaya koymaktadır.

Ticaret hukuku, gümrük ve vergi düzenlemeleri, fikri mülkiyet hakları ve çevre hukuku gibi alanlar, uluslararası ticaretin düzenlenmesinde ve ticaretin sürdürülebilirliğinde hayati öneme sahiptir. Ayrıca, ticaretin ekonomik büyüme, istihdam, tüketici refahı ve sosyal adalet üzerindeki etkileri, ticaret politikalarının belirlenmesinde dikkate alınması gereken kritik unsurlardır.

Hukukçular, uluslararası ticaretin düzenlenmesinde ve anlaşmazlıkların

çözülmesinde önemli bir rol oynar. Uluslararası tahkim, DTÖ'nün anlaşmazlık çözüm mekanizmaları ve ulusal mahkemeler, ticari anlaşmazlıkların etkin ve adil bir şekilde çözülmesini sağlar. Bu süreçler, uluslararası ticaretin devamlılığını ve güvenliğini korur. Hukukun sağladığı çerçeve, ticaretin adil ve dengeli bir şekilde yapılmasını temin ederken, küresel ekonomik büyümeyi ve refahı da destekler. Uluslararası ticaretin başarılı bir şekilde yönetilmesi, küresel işbirliği ve hukukun üstünlüğüne dayalı bir düzenin kurulmasıyla mümkündür.

Türkiye'nin uluslararası ticaretteki rolü, jeostratejik konumu, çeşitlendirilmiş ekonomisi, güçlü ticaret altyapısı, dinamik iş gücü ve aktif ticaret politikaları gibi bir dizi faktörün birleşimiyle şekillenmektedir. Ülke, Asya ile Avrupa arasında stratejik bir köprü olarak konumlanmıştır ve bu konum, Türkiye'yi küresel ticaretin merkezinde önemli bir oyuncu haline getirmektedir. Türkiye'nin jeostratejik konumu, hem Asya hem de Avrupa pazarlarına kolay erişim sağlar ve bölgesel ticaretin gelişimini teşvik eder. Ayrıca, çeşitlendirilmiş ekonomisi, Türkiye'nin uluslararası ticarette geniş bir ürün yelpazesi sunmasını sağlar ve küresel rekabet gücünü artırır.

Gelişmiş ticaret altyapısı ve lojistik yetenekler, Türkiye'nin uluslararası ticaretteki rekabet avantajını destekler ve hızlı ve verimli teslimatları mümkün kılar. Türkiye'nin dinamik iş gücü ve teknolojiye olan yatırımları, ülkenin inovasyon kapasitesini artırır ve uluslararası ticaretteki liderliğini pekiştirir.

Ayrıca, Türkiye'nin aktif ticaret politikaları, serbest ticarete dayalı bir ekonomik modelin benimsenmesini ve uluslararası ticarette daha fazla entegrasyonu teşvik eder.

Bu faktörlerin birleşimi, Türkiye'nin uluslararası ticarette önemli bir aktör olmasını sağlarken, aynı zamanda ülkenin ekonomik büyümesini ve kalkınmasını destekler. Türkiye'nin uluslararası ticaretteki rolünün daha da güçlenmesi için, ülkenin ticaret altyapısına ve iş gücüne yapılan yatırımların sürdürülmesi ve uluslararası ticaret politikalarının etkin bir şekilde uygulanması önemlidir. Bu şekilde, Türkiye uluslararası ticaretteki liderliğini sürdürebilir ve küresel ekonomideki konumunu daha da güçlendirebilir.

ULUSLARARASI TİCARETTE EKONOMİK ETKİLİ GÜMRÜK REJİMLERİ VE GÜMRÜK HUKUKU

Giriş

Gümrük deyimi gümrük hukuku anlamında; sınırı geçen eşyanın gümrük muamelesi gören ve vergilerini tahsil eden idare, gümrük idaresinin vazife gördüğü bina, gümrük idaresinin coğrafi olarak görev alanı, muayyen eşyanın yurda girişi (bazen de yurttan çıkışı veya transit olarak geçişi) esnasında gümrük idaresince tahsil edilen vergi veya tüm bu konuları hükümlere bağlayan ve onların fiili yönlerini belli eden mevzuat ve uygulamaların bütünü olarak kullanılmaktadır.¹ Ancak tüm bu sürecin her zaman aktif olması ve kontrol-denetiminin gerekliliği nedeniyle bu sürecin daha sağlıklı ilerleyebilmesi için ülkeler belli gümrük rejimleri oluşturmuştur.

Geniş anlamda, gümrük rejimleri terimi, gümrüklerde cereyan eden tüm faaliyetleri

kapsamına alırken, dar anlamda gümrük rejimleri ise ihracat ve ithalat mallarının vergi mevzuatı uyarınca tabi tutuldukları işlemleri konu almaktadır.²

Gümrük Kanunun 14. Maddesine göre Gümrük rejimi deyimi; Serbest dolaşıma giriş rejimini, Transit rejimini, Gümrük antrepo rejimini, Dahilde işleme rejimini, Gümrük kontrolü altında işleme rejimini, Geçici ithalat rejimini, Hariçte işleme rejimini, İhracat rejimini ifade etmektedir. Konusu ve ekonomik amacına göre dış ticaret işlemine tabi tutulması planlanan ürünlere uygulanacak gümrük süreçlerinin sınıflandırılmasına gümrük rejimi denilmektedir.³

Gümrük rejimleri, ekonomik etkili ve ekonomik etkili olmayan gümrük rejimleri olarak sınıflandırılmaktadır. Ekonomik etkili



gümrük rejimleri; Gümrük Antrepo, Dâhilde İşleme, Gümrük Kontrolü Altında İşleme, Geçici İthalat, Hariçte İşleme, Ekonomik etkili olmayan gümrük rejimleri ise Serbest Dolaşıma Giriş, Transit ve İhracat rejimidir.⁴ İşbu makalede gümrük hukuku kapsamında ekonomik etkili gümrük rejimlerinin uygulaması anlatılacaktır.



1. Ekonomik Etkili Gümrük Rejimleri

Devletin, katma değer yaratmak için izni, bilgisi ve kontrolü gözetiminde gümrük idarelerinin gümrüğe gelen giden ya da transit geçen eşya üzerinde gerçekleştirdiği bir rejim türüdür. Ekonomik etkili her bir rejim için Gümrük Kanunu'nda farklı düzenlemeler mevcut olsa da bütün rejimler için ortak düzenlemeler de mevcuttur. Ekonomik etkili gümrük rejimlerin ortak özellikleri şöyledir:

- Bu rejimler belli bir kurallara dayandığından ve rejim kullanıcısına belli yükümlülükler yüklediğinden, gümrük faaliyetini gerçekleştirecek gerçek ya da tüzel kişinin ilgili gümrük idaresinden gerekli izinleri alması gereklidir. İzin prosedürü her ekonomik rejimde bulunmaktadır. Eğer mallar, ekonomik gümrük rejimine tabi tutularak bir takım gümrük muafiyetlerinden ve teşviklerinden yararlanılması isteniyorsa, bu durumda her bir ekonomik etkili gümrük rejimi için belirlenen ilgili kurumdan ilgili süreçler takip edilerek izin ve izin belgelerinin alınması gerekmektedir. Rejim sürecinde mala ilişkin tüm gümrük belgeleri ve bilgiler eksiksiz yer

alsa da izin ve izin belgeleri olmadan sürecin işlemesi mümkün değildir. Süreler donar ve izin alındıktan sonra tekrar işlemeye devam eder.

- İkinci özellik teminat olup, ekonomik etkili gümrük rejimlerinde eşyaya ilişkin gümrük vergileri ödenmeyip teminata bağlanmaktadır. Ancak bu teminat firmaların sahip oldukları belgelere ve gümrük rejimi şartlarına uygunluklarına göre çeşitlilik gösterebilir. Bu şekilde teminata bağlama şartı da haksız rekabetin önüne geçmek için yapılmıştır.
- Üçüncü özellik olan eşya üzerindeki gümrük denetimi de rejimin başladığı andan sonlandığı ana kadar devam etmesidir. Çünkü rejimlerin tamamı en az iki aşamayı içerir ve ekonomik etkili olmayan bir serbest dolaşıma giriş rejimi gibi malın direkt serbest dolaşıma girmesini ve nihai kullanıma tabi tutulmasını kapsamaz. Dolayısıyla rejimlerdeki gümrük gözetiminin sona ermesi için malın gümrükçe onaylanmış bir işlem ve kullanıma tabi tutulması gerekir ve bu da ekonomik etkili

gümrük rejimlerinin son aşamalarının da sonlanmasıyla gerçekleşir. Örneğin dahilde işleme rejiminde ithal edilen hammadde üzerindeki gümrük gözetimi yurda getirildiğinde sonlanmaz, sonraki süreçlerde hammadde üretim sürecine katılmalı, işlenmiş bir ürün elde edilmeli ve rejim başlangıcında dahilde işleme teşviği verilirken karşılık olarak sunulan ihracat taahhüdü de yerine getirilerek işlenmiş ürünün tamamı tekrar yurt dışı edilmelidir. Ancak bu şekilde dahilde işleme belgesi kapatılarak rejim sonlandırılmış olur.⁵

- Dâhilde işleme, antrepo rejimi ve gümrük kontrolü altında işleme rejimlerinde verimlilik oranı veya bu oranın belirlenme yönteminin alınan izinlerde gösterilmesi gerekir. Dördüncü özellik olan verimlilik oranı, belli miktardaki ithal eşyasının işlenmesi sonucunda elde edilen işlem görmüş ürünlerin miktarı veya yüzde oranıdır.
- Dâhilde işlemedeki şartlı muafiyet sisteminde ve geçici ithalat rejiminde başlangıçta serbest dolaşıma konu olmayan mal, serbest dolaşıma sokulması gerektiğinde gerekli izinler alındıktan sonra gümrük vergileri ödenerek ve ayrıca "Faiz" ödemesi gerçekleştirilerek serbest dolaşıma sokulabilirler. Örneğin, geçici ithalat rejiminde, öncelikle izin süresi dahilinde geçici olarak yurt içi kullanıma tabi olan malın izin süresi sonunda asli niteliği değiştirilmeden yurt dışı edilmesi gerekmektedir. Ancak mala olan ihtiyaç

devam edebilir, ama geçici ithalat rejimi dahilinde uygun görülen ek süreler yetmeyebilir. Bu durumda malın serbest dolaşıma sokulması istenebilir ve buna ilişkin talepte bulunulabilir. Mala ilişkin serbest dolaşıma giriş talebi, ilgili kurum tarafından uygun görüldüğü takdirde malı serbest dolaşıma ve nihai kullanıma sokmak isteyen kişi mal için gerekli ithalat vergilerinin yanı sıra faiz ödemesinden de sorumlu olur.

Bu düzenleme beşinci özellik olup amacı, bu rejimleri kullananların haksız rekabet yaratacak şekilde finansal avantaj elde etmesinin önüne geçilmesidir.⁶ Çünkü malı başta ekonomik etkili bir gümrük rejimi olan geçici ithalat rejimi altında yurda getirip 24 ay ile uygun ek süreler dahilinde gümrük vergisi ödemeksizin kullanan kişi, aynı malı direkt serbest dolaşıma sokarak yani gümrük vergilerini ödeyerek getiren kişiye göre avantajlı bir durum elde etmiş olacaktır. Bu durumda rejimin amacının saptırılmasına yol açacaktır.⁷

İzin, teminat, gümrük denetimi, verimlilik oranı ve faiz gibi tüm bu ortak özelliklere sahip ekonomik etkili gümrük rejimlerini sırası ile şöyle açıklayabiliriz. Dâhilde işleme, antrepo rejimi ve gümrük kontrolü altında işleme rejimleri, hariçte işleme ve geçici ithalattır.

A. Dahilde İşleme Rejimi (DİR)

İhracat yapan firmalar tarafından ihraç ürünleri üretmek için gerekli olan ve ithal edilen, bu yüzden de ithali gümrük

vergisine tabi hammadde ya da girdilere gümrük muafiyeti getiren bir ihracatı teşvik sistemidir.⁸ Dahilde İşleme Rejimi, yurt içinde dünya fiyatlarından temin edilemeyen, hiç temin edilemeyen ya da üretimi yetersiz olan, yeterli kalitede bulunmayan malzemelerin gümrük muafiyetli olarak yurt dışından getirilmesine olanak sağlamak; malın ülkeye getirilme maliyetlerini azaltmak suretiyle ihracatı artırmak; ihraç ürünlerine uluslararası piyasalarda rekabet gücü kazandırmak; ihraç pazarlarını geliştirmek ve ihraç ürünlerini çeşitlendirmek amacıyla oluşturulmuştur.

Özellikle dış ticaret sermaye şirketleri tarafından yoğun olarak kullanılan rejim, üretim, istihdam, ihracat rakamları ve ödemeler dengesi başta olmak üzere birçok makroekonomik göstergede olumlu etki yaratması sebebiyle, Avrupa Birliği ile Gümrük Birliği çerçevesinde düzenlenen uyum politikalarıyla birlikte Dış Ticaret Mevzuatında "Ekonomik Etkili Gümrük Rejimi" olarak düzenlenmiştir.⁹

Dahilde İşleme Rejiminin avantajları;

- İthalatta gümrük vergisi, KDV, ÖTV ile diğer vergi ve fonlardan muafiyet,
- Vergi, resim ve harç istisnası, KKDF istisnası,
- Ticaret politikası önlemlerine tabi olmama,
- KDV'de Tecil-Terkin sistemi çerçevesinde yurt içi alım gerçekleştirilebilmesi,
- İhracat dışında yurt içi satış ve teslimlerin

de gerçekleştirilebilmesi,

- İthalatta alınması gereken vergilere ilişkin teminat indirimi olarak sayılabilir.

Gümrük Kanunu'na uygun olarak, Dahilde işleme rejimi çerçevesinde firmalara bir takım muafiyet şartları oluşturulmuş, bu şartların gerçekleşmesi için birtakım kriterler belirlenmiştir. İhracat yapmayı düşünen işletmeler, ihraç edilmesi planlanan malların üretiminde kullanılacak olan hammadde, yardımcı madde, yarı mamul, mamul, ara malı ve ambalaj malzemelerinin başta değişik vergisel yüklerden muaf olmak üzere ve devlete ihracat taahhüdünde bulunmak şartıyla, çeşitli kolaylıklar ve teşviklerden yararlanabilirler. Teşviklerden yararlanabilmek için Dahilde İşleme İzni ya da Dahilde İşleme İzin Belgesi alınması zorunludur.¹⁰

Basit işlemler için alınabilecek Dahilde İşleme İzni için başvurular gümrük idaresine; kapsamlı işlemler için alınabilecek Dahilde İşleme İzin Belgesi için başvurular ise Ticaret Bakanlığı İhracat Genel Müdürlüğüne elektronik ortamda yapılır.

Dahilde İşleme İzin Belgesi, 2006/12 sayılı Dahilde İşleme Rejimi Tebliğine istinaden düzenlenen bir belgedir. Dahilde İşleme İzin Belgelerinin taahhüt kapatma işlemleri Bakanlıkça (İhracat Genel Müdürlüğü) belirlenen ilgili bölge müdürlüğü tarafından gerçekleştirilmektedir.

1. Dahilde işleme rejimi sistemleri

Gümrük Kanunun 108. Maddesine göre iki

sistem bulunmaktadır. Bunlar şartlı muafiyet sistemi ve geri ödeme sistemidir.

a. Şartlı muafiyet sistemi

Gümrük Kanunu'nun 108/1 maddesine göre "Serbest dolaşımda olmayan eşya, işlem görmüş ürünlerin üretiminde kullanılmasından sonra Türkiye Gümrük Bölgesinden yeniden ihraç edilmesi amacıyla, gümrük vergileri ve ticaret politikası önlemlerine tabi tutulmaksızın ve vergileri teminata bağlanmak suretiyle, dahilde işleme rejimi kapsamında geçici olarak ithal edilebilir. Eşyanın işlem görmüş ürünler şeklinde ihracı halinde, teminat iade olunur. Eşyanın bu şekilde dahilde işleme rejiminden yararlanmasına şartlı muafiyet sistemi denir."

Dâhilde işleme rejimi, ihracata dayalı kalkınma modelinin en önemli ekonomik araçlarından birini oluşturmaktadır. Bu rejimin en önemli avantajını oluşturan şartlı muafiyet sistemi ise ihracat için ithalat yapıldığından hareketle DİR belgesi ile ithalat yapanları ihracatçı olarak kabul etmekte ve ihracatçıların ithal ettikleri giderlere karşılık gelen vergileri ödememeleri noktasında bir kolaylık sunmaktadır. Bunun yerine ithalatın yapıldığı gümrük idaresi saymanlıklarına, hesaplanan vergi tutarı kadar bir teminat yatırılmaktadır. İthalatla ilgili vergi muafiyetinden yararlanmak, ancak ihracat taahhüdünün yerine getirilmesi ile kesinlik kazanmaktadır.¹¹

Bu durum çerçevesinde Gümrük bölgesinde yerleşik firmalar, DİR belgesi almak kaydıyla

ihracı taahhüt edilen işlem görmüş ürünlerin üretiminde gerekli ham madde, yarı mamul, mamul ile ambalaj ve işletme malzemelerini, bedelli veya bedelsiz olarak, ticaret politikası önlemlerine tabi tutulmaksızın, ithalat sırasında alınması gereken vergi tutarı (vergi + resim + harç + fon) kadar teminat (para, banka teminat mektubu, hazine bonosu veya devlet tahvili gibi) vermek kaydıyla, gümrük muafiyetli olarak ithal edebilmektedir. Verilen teminatlar ise Dahilde İşleme İzin Belgesi (DİİB) kapatılıp döviz yurda getirildiğinde gümrük idarelerinden geri alınmaktadır.

Ayrıca 4458 sayılı Gümrük Kanunun 207. maddesine göre, şartlı muafiyet sisteminde DİR'e tabi tutulan eşya ile ilgili olarak, rejimin öngördüğü hükümlere uyulmaması nedeniyle bir gümrük yükümlülüğü doğması halinde buna ilişkin teminatın kabul edildiği tarihten başlamak üzere 6183 Sayılı AATUHK hükümlerine göre belirlenen gecikme zammı tahsil edilebilir. Ancak gecikme zammı uygulaması nakdi teminat dışındaki teminatlar için söz konusu olur ve teminatın kabul edildiği tarihten başlamak üzere hesap edilir.¹²

b. Geri Ödeme Sistemi

Gümrük Kanunu'nun 108/2. maddesine göre "Serbest dolaşımda bulunan eşyanın işlem görmüş ürünlerin üretiminde kullanılmasından sonra Türkiye Gümrük Bölgesinden ihraç edilmesi halinde, bu eşyanın serbest dolaşıma girişi esnasında tahsil edilmiş olan ithalat vergileri, dahilde işleme rejimi kapsamından geri

verilir. Eşyanın bu şekilde dahilde işleme rejiminden yararlanmasına geri ödeme sistemi denir.”

Anlaşılabileceği üzere şartlı muafiyet sistemi ile geri ödeme sistemi arasındaki temel fark, geri ödeme sisteminde, dâhilde işleme faaliyetine tabi tutulan eşya daha önce ticaret politikası önlemlerine tabi olarak serbest dolaşıma sokulmuştur. İşleme sonrasında ihrac edilmemesi halinde bu eşyanın serbest dolaşıma girişinde tahsil edilmiş olan ithalat vergileri geri verilmektedir. Oysa şartlı muafiyet sisteminde, DİR’e tabi tutulacak eşya serbest dolaşıma sokulmamakta, bu nedenle ithalat politikası önlemlerine tabi olmamakta ve ithalat vergileri tahakkuk ettirilmeyle birlikte ödenmemekte; teminata bağlanmaktadır. Geri ödeme sisteminde daha önce düzenlenen Dâhilde İşleme İzin Belgesi (DİİB) kapsamında ihracat taahhüdünün kapatılmasını müteakip üç ay içinde ithalat sırasında ödenen vergilerin iadesi için ilgili gümrük idaresine müracaat



edilmesi üzerine söz konusu müracaat tarihinden itibaren üç ay içinde de ödenen vergiler geri verilmektedir.¹³

c. Geri ödeme sisteminin uygulanamayacağı haller

2005/8391 sayılı ve Bakanlar Kurulunun 17.1.2005 tarihinde kararlaştırdığı “Dahilde İşleme rejim Kararı”nın Müracaatların değerlendirilmesi ve Belge/İzin Düzenlemesi başlıklı 9. Maddesi şu şekildedir: “Türkiye Gümrük Bölgesinde (serbest bölgeler hariç) yerleşik firmaların, dahilde işleme rejiminden yararlanmak için bu Karara istinaden yayımlanacak tebliğ hükümleri çerçevesinde dahilde işleme izin belgesi/dahilde işleme izni almaları gerekir. Bu çerçevede ibraz edilen bilgi ve belgeler, aksi sabit oluncaya kadar doğru kabul edilir.”

2006/12 İhracat Nolu Dahilde İşleme Rejimi Tebliği’nin 12. Maddesinde geri ödeme sisteminin uygulanamayacağı haller şu şekilde belirtilmiştir: “Geri ödeme sisteminde, Avrupa Topluluğuna üye ülkeler menşeli tarım ürünleri ithalatı hariç olmak üzere; a) İthal miktar kısıtlamalarına tabi olan, b) Tercihli tarife ya da özel bir şartlı muafiyet düzenlemesinden kotalar dahilinde yararlanabilen, c) Tarım politikası veya işlenmiş tarım ürünleriyle ilgili özel düzenlemeler çerçevesinde ithalat vergilerine tabi olan, ç) İthal eşyasının serbest dolaşıma giriş beyanının kabulü sırasında, işlem görmüş ürünlerden parasal ihracat iadesine tabi olan eşya yararlandırılmaz.”

Maddede ek olarak, AB üyesi ülkeler ve ülkemiz dışında üçüncü bir ülkeden getirilen bir eşyanın üçüncü bir ülkeye ya da AB üyesi ülkelere gönderilmesi halinde telafi edici vergi altında bir ödemenin alınması zorunlu koşulmuştur. Türkiye ve Avrupa Birliği 22.12.1995 yılında imzalanan Ortaklık Konsey Kararı gereğince böyle bir düzenlemeye gidilmiştir. Gümrük birliği kuralları çerçevesinde, üçüncü ülkelere gelen ve işlem görmüş ürünlerin üretiminde kullanılan eşyanın işlendikten sonra A.TR dolaşım belgesi eşliğinde AB üyesi bir ülkeye ihracı halinde, ihrac eşyasının bünyesine katılan üçüncü ülkelere gelen eşyanın vergisinin tahsil edilmesi gerekir. Aksi takdirde bu eşya için A.TR dolaşım belgesi¹⁴ düzenlenemez.

Sonuç olarak Türkiye Gümrük Bölgesinde yer alan firmaların dahilde işleme rejiminden yararlanabilmeleri için dahilde işleme izni almaları gerekmektedir. İzin sürecinin tamamlanmasından sonra eşyanın DİR’e konu olması beyan ile başlar. Dolayısıyla kabaca izin sürecinden sonra ithalata ilişkin gümrük beyannamesi verilerek ithalat işlemi ile başlatılan DİR süreci, taahhüt edilen üretim ve işleme faaliyetlerinden sonra üretilen ve/veya işlenen eşyanın süresi içinde ihrac edilmek daha önce verilen teminatların veya ödenen vergilerin iadeleri de sağlanmak suretiyle sonlandırılmaktadır.¹⁵

2. Dahilde İşleme rejiminin ihlali

Gümrük Kanunun 238/1-a ve c maddesi rejim ihlalini şu şekilde düzenlemiştir. “1-a) Dahilde işleme rejimi, gümrük kontrolü

altında işleme rejimi ile geçici ithalat rejimine ilişkin hükümlerin ihlali hâlinde, eşyanın gümrüklenmiş değerinin iki katı, 1-c) Dahilde işleme rejimi ve gümrük kontrolü altında işleme rejimine ilişkin hükümler ihlal edilmekle birlikte, rejim kapsamı ithal eşyasının işleme faaliyetindeki hâli veya



işlem görmüş ürün hâli de dahil olmak üzere, gümrük gözetiminden mevzuata aykırı olarak çıkarılmamış olduğunun tespiti hâlinde, ithal eşyasının gümrük vergileri ile ilgili rejime ilişkin beyannamenin tescil tarihinden tespit yapıldığı tarihe kadar geçen süre için 6183 sayılı Kanuna göre tespit edilen gecikme zammı oranında faizin toplamı kadar idari para cezası verilir.”

Görüldüğü üzere Dahilde işleme rejimi ekonomik etkili gümrük rejimlerinde en çok kurallara bağlanan, denetim konularında en çok düzenlemelerin yapıldığı ve devlete sağladığı katma değer ve ülke ekonomisi üzerinde yarattığı hareketlilik nedeniyle en etkili rejimdir. Bu nedenle de birçok denetime, kontrol mekanizmasına sahiptir.

B. Gümrük Antrepo Rejimi

Gümrük vergisine konu olup da henüz vergi

ve resimleri ödenmemiş malların korunduğu, gerekiyorsa küçük tamamlayıcı işlemlerin yapıldığı gümrük binalarına yakın olan bir tür ticari depoya antrepo denilmektedir. Gümrük Kanunun 93/3. Maddesi gümrük antrepolarını "Gümrük gözetimi altında bulunan eşyanın konulması amacıyla kurulan ve kuruluşunda aranılacak koşulları ve nitelikleri yönetmelikle belirlenen yer." olarak tanımlamaktadır. Aynı maddenin 1. Fıkrasında gümrük antrepo rejimini "İthalat vergilerine ve ticaret politikası önlemlerine tabi tutulmamış ve serbest dolaşıma girmemiş eşyanın ve Gümrük antrepolarına alınması halinde ihracata ilişkin önlemlerden yararlanabilecek serbest dolaşımda bulunan eşyanın, bir gümrük antrepolarına konulmasına ilişkin hükümleri belirler." şeklinde tanımlamıştır.

Bu rejim, dış ticareti destekleyen dağıtım ve depolama faaliyetlerine ilişkindir. Dağıtım ve depolama, yeni pazarlara açılıp müşteri ihtiyaçlarına anında cevap verebilmenin anahtarı konumundadır. Bu nedenle de özellikle ihracat yapan işletmeler, gümrük sınırları içerisinde mallarını depolamak amacıyla kendilerine ait özel antrepolarından veya depo işlevi gören antrepolarından faydalanmaktadır. Gümrük antrepo rejimi de bu antrepolarla ilişkindir.¹⁶

Antrepoda bulunan eşya, antrepoda bulunduğu süre zarfında gümrük gözetiminde kalır ve bu süre zarfında eşyaya ait vergiler ödenmez. Sağladığı bu avantajlar yüzünden uluslararası ticaret yapanlar antrepo rejimini kullanmaktadırlar. Antrepoya konulmasının sebepleri, ürün

konsinyedir ancak daha alıcısı gelmemiş, ürünü teslim almamıştır. Ya da gelen ürünün alıcısı, ürünün hepsini ticari faaliyetinde değerlendirmek istememekte belli bir kısmını serbest dolaşıma sokabilmektedir. Bu süre zarfında ürünün muhafaza edebileceği gümrük gözetiminde güvenli bir alana ihtiyaç duyabilir. Bu ona avantaj sağlar, çünkü ürünün hepsinin serbest dolaşıma sokulması hepsini aynı anda vergiye tabi olması demektir.¹⁷

Ticaret Bakanlığının izni ile Türkiye'de ikamet eden kişilere antrepo açma ve işletme yetkisi verilmektedir. Yapılan başvuru sonrasında, antrepo olarak belirtilen yerin koşulları sağlayıp sağlamadığı tespit edilir ve ona göre izin verilir.

1. Antrepo Tipleri

Özel ve Genel antrepo olmak üzere 2 tip antrepo bulunmaktadır. Genel Antrepo, herkes tarafından eşya konulabilen antrepolardır. Genel antrepolar, özel antrepolardan farklı olarak gerçek kişiler tarafından işletilememektedir. Özel hukuk tüzel kişilerinden ise sadece belirli miktarda ödenmiş sermayeye sahip en az iki yıldır faaliyette bulunan anonim ve limitet şirketlere genel antrepo açma ve işletme izni verilebilmektedir. Özel antrepolar ise, yalnızca söz konusu antreponun işleticisine ait eşyanın konulması amacıyla kurulan antrepolardır.¹⁸

Bu antrepolar yıl sonunda sayıma tabi olup, içerisindeki malzeme ile ilgili tutanak tutulur. Eğer içerisinde bulunan eşyalardan birinin



kaybı olursa, bu mal serbest dolaşıma girmiş gibi vergisi işletme sahibinden alınır. Ayrıca bu malın değerinin 2 katı kadar da para cezası alır. Ancak antrepo içerisinde bulunan ürünler beyanda bulunandan fazla ise kayıt altına alınır.

2. Antrepo Rejiminin Sona Ermesi

Eşyanın; serbest dolaşıma sokulması, transit geçiş beyanına konu edilmesi, serbest dolaşımdayken antrepo rejimine konu edilmiş ise yeniden ihracat işlemine konu edilmesi, DİR'e konu edilerek antrepo rejiminden çıkarılması, gümrük kontrolü altında işleme rejimine konu edilerek gerçekleştirilebilir.

3. Antrepo İşleminin İhlali

Gümrük Kanunun 241/3-f ve g maddeleri şöyledir: "f) Gümrük antrepolarının 93'üncü

maddenin 3' üncü fıkrasında belirtilen teknik donanımlarında noksanlık bulunması g) Gümrük antrepo rejimine tabi tutulan eşyanın, antrepolarına konuldukları tarihte işleticiler tarafından kayıtlara geçirilmemesi" halinde usulsüzlük cezası iki kat uygulanır.

Madde metninden de anlaşıldığı üzere, yaptırım antrepoya ürün koyan kişilere değil, bu ürünleri antrepolarında depolayan kişiye ilişkindir. Antrepo rejimine uygun işleminin sağlanması amacıyla antrepo işletene, sisteme aykırılık halinde usulsüzlük cezası düzenlenmiştir. Antrepoya ürün koyan kişinin rejim ihlaliyle ilişkin düzenleme olan Gümrük Kanunun 236/1-2. Fıkrasında; "1. Teminat alınmış olsa bile, gümrük işlemlerine başlanmadan veya bu işlemler bitirilip gümrük idaresinin izni alınmadan gümrük antrepoları veya gümrük idaresince eşya konulmasına izin verilen yerlerden kısmen veya tamamen eşya çıkarılması veya

buralardaki eşyanın değiştirilmesi ya da yapılan sayımlarda kayıtlara göre eşyanın bir kısmının noksan olduğunun anlaşılması hallerinde, bu eşyanın gümrük vergilerinin yanı sıra gümrüklenmiş değerinin iki katı idari para cezası verilir.

2. Gümrük antrepolarında veya gümrük idaresince eşya konulmasına izin verilen yerlerde yapılan sayımlarda kayıtlara göre fazla eşya çıkması halinde, bu eşyanın 177 ila 180 inci madde hükümlerine göre tasfiyeye tabi tutulmasının yanı sıra, fazla çıkan eşyaya ait ithalat veya ihracat vergileri tutarı kadar para cezası alınır.” Şeklinde belirtilmiştir.

Sonuç olarak, antrepoda malını bulunduran kişi, beyanının aksine ürünlerini eksik bildirirse ya da ürününü depodan izinsiz çıkarıp antrepo rejimini sonlandırır, hakkında eşyanın vergisi ve gümrük değerinin 2 katı para cezasına hükmedilir. Aynı şekilde fazla çıkması durumunda tasfiyeye tabi tutulur ve ithalat ihracat vergi tutarı kadar para cezasına hükmedilir.

4. Antrepo Rejiminin Dış Ticarete Etkisi

Gümrük antrepo rejiminin ekonomik etkilerini özetlediğimizde sonuç itibariyle hem firmalara hem de ülke dış ticaretine pek çok katkısı bulunmaktadır. Özellikle üretici ihracatçıların hammadde tedarik zincirine önemli katkı sağlayan rejim, aynı zamanda ihracata da katkı sağlar. Firmalar; uluslararası piyasalardan uygun fiyatlı hammadde temin edebildikleri dönemde, ihtiyaçtan fazla malı satın alarak stoklayabilir ve üretimde hem

maliyet avantajı elde eder hem de müşteri ihtiyaç ve siparişlerine dönüş süreci mevcut stoğu ile hızlandırabilir.¹⁹

C. Gümrük Kontrolü Altında İşleme Rejimi

Gümrük kontrolü altında işleme rejiminde mallar üçüncü bir ülkeden ithal edilirken ödenmesi gerekli olan vergi, resim ve harçlar ödenmez ve teminata bağlanır. İthal edilen mallar yurt içinde işlenip tekrar yurt dışına çıkarılacağı zaman nihai ürünün bedeli üzerinden vergiler tahsil edilir ve teminat çözülür. Bu rejim özü itibariyle imalatçı ihracatçıları teşvik niteliğindedir. Dolayısıyla bu rejimde üretim tesisleri bir tür serbest bölge ya da antrepo gibi değerlendirilmektedir.

İthal eşyasının gümrük kontrolü altında işleme rejimine girişi verilen gümrük beyannamesiyle ilgili işlemlerin tamamlanması ile olur. Normal olarak rejimin sona ermesi ise işlenmiş ürünlerin serbest dolaşıma girmesi ile gerçekleşir. Vergiler ise söz konusu işlenmiş ürünler üzerinden alınmaktadır. Vergiler ve (olayına özgü olarak) varsa mali yüklerin tutarı ise yükümlülüğün doğduğu tarihteki vergi oranları ve diğer vergilendirme unsurlarına göre hesaplanmaktadır.²⁰

Gümrük kontrolü altında işleme rejiminde, rejim ihlali eşyanın hatalı veya yanlış beyanı şeklinde kendini gösterir. Gümrük Kanunu 238/1a-1c maddelerinde uygulanacak yaptırımlar belirtilmiştir.²¹ Aynı kanunun 241/3h ve 4h maddelerinde belirtilen işlemlerin yapılmaması halinde usulsüzlük

cezaları uygulanması düzenlenmiştir. “241/3h : Dâhilde işleme rejimi ve gümrük kontrolü altında işleme rejimi kapsamında Türkiye Gümrük Bölgesine getirilen eşyanın izin verilen süresinin bitimini takiben bir ay içerisinde rejimin gerektirdiği işlemlerinin bitirilmesi, yeniden ihracı veya gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutulması, 241/4h: Dâhilde işleme rejimi ve gümrük kontrolü altında işleme rejimi kapsamında Türkiye Gümrük Bölgesine getirilen eşyanın izin verilen süresinin bitimini takiben iki ayı aşmayan süre içerisinde rejimin gerektirdiği işlemlerinin bitirilmesi, yeniden ihracı veya gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutulması” halinde usulsüzlük cezası iki katı olarak uygulanır.

Gümrük kontrolü altında işleme rejiminin dış ticaret firmaları ve ülke ekonomisine sunduğu avantajlar aşağıdaki gibi özetlenebilir:

- İstihdam artırma amacı taşır,
- Nihai kullanım ve Serbest dolaşıma girişe olanak tanır,
- Hammaddelere gümrük vergisi ve ticaret politikası önlemleri uygulanmadan işlenmiş ürün elde edilir,
- Vergilendirmeler sadece işlenmiş ürün üzerinden yapılır,
- İthal eşyasının tabi olduğu ticaret politikalarını olumsuz etkilemeyeceği

denetlenir ve kesinliğe kavuşturulur,

- Türkiye’deki benzer eşya üreticilerinin temel ekonomik çıkarlarının olumsuz etkilememesi ve haksız rekabete yol açmaması için gerekli kayıt ve denetimler yürütülür.²²

D. Geçici İthalat Rejimi

Küresel ekonomilerde hem uluslararası ticaret yapan firma ihtiyaçlarının hem de ülke ihtiyaçlarının karşılanmasına yönelik olan geçici ithalat rejimi, ekonomiye ciddi anlamda katkısı olan pek çok avantaja sahip bir gümrük rejimidir.²³ Gümrük Kanunu 128. Maddede geçici ithalat rejimi şöyle tanımlanmıştır; “Geçici ithalat rejimi, serbest dolaşıma girmemiş eşyanın ithalat vergilerinden tamamen ya da kısmen muaf olarak ve ticaret politikası önlemlerine tabi tutulmaksızın, Türkiye Gümrük Bölgesi içinde kullanılması ve bu kullanım sırasındaki



olağan yıpranma dışında, herhangi bir değişikliğe uğramaksızın yeniden ihracına olanak sağlayan hükümlerin uygulandığı rejimdir.” Madde metninde öne çıkan temel hususlar aşağıdaki gibidir;

-Eşya, gümrükte herhangi bir değişikliğe veya işçiliğe tabi tutulmayacak, eşyanın asli nitelikleri değiştirilmeyecektir. Ancak eşya, kullanımı sırasında asli işlevini yürütemeyecek bir hale gelirse, asli nitelikleri değişmemesi şartıyla tamiri mümkün olabilmektedir.

-Eşya, belirli bir sürenin sonucunda, tekrar gümrük bölgesi dışına çıkarılmalıdır. Sergi ve fuar yerlerinde dağıtılan eşya dışındaki geçici ithal eşyanın, serbest dolaşıma giriş rejimine tabi tutulmadan tüketimi söz konusu değildir.

-Geçici ithal edilen eşyaya, gümrükte kaldığı süre içerisinde kotaya, tarife ve miktar kısıtlamalarına da tabi tutulmazlar. Ayrıca eşyanın gümrük serbest dolaşıma sokulmasına ilişkin önceden verilmiş bir yasaklaması bulunuyorsa, bu kısıtlamalar da eşyanın gümrükte kaldığı süre boyunca uygulanmamaktadır.

-Gümrüğe getirilen eşyanın bu rejim hükümlerinden yararlanabilmesi için geçici ithalat iznini alması gerekmektedir. Yani bu rejimde de izin usulü geçerlidir.²⁴ Eşyanın geçici ithalat rejimine konu olması beyan ile başlamakta olup, gerektiği hallerde teminat verilmesi gerekebilir. Kısmi muafiyet suretiyle geçici ithalat rejimine konu eşya için her ay itibarıyla vergiler tutarının % 3’ü oranında

ithalat vergileri tahsilâtı yapılmaktadır.

Eşyanın geçici ithal rejimi altında kalma süresi azami 24 ay olarak belirlenir. Bu rejim kapsamında ithal edilen eşyanın belirlenmiş süre içerisinde yeniden ihraç edilmesi veya gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutulması gerekir. Bununla birlikte, eşyanın geçici ithal rejimi altında kalma süresi içinde ek süre istenilmesi halinde, ilgili gümrük idaresine bir dilekçe ile başvurulur. Ancak eşyanın rejim altında kalma süresinin verilecek ek sürelerle birlikte yirmi dört aylık süreyi aşmaması esastır.

Geçici ithalat rejimi tam muafiyet suretiyle geçici ithalat ile kısmi muafiyet suretiyle geçici ithalat olmak üzere 2 tiptir.

1. Tam Muafiyet Suretiyle Geçici İthalat

Geçici ithalat rejimi ile yurda çok çeşitli mallar tam muafiyetten yararlanarak getirilebilir. Bu malların başlıcaları, firmaların kullanımında yarar sağlayan birtakım mesleki teçhizatlar, sağlık kurumlarında kullanılan cihazlar, ülkenin uluslararası ve ulusal sosyokültürel etkinliklerinde kullanılan materyaller, yardım malzemeleri, ambalajlar, sanat eşyaları ve üretim araçlarının parçaları gibi ürünlerdir.

2. Kısmi Muafiyet Suretiyle Geçici İthalat

Tam muafiyet ile getirilebilecek yukarıda belirtilen ürün grupları dışında kalan eşyaların geçici ithali uygun bulunduğu kısmi muafiyetten yararlandırılır. Geçici ithalat rejimi kapsamında kısmi muafiyetten yararlanacak eşyalardan yurt içinde kullanıma



tabi tutuldukları her ay için eşyanın serbest dolaşıma girmesi durumunda ödenmesi gereken vergi toplamının %3’ü tahsil edilir. Gerek tam muafiyet gerekse kısmi muafiyet kapsamı getirilen eşyanın geçici ithalat kapsamında kalabilme süresi 24 ay ile sınırlandırılır ve eşyaya olan ihtiyacın devam etmesi durumunda izin süresine ek süre talep edilebilir.²⁵ Gümrük Kanunu 238/1b-1d maddelerinde uygulanacak yaptırımlar belirtilmiştir: “ b)Tam muafiyet suretiyle geçici olarak ithal edilen özel kullanıma mahsus taşıtlara ilişkin rejim ihlallerinde, gümrük vergileri tutarının dörtte biri, d) (b) bendinde belirtilen taşıtlar hariç olmak üzere, geçici ithalat rejimi kapsamında ithal edilen eşyanın süresi içerisinde gümrükçe onaylanmış başka bir işlem veya kullanıma tabi tutulmaması durumunda gümrük vergileri ile rejime ilişkin beyannamenin tescil tarihinden tespiti yapıldığı tarihe kadar geçen süre için 6183 sayılı Kanuna göre tespit edilen gecikme zammı oranında faizin toplamı kadar idari para cezası verilir.”

Gümrük Kanunu 241/3-ı maddesi gereğince “Geçici olarak Türkiye Gümrük Bölgesi

dışına çıkarılan eşyanın verilen süreyi aştıktan sonra geri getirilmesi” halinde usulsüzlük cezası uygulanmaktadır. Ancak bu para cezaları ödense bile, bu eşyalar serbest dolaşıma girmez ve yurt dışı edilir.

3. Geçici İthalat Rejiminin Dış Ticaret Etkisi

Geçici ithalat rejimi dış ticaret firmalarına öncelikle bir dizi vergi indirim ve muafiyetleri sunar. Ek olarak, eşyaların ithalat sürecinde beyan verme ve ek izin süreleri ile firmalara kolaylık sağlamaktadır. Örneğin sözlü beyana uygun görülen mallar gümrüklü sahada sadece sözlü beyan belgesi ile beyan edilebilir. Yine fuar, sergi amaçlı yurda getirilen mallar geçici ithalat rejimi altında mallar ata karnesi ile de yurda getirilebilir. Yolcu salonlarında yolcu beraberisi yurt içine sokulan ancak ticari nitelik taşımayan kişisel eşyalar da rejim sayesinde “Başka Bir Tasarruf Yoluyla Beyan” şeklinde sadece yolcuların salonlardaki yeşil hattan geçmesi ile de yurda sokulabilir. Bu beyan şekilleri ile yurda sokulamayacak özellikle bir geçici ithal eşyası ise normal usulde beyanla yani bir gümrük beyannamesi ile gümrük idarelerine beyan edilerek yurda getirilebilir.

Geçici ithalat rejimi sayesinde dış ticaret firmaları bir malı serbest dolaşıma sokmadan ve vergi yükümlülüğü altına girmeden ya da kısmi vergi yükümlülüğüne tabi olarak malları ihtiyaçları süresince kullanır ve geri gönderebilir. Bu sayede sürekli ihtiyaç duymayacağı bir malı ithal etmek, bedelini ve vergilerini ödemek durumunda kalınmaz. Sanayi ürünlerinin deneme parçaları ve

sipariş öncesi istenen numuneler için de uygulanan rejim hükümleri firmaları korumuş ve üretim süreçlerine destek ve kolaylık sağlamış olur.

Bunun yanı sıra ulusal ve uluslararası etkinliklerde kullanılan mallar, pedagojik materyaller, tıbbi yardım cihazları ve doğal afetler esnasında ülkeye gönderilen yardım malzemeleri gibi ürünlerin geçici ithalat rejimi altında vergilerden tam muaf bir şekilde yurda sokulması sayesinde ülke ekonomisi de sosyokültürel alandaki ilişkiler de olumlu yönde etkilenir.²⁶

E. Hariçte İşleme Rejimi (HİR)

Gümrük Kanunu 135/1. Maddesi hariçte işlem rejimi " 144 ila 148 inci maddelerde öngörülen standart değişim sistemine ilişkin hükümler ile 116 ncı madde hükmü saklı kalmak üzere, serbest dolaşımdaki eşyanın hariçte işleme faaliyetlerine tabi tutulmak üzere Türkiye Gümrük Bölgesinden geçici olarak ihracı ve bu faaliyetler sonucunda elde edilen ürünlerin ithal vergilerinden tam veya kısmi muafiyet suretiyle yeniden serbest dolaşıma girişine ilişkin hükümlerin uygulandığı rejimdir." şeklinde tanımlanmaktadır.

Madde metnini açıklarsak, Hariçte İşleme Rejimi; işlem görmek üzere hammaddelerin önce ihraç edilmesi, işlem gördükten sonra ürün olarak tekrar ülkemize ithal edilmesini içeren ve bu süreçte her türlü vergiden muafiyet sağlayan sistemdir. HİR rejiminin uygulanması 3 aşamalıdır. 1- Serbest dolaşımda bulunan eşya gümrükten geçici



olarak ihraç edilir. 2- Eşya gümrük dışında işleme faaliyetine tabii tutulur. 3- İşlenmiş ürün yeniden ithal edilir ve tam veya kısmi muafiyet kapsamında serbest dolaşıma sokulur.²⁷

Bu rejimden de yararlanmak için önce izin alınması gerekmektedir. Üç çeşit izin bulunmaktadır.

Hariçte İşleme İzin Belgeleri (HİİB); Ticaret Bakanlığı İhracat Genel Müdürlüğüne verilmektedir. Bu izin belgesi; hammadde, yardımcı madde, yarı mamul, mamul ve ambalaj malzemelerinin daha ileri bir düzeyde işlem görmek üzere gümrük dışına veya serbest bölgelere gönderilmek istenmesi halinde alınmaktadır. Hariçte İşleme İzinleri (Hİİ) -tamir amaçlı, imalat hatası vb. işlemler için alınan izindir ve ilgili gümrük müdürlüklerince düzenlenir.

Son olarak, madenlerin işlem görmesi için gönderilen hammaddeler için ise Maden İhracatçı Birliklerince düzenlenir.

Kısmi ve Tam muafiyet olmak üzere 2 çeşit muafiyet söz konusudur. Tam muafiyet Gümrük Kanunun 142. Maddesinde şu şekilde açıklanmıştır: "Tamir amacıyla geçici ihraç edilen eşya, tamiratın garanti nedeniyle sözleşmeye bağlı olarak veya kanuni bir yükümlülüğe dayanarak ya da bir imalat hatası nedeniyle, bedelsiz yapıldığının kanıtlanması halinde, serbest dolaşıma ithalat vergilerinden tam muaf olarak girer. Ancak, söz konusu eşyanın serbest dolaşıma ilk girişi sırasında kusurlu olduğunun dikkate alınarak işlem yapılmış olması halinde, bu hüküm uygulanmaz."

Kısmi muafiyet ise 2007/5 Hariçte işleme rejimi tebliğinin 3/1m maddesinde şöyle tanımlanmıştır: "Hariçte işleme rejimi çerçevesinde serbest dolaşıma sunulan işlem görmüş ürünlerin ithali esnasında alınması gereken vergiler hesaplanırken, geçici ihracat eşyasının en son işleme faaliyetine tabi tutulduğu Türkiye Gümrük Bölgesi dışından veya serbest bölgeden aynı tarihte ithal edilmesi halinde uygulanacak gümrük vergilerine tekabül eden kısmın muaf tutulmasıdır."

Hariçte işleme rejimi kapsamında "Standart Değişim Sistemi" ve "Üçgen Trafik" süreçlerinden de yararlanılır ve dış ticarete büyük maliyet avantajı ve kolaylıklar içeren bu sistemler rejimin sunduğu başlıca avantajlar içinde de sayılır. Standart değişim sistemi, rejim kapsamında yurt dışına tamir

amaçlı çıkarılan eşyanın yerine tamir süreci tamamlanana kadar kullanılmak üzere serbest dolaşımda bulunmayan bir ikame malın geçici olarak yurt içine sokulmasını ve kullanılmasını sağlar. Bu süreçte özellikle üretici ihracatçıların, rejim hükümleri altında tamire konu olan eksik mallar sebebiyle üretim süreçlerinde yaşayacakları olası sıkıntıları ortadan kalkmış olur. Üçgen trafik ise, birlik (Gümrük Birliği) parçası bir ülkeden birlik dışı üçüncü bir ülkeye geçici olarak gönderilen ve işleme faaliyetlerine tabi tutulan malların işlenmiş ürün şeklinde tekrar birliğin farklı bir parçasından serbest dolaşıma sokulmasını kapsar. Üçgen trafik sayesinde ise bu malların serbest dolaşıma girdiği esnada ödenmesi zorunlu vergilerinden tam ve kısmi muafiyet sağlanır.²⁸

Hariçte işleme rejim ihlali, eşyanın çıkışı ya da ihracatı aşamasında olabileceği gibi serbest dolaşıma girişinde de meydana gelebilir. Dolayısıyla eşyanın serbest dolaşıma girişinde rejim ihlaline neden olunmuşsa 4458 sayılı Gümrük Kanunun 234 ve 235. maddelerine göre ceza uygulanmaktadır.

Hariçte işlenmek üzere ihraç edilen eşyanın süresini aştıktan sonra Gümrüğe getirilmesi durumu Gümrük Kanunu'nun 241/3-i maddesi ile ayrıca para cezasına bağlanmıştır. Eşyanın süresini de aştığı halde hiç gelmemesi halinde ise yükümlüsünün Gümrük Kanunu'nun 241/1 maddesi ile yaptırıma tabi tutulması söz konusu olacaktır. Ancak daha öncede ifade edildiği gibi rejim ihlali nedeniyle uygulanan usulsüzlük cezası yaptırımı rejimin ihlal edildiği anlamına

uygulanmaya devam edilmekte; ancak yapılan usulsüzlük cezalandırılmaktadır.

Rejim sayesinde öncelikle ülke içinde üretimi mümkün olmayan bir ürünün, AB ülkelerinden getirilen ara mallar kullanılarak işçilik maliyetlerinin daha düşük olduğu üçüncü ülkelerde işlenmesi ile yeniden serbest dolaşıma sokulma sürecinde de gümrük vergilerinden muafiyet sağlar. İşlenmiş ürünün yeniden serbest dolaşıma sokulmak istendiği tarihteki ödenmesi zorunlu vergi toplamından öncesinde yurt dışı edilen ve vergileri öncesinde ödenmiş olan 34 serbest dolaşımdaki malın vergileri düşülür ve sadece kalan miktar ödenerek hariçte işleme rejiminde kısmi vergi muafiyetinden yararlanılmış olur. Rejim aynı zamanda dış ticaret firmalarına iş süreçlerindeki formaliteler açısından da kolaylıklar sağlar. Rejimler arası geçiş ve işlemlerin birden fazla ülkeyi içererek devam etmesi söz konusu olduğu için sistemin kontrolü konusuna da büyük önem verilir. Rejimin en büyük amacı, üretimi yurt içinde mümkün olmayan ya da yüksek maliyetlere yol açan bir ürünün direkt ithal edilmesi yerine AB ülkelerinden gümrüksüz ithal edilen girdilerin rejim sayesinde yurt dışındaki ucuz işgücü fırsatları kullanılarak işlenmesinin ardından işlem görmüş ürün olarak yeniden ithali ile döviz tasarrufu yaratmasıdır ²⁹

Sonuç

Sonuç olarak, ekonomik etkili gümrük rejimleri, ülkede ihracatı güçlendirme amaçlı bir dış ticaret politikasıdır. Ülkeye katma değer yaratacak şekilde piyasanın

güçlenebilmesi ve ihracatın artması için ülke içindeki bir takım hammadde, mamul, yarı mamul vb. ürünlerin vergisiz ithali ve ihracata yönelik teşvik uygulamaları ile ihracatçıları dünya pazarındaki rakiplerine karşı korunmaktadır.

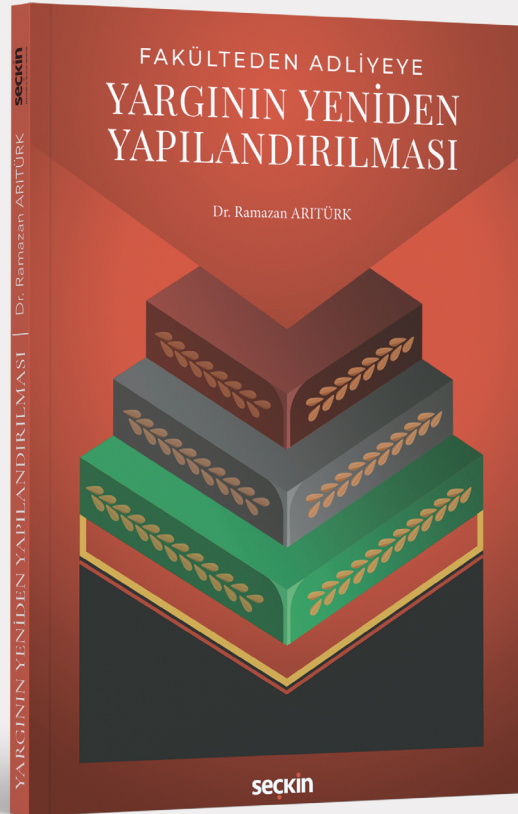
DİPNOT

- 1 ERBAY, C. (1987), Gümrük Mevzuatı, Ankara: Maliye Bakanlığı Yayını, Başbakanlık Basımevi, s. 2.; UZUN, S. (2006), AB'ne Uyum Çerçevesinde Gümrük Rejimleri Uygulamaları ve Değerlendirilmesi, Uludağ Üniversitesi Maliye Anabilim Dalı Maliye Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, s.3.
- 2 ONURSAL, E. (1996), Dış Ticaret İşlemleri ve Uygulamaları, Ankara: Orta Anadolu İhracatçı Birlikleri Yayını, s. 3.
- 3 SARIASLAN, O. (2022), Hak Arama Hürriyeti Ekseninde Gümrük Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları, On İki Levha Yayıncılık, s. 24.
- 4 YILMAZ, B. ve ADIGÜZEL M. (2022), "Türkiye'nin Gümrük Rejimleri ile İlgili Sorunların İncelenmesi", İstanbul Ticaret Üniversitesi Working PaperSeries, 3(1), s. 25.
- 5 ASLAN ONUR, A. (2021), Ekonomik Etkili Gümrük Rejimlerinin Dış Ticaret Etkisi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İktisat Anabilim Dalı Doktora Tezi, s. 13.
- 6 SARIASLAN, s. 25-26.
- 7 ASLAN ONUR, s. 12.
- 8 TEKİN, Ü.E. (2018), "Ekonomik Etkili Gümrük Rejimlerinin Türkiye'de Kullanımı ve Dış Ticaret Dengesine Etkileri", Journal of Social and Humanities Sciences Research, 5(19), s. 558.
- 9 ASLAN ONUR, s. 47.
- 10 [https://immib.org.tr/tr/ihracat-devlet-yarimlari-dahilde-ve-haricte-isleme-rejimi-dahilde-isleme-rejimi-dir-nedir](https://immib.org.tr/tr/ihracat-devlet-yarimlari-dahilde-ve-haricte-isleme-rejimi-dahilde-isleme-rejimi-dahilde-isleme-rejimi-dir-nedir), ASLAN ONUR, s.50,
- 11 SARIASLAN, s. 30.
- 12 SARIASLAN, s. 30.
- 13 SARIASLAN, s. 31.
- 14 ATR dolaşım belgesi: Türkiye veya Topluluk 'ta serbest dolaşımda bulunan eşyanın Türkiye-Avrupa Topluluğu gümrük birliği çerçevesinde tercihi rejimden yararlanabilmesini sağlamak üzere, gümrük idaresince ya da bu idare tarafından yetki verilmiş kuruluşlarca düzenlenip gümrük idaresince vize edilen belgedir.
- 15 DİR sürecinin işleyişi, 2006/12 sayılı Dâhilde İşleme Rejim Tebliğinin 28 ile 36. maddelerinde; sürecin sonlandırılıp taahhütlerin kapatılması ise yine aynı tebliğin 37 ile 40. maddeleri arasındadır.
- 16 ASLAN ONUR, s. 38.
- 17 TEKİN, s. 562.
- 18 SARIASLAN, s. 42.
- 19 ASLAN, s. 46.
- 20 SARIASLAN, s. 48, TEKİN, s. 563.
- 21 Bakınız makalenin dahilde işleme rejiminin ihlali ve yaptırımlar kısmı s.5.
- 22 ASLAN ONUR, s. 36.
- 23 ASLAN ONUR, s. 28.
- 24 SARIASLAN, s. 51, ASLAN ONUR, s.28.
- 25 ASLAN ONUR, s.30.
- 26 ASLAN ONUR, s.30-31., TEKİN, s. 560.
- 27 SARIASLAN, s. 56.
- 28 ASLAN ONUR, s.33.
- 29 ASLAN ONUR, s.34.

KAYNAKÇA

- ASLAN ONUR, A. (2021), Ekonomik Etkili Gümrük Rejimlerinin Dış Ticaret Etkisi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İktisat Anabilim Dalı Doktora Tezi.
- ERBAY, C. (1987), Gümrük Mevzuatı, Ankara: Maliye Bakanlığı Yayını, Başbakanlık Basımevi.
- ONURSAL, E. (1996), Dış Ticaret İşlemleri ve Uygulamaları, Ankara: Orta Anadolu İhracatçı Birlikleri Yayını.
- SARIASLAN, O. (2022), Hak Arama Hürriyeti Ekseninde Gümrük Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları, On İki Levha Yayıncılık.
- TEKİN, Ü. E. (2018), "Ekonomik Etkili Gümrük Rejimlerinin Türkiye'de Kullanımı ve Dış Ticaret Dengesine Etkileri", Journal of Social and Humanities Sciences Research, 5(19).
- UZUN, S. (2006), AB'ne Uyum Çerçevesinde Gümrük Rejimleri Uygulamaları ve Değerlendirilmesi, Uludağ Üniversitesi Maliye Anabilim Dalı Maliye Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi.
- YILMAZ, B. ve ADIGÜZEL M., "Türkiye'nin Gümrük Rejimleri ile İlgili Sorunların İncelenmesi", İstanbul Ticaret Üniversitesi Working PaperSeries, 3(1).

FAKÜLTEDEN ADLİYEYE YARGININ YENİDEN YAPILANDIRILMASI



Dr. Ramazan ARITÜRK

Bu kitap, yerelden küresel düzeye bu anlayışın alt yapısına ilişkin özgün düşünceler ve önerileri barındırmaktadır.

seçkin
AKADEMİK VE MESLEKİ YAYINLAR

ULUSLARARASI HUKUKTA ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI



Giriş

Hukuki bir ilişkinin tarafları arasında anlaşmazlık çıkması halinde taraflar öncelikle mahkemeye başvurur. Ancak mahkemelerde özel hukuka ilişkin herhangi bir uyuşmazlığın çözülme beklentisi mahkemelerin gereğinden fazla çalışmasına ve işlemesinin yıllar almasına neden olmaktadır. Bu yaklaşım adil yargılamanın temel ilkelerinden biri olan makul zamanda yargılama ilkesine aykırıdır. Bu sebeple devletin yetki alanı dışındaki uyuşmazlıkların çözümünde alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmaları tercih edilmektedir.¹ Alternatif uyuşmazlık çözümü, uyuşmazlıkların mahkemeye gitmeden çözülmesi için uygulanan tüm teknikleri kapsayan kavramdır. Alternatif uyuşmazlık çözümü için tarafların çoğu kez gönüllü olarak ancak bazen zorunlu olarak,

devlet yargısının yerine geçmeyen ancak tamamlayıcı nitelikteki uyuşmazlık sürecine katılmalarını sağlayan, devlet yargısının olumsuz yönlerine maruz kalmamak için çözüme götüren, yargı süreci içinde veya dışında kullanılabilen hukuk düzeni tarafından kabul edilen herhangi bir yöntemdir.

Günümüzün globalleşen dünyasında, uluslararası hukuk alanında yaşanan uyuşmazlıkların hızlı, ekonomik ve esnek bir şekilde çözüme kavuşturulması alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin her geçen gün daha fazla önem kazanmasına neden olmuştur. Farklı ülkelerin uyruğunda olan kişilerin karşılıklı anlaşma ile bir ülke hukukun uygulanmasını pek tabi tercih etmeleri mümkündür. Ancak yargılamaların

uzun sürmesi ve maliyetli olması diğer taraftan uyuşmazlığın çözümünde uygulanması kararlaştırılan ülke hukukun kendi vatandaşı olan tarafı ayrı tutabileceği ve bu sebeple tarafsız olmayacağı ihtimali, uzmanlık gerektiren konularda yetersiz kararlar verilebileceği gibi hususlar tarafların alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerini tercih etme sebebi olmuştur. Geleneksel çözüm yöntemi olarak bilinen ve özellikle uluslararası hukuk alanında çoğunlukla tercih edilen yöntemlerden tahkim, arabuluculuk, uzlaştırma ve müzakere çözüm yöntemleri bu yazımızda ele alınmıştır.

I. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları

a. Tahkim

Tahkim, bir hak üzerinde ihtilaf halinde olan tarafların, uyuşmazlığın çözümünü üçüncü kişi veya kişilere bırakması ve uyuşmazlığın bu üçüncü kişilerce incelenerek çözüme kavuşturulmasıdır. Uyuşmazlığı çözüme kavuşturan kişi veya kişilere hakem veya hakem heyetleri denir. Hakem veya hakem heyetinin görevi taraflar arasındaki uyuşmazlığın nihai karara bağlanmasıdır. Hakem mahkemesi veya tahkim mahkemesinin uyuşmazlığı çözmek için herhangi bir yetkisi yoktur. Ancak taraflar uyuşmazlığın hakem tarafından çözümlenmesini talep etmeleri halinde hakemin vereceği karara razı olurlar.²

Tahkim, tarafsız ve bağımsız bir hakem veya hakemler heyeti önünde yapıldığından ve tarafların kendi ülkelerinin yargı sistemlerine güvenmek zorunda kalmadan tarafsız ve bağımsız olması, istenilen hukukun



uygulanmasına ve uygulanacak tahkim prosedürünün belirlenmesine taraflar karar verdiğinden esnek, tarafların ihtiyaçlarına ve tercihlerine göre uyarlayabildiğinden daha hızlı ve maliyet açısından daha etkin, birçok ülke tarafından uluslararası anlaşmalarla tanınır ve uygulanır. Bu nedenle, tahkim kararları genellikle diğer ülkelerde de geçerlidir ve icra edilebilir nitelikte olduğundan tercih edilebilirliği diğer çözüm yöntemlerinden daha fazladır.

Türkiye'de modern tahkim uygulaması, 1926 yılında yürürlüğe giren "Tahkim Kanunu" ile resmi olarak başlamıştır. Bu tarih, Türkiye'de tahkim sürecinin düzenlenmesi ve resmi bir

hukuki çerçevenin oluşturulması açısından önemlidir. 1926'da yürürlüğe giren Tahkim Kanunu, o dönemde Türkiye'deki tahkim sürecini düzenlemiş ve tahkim yoluyla uyuşmazlıkların çözümünü sağlamıştır. Ancak bu kanun, zamanla değişen ticaret ve hukuk ihtiyaçlarına yanıt veremediği için günümüzdeki Tahkim Kanunu ile yer değiştirmiştir.

b. Arabuluculuk

Arabuluculuk, bir anlaşmazlığı en az iki tarafla karşılıklı anlayış ve hoşgörü yoluyla çözüme yöntemidir. Arabuluculuk tarafsız üçüncü bir kişinin taraflara uyuşmazlığı çözmeye yardımcı olması anlamına gelir. Arabuluculuk anlaşmazlıkların kabul edilebilir bir çözüme ulaşmak için taraflara yardımcı olmak ve müzakere sürecini kolaylaştırmakla sınırlı, tarafsız ve objektif üçüncü bir katılımcının çözüm konusunda karar verme yetkisinin bulunmadığı alternatif çözüm yöntemidir.³ Uluslararası hukukta arabuluculuk, farklı ülkeler veya uluslararası taraflar arasındaki ihtilafların çözümünde kullanılan bir yöntemdir. Uluslararası hukukta arabuluculuk genellikle diplomatik kanallar veya uluslararası kuruluşlar aracılığıyla gerçekleşir. Bu tür arabuluculuk çabaları, çatışmaların barışçıl ve yapıcı bir şekilde çözülmesine katkıda bulunur ve uluslararası ilişkilerde istikrarı teşvik eder. Uluslararası arabuluculuk çabaları, tarafların istekliliği ve katılımı, tarafsızlık, uzmanlık ve gizlilik gibi prensiplere dayanır. Ayrıca uluslararası arabuluculuk süreçleri genellikle uluslararası hukuk normlarına ve ilgili uluslararası anlaşmalara uygun olarak yürütülür.

c. Müzakere

Müzakere, tarafların karşılıklı olarak anlaşma sağlamak amacıyla doğrudan iletişim kurduğu bir süreçtir. Bu yöntem, ihtilaflı konuların çözümünde mahkeme veya arabuluculuk gibi resmi kurumlara başvurmadan önce denenenmektedir. Taraflar, müzakereler için gerekli belgeleri ve bilgileri toplar, hedeflerini belirler ve bir araya gelerek müzakereleri başlatırlar. Bu toplantılarda taraflar kendi pozisyonlarını ve taleplerini ifade eder, karşılıklı olarak argümanlarını sunarlar. Taraflar anlaşma için müzakerelerde bulunurlar ve müzakereler sonucunda anlaşmaya varırlarsa, bu anlaşma yazılı hale getirilir ve taraflar tarafından imzalanır. Müzakere, uyuşmazlıkların hızlı ve etkili bir şekilde çözülmesine yardımcı olur ve taraflar arasında daha sürdürülebilir bir ilişki kurulmasına katkıda bulunur. Ancak bazı durumlarda, taraflar arasında eşit güç dengesi olmadığı veya duygusal veya çıkar çatışmalarının yoğun olduğu durumlarda müzakere süreci zorlu olabilir. Bu gibi durumlarda, tarafsız bir üçüncü kişinin (arabulucu veya hakem) müdahalesi gerekebilir.

d. Uzlaştırma

Uzlaştırma, taraflar arasında bir anlaşma sağlanması için tarafsız bir üçüncü kişinin (uzlaştırıcı) yardımıyla gerçekleştirilen bir süreçtir. Uzlaştırma sürecinde, tarafların ihtilaflarını çözmeleri için uzlaştırıcı tarafından yönlendirilen müzakereler yapılır. Uluslararası hukukta uzlaştırma, farklı ülkeler veya uluslararası taraflar arasındaki ihtilafların çözümünde kullanılan bir yöntemdir.

Uluslararası uzlaştırma genellikle diplomatik kanallar, uluslararası kuruluşlar veya bağımsız uzlaştırma kurumları aracılığıyla gerçekleştirilebilir. Günümüzde pek çok resmi, yarı resmi kurum ve kuruluşlar uzlaştırma hizmeti sunmaktadır. Bu çözüm yönteminde genellikle ICC (International Chamber of Commerce) ve UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law) Uzlaştırma Kuralları uygulanmaktadır.

Taraflardan birinin ICC'ye yaptığı uzlaştırma talebi diğer tarafça kabul edildiği takdirde aralarında önceden yapılmış anlaşma olmasa dahi ICC Kuralları uygulanmaya başlar (ICC Kuralları m. 3). ICC Uzlaştırma Kurallarının 1. maddesi uyarınca taraflar başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm usulü konusunda anlaşmamışlarsa arabuluculuk yöntemi kullanılır. Belirtmek gerekir ki, söz konusu kuralların 7. maddesi uyarınca uzlaştırıcı, uyuşmazlığı hakkaniyet ve tarafsızlık ilkeleri ve tarafların talepleri çerçevesinde çözümlenmelidir ve aynı zamanda taraflar da iyi niyetle uzlaştırıcı ile işbirliği içinde olmalıdırlar. Bu Kuralların 8.1.b maddesine göre, her iki taraf da, uzlaştırıcı tarafından 7.2 madde uyarınca gönderilecek belgeden sonra, tek taraflı olarak uzlaştırmayı sona erdirebilirler.⁴ Uygulanmakta olan diğer kurallar olan UNCITRAL Uzlaştırma Kurallarına göre de uzlaştırma, tamamen tarafların, uzlaştırıcının onlara sunduğu anlaşmaya uymalarına bağlı olarak gerçekleşen ihtiyati bir ihtilaf çözme yöntemidir. Şöyle ki, uzlaştırıcı iyi niyet, ahlak ve adalet ilkelerine uygun olarak taraflar arasındaki uyuşmazlığı değerlendirerek,

neticede ihtilafların arınmasına dönük bir anlaşma tasarısını taraflara sunar. Taraflar bu anlaşmayı kabul ederse uyuşmazlık dostane yolla çözümlenmiş olur. Aksi takdirde uzlaştırma prosedürünün başarısızlıkla sonuçlandığı kabul edilir.⁵

II. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinin Tercih Edilmesindeki Hususlar

Alternatif çözüm yolları, genellikle mahkeme süreçlerinden daha hızlı bir şekilde tarafların uyuşmazlıkları çözmelerini sağladığından ve bu durumda özellikle tarafların ticari faaliyetlerini aksamadan devam etmesine yardımcı olduğundan tercih edilmesindeki en önemli etkidir. Alternatif çözüm yolları, mahkeme süreçlerine göre genellikle daha az maliyetlidir. Mahkeme masrafları, avukat ücretleri ve yargılama sürecine harcanan zaman gibi maliyetlerin azalması, tarafların uyuşmazlıklarını çözme maliyetlerini düşürmektedir. Alternatif çözüm yolları esnektir ve taraflar arasındaki ilişkilerin korunmasına yardımcı olur. Mahkeme süreçlerinde sıklıkla yaşanan düşmanca ortamın aksine uzlaşma veya arabuluculuk gibi yöntemler, taraflar arasında daha işbirlikçi bir atmosfer oluşturur.

Alternatif çözüm yollarından özellikle arabuluculuk ve bazı tahkim süreçlerinde, taraflar ticari sırlarını korumak ve kamuoyunda tartışma yaratmadan uyuşmazlıkları çözmek istediğinden gizlilik ilkesi çerçevesinde çözüm sürecini yürütebilirler. Bu çözüm yöntemlerinin tercih edilmesindeki diğer husus mahkeme

kararlarının uluslararası alanda tanınması ve icra edilmesi genellikle daha karmaşık ve zaman aldığından uluslararası ticarete uyuşmazlık çözüm süreçlerinin etkinliğini azaltabilmekte ve hukuki belirsizlik yaratabilmektedir. Uyuşmazlık çözüm sürecinin uzaması ve mahkeme kararlarının temyiz süreçleri gibi faktörler, tarafların ticari faaliyetlerini planlama ve yönetme yeteneklerini zorlayabilir. Bu nedenlerle, alternatif çözüm yollarının uluslararası ticarete kullanılması taraflar arasındaki ticari ilişkilerin sürdürülebilirliğini ve ticaretin akışını olumlu yönde etkiler.

III. Uluslararası Ticaret Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri

Bir ticari uyuşmazlık, iki veya daha fazla taraf arasındaki ticaretle ilgili bir anlaşmazlıktır. Uluslararası ticaret hukuku alanında yaşanan uyuşmazlıklar, genellikle ticaret işlemleri, sözleşmeler ve uluslararası ticaret ilişkilerinden kaynaklanmaktadır. Uluslararası ticarete uyuşmazlık çözüm yöntemleri, iş birliği ve çatışma durumlarına göre çeşitlilik göstermekle birlikte en sık kullanılan alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri müzakere, uzlaşma ve tahkimdir. Bu yöntemlerin her birinin avantajları ve dezavantajları bulunmaktadır ve uyuşmazlık türüne, tarafların tercihlerine ve diğer faktörlere bağlı olarak hangi yöntemin uygun olduğuna karar verilmektedir. Çözüm yöntemlerinin tamamında prosedüre katılım tamamen isteğe bağlıdır, sonuçtan memnun olmayan taraf her zaman mahkemeye gitme imkânına sahiptir.

Uluslararası ticaret hukukunda alternatif çözüm yöntemlerinden tahkim; tarafsızlık, bağımsızlık, uluslararası uygulanabilirlik, esneklik ve gizlilik gibi olanaklar sunduğundan en sık tercih edilen yöntemlerin başında gelmektedir. Arabuluculuk ise tahkim kadar yaygın olmasa da giderek yaygınlaşmaya başlamış ise de tahkim ve arabuluculuk arasında tercih genellikle uyuşmazlığın niteliğine, tarafların ihtiyaçlarına ve tercihlerine bağlıdır. Ticaretin küreselleşmesi ve farklı hukuk sistemleri arasındaki etkileşim, tahkimin önemini daha da artırmıştır. Bugün, birçok ülke tahkim hukukunu modernleştirmiş ve uluslararası standartlara uygun hale getirmiştir. Bu şekilde, tahkim uluslararası ticaretin gelişimiyle paralel olarak evrilmiş ve günümüzde uluslararası ticarete yaygın olarak kabul gören bir uyuşmazlık çözüm yöntemi haline gelmiştir. Türkiye'nin de dahil olduğu birçok ülke, uluslararası ticari anlaşmazlıkları çözmek için tahkime ilişkin belirli yasal düzenlemelere sahiptir.

IV. Uluslararası Ticaret Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözümlerinde Yaşanan Teknik Sıkıntılar

Uluslararası ticaret hukukunda uygulanan alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin yukarıda izah edildiği gibi taraflara pek çok yönden fayda ve kolaylık sağlamak ile birlikte beraberinde getirdiği teknik sorunlar da olmaktadır. Bunlar;

Belgeleme ve Delil Yönetimi: Alternatif çözüm süreçlerinde, belgeleme ve delil yönetimi önemlidir. Tarafların, belgelerin toplanması, sunulması ve değerlendirilmesi

konusunda bazı teknik zorluklarla karşılaşabilirler. Özellikle elektronik belgeleme ve dijital delillerin yönetimi konusunda sorunlar yaşanabilir.

Uzmanlık Gerektiren Konular: Ticari anlaşmazlıklar genellikle uzmanlık gerektiren teknik, ticari veya hukuki konuları içerebilir. Taraflar, bu tür konularda uzman tahkimciler, arabulucular veya danışmanlardan yardım almak zorunda kalabilirler. Ancak, uygun uzmanların bulunması ve atanması bazen zaman alabilir.

Taraflar Arası İletişim Sorunları: Alternatif çözüm süreçlerinde taraflar arasındaki iletişimde bazı teknik sıkıntılar yaşanabilir. Özellikle farklı coğrafi bölgelerde bulunan taraflar arasında iletişim engelleri, dil bariyerleri veya iletişim teknolojisinin yetersizliği gibi sorunlar yaşanabilir.

Teknoloji Kullanımı ve Güvenlik: Alternatif çözüm süreçlerinde teknolojinin kullanımı giderek önem kazanmaktadır. Ancak, çevrimiçi platformlar veya dijital araçlar kullanılarak gerçekleştirilen görüşmelerde, güvenlik endişeleri veya teknik sorunlar yaşanabilir. Özellikle, veri güvenliği ve gizliliği konusunda titizlik gösterilmesi gerekmektedir.

Kararların Uygulanması ve İcrası: Alternatif çözüm süreçlerinde alınan kararların uygulanması ve icrası bazen teknik zorluklarla karşılaşabilir. Özellikle, tahkim kararlarının tanınması ve uluslararası düzeyde icra edilmesi sürecinde, farklı ülkelerin hukuki ve prosedürel farklılıkları nedeniyle bazı sorunlar yaşanabilir.

Söz konusu bu teknik sıkıntılar, uluslararası ticaret hukukunda alternatif uyuşmazlık



çözümlerinin etkin bir şekilde uygulanmasını engelleyebilir veya sınırlayabilir. Bu nedenle, tarafların bu teknik zorlukları önceden tanımlamaları ve uygun çözümler bulmaları önemlidir.

Sonuç

Uluslararası ticaret hukukundan doğan uyuşmazlıkların mahkeme kanalı ile çözülmesi halinde hem zaman hem maliyet açısından elverişsiz olduğundan uyuşmazlıkların daha kolay usullerle ve daha kısa sürede çözülmesi için alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri tercih edilir. Ülkelerin de uluslararası ticaret hukukunda alternatif çözüm yöntemlerine ilişkin güçlü bir yasal altyapı sunması ve bu yöntemlere destek vermesi, yabancı yatırımcılar ve işletmeler için o ülkenin hukuki sistemi hakkında olumlu bir algı oluşturabilir, ticari anlaşmazlıkların hızlı ve etkili bir şekilde çözülmesine olanak tanınır. Bir ülkenin uluslararası ticarete alternatif çözüm yöntemlerine verdiği destek, uluslararası iş

birliği ve güven inşası açısından önemlidir. Bu tür yöntemlere verilen destek, ülkeler arasında ticaret ilişkilerinin sağlamlaşmasına ve uzun vadeli iş birliği olanaklarının artmasına yardımcı olabilir. Alternatif çözüm yöntemlerinin etkin bir şekilde kullanılmasıyla birlikte, bir ülke kendisini uluslararası ticari anlaşmazlıkların çözüm merkezi olarak konumlandırabilir. Bu durum, ülkenin ticaret ve hukuk alanında bir merkez olarak algılanmasını sağlayabilir ve ekonomik kalkınmaya katkıda bulunabilir. Sonuç olarak, uluslararası alternatif çözüm yöntemlerinin etkin bir şekilde kullanılması, bir ülkenin prestijini artırabilir ve uluslararası ticaret ve yatırım ortamının gelişimine katkıda bulunabilir.

DİPNOT

- 1 DORAK, Y. (2013), "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olan Arabuluculuk ve Medeni Hukuktaki Görünümü", Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2, s.55.
- 2 ŞAHİN, T. (2017), İş Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Alternatif Yöntemler, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s 40-41.
- 3 CEYLAN, Ş. Ş. (2007), Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.261.
- 4 Şanlı, s. 535-536.
- 5 Şanlı, s. 535-536.

KAYNAKÇA

- CEYLAN, Ş. Ş. (2007), Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- ŞAHİN, T. (2017), İş Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Alternatif Yöntemler, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- DORAK, Y. (2013), "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olan Arabuluculuk ve Medeni Hukuktaki Görünümü", Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2.

MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİMDE KANUNLAR İHTİLAFI MESELELERİ



Giriş

Küreselleşen dünyada; artık gerek devletler gerek özel kurum ve kuruluşlar sadece kendi ülkelerinde değil ülkeleri dışında dünyanın birçok farklı ülkesinde ticari faaliyetlerde bulunmaktadır. Bu ticari faaliyetlerin getirdiği hukuki uyuşmazlıkların çözümünde; tarafların uyuşmazlığı çözecek olan hakemi, yerini, dilini, kurallarının hangi usul ve esaslarla yürütüleceğini serbestçe seçebildikleri ve en önemlisi gizlilik ilkesi içerisinde devlet mahkemelerinde yürütülen yargılamalara kıyasla çok daha hızlı bir şekilde sonuç alabilecekleri tahkim yargılaması ön plana

çıkmakta ve tercih edilmektedir.

I. Tahkimin Tanımı

Genel olarak "Tahkim", taraflar arasında doğmuş uyuşmazlıkların devletin yerel mahkemeleri yerine yasaların tahkime izin verdiği konular kapsamında "hakem" adı verilen bağımsız kişi veya kişilerce çözümlenmesi için alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından biri olarak tanımlanabilir. Tahkim çözüm yoluna gidilebilmesi için tarafların tahkim sözleşmesi yapmaları ya da düzenledikleri sözleşmede tahkim şartının bulunması ve tahkime elverişli olması gerekmektedir.

II. Tahkim Türleri

Tahkimi, ulusal ve uluslararası olmak üzere ikiye ayırabiliriz. Ülkelerin kendi içlerinde oluşturduğu ulusal tahkim kuruluşları olduğu gibi uluslararası alanda da birçok tahkim kuruluşu bulunmaktadır.

Tahkimi, kurumsal ve ad hoc tahkim adında iki ana türe ayırmak mümkündür. Kurumsal Tahkim, Tarafların tahkim süreci düzenlemesini bir hakem kuruluşuna tevdi ettikleri bir tahkim türü iken; Ad hoc Tahkim, Kurumsal tahkimin aksine, bir kurumun dahil olmadığı ve tahkim sürecinin taraflarca düzenlendiği bir tahkim türüdür.

Türkiye'de kurumsal tahkime örnek, İstanbul Tahkim Merkezi (ISTAC); uluslararası alanda ise kurumsal tahkime örnek, International Chamber of Commerce (ICC) "Uluslararası Ticaret Odası Tahkim Mahkemesi" ve London Court of International Arbitration (LCIA) "Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi" verilebilir.

Ad hoc tahkimde ise yukarıda belirtildiği üzere belirli bir kurum yoktur. Esas olan tahkim sürecinin taraflarca düzenlenmesi olup; taraflar yerel tahkim kurallarına tabi değildir. Taraflar, uluslararası uyuşmazlıklarda en çok kullanılan tahkim kuralları olan Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL) tarafından hazırlanan tahkim kurallarının uygulanmasını seçebilirler.

Uluslararası tahkimde; usule ve esasa ilişkin uygulanacak hukukun belirlenmesi yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi için

önemlidir.

III. Uluslararası Tahkim

Tahkim yargılamasında; tarafların tahkim anlaşmasında esas soruna ilişkin uygulanacak hukuku seçmiş olmaları usule ilişkin de uygulanacağı anlamına gelmemektedir. Bu bağlamda; genel olarak usule ilişkin uygulanacak hukukun tespitinde "Tahkim yeri Hukuku" anlamına gelen "Lex Arbitri" kavramı öne çıkmaktadır. Lex Arbitri, tahkim yargılamasının geçerliliğini ve sürecini yöneten, uluslararası anlaşmazlıkların çözüldüğü temeli şekillendiren, tahkimi bir bütün olarak idare eden yani esasen tahkim prosedürünün kendisini düzenleyen hukuktur. Hakemlerin atanması, yargılamanın yürütülmesi ve tahkim kararının tenfizi dahil olmak üzere tahkimin usule ilişkin kısımlarını belirler ve yönetir.

Tarafların, hakemlerin uygulayacakları usul kaidelerini serbestçe belirleyebilmesi mümkün olmakla birlikte bu konuda bir anlaşma bulunmaması halinde hakem usul hukukunu kendi tespit edebilir. Lex arbitri'nin emredici hükümlerini ihlal etmemek şartıyla tarafların, tahkim usulüne uygulanacak bir milli hukuk seçmeleri halinde seçilen hukuk uygulanır. Bunun yanı sıra bazı mahalli tahkim kuruluşları usule ilişkin kendi milli hukuk kurallarını esas almaktadır.

Usule ilişkin uygulanacak hukuk belirlendikten sonra esasa uygulanacak hukukun tespiti önem arz etmektedir. Hakemlerden beklenen taraflardan aldığı yetki ile tahkim sözleşmesi çerçevesinde taraflar arasındaki uyuşmazlığın

çözümüne ilişkin karar vermesidir. O halde uyuşmazlığın çözümünde hangi hukukun uygulanacağını tespiti gerekmektedir.

Milletlerarası tahkimde, irade serbestisi esas olup; taraflar uyuşmazlığın esasına ilişkin uygulanacak hukuku seçebilirler. Taraflar, milli bir hukuk seçebilecekleri gibi milletlerarası hukuk kurallarını ya da tacirler arasındaki ticari adet ve uygulamalar olarak ifade edilen Lex Mercatoria gibi ulusal olmayan hukuk kurallarını da seçebilirler. Taraflara, bu tercih



ile; belirsizliği ortadan kaldırma ve sonuçlarını ön görülebilme imkânı verilmektedir. Tarafların esasa uygulanacak hukuku seçmesi ile hakemlerin işi kolaylaşmakta ve uyuşmazlığın çözüme kavuşması hızlanmaktadır.

Fakat tarafların uyuşmazlığın çözümüne uygulanacak hukuku açıkça seçmemeleri halinde esasa uygulanacak hukukun ne olacağına ilişkin farklı ihtimal ile problemleri ortaya çıkarmaktadır.

Böyle bir durumda; iş hakemlere düşmekte olup; öncelikle taraflar arasındaki uyuşmazlığa uygulanacak hukuka ilişkin zımni bir irade olup olmadığının ortaya çıkarılması gerekecektir.

Tarafların zımni iradesinin, hakemlerce; 1) Taraflar arasındaki sözleşmenin unsurlarına ve içeriğine göre, 2) Sözleşmede kullanılan dil ve terminolojinin işaret ettiği belli bir hukuka göre, 3) Tahkim yeri veya hakemlerin seçilişine göre, 4) Tarafların talep ile iddia ve savunmalarını dayandırdıkları kaynak hukuka göre belirlemeleri mümkün olabilecektir. Taraflar arasındaki sözleşmede açık veya zımni bir iradenin olmaması halinde; taraflar arasındaki uyuşmazlıkta esasa uygulanacak hukukun seçilmesinde bu sefer Hakemler karar

vermekte olacaktır. Devlet yargılamasındaki mahkeme hakimleri aksine uluslararası ticari tahkim hakemlerinin tabi oldukları bir lex fori'si bulunmamaktadır. Dolayısıyla kanunlar ihtilafı meseleleri ile hakemlerin neye göre seçim yapacağı sorunu ortaya çıkmaktadır.

Hakemler seçim yaparken önünde milli ve milli olmayan kanunlar ihtilafı sistemleri bulunmaktadır. Hakemlerin, milli kanunlar ihtilafı sistemini seçmesi halinde kendi ikamet ettikleri veya bağlı oldukları ülkenin kanunlar ihtilafı sistemini uygulayacaklar ve tahkim yeri veya merkezinin ya da tahkim sürecini yöneten hukukun veya akdin en sıkı bağlı halinde olduğu ülkenin kanunlar ihtilafı

hukuku sistemini seçeceklerdir. Bu konuda yaygın görüş tahkim yeri ve merkezinin kanunlar ihtilafı sisteminin uygulanması gerektiği yönündedir.

Hakemlerin milli olmayan kanunlar ihtilafı sistemleri seçimine yönelmesi halinde; hakemler bir hukuk sisteminin kanunlar ihtilafı kurallarını seçmek zorunda olmadan milletlerarası sözleşmeler, uygulama kodları, milletlerarası ticari tahkim uygulamalarında kabul gören ticari teamülleri uygulayabileceklerdir. Bu uygulamada hakemler elbette sınırsız bir yetkiye sahip değillerdir. Hakemlerden beklenen; uygulanacak ticari teamül veya kuralın uyuşmazlığın mahiyetine uygun olması, maddi sonuçlara ulaşmayı

sağlayacak olması ve tarafları iyi anlayarak tahkime gitmekteki amaçlarına uygun düşmesidir.

Nihayetinde Hakemlerce verilecek kararın ilgili ülkede tenfizi gerekecek olup; bu aşamada "Kamu Düzeni" kavramı önem kazanmaktadır. Milletlerarası Ticari Tahkim uygulamasında tarafların iradeleri ve hakemlerin bu irade ile bağlı olduğu esas olmakla birlikte hakemlerce verilecek kararlarda kamu düzeninin hiç dikkate alınmayacağı da düşünülemez.

Hakemlerce verilecek kararların tenfizinin mümkün olabilmesi için ilgili ülkenin milli kamu düzeninin dikkate alınması gerektiği açıktır. Aksi halde Hakemlerce verilen kararın



kamu düzenine aykırı bulunması halinde uygulanabilir olmayacaktır. Dolayısıyla hakemlerce seçilecek ve uygulanacak hukukta tüm bu hususlara bir bütün halinde bakarak dikkate edilmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- SÖNMEZ, İ ve KARAKAYA, G. (2015), "Milletlerarası Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 23(1), ss. 203-229.
- CAN, M. C. (2020), "Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişliliğe Uygulanacak Hukuk", MÜHFAD, 26(2), ss. 1349-1370.
- KAPLAN, Y. (1999), "Milletlerarası Ticari Tahkime Milli Hukuk Dışı Kuralların Uygulanması", Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, III(1), ss: 307-337.
- ÖZKAN, İ. (2020), "Uluslararası Ticari Tahkimde Uygulanacak Hukuk", Public and Private International Law Bulletin, 40(2), ss: 831-858.

MÜSTAKBEL HUKUKÇUNUN YOL HARİTASI



Dr. Ramazan ARITÜRK

Bu kitap, adaleti omuzlarının üzerinde yücelterek müreffeh yarınlarımızı inşa edecek, istikbalde hukuk dünyasına damgasını vuracak ve dünyayı bir güneş gibi aydınlatacak genç hukukçularımız için yazılmıştır.

seçkin
AKADEMİK VE MESLEKİ YAYINLAR

MİLLETLERARASI MAL SATIMINA İLİŞKİN SÖZLEŞMELER HAKKINDA BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ANDLAŞMASI (CISG)



1. Giriş

Uluslararası ticaretin gelişmesi ve uluslararası alanda yapılan ticaretin öneminin artması ile birlikte, farklı ülkelerde bulunan taraflar arasında yapılan satım sözleşmelerinin sayısı da artmaktadır. Zamanla uluslararası bu tür sözleşmelerin kurulması gerekliliği arz olmuş ve ifa edilmesi, gibi sona ermesi aşamalarına yönelik çok sayıda hukuki uyuşmazlık ortaya çıkması ile birlikte bu uyuşmazlıkların hangi ülkenin ulusal hukukuna göre çözümleneceği hususundaki belirsizlikler birçok ülke için hukuki sorun yaratmaya başlamıştır. Bu sorunların giderilebilmesi için milletlerarası alanda birçok hukuki çalışma yapılmıştır. Bu çalışmaların en önemlisi 11 Nisan 1980 tarihli Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'dir (CISG).

CISG, 20. yüzyılın ikinci çeyreğinden itibaren başlayan çalışmalar sonucunda oluşturulmuştur. Bu Sözleşme, milletlerarası ticaret hukuku ile bunun önemli bir parçasını oluşturan milletlerarası satım hukukunun birleştirilmesi ve bu çalışmaların çeşitli sosyal, politik ve ekonomik sistemler tarafından kabulünü sağlamak için milletlerarası alanda yapılan çalışmaların bir ürünüdür. CISG'in oluşturulması sürecinde birçok ülkenin, milletlerarası kuruluşun ve hükümetler arası örgütün ortak çalışması bulunmaktadır.¹

Milletlerarası taşınır malların satımına ilişkin sözleşmelerin kuruluşu, ifası ve sona ermesi ile ilgili hükümler içeren Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, 11 Nisan 1980 tarihinde Birleşmiş Milletler

bünyesinde Viyana'da gerçekleştirilen diplomatik konferansta kabul edilmiştir.² İşbu sözleşmeye birçok ülke taraf olup bu taraf ülkelere aşağıda değineceğiz. Türkiye ise Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne 2010 yılında taraf olmuş olup işbu sözleşme 7 Nisan 2010 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanarak 1 Ağustos 2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir. "Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler

milletlerarası unsurlu satım sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklara Sözleşme hükümlerini uygulamayı kabul ve taahhüt etmiş olmaktadır.³ CISG, uluslararası satım hukukunun yeknesaklaştırılması çalışmaları konusunda "Magna Carta" gibi temel bir normatif metin olarak kabul edilmekte ve uluslararası ticarete yön vermektedir.

Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi genel olarak Viyana



Antlaşması'na" 2/4/2009 tarihli ve 5870 sayılı Kanunla katılmamız uygun bulunmuş; Dışişleri Bakanlığının 1/3/2010 tarihli ve HUMŞ/717215 sayılı yazısı üzerine, 31/5/1963 tarihli ve 244 sayılı Kanunun 3. maddesine göre, Bakanlar Kurulu'nca 11/3/2010 tarihinde kararlaştırılmıştır.

Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne taraf olan her ülke,

Sözleşmesi olarak anılmakta olup makalemizde de bu isimle adlandırılacaktır.

1. Viyana Sözleşmesine Taraf Olan Ülkeler ve Sözleşmenin Amacı

Antlaşma, 11 Nisan 1980 günü Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda oy birliğiyle kabul edilmiş ve altı farklı dilde yayınlanmıştır. 2024 yılı itibarıyla 97 ülke tarafından kabul edilmiştir. Her yıl bu ülke sayısı artmaktadır.

Bu ülkeler;

Arnavutluk	Arjantin	Ermenistan	Avustralya	Avusturya
Azerbaycan	Bahreyn	Belarus	Belçika	Benin
Bosna-Hersek	Brezilya	Bulgaristan	Burundi	Kamerun
Kanada	Şili	Çin	Kolombiya	Kongo Cumhuriyeti
Kosta Rika	Hırvatistan	Küba	Kıbrıs Cumhuriyeti	Çekya
Kuzey Kore	Danimarka	Dominik Cumhuriyeti	Ekvador	Mısır
El Salvador	Estonya	Fiji	Finlandiya	Fransa
Gabon	Gürcistan	Almanya	Yunanistan	Guatemala
Gine	Guyana	Honduras	Macaristan	İzlanda
Irak	İsrail	İtalya	Japonya	Kırgızistan
Letonya	Laos	Lübnan	Lesotho	Liberya
Lihtenştayn	Litvanya	Lüksemburg	Madagaskar	Moritanya
Meksika	Moldova	Moğolistan	Karadağ	Hollanda (Avrupa'daki toprakları ve Aruba)
Yeni Zelanda	Kuzey Makedonya	Norveç	Filistin	Paraguay
Peru	Polonya	Portekiz	Güney Kore	Romanya
Rusya	Saint Vincent ve Grenadinler	San Marino	Sırbistan	Singapur
Slovakya	Slovenya	İspanya	İsveç	İsviçre
Suriye	Türkiye	Türkmenistan	Uganda	Ukrayna
ABD	Uruguay	Özbekistan	Vietnam	Zambiya
Gana	Venezuela			

Bu Antlaşmaya taraf Devletler, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun Yeni Milletlerarası Ekonomik Düzen'in kurulmasına ilişkin altıncı özel oturumunda kabul edilmiş olan kararlardaki genel hedefler çerçevesinde, milletlerarası ticaretin eşitlik ve karşılıklı menfaatler temelinde gelişmesinin Devletlerarasındaki dostane ilişkilerin teşvik edilmesinde önemli bir unsur olduğunun bilincinde, milletlerarası mal satımına ilişkin sözleşmelere uygulanacak ve farklı

sosyal, ekonomik ve hukuki sistemleri dikkate alacak yeknesak kuralların kabul edilmesinin milletlerarası ticarete hukuki engellerin kaldırılmasına yardımcı olacağı ve milletlerarası ticaretin gelişmesini teşvik edeceği inancı içinde işbu sözleşmeyi imzalamışlardır.

II. Viyana Sözleşmesinin Uygulama Alanı

CISG yeknesak bir satım hukuku olarak uygulanmak üzere düzenlendiği için

uygulama alanını da kendisi belirlemektedir.⁴ CISG'ın uygulama alanına ilişkin hükümler birinci kısmının birinci bölümünde düzenlenmiş bulunmaktadır. Uygulama alanı yer bakımından, zaman bakımından ve maddi uygulama bakımından olmak üzere çeşitli açılardan incelenmektedir.

Sözleşmenin yer bakımından uygulanmasına ilişkin düzenleme CISG m. 1 hükmüdür. "Bu Antlaşma, işyerleri farklı devletlerde bulunan taraflar arasındaki mal satımı sözleşmelerine, bu devletlerin âkit devletlerden olması veya milletlerarası özel hukuk kurallarının âkit bir devletin hukukuna atıf yapması halinde uygulanmaktadır. Tarafların işyerlerinin ayrı devletlerde bulunması olgusu sözleşmeden veya sözleşmenin akdi sırasında veya öncesinde gerçekleşmiş olan görüşmelerden veya verilmiş olan bilgilerden anlaşılmadıkça dikkate alınmaz. Bu Antlaşmanın uygulanmasında ne tarafların vatandaşlığı, ne tacir olup olmadıkları, ne de sözleşmenin adı veya ticarî nitelikte olması dikkate alınır." Düzenlemeden açık olarak ifade edilmemiş olsa da dolaylı olarak CISG m. 1 düzenlemesi ile genel kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasının dışlandığı çıkarılmaktadır.⁵ CISG yerel hukuklardan bağımsız bir yapı oluşturmak amacıyla düzenlemiş olmakla birlikte anlaşmanın taraf devletler üzerindeki milletlerarası kamu hukukundan kaynaklanan bağlayıcı gücü bu amaca uygun olarak yerel hukuklardan bağımsız, otonom uygulama alanının belirlenmesi sonucunu doğurmaktadır. Türk hukukunda "Jura Novit Curia (Hâkim hukuku bilir)" ilkesi kapsamında hâkim taraflarca ileri sürülmesi

dahi Türk hukukunun bir parçası olarak CISG'ı uygulamalıdır.⁶

III. Viyana Sözleşmesinin Uygulanmayacağı Alanlar

Kişisel veya ailevi ihtiyaç veya ev ihtiyacı için mal alınması; meğerki satıcı, sözleşmenin akdi sırasında veya öncesinde, malların böyle bir kullanım için alındıklarını bilmesin ve bilmesi gerekmesin; Açık artırma yoluyla yapılan satımlar; Cebri icra veya diğer kanun gereği yapılan satımlar; Menkul kıymet, kambiyo senedi ve para; Gemi, tekne, hava yastıklı taşıt veya hava taşıtı satımı; Elektrik satımı gibi satımlara Viyana sözleşmesi uygulanmaz. Sözleşmenin maddi uygulama alanına ilişkin kurallar CISG m. 2.-6. maddelerinde düzenlenmiştir. CISG m. 2 hangi sözleşmelerde uygulama alanı bulmayacağını, m. 3 CISG'ın uygulanmasında satım sözleşmesinin hangi kapsamda düzenlendiğini, m. 4 uygulama alanı bulunduğu konuları ve açıkça düzenleme dışı bırakılmış konuları, m. 5 vücut bütünlüğüne ve hayata ilişkin zararların kapsam dışı bırakıldığını, m. 6 ise tarafların sözleşmenin uygulanması ya da uygulanmaması konusundaki özgürlüklerinin sınırlarını düzenlemiştir. İlgili düzenlemeler CISG'ın tüm satım sözleşmelerini kapsamadığını ve satım sözleşmesine ilişkin her konuda hüküm içermediğini göstermektedir.

Bu sözleşmeye göre imal edilecek veya üretilecek malların teminine ilişkin sözleşmeler satım sözleşmesi sayılır; meğerki bunları sipariş eden taraf imalat veya üretim için gerekli olan malzemenin esaslı bir bölümünün teminini taahhüt etmiş olsun. Bu

Antlaşma, mal temin eden tarafın ediminin, ağırlıklı olarak, işgücü veya diğer bir hizmetin sağlanmasından oluştuğu sözleşmelere uygulanmaz. 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. Bu Antlaşma satıcının, malların bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına sebep olmasından kaynaklanan sorumluluğuna uygulanmaz.

IV. Viyana Sözleşmesi'nin Genel Hükümleri

Bu Antlaşmanın yorumunda, Antlaşmanın milletlerarası niteliği dikkate alınacağı gibi yeknesak uygulanmasının teşviki ve milletlerarası ticarette dürüstlük kuralının korunması gereği de gözetilir. (Bu Antlaşmada düzenlenen konulara ilişkin olup Antlaşmada açıkça cevaplanmamış sorular Antlaşmanın temelinde yatan genel ilkelere veya bu tür ilkelerin mevcut olmaması halinde milletlerarası özel hukuk kuralları uyarınca uygulanması gereken hukuka göre çözümlenir.

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. Eğer bu uygulanamıyorsa, taraflardan birinin beyanları ve diğer davranışları, karşı taraf ile aynı konumda makul bir kişinin aynı koşullarda

bunlara vereceği anlama göre yorumlanır. 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. Taraflar, uygulanmasını kabul ettikleri teamüller ve aralarında yerleşmiş olan alışkanlıklarla bağlıdır. Aksi kararlaştırılmadıkça, tarafların bildiği veya bilmesi gerektiği ve milletlerarası ticarete aynı tür sözleşmeleri ilgili ticari branşta akdedenler tarafından yaygın olarak bilinen ve düzenli olarak uygulanan teamüllerin sözleşmelerine ve sözleşmenin kurulması aşamasına uygulanmasını zımnen kabul ettikleri varsayılır.

Bu Antlaşmanın amacı çerçevesinde, taraflardan birinin birden fazla işyerinin olması halinde, sözleşmenin akdi sırasında veya öncesinde taraflarca bilinen veya dikkate alınan koşullar değerlendirilerek sözleşme ve sözleşmenin ifası ile en yakın irtibat içinde olan işyeri esas alınır, taraflardan birinin hiçbir işyerinin olmaması halinde mutlak meskeni esas alınır. Satım sözleşmesinin kurulması veya ispatı yazılı şekilde yapılmak zorunda olmadığı gibi başka herhangi bir şekil hükmüne de bağlı değildir. Sözleşme, tanık dahil her usulle ispat edilebilir. Bu Antlaşmanın amacı çerçevesinde "yazılı" terimi telgraf ve teleksle yapılan bildirimleri de kapsar.

V. Viyana Sözleşmesi'nin Kurulması

Bir veya birden çok belirli kişiye sözleşmenin kurulması için yöneltilen bir teklif, yeterince kesin olması ve teklifte bulunanın, kabul

halinde bağlanma iradesini yansıtmaması durumunda icap sayılır. Malların saptandığı ve açık veya örtülü olarak miktar ve semenin belirlendiği veya belirlenmesi için gerekli düzenlemenin yapıldığı teklifler yeterince kesin sayılır. Belirli olmayan kişilere yöneltilmiş teklif sadece icaba davet sayılır; meğerki teklifte bulunan aksini açıkça belirtmiş olsun.

İcap muhataba vardığı anda hükümlerini doğurur. İcap geri alınamaz nitelikte olsa bile, geri alma beyanının muhataba, icaptan önce veya icapla aynı anda varması halinde geri alınabilir.

İcapta bulunanın geri alma beyanı, muhatabın kabul beyanını göndermesinden önce muhataba ulaşmış olmak koşuluyla, icap, sözleşme kuruluncaya kadar geri alınabilir. Ancak; icapta kabul için kesin bir süre öngörülmüş veya icabın geri alınmaz olduğu başka bir şekilde ifade edilmişse veya muhatap açısından icabın geri alınmaz olduğuna güvenmek makul sayılabiliyorsa ve muhatap bu icaba güvenerek hareket etmişse icap geri alınamaz. İcap geri alınamaz olsa bile, red beyanı icapta bulunana vardığı anda hükmünü yitirir.

İcaba onay verdiğini ifade eden herhangi bir beyanı veya diğer davranışı kabul hükmündedir. Susma veya eylemsizlik tek başına kabul sayılmaz. Bir icabın kabulü, kabul açıklamasının icapta bulunana varması anında hüküm doğurur. Bir kabul, kabul açıklamasının icapta bulunana, tespit ettiği süre içinde veya süre tespit edilmemesi halinde, icapta bulunan tarafından kullanılan iletişim

araçlarının hızı da dâhil olmak üzere işlemin koşulları dikkate alındığında, makul bir süre içinde ulaşmazsa, hüküm doğurmaz. Aksi hal ve şartlardan anlaşılmadıkça sözlü icap derhal kabul edilmelidir. Ancak taraflar arasında yerleşmiş alışkanlıklar, teamüller veya icap nedeniyle, muhatap, icapta bulunana haber vermeksizin malın gönderilmesi veya semenin ödenmesi gibi bir eylem icra etmek suretiyle muvafakatini ifade etmişse, kabul, yukarıda öngörülen müddet içinde yapılmak kaydıyla eylem anından itibaren hüküm doğurur.

Bir icabın kabulüne yönelik, fakat eklemeler, sınırlamalar veya başkaca değişiklikler içeren cevap, icabın reddi olup bir karşı icap oluşturur. Buna karşılık, kabul beyanı oluşturması düşünülen, fakat icabın şartlarını esaslı olarak değiştirmeyen eklemeler veya sapmalar içeren icaba yönelik cevap, kabul sayılır; meğerki icapta bulunan, haklı bir gecikme olmaksızın bu uyumsuzluklara sözlü olarak itiraz etmiş veya bu yönde bir bildirim göndermiş olsun. Bunu yapmadığı takdirde icabın şartları kabul beyanındaki değişikliklerle birlikte sözleşmenin içeriğini oluşturur. Özellikle, semene, ödemeye, malların kalitesi ve miktarına, teslim yeri ve zamanına, taraflardan birinin diğerine karşı sorumluluğunun kapsamına veya uyumsuzlukların çözümüne ilişkin tamamlayıcı veya farklı hükümler icabın şartlarını esaslı şekilde değiştirmiş sayılır.

Bir telgraf veya mektupta icapta bulunan kimse tarafından belirlenmiş olan kabul süresi, telgrafın gönderilmek üzere verildiği tarihten veya mektupta gösterilen tarihten

veya bu yoksa zarf üzerindeki tarihten itibaren işlemeye başlar. Telefon, teleks veya eşzamanlı diğer haberleşme araçları yoluyla icapta bulunan tarafından belirtilen kabul süresi icabın muhataba vardığı andan itibaren işlemeye başlar. Kabul süresi içine düşen resmi tatil veya iş günü dışındaki günler bu sürenin hesabına dâhil edilir. Ancak, kabul bildirimi, sürenin son gününün icapta bulunanın işyerinin bulunduğu yerde resmi tatil veya işgünü dışındaki günlerden birine rastlaması nedeniyle, icapta bulunanın adresine teslim edilmezse süre, takip eden ilk iş gününe uzar.

Gecikmiş bir kabul ancak icapta bulunanın gecikmeksizin muhatabı bu yönde sözlü olarak haberdar etmesi veya bu içerikli bir bildirim göndermesi halinde kabul gibi hüküm doğurur. (Gecikmiş bir kabul içeren mektup veya başkaca yazılı belgeden, gereğince iletilmiş olsaydı, icapta bulunana zamanında ulaşacak koşullarda yollanmış olduğu anlaşılıyorsa, gecikmiş kabul de geçerli bir kabul gibi hüküm doğurur; meğerki icapta bulunan, icabını düşmüş addettiğini muhataba gecikmeksizin sözlü olarak bildirmiş veya bu içerikli bir bildirim göndermiş olsun. Geri alma beyanı, icapta bulunana, kabulün hüküm doğurma anından önce veya aynı anda varmışsa kabul beyanı geri alınabilir.

Kabul beyanının, bu Antlaşmaya uygun olarak hüküm doğurduğu anda sözleşme kurulmuş sayılır. İcap, kabul beyanı ve diğer tüm irade açıklamaları muhataba sözlü olarak yapıldıkları veya diğer herhangi bir yoldan şahsen kendisine veya işyerine veya posta

adresine, bunlar da yoksa mutat meskenine teslim edildiklerinde "varmış" sayılırlar.

VI. Viyana Sözleşmesi'nde Malların Satımı

Taraflardan birinin sözleşme ihlâli, diğer tarafı, sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde yoksun bırakacak bir olumsuzluğa sebep oluyorsa, esastır; meğerki, böyle bir sonucu sözleşmeyi ihlâl eden taraf öngörmemiş ve aynı konum ve koşullar içindeki makul bir kişi de öngöremeyecek olsun. Sözleşmenin ortadan kaldırılması beyanı, ancak diğer tarafa bildirimle yapılması halinde hüküm ifade eder.

Aksi düzenlenmedikçe, sözleşme taraflarından birinin uygun bildirim, talep veya diğer bir açıklaması koşullara uygun araçlarla yapılmışsa, bu açıklamanın iletimindeki bir gecikme veya hata veya ulaşmamış olması açıklamada bulunan tarafı ona dayanmak hakkından yoksun bırakmaz.

Antlaşma hükümleri uyarınca taraflardan biri diğer tarafın belirli bir yükümlülüğü ifa etmesini talep hakkına sahip ise, mahkemenin aynen ifaya hükmetmesi ancak, bu Antlaşmanın uygulama alanına girmeyen benzer satım sözleşmelerinde kendi hukukuna göre de aynen ifaya hükmedecek olması halinde mümkündür.

Bir sözleşme, tarafların salt anlaşması ile değiştirilebilir veya sona erdirilebilir. Her türlü değişiklik veya sona erdirmeye anlaşmasının, yazılı yapılması gerektiği hükmünü içeren yazılı bir sözleşme, başka şekilde bir anlaşmayla değiştirilemez veya ortadan kaldırılamaz.

Ancak taraflardan biri, kendi davranışı ile diğer tarafın bu davranışa güven duymasına yol açtığı ölçüde bu duruma dayanamaz.

VII. Viyana Sözleşmesi'ne Göre Malların Teslimi ve Belgelerin Verilmesi

Satıcı malları belirli başka bir yerde teslim etmek zorunda değilse, teslim borcu satım sözleşmesi malların taşınmasını gerektiriyorsa, malları alıcıya ulaştırılmaları için ilk taşıyıcıya vermesi gerekir. Bu kapsama girmeyen hallerde; sözleşmenin, ferdan belirlenmiş mallara veya belirli bir stoktan karşılanacak nev'en belirlenmiş mallara veya imal edilecek veya üretilcek mallara ilişkin olması ve tarafların sözleşmenin kurulduğu sırada malların belirli bir yerde bulunduğunu veya orada imal edileceğini yahut üretilceğini bilmeleri durumunda malları bu yerde alıcının tasarrufuna hazır bulundurmaları gerekir. Diğer hallerde, sözleşmenin kurulduğu sırada satıcının işyerinin bulunduğu yerde malları alıcının tasarrufuna hazır bulundurması gerekir.

Satıcı, sözleşmeye veya bu Antlaşmaya uygun olarak, malları bir taşıyıcıya vermiş ancak mallar, üzerlerine ayırt edici bir işaret konulmak suretiyle, taşıma belgeleriyle veya başka herhangi bir şekilde açıkça sözleşmeye tahsis edilmemişse, satıcının göndermeyi alıcıya bildirmesi ve malları özel olarak belirlemesi gerekir. Satıcı, malların taşınmasını sağlamayı üstlenmiş ise, taşımanın kararlaştırılan yere kadar, koşulların gerektirdiği nakil araçlarıyla ve böyle bir naklin mutad şartlarına uygun bir biçimde gerçekleşmesi için gerekli sözleşmeleri yapmak zorundadır. Satıcı,

malların taşınması ile ilgili sigortayı yaptırmak zorunda değilse, alıcının talebi üzerine, onun böyle bir sigortayı yaptırmak için ihtiyaç duyacağı mevcut bütün bilgileri alıcıya vermek zorundadır.

Satıcı malları sözleşme ile belirlenmiş veya sözleşmeye dayanarak belirlenebilir bir tarih varsa bu tarihte; sözleşme ile belirlenmiş veya sözleşmeye dayanarak belirlenebilir bir zaman dilimi varsa, koşullardan tarih saptama yetkisinin alıcıda olduğu anlaşılmadıkça, bu zaman dilimi içinde herhangi bir anda; diğer tüm hallerde, sözleşmenin kurulmasından itibaren makul bir süre içinde teslim etmek zorundadır.

Satıcının mallara ilişkin vermesi gereken belgeler varsa, bunları sözleşmede öngörülen zamanda, yerde ve şekilde vermesi gerekir. Belgelerin erken verilmesi halinde, satıcı, belgelerin verilmesi için öngörülen ana kadar, belgelerdeki tüm sözleşmeye aykırılıkları gidermek hakkına sahiptir, yeter ki bu hakkın kullanımı alıcı için makul olmayan zahmete veya masrafa yol açmasın. Bununla birlikte alıcının bu Antlaşmaya uygun olarak tazminat talep etme hakkı da saklıdır.

VIII. Viyana Sözleşmesi Kapsamında Malların Sözleşmeye Uygunluğu ve Üçüncü Kişilerin Hak veya Talepleri

Satıcı, miktarı, kalitesi ve türü sözleşmede öngörülen malları, sözleşmede belirtilen paket veya muhafaza içinde teslim etmek zorundadır. Taraflarca aksi kararlaştırılmadığı takdirde, mallar ancak aynı türden malların mutad olarak tahsis edildiği kullanım amacına

uygun iseler; sözleşmenin kurulması esnasında açıkça veya zımnen satıcıya bildirilen her türlü özel kullanım amacına uygun iseler; meğerki koşullardan, alıcının, satıcının bilgisine ve değerlendirmesine güvenmediği veya güvenmesinin makul olmadığı anlaşılsın; (c) satıcının alıcıya örnek veya model olarak sunduğu malların kalitesine sahip iseler; (d) ilgili türden mallar için mutata sayılan şekilde veya böyle mutata bir şeklin var olmadığı hallerde, malın muhafazası ve korunmasına uygun olan şekilde paketlenmiş iseler sözleşmeye uygun sayılırlar:

Alıcının sözleşmenin kurulması anında bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı sözleşmeye aykırılıklardan satıcı, aynı türden malların mutata olarak tahsis edildiği kullanım amacına uygun iseler ve ilgili türden mallar için mutata sayılan şekilde veya böyle mutata bir şeklin var olmadığı hallerde, malın muhafazası ve korunmasına uygun olan şekilde paketlenmiş ise sorumlu değildir.

Satıcı, hasarın alıcıya geçtiği anda mevcut olan sözleşmeye aykırılıktan, sözleşmeye aykırılık bu andan sonra belirgin hale gelmiş olsa dahi, sözleşme ve bu Antlaşma uyarınca sorumludur. Satıcı, bu andan sonra ortaya çıkan ve malların belirli bir süre için, mutata amaçlarına veya belirli bir amaca elverişli kalacağı veya belirli nitelikleri veya özellikleri muhafaza edeceği konusundaki garantinin ihlali de dahil olmak üzere herhangi bir yükümlülüğünün ihlaline dayanan sözleşmeye aykırılıktan sorumludur.

Malların teslim tarihinden önce teslim

edilmesi halinde satıcı, teslim tarihine kadar, eksik bölümleri veya eksik kalan miktarı teslim edebilir veya sözleşmeye uygun olmayan malları ikame eden yeni mallar teslim edebilir veya malların diğer sözleşmeye aykırılıklarını giderebilir; yeter ki, bu hakkın kullanımı alıcı için makul olmayan zahmet veya masrafa yol açmasın. Bununla birlikte alıcının bu Antlaşmaya uygun olarak tazminat talep etme hakkı saklıdır.

Alıcı, malları, koşulların izin verdiği ölçüde kısa bir süre içerisinde muayene etmek veya ettirmek zorundadır. Sözleşme, malların taşınmasını gerektiriyorsa, muayene, malların varma yerine ulaşması sonrasına ertelenebilir. Mallar alıcı tarafından, muayene etmek için yeterli imkânâna 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.

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. 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.

Sözleşmeye aykırılık, satıcının bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı ve alıcıya açıklamadığı olgulara dayanıyorsa bu hususlara dayanamaz.



Satıcı, üçüncü kişilerin her türlü hak ve taleplerinden ari mallar teslim etmek zorundadır, meğerki alıcı bu hak ve taleplere konu malları almayı kabul etmiş olsun. Bununla birlikte, bu hak veya talep sınaî ya da diğer bir fikrî mülkiyete dayanmaktaysa, satıcının borcu devamda yer alan hususlara tabidir. Satıcı, üçüncü kişilere ait sınaî veya diğer bir fikrî mülkiyete dayanan ve sözleşmenin akdedilmesi sırasında bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı hak veya taleplerden ari mallar teslim etmek zorundadır, şu şartla ki, hak ya da talep, malların yeniden satılacağı veya diğer bir şekilde kullanılacağı devletin hukukuna göre mevcut olan bir sınaî veya fikrî mülkiyete

dayansın ve taraflar sözleşmenin kurulması sırasında malların bu devlette yeniden satılacağını veya kullanılacağını hesaba katmış olsun; veya bunun dışındaki her halde, alıcının işyerinin bulunduğu devletin hukukuna göre

mevcut olan bir sınaî veya fikrî mülkiyete dayansın.

Satıcının yükümlülüğü, sözleşmenin kurulduğu anda alıcının hakkı ya da talebi bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı halleri veya hak ya da talebin, alıcının, satıcının kullanımına sunduğu teknik çizim, tasarım veya başkaca veriden kaynaklandığı halleri kapsamaz.

IX. Viyana Sözleşmesinin Satıcı Tarafından İhlali Halinde Alıcının Sahip Olduğu Hukukî İmkânlar

Alıcı, satıcıdan yükümlülüklerini ifa etmesini talep edebilir, meğerki bu talebiyle bağdaşmayan bir hukukî imkândan yararlanmış

olsun. Mallar sözleşmeye uygun değilse, alıcı ancak bu uygunsuzluğun sözleşmeye esaslı bir aykırılık oluşturması yapılacak bildirimle veya bildirimden itibaren makul bir süre içinde talepte bulunması halinde ikame mal teslimini isteyebilir. Mallar sözleşmeye uygun değilse, alıcı, satıcıdan sözleşmeye aykırılığın onarım yoluyla giderilmesini isteyebilir; meğerki tüm koşullar göz önüne alındığında bu, makul olmayan bir talep oluştursun.

Alıcı satıcıya, yükümlülüklerini ifa etmesi için makul uzunlukta ek bir süre tanıyabilir. Bu süre içinde yükümlülüklerini ifa etmeyeceği konusunda satıcıdan bir bildirim almadıkça, alıcı, bu ek süre içinde, sözleşmeye aykırılık halinde sahip olduğu hukukî imkânlardan hiçbirine başvuramaz. Ancak bu yüzden alıcı, gecikmiş ifa nedeniyle tazminat talep etme hakkını kaybetmez. 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.

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 imkâna başvuramaz.

Alıcı devamdaki durumlarda sözleşmenin ortadan kalktığını beyan edebilir: Satıcının sözleşmeden veya bu Antlaşmadan doğan yükümlülüklerinden herhangi birini yerine getirmemesi sözleşmeye esaslı bir aykırılık oluşturuyorsa veya teslim etmeme durumunda satıcı, alıcı tarafından verilmiş ek süre içinde malları teslim etmez veya verilmiş süre içinde bunları teslim etmeyeceğini açıklarsa. Ancak, satıcının malları teslim ettiği hallerde alıcı, sözleşmenin ortadan kalktığını beyan etme hakkını yitirir; meğerki gecikmiş teslim halinde, teslimin yapıldığını öğrendiği andan itibaren makul bir süre içinde sözleşmenin ortadan kalktığını beyan etmiş olsun, gecikmiş teslimden farklı bir sözleşmeye aykırılık halinde, bu aykırılığı bildiği veya bilmesi gerektiği andan itibaren; alıcı tarafından verilmiş herhangi bir ek sürenin geçmesinden sonra veya satıcının bu ek süre içinde yükümlülüklerini yerine getirmeyeceğini açıklamasından sonra veya satıcı tarafından belirlenmiş sürenin tamamlanmasından sonra veya alıcının ifayı kabul etmeyeceğini açıklamasından sonra; sözleşmenin ortadan kalktığını makul bir süre içinde beyan etmiş olsun.

Malların sözleşmeye uygun olmaması durumunda semen ödenmiş olsun veya olmasın alıcı semeni, fiilen teslim edilen malların teslim anındaki değeri ile sözleşmeye uygun malların aynı andaki değeri arasındaki farkla orantılı olarak indirebilir. Eksik veya sözleşmeye uygun olmayan ifanın sözleşmeye esaslı aykırılık teşkil etmesi halinde alıcı sözleşmenin tamamının ortadan kalktığını beyan edebilir. Satıcı, malları belirlenen

tarihten önce teslim ederse, alıcı bu teslimi kabul veya ret edebilir. Satıcı, sözleşmede belirtilenden daha fazla miktarda mal teslim ederse, alıcı bu fazla miktarı kabul veya ret edebilir. Alıcı, fazlayı kısmen veya tamamen teslim alırsa, bunun için sözleşmede öngörülen fiyat üzerinden ödeme yapması gerekir.

X. Viyana Sözleşmesi Kapsamında Semen Ödenmesi

Alıcının semeni ödeme borcu, sözleşmede veya mevzuatta öngörülmüş olan, semenin ödenmesini sağlayacak önlemleri almayı ve formaliteleri gerçekleştirmeyi içerir. Sözleşme, açıkça veya örtülü olarak semen belirlenmeksizin veya semenin belirlenmesini sağlayacak bir düzenleme içermeksizin geçerli olarak kurulmuşsa, aksine herhangi bir emare bulunmadıkça, tarafların sözleşmenin kurulduğu anda ilgili ticari branşta benzer koşullarda satılan aynı türden mallar için uygulanan cari fiyata örtülü olarak gönderme yapmış oldukları varsayılır.

Semen, malların ağırlığına göre belirlenmişse, şüphe halinde, net ağırlık esas alınarak saptanır. Alıcı semeni belirli başka bir yerde ödemekle yükümlü değil ise, bunu satıcıya: onun işyerinde veya ödemenin, malların veya belgelerin verilmesi karşılığında yapılması gerekiyor ise, verme yerinde ödemelidir. Sözleşmenin kuruluşundan sonraki iş yeri değişikliğinden kaynaklanan ödemeye ilişkin ek masrafları satıcı taşır. Alıcının semeni belirli başka bir anda ödeme yükümlülüğü yoksa satıcının sözleşme veya bu Antlaşma uyarınca malları veya malları temsil eden belgeleri

tasarrufuna hazır bulundurduğu anda ödemeyi yapması gerekir. Satıcı, malların veya belgelerin verilmesini, ödemenin yapılması koşuluna bağlayabilir. Sözleşme, malların taşınmasını gerektiriyorsa, satıcı göndermeyi, malların veya malları temsil eden belgelerin alıcıya ancak semenin ödenmesi karşılığında verilmesi koşulu ile gerçekleştirebilir. Alıcı, semeni, malları muayene olanağına sahip olmadan önce ödemekle yükümlü değildir, meğerki taraftarca üzerinde anlaşılmış olan teslim veya ödeme usulleri buna olanak tanımasın. Alıcı, satıcının hiçbir talebine veya başka bir formaliteye uymasına gerek olmaksızın, sözleşmede tespit edilen veya sözleşme ve bu Antlaşma uyarınca belirlenebilen tarihte semeni ödemelidir. Alıcının teslim alma borcu satıcının teslimi gerçekleştirebilmesi için kendisinden makul olarak beklenebilecek her türlü eylemde bulunmayı ve malları fiilen devralmayı kapsar.

XI. Viyana Sözleşmesinin Alıcı Tarafından İhlali Halinde Satıcının Sahip Olduğu Hukukî İmkânlar

Satıcı alıcıdan semeni ödemesini, malları teslim almasını veya diğer yükümlülüklerini ifa etmesini talep edebilir, meğerki bu taleplerle bağdaşmayan bir hukuki imkândan yararlanmış olsun.

Satıcı alıcıya, yükümlülüklerini ifa etmesi için makul uzunlukta ek bir süre verebilir. Bu süre içinde yükümlülüklerini ifa etmeyeceği konusunda alıcıdan bir bildirim almadıkça, satıcı, bu ek süre içinde, sözleşmeye aykırılık halinde sahip olduğu hukukî imkânlardan hiçbirine başvuramaz. Ancak bu yüzden satıcı,

gecikmiş ifa nedeniyle tazminat talep etme hakkını kaybetmez.

Satıcı diğer hukuki imkânlardan yararlanmakla tazminat talep etme hakkını kaybetmez. Satıcı, sözleşmenin ihlal edilmesi halinde sahip olduğu hukuki imkânlardan birine başvurduğu takdirde, alıcıya, bir mahkeme veya bir hakem tarafından ek süre tanınmaz.

Satıcı devamdaki durumlarda sözleşmenin ortadan kalktığını beyan edebilir: Alıcının sözleşmeden veya bu Antlaşmadan doğan yükümlülüklerinden herhangi birini yerine getirmemesi sözleşmeye esaslı bir aykırılık oluşturuyorsa veya Alıcı, satıcı tarafından verilmiş ek süre içinde semeni ödeme borcunu yerine getirmez veya malları teslim almaz veya verilmiş süre içinde bunu yapmayacağını açıklarsa. Ancak, alıcının semeni ödemediği hallerde, satıcı, sözleşmenin ortadan kalktığını beyan etme hakkını yitirir; meğerki alıcının gecikmiş ifası halinde, ifanın gerçekleşmiş olduğunu öğrenmeden önce sözleşmenin ortadan kalktığını beyan etmiş olsun veya alıcının gecikmiş ifa dışındaki bir sözleşmeye aykırılığı halinde, bu aykırılığı bildiği veya bilmesi gerektiği andan itibaren makul bir süre içinde veya satıcı tarafından verilmiş herhangi bir ek sürenin geçmesinden sonra veya alıcının bu ek süre içinde yükümlülüklerini yerine getirmeyeceğini açıklamasından sonra makul bir süre içinde sözleşmenin ortadan kalktığını beyan etmiş olsun.

Sözleşme uyarınca malların şeklini, ölçüsünü veya diğer niteliklerini alıcının belirlemesi

gerekıyor ise ve alıcı bu belirlemeyi kararlaştırılan tarihte veya satıcının talebinin ulaşmasından itibaren makul bir süre içinde yapmamışsa, satıcı, sahip olduğu diğer haklara hâlel gelmeksizin, alıcının, kendisi tarafından bilinebilecek ihtiyaçlarına göre bu belirlemeyi bizzat yapabilir. Satıcı belirlemeyi bizzat yaparsa, bunun ayrıntıları hakkında alıcıyı bilgilendirmesi ve ona farklı bir belirleme yapması için makul bir süre tanınması gerekir. Alıcı, satıcının açıklamasının ulaşmasından sonra, bu olanağı, verilmiş süre içinde kullanmazsa, satıcı tarafından yapılmış belirleme bağlayıcı olur.

XII. Viyana Sözleşmesi Kapsamında Hasarın İntikali

Hasarın alıcıya geçmesinden sonra malların zayı olması veya zarar görmesi, alıcıyı semeni ödeme yükümlülüğünden kurtarmaz, meğerki ziya veya zarar satıcının bir eyleminden veya eylemsizliğinden kaynaklansın. 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. Ancak mallar, üzerlerindeki ayırt edici işaretler, taşıma belgeleri, alıcıya yapılacak bildirim veya diğer herhangi bir yolla açıkça sözleşmeye tahsis edilmediği sürece hasar alıcıya geçmez.

Taşıma halindeyken satılan mallara ilişkin hasar, satım sözleşmesinin kurulduğu andan itibaren alıcıya geçer. Ancak koşulların haklı göstermesi durumunda, taşıma sözleşmesine ilişkin belgeleri düzenleyen taşıyıcıya malların verilmesi anında hasar alıcı tarafından üstlenilir. Buna karşılık, satım sözleşmesinin akdi anında malın zayı olduğunu veya zarar gördüğünü satıcının bildiği veya bilmesi gerektiği hallerde bu bilgiyi alıcıya açıklamamışsa ziya veya zarar rizikosunu satıcı taşır. Buraya girmeyen hallerde hasar, alıcının malları teslim aldığı anda veya malları zamanında teslim almaması halinde, malın tasarrufuna hazır bulundurulduğu ve teslim almayarak sözleşmeye aykırı bir davranışta bulunduğu andan itibaren alıcıya geçer. Ancak alıcının, satıcının işyerinden farklı bir yerde



malı teslim almasının öngörüldüğü hallerde hasar, teslim borcunun muaccel olduğu ve alıcının, o yerde malların tasarrufuna hazır bulundurulduğundan haberdar olduğu anda intikal eder. Sözleşmenin, henüz ayır edilmemiş mallara ilişkin olması halinde bunların ancak açıkça sözleşmeye tahsis edilmesi ile alıcının tasarrufuna hazır bulundurulduğu kabul edilir.

XIII. Viyana Sözleşmesinde Tazminat

Taraflardan birinin sözleşmeyi ihlâl halinde ödenecek tazminat, mahrum kalınan kâr dahil olmak üzere, ihlâlden 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.

Sözleşmenin ortadan kaldırılması halinde, ortadan kaldırmadan itibaren makul bir süre içerisinde ve makul bir şekilde alıcının ikame mallar satın alması veya satıcının malları yeniden satması durumunda, tazminat talep eden taraf, sözleşmede kararlaştırılan fiyat ile ikame işlem fiyatı arasındaki farkı talep edebileceği gibi, tazminat da talep edebilir.

Sözleşmenin ortadan kaldırıldığı ve mallar için cari bir fiyatın var olduğu hallerde, tazminat talep eden taraf, ikame alış veya satış yapmamış olsa da, sözleşmede kararlaştırılan fiyat ile sözleşmenin ortadan kaldırıldığı andaki cari fiyat arasındaki farkı talep edebileceği gibi, tazminat da talep edebilir. Bununla birlikte, tazminat talep eden taraf, malları devraldıktan sonra sözleşmeyi ortadan

kaldırırsa, ortadan kaldırma anındaki cari fiyat yerine devralma anındaki cari fiyat uygulanır. Cari fiyat, malların teslim edilmesi gereken yerde geçerli olan fiyattır; ancak, o yerde bir cari fiyat mevcut değilse, makul ikame yeri kabul edilebilen diğer bir yerdeki fiyat, malların taşıma masraflarındaki farklılıklar gözетilerek, esas alınır.

Sözleşmenin ihlâlüne dayanan taraf, mahrum kalınan kâr dâhil, ihlâlden doğan zararı azaltmak için koşullar dikkate alındığında makul olan bütün önlemleri almak zorundadır. Bu önlemleri almaması halinde, ihlâl eden taraf, zararın azaltılabilecek olduğu miktarda tazminattan indirim yapılmasını isteyebilir.

XIV. Viyana Sözleşmesinde Sözleşmenin Ortadan Kaldırılmasının Sonuçları

Sözleşmenin ortadan kaldırılması, tazminat yükümlülüğü saklı kalmak kaydıyla her iki tarafı da sözleşme ile üstlendikleri yükümlülüklerden kurtarır. Sözleşmenin ortadan kaldırılması, uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin sözleşme hükümlerini veya sözleşmenin ortadan kaldırılması sonrasında tarafların haklarını ve borçlarını düzenleyen diğer sözleşme hükümlerini etkilemez. Sözleşmeyi tamamen veya kısmen ifa eden taraf, sözleşme uyarınca ifa ettiklerinin veya ödediklerinin iadesini karşı taraftan talep edebilir. Her iki taraf da iade borcu altında ise, edimlerin aynı anda ifa edilmesi gerekir.

Alicının, teslim aldığı malları, teslim aldığı andaki duruma esaslı surette yakın bir durumda iade etmesi imkânsızlaşmışsa, sözleşmeyi ortadan kaldırma veya satıcıdan

ikame mal talep etme hakkı düşer. Önceki fıkra hükmü aşağıdaki hallerde uygulanmaz: malların iade edilmesinin veya teslim alındığı andaki duruma esaslı surette yakın bir durumda iade edilmesinin imkânsızlaşması alıcının bir eyleminden veya eylemsizliğinden kaynaklanmıyorsa; mallar veya malların bir bölümü yapılan muayene sonucunda ziya'a veya hasara uğramışsa veya mallar veya malların bir bölümü sözleşmeye aykırılığın tespit edildiği veya tespit edilmesi gerektiği tarihten önce ticarî faaliyetin olağan seyri içinde satılmış veya olağan kullanım kapsamında alıcı tarafından tüketilmiş veya şekil değiştirmişse.

Sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkını veya satıcıdan ikame mal talep etme kaybeden alıcı, sözleşmede ve bu Antlaşmada tanınan diğer bütün imkânlardan yararlanma hakkını muhafaza eder. Satıcı semeni geri ödeme borcu altında ise, bu meblağın kendisine ödendiği tarihten itibaren faizini de ödemesi gerekir. Devamdaki hallerde alıcı, mallardan veya malların bir bölümünden elde ettiği yararların karşılığını satıcıya ifa borcu altındadır: alıcı malların tamamını veya bir bölümünü iade etmekle yükümlü ise veya malların tamamen veya kısmen iade edilmesinin veya tamamen veya kısmen teslim alındığı andaki duruma yakın bir durumda iade edilmesinin imkânsızlaşmasına rağmen alıcı sözleşmeyi ortadan kaldırmış veya satıcıdan ikame mal teslim etmesini talep etmişse.

XV. Viyana Sözleşmesine Göre Malın Muhafazası

Alicı malları teslim almakta geciktiği veya

bedelin ödenmesi ile malların teslimi borçlarının aynı anda ifa edilmesi gerektiği hallerde bedeli ödemediği takdirde, malların zilyetliğini halen elinde bulunduran veya başka şekilde onları kontrol edebilecek durumda olan satıcının, malların muhafazası için koşulların gerekli kıldığı makul önlemleri alması gerekir. Yapmış olduğu makul masraflar alıcı tarafından karşılanıncaya kadar malları alıkoyabilir.

Malları teslim almış olan alıcı, sözleşmeden veya bu Antlaşmadan doğan, malları reddetme hakkını kullanmak isterse, onların muhafazası için koşulların gerekli kıldığı makul önlemleri alması gerekir. Yapmış olduğu makul masraflar satıcı tarafından karşılanıncaya kadar malları alıkoyabilir. Alicıya gönderilen mallar, varış yerinde alıcının tasarrufuna hazır bulundurulmuş ve alıcı bunları reddetme hakkını kullanmışsa, bunların zilyetliğini satıcı adına devralması gerekir. Şu kadar ki devralmak, semenin ödenmesini gerektirmesin ve makul olmayan zahmet veya masraflara sebep olmasın.

Bu hüküm, varma yerinde satıcı veya malları satıcı adına hâkimiyeti altına almaya yetkili bir kimsenin bulunduğu hallerde uygulanmaz. Malların muhafazası için önlem almakla yükümlü olan taraf bunları, masrafı karşı tarafa ait olmak üzere üçüncü bir kişinin ardiyesine tevdi edebilir; meğerki doğan masraflar makul olmasın. Malları muhafaza etmekle yükümlü olan taraf, diğer taraf, malların zilyetliğini devralmakta veya bunları geri almakta veya semeni veyahut muhafaza masraflarını ödemekte makul olmayan ölçüde geç kalmış

ise bunları uygun bir şekilde satabilir. Şu kadar ki, satma niyetine ilişkin olarak diğer tarafa makul bir bildirimde bulunulmuş olsun.

Mallar çabuk bozulacak türdence veya bunların muhafazası makul sayılamayacak masrafı gerektirecekse, malları muhafaza etmekle yükümlü olan taraf, bunları satmak için uygun önlemleri almak zorundadır. Mümkün olduğu ölçüde diğer tarafa satma niyetine ilişkin bildirimde bulunulmalıdır. Malları satan tarafın, malların muhafazası ve satımı için yapılan makul masraflara eşit bir miktarı satımdan elde edilen gelirden alıkoyma hakkı vardır.

Sonuç

Uluslararası Ticaret Hakkında Birleşmiş Milletler Komisyonu (UNCITRAL), Lahey Antlaşmalarının ilgi görmemesi nedenlerinden yola çıkarak hazırladığı bir metni, tüm dünyada uygulanabilecek, uluslararası bir Sözleşme haline getirmeyi başarmıştır. Bu metin, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi)'dir. Viyana Satım Sözleşmesi'ne hâkim olan bazı ilkeler vardır. Bu ilkeler; taraf iradelerinin önceliği, teamüllerin önemi, dürüstlük kuralı, iradelerin yorumunda güven teorisi ve sözleşmenin mümkün olduğu ölçüde ayakta tutulması arzusudur. Bu ilkeler o kadar önemlidir ki alıcının yükümlülüklerini düzenleyen hükümler de dahil, tüm Sözleşme hükümlerini etkilemiştir. Çalışmamızda incelemiş olduğumuz üzere CISG'de önemli olan tarafların menfaatleri ve sözleşmeyi ayakta tutma ilkesidir. Bundan dolayı sözleşmeden dönme son care 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.

DİPNOT

- 1 Milletlerarası satım hukukunun yeknesaklaştırılması için yapılan milletlerarası çalışmalar sırasıyla şunlardır: Özel Hukukun Birleştirilmesi Hakkında Milletlerarası Enstitü'nün (UNIDROIT) başkanlığında özel hukukun yeknesaklaştırılması çalışmaları yapmak için oluşturulan Avrupalı Hukukçular Grubunun kaleme aldığı 1930 tarihli milletlerarası mal satımı ile ilgili yeknesak kanun taslağı olan Roma Projesi ve buna bağlı olan UNIDROIT'in kaleme aldığı 1939-1951 tarihli sözleşme taslakları, 1964 Tarihli Lahey Sözleşmeleri (Menkullerin Milletlerarası Satımına İlişkin Yeknesak Kanun-ULIS ve Menkullerin Milletlerarası Satımına İlişkin Sözleşmelerin Kurulması Hakkında Yeknesak Kanun-ULFC) ve Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ticaret Komisyonu'nun (UNCITRAL) çalışmaları sonucunda oluşturulan 1980 Tarihli Viyana Satım Sözleşmesidir-CISG. CISG'in tarihsel gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. SONO, K. (1986), The Vienna Sales Convention: History and Perspective, Petar Sarcevic & Paul Volken eds., Dubrovnik Lectures, Ch. 1, Oceana, 1986, s. 1 vd.; HONNOLD, J.O. "The Sales Convention: Background, Status, Application", Journal of Law Commerce, Vol. 8, (Background), s. 3 vd.; ERDEM, E. (1992), Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Viyana Satım Sözleşmesi), BATİDER, C. 54, S.3, s. 38 vd.; THINGBØ, s. 34 vd.; TOKER, G. A. (2005), 11 Nisan 1980 Tarihli Uluslararası Taşınır Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin (Viyana Sözleşmesi) Uygulama Alanı, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 17-27.
- 2 ERDEM, H. E. (2012), "Viyana Satım Antlaşması'na Genel Bakış ve Maddi Uygulama Alanı", Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG'e Göre Satış Sözleşmeleri, (Ed. ŞİPKA, Ş. ve YILDIRIM, A.C.), s. 117.
- 3 ATAMER, Y.M. (2006), "Yeni Bir Milletlerarası Satım Hukukuna Doğru: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması ve Türkiye", Hukuki Perspektifler Dergisi, S. 8, s. 161. Sözleşme'nin uygulama alanı ve milletlerarası ticaretteki önem ve yansımalarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZSUNAY, E. (2004), "1980 Tarihli Uluslararası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Viyana Antlaşması (CISG) ve Türk Teşebbüslerinin Taraf Olduğu Uluslararası Mal Satımı Sözleşmeleri Üzerindeki Yansımaları", İstanbul Barosu Dergisi, C. 74, S. 3, s. 906 vd.
- 4 ZEYTİN, Z. (2016), "CISG'in Yer, Zaman, Kişi ve Konu Bakımından Uygulama Alanı", Milletlerarası Mal Satım Hukuku (CISG), (Ed. Sinan Okur), Ankara: Adalet Yayınevi, s. 35.
- 5 TİRYAKİOĞLU, B. (1996), Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara Üniversitesi Döner Sermaye Yayınları, s. 106; Mistelis, Art. 1, para. 47. Aynı yönde bkz. İsviçre, 11 Temmuz 2000, Federal Yüksek Mahkeme, Dosya numarası: 4C.100/2000/rnd, Switzerland July 11, 2000 Bundesgericht [Federal Supreme Court] (Gutta-Werke AG v. Dörken-Gutta Pol et al.) [translation available] | Institute of International Commercial Law (pace.edu), (02.09.2021); İtalya, 12 Temmuz 2000, Vigevano Bölge Mahkemesi, Dosya numarası: 405, Italy July 12, 2000 Tribunale [District Court] (Rheinland Versicherungen v. Atlarex S.r.l. and Allianz Subalpina S.p.A.) [translation available] | Institute of International Commercial Law (pace.edu), (02.09.2021); Avusturya Yüksek Mahkemesi kararında, " Avusturya ve Rusya Federasyonu CISG'a imzacı olduklarından dolayı, Sözleşme otonom bağlantı yoluyla uygulanır(Madde1/1(a) CISG)." Şeklinde bu durumu açıkça ifade etmiştir, Avusturya, 20 Mart 1997, Yüksek Mahkeme(Oberster Gerichtshof), Dosya numarası: 2 Ob 58/97m, Austria March 20, 1997 Oberster Gerichtshof [Supreme Court] [translation available] | Institute of International Commercial Law (pace.edu), (02.09.2021).
- 6 BRIDGE, M. (2007), The International Sales of Goods, 2. Baskı, Oxford Yayınevi, s. 512-513.

KAYNAKÇA

- ATAMER, Y.M. (2006), "Yeni Bir Milletlerarası Satım Hukukuna Doğru: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması ve Türkiye", Hukuki Perspektifler Dergisi, S. 8.
- BRIDGE, M. (2007), The International Sales of Goods, 2. Baskı, Oxford Yayınevi.
- ERDEM, E. (1992), Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Viyana Satım Sözleşmesi), BATİDER, C. 54, S.3.
- ERDEM, H. E. (2012), "Viyana Satım Antlaşması'na Genel Bakış ve Maddi Uygulama Alanı", Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG'e Göre Satış Sözleşmeleri, (Ed. ŞİPKA, Ş. ve YILDIRIM, A.C.).
- HONNOLD, J.O. "The Sales Convention: Background, Status, Application", Journal of Law Commerce, Vol. 8, (Background).
- ÖZSUNAY, E. (2004), "1980 Tarihli Uluslararası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Viyana Antlaşması (CISG) ve Türk Teşebbüslerinin Taraf Olduğu Uluslararası Mal Satımı Sözleşmeleri Üzerindeki Yansımaları", İstanbul Barosu Dergisi, C. 74, S. 3.
- SONO, K. (1986), The Vienna Sales Convention: History and Perspective, Petar Sarcevic & Paul Volken eds., Dubrovnik Lectures, Ch. 1, Oceana, 1986.
- TİRYAKİOĞLU, B. (1996), Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara Üniversitesi Döner Sermaye Yayınları.
- TOKER, G. A. (2005), 11 Nisan 1980 Tarihli Uluslararası Taşınır Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin (Viyana Sözleşmesi) Uygulama Alanı, Ankara: Seçkin Yayınları.
- ZEYTİN, Z. (2016), "CISG'in Yer, Zaman, Kişi ve Konu Bakımından Uygulama Alanı", Milletlerarası Mal Satım Hukuku (CISG), (Ed. Sinan Okur), Ankara: Adalet Yayınevi.

ULUSLARARASI TİCARİ SÖZLEŞMELERDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARIN TAHKİM YOLUYLA ÇÖZÜMÜ



Giriş

Ticaretin tarihi insanlık tarihi kadar eskiye dayanmakta olup gün geçtikçe insanlar arasındaki ticaret ilişkilerinin artması ve bu ilişkilerin devletlerin sınırlarını aşarak uluslararası hale gelmesi; bu ilişkilerden doğan veya doğabilecek uyuşmazlıkların, çözüm yolları sorununu da beraberinde getirmiştir. Farklı dil, farklı kültürlerden olan insanların bir araya gelmesiyle bu insanlar arasında yapılan sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıkların hangi devletin mahkemesinde hangi hukuk sistemine göre çözümleneceği önem arz etmektedir. Bu da uluslararası ticaret hukukunun esasını oluşturmuş ve giderek tüm hukuk sistemlerine yayılmıştır. Uluslararası ticaret hukukunun mihenk taşı olan uluslararası ticari sözleşmeleri düzenleyen, uluslararası bir ticaret kanunu veya borçlar kanunu ve karar mercii olacak bir uluslararası ticaret mahkemesinin olmaması sebebiyle

ticaret hukukuyla ilgili konular, uluslararası anlaşmalar yapılması yoluyla tekdüze kurallara bağlanmaya çalışılmıştır. Bu nedenle uluslararası ticari sözleşmelerde, doğması muhtemel uyuşmazlıkların çözüm yolları milli hukuk sistemleri ve milli hukukların imkân tanıdığı ölçüde irade serbestisine uygun olarak taraflarca belirlenebilir. Sözleşme tarafları bir yetki anlaşması ihtiva ederek bir devlet mahkemesini yetkilendirebilecekleri gibi, tahkim anlaşması da yapabilirler. Biz bu çalışmamızda uluslararası ticaret sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla nasıl çözümleneceği konusunu inceleyeceğiz. Çalışmamızın ilk bölümünde genel olarak uluslararası ticari sözleşmeler ve bu sözleşmelerden kaynaklı uyuşmazlıkların alternatif çözüm yollarını inceleyeceğiz. Diğer bölümünün konusunu ise uluslararası ticari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümü oluşturacaktır.

I. Uluslararası Ticari Sözleşmeler ve Bu Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıklara Getirilen Alternatif Çözüm Yolları

a. Uluslararası Ticari Sözleşmeler

Ticaretin tarihi, insanlık tarihi kadar geçmişe dayanmakta olup ilk ortaya çıktığı zamanlarda çoğunlukla yazılı olmayan kurallara sahipken daha sonra örf – adet hukukuyla düzenlemeye alınmıştır. Günümüzde ticaret genel olarak üretici ve tüketici arasında olan malların el değişim (alım-satım) işlemi olarak ifade edilebilir.¹ Devletlerarası hukukta ticaret ise, ulusal ve uluslararası olmakla ikiye ayrılmıştır. Uluslararası ticaret, farklı ülkelerde yerleşim yeri, iş merkezi veya mutlak meskeni olan ya da farklı devletlerin vatandaşlığına sahip olan gerçek veya tüzel kişiler arasındaki ticari hizmet mübadeleleridir.² Ekonomik ve sosyal nedenler, aynı zamanda kalkınma ve büyüme ihtiyacı; bazı ülkelerin mal ve hizmetleri ihtiyaçtan fazla üretmesine, ihtiyaç duyulan mal ve hizmetlerin başka ülkelere belli bir bedel karşılığı temin edilmesine, aynı zamanda ihtiyaçtan fazla üretilen mal ve hizmetlerin belli bir bedel karşılığı başka ülkelere satılmasına neden olmuştur. Bu sosyo-ekonomik olgular uluslararası ticareti günümüzdeki haline getirmiştir.

Uluslararası ticaretin hukuki yapısını oluşturan temel taşlar, uluslararası anlaşmalar ve bu anlaşmalara dayalı kurulan uluslararası örgütlerin getirmiş olduğu politika ve kurallar olarak sayılabilir.³ Uluslararası ticarete; milli hukuklar yerine uluslararası nitelikte yeknesak hukuk kuralları uygulanması zorunluluğu, devletlerin bir araya gelerek uygulanacak kuralları bir araya getirme ve milli hukukların

da bu kurallara uyumlanmasını sağlama amacı ile oluşumlar kurmalarını sağlamıştır.⁴ Uluslararası alanda tarafların eşit düzeyde ticaret yapma özgürlüğünün sağlanması, ticari alanlarda karşılıklı güven ve işbirliğinin temini, uluslararası ticarete getirilen kısıtlamaların azaltılması, ihtilafların çözüm yolları gibi konularda sayısız ikili ve çok taraflı anlaşmalar imzalanmıştır. Uluslararası ticaret düzenlemeleri ile ilgili; Milletlerarası Ticaret Odası (ICC), Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Komisyonu (UNCITRAL), Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) gibi kuruluşların çalışmaları neticesinde çeşitli konularda yeknesak kurallar hazırlanmaktadır.⁵

Söz konusu ikili veya çok taraflı anlaşmalar ve bu anlaşmalara taraf olan ülkeler, uluslararası ticaretin sadece genel hukuki çerçevesini belirlemektedirler. Bunun ötesinde uluslararası ticaret uygulayıcıları; aralarındaki ekonomik ilişkileri, uluslararası anlaşmalar ve devletlerin milli yasaları çerçevesinde sözleşmelerle hukuki düzene sağlamak ve icra etmektedirler. Bu sebeple uluslararası ticaret hukuku ve ticari ilişkilerin temelinde taraflar arası sözleşmeler bulunmaktadır.

Sözleşme, tarafların belli bir hukuki bir sonuç doğurmaya yönelik karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarından oluşan bir hukuki işlemdir. Geçerli bir sözleşmenin ise en temel noktası iradedir. Taraflar kanunun emredici hükümlerine, kamu düzenine, genel ahlaka ve kişilik haklarına aykırı olmamak kaydıyla, sözleşmenin konusunu ve türünü, şeklini ve içeriğini birbirine uygun irade

beyanı ile belirleyebilirler.⁶

Taraflar arasında yapılacak işin konusuna göre imzalanacak sözleşmede bulunması gereken unsurlar farklılık gösterebilmekle birlikte bir sözleşmenin uluslararası ticari sözleşme olduğundan bahsedebilmek için birtakım hususları barındırması gerekmektedir. Bu kriterlerin ne olacağı konusunda görüş ayrılıkları olmakla birlikte; bir görüşe göre, objektif bakımdan bir veya birden fazla ülkenin hukuk sistemiyle bağlı olması sözleşmenin, “uluslararası” karakter taşıması için yeterli sayılacaktır.⁷ Diğer görüşe göre ise; sözleşmenin tarafları farklı ülkelerden olup sözleşmeye konu mal veya hizmet bir ülkenin sınırlarını aşıyorsa, bu sözleşmenin uluslararası nitelikte olması için yeterlidir.⁸ Yargıtay’a göre uluslararası ticari sözleşmeden bahsedebilmek için; borç ilişkisinde, taraflardan birinin veya her ikisinin yabancı olması veya akdin yapıldığı yerin veya icra yerinin veya sözleşmenin konusunun yabancı ülkede doğması veya borç ilişkisine uygulanacak hukukun yabancı bir hukuk olması gibi, bir yabancılık unsurunun bulunması gereklidir.⁹ Netice itibarıyla; her sözleşmenin uluslararası nitelik taşıyıp taşımadığı ayrı ayrı ve objektif olarak kişi, yer, zaman ölçütlerine göre değerlendirilecektir.

b. Uluslararası Ticari Sözleşmelerden Kaynaklı Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Alternatif Çözüm Yolları

Uluslararası ticari ilişkilerde taraflar taahhütlerini yerine getirebilmek için her türlü gayreti gösterebilirler dahi sözleşme hükümlerinin farklı bakış açılarından

yorumlanması nedeniyle zaman zaman ticari uyuşmazlıkların ortaya çıkması kaçınılmazdır.¹⁰ Bu nedenle uluslararası ticari sözleşmelerde, sözleşmeye uygulanacak hukukun seçilmesi önem arz etmektedir. Sözleşmede düzenlenmeyen konuların ve sözleşmedeki hükümlerin yorumlanması noktasında tarafların mutabık kalacağı bir hukukun belirlenmesi gerekmektedir.

Bu bakımdan yabancılık unsuru içeren sözleşmelerde taraflar irade serbestisi doğrultusunda sözleşmeye uygulanacak hukuku belirleyebileceklerdir. Şöyle ki; günümüzde uluslararası ticari sözleşmeleri düzenleyen uluslararası bir ticaret borçlar kanunu ve bu doğan uyuşmazlıklarla ilgili karar alacak uluslararası ticaret mahkemesinin bulunmaması sebebiyle uluslararası ticaret hukukuyla ilgili konular, uluslararası anlaşmalar yapılması yoluyla kurallara bağlanmaya çalışılmıştır.¹¹ Bu nedenle uluslararası ticari sözleşmelerin şekli ve maddi unsurlarını ve uyuşmazlıklara uygulanacak çözüm yollarını, esas itibarıyla milli hukuk sistemleri ve milli hukukların imkân tanıdığı ölçüde irade serbestisine uygun olarak taraflar belirlemektedirler.¹² MÖHUK 24. maddesi sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tabidir hükmünü düzenlemektedir. Bu hüküm açıkça sözleşmeye uygulanacak hukukun tespitinde taraf iradesine öncelik verileceğini açıkça göstermektedir.¹³ Tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuku belirlemesi, tarafların belirlenen hukuka uygun olarak borçlarını ifa etmesini sağlayacak ve beklenmeyen durumlarla karşılaşma riskini azaltacaktır.

Sözleşme tarafları ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümü açısından; bir yetki anlaşması ihtiva ederek bir devlet mahkemesini yetkilendirebilecekleri gibi, tercihlerine göre uyuşmazlığı çözmek için başka yöntemlere (dostane çözüm, tahkim veya arabuluculuk) başvurabilirler.¹⁴

i. Uluslararası Ticari Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Milli Mahkemelerde Çözümü

Taraflar uluslararası ticari uyuşmazlıklarla ilgili olarak ülkelerden birinin yetkili mahkemesinde dava açabilirler. Taraflar, uluslararası ticaret sözleşmelerinde doğan uyuşmazlıkların yargı yeri olarak tahkim, uzlaşma veya belirli bir devlet mahkemesinde anlaşılmazlarsa, sözleşme ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklar ulusal mahkemelerde genel yargı kurallarına göre çözülecektir.

Bir ülke, uluslararası bir ticaret anlaşmazlığının tarafları arasındaki anlaşmazlıkları çözmek



için kendi yargı yetkisini kullanabilir.¹⁵ Ancak Milli mahkemeler genellikle iç hukuk problemlerinin çözümü için kurulmuş olduğundan uluslararası ticaret alanındaki uyuşmazlıklar konusunda yeterli imkân, araç, bilgi ve hukuki yapıya sahip değildirler. Ayrıca uyuşmazlığa bakan mahkemenin vatandaşı olmayan tarafça, mahkemeye duyulan güven konusunda hassasiyet yaşanabilir. Bununla birlikte, bir ulusal mahkeme kararının başka bir ülkede icrası çok sınırlıdır ve davalının mülkü kararın verildiği ülkede bulunmuyorsa karışıklık doğabilir.¹⁶ Bir uluslararası ticaret sözleşmesinde yetkili mahkeme seçilirken, seçilecek mahkemenin ileride vereceği kararların tenfiz edilebilirliği dikkate alınarak yargı yetkisi hükmünün tesis edilmesi gerekir. Ancak tüm bu dezavantajlara rağmen, tarafların sözleşmede uyuşmazlık çözüm kurumu olarak belirli bir devlet mahkemesini seçebilecekleri durumlar vardır. MÖHUK m.47 hükmü gereğince; “Yer itibarıyla yetkinin münhasır yetki esasına göre tayin edilmediği hallerde, taraflar, aralarındaki yabancılık unsuru taşıyan ve borç ilişkilerinden doğan uyuşmazlığın yabancı bir devlet mahkemesinde görülmesi konusunda anlaşabilirler. Anlaşma, yazılı delille ispat edilmesi halinde geçerli olur. Dava, ancak yabancı mahkemenin kendisini yetkisiz sayması veya Türk mahkemelerinde yetki itirazında bulunulmaması halinde yetkili Türk mahkemesinde görülür. 44, 45 ve 46’ncı maddelerde belirlenen mahkemelerin yetkisi tarafların anlaşmasıyla bertaraf edilemez.” MÖHUK m.47 ye göre taraflar Türk mahkemelerinin yetkili olduğu bir uyuşmazlık konusunu aralarında uzlaşarak bir başka yabancı devlet mahkemesini

yetkili kılabilirler. Bu şekilde taraflara yabancı devlet mahkemeleri yetkili kılma serbestisi sağlanmıştır.

Taraflardan hiçbiri sözleşmede kullanılacak devlet mahkemesini belirtmezse, anlaşmazlığı çözecek mahkeme davacının takdirine bağlı olarak belirlenir. Sözleşmelerin görev veya yetki hükmü ya da tahkim şartı içermediği durumlarda, davacının isteğine bağlı olarak, davayı gören mahkeme, dayandığı somut davada kendisini yetkili görmediği sürece, davacının tercihi geçerli olacaktır.

ii. Uluslararası Ticari Uyuşmazlıkların Tahkim Dışında Alternatif Yollarla Çözümü

Uluslararası ticari uyuşmazlıkların mahkemelerce veya tahkim usulü ile çözümü kimi zaman hem masraflı hem de zaman açısından elverişsiz olduğundan uluslararası ticaret uygulayıcıları bakımından aralarındaki uyuşmazlıkların daha kolay usullerle ve daha kısa süre içerisinde çözümlenmesi avantaj sağlar. Uluslararası ticari uyuşmazlıkların karşılıklı müzakere ve anlaşma yoluyla çözülmesi taraflar için en ideal uyuşmazlık çözüm yöntemidir.

1.Uzlaştırma

Doktrinde bir görüşe göre, geniş anlamda uzlaştırma "arabuluculuk" kavramına dahildir. Bu görüşün aksi ise; arabulucunun görevinin sadece tarafları bir araya getirmek olduğu ve uzlaştırıcının bununla birlikte ortaya somut çözüm önerileri koyma görevinin de olduğu yönündedir.¹⁷

Tarafların anlaşmasına göre, uzlaştırıcı

taraflara sadece tavsiyelerde bulunabilir veya anlaşmazlığın barışçıl çözümüne ilişkin değerlendirmeleri sonucunda bir karar verebilir. Bu tavsiye veya karara uyup uymamak tarafların takdirindedir.¹⁸ Uzlaştırma işlemi başarılı olursa ve taraflar arasında anlaşma sağlanırsa, uzlaşma komisyonu raporuna ekli nihai metin anlaşmanın sonucu olarak kabul edilir. Ancak bu anlaşmanın akit ülkelerde hakem kararı olarak uygulanması mümkün değildir. Uzlaştırma sonunda varılan çözüm bağlayıcı olmadığı gibi taraflar bir çözüme ulaşmış ve sözleşme imzalamış olsalar bile mahkemeye gidebilirler. Uzlaşma prosedürü sonucunda varılan anlaşmaya taraflardan birinin daha sonra uymaması nedeniyle uyuşmazlığın tahkime veya mahkemeye götürülmesi halinde, bu anlaşma taraflar için bağlayıcı bir anlaşma haline gelir.¹⁹

2..Arabuluculuk

Arabuluculuk, taraflar arasındaki uyuşmazlığın gönüllü ve tarafsız bir üçüncü kişi yardımı ile çözümlenmesi usulüdür.²⁰ Arabuluculukta taraflar, bir arabulucunun yardımı ile uyuşmazlığı çözüme kavuşturabilmek için anlaşarak uzlaşma isteklerini belirtirler. Arabuluculuk, uzlaşmaya kıyasla daha işlevsel olan ve tarafsız bir üçüncü kişi tarafından yürütülen bir çözüm yoludur. Arabulucu, uyuşmazlığın taraflarınca kabul edilebilir bir çözüm bulmak amacıyla çekişmeli taraflar ile toplantılar düzenleyerek bir çözüme ulaşmayı hedefler. Arabulucunun görevi uyuşmazlık konularını, talep ve sulh seçeneklerini görüşme ve müzakere için çekişmeli taraflara yardımcı olmaktır. Böylece arabulucu konuları, olayları ve tarafların durumlarını anlayabilmek

amacıyla taraflar ile beraber veya ayrı ayrı resmi olmayan toplantılar düzenler.²¹

Taraflar ileride doğacak uyuşmazlıkların çözülebilmesi için sözleşmelerine arabuluculuk maddesi ekleyebilir. Böylece başka yöntem uygulamadan önce arabuluculuk yoluna gitmeleri zorunlu tutulabilir veya uyuşmazlık doğduğunda da ayrı bir arabuluculuk anlaşması yapılabilir. Her ikisinde de arabulucunun niteliklerinin, masrafların, toplantı yerlerinin ve diğer ilgili konuların belirlenmesi önemlidir. Diğer önemli olan husus ise, tarafların arabuluculuk sürecinin sonlandırılması için süre veya otomatik sona erme mekanizması belirlemesi gerekliliğidir. Aksi halde, arabuluculuk zaman yönünden bir kısıtlama olmaksızın sürer ve taraflar somut bir çözüme ulaşmadığından zaman kaybına yol açar. Arabuluculuk derdest tahkim veya dava aşamasında karar verilmeden önce de söz konusu olabilir. Taraflar arabuluculuk yoluyla anlaşmaya varırlarsa, sulh anlaşmasının hakem kararında veya mahkeme kararında ortaya konmasını talep edebilirler.²²

3.Müzakere

Müzakere süreci, bir anlaşmazlık olduğunda tarafların veya temsilcilerinin bir çözüm bulmak için bir araya geldiği süreçtir. Anlaşmazlığın çözümünde hiçbir şekilde üçüncü şahıslar yer almadığından müzakere yöntemi tamamen tarafların kontrolündedir.²³ Bu yöntemle uyuşmazlık tarafları kendi usul kurallarını belirleyerek kendi uyuşmazlıklarını birlikte çözerler. Özellikle uluslararası ticaret sözleşmeleri kaynaklı bir uyuşmazlık halinde, mağdur taraf konsolosluklar ve ticari

kuruluşlarla müzakereler yaparak anlaşmazlığın çözümü için inisiyatif kullanabilir.²⁴

4.Vakıaların Tespiti Yöntemi

Vakıaların tespiti yöntemi uyuşmazlıkları belirleyen ve açığa çıkaran bir araştırma yöntemidir. Bu yöntem taraflar aksini kararlaştırmadıkça bağlayıcı olmayan, uyuşmazlığı belirleyen ve açıklığa kavuşturan bir nevi araştırma yöntemini de içeren, tarafsız üçüncü kişi veya kurul tarafından yürütülen bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Vakıa tespitçisinin tarafsız, bağımsız, saygın, taraflarda inanırılık uyandırabilen, değersiz ve uyuşmazlık açısından önemsiz vakıaları elemesini bilen bir kişi olması gerekir. Bazı durumlarda, vakıa tespitçisinin, uyuşmazlığın niteliğine göre uzman bir kişi olması gerekir.²⁵

5. Mini Yargılama

Bu alternatif uyuşmazlık çözüm usulünün "mini yargılama" olarak isimlendirilmesinin sebebi, tarafların iddia ve savunmalarını sunmak üzere duruşma düzenlemeleri, fakat bu duruşmanın gerçek bir duruşma olmamasıdır. Burada tarafların her biri diğer tarafın fikirlerini dinleyerek, zayıf noktalarının farkına vararak, kendi durumlarını daha objektif bakış açısından görmek şansı kazanmaktadırlar.²⁶ Ticari uyuşmazlıklar konusunda oldukça sonuç veren bu yöntemin kapsamını, sürecini ve bu sürece kimlerin dahil olabileceğini, hangi aşamaları içerebileceğini taraflar serbestçe belirleyebilirler.²⁷

Bu noktada mini yargılama, uyuşmazlığın dostane çözümü bakımından büyük önem taşır. Üst düzey yetkililerce tarafsız üçüncü

kişinin görüş, telkin ve tavsiyeleri ikna edici bulunduğu takdirde uyuşmazlıklar, yargı yoluna gitmeksizin çözümlenmektedir.²⁸

6. Tarafsız Ön Değerlendirme

Tarafsız ön değerlendirmede, uyuşmazlığın henüz ilk aşamasında; deneyimli, tarafsız ön değerlendirici olarak bilinen üçüncü kişi, tarafların uyuşmazlığı özetleyen kısa ifadelerinden yola çıkarak, uyuşmazlığın nerede ve nasıl çıktığı, nasıl geliştiği ve gelecekte nasıl ilerleyeceği hususlarında taraflara yeni bir bakış açısı kazandırır. Belirtmek gerekir ki, bu yöntem özellikle karmaşık olmayan uyuşmazlıklarda sonuç verir. Uyuşmazlıkların başlangıç safhasında gerçekleştirilen bu yöntem, karmaşık olan uyuşmazlıklar zamanı çözüm yolu olmamaktadır. Ayrıca bu yöntem az masrafla, gizlilik içinde, tarafların itibarı zedelenmeden uyuşmazlığı çözmeye yardımcı olur.²⁹

II. Uluslararası Ticari Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümü

a. Genel Olarak Uluslararası Tahkim

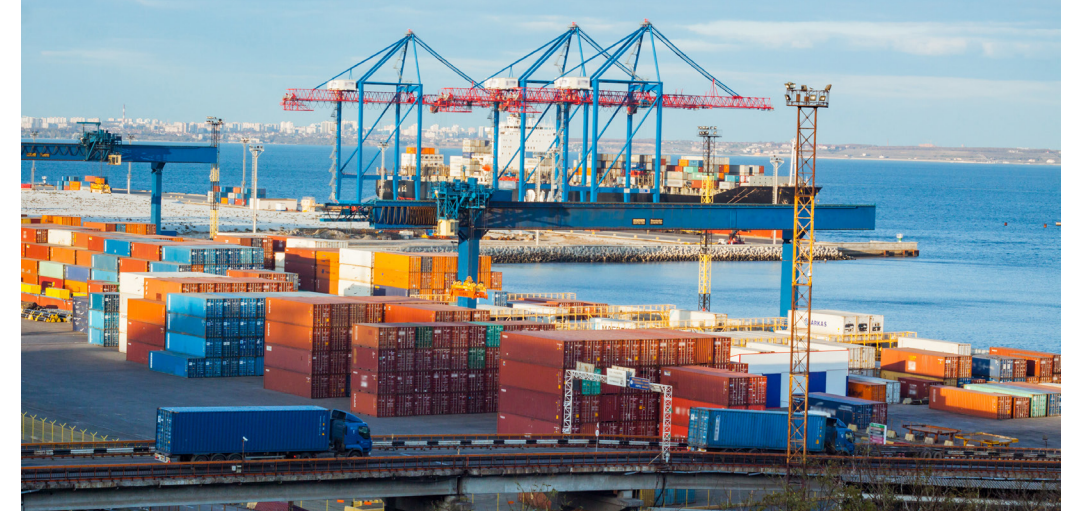
Tahkim, genel olarak, devlet yargısına alternatif olan bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak tanımlanır. Tahkim, taraflar arasındaki uyuşmazlıkların devletin resmi yargı organları yerine kendileri tarafından belirlenecek hakemler tarafından çözüme kavuşturulduğu bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir.³⁰ Başka bir deyişle; tahkim, taraflar arasındaki uyuşmazlıkların yargı yerine hakem denilen kişiler aracılığıyla nihai olarak çözülmesidir. Taraflar, hakemi seçmekle uyuşmazlık durumunda hakemin belirleyeceği çözümü

benimser ve hakemi mahkeme olarak kabul eder. Tahkimde uyuşmazlıkların çözümü için atanan hakemlere, atanmalarından sonra belgelerini ibraz etme fırsatı tanınır. Tarafların cevap verme ve savunma hakları vardır. Tahkimden sorumlu hakemler dosyayı inceleyebilir ve oturum açarak ilerleyebilirler. Hakemin kararları taraflar için bağlayıcıdır. Taraflar bu karara ilişkin yeniden mahkemede dava açamazlar.³¹

Tahkim ticari alanda büyük önem taşımakla birlikte özellikle uluslararası ticaret alanında doğan uyuşmazlıkların çözümünde mühim bir yere sahiptir. Uluslararası tahkim, sınırları aşan özel hukuka ait uyuşmazlıkların karara bağlanması için, devletçe kabul edilen ve düzenleme konusu yapılan özel hakem yargılamasıdır.³² Uluslararası ticaret alanında taraflar arasında meydana gelen uyuşmazlıklar kural olarak, devletin mahkemeleri tarafından çözümlenmektedir. Ancak tanınan irade serbestisi ilkesinin sonucunda, uyuşmazlığa düşen taraflar bir anlaşma yaparak bu uyuşmazlıkla ilgili karar verme yetkisini devletin mahkemelerinden alarak özel kişilere (hakem) devredebilirler. Uyuşmazlığın bu özel kişiler tarafından çözümlenip karara bağlanması için, taraflar arasında tahkim anlaşması veya sözleşmeye tahkim şartı eklenmesi gerekir.

b. Tahkimin Tercih Edilme Nedenleri

Uluslararası ticari sözleşmelerde, sözleşme tarafları çoğunlukla uyuşmazlığın devlet mahkemeleri yerine tahkimde çözümlenmesini istemektedirler. Çünkü tahkimde uyuşmazlıkların hakem adı verilen



ve uyuşmazlık konusunda uzman kişiler tarafından çözüleceğinin ve mahkeme yolundan daha kısa sürmesinin muhtemel olduğunun taraflarca bilinmesi onlara bir güven sağlamakta ve bu nedenle tahkim yolu devlet yargısı yerine tercih edilebilir hale gelmektedir.³³

Tarafların ticari uyuşmazlıkların çözümünde tahkim yolunu seçmelerinde birçok yarar vardır. Öncelikle, tahkimde işlemler milli mahkeme işlemlerinden çok daha hızlı ilerler. Ticaret uygulayıcılarının amaç ve ihtiyaçları açısından uyuşmazlıkların en kısa sürede karara bağlanması önem arz etmektedir. Davaların uzaması, enflasyonun da etkisiyle parasal taleplerin değerini azalttığı için, uluslararası ticaret uygulayıcıları daha süratli bir yargılama usulü olan tahkimi tercih ederler.³⁴

Diğer bir sebep ise; tahkim kurumunun tarafsız ve bağımsız bir mercii olarak bilinmesidir. Bu özelliğiyle uluslararası tahkim, bir nevi uluslararası ticaret mahkemesi fonksiyonun

görmekte ve böyle bir mahkemeye duyulan ihtiyacı karşılamaktadır. Tarafların milli mahkemelerine duyulan güvensizlik gereği, birbirlerinin milli mahkemelerine başvurmaya çekinmeleri ve diğer bu gibi sebepler uluslararası tahkimi daha da yaygın hale getirmektedir. Her ne kadar devlet mahkemelerinin bağımsız olduğu söylene de bu mahkemeler daima bir devlete bağlı olduğundan bu devletin sosyal, siyasal ve ekonomik politikalarının etkisinde olacaktırlar. Bu yönüyle de tahkim, tarafların iradesine uygun olarak bu ihtiyaca cevap verebilecek en uygun uyuşmazlık çözüm yoludur.³⁵

Tarafların milli mahkemelerine duyulan güvensizlikle bağlı olarak ortaya çıkan tercih edilme sebeplerinden biri de hakemlerin, milli mahkemelere kıyasla uluslararası ticaretin mahiyet ve ihtiyaçları ile uygun olmayan emredici ve kamu düzeni ile alakalı kurallar dışına çıkabilmeleri ve uyuşmazlık konusunun dahil olduğu alanın örf adet, kural ve teamülleri ve özellikle taraf anlaşmalarını

kolayca uygulayarak karar verebilmeleridir.³⁶

Uluslararası ticarete tahkimin daha çok tercih edilmesinin en önemli sebeplerinden biri de mahalli mahkeme kararlarına karşı hakem kararlarının icrasının nispeten daha yaygın ve daha kolay olmasıdır. Uluslararası tahkim antlaşmalarından en önemlisi olarak dünyada neredeyse 150 ülkede kabul edilen ve uygulanan Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında New York Konvansiyonu'nun (New York Konvansiyonu) yabancı hakem kararlarının taraf devletlerde daha kolay tanınmasını sağladığı hususu buna örnek gösterilebilir.³⁷

Bununla birlikte tahkim yargılamasının mahkemelere nazaran ucuz olması, bu yargılama sürecinde yazışma ve duruşmaların halka açık olmaması, gizli olması nedeniyle ticari sırların kolayca saklanabilmesi taraflar açısından kesin bir mahremiyet sağlar. Aynı zamanda hakemlerin uzlaştırmacı yönüyle tahkimin barışçıl uyuşmazlık çözüm metodu olduğunu da belirtmek gerekir.³⁸

c. Uluslararası Ticari Tahkimin Hukuki Niteliği

Tahkim; ulusal ve uluslararası düzenlemelere göre, tarafların iradesine dayalı olan ve onların iradesiyle belirlenen bir yargılama usulüdür. Taraflar; aralarındaki uyuşmazlığı çözecek hakem veya hakemleri, sayısını, niteliklerini, tahkim şartı ve tahkim yerini, tahkim sözleşmesine hangi hukukun uygulanacağını, esasa uygulanacak maddi hukuku, yargılama şekli ve usulünü, seçilecek ispat yöntemlerini, yargılama zamanı hangi

lisanın esas alınacağını ve diğer birçok şeyi serbestçe seçebilirler.³⁹

Tahkim bir müessese ismi olmakla beraber bu kavramın alt ilişkileri ve hukuki unsurları bulunmaktadır. Şöyle ki; taraflar, hakem veya hakemlerle yazılı ya da sözlü bir anlaşma yapabilir. Buna doktrinde "hakem akdi" adı verilmektedir. Hakem akdi, bir borçlar hukuku sözleşmesi olduğu için borçlar hukukunun ve uluslararası akitlerin temel ilkelerine tabidir.⁴⁰ Diğer bir sözleşme ise tarafların kendi aralarında düzenlemiş olduğu tahkim sözleşmesidir. Uyuşmazlığın hakem ya da hakemler tarafından incelenip karara bağlanmasını isteyen taraflar aralarında tahkim sözleşmesi yapabilirler. Bu sözleşme tahkimin temel yapısını teşkil eder ve bu sözleşme olmadan taraflar arasında çıkan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesi mümkün değildir. Tahkim sözleşmesi ya taraflar arasındaki sözleşmede bir madde olarak (tahkim şartı veya tahkim klozu) eklenebilir ya da taraflar arasında ayrı bir sözleşme (tahkim sözleşmesi) yapılarak düzenlenebilir.⁴¹ Tahkim sözleşmesi, sözleşme konusu uyuşmazlıklar için hakem mahkemesine münhasır yetki tanır ve böylelikle devlet yargı merciinin yetkisini ortadan kaldırır. Ancak bu sonuçların doğması için tahkim sözleşmesinin ehliyet, şekil ve esas bakımından ilgili hukuka göre geçerli olması gerekmektedir.

Tahkim kavramı altındaki diğer bir sözleşme de tahkim sözleşmesinin konusunu teşkil eden uyuşmazlığın kaynaklandığı maddi hukuk sözleşmeleridir. Bu sözleşme tahkim sözleşmesinden tamamen farklıdır ve tahkim

şartı bu maddi hukuk sözleşmelerinde şart olarak düzenlenmiş olsa da geçerlilik açısından maddi hukuk sözleşmelerine bağlı değildir. Yani, maddi hukuk geçerlilik bakımından kendi hukukuna, tahkim anlaşması ise kendi hukukuna tabidir ve birinin geçersiz olması diğerini geçersiz kılmaz.⁴²

Son olarak, tahkim her uyuşmazlık bakımından uygun olmayabilir. Uygulanacak hukuka bağlı olarak tahkim yoluna gidilemeyecek konular değişkenlik gösterir. Ancak çoğu kez, bu konular ya kamu menfaatini ilgilendirir (örneğin taşınmaz mallar üzerindeki uyuşmazlıklar) ya da zayıf tarafın haklarının kanunla korunduğu, örneğin iş hukukundan kaynaklanan konular gibi, uyuşmazlıkları ilgilendirir.⁴³ Bu noktada karşımıza "tahkime elverişlilik" konusu çıkmaktadır. Bir tahkim sözleşmesinin şartlarının başında tahkime elverişlilik yer alır.⁴⁴ Tahkime elverişlilik, bir uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümleneceğidir.

Uluslararası Tahkim Hukuku ile ilgili diğer mevzuatlara kıyasla, ticaret hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar genel olarak tahkime elverişlidir. Ayrıca tahkim sürecindeki uyuşmazlıklar, gizlilik içinde ve hızlı bir şekilde çözüme kavuşturulduğu için ticaret hukukunda oldukça tercih edilmektedir. Ancak yine de tahkim yargılamaları ticaret hukuku açısından mutlak değildir, bazı uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığı söylenebilir. Uyuşmazlığın tahkime elverişli olmaması durumu, taraflar arasındaki uyuşmazlıklarda tahkim iradesinin sona erdiği ve hassas kamu menfaatlerinin başladığı noktada kendini gösterir.⁴⁵

d. Tahkim Türleri

Tarafların uluslararası ticari sözleşmelerden kaynaklı uyuşmazlıklarda tahkime başvurmayı düşünmesi halinde öncelikle iki tahkim yolundan, ad hoc tahkim veya kurumsal tahkim, birini seçmeleri gerekir.

i. Ad Hoc Tahkim

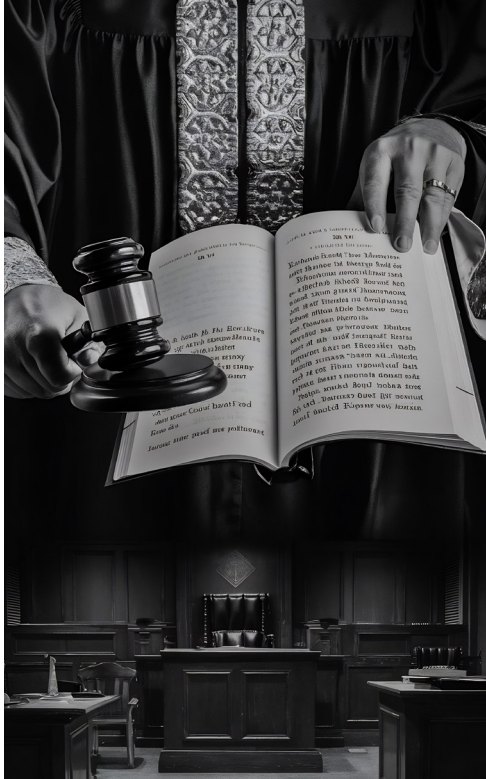
Ad hoc tahkim bir kurumun dahil olmadığı ve işlemin taraflarca organize edildiği bir tahkim türüdür. Ad hoc tahkimde taraflar tahkim şartı veya tahkim sözleşmesinde hakem seçimine, esasa ve usule uygulanacak kuralları kendileri belirler. Bu tür tahkim, taraflara uyuşmazlığın çözümünde uygun usulleri belirlemek için tam bir özgürlük sağlar. Bu amaçla taraflar, esas sözleşmeden ayrı bir tahkim sözleşmesi yapabilecekleri gibi, esas sözleşmeye bir tahkim klozu da ekleyebilirler.⁴⁶

Ancak, ad hoc tahkimde tarafların, tahkime ilişkin usul kurallarını belirlemek yerine değişik kurumlar tarafından düzenlenmiş tahkim kurallarını uygulama seçeneği de vardır. UNCITRAL (CNUDCI) Tahkim Kuralları ad hoc tahkim açısından uluslararası uyuşmazlıklarda en çok tercih edilen tahkim kurallarıdır. Ad hoc tahkim türünü tercih edenler, sözleşmelerinde yapacakları atıfla, tahkim prosedürünü UNCITRAL'ın 2010 tarihli Tahkim Kuralları'na tabi kılabilir. Bu kurallar ancak tarafların iradesiyle uygulama alanı bulabilir.⁴⁷

Ad hoc tahkimde, tarafların ayrıntılı tahkim maddeleri düzenlemekten kaçınmaları önerilir. Aksi halde çok ayrıntılı hükümler, tarafların uyuşmazlıklarından doğan engellerin önlemesi amacıyla hakemler açısından önemli

olan esnekliğin kaybedilmesine neden olur. Ancak bu esneklik her zaman olumlu sonuçlar doğurmayabilir. Hakemlerin seçimi sırasında zorluklar yaşanabileceği gibi hakemini seçmeyen tarafın yerine seçim yapacak olan bir atama kurumu olmadığında tekrar anlaşmazlık doğabilir. Bu da tahkim uygulama sürecini engeller. Ayrıca; tahkim şartındaki/ sözleşmesindeki boşluklar veya belirsizliklerin tahkim sürecine etki etmesi, daha sonra aleyhine sonuçlanan taraf açısından hakem kararının sorgulanmasına sebep olabilir.⁴⁸

Son olarak, ad hoc tahkim, herhangi bir kuruluşa para ödenmediğinden, kurumsal tahkime göre daha az masraflı olduğu söylenebilir. Ancak, bu genel geçer bir ifade



değildir. Nitekim, kurumsal tahkimde tahkim kuruluşlarının taraflardan talep ettikleri masraflar ve sekreteryä ücretleri önceden bellidir.⁴⁹ Ancak, ad hoc tahkimde masrafları saptayacak ve sekreteryä işlemlerini yürütecek bir kuruluş olmadığından, masraflar ve hakem ücretleri uygulamada çoğu kez sorun yaratır. Böylelikle ad hoc tahkimde yapılacak masraflar ve ödenecek hakem ücretleri zaman zaman kurumsal tahkimin masraflarını aşabilir. Bu nedenle, tahkime başlamadan önce tarafların hakemler ile masraflar üzerinde anlaşmaları önem arz etmektedir.

ii. Kurumsal Tahkim

Tarafların tahkim sürecinin organizasyonunu daimî bir hakem kuruluşuna tevdi etmeleri kurumsal tahkim olarak tanımlanabilir. Diğer bir deyişle, kurumsal tahkim hakem kuruluşunun gözetiminde yönetilir. Kurumsal tahkimde, tahkimi yürütecek kurumun önceden düzenlenen yargılama kuralları vardır. Tarafların düzenlemedikleri hususlar bu kurallar ile yönetilecektir.⁵⁰ Dolayısıyla taraflar tahkimle ilgili her hususu tek tek tartışıp karara bağlamaktan kurtulur ve bu tahkim kurallarına atıfta bulunmakla tahkimle ilgili hususları sözleşmelerine dahil etmiş olurlar.

Önemle belirtmek gerekir ki, kurumsal tahkimde hakemlik kurumları kendilerine getirilen uyuşmazlıklar konusunda yargı organı ya da karar mercii değildir. Bu kurumların asıl görevi tahkimi idare etmek, hakemler arasında koordinasyonu sağlamak, usule uyulup uyulmadığını kontrol etmek, tarafların iddialarına hakemlerin bağlı kalmasını ve bu iddiaların aşılmasını sağlamaktır.⁵¹

Günümüzde ulusal ve uluslararası seviyede birçok tahkim kuruluşu ve kuralları bulunmaktadır. Bu kurumlar kuruluş itibarıyla birbirinden farklılık gösterebilir. Kurumların bir kısmı özel kişiler tarafından, bir kısmı ulusal düzeyde oluşturulan ticaret ve sanayi odaları, merkezler, enstitüler tarafından, bazıları devletler arasında bağlanan ikili ve çok taraflı anlaşmalarla oluşturulan örgütler tarafından kurulmuştur.⁵²

Taraflar uluslararası kuruluş olarak, International Court of Arbitration of the ICC ("ICC Court") veya American Arbitration Association ("AAA") veya London Court of International Arbitration ("LCIA") veya Inter-American Commercial Arbitration Commission veya Swiss Rules of International Arbitration veya deniz ticaret hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda daha uzmanlaşmış bir kuruluş olan Chambre Arbitrale Maritime de Paris'i ("CAMP") seçebilirler.⁵³ Aynı zamanda Türkiye'de tahkim alanında faaliyet göstermek için İstanbul Tahkim Merkezi (İSTAC) ve İstanbul Ticaret Odası Tahkim Merkezi (İTOTAM) bulunmaktadır.⁵⁴

Kurumsal tahkim güvenilirlik ve taraflara sunulan hizmetten ötürü daha konforlu bir alan olarak gözükmektedir. Tahkim kurallarına her zaman kolaylıkla ulaşılabilir. Ayrıca bu kurallar uzun çalışmalar ve deneyimler sonucu kaleme alındıklarından usule ilişkin sorunlara ve olası problemlere karşı uygun çözümler sağlar.

Sonuç

Uluslararası ticaret sözleşmelerinin hemen

hemen hiçbirisi kusursuz ya da eksiksiz değildir. Taraflar edimlerin ifası için her ne kadar gayrette bulunsalar da uyuşmazlık çıkmaması işten değildir. Bu nedenle taraflar uluslararası sözleşmelerde doğması muhtemel uyuşmazlıkların çözümü konusundaki yetkili merci belirleyebilir. Hukuki uyuşmazlıkların çözümünde tarafların devlet mahkemelerinin neden olduğu olumsuzluklara karşı modern hukuk sistemleri tarafından alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri geliştirilmiştir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri taraflara çözüm için daha hızlı ve daha düşük maliyetler sunmakta ve taraflar sürece aktif olarak katılabilmektedir. Alternatif uyuşmazlık çözümü, esasen ilişkileri sürdürmek ve her iki tarafı da tatmin edecek bir çözüme ulaşmak amacını taşıyan, tarafların başvurduğu tarafsız bir üçüncü kişinin uyuşmazlığın çözümüne yardım ve katkı sağladığı, dava dışı yöntemler bütünüdür. Uluslararası ticari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar bakımından en yaygın çözüm yolu tahkimdir. Devlet mahkemelerine göre uyuşmazlıkların daha hızlı çözüme kavuşması, taraflara irade serbestisi anlamında daha geniş bir alan tanınması, gizlilik ilkesi doğrultusunda ticaret uygulayıcılarına konfor yaratması gibi sebeplerden ötürü uluslararası tahkim günümüzdeki halini almış ve halen gelişmeye devam etmektedir.

DİPNOT

1 MEHDİYEVA, A. (2021), “Uluslararası Ticari Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, s.3 (Çevrimiçi) <http://nek.istanbul.edu.tr:4444/ekos/TEZ/ET002809.pdf> (E.T:07.05.2024).

2 ŞANLI, C. (2013), “Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları”, 5. Basım, İstanbul: Beta Yayınları, s.3.

3 <https://www.kutlayhukuk.com/blog/post-uluslararasi-ticari-sozlesmelerin-tahkim-yolu-ile-cozumu>, (E.T:01.05.2024).

4 <https://www.mermerogluhukuk.com/uluslararasi-ticari-sozlesmeler>, (E.T:01.05.2024).

5 MEHDİYEVA, s. 4.

6 DÖNMEZ, F. E. (2021), “Uluslararası Ticari Sözleşmelerin Hazırlanması ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları”, Malatya Turgut Özal Üniversitesi İşletme ve Yönetim Bilimleri Dergisi, s. 5, (Çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1407492> (E.T: 03.05.2024).

7 NOMER, E. (2017), Devletler Hususi Hukuku: Kanunlar İhtilafı Hukuku - Milletlerarası Usul Hukuku - Yabancı Mahkeme Ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, 22. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, s. 5.

8 ŞANLI, s. 9.

9 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 06.05.1998 T, 1998/12-287E

10<https://www.moment-expo.com/tr-tr/37/icerikler/bilgi-hatti/uluslararasi-ticari-uyusmazliklarin-cozum-yollari> (E.T:03.05.2024).

11 ŞANLI, s. 10.

12 MEHDİYEVA, s. 7.

13 DÖNMEZ, s. 12.

14 DÖNMEZ, s. 21.

15 OMARİ, M. (2023), Uluslararası Ticari Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümünün En Az Gelişmiş Ülkelerde Uygulamasının Değerlendirilmesi, Bursa Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Anabilim Dalı, s. 116 (Çevrimiçi), <https://acikerisim.uludag.edu.tr/server/api/core/bitstreams/61ad806f-61d7-4a67-b404-00a219d51eae/content>, (E.T:07.05.2024).

16 ŞANLI, s. 69.

17 MEHDİYEVA, s. 132.

18 BALCI, M. (1999), İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim, İstanbul: Danışman Yayınları, s. 316.

19 ŞANLI, s. 382.

20 ÖZBAY, İ. (2006), “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri”, Erzurum Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 3-4, s. 459, (Çevrimiçi) https://hukukdergi.ebyu.edu.tr/wpcontent/uploads/2015/10/2006_X_2_17.pdf, (E.T:07.05.2024).

21<https://www.erdem-erdem.av.tr/bilgi-bankasi/uluslararasi-ticari-uyusmazliklarin-cozumu#:~:text=Tahkim%2C%20> uyu%C5%9Fmazl%C4%B1%C4%9F%C4%B1n%20bir%20hakem%20veya,yapt%C4%B1klar%C4%B1%20taktirde%20 tahkim%20yolunu%20se%C3%A7ebilirler. , (E.T:07.05.2024).

22<https://www.erdem-erdem.av.tr/bilgi-bankasi/uluslararasi-ticari-uyusmazliklarin-cozumu#:~:text=Tahkim%2C%20> uyu%C5%9Fmazl%C4%B1%C4%9F%C4%B1n%20bir%20hakem%20veya,yapt%C4%B1klar%C4%B1%20taktirde%20 tahkim%20yolunu%20se%C3%A7ebilirler (E.T:07.05.2024).

23 AVCI, F. (2016), Dış Ticarete Uyuşmazlıkların Çözüm Yolu Olarak Uluslararası Ticari Tahkim, T. C. Toros Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 39.

24 OMARİ, s. 32.

25 ILDIR, G. (2003), Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler), Ankara, s. 79.

26 ÖZBAY, s. 470.

27 MEHDİYEVA, s. 140.

28 ŞANLI, s. 563.

29 OMARİ, s. 38.

30 ERTEKİN, E. ve KARATAŞ, İ. (1997), İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması: Uygulamada, Ankara: Yetkin yayınları, s. 30.

31 DÜR, O. (2018), Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri, Ankara: Adalet Yayınları, s. 28.

32 ŞANLI, s. 60.

33 DÖNMEZ, s. 22.

34 AKINCI, Z. (2003), Milletlerarası Tahkim, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 8.

35 MEHDİYEVA, s. 56.

36 ŞANLI, s. 61.

37<https://www.erdem-erdem.av.tr/bilgi-bankasi/uluslararasi-ticari-uyusmazliklarin-cozumu#:~:text=Tahkim%2C%20> uyu%C5%9Fmazl%C4%B1%C4%9F%C4%B1n%20bir%20hakem%20veya,yapt%C4%B1klar%C4%B1%20taktirde%20 tahkim%20yolunu%20se%C3%A7ebilirler (E.T: 07.05.2024).

38 GİRAY, F.K. (2015), Milletlerarası Tahkimde Gizlilik, UTDER, C. 4, s. 63 vd., (Çevrimiçi), https://www.academia.edu/40270377/Milletleraras%C4%B1_Tahkimde_Gizlilik (E.T: 06.05.2024).

DİPNOT

39 MEHDİYEVA, s. 59.

40 ŞANLI, s. 32.

41 ŞANLI, s. 325-326.

42 MEHDİYEVA, s. 60.

43<https://www.erdem-erdem.av.tr/bilgi-bankasi/uluslararasi-ticari-uyusmazliklarin-cozumu#:~:text=Tahkim%2C%20> uyu%C5%9Fmazl%C4%B1%C4%9F%C4%B1n%20bir%20hakem%20veya,yapt%C4%B1klar%C4%B1%20taktirde%20 tahkim%20yolunu%20se%C3%A7ebilirler (E.T: 07.05.2024).

44 HEYBET, M. (2017), İdare Hukukunda Alternatif Çözüm Yöntemi Olarak Sulh Kurumu, Niğde Ömer Halisdemir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, s. 25.

45 OMARİ, s. 68.

46 MEHDİYEVA, s. 66.

47 ŞANLI, C., ESEN, E., ATAMAN- FİGANMEŞE, İ. (2018), Milletlerarası Özel Hukuk, 6. Baskı., İstanbul: Vedat, s. 616-617.

48 MEHDİYEVA, s. 67.

49<https://www.erdem-erdem.av.tr/bilgi-bankasi/uluslararasi-ticari-uyusmazliklarin-cozumu#:~:text=Tahkim%2C%20> uyu%C5%9Fmazl%C4%B1%C4%9F%C4%B1n%20bir%20hakem%20veya,yapt%C4%B1klar%C4%B1%20taktirde%20 tahkim%20yolunu%20se%C3%A7ebilirler (E.T: 07.05.2024).

50 AKINCI, s. 4.

51 MEHDİYEVA, s.70.

52 MEHDİYEVA, s.70.

53<https://www.erdem-erdem.av.tr/bilgi-bankasi/uluslararasi-ticari-uyusmazliklarin-cozumu#:~:text=Tahkim%2C%20> uyu%C5%9Fmazl%C4%B1%C4%9F%C4%B1n%20bir%20hakem%20veya,yapt%C4%B1klar%C4%B1%20taktirde%20 tahkim%20yolunu%20se%C3%A7ebilirler (E.T: 07.05.2024).

54 MEHDİYEVA, s. 84.

KAYNAKÇA

- AKINCI, Z. (2003), Milletlerarası Tahkim, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- AVCI, F. (2016), Dış Ticarete Uyuşmazlıkların Çözüm Yolu Olarak Uluslararası Ticari Tahkim, T. C. Toros Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Mersin.
- BALCI, M. (1999), İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim, İstanbul: Danışman Yayınları.
- DÖNMEZ, F. E. (2021), “Uluslararası Ticari Sözleşmelerin Hazırlanması ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları”, Malatya Turgut Özal Üniversitesi İşletme ve Yönetim Bilimleri Dergisi, s. 5, (Çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1407492> (E.T: 03.05.2024).
- DÜR, O. (2018), Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri, Ankara: Adalet Yayınları.
- ERTEKİN, E. ve KARATAŞ, İ. (1997), İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması: Uygulamada, Ankara: Yetkin yayınları.
- GİRAY, F.K. (2015), Milletlerarası Tahkimde Gizlilik, UTDER, C. 4, s. 63 vd., (Çevrimiçi), https://www.academia.edu/40270377/Milletleraras%C4%B1_Tahkimde_Gizlilik (E.T: 06.05.2024).
- HEYBET, M. (2017), İdare Hukukunda Alternatif Çözüm Yöntemi Olarak Sulh Kurumu, Niğde Ömer Halisdemir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi.
- ILDIR, G. (2003), Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler), Ankara.
- MEHDİYEVA, A. (2021), “Uluslararası Ticari Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, s.3 (Çevrimiçi) <http://nek.istanbul.edu.tr:4444/ekos/TEZ/ET002809.pdf> (E.T:07.05.2024).
- NOMER, E. (2017), Devletler Hususi Hukuku: Kanunlar İhtilafı Hukuku - Milletlerarası Usul Hukuku - Yabancı Mahkeme Ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, 22. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları.
- OMARİ, M. (2023), Uluslararası Ticari Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümünün En Az Gelişmiş Ülkelerde Uygulamasının Değerlendirilmesi, Bursa Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Anabilim Dalı, s. 116 (Çevrimiçi), <https://acikerisim.uludag.edu.tr/server/api/core/bitstreams/61ad806f-61d7-4a67-b404-00a219d51eae/content>, (E.T:07.05.2024).
- ÖZBAY, İ. (2006), “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri”, Erzurum Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 3-4, s. 459, (Çevrimiçi) https://hukukdergi.ebyu.edu.tr/wpcontent/uploads/2015/10/2006_X_2_17.pdf, (E.T:07.05.2024).
- ŞANLI, C. (2013), “Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları”, 5. Basım, İstanbul: Beta Yayınları.
- ŞANLI, C., ESEN, E., ATAMAN- FİGANMEŞE, İ. (2018), Milletlerarası Özel Hukuk, 6. Baskı., İstanbul: Vedat, s. 616-617.

İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇU



Dr. Öğr. Üyesi Ramazan ARITÜRK

"Av. Dr. Ramazan Arıtürk'ün doktora tezi olan İhaleye Fesat Karıştırma Suçu, mevzuattaki değişiklikler ve güncel içtihatlar ışığında yayınlanmıştır. Kitapta ihale süreçleri, bu süreçlerde ortaya çıkan bazı fiiller ve buna bağlı suç tipleri incelenmiştir."

seçkin
AKADEMİK VE MESLEKİ YATIRIMLAR

ULUSLARARASI TİCARETTE TESLİM ŞEKİLLERİ VE KULLANILAN ÖDEME ARAÇLARI

Giriş

Uluslararası ticaret; sermaye, mal ve hizmetlerin uluslararası sınırlar veya bölgeler arasında değişimidir. Uluslararası ticaret, devletlerin farklı ihtiyaçlarının karşılanmasını sağladığı gibi pek çok devletin gelir kaynakları arasında büyük bir paya sahiptir. Bildiğiniz üzere insanlık tarihi boyunca uluslararası ticaret yapılmış ancak teknolojinin de ilerlemesiyle

son yüzyıllarda uluslararası ticaretin önemi çok daha fazla artmıştır. Bu sebeple gün geçtikçe uluslararası ticaretin ekonomik ve hukuki zeminini sağlamlaştırmak ve gelişen teknolojiye uyum sağlayarak ticaretin sağlıklı şekilde yapılabilmesi amacıyla farklı teslim şekilleri ve ödeme araçları kullanılmaktadır. Bu yazımızda da öncelikle ihracat ve ithalat kavramlarının tanımları yapılacak, genel



kavramlar üzerinden uluslararası ticarete teslim şekilleri ve kullanılan ödeme araçları incelenecektir.

I. Teslim Şekilleri (INCOTERMS)

İhracat, yerli mal ve hizmetlerin diğer ülkelere satılması işlemlerini içerir ve ülkeye para girişi sağlanmış olur. İthalat ise ihracatın tam tersi olarak bir ülkeye başka bir ülkeden mal ve hizmet getirilmesi işlemlerini kapsar. Teslim şekilleri ve kullanılan ödeme araçlarının irdelenmesi açısından bu kavramlar önem taşımaktadır.

Milletlerarası Ticaret Odası (ICC)'nın 27 Eylül 2010 tarihinde Incoterms 2010 revizyonunu yayınlamasıyla uluslararası teslim şekilleri değişikliğe uğrayarak söz konusu revizyon 1 Ocak 2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir. International Commercial Terms kelimelerinin kısaltılarak elde edilmesiyle oluşan Incoterms terimi uluslararası boyutta teslim şekillerini ifade etmektedir.

Bahsi geçen revizyon ile yukarıda sayılan teslim şekillerine ilişkin kurallardan Sınırdaki Teslim, Gemide Teslim, Rıhtımda Teslim ve Gümrük Resmi Ödenmemiş Olarak Teslim kuralları kaldırılmıştır. Bunların yerine Terminalde Teslim ile Belirlenen Yerde Teslim kuralları eklenerek Incoterms kurallarının sayısı 11'e indirilmiştir.

1. İş yerinde Teslim / Ex Works (EXW):

Satıcının kendi yerinde veya belirlenen başka bir yerde malları alıcının tasarrufuna bırakması şeklinde tanımlanabilir. Satıcı, malları belirlenen yere tevdi ederek alıcıya durumu bildirir. Satıcının sözleşme

koşullarına uygun olarak belirlenen yerde ve tarihte malları alıcıya teslim etmesiyle satıcı sorumluluktan kurtulur. Mallara ilişkin olarak; malların bedelini ödeme, bütün idari ve gümrük izinlerini ve işlemlerini yerine getirme gibi tüm sorumluluklar alıcıya aittir. Malların satıcının iş yerinden teslim alınmasıyla bütün sorumluluk alıcıya geçer. Satıcı açısından minimum sorumluluğu içeren bu teslim türü iç ticaret için daha uygun bir yöntemdir.

2. Taşıyıcıya Masrafsız / Free Carrier (FCA):

Satıcının ticarete konu malları kendi yerinde veya belirlenen başka bir yerde alıcının tayin ettiği bir taşıyıcıya veya başkasına teslim etmesidir. Bu teslim şeklinde iş yerinde teslimden farklı olarak satıcı gerekli tüm idari izinleri alarak gümrük işlemlerini tamamlar ve akabinde belirlenen yer ve tarihte taşıyıcıya devrederek sorumluluktan kurtulur. Bu aşamadan sonra mallara ilişkin tüm risk ve



masraf alıcıya ait olur. Taşıyıcıya Masrafsız Teslim şekli İş yerinde Teslim şekline göre uluslararası ticarete daha uygundur.

3. Taşıma Ödenmiş Olarak / Carriage Paid To (CPT):

Teslim şeklinde satıcı malları kendi seçtiği taşıyıcı veya başka birine belirlenen yerde teslim eder. Satıcı malların belirtilen varış yerine getirilmesi için gerekli taşıma sözleşmesini yapar ve taşıma masraflarını öder. Satıcının malları ilk taşıyıcıya teslim etmesiyle satıcı sorumluluktan kurtulur ve bu noktada mallarla ilgili bütün risk ve navlun bedeli dışındaki tüm masraflar alıcıya geçer.

4. Taşıma ve Sigorta Ödenmiş Olarak / Carriage and Insured Paid To (CIP):

Satıcı malları kendi seçtiği bir taşıyıcı veya başka birine belirlenen yerde teslim eder ve belirtilen yere getirilmesi gereken taşıma sözleşmesini yaparak taşıma masraflarını öder.

5. Terminalde Teslim / Delivered At Terminal (DAT) (Yürürlük: 01.01.2011):

Bu teslim şeklinde satıcı, malları belirlenen yerde veya limanda taşıma aracından boşaltılmış şekilde alıcının tasarrufuna bırakır.

6. Belirlenen Yerde Teslim / Delivered At Place (DAP) (Yürürlük: 01.01.2011):

Burada ise terminalde teslimden farklı olarak satıcı, malları belirlenen yerde veya limanda taşıma aracından boşaltılmamış olarak malları alıcının tasarrufuna bırakır.

7. Gümrük Vergileri Ödenmiş Olarak / Delivered Duty Paid (DDP):

Bu teslim şeklinde, satıcı malları gümrüklenmiş olarak

ve belirlenen yere ulaşan taşıma aracında boşaltmaya hazır şekilde malı bulundurarak ve burada alıcının tasarrufuna bırakarak teslim eder. Temel olarak 2011 yılında yürürlükten kaldırılan Gümrük Vergileri Ödenmemiş Olarak Teslim Şekilleri kurallarını içerirse de buradaki fark gümrük vergilerinin satıcı tarafından ödenmesidir. Bu teslim şekli, satıcı açısından en fazla yükümlülüğü içermektedir.

8. Gemi Doğrultusunda Masrafsız / Free Alongside Ship (FAS):

Satıcının malları belirlenmiş olan yükleme limanında, alıcının seçtiği geminin rıhtım veya mavnası gibi doğrultusunda bırakarak alıcıya teslim etmesidir. Mallar konteynerde ise satıcı malları gemi doğrultusu yerine bir terminalde taşıyıcıya teslim etmesi mümkündür. Ancak bu şekilde Taşıyıcıya Masrafsız (FCA) kurallarının uygulanması gerekmektedir. Gemi Doğrultusunda Masrafsız Teslim şeklinde satıcı malları geminin yanına getirme sorumluluğundadır. Teslimden itibaren tüm rizikolar alıcıya ait olacaktır.

9. Gemide Masrafsız / Free On Board (FOB):

Bu kuralda satıcı malları belirlenen yer ve tarihte, alıcının temin ettiği gemiye yükleyerek teslim eder. Mallar geminin güvertesine geçtikten sonra her türlü riziko ve masraflar alıcıya aittir. Gemide Masrafsız Teslim kuralı, doğal olarak malların gemiye yüklenmeden terminalde teslim edildiği durumlar için uygun değildir. Bu durumlarda, mesela malların konteynerde olduğu durumlarda, Taşıyıcıya Masrafsız (FCA) kurallarının uygulanması daha doğrudur.

10. Masraflar ve Navlun / Cost and Freight (CFR): Satıcı malları gemide teslim eder veya zaten gemide teslim edilmiş malları tedarik eder. Burada satıcının teslim sorumluluğu, mallar ilgili taşıyıcıya tevdi edildiğinde son bulur. Satıcı, tüm masraf ve riski üstlenerek malları limana getirir, gümrük işlemlerini yaptırarak navlun ücretini öder ve teslimi gerçekleştirir. Bu kural, malların limanda teslim edildiği, malların konteynerde olduğu gibi durumlarda uygulanamaz. Bu durumlarda Taşıma Ödenmiş Olarak Teslim (CPT) kuralının uygulanması daha doğrudur.

11. Masraflar, Sigorta ve Navlun / Cost, Insurance And Freight (CIF): Satıcı malları gemide teslim eder veya zaten gemide teslim edilmiş malları tedarik eder. Bir önceki kuraldan farklı olarak burada satıcı, gümrük işlemleri ve navlunun yanı sıra sigorta primini öder ve malın cinsine uygun en dar kapsamlı deniz nakliyat sigortasını yaptırmaktadır. Yine burada da malların gemiye yüklenmeden terminalde alıcıya teslim edildiği durumlarda bu kural uygun değildir.

12. Sınırdan Teslim / Delivered At Frontier (DAF) (2011 Yılında Yürürlükten Kaldırılmıştır)

13. Gemide Teslim / Delivered Ex Ship (DES) (2011 Yılında Yürürlükten Kaldırılmıştır)

14. Rihtımda Teslim (Gümrük Vergi ve Harçları Ödenmiş Olarak) / Delivered Ex Quay (Duty Paid) (DEQ) (2011 Yılında Yürürlükten Kaldırılmıştır)

15. Gümrük Resmi Ödenmemiş Olarak Teslim / Delivered Duty Unpaid (DDU) (2011 Yılında Yürürlükten Kaldırılmıştır)

II. Ödeme Şekilleri

Uluslararası ödemelerin en büyük bölümünü, uluslararası emtia ticareti teşkil etmektedir. Satılan malların bedelleri konvertibl döviz ile ödenmektedir. Konvertibl döviz kavramı, farklı ülkelerin para birimlerinin arasında yapılan değişim işlemlerini ifade etmektedir. Uluslararası işlem yapan bankalar aracılığı ile ödeme işlemleri yapılmaktadır. Bu ödemeleri sağlayan çeşitli ödeme yöntemleri bulunmaktadır.

1. Peşin Ödeme (Cash Payment / Advance Payment / Cash Before Delivery): Peşin ödeme şeklinde henüz mallar sevk edilmeden, ithalatçı mal bedelini ihracatçıya öder. Burada ihracatçı herhangi bir risk üstlenmez; malların sipariş edilene uymaması, malların sevkinde gecikme gibi tüm riskler ithalatçı üzerindedir.

2. Mal Mukabili Ödeme (Cash Against Goods): Mal Mukabili Ödeme şeklinde ise Peşin Ödeme şeklinin aksine; ithalatçı mal bedelini malların sevkîyatından sonra ihracatçıya öder. Bu ödeme şekli, ihracatçının en çok riski üstlendiği ödeme şeklidir.

3. Vesaik Mukabili Ödeme (Cash Against Documents / Documentary Collections): Vesaik mukabili ödeme şeklinde, ithalatçı ve ihracatçı arasındaki satış sözleşmesine uygun olarak ihracatçı, malları ithalatçıya sevk ettikten sonra temsili sevk belgelerini mal bedelinin tahsili karşılığında ithalatçıya teslim

edilmek üzere bankaya iletir.

4. Kabul Kredili Ödeme (Acceptance Credit): Bu ödeme şeklinde ise ithalatçı ve ihracatçı arasındaki sözleşme kapsamında, malların ödemesi malların sevk edilmesinden belli bir süre sonraya bırakılmaktadır. Burada mal bedelinin belirli bir vadede ödenmesini taahhüt ve garanti eden poliçe veya bono verilmektedir.

- **Kabul Kredili Akreditif:** Uluslararası mevzuat kapsamında açılmış olan akreditiflerde, sevk belgelerinin ve birlikte sunulan poliçenin ithalatçının bankası veya muhabir bankaca kabulü ile serbest bırakılarak bedellerin vadesinde ödenmesine imkân tanır.
- **Kabul Kredili Vesaik Mukabili:** Burada ise banka sevk belgelerini ve ekli poliçeyi ithalatçının kabulünü takiben ithalatçıya teslim eder. Akabinde vadesinde mal bedeli ithalatçıya ödenir.
- **Kabul Kredili Mal Mukabili:** Kabul kredili mal mukabilinde malın ithalatçı tarafından teslim alınması ve poliçeyi kabul etmesi akabinde vadesinde ödeme gerçekleştirilmektedir.

5. Akreditifli Ödeme (Letter of Credit): İthalatçının talimatı kapsamında, ithalatçının çalıştığı bankanın belirli bir meblağ ve vade tarihi doğrultusunda; ihracatçının, ihraç ettiği mallara ilişkin belgeleri ibraz etmesi ve banka tarafından ihracatçıya ödeme yapılmasıdır. İki taraf için de avantajlı bir ödeme şeklidir.

6. Banka Ödeme Yükümlülüğü - Bank Payment Obligation (BPO): Bu yeni ödeme şeklinde ise gerçekleşecek alışveriş sadece elektronik ortamda verilerin başarılı olarak eşleşmesi ile mümkün olmaktadır. Alıcının bankasının satıcının bankasına verdiği geri dönülemez ve bağımsız bir ödeme taahhüdü söz konusudur. Mal mukabili ödeme ve akreditif ödemenin birleştirildiği bir yöntemdir.

Bu şekilde, yazımızın başında belirttiğimiz gibi genel kavramlar üzerinden uluslararası teslim şekilleri ile ödeme yöntemleri tanımlanmıştır. Teknolojinin gelişmesi ve ihtiyaçlar kapsamında bu kavramlardan bazıları işlevselliğini yitirmekte ve yeni yöntemler literatüre girmektedir ve bu değişim uluslararası ticaret yapıldığı süreçte devam edecektir.

KAYNAKÇA

- Incoterms 2010 – ICC Kuralları
- <https://gumrukrehberi.gov.tr/>
- <http://www.gumrukmusavir.com/>

MİLLETLERARASI TAHKİMDE DELİL İKAMESİ HAKKINDA ULUSLARARASI BAROLAR BİRLİĞİ KURALLARI



Giriş

Milletlerarası tahkim; sunduğu hızlı, adil ve uygulanabilir bir uyuşmazlık çözüm süreci niteliği ile devletlerin yargılamasına alternatif olarak uluslararası faaliyet gösteren firmalar bakımından tercih edilen bir yöntem haline gelmiştir. Tahkim yargılaması sürecinde uygulanacak maddi hukuk ve usul hukuku kurallarının yanında, tarafların iddialarına yönelik sunacakları delillerin yeknesak bir kurallar çerçevesinde değerlendirilebilmesi amacıyla Uluslararası Barolar Birliği ("IBA") tarafından Milletlerarası Tahkimde Delil İkamesi Hakkında Uluslararası Barolar Birliği Kuralları ("IBA Delil Kuralları") yayınlanmıştır. IBA Delil Kuralları, milletlerarası tahkim sürecinde uygulayıcılara bir rehber olmaktadır. Bu çalışmada, IBA Delil Kuralları'nın

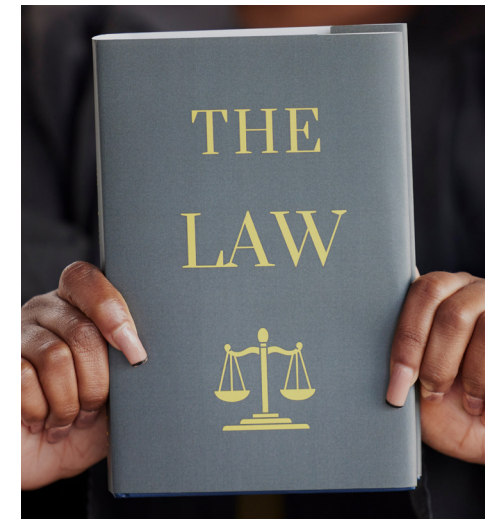
milletlerarası tahkimdeki yeri, bağlayıcılığı ve kapsamında yer alan kurallar incelenenektir.

I. Deliller Bakımından Uygulanacak Hukuk A. Milletlerarası Tahkimde Uygulanacak Hukuk

Milletlerarası tahkim, uluslararası nitelikteki uyuşmazlıklar bakımından alanında uzman hakemler aracılığıyla daha adil ve daha hızlı bir yargılama sürecine olanak vermesi sebebiyle tercih edilen bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir.¹

Tahkimin hangi durumlarda milletlerarası nitelik taşıdığının tespiti Milletlerarası Tahkim Kanunu² ("MTK") aracılığıyla mümkündür. MTK'ye göre; yabancılık unsuru taşıyan

tahkim milletlerarası tahkim niteliği taşımaktadır. MTK'nin 2'nci maddesinde; "1. Tahkim anlaşmasının taraflarının yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin ayrı devletlerde bulunması; 2. Tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin; a) Tahkim anlaşmasında belirtilen veya bu anlaşmaya dayanarak tespit edilen hâllerde tahkim yerinden, b) Asıl sözleşmeden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği yerden veya uyuşmazlık konusunun en çok bağlantılı olduğu yerden, başka bir devlette bulunması, 3. Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşmeye taraf olan şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına göre yabancı sermaye getirmiş olması veya bu sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışından sermaye sağlanması amacıyla kredi ve/veya güvence sözleşmeleri yapılmasının gerekli olması, 4. Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşme veya hukukî ilişkinin, bir ülkeden diğerine sermaye veya mal geçişini



gerçekleştirilmesi" durumlarının birinin varlığında tahkimin, milletlerarası tahkim olarak kabul edileceği belirtilmektedir.

Milletlerarası tahkim kapsamında yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar bakımından birden fazla hukuk sistemi gündeme gelebilmektedir. Bu nedenle yargılama sürecinin başında milletlerarası tahkimde uygulanacak hukuku tespit etmek öncelik taşımaktadır.

Milletlerarası tahkim yargılamalarında uygulanacak hukuk, tahkim yeri hukuku olup tahkim yerinin milletlerarası tahkime ilişkin emredici hükümleri yargılamada uygulanır. Tahkim yerinin milletlerarası emredici hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla taraflar tahkim yargılamasına uygulanacak kuralları belirleyebilirler.³ Bu durum MTK'nin 8'inci maddesinin ilk fıkrasında; tarafların tahkim yargılamasında uygulanacak kuralları MTK'nin emredici hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla kararlaştırabilecekleri veya bir kanun, milletlerarası veya kurumsal tahkim kurallarına atıfta bulunmak suretiyle belirleyebilecekleri şeklinde düzenlenmektedir.

Tahkim yeri hukukunun uygulanacak hukuk olması sebebiyle tahkim yeri ile ilgili MTK düzenlemesine değinmek gerekmektedir. MTK'nin 9'uncu maddesinde belirtildiği üzere; tahkim yeri; taraflarca serbestçe kararlaştırılabilir. Tarafların tahkim yerini seçmemiş olmaları halinde tahkim kurumu tarafından veya hakemler tarafından somut uyuşmazlığın koşullarına göre belirlenebilmektedir.

B. Milletlerarası Tahkimde İspat Yükü ve Deliller Konusunda Uygulanacak Hukuk

Bir yargılama sürecinde tarafların iddialarını ispatlamak üzere kullandıkları araçlar delil olarak adlandırılmaktadır. Taleplerin haklılığı, ispat hukuku çerçevesinde deliller vasıtasıyla değerlendirilebilmektedir. Delillerin ikamesi; delil türleri, ispat yükü, iddiaların hangi delillerle ispatlanacağı gibi ispat hukuku bakımından incelenen konulardan biri olarak karşımıza çıkmaktadır.⁴

İspat, hem usul hukuku hem maddi hukuk kuralları ile ilgilidir. Kıta Avrupası hukuk sisteminde durum böyleyken Anglo Sakson hukuk sistemi bakımından ispat usul hukuku kapsamına girmektedir. Türkiye’de de kural olarak ispat usul hukuku kapsamında kabul edilse de maddi hukuk tarafından yapılan bir düzenleme olduğunda ilgili yargılama sürecinde uygulama alanı bulur. Bu nedenle milletlerarası yargılamada uyuşmazlığa uygulanan maddi hukuk ispata ilişkin bir kural getiriyorsa bu kuralın uygulanması gerekmektedir.⁵

Milletlerarası tahkimde de deliller bakımından uygulanacak hukuk; kural olarak tahkim sürecinde yargılamanın usulüne uygulanacak hukuk olarak kabul edilmektedir.⁶

Milletlerarası tahkim yargılamasının sahip olduğu çok uluslu nitelik sebebiyle uygulamada milli çerçevede belirlenen milletlerarası tahkim kurallarında ve kurumsal tahkim merkezleri kurallarında delillere yönelik düzenlemelere çok az sayıda rastlanmaktadır. Özellikle Anglo Sakson Hukuk Sistemi ve Kıta Avrupası Hukuk Sistemi arasındaki

farklı uygulamaları en aza indirebilmek ve yekneksaklık sağlamak amacıyla IBA Delil Kuralları uygulama alanı bulmaktadır.⁷

II. Milletlerarası Tahkimde Delil İkamesi Hakkında Uluslararası Barolar Birliği Kurallarının Yeri ve Bağlayıcılığı

IBA Delil Kuralları, IBA tarafından 17 Aralık 2020 tarihinde; aynı başlık altında 1999 ve 2010 yıllarında yayınlanan kuralların revize edilmesi suretiyle kabul edilmiştir.⁸ IBA Delil Kuralları uluslararası rehber niteliği taşımaktadır. IBA Delil Kuralları, farklı uygulamalardan gelen tarafların uyuşmazlıklarının çözümünde tahkime uygulanacak hukuk kurallarını, kurumsal ve ad hoc tahkim kurallarını tamamlayıcı özelliktedir.⁹ IBA Delil Kuralları da, kurumsal tahkim merkezlerinin düzenlendiği kurallar gibi tarafların bu kuralların uygulanması konusunda anlaşma sağlamaları halinde bağlayıcı nitelik kazanmaktadır.¹⁰ IBA Delil Kuralları’nın uygulanabilmesi için tarafların bu yönde anlaşma sağlaması veya hakem heyeti tarafından bu yönde bir karar verilmesi gerekmektedir.¹¹ IBA Delil Kuralları’nın bir kısmı veya tamamı tahkim yargılamasında uygulanabileceği gibi değiştirilerek veya sadece bir rehber niteliğinde kullanmak da mümkündür.¹²

III. Milletlerarası Tahkimde Delil İkamesi Hakkında Uluslararası Barolar Birliği Kuralları

Bu bölümde IBA Delil Kuralları başlıklar halinde açıklanmaktadır. Kurallara ilişkin değerlendirme son bölümde gerçekleştirilecektir.

A. Uygulanma Kapsamı

Tahkim yargılamasında, tahkim yerinin emredici nitelikteki milletlerarası tahkim kurallarına aykırı olmamak şartıyla tarafların kabul ettiği kurallar ve boşluk olduğu durumlarda hakemlerin belirlediği kurallar uygulanabilmekte olup IBA Delil Kuralları’nın uygulanmasına karar verilmesi halinde anlaşma sağlandığı şekilde kurallar uygulama alanı bulur veya hakemler tarafından bir rehber olarak kabul edilebilir.¹³ Tahkimin yürütülmesinde uygulanan kurumsal, ad hoc veya farklı kurallar ile IBA Delil Kuralları arasında çelişki olması durumunda, taraflar aksini kararlaştırmadığı sürece, hakem heyeti IBA Delil Kuralları ve diğer kuralların amaçlarına uygun olacak şekilde kuralları uygular.

Aksine bir anlaşma bulunmadığı takdirde; IBA Delil Kuralları’nın uygulanacağı yönünde yapılan anlaşmanın tarihinde yürürlükte olan kurallar uygulanır. IBA Delil Kuralları’nın anlamına ilişkin uyuşmazlık olması halinde hakemlere tahkim yargılamasının şartlarına uygun olacak biçimde yorum imkanı getirilmiştir.

B. Deliller ile İlgili Hususlarda İstisna

Hakem heyeti taraflar ile görüşme sağlayarak delillerin sunulmasına dair zamanı, usulü ve kapsamı belirler. Bu çerçevede; bilirkişi raporları, tanık ifadeleri, sözlü ifadelerin alınması, belgelerin sunulmasına ilişkin şartlar, delillere yönelik gizlilik ve veri güvenliğine ilişkin hususlar değerlendirilir. Hakem heyeti, tarafları dava ile ilgili ön sorun olarak incelenebilecek, davaya etki edecek konuları bildirmeye teşvik eder.

C. Belgeler

Uyuşmazlığın tarafları, kendilerinde mevcut olan tüm belgeleri, belirlenen süre içerisinde, hakem heyetine ve diğer tarafa sunar. Hakem heyetinin belirlediği süre zarfında her bir taraf diğer taraflardan belge sunulmasına yönelik istemde bulunabilir (“İbraz İstemi”).

Uyuşmazlığın tarafları, kendilerinde mevcut olan tüm belgeleri, belirlenen süre içerisinde, hakem heyetine ve diğer tarafa sunar. Hakem heyetinin belirlediği süre zarfında her bir taraf diğer taraflardan belge sunulmasına yönelik istemde bulunabilir (“İbraz İstemi”).

İbraz İstemi’nde bulunan tarafın, söz konusu belgelerin tespitini sağlayacak nitelikte bir talepte bulunması gerekmektedir. Talep eden tarafın, belgelerin varlığına kanaat getirilecek şekilde arama yöntemlerini belirlemesi de beklenir. Bu konuda hakem heyeti tarafından da arama yöntemine yönelik belirleme yapılması mümkündür. Talep edilen belgelerin dava ile ilgisinin ve dava sonucuna etkisinin belirtilmesi, söz konusu belgelerin neden talep eden tarafından sunulmadığı ve talep edilen belgelerin neden diğer tarafta olduğuna dair hususların açıklanması beklenir.

Kendisinden İbraz İstemi’nde bulunulan taraf, hakem heyetinin verdiği süre içerisinde ibraza yönelik bir itirazı olmadığı takdirde hakem heyetine talep edilen belgeleri sunmakla yükümlüdür. İbraz İstemi’ne itiraz olması durumunda kendisine verilen süre içerisinde bu itirazı

yazılı bir şekilde gerçekleştirmesi gerekir. İtiraz bakımından sıralanan sebeplerden birinin varlığı aranmaktadır: (i) IBA Delil Kuralları 3.3'üncü madde kapsamında; İbraz İstemi'nin taşınması gereken nitelikleri taşınamaması (ii) IBA Delil Kuralları 9.2'nci madde kapsamında; taraflardan birinin talebi üzerine hakem heyeti tarafından tahkim yargılamasının dışında tutulması (iii) IBA Delil Kuralları 9.3'üncü madde kapsamında; hukuka aykırı olarak elde edilmiş bir delil olması.

Hakem heyetinin talimat vermesi halinde talep eden taraf itiraza karşı cevap sunma hakkına sahiptir. Hakem heyeti itirazlar bakımından bir müzakere ortamı sağlar. Taraflardan birinin talebi üzerine; hakem heyeti İbraz İstemi'ne yönelik getirilen itiraz konusunda bir karar vermesini talep edebilir. Hakem heyetinin ibraz kararı üzerine; söz konusu belgeler hakem heyetine sunulur. İbraz İstemi'ne yönelik itiraz bakımından, istisnai olarak, hakem heyeti bağımsız ve tarafsız bir bilirkişi atayarak bilirkişi raporu üzerinden bir karar verebilir. Bu halde bilirkişi sır saklama yükümlülüğü altındadır, belge hakem heyeti veya taraflara ifşa edilemez.

Taraflardan birinin tahkime taraf olmayan bir kişi ve kuruluştan edinilmesi gereken bir belge talep etmesi halinde; taraflar hakem heyetinin kendisine verdiği süre içerisinde ilgili belgenin elde edilmesi için hakem heyetinden hukuki girişimde bulunulmasını talep edebilir veya kendisinin bu süreci bizzat yürütmesi için izin isteyebilir. Hakem

heyeti, belgelerin davanın sonucuna etkisinin olduğuna, İbraz İstemi'nin taşınması gereken özellikleri taşıdığına, tahkim yargılaması dışında tutulan bir belge olmadığına veya hukuka aykırı elde edilmiş bir delil olmadığına kanaat getirirse bu konuda uygun gördüğü girişimlerde bulunur veya tarafları girişimlerde bulunma hususunda yetkilendirir.

Hakem heyeti; tahkim yargılaması sona ermeden önce taraflardan belge ibraz etmesini isteyebilir, tahkim yargılamasına taraf olmayan kişi veya kuruluşlardan belge edinilmesinin gerekmesi halinde uygun girişimlerde bulunabilir veya taraflardan bu konuda gayret göstermelerini sağlayabilir. Tarafların bu halde itiraz hakları saklıdır. Tarafların, hakem heyetinin verdiği süre içerisinde ek belge sunmaları mümkündür. Taraflarca veya hakem heyetince aksi kararlaştırılmadığı sürece; belgelerin asıllarına uygun olması gerekir ve hakem heyeti tarafından istenilmesi halinde aslı sunulur; elektronik ortamda bulunan belgeler ekonomik ve elverişli bir şekilde sunulur; taraflar belgelerin birden fazla kopyasını sunmakla yükümlü değildir; İbraz İstemi'ne cevaben sunulan belgelerin tercüme edilmesi gerekli değildir; tahkim dilinden farklı bir dilde olan belgeler tercümeleri ile birlikte tercüme şerhi ile hakem heyetine sunulur.

Tahkim yargılaması esnasında sunulan kamuya açık olmayan belgeler gizli tutulur ve sadece tahkim yargılaması için kullanılır. Gizlilik yükümlülüğünün istisnalar şu

şekildedir: (i) bir tarafın bilgi açıklamasının hukuki bir yükümlülüğünü yerine getirmesi; (ii) hukuki bir hakkını koruması; (iii) bir kararı devlet mahkemeleri veya diğer yargı organları nezdinde icraya koyması veya (iv) itiraz etmesi için gerekli olduğu haller. Hakem heyeti gizlilik yükümlülüğüne ilişkin kararlar alabilir.

Belge ibrazına yönelik zamanın belirlenmesi bakımından hakem heyeti tahkim yargılamasının yetki sorunu, tazminat, sorumluluk gibi farklı aşamalara sahip olması durumunda her bir aşama için ayrı zamanlar belirleyebilir.

D. Tanıklar

Taraflar, kendilerine verilen süre içerisinde tanıklarını ve tanık ifadelerinin konusunu hakem heyetine bildirir. Tarafların çalışanı, temsilcisi herkes tanık olabilir. Bir tarafın çalışanlarının, hukuk danışmanlarının veya temsilcilerinin tanıklarla görüşmesi ve ifadeleri tartışması usulsüz sayılmamaktadır. Hakem heyeti, tarafların dinletmek istediği tanıkların yazılı tanık ifadesini hakem heyetine ve diğer taraflara sunmasına karar verebilir.

Yazılı tanık ifadesi; tanığın ismi ve adresi, tanığın taraflar ile olan mevcut ve geçmiş ilişkisi, eğitim ve tecrübesi, uyuşmazlık konusuyla ilgili tam ve detaylı açıklama ile birlikte tanığın bilgisinin kaynağı, tanığın ifadesinde dayandığı belgeler varsa ilgili belgeler, yazılı tanık ifadesinde kullanılan esas dil ve duruşmada tanığın hangi dilde ifade vereceğine ilişkin beyan, tanığın yazılı ifadesinin doğru olduğuna ilişkin

beyan, tanığın imzası, beyanın tarihi ve yeri hususlarını içermelidir.

Yazılı tanık ifadeleri sunulduktan sonra diğer tarafın yazılı tanık ifadelerine, bilirkişi raporlarına ve tahkimde daha önce sunulmamış dilekçelerine veya daha önce beyan edilemeyen yeni olgusal gelişmelere yönelik ek yazılı tanık ifadeleri sunulabilir. Duruşmada hazır bulunması istenen bir tanığın geçerli bir mazeret olmaksızın duruşmada hazır bulunmaması halinde aksi kararlaştırılmadıkça söz konusu tanığın ifadeleri dikkate alınmaz. Diğer taraflar, duruşmada hazır bulunması talep edilmeyen tanığın yazılı tanık ifadesi kabul etmiş sayılmazlar.

Taraflardan birisi, gönüllü olarak tanık olmayacak birinin ifadesine ihtiyaç duyarsa; tanığın kimliğini, hangi konularda ifadesine ihtiyaç duyulduğunu, tanıklığın davanın sonucuna etkisini belirtmek suretiyle hakem heyetinden girişimde bulunmasını ve bu amaçla kendisine yetki verilmesini talep edebilir.

Hakem heyeti yargılamayı sonlandırmadan önce tanık olarak gösterilmeyen bir kişinin duruşmada hazır bulunması için tanıkların bu konuda gayret göstermesini isteyebilir. Tarafların, IBA Delil Kuralları 9.2'nci ve 9.3'üncü maddelerinde düzenlenen "delilin tahkim yargılamasının dışında tutulması" veya "hukuka aykırı delil" sebeplerinden dolayı itiraz hakkı bulunmaktadır.

E. Bilirkişiler

Bilirkişiler IBA Delil Kuralları kapsamında tarafça atanan ve hakem heyeti tarafından

atanan bilirkişiler olarak iki grupta düzenlenmektedir.

Taraflar, kendileri tarafından atanan bilirkişiyi ve konusunu hakem heyeti tarafından verilen süre içerisinde belirtir ve bilirkişi raporunu sunar. Hakem heyeti ise taraflar ile müzakere ettikten sonra bağımsız bir bilirkişi atayarak rapor hazırlamasını isteyebilir. Tarafların, hakem heyetinin atadığı bilirkişiye itiraz etme hakları bulunmaktadır. Hakem heyeti tarafından atanan bilirkişinin raporuna karşı tarafların yazılı beyan sunma imkanı vardır.

F. Keşif

Hakem heyeti tarafların talebi üzerine veya resen gerekli gördüğü saha, mal, rapor gibi her türlü sahayı, ürünü ve belgeleri inceleyebilir. Tarafların ve temsilcilerinin hakem heyeti tarafından gerçekleştirilen keşfe katılması mümkündür.

G. İspat Duruşması

Taraflar, hakem heyeti tarafından dinlenilmesini istediği tanıkları heyete ve taraflara bildirir ve duruşmada hazır bulundurur. İspat duruşmasının uzaktan duruşma şeklinde gerçekleştirilmesi mümkündür. Uzaktan duruşmanın sorunsuz bir şekilde yürütülebilmesi için kullanılacak sistemin detayları belirlenir ve bu konuda bir protokol oluşturulabilir. IBA Delil Kuralları kapsamında sözlü ifade verecek tanıkların olumsuz etkilenmemesi için alınması gereken tedbirler de belirlenir.

Hakem heyeti duruşmanın düzenini sağlar, taraflar hakem heyetinin belirlediği sırayla

tanıklara soru sorabilir. Duruşmada tanıklardan sonra bilirkişiler dinlenir. Tarafların bilirkişilere de soru sorma imkanı bulunmaktadır.

H. Delillerin Kabul Edilebilirliği ve Değerlendirilmesi

Hakem heyeti delilleri değerlendirir ve davayla olan ilgisini takdir eder. Hakem heyeti bazı delillerin tümünü veya bir kısmını IBA Delil Kuralları'nın 9'uncu maddesinde belirtilen durumlarda tahkim yargılaması dışında tutabilir. Delillerin davayla ilgili olmadığı, hukuk kurallarına veya etik kurallara göre bir engel veya imtiyaz olduğu, delilin sunulmasının taraflara külfet doğurduğu, ticari veya teknik gizlilik gerektiren ve sır olarak kabul edilmiş durumlar delillerin tahkim yargılaması dışında tutulmasına neden olabilir.

Hakem heyeti, taraflardan birinin talebi üzerine veya resen hukuka aykırı kabul edilen bir delili kabul etmeyebilir.

İbraz İstemi ile talep edilen bir belge ile ilgili olarak; kendisinden belge talep edilen taraf talebe itiraz etmezse veya itirazı üzerine hakem heyeti belgeyi sunmasını isterse; talep edilen belgeyi sunmalıdır. Bu halde belgeyi sunmayan taraf tatmin edici bir açıklama yapamazsa hakem heyeti söz konusu belgenin o tarafın aleyhine olduğu kanaatine varabilir. Bu durum, yazılı tanık delili de dahil olmak üzere dava ile ilgili delillerde de geçerlidir.

Hakem heyeti delillerin ikamesi konusunda bir tarafın iyi niyetli olmadığı kanaatine varırsa IBA Delil Kurallarına göre tedbir alır.

Bununla birlikte, bu hususu delil ikamesinden doğan masraflar dahil olmak üzere tahkim masraflarına yönelik vereceği kararda dikkate alır.

Sonuç

IBA Delil Kuralları, tahkim yargılaması sürecinde tahkime uygulanacak hukukun yanında yardımcı bir nitelik taşımaktadır. Söz konusu kurallar bağlayıcı nitelikte olmayıp bir rehber niteliği taşımaktadır.

IBA Delil Kuralları, taraflar veya hakemler tarafından açıkça uygulanacağını kabul edilmesi halinde bağlayıcı bir özellik kazanmaktadır. IBA Delil Kuralları'nın somut durumun özelliklerinin değerlendirilmesi suretiyle uygulanıp uygulanmayacağı konusunda anlaşmaya varmak önem taşımaktadır. Zira delillerin değerlendirilmesi konusunda IBA Delil Kuralları'nın uygulanması tarafların tahkim yargılamasından bekledikleri faydayı sağlayamamalarına neden olabilir. Tarafların uyuşmazlıkların çözümünde deliller konusunda daha esnek bir yapıya sahip olmak, delillerin ikamesinden kaynaklanan maliyeti azaltmak, kurallar çerçevesinde delil sürecinin yargılamayı yavaşlatmasına engel olmak gibi nedenlerle kuralların uygulanmasından kaçınılırlar. Bunun yanında tarafların delil toplama sürecinin zorluklarını sistematik ve dengeli bir düzende aşabilmek, daha adil ve güvenilir bir yol belirlemek amacıyla IBA Delil Kuralları'nın uygulanmasına da karar verebilmeleri mümkündür.

DİPNOT

- 1 ÇELİKEL, A. / ERDEM, B. (2017), Milletlerarası Özel Hukuk, Beta Yayınları, 15. Baskı, s.786.
- 2 RG. 05.07.2001, S. 24453.
- 3 DEMİR GÖKYAYLA, C. (2021), Milletlerarası Tahkimde Delillerin Toplanmasına Uygulanacak Hukuk, Tahkim ve Uygulanacak Hukuk, Ed. Ziya Akıncı/Berk Demirkol, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, s.404-405.
- 4 ÇELİKEL / ERDEM, s.496.
- 5 ÇELİKEL / ERDEM, s.497.
- 6 DEMİR GÖKYAYLA, s.404.
- 7 ÖMEROĞLU, E. (2021), Milletlerarası Tahkim Yargılamasında Delillerin Toplanmasına İlişkin Prag Kuralları, Tahkim ve Uygulanacak Hukuk, Ed. Ziya Akıncı/Berk Demirkol, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, s.429.
- 8 <https://www.ibanet.org/resources#collapse2>
- 9 Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığı Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü, Tahkime İlişkin Temel Kavramlar, Düzenlemeler ve Güncel Gelişmeler, 2021, s.21.
- 10 DEMİR GÖKYAYLA, s.404-405.
- 11 DEMİR GÖKYAYLA, s.426.
- 12 <https://www.ibanet.org/document?id=IBA-Rules-on-Taking-of-Evidence-2020-Turkish>
- 13 DEMİR GÖKYAYLA, s.426-427.

KAYNAKÇA

- ÇELİKEL, A. / ERDEM, B. (2017), Milletlerarası Özel Hukuk, Beta Yayınları, 15. Baskı, İstanbul.
- DEMİR GÖKYAYLA, C. (2021), Milletlerarası Tahkimde Delillerin Toplanmasına Uygulanacak Hukuk, Tahkim ve Uygulanacak Hukuk, Ed. Ziya Akıncı/Berk Demirkol, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, s. 403-450.
- ÖMEROĞLU, E. (2021), Milletlerarası Tahkim Yargılamasında Delillerin Toplanmasına İlişkin Prag Kuralları, Tahkim ve Uygulanacak Hukuk, Ed. Ziya Akıncı/Berk Demirkol, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, s. 429-450.
- Elektronik Kaynaklar
- Tahkime İlişkin Temel Kavramlar, Düzenlemeler ve Güncel Gelişmeler, Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığı Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü, 2021. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/Publications/TAHK%C4%B0M%20K%C4%B0TABI/TAHK%C4%B0ME%20%C4%B0L%C4%B0C5%9EK%C4%B0N%20TEMEL%20KAVRAMLAR,%20D%C3%9CZENLEMELER%20VE%20G%C3%9CNCEL%20GEL%C4%B0C5%9EMELER.pdf>
- Milletlerarası Tahkimde Delil İkamesi Hakkında Uluslararası Barolar Birliği Kuralları, 2020. <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=def0807b-9fec-43ef-b624-f2cb2af7cf7b>

GRUP ŞİRKETLER DOKTRİNİNE İLİŞKİN İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİ'NİN 17.04.2019 TARİH VE 4A_646/2018 NUMARALI EMSAL KARARI



I. Konu

Federal Mahkeme'de görülen bu davada tahkim şartı içeren bir sözleşmenin ifasına sürekli olarak katılan üçüncü bir tarafın, IPRG md. 178 ve New York Sözleşmesi md. II/2 kapsamında bu tahkim şartını zımni rıza ile kabul etmiş sayılıp sayılmayacağını ele alınmıştır. IPRG md. 178/1'e göre "Tahkim anlaşması yazılı veya metin şeklinde gösterilebilecek başka bir biçimde olmalıdır." New York Sözleşmesi md. II/2'deki düzenlemeye göre ise "'Yazılı anlaşma" terimiyle karşılıklı olarak gönderilen mektup veya telgraflarda bulunan veya taraflarca imzalanmış mukaveleler içine konan hakem şartı veya bir hakem mukavelesi anlaşılır."

II. Vakıalar

Ekim 2009'da Slovenya'da kurulmuş bir şirket olan ve merkez ofisi Ljubljana'da bulunan davacı A, tahkim şartı da içeren "Dağıtım Sözleşmesi" adlı bir sözleşme imzalamıştır. Bu maddeye göre, sözleşmeden doğan ihtilaflar Slovenya'da bir tahkim mahkemesi tarafından karara bağlanacaktır. Dağıtım Sözleşmesi, C tarafından B_X/Y AG adına ve hesabına imzalanmıştır. Aargau kantonunda bulunan davalı B_SA'nın 2006 yılından bu yana davacı A'dan tedarik ettiği gıda ürünlerini İsviçre pazarında satışa sunduğu ve bu iş ilişkisinin tartışmasız olduğu bilinmektedir. Bunun yanında B_SA, Basel merkezli B_X/Y AG ve Innsbruck, Avusturya merkezli B_X GmbH'yi de içeren B Şirketler Grubu'nun bir şirketidir.²

Sözleşmede, sözleşme tarafının kim olduğu konusu, sözleşmenin, diğer taraf olan B_X/Y AG nam ve hesabına C tarafından imzalanması nedeniyle ihtilaflıdır. Çünkü C, o sırada hem B_X/Y AG'nin hem de davalı B_Suisse SA'nın tek imza yetkisine sahip yönetim kurulu üyesidir. Dağıtım Sözleşmesi'nin süresi 31 Aralık 2014 tarihi ile sınırlı olduğu için 2014 yılının ikinci yarısında yeni bir anlaşma yapılması amacıyla müzakerelere başlanmış,

ancak taraflarca bir anlaşma sağlanamamıştır. Buna rağmen taraflar iş ilişkilerini 2015 yılının sonuna kadar sürdürmüşlerdir. Söz konusu bedellerin ödenmemesi üzerine davacı A, 6 Mayıs 2016 tarihinde Aargau Kantonu Ticaret Mahkemesine davalı B_SA'ya karşı dava konusu bedellerin ödenmesi talebiyle dava açmıştır.³

III. Yerel Mahkeme Kararı

Davacı A, Mayıs 2016'da B_SA'ya karşı Aargau Kantonu Ticaret Mahkemesinde yaklaşık 614.000 Euro ve faiz ödenmesi talebiyle dava açmıştır. Davalı ise 2009 tarihinde imzalanan sözleşmede yer alan tahkim şartını ileri sürerek tahkim itirazında bulunmuştur. Mahkeme, davacı ile B_X/Y AG arasında imzalanan 9 Ekim 2009 tarihli Dağıtım Sözleşmesi'nde davalının da bu sözleşmeye taraf olup olmadığını incelememiştir. Bunun yerine Mahkeme, davalının yıllar içindeki davranışlarını göz önüne alarak, tahkim şartını da içeren ana sözleşmeye, zımni bir sözleşme akdi ile katıldığını kabul etmiştir. Mahkeme, davalı tarafın, B_X/Y AG yerine Dağıtım Sözleşmesi'ni ilgili tarafların rızasıyla ifa ederek tahkim sözleşmesinin bizzat tarafı olduğuna kanaat getirmiştir.⁴

Her ne kadar mevcut durum New York Sözleşmesinin II/2 maddesinde yer alan şartları karşılamasa da davacının davranışı çelişkili ve dolayısıyla dürüstlük ilkesine aykırı görünmektedir. Çünkü davalı bir yandan imzası olmamasına rağmen sözleşmeyi yıllarca ifa etmiş, diğer yandan davacı, sözleşmenin B_X/Y AG yerine davalı B_SA tarafından ifasına sadece göz yummakla kalmamış, ifaya



aktif olarak katılmıştır. Öte yandan, davacının çelişkili davranışları mevcut yargılamada da kendini göstermiştir. Davada taraflar, 9 Ekim 2009 tarihli Dağıtım Sözleşmesi'ni kayıtsız şartsız akdettiklerini beyan etmelerine rağmen, davalı tahkim itirazını ileri sürdükten sonra davacı bir tahkim anlaşmasının bulunmadığını iddia etmiştir. Davacının şekil eksikliğine dayalı itirazı bu nedenle dikkate alınmamıştır. Ayrıca mahkeme, sözleşme süresinin sona ermesinin ardından 2015 yılında da sözleşmenin karşılıklı olarak yerine getirilmesi nedeniyle Dağıtım Sözleşmesi'nin

devam ettirildiğine ve zımnen uzamış olduğuna kanaat getirmiştir. Ekim, Kasım ve Aralık 2015'te mal siparişleri ve teslimatlarına ilişkin olarak davacı tarafından ileri sürülen iddialar böylece tahkim sözleşmesi kapsamında olacaktır.

IV. Tarafların İddiaları

Davacı A, yerel mahkeme kararını temyiz etmiştir. Davacı, temyiz sebebi olarak, Dağıtım Sözleşmesi'nde yer alan tahkim şartının şekil ekikliğine ilişkin itirazın hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı olmayacağını ve yerel mahkemenin New York Sözleşmesi md. II/ 2'de yer alan yazılılık şartının değerlendirmeye almadığını ileri sürmüştür. Davalı B_SA ise, kendi adına, tarafların açık iradelerine göre, ayrı ayrı imzaya yetkili temsilcisi C tarafından Ekim 2009'da imzalanan Dağıtım Sözleşmesi'ne zaten kendisinin de taraf olduğunu ileri sürmüştür. Bu nedenle burada yer alan tahkim sözleşmesi zaten taraflarca akdedilmiş olup ayrıca tahkim şartının sözleşmenin ifasına katılım nedeniyle teşmiline başvurulmasına gerek yoktur. Ayrıca, Dağıtım Sözleşmesi B_SA tarafından imzalamamış olsa bile tahkim şartının kendisine de teşmil edeceğini, çünkü bu durumda da tahkim şartı içeren "yabancı" bir sözleşmeye katılmış olduğunu ileri sürmüştür.

V. Federal Mahkeme Kararı

Federal Mahkeme tarafından yapılan incelemede, öncelikle davalının temyiz sebeplerinin kabul edilemez olduğu ve taraflar arasında imzalanan Dağıtım Sözleşmesi'nde "Dağıtıcı" ifadesinin davalı B_SA'yı değil,

B_X/Y AG'yi ifade ettiği ve davalı B_SA'nın tahkim şartını içeren sözleşmeye hiçbir zaman taraf olmadığı ve taraf olma iradesiyle bu sözleşmeye yazılı onay vermediği tespit edilmiştir. Yerel mahkeme kararında, sözleşmenin akdedildiği sırada tarafların, davalının da Dağıtım Sözleşmesi'nin bir tarafı olduğunu kabul etmiş olmaları gerektiğine karar vermiştir. Federal Mahkeme, C'nin tek imza yetkisine sahip yönetim kurulu üyesi sıfatıyla hem B_X/Y AG'nin hem de davalı B_SA'nın bir organı olarak Dağıtım Sözleşmesi'ni imzaladığını, ancak davalının sözleşmedeki tahkim şartına rıza gösterdiğine dair yazılı beyanda bulunmadığı tespit edildiğinden itiraz edilen yerel mahkeme kararını çelişkili bulmuştur. "Dağıtıcı B_X AG" ifadesinin davalıyı kastettiği konusunda akit tarafları arasında anlaşma varken, tarafın yanlış veya eksik belirtilmesi tahkim sözleşmesinin geçerliliğini değiştirmeyecektir. Ancak kimlerin bu tahkim şartı ile bağlı olduğu bir yorum meselesi olup, tahkim sözleşmelerinde yazılılık şartının bir geçerlilik şartı olması bunu etkilemez. Dolayısıyla tahkim şartının teşmili ancak yorum yoluyla değerlendirilebilir.⁵

Yerel mahkeme, tahkim şartı içeren Dağıtım Sözleşmesi'nin akdedildiği tarihte davalının bir irade beyanının mevcut olup olmadığına dair nihai bir inceleme yapmaktan kaçınarak hatalı bir değerlendirme yapmıştır. Ekim 2009'da davacı ve davalı Dağıtım Sözleşmesi'ni akdetmiş olsaydı, her ikisi de bu sözleşmeye taraf olmak istedikleri konusunda anlaştıklarından ve sözleşme, davalının imza yetkilisi tarafından imzalanmış olacağından taraflar artık yazılı bir sözleşmeye dayanacaktı.

Netice itibarıyla itiraz edilen kararın aksine New York Sözleşmesi md. II/2'ye göre geçerli bir tahkim anlaşması mevcut olacaktı.⁶

Federal Mahkeme, yerel mahkemenin gerekçesinden farklı bir gerekçe ile, Dağıtım Sözleşmesi'nin B_X/Y AG yerine davalı B_SA tarafından baştan itibaren ve tüm tarafların muvafakati ile yıllarca ifa edilmiş olduğu gerçeğine dayanarak tahkim anlaşmasının Ekim 2009'da taraflarca akdedilmemiş olsa bile ilgili tarafın tahkim anlaşmasıyla bağlı olduğu sonucuna varmıştır. Sözleşmeden doğan yükümlülüklerin nisbiliği ilkesine göre, bir sözleşmedeki tahkim şartı sadece sözleşme taraflarını bağlar. Bununla birlikte, Federal Mahkeme kararında, belirli koşullar altında, bir tahkim şartının sözleşmeyi imzalamamış ve sözleşmede adı geçmeyen üçüncü kişileri de bağlayabileceğine karar vermiştir. Bir üçüncü

kişinin sözleşmenin ifasına müdahale etmesi durumunda, zımni eylemle tahkim şartına rıza gösterdiği varsayılır. Federal Mahkeme, ana sözleşme tarafları arasında yazılı olarak akdedilen bir tahkim anlaşmasının, öngörülen şekle uyulmasa dahi üçüncü kişilere teşmil edebileceğini karar vermiştir. Mahkemeye göre New York Sözleşmesi md. II/2'de getirilen "taraflarca imzalanmış" olma şartı, tahkim anlaşmasının akit taraflarınca imzalanması gerektiği anlamına gelir. Bu nedenle, örneğin, bir sözleşmeden doğan haklar ve yükümlülükler üçüncü bir kişiye devredildiğinde, üçüncü kişi, burada yer alan tahkim şartıyla bağlı olmak için başka herhangi bir şekil şartını yerine getirmek zorunda değildir. IPRG md. 178/1'deki şekil şartı yalnızca sözleşmenin orijinal taraflarının irade beyanları için geçerli olup, tahkim anlaşmasının üçüncü şahısları bağlayıcılığı



maddi hukuka tabidir.⁷

VI. Doktrin ve İctihat

Federal Mahkeme tarafından ele alınan konu tahkim anlaşmasının nisbiliği sorunu ile ilgilidir. Bir tahkim anlaşmasının nisbiliği, kimlerin tahkim anlaşmasıyla hem aktif hem de pasif olarak bağlı olduğunu, yani hem davacı sıfatıyla tahkim yargılamasına başvurma hem de davalı sıfatıyla tahkim yargılamasında yer alma zorunluluğunun bulunduğunu ifade eder.⁸ Kural olarak tahkim anlaşması, şekil şartına uygun olarak ona taraf olan herkesi bağlar. Ancak bu kuralın da bazı istisnai halleri mevcuttur. İstisnai haller IPRG md. 178/2 ve aynı yönde düzenlemeler içeren New York Sözleşmesi md. II/2'de yer alan şekil şartına ilişkindir. Federal Mahkeme, yazılılık şartının istisnasını teşkil eden hallerde de çoğu zaman diğer tarafın rızasının mevcudiyetini aramaktadır.⁹ Rıza, üçüncü kişiler lehine sözleşmelerde, kanuni halefiyet hallerinde, hukuki görünüş ve hakkın kötüye kullanılması durumunda farklı şekillerde değerlendirilmektedir.

Sözleşmeden doğan yükümlülüklerin nisbiliği ilkesine göre tahkim anlaşması sadece bu sözleşmeye taraf olanları bağlayacaktır.¹⁰ Tahkim sözleşmesine taraf olma rızası, bir irade beyanı veya zımni bir davranış yoluyla açıkça verilebilir.¹¹ Tarafın bu rızası başlangıçta mevcut olabileceği gibi sonradan da olabilir.¹² Bu halde tahkim anlaşmasına taraf olabilmek için dört farklı hal olduğu söylenebilir. Taraflar başlangıçta açıkça beyan ettikleri iradeleri ile IPRG md. 178/1'de yer alan şekil şartını sağlayan tahkim anlaşmasını

imzalamak suretiyle tahkim anlaşmasının tarafı olabilecektir. Yahut ilgili taraf, hâlihazırda kurulmuş bir tahkim anlaşmasına muvafakat ederek sonradan bu sözleşmenin tarafı haline gelebilecektir. Zımni davranış yoluyla tahkim sözleşmesine taraf olunması halinde ise tarafın iradesi açıkça beyan edilmemiştir, ancak başka bir davranıştan, kendisini tahkim anlaşmasıyla bağlamak istediği sonucuna varılabilmektedir.¹³

Bir tahkim anlaşmasında, diğer tarafın rızasının varlığının kanun veya hukuk sistemi tarafından varsayıldığı haller de mevcut olabilir. Bir tarafın, yalnızca bir şirketler grubuna dâhil olması, bir tedarik zincirinde aktif rol alması veya mülkiyet hakkı sahibi olması gibi koşulların mevcudiyeti halinde tahkim anlaşmasına da taraf olduğu durumlar söz konusu olabilir. Ancak İsviçre hukukunda taraflardan birinin konumu veya davranışı doğrudan o tarafı bir tahkim sözleşmesine veya onunla bağlantılı olarak asıl sözleşmeye bağlamaz. Federal Mahkeme, bu nedenle Grup Şirketler Doktrini (group of companies doctrine) varsayımını da kabul etmemektedir.

Mahkeme kararlarına göre tahkim anlaşmasının teşmili için üçüncü kişinin müstakil ve şeklen geçerli tahkim iradesi bulunmalıdır. Aksinin kabulü, üçüncü kişinin tahkim iradesi bulunmadığı halde bir kimsenin rızası hilafına doğal hâkim yargılamasından mahrum bırakılamayacağını öngören İsviçre Anayasası md. 58'e aykırılık doğuracaktır.¹⁵ Federal Mahkeme'ye göre birden fazla bağlantılı sözleşme zincirleri (taraflar arasında akdedilen sözleşmeler ve

bu sözleşmelerden doğan yükümlülükler arasında bağlantı bulunması) söz konusu olduğunda da ihtilaf çözüm mekanizmalarının tespiti için bireysel sözleşme ilişkileri ayrı ayrı ele alınmalı ve incelenmelidir.¹⁶ Tarafların, sözleşmelerin yürütülmesinde, yapılacak işlerin planlanmasında ve örneğin şantiyede fiilen birbirleriyle temasa geçmesi veya çeşitli sözleşmelerin birbiriyle koordine edilmiş olarak kurulmuş olması hallerinde bile sözleşmelerin birinde yer alan tahkim şartı, tüm sözleşmelerde tahkim şartının varlığına ilişkin bir varsayıma yol açmayacaktır.¹⁷

Federal Mahkeme kararında da belirtildiği üzere üçüncü kişinin tahkim sözleşmesinin tarafı haline gelmesinin asıl sebebi, üçüncü kişinin sözleşmenin asıl taraflarının muvafakati ile sözleşmeye katılmasıdır. Sözleşmeye katılma halinde, eğer ana sözleşmede adı geçmeyen bir üçüncü kişi, tahkim şartı bulunan ana sözleşmeye ilişkin eylemleriyle sözleşmenin asıl tarafı yerine veya onun yanında tahkim şartıyla bağlı olduğu izlenimini verirse, artık tahkim şartı ile bağlı olacaktır.¹⁸ Üçüncü kişinin davranışlarından tahkim sözleşmesine taraf olmak istediği sonucuna varılabilmesi için, en azından tahkim sözleşmesinin varlığı hakkında bilgi sahibi olması gerekir. Buna karşılık, üçüncü kişinin tahkim anlaşmasını fiilen bilmesi gerekli olmayıp bilmesi gerektiği hallerin varlığı yeterlidir. Bu durum hukuki güven sorumluluğuna dayanmaktadır.¹⁹ Sözleşmeye katılım halinde artık üçüncü kişi, ana sözleşme ve tahkim sözleşmesi kapsamında asıl tarafla aynı yükümlülüklerle sahip kabul edilir.²⁰

Sonuç

Federal Mahkeme ilk kez, daha klasik olan temlik, halefiyet veya vekâlet örneklerinin yanı sıra tahkim şartının teşmilinin, bir anlaşmanın ifasına sözleşmede imzası olmayan birinin katılımı nedeniyle de mümkün olabileceğini açıklığa kavuşturmuştur. Karar, New York Sözleşmesinin II. maddesinin, tarafların davranışlarıyla bir tahkim şartının zımni olarak teşmiline herhangi bir engel oluşturmadığı görüşü açısından önemlidir. Genel olarak, Federal Mahkeme'nin mevcut kararı, İsviçre yargısının her düzeyde devam eden tahkim yanlısı duruşunun bir başka göstergesidir. Tahkim sözleşmesi ile kimlerin bağlı olduğu sorusu maddi hukuka ilişkin bir yorum meselesidir. Tahkim sözleşmesinin şekil şartlarına tabi olması, bu tür anlaşmaların yorumlanabilmesine engel teşkil etmez. Bu nedenle, kimin sözleşmeye taraf olduğu yorum yoluyla değerlendirilmelidir.

New York Sözleşmesi madde II/2'nin lafzının, "tarafların" bir tahkim anlaşması imzalamasını veya karşılıklı mektup veya telgraf göndermesini gerektirmesi, tahkim şartının üçüncü şahısları da kapsayacak şekilde genişletilmesini engellemez. Aksine, "taraflarca imzalanmış" tahkim anlaşmasının, sözleşmenin akdedilmesi sırasında (orijinal) akit taraflarınca imzalanması gerektiği anlamına gelir. Bu nedenle, örneğin, bir sözleşmeden doğan hak ve yükümlülükler üçüncü bir kişiye devredildiğinde, üçüncü kişi, burada yer alan tahkim şartıyla bağlı olmaya ilişkin başkaca herhangi bir şekil şartını yerine getirmek zorunda değildir.

Bir kişinin önceki davranışları, daha sonraki hak kullanımlarına prensip olarak etki etmemesi gerekir. Ne var ki, karşı tarafta güven uyandırdıktan sonra davranışını değiştirmek veya yeni ve öncekinden tamamen farklı bir davranışta bulunmak suretiyle karşı tarafın hukuken elverişsiz bir konuma sokulmasını, hukuk düzeni himaye etmez. Zira karşı tarafın güvenini boşa çıkarmak, sonraki davranış ile önceki davranışını ve bunun hukukî sonuçlarını tamamen ortadan kaldırmak hakkın kötüye kullanılması teşkil eder.

Mahkeme kararında da özellikle vurgulandığı üzere davacı, öncelikle hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı davranışlar sergilemiştir. Dağıtım Sözleşmesi'nin tarafı olduğuna ilişkin beyanına rağmen daha sonra tahkim şartının şekil şartı eksikliğinden dolayı geçersizliğini ileri sürmüştür. Diğer taraftan davalı, sözleşme taraflarının muvafakati ile yıllarca sözleşmeden doğan yükümlülükleri yerine getirmiştir. Bu süreçte davacı herhangi bir itirazda bulunmadığı gibi kendi edimlerini de ifa etmiştir. Böylelikle artık sözleşmeye davalının da katılımından bahsetmek gerekeceğinden, davalı da, ana sözleşme ve tahkim sözleşmesi kapsamında asıl tarafla aynı yükümlülüklerle sahip olacaktır. Bu nedenle tahkim sözleşmesi artık davalı tarafı da bağlamalıdır.

DİPNOT

- 1 IPRG Art. 178/1: "Die Schiedsvereinbarung hat schriftlich oder in einer anderen Form zu erfolgen, die den Nachweis durch Text ermöglicht..."
- 2 Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, 4A_646/2018, Urteil vom 17. April 2019, A.
- 3 Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, 4A_646/2018, Urteil vom 17. April 2019, B4 ÇELİKEL / ERDEM, s.496.
- 4 Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, 4A_646/2018, Urteil vom 17. April 2019, B.b.
- 5 Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, 4A_646/2018, Urteil vom 17. April 2019, 2.3.
- 6 Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, 4A_646/2018, Urteil vom 17. April 2019, 2.3.
- 7 Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, 4A_646/2018, Urteil vom 17. April 2019, 2.4.
- 8 GABRIEL, Simon / LANDBRECHT, Johannes, Berner Kommentar, Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) - Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, Art. 176-194 IPRG sowie Art. 7 und 196 IPRG, Stämpfli Verlag, Bern, 2023, Art. 178 IPRG / III. Materielle Gültigkeit (Art. 178 Abs. 2 IPRG) / 4. - 5. N. 362; BERGER, Bernhard/ KELLERHALS, Franz: International and Domestic Arbitration in Switzerland, 4. Aufl., Stämpfli Verlag, Bern 2021, N. 537.
- 9 GIRSBERGER, Daniel / VOSER, Nathalie: International Arbitration, 4. Aufl., Schulthess Verlag, Zürich, 2021, N. 398.
- 10 BERGER/ KELLERHALS, N. 538; GÖKSU, Tarkan, Schiedsgerichtsbarkeit, Dike Verlag, Zürich/St.Gallen, 2014, N. 654; PFISTERER, Stefanie, Ausdehnung von Schiedsvereinbarungen im Konzernverhältnis, Schulthess Verlag, Zürich, 2011, N. 33; MÜLLER-CHEN, Markus / LÜCHINGER, Corinne Widmer Zürcher Kommentar zum IPRG, 3. Aufl., Schulthess Verlag, Zürich, 2018, Art. 178, N. 138.
- 11 GAUCH, Peter / SCHLUEP, Walter R / SCHMID, Jörg, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl., Schulthess Verlag, Zürich 2020, N. 178 vd.; GROLIMUND, Pascal / LOACKER, Leander D. / SCHNYDER, Anton K. (Hrsg.), Basler Kommentar zum Internationalen Privatrecht, 4. Aufl., Basel 2021, Art. 178, N. 79.
- 12 GROLIMUND/ LOACKER/ SCHNYDER, Art. 178, N. 79.
- 13 GAUCH/ SCHLUEP/ SCHMID, N. 181.
- 14 Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung 4A_128/2008, Urteil vom 19.08.2008; BERGER/ KELLERHALS, N. 575; GIRSBERGER/ VOSER, N. 409; GÖKSU, N. 667; KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle / RIGOZZI, Antonio, International Arbitration, Law and Practice in Switzerland, Oxford, 2015, N. 3.177; MÜLLER-CHEN/ LÜCHINGER, Art. 178, N. 165.
- 15 HANOTIAU, Bernard: "Problems Raised By Complex Arbitrations Involving Multiple Contracts-Parties-Issues- An Analysis", Journal of International Arbitration, Vol. 1, No. 2, 1984, 127-360, s. 282.
- 16 GIRSBERGER/ VOSER, N. 410a.
- 17 Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung 4A_124/2020, Urteil vom 13.11.2020, E. 3.3.2; PFISTERER, Stefanie / GROSS, Balz, "Ausdehnung einer Schiedsklausel auf einen Dritten aufgrund dessen Einmischung in den (Haupt-)Vertrag", Aktuelle juristische Praxis, 2021, 515-523, s. 515.
- 18 GROLIMUND/ LOACKER/ SCHNYDER, Art. 178, N. 84; GÖKSU, N. 665; MÜLLER-CHEN/ LÜCHINGER, Art. 178, N. 160.

DİPNOT

19 BGE 147 III 107 E. 3.3; GABRIEL/ LANDBRECHT, Art. 178 IPRG / III. Materielle Gültigkeit (Art. 178 Abs. 2 IPRG) / 4. - 5. N. 434.

20 GABRIEL/ LANDBRECHT, Art. 178 IPRG / III. Materielle Gültigkeit (Art. 178 Abs. 2 IPRG) / 4. - 5. N. 434.

KAYNAKÇA

- BERGER, Bernhard/ KELLERHALS, Franz: International and Domestic Arbitration in Switzerland, 4. Aufl., Stämpfli Verlag, Bern 2021.
- GABRIEL, Simon / LANDBRECHT, Johannes, Berner Kommentar, Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) - Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, Art. 176-194 IPRG sowie Art. 7 und 196 IPRG, Stämpfli Verlag, Bern, 2023.
- GAUCH, Peter / SCHLUEP, Walter R / SCHMID, Jörg, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl., Schulthess Verlag, Zürich 2020.
- GIRSBERGER, Daniel / VOSER, Nathalie: International Arbitration, 4. Aufl., Schulthess Verlag, Zürich, 2021.
- GÖKSU, Tarkan, Schiedsgerichtsbarkeit, Dike Verlag, Zürich/St.Gallen, 2014.
- GROLIMUND, Pascal / LOACKER, Leander D. / SCHNYDER, Anton K. (Hrsg.), Basler Kommentar zum Internationalen Privatrecht, 4. Aufl., Basel 2021.
- HANOTIAU, Bernard: "Problems Raised By Complex Arbitrations Involving Multiple Contracts-Parties-Issues- An Analysis", Journal of International Arbitration, Vol. 1, No. 2, 1984, 127-360.
- KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle / RIGOZZI, Antonio, International Arbitration, Law and Practice in Switzerland, Oxford, 2015.
- MÜLLER-CHEN, Markus / LÜCHINGER, Corinne Widmer Zürcher Kommentar zum IPRG, 3. Aufl., Schulthess Verlag, Zürich, 2018.
- PFISTERER, Stefanie / GROSS, Balz, "Ausdehnung einer Schiedsklausel auf einen Dritten aufgrund dessen Einmischung in den (Haupt-)Vertrag", Aktuelle juristische Praxis, 2021, 515-523.
- PFISTERER, Stefanie, Ausdehnung von Schiedsvereinbarungen im Konzernverhältnis, Schulthess Verlag, Zürich, 2011.

MÜCBİR SEBEP KAVRAMI VE UMULMAYAN OLAYDAN FARKLARI



Giriş

Mücbir sebep, borçlunun iradesi dışında, önlenemeyen, beklenmedik olaylar, borcun ifasını engelleyen veya herhangi bir kişi tarafından alınacak tedbirleri engelleyen olaylar olarak ifade edilmektedir. Borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlığa yol açan nedenler arasında uygulamada en yaygın görülen ve en önemli nedenlerden birisidir. Mücbir sebep, kural itibarıyla sorumlunun kusurunu ortadan kaldırır. Kusur başladığında mücbir sebep son bulur. Benzer şekilde mücbir sebep başladığında da kusur son bulmaktadır. Kusur ile mücbir sebebin unsurlarından kaçınılmazlık, haricilik ve öngörülemezlik bir arada bulunmamaktadır.

Mücbir sebep ve umulmayan olay Türk Borçlar Kanunu'nda genel olarak tanımlanmamıştır. Bununla birlikte, öğretideki hâkim görüşe göre umulmayan olay, sözleşme ilişkisinde borçlunun irade ve davranışından bağımsız olarak onun borcunu ihlâl etmesine kaçınılmaz biçimde neden olan olaydır. Umulmayan olayın varlığı için borçlu açısından kaçınılmaz bir olayın varlığı, borcun ihlâl edilmesi ve olay ile borcun ihlâl edilmesi arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekmektedir.

Türk Hukukunda mücbir sebep ile umulmayan olay ayrı kavramlar olarak kabul edilmektedir. Zira umulmayan olay ile mücbir sebebin meydana geliş şekli ve sonuçları birbirinden farklıdır.¹ Bu makalede, öncelikle mücbir

sebebe kavramına kısaca değinilmiş olup, sonrasında teorileri, unsurları ve sonuçları bakımından umulmayan olaydan farkları irdelenerek genel anlamda umulmayan olay ve mücbir sebebin farkları incelenmektedir.

I. Mücbir Sebebe Kavramı

Türk Dil Kurumu Sözlüğü'ne göre mücbir sebebe, borçlunun iradesi dışında, önlenemeyen, borcun ifasını engelleyen, herhangi bir kişi tarafından alınacak tedbirlerin alınmasını engelleyen beklenmeyen olaylar olarak tanımlanmaktadır.² Hukukta mücbir sebebe, dikkate alınamayan ve bu nedenle önceden önlenemeyen, dış etkidenden kaynaklanan olaylar olarak ifade edilmektedir.

Mücbir sebebe, çok eskilere dayanmakta olup Roma Hukukundan günümüze kadar uygulanmıştır. Roma Hukukunda mücbir sebebe, karşı konulmaz olaylara karşılık gelmekte ve bu olaylar su baskını, yıldırım, düşman istilası, fırtına, eşkiya saldırısı ve benzeri olaylar olarak ifade edilmektedir.³ Günümüzde mücbir sebebe de benzer yönde zorunlu veya zorlayıcı olayları kapsamaktadır. Mücbir sebebe kavramı genel olarak karşı çıkılamayan, algılanamayan veya önlenemeyen olaylar olarak karşımıza çıkmaktadır.⁴

Mücbirsebebe göreceli bir kavram olduğundan, önceden ve her zaman belirli olaylar mücbir sebebe olarak değerlendirilemez. Aynı durum umulmayan haller bakımından da geçerlidir. Meydana gelen olay, bazı hususlar açısından mücbir sebebe veya umulmayan hal olarak değerlendirilebilmektedir. Bunlar somut

olayın koşulları, taraflar arasında kurulan hukuki ilişkinin niteliği, yükümlülüğün ihlaline kaçınılmaz olarak yol açan bir durum, mükemmel bir şekilde gerçekleşen, önceden tahmin edilemeyen, karşı konulamaz, tahmin edilemeyen, sorumlu kişinin işi veya faaliyeti dışından kaynaklanan ve gerçekleşmesi mümkün olmayan olağanüstü bir olay olarak tanımlanmaktadır.



Özel hukukta mücbir sebebe kavramı, borcun ifasını imkânsız hale getiren ve borçludan kaynaklanmayan durumları belirtmektedir. İdare-kişi ilişkilerinde kişilerin görevlerini, taahhütlerini veya borçlarını yerine getirmelerini engelleyen bazı durumlara mücbir sebebe adı verilmektedir. Doktrin dikkate alındığında mücbir sebebe, borçlunun faaliyet ve işi dışında meydana gelen, borcun mutlak ve kaçınılmaz bir şekilde ihlâline yol açan, öngörülmesi ve direnilmesi mümkün olmayan olaylardır.

Yargıtay ise zorlayıcı sebebi, kaçınılmaz biçimde borca aykırılığa sebebiyet veren bir hal⁵ kusursuz biçimde gerçekleşen, öngörülemez, karşı konulamaz, gerçekleşmiş bir olay⁶ öngörülmesi mümkün olmayan, sorumlu kişinin işletmesi veya faaliyeti dışından kaynaklanan ve önlenemeyecek güçte, olağan dışı bir olay⁷ olarak tanımlamaktadır.

II. Mücbir Sebebe Oluşturan Teoriler ve Umulmayan Olay Ayrımı

Roma Hukukundan sonraki dönemde mücbir sebepleri tanımlayan görüşler sübjektif ve objektif teori altında toplanmıştır. Bu görüşler öncelikle demiryolu kazalarında sorumlunun belirlenmesi amacıyla ortaya atılmış, daha sonraki dönemde ise bazı düzenlemeler yapılarak modern hukuka dâhil edilmiştir. Tarihsel olarak önce sübjektif teori ortaya atılmış, daha sonraki dönemde ise objektif teori ortaya çıkmıştır. Her iki teoride de umulmayan haller ikiye ayrılmakta ve geniş anlamda beklenmeyen olaylar mücbir sebebe olarak tanımlanmaktadır. Sadece mücbir sebebe kavramını değil, umulmayan hal kavramını da açıklamak için objektif ve sübjektif teori oluşturulmuştur.⁸ Mücbir sebebe ilişkin öğretide ileri sürülen görüşler sübjektif ve objektif teorilerle sınırlı olmayıp ayrıca mücbir sebebi açıklamaya çalışan teorilerden birisi de tehlike teorisi olarak değerlendirilmektedir.

a. Sübjektif Teori

Sübjektif teoride borçlunun sorumluluğunun belirlenmesinde, borçlunun şartlara göre mümkün olan en üst düzeyde özen gösterip göstermediği dikkate alınmaktadır.⁹ Bu

bağlamda sübjektif teori, sorumluluğu tespit edilen borçlunun davranışına dayanmakta olup teoriye göre gelişen olayların mücbir sebebe hali oluşturması için, mümkün olan en üst düzeyde özen gösterilmesine rağmen zararın ortaya çıkması halinde zararın önlenmemiş olması gerekmektedir.¹⁰ Sübjektif teorinin temelini, teslim edilen şeylere karşı olan koruma borcu oluşturmaktadır. Bu, özel bir özen borcu olup borçlu, söz konusu borcundan ötürü normal koşullarda alması gerekenden daha fazla önlem almak mecburiyetindedir. Nitekim sübjektif teoriye göre mücbir sebebe, borçlunun göstermesi gereken özenin bittiği yerde başlar.¹¹ Sübjektif teori, bir olayın hangi koşullar altında zorlayıcı sebebe teşkil edeceğine ilişkin ön kabuller ortaya koymadığından, her somut olay kendi başına değerlendirilir. Borçlu veya sorumlunun gerekli tüm çaba ve özeni göstermesine rağmen olayın halen meydana gelmiş olması gerekmektedir. Buna göre borçlu, her durum karşısında, gereken tedbirleri almakla yükümlüdür. Gösterilmesi gereken özen borcunun boyutları ise, her olayın niteliğine göre hâkim tarafından takdir edilecektir.¹²

Tekrar belirtmek gerekir ki, sübjektif teoriye göre umulmayan bir olayın mücbir sebebe olarak nitelendirilebilmesi için, mevcut şartlarda düşünülebilecek azami özen gösterilse bile önlenmesinin mümkün olmaması gerekmektedir.¹³ Diğer bir deyişle sübjektif teoriye göre, kişiden bağımsız olarak gerçekleşen olayların mücbir sebebe olarak adlandırılabilmesi için kişinin içinde bulunulan hal ve şartlara göre en ileri düzeydeki özeni

göstermiş, gerekli bütün tedbirleri almış ve buna rağmen zararı önleyememiş olması aranmaktadır. Burada sözü edilen “azamî” yahut “en üst seviyedeki” dikkat ve özen ise, aynı durumdaki makul bir insanın göstereceği ortalama özen değil, o durumdaki kişinin göstermesi gereken azamî özendir. Bu teoride, bazı durumlarda borçlunun sorumluluğunun ağırlaştığı ve olağanüstü haller de dâhil olmak üzere bu durumlarda borçlunun özel dikkat göstermesi gerektiği kabul edilmektedir. Buna göre hukuk düzeni kusursuz kişiye sorumluluk atfetmez; Ancak bazı durumlarda kişiden beklenen özen ve ilgi standardını en üst düzeye çıkarabilir.¹⁴

Türk Hukukunda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da sübjektif teoriye benzer bir kararla mücbir sebebin varlığı için ihlali yapan kişinin kusursuz olması gerektiğine hükmetmiştir.¹⁵ Buna göre, eğer kişinin olayın doğumuna sebep olan bir kusuru varsa yahut ona isnat olunabilecek bir nedenle olay gerçekleşmiş ise artık mücbir sebebin öteki unsurlarını araştırmaya gerek yoktur; zira bu ihtimalde mücbir sebepten bahsedilemez.¹⁶



Sübjektif teori uyarınca anılan özenin son bulunduğu yerde mücbir sebep başlamakta ve mücbir sebep hali ise her zaman için bir kusursuzluk hali olmaktadır. Dolayısıyla, mücbir sebep ve borçlunun kusuru aynı anda söz konusu olmamaktadır. Sübjektif teoride, objektif ve farklılık göstermeyen umulmayan hal ya da mücbir sebep kavramı bulunmamaktadır. Her olayda halin, mücbir sebep ya da umulmayan olay sayılıp sayılamayacağı yalnızca kanunun bütün hükümlerinin araştırılması suretiyle anlaşılabilir.

b. Objektif Teori

Objektif teori, genel anlamda, sorumluluğu sınırlandırmak ve mutlak sorumluluk düzeni oluşturmak amacıyla kusur ilkesini bir kenara bırakarak, borcun ifasına engel olan ve kimsenin alacağı tedbirlerle önlenemeyecek durumları mücbir sebep olarak kabul etmektedir. Objektif teoride riskin işin niteliğinden kaynaklandığı durumlarda sorumluluk için kişilerin kusurları aranmaz. Dolayısıyla sorumluluğun doğması için kişinin gösterdiği özen ve dikkatin araştırılmasına gerek bulunmamaktadır. Bu durumlarda kusur olmasa dahi sorumluluktan bahsedilmektedir. Yani sübjektif teorinin aksine objektif teoride borçlu, içeriden kaynaklı bir zararda gerekli tüm dikkat ve özeni gösterdiğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz. Örneğin objektif teoriye göre, işletmeci; otel, gar, vagon, gemi veya antrepoda çıkan yangın sonucu meydana gelen zararlardan sorumludur. Sübjektif teorinin aksine, objektif teoride bu yangın, işletmeye gelen üçüncü bir kişinin attığı yanan sigaradan veya gaz borusundan

kaynıklansa dahi işletmeci bu zarardan sorumludur. Zira zarar işletme içindeki bir nedenden ötürü meydana gelmiştir.¹⁷

Objektif teori, mücbir sebepleri istisnai anlamda kabul etmekte ve umulmayan olayları basit ve geniş olmak üzere iki gruba ayırmaktadır. Birincisi borçluyu sorumluluktan kurtaran mücbir sebep durumudur. İkincisi ise borçlunun sorumlu kaldığı basit, umulmayan olaylardır. Umulmayan olayda borçlu kusurlu olmasa dahi sorumluluk ortadan kaldırılamaz. Ancak sübjektif teori her zaman kusurun bulunmamasını mücbir sebep oluşturan bir sebep olarak kabul eder. Ancak sübjektif sistemde basit umulmayan olaylar ile mücbir sebepleri birbirinden ayırmada zorluk yaşanmaktadır. Bu durum somut olaya ilişkin olarak hâkimin takdirine bırakılmıştır. Böylece sübjektif teori basit umulmayan olayların alanını daraltırken, objektif teori bu alanı genişleterek borçlunun kusuru olmasa dahi borçlunun sorumluluğunu kabul etmektedir. Objektif teoriye mutlak teori denir çünkü kusur ilkesinden ayrılmaktadır.

c. Tehlike Teorisi

Tehlike teorisine göre modern sorumluluk hukukunda objektif teorinin tek başına dikkate alınması yeterli değildir. Tehlike teorisi ile objektif teorinin eksiklikleri giderilmeye çalışılmış ve objektif teori yeniden düzenlenmiştir. Tehlike teorisine göre objektif teoride mücbir sebebin varlığı için gerekli olan haricilik unsuru, mücbir sebebin belirleyici kıstasıdır. Tehlike teorisinde sadece doğa olayları mücbir sebep olarak kabul edilmektedir. Bu teoriye göre mücbir

sebepler, dış bir kuvvetin neden olduğu doğal bir olaydır. Örneğin, ansızın çıkan şiddetli fırtına veya su baskını vb. bir mücbir sebep teşkil etmektedir. Umulmayan olay ise işletme içerisinde yaşanan, neyden kaynaklandığı ve sebebi anlaşılamayan bir olayı ifade etmektedir. Örneğin, işletme içerisinde yaşanan yangın olayı veya işletmede bulunan bir ocağın patlaması umulmayan hal teşkil etmektedir.

II. Mücbir Sebebin Unsurları ve Umulmayan Olaydan Farkları

a. Olay

Mücbir sebep unsurlarını içeren en somut örnekler doğa olaylarıdır. Ancak mücbir sebep sayılabilecek olaylar çeşitli şekillerde görülebilmektedir. Mücbir sebepler; doğal olaylar, sosyal olaylar, hukuki olaylar veya insan kaynaklı insan kaynaklı olaylar şeklinde ortaya çıkabilmektedir.¹⁸ Devlet veya kamu tüzel kişisi gibi sözleşmenin tarafları açısından üçüncü kişi sayılabilecek kişilerin davranışlarının yoğunluğu ve aşılabilirliği ileri düzeyde ise bu tür davranışlar da mücbir sebep olarak değerlendirilmektedir.

Umulmayan olaylar borcun yerine getirilmesini esaslıca güçleştiren, mücbir sebep ise borcun yerine getirilmesini imkânsızlaştıran olaylardır.¹⁹ Umulmayan hal kavramı, borçlunun kaçınmayacağı bir şekilde borcunu ifa etmesine engel olan, önceden öngöremediği durumları ifade etmektedir. Örnek olarak; bir fabrikada çıkan yangın, beklenmeyen hal sınırları içerisinde dâhil edilebilir iken, mücbir sebep olarak kabul edilmemektedir.

b. Haricilik

Bir olayın mücbir sebep olarak nitelendirilebilmesi için nicelik ve nitelik unsurlarının aynı anda bulunması gerekir. Bu kapsamda mücbir sebebin nitelik unsuru ile kastedilen hariciliktir. Diğer bir deyişle, bir olayın mücbir sebep teşkil etmesi için kaynağının işletme dışı olması gerekir. İşletme içerisindeki bir kusurdan doğan olay, mücbir sebep olarak nitelendirilememektedir. Nitekim işletme içerisinde meydana gelen olay iç nedenden kaynaklanır.²⁰ Dolayısıyla bir olayın mücbir sebep sayılabilmesi için zarar verici olayla bu olayın cereyan ettiği alan arasında bir bağlantı olmamalı, mücbir sebep kaynağını sorumlunun, sorumluluk alanı içinde bulmamalıdır.²¹

Haricilik unsuru, mücbir sebebi, umulmayan olaydan ayırır. Umulmayan olayda zarara yol açan olay işletmenin içinde meydana gelmektedir. Mücbir sebep halinde ise işletmenin dışında meydana gelen olay, illiyet bağıını kaldırdığından sorumluluk doğmaz. Borcun yerine getirilmesi imkânsızlaşır ise bu durumda mücbir sebep hali vardır. Öngörülemezlik durumu olan beklenmeyen olay, hizmetin işleyişi ile ilgilidir.²² Örneğin otelde çıkan yangının havagazı borularının patlamasından geldiği saptandığında, olay iç kökenli sayılacak ve otelci sorumlu kılınacaktır.²³ Yine çalışanların fiilleri nedeniyle meydana gelen zararın, iç kökenli olması ihtimalinin tespiti halinde, mücbir sebep sonuçları yok olacaktır.²⁴

c. Kaçınılmazlık

Bir olayın mücbir sebep olarak kabul

edilebilmesi için mücbir sebep, mutlak ve kaçınılmaz olarak borcun ihlâline sebep olmalıdır. Zira kaçınılmazlık, objektif ve mutlak bir kavramdır. Bu çerçevede bir olayda hangi tedbir alınır alınsın, hangi derecede özen gösterilirse gösterilsin, her kim olursa olsun, yaşanan bir olayın gerçekleşmesine engel olmak objektif manada mümkün değil ise ve bu olayın zararlı sonuçları karşı konulamaz ise “mutlak kaçınılmazlık” söz konusu olur. Bu noktada mutlak kaçınılmazlık halinde kişi, ne yaparsa yapsın olayın veya zararlı sonuçların oluşmasına engel olamayacaktır. Buna göre, önüne geçmenin imkânsız olduğu ve her türlü tedbir alınsa dahi engellenemeyen olaylar veya zararlı sonuçlar mutlak anlamda kaçınılmazdır.²⁵ Başka bir deyişle alınan bütün tedbirlere, sahip olunan her türlü imkân ve araca rağmen, mücbir sebep teşkil eden olayın sonuçları önlenemez ise burada mutlak veya objektif bir kaçınılmazlık söz konusudur. Kaçınılmazlığın mutlaklığından kasıt ise, teknik ve bilimin o andaki verilerine göre, mevcut her türlü tedbir alınsa, her türlü özen gösterilse bile, ihlâlin ve dolayısıyla zararlı sonucun hiç kimse tarafından önlenememesidir.²⁶

Kaçınılmazlık tespit edilirken mücbir sebep olarak sayılacak olayın olağanüstü nitelikte olması, büyük bir şiddet ve yoğunlukla gerçekleşmesi, sözleşmenin kurulduğu sırada böylesi bir olayın meydana geleceğinin öngörülemez olması veya öngörülebilir olsa dahi olayın doğuracağı sonuçların öngörülemez olması gibi hususlar dikkate alınır. Bu kapsamda doktrinde depremin kaçınılmaz bir doğa olayı olduğu ancak binaların sağlam yapılmış olması durumunda

depremin zararlı sonuçlara yol açması önlenemiyor ise mücbir sebepten söz edilemeyeceği ifade edilmektedir.²⁷ Yargıtay da birçok kararında depremi mutlak kaçınılmazlık unsurunun eksikliği gerekçesiyle mücbir sebep kapsamına almamıştır. Bunun nedeni olarak da kaydedilen deprem şiddetinin, ne kadar önlem alınır alınsın, yapı ne kadar sağlam yapılsın yapılsın zararın doğacağına muhakkak olduğu seviyede olmamasını göstermiştir.²⁸

Mücbir sebep ile umulmayan olay açısından ayırt edici kıstas olan kaçınılmazlık yönünden bir inceleme yapıldığında, nispi kaçınılmazlığa sebep olan hallerin mutlak kaçınılmazlığa sebep olan halleri kapsayacağına şüphe yoktur. Şu hâlde mücbir sebepler, beklenmeyen hallerin alt kümesini oluşturur. Dolayısıyla beklenmeyen hallerin mücbir sebepler dışında kalanları da ifa imkânsızlığından başka ifa engellerine de sebep olabilir. Kaçınılmazlık kıstası ise temelde hem olayın meydana gelmesinden kaçınılamamasını hem de sonuçlarının yarattığı engellerin aşılamaz olmasını gerektirir. Bir diğer ifadeyle mücbir sebep veya beklenmeyen hal ister doğal sebepli ister toplumsal kaynaklı olsun, ortaya çıkışı ve yarattığı engeller bakımından borçlu açısından önüne geçilemez niteliktedir. Bu iki hukuk kavramın ortak paydası, temelde birer “olağanüstü olay” niteliğinde olmalarıdır. Aralarındaki ayırıcı kıstas, tanımları itibarıyla, borcun ifası önünde yarattıkları engelin derecesidir.²⁹

d. Öngörülemezlik

Yargıtay³⁰ uygulaması ve doktrinde³¹

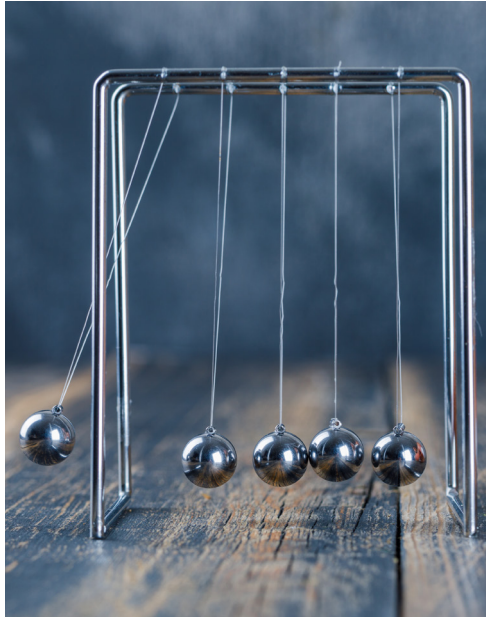
ifade edildiği üzere göre mücbir sebebin unsurlarından bir diğeri, öngörülemezlik halidir. Buradaki öngörülemezlik, sözleşmenin kurulduğu sıradaki durum esas alınarak belirlenir.³²

Yargıtay uygulamasında mücbir sebep iddiasında bulunan borçlunun, olayın vukuu ihtimaline karşı subjektif olarak alabileceği her türlü tedbiri almış olduğunu ve bu tedbirlere rağmen, meydana gelen sonucu engelleyemediğini ispatlaması gerektiği vurgulanmaktadır. Yargıtay burada subjektif ölçünün kullanılmasına öncelik vermektedir.³³



Öngörülemezlik ilkesi ile öngörülemezlik bir durum eğer mücbir sebep seviyesinde değilse dahi, borçlu tarafın bu durumu ileri sürebileceği durumların önü açılmış; dürüstlük kuralı ve hakkaniyet ilkeleri ile paralel

öngörülemeyen bir durum eğer mücbir sebep seviyesinde değilse dahi, borçlu tarafın bu durumu ileri sürebileceği durumların önü açılmış; dürüstlük kuralı ve hakkaniyet ilkeleri ile paralel düzenlemeler uluslararası ticaret hukukuna kazandırılmıştır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, bir engelin öngörülebilir olup olmadığı sözleşme anına bakılarak karar verilmesi gerekir. Bu ilke hem mücbir sebep hem de beklenmeyen hal için geçerli olup; somut olayın oluş şekli ve nitelendirilmesine göre ayırt edilmesi güç farklar mevcuttur. Öngörülemezliğin somut olayda var olup olmadığını ise hâkim takdir edecektir. Örneğin, kiralanmış bir atın üzerine bir yıldırım düştüğünde, sözleşme gereğince bir mücbir sebep halinin meydana geldiği kabul edilecektir. Oysa patlayıcı madde deposu olarak kullanılan bir binaya yıldırım düştüğü takdirde, mücbir sebep, yıldırım unsuruna rağmen ileri sürülemeyecektir.³⁴



Sonuç

Hayatın olağan yaşamında doğal olayların müdahalesi ya da insan kaynaklı tahmin edilemez olayların meydana gelmesi kaçınılmazdır. Bunlara örnek olarak yukarıda da belirtildiği gibi depremler, doğa olayları, yangın, erozyon, asit yağmurları vb. verilebilmektedir. Bu noktada mücbir sebep için önemli olan unsurlar genel hatlarıyla olay, haricilik, öngörülemezlik ve kaçınılmazlık olarak karşımıza çıkmaktadır.

Meydana gelen olayı bir insan aklı için öngörülmesi imkânsız ise ve sonuçları konusunda tacir için tahmin edilemez ise, burada borçlunun kusuru olsun ya da olmasın mücbir sebep olduğu kabul edilmelidir. Bir olay hiç öngörülemiyor ya da öngörülmesi taraflar açısından mümkün değilse mücbir sebep; olay öngörülebilir iken sonuçlarının ağırlığı taraflarca önceden bilinmiyor ya da bilinmesi mümkün değilse beklenmeyen hal söz konusu olabilir denilebilmektedir.

Doktrinde ifade edildiği üzere, her mücbir sebep aslında bir beklenmeyen hal iken her umulmayan olay bir mücbir sebep değildir. Belirtmek gerekir ki, mücbir sebebe konu olabilecek olaylar, beklenmeyen hal için de geçerli olsa da; olayın meydana geliş şekline ve yukarıda yazılı unsurlara bakılarak bir ayırım yapılmalıdır. Mücbir sebepte meydana gelen olayın, beklenmeyen hale kıyasla daha şiddetli ve önemli olması gerekmektedir.

Mücbir sebep ile umulmayan olay arasındaki farklılıklara, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu vermiş olduğu bir karardan bakıldığında,³⁵

mücbir sebep ve beklenmeyen hâl kavramları, kusurdan bağımsız olmaları, önlenemez olaylar sonucu ortaya çıkmaları ve işverenin sorumluluğunu etkilemeleri nedeniyle benzer iseler de birbirlerinden farklı kavramlardır. Öncelikle mücbir sebep yıldırım, kasırga, savaş vb. daha güçlü olaylar sonucu borcun ihlaline sebep olurken beklenmeyen hâl de bu derece güçlü ve yoğun olaylar söz konusu değildir. Diğer taraftan mücbir sebep illiyet bağının kesilmesi nedeniyle borçlunun sorumluluğunu tamamen ortadan kaldırırken, beklenmeyen hâl her zaman borçlunun sorumluluğunu tümünden ortadan kaldırmamakta bazı durumlarda kısmen sorumluluktan kurtarmaktadır. Son olarak mücbir sebepten bahsedebilmek için mücbir sebep olarak nitelendirilecek olayın nadiren meydana gelen olaylardan olması ve basit nitelikteki bir beklenmeyen hale nazaran dikkate alınmasında daha belirgin bir zorluğun bulunması gerekmektedir. Bir olay meydana geldiği bölgenin, koşulların ve içinde bulunulan zamanın niteliklerine göre mücbir sebep sayılabilir veya sayılamayabilir.

DİPNOT

- 1 EREN, F. (2012), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 583.
- 2 Türk Dil Kurumu Sözlüğü, (sozluk.gov.tr, E.T.10.04.2024).
- 3 GÖKTÜRK, H.A. (1936), "Türk Hususî Hukukunda Mücbir Kuvvet ve Fevkalâde Haller", Adliye Ceridesi, S. 17, s. 1162.
- 4 AKYAZAN S. (1973), "Taahhüt Sözleşmelerinde Görülen Götürü Bedel, Sabit Fiyat, Mücbir Sebepler, Önceden Tahmin Edilmiyen Haller ve Bunlardan Peşinen Feragat Hükümleri Üzerinde Bir İnceleme", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 7, S. 2, s. 298.
- 5 Y.14.HD. 01.11.2006 T. 2006/9323 E. 2006/12267 K.
- 6 Y.11.HD. 11.7.2018 T. 2016/8059 E. 2018/5032 K.
- 7 Y.19.HD. 25/11/1997 T. 1997/6415 E. 1997/10192 K.
- 8 ŞAHİN, H. (2020), Mücbir Sebep Nedeniyle Borcun İfa Edilememesi, Ankara, Yetkin Yayıncılık, s. 58.
- 9 EREN, F. (1975), Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İliyet Bağı Teorisi, 1. Baskı, Ankara, s.185.
- 10 İNAL, H.T. (1997), Mücbir Sebeplerin Oluşum Unsurları, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, Ankara, s.13.
- 11 ŞAHİN, s.20.
- 12 İNAL, s.15.
- 13 EREN, s.175.
- 14 KAHRAMAN, Z. (2023), Beklenmedik Haller ve Hukuki Sonuçları, 1.Bası, İstanbul, s.17.
- 15 YHGK. 18.04.1984 T. 1984/139 E. 1984/426 K.
- 16 KAHRAMAN, s.19.
- 17 ŞAHİN, s. 22.
- 18 EREN, Genel Hükümler, s. 629; EREN, Uygun İliyet Bağı Teorisi, s. 177.
- 19 GÖZÜBÜYÜK, P. (1977), Mücbir Sebepler-Beklenmeyen Haller, Ankara, Kazancı Yayınevi, s. 166.
- 20 GÖZÜBÜYÜK, s.35.
- 21 EREN, Genel Hükümler, s.559.
- 22 GÖZÜBÜYÜK s. 127.
- 23 İNAL, s.32.
- 24 İNAL, s.32.
- 25 KAHRAMAN, s.49.
- 26 EREN, Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İliyet Bağı Teorisi, s.182.
- 27 KAHRAMAN, s.49-50.
- 28 Y.3.HD. 09.12.2014 T. 2014/12359 E. 2014/16124 K.; Y. 3.HD. 7.12.2017 T. 2016/9802 E. 2017/17324 K.
- 29 ŞAFAK SARIKAYA, E. E., (2022), "Olağanüstü Olayların Tasnifi ve Borç İlişkilerine Etkilerinin Çeşitli Görünümleri: Covid-19 Örneği Üzerinden Bir İnceleme", Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 20, s. 337-374.
- 30 Y. 19.HD. 24.10.2005 T. 2004/13395 E. 2005/10568 K.
- 31 KAHRAMAN, Beklenmedik Haller ve Hukuki Sonuçları, s.58.
- 32 ACAR, H. (2008), "Uluslararası Sözleşme Hukukunda Mücbir Sebep (Force Majeure) Kavramı ve Hukuki Sonuçları", Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, 45-46, s.16-45-46.
- 33 Y. 11.HD. 16.2.1976 T. 976/5406 E. .976/5406 K.
- 34 EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.559; İNAL, Mücbir Sebeplerin Oluşum Unsurları, s.22-23.
- 35 Yargıtay HGK., E. 2015/2682, K. 2019/986, T. 01.10.2019 (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. 07.11.2020).

KAYNAKÇA

- ACAR, H. (2008), "Uluslararası Sözleşme Hukukunda Mücbir Sebep (Force Majeure) Kavramı ve Hukuki Sonuçları", Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, 45-46, ss. 7-23.
- AKYAZAN S. (1973), "Taahhüt Sözleşmelerinde Görülen Götürü Bedel, Sabit Fiyat, Mücbir Sebepler, Önceden Tahmin Edilmiyen Haller ve Bunlardan Peşinen Feragat Hükümleri Üzerinde Bir İnceleme", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 7, S. 2.
- GÖKTÜRK, H.A. (1936), "Türk Hususî Hukukunda Mücbir Kuvvet ve Fevkalâde Haller", Adliye Ceridesi, S. 17.
- GÖZÜBÜYÜK, P. (1977), Mücbir Sebepler-Beklenmeyen Haller, Ankara, Kazancı Yayınevi.
- EREN, F. (2012), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- EREN, F. (1975), Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İliyet Bağı Teorisi, 1. Baskı, Ankara.
- İNAL, H.T. (1997), Mücbir Sebeplerin Oluşum Unsurları, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, Ankara.
- KAHRAMAN, Z. (2023), Beklenmedik Haller ve Hukuki Sonuçları, 1.Bası, İstanbul.
- ŞAFAK SARIKAYA, E. E., (2022), "Olağanüstü Olayların Tasnifi ve Borç İlişkilerine Etkilerinin Çeşitli Görünümleri: Covid-19 Örneği Üzerinden Bir İnceleme", Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 20.
- ŞAHİN, H. (2020), Mücbir Sebep Nedeniyle Borcun İfa Edilememesi, Ankara, Yetkin Yayıncılık.

ŞİRKET YÖNETİCİLERİNİN
CEZA SORUMLULUĞU

Dr. Öğr. Üyesi Ramazan ARITÜRK

"Eserde kolektif işleyen ekonomik hayatın içinde yer alan şirketlerin, meşruiyet perdesi arkasına sığınarak suçun icrasına masa başından hâkim olan asıl faillerinin tespiti ve bu kişilerin suçtaki asli rollerine uygun olarak cezalandırılmalarını sağlamaya dönük çalışmalar incelenmiştir."

seçkin
AKADEMİK VE MESLEKİ YAYINLAR

ANONİM ŞİRKETLERDE GİZLİ ORTAKLIK KAVRAMI

Giriş

Türk Ticaret Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu’muzda gizli ortaklığa ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamakta ise de günümüzde gizli ortaklık ilişkilerinin kurulması önünde hukuki bir engel bulunmamaktadır. Türk Hukukunun aksine Alman Ticaret Kanunu, m. 230 ile 236 arasında gizli ortaklık kavramı düzenlenmekte olup, Alman hukukunun konu ile ilgili düzenlemelerine yol gösterici olması bakımından yazımızda zaman zaman yer verilecektir.

I. Bir Adi Ortak Türü Olarak Gizli Ortaklık

Doktrinde gizli ortaklık, “bir kişinin (gizli ortak) aralarındaki sözleşmeye dayanarak bir başka kişinin (görünürde ortak) yürüttüğü işletme faaliyetine kar ve zarara katılmak suretiyle iştirak ettiği, gizli ortağın koyduğu katılma payının görünürde ortağın malvarlığına geçtiği ve gizli ortağın iç ilişkide belli ölçüde yönetime katılma ve denetleme hakkına sahip olduğu, işletme faaliyeti bakımından üçüncü kişilerle yalnızca görünürde ortağın işlem yapmaya yetkili olduğu ve bundan sorumlu tutulabildiği bir adi ortaklık” olarak tanımlanmaktadır.¹

Görülmektedir ki doktrinde gizli ortaklık, adi ortaklığın bir türü olarak kabul edilmektedir. Görünürde ortak ile gizli ortak arasındaki ilişkinin vekalet ilişkisi olarak nitelendirilmesi gerektiğine ilişkin görüşler de mevcut olmakla birlikte, taraflar arasındaki gizli ortaklık

sözleşmesinin detaylarına ve düzenlenme biçimine göre, gizli ortaklık sözleşmelerinin TBK’nın 620. Maddesi ve devamında düzenlenen adi ortaklık hükümlerine tabi olması gerekeceği Yargıtay kararları ile ağırlık kazanmıştır.² Adi ortaklığın doktrinde ifade edilen unsurları ise şu şekildedir:³

- **Kişi unsuru:** Ancak hak ve borçlara ehil olan kimseler gizli ortak olarak kabul edilebilecektir.
- **Sözleşme unsuru:** Gizli ortaklık taraflar arasında kurulan bir sözleşmeye dayanır ve bu sözleşmenin geçerliliğine ilişkin herhangi bir şekil şartı yoktur. Ancak, aleniyet riskini haiz olmasına rağmen sözleşmenin noter tarafından tasdik edilerek sözleşmedeki imzanın ileride görünürdeki ortak tarafından inkâr edilmesinin önüne geçmek mümkündür.⁴ Sözleşmenin içeriği ile ilgili olarak taraflar geniş bir sözleşme serbestisinden yararlanmaktadırlar.
- **Sermaye unsuru**
- **Ortak amaç unsuru ve iş birliği unsuru:** Ortak amaç ve bu ortak amaca ulaşmak için birlikte çaba göstermek, adi ortaklığı bir borçlar hukuku sözleşmesinden ayıran, onu bir ortaklık ilişkisi hâline getiren öğedir.⁵

II. Tarafların Hak ve Yükümlülükleri

Kural olarak gizli ortağın yönetime katılma yetkisi ya da yönetimden doğan bir borcu yoktur. Ancak bu yönde bir karar taraflarca ortaklık sözleşmesi kapsamında geçerli olarak alınabilir.⁶ Gizli ortaklık sözleşmesi çerçevesinde görünürdeki ortağın üstelendiği temel edim, gizli ortaklık sözleşmesinde kararlaştırılmış olduğu takdirde şirketi, gizli ortağın talimatları doğrultusunda veya gizli ortağa danışarak yönetmek ve bunun neticesinde elde edilen karı gizli ortağa devretmek veya gizli ortak ile paylaşmaktır. Gizli ortağın üstlendiği temel edim ise, ortaklığın amacının gerçekleştirilmesine uygun olan ve ekonomik değer taşıyan ücret, kar payı gibi herhangi bir edimi görünürdeki ortağa sağlamaktır.⁷ Her ne kadar gizli ortak ile görünürde ortak arasındaki sözleşmede, şirketin yönetim hakkının gizli ortakta olduğu ve şirket müdürü veya yönetim kurulu üyesi tarafından şirketin gizli ortağın talimatları doğrultusunda yönetileceği düzenlenebilecek olsa da, hukuki görünüş bakımından gizli ortağın şirket ile herhangi bir ilişkisi bulunmaması, bu doğrultuda şirketi temsil ve ilzama yönelik herhangi bir imza

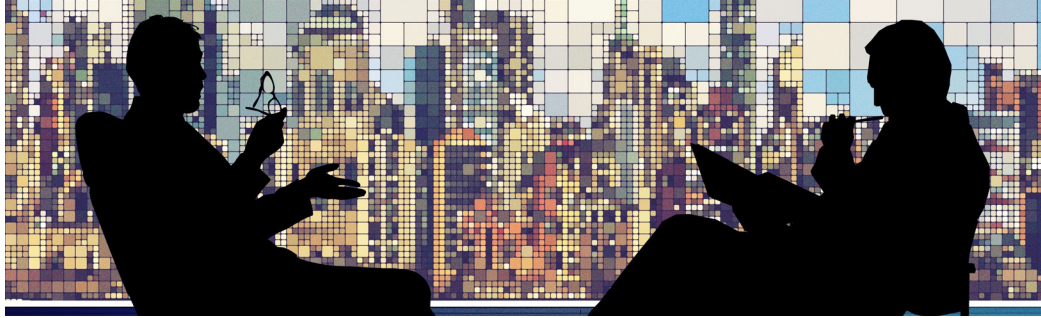


yetkisinin olmaması ve şirketin ortağı ve yönetim kurulu üyesi olarak seçilmiş olması halinde, yöneticisi olarak yalnızca görünürde ortağın ilan edilmiş olması sebebiyle, görünürde ortak işleri yönetirken olağanüstü işlemlerde dahi gizli ortağın rızasını almadan hareket edebilecektir.⁸

Gizli ortak için sermaye borcunun ifası, daha doğrusu gerçekleştirilmesi gereken katılma payı, ekonomik değere sahip bir malvarlığı unsurunun işletme sahibi ortağa devri şeklindedir. Bu işlem, gizli ortak için sözleşmeden doğan asli borcu oluşturmaktadır.⁹

Açık bir düzenleme bulunmamasına rağmen gizli ortaklık ilişkilerinde sadakat borcu her iki ortak için de geçerlidir. Özellikle yönetim yetkilerine sahip olan ortağın, ortaklığın yönetiminde dikkate alacağı menfaatlerin belirlenmesinde de sadakat borcu yine önemli bir rol oynayacaktır. Aynı şekilde gizli ortağın denetim hakkını kullanırken sadakat borcunu ve bu vesileyle ortaklığın menfaatlerini dikkate alması gerekecektir.¹⁰ Yine rekabet etmeme borcu da yönetime katılma yetkisini haiz olan gizli ortaklar bakımından da geçerli olacaktır.¹¹ Gizli ortak da yönetime katılıyor ise bu yükümlülük altına girmiş olacaktır.¹² Tüm bunlara ek olarak ortaklar, ortaklık işlerinde de kendi işlerinde gösterdikleri özeni göstermekle yükümlüdürler.

Denetim hakkı ise Alman Ticaret Kanunu’nda detaylı olarak düzenlenmektedir. Burada kanun koyucusu, gizli ortağın denetim hakkını HGB § 233 ile iki şekilde düzenlemiştir. Gizli



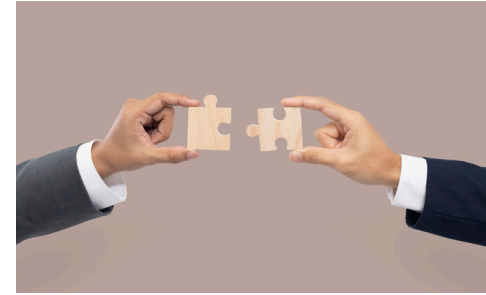
ortağın HGB § 233/I ile düzenlenmiş bulunan olağan bilgi alma hakkı esasen dört imkânı içermektedir. Bunlar; bazı evrakların suretinin istenmesi, defter ve belgelerin incelenmesi, bu dokümanların doğruluğunun kanıtlanması ve bilgi vermekle yükümlü olan kişiden bilgi ve rapor alınması şeklindedir.¹³ Mahkeme kanalıyla kullanılacak olan olağanüstü bilgi alma hakkının kullanılabilmesi için ise mahkemeden bu yönde bir talepte bulunmak gerekmektedir. Ancak bu talebin mahkemece olumlu karşılanması, ortada bu talebi haklı kılan haklı sebeplerin (wichtiger Grund) bulunmasına bağlıdır. Alman Federal Yüksek Mahkemesi içtihatları uyarınca önemli bir sebebin varlığı, gizli ortağın § 233/I ve varsa sözleşme ile tanınmış diğer bilgi alma hakları tarafından yeterli ölçüde korunamıyor olması ve zarara uğrama tehlikesinin bulunduğu hâllerde kabul edilecektir.¹⁴

III. İşlemlerin Geçerliliği ve Ortakların Hukuka Aykırılıklardan Sorumluluğu

TTK'nın 337. Madde hükmünde, pay taahhüt edip esas sözleşmeyi imzalayan kişinin bu işlemi üçüncü bir kişinin hesabına yapması durumunda, üçüncü kişinin de kuruluştan doğan sorumluluk bakımından sorumlu olacağı düzenlenerek, gizli ortaklığın önüne

geçilmek istenmektedir. Bu sebeple kuruluş aşamasında anonim şirkete gizli ortak olunmasının istenmesi halinde, söz konusu maddeler gereği gizli ortak pay sahibi olarak sorumlu tutulacaktır.¹⁵ Söz konusu üçüncü kişi, kendisi hesabına iş gören kimsenin bildiği veya bilmesi gereken bir hususu kendisinin bilmediğini ileri süremeyecektir. TTK m. 337/2'de yapılan düzenlemenin amacı, iktisaden kuvvetli bir kişinin anonim şirketin kuruluşunda riske maruz kalmamak için "gölge adamlar" aracılığı ile kuruluş işlemine katılmış olması olasılığında, şirketin, pay sahiplerinin ve alacaklıların bu gizli kurucu tarafından zarara uğratılmasını önlemektir. Kanun koyucu şirketin, pay sahiplerinin ve alacaklıların uğradıkları zararı telafi edebilmek adına, hesabına hareket edilen gizli kuruculara da başvuru imkânı getirmiştir.¹⁶

Taraflar arasındaki gizli ortaklık sözleşmesinde şirketin günlük faaliyetleri dışında kalan olağanüstü işlerde ve/veya günlük faaliyetlerine ilişkin olarak gerçekleştirilen olağan işlerde gizli ortağın karar vereceği ya da en azından gizli ortağın görüşünün alınacağı şeklinde bir hüküm yer alması halinde görünürde ortak tarafından bu yükümlülüğe aykırı olarak yerine getirilen



olağan ya da olağanüstü işlemler geçersiz hale gelmeyecek,¹⁷ ancak bir durumda, gizli ortaklık sözleşmesinin ihlal edilmiş olması sebebiyle, görünürde ortağa karşı ileri sürülebilecek sözleşmesel ihlale dayanan bir talep hakkı gündeme gelebilecektir. Bu riskin mümkün mertebe bertaraf edilebilmesi adına, görünürde ortak ve gizli ortak arasında akdedilecek sözleşmeye, görünürde ortağın yönetsel konularda gizli ortağın talimatları doğrultusunda hareket etme yükümlülüğünü ihlal etmesi durumunda, ihlalin türüne göre değişiklik gösterebilecek çeşitli cezai şart bedellerinin tayin edilmesi görünürde ortak bakımından caydırıcı olabilecektir.¹⁸

Gerçekten de işletme sahibi, üçüncü kişiler nezdinde ticari işletmenin geniş anlamda yönetimi yetkisine sahip olduğu ve dış ilişkide gizli ortak bilinmediği için tüm bu önemli değişiklikler üçüncü kişiler nezdinde geçerli olarak kabul edilecektir. Bu işlemlere rızası olmayan ve menfaatleri ihlâl edilen gizli ortağın sözleşmede cezai şart düzenlemesi yer almadığı takdirde elindeki tek imkân, işletme sahibi tarafından zararının tazminini talep etmek olacaktır.¹⁹

IV. Kardan Pay Alma ve Zarara Katılma

Gizli ortağın şirket ile üçüncü kişilere karşı

ileri sürülebilecek herhangi bir hukuki ilişkisinin bulunmaması ve şirket tarafından gerçekleştirilen ticari faaliyetler neticesinde elde edilen karın doğrudan şirket tüzel kişiliği üzerinde doğacak olması sebebiyle, şirketin kar payları üzerinde gizli ortak tarafından doğrudan talepte bulunulabilmesini sağlayacak herhangi bir hukuki dayanak mevcut değildir. Gizli ortaklığın kazanca katılımı ile ilgili olarak taraflar, bu emredici kural ile bağlı olsalar da ayrıntıları sözleşme ile serbestçe belirleyebileceklerdir.²⁰ Bununla birlikte anonim ve limited şirketlerde tek borç ilkesi gereği, görünürde ortak ya da gizli ortak, şirketin üçüncü kişiler ile yaptığı hukuki işlemler sonucunda borç altına girmesi sebebiyle sorumlu olmayacaktır. İlaveten, tek borç ilkesi gereği görünürde ortağın taahhüt etmiş olduğu sermaye payının bedelini ifa etme borcunun yerine getirilmesi şirket tarafından görünürde ortak istenebilecekken, söz konusu ifa işlemi şirket tarafından gizli ortak taleple edilemeyecektir. Bu kapsamda, görünürde ortak ile gizli ortak arasındaki ilişkiyi, şirket ile üçüncü kişiler arasındaki ilişkiden bağımsız olarak değerlendirmek gerekmektedir.²¹

Taraflar kendi aralarındaki sözleşmeye gizli ortak ya da görünürde ortağın zarara katılmayacağı konusunda hüküm koymakta da serbesttirler. Ancak dikkat etmek gerekir ki zarara katılmaya yönelik bu anlaşma iç ilişkide hüküm ifade edeceğinden, dış ilişkide kendi adına işlem yapan işletme sahibi ortağın üçüncü kişiler karşısındaki sorumluluğunda herhangi bir değişiklik olmayacaktır.²²

DİPNOT

- 1 BİLGİLİ, F. (2003), Türk Ortaklıklar Hukukunda Gizli Ortaklık İlişkileri, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 20.
- 2 Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin, 06.11.2006 Tarih Ve E. 2006/9540, K. 2006/14381 Sayılı Kararı; "Davalı şirketin yetkilisinin imzası bulunan ve şirketi bağlayıcı nitelikte bulunan belgeden; davacı ile davalı şirket arasında bir adi ortaklık ilişkisi kurulduğu, ancak davalı şirketin üçüncü şahıslarla gerçekleştirilen ilişkilerde aktif olarak faaliyet gösterdiği ve bu oluşumda davacının gizli ortak konumunda bulunduğu anlaşıldığına göre, adi ortaklık kuralları doğrultusunda davalının davacıya karşı sorumlu olduğu sonucuna varılmalıdır."
- 3 TERZİOĞLU, B., SAĞLAM, Ş., (2021), "Anonim Şirket ve Limited Şirket Kapsamında Gizli Ortaklık İlişkisi ve Gizli Ortakların Sorumluluğu", GSI ARTICLETTER, s. 85.
- 4 TERZİOĞLU ve SAĞLAM, s. 85
- 5 CANKAT, R. (2016), "Alman Ticaret Kanunu Hükümleri Uyarınca Gizli Ortaklık", MÜHFD Cevdet Yavuz'a Armağan, 22(3), s.680-681.
- 6 CANKAT, s.692.
- 7 TERZİOĞLU ve SAĞLAM, s. 85.
- 8 TERZİOĞLU ve SAĞLAM, s. 86.
- 9 CANKAT, s.688-689.
- 10 CANKAT, s.687.
- 11 CANKAT, s.688.
- 12 CANKAT, s.688.
- 13 CANKAT, s.693.
- 14 CANKAT, s.694.
- 15 TERZİOĞLU ve SAĞLAM, s. 87.
- 16 BALKAN, N. (2022), "Anonim Şirketlerde Gizli Kurucuların Şirket Kuruluşundaki Hukuka Aykırılıklardan Sorumluluğu (TTK M. 337/2)", REGESTA, 7(1), s. 159-160.
- 17 BARLAS, N. (2016), Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 115.
- 18 TERZİOĞLU ve SAĞLAM, s. 86.
- 19 CANKAT, s.691; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 29.01.2014 Tarih ve E. 2013/11-376, K. 2014/49 Sayılı Kararı; "Davacının şirket hisse devri nedeniyle uğramış olduğu maddi ve manevi zararlarını talep etmektedir. Yerel mahkeme, şirketin ticaret sicil dosyasının gelmesiyle davacı ile dava dışı şahsın hiçbir zaman şirket ortağı olmadıkları gerekçesiyle eksik araştırma ve incelemeye dayalı olarak davayı reddetmiştir. Ancak, davacının, resmi kayıtlara göre şirketin ortağı olduğu yönünde bir iddiası mevcut olmayıp gizli ortaklıktan söz ederek vekili olan davalının banka hesabına hisse satışı nedeniyle gelen paranın davacı ile dava dışı şahsın borcuna mahsuben S.B.'a ödenmesini üstlendiği halde bu ödemeyi iddia edildiği şekilde değil de direk S. B.'a ödemesi nedeniyle zarara uğradığını ileri sürmesine ve bunun delili olarak da davalının elinden çıktığını ileri sürdüğü ve davalı tarafından da kendisi tarafından yazıldığını kabul ettiği belgeler ile İ.B., davacı ve S.B. arasında düzenlenen belgeleri ibraz ettiğine göre mahkemece söz konusu belgelerin yazılı delil başlangıcı sayılıp sayılmayacağı ve buna istinaden tanık dinlenip dinlenmeyeceği üzerinde durulup davacı tarafından ibraz edilen tüm deliller ve bu kapsamda davacı ile S.B. arasında görülen menfi tesbit davasında verilen hüküm ile bu davadaki beyanlar ve ayrıca davacı ile diğer şahıslar arasında düzenlenen tüm belgeler değerlendirilerek sonucuna göre bir karar vermek gerekir."
- 20 CANKAT, s.696.
- 21 TERZİOĞLU ve SAĞLAM, s. 89-90.
- 22 CANKAT, s.699.

KAYNAKÇA

- BALKAN, N. (2022), "Anonim Şirketlerde Gizli Kurucuların Şirket Kuruluşundaki Hukuka Aykırılıklardan Sorumluluğu (TTK M. 337/2)", REGESTA, 7(1).
- BARLAS, N. (2016), Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- BİLGİLİ, F. (2003), Türk Ortaklıklar Hukukunda Gizli Ortaklık İlişkileri, Ankara: Seçkin Yayınları.
- CANKAT, R. (2016), "Alman Ticaret Kanunu Hükümleri Uyarınca Gizli Ortaklık", MÜHFD Cevdet Yavuz'a Armağan, 22(3).
- TERZİOĞLU, B., SAĞLAM, Ş., (2021), "Anonim Şirket ve Limited Şirket Kapsamında Gizli Ortaklık İlişkisi ve Gizli Ortakların Sorumluluğu", GSI ARTICLETTER.

5651 SAYILI KANUN KAPSAMINDA İNTERNET ÜZERİNDE İŞLENEN SUÇLARA UYGULANAN KORUMA TEDBİRLERİ VE İDARİ TEDBİRLER HAKKINDA



Giriş

5651 Sayılı Kanun'da düzenlenen madde 8 ve 8/A içeriği itibarıyla koruma tedbiri (yargı organları) ve idari tedbir (kamu otoriteleri) niteliğinde içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararlarını ihtiva eder. Koruma ve idari tedbir kararları uygulanırken internet özgürlüğüne, temelde ifade özgürlüğüne, müdahale imkânı bulmaktadırlar. Türk İnternet hukuku rejimi içerisinde, içeriğin çıkarılması ve erişimin engellenmesi kararlarına neden olan suçları ve idari tedbir hükümlerini inceleyeceğiz. Ayrıca, Anayasa Mahkemesine (AYM) bireysel başvuru yöntemiyle ve İnsan Hakları Avrupa

Mahkemesine (İHAM) açılmış olan önemli "Youtube", "Wikipedia", "Ahmet Yıldırım vs. TR-Google Sites" davalarını inceleyeceğiz.

I. 5651 Sayılı Kanun'un 8. Maddesi Kapsamında İçeriğin Çıkarılması ve Erişimin Engellenmesi Kararları ile Yerine Getirilmesi

5651 sayılı kanunun 8. maddesi kapsamında erişimin engellenmesi kararı suçların "internet ortamında" yapılması ön şartına bağlanmıştır. Bunun yanında maddenin birinci fıkrasında içeriği sayılan "suçları" oluşturduğu hususunda yeterli şüphe bulunan yayınlarla ilgili olarak

içeriğin çıkarılmasına ve/veya erişimin engellenmesine karar verilir” denilmektedir.³ “5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanunda yer alan suçlar” ile ilgili alınan koruma tedbiri niteliğindeki erişimin engellenmesi kararlarından birisi “Youtube” içindir.⁴ Suç tipleri arasındaki en yeni düzenleme 8. Maddenin 1 fıkrasının (c) bendine 7258 sayılı Futbol ve Diğer Spor Müsabakalarında Bahis ve Şans Oyunları Düzenlemesi Hakkında yer alan suçların eklenmesi olmuştur. Gerçekten bahis ve şans oyunlarının internet ile beraber çok farklı bir boyut kazanmıştır. Bahis ve şans oyunlarının internet portalları üzerinden düzenlendiği göz önünde bulundurulduğunda bahsi geçen suçların 5651 sayılı Kanun’a uyarlanması yerindedir. Diğer taraftan suç tiplerinin sayılı olması, internet özgürlüğü açısından yerinde bir düzenlemedir. Nitekim koruma tedbiri olarak içeriğin çıkarılması ve erişimin engellenmesi kararının hâkim veya ilgili başkanlığın takdir yetkisine bırakılması ifade özgürlüğüne büyük bir darbe vuracaktır.⁵ Lakin bir başka taraftan bakıldığında ise sayılan suçların yetersiz olduğu koruma tedbiri olarak verilen erişimin engellenmesi (ve/veya içeriğin çıkarılması) kapsamı anlamsız derecede sınırlı bırakılırken idari tedbir mahiyetindeki erişimin engellenmesinin geniş yorumlanması doktrinde eleştirilmiştir.⁶

a. Koruma Tedbiri ve İdari Tedbir Olarak İçeriğin Çıkarılması ve Erişimin Engellenmesi

İçeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı, 5651 sayılı Kanun’un 8. Maddesi ikinci fıkrasında belirtildiği üzere,

soruşturma evresinde Hâkim kovuşturma evresinde Mahkeme tarafından verilir. Soruşturma evresinde, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, Cumhuriyet Savcısı tarafından bu kararlar verilebilecektir. Lakin Cumhuriyet Savcısı tarafından verilen kararlar yirmi dört saat içinde hâkimin onayına sunulmalıdır. Hâkim en geç yirmi dört saat içinde kararı onaylamalıdır. Verilen süre içerisinde karar onaylanmaz ise koruma tedbiri, Cumhuriyet Savcısı tarafından derhal kaldırılır. Erişimin engellenmesi kararı belirli bir süreyle sınırlı olarak da verilebilir. Bunun yegâne şartı “amacı gerçekleştirecek nitelikte” olmasıdır. Ayrıca koruma tedbiri nitelikli bu kararlara karşı 5271 sayılı CMK hükümlerine göre itiraz edilebilecektir.

Burada değinilmesi gereken diğer husus kanun metnine içeriğin çıkarılması ifadesi getirilmesidir. İnternette yayınlanan ve hukuka aykırılık teşkil eden görüntü, ses, haber, video, fotoğraf, yorum vb. içeriklerin kaldırılması veya



silinmesidir. Ancak yer veya içerik sağlayıcı tarafından içerik kaldırılabilir. İnternette yayınlanan içeriklere erişimin engellenmesi mümkündür fakat hesap oluşturularak kullanılan sosyal medya adreslerinde “https” protokolünü kullanılmasından dolayı bu sitelere ait URL adreslerine erişimin engellenmesi teknik olarak mümkün değildir. Bu nedenle “https” ile başlayan linklere erişimin engellenmesi kararı verilse dahi bu karar uygulanamamakta, içerik bizzat içerik ya da yer sağlayıcı tarafından kaldırılmadıkça internette yer almaya devam etmektedir. Buradaki espri içeriğin çıkarılmasının mümkün olduğu hallerde, erişimin engellenmesi kararı yerine içeriğin çıkarılması kararının verilmesi imkânı sağlanmış ve bu yolla internet sitesinde ve/veya yayınında yer alan içeriğin suç teşkil etmeyen kısımlarının korunması amaçlanmıştır.

5651 sayılı Kanun uygulanırken ağırlıklı olarak idari tedbirler verilmektedir. Gerçekten idari tedbir kararlarını kapatılana kadar TİB, mevcut durumda ise BTK başkanı vermektedir.⁷ BTK



Başkanı’nın resen içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı verdiği suçlar şu şekildedir: “çocukların cinsel istismarı, müstehcenlik,⁸ fuhuş, kumar oynanması için yer ve imkân sağlama ve 7258 sayılı Futbol ve Diğer Spor Müsabakalarında Bahis ve Şans Oyunları Düzenlenmesi Hakkında Kanunda yer alan suçlar”. İdari tedbirin bu boyutu ciddi eleştirilere yol açmıştır.⁹ Zira içerik ve yer sağlayıcısı yurt dışında bulunuyor ise Başkan’a resen tanınan içeriğin çıkarılması ve erişimin engellenmesi yetkisi üstte saymış olduğumuz suçların bulunması halinde sınırsız hale getirilmiştir. Bu durumda ne yazık ki idari tedbir niteliğindeki içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararlarının muazzam boyutlara ulaşması kaçınılmaz olacaktır. Nitekim Anayasa Mahkemesi 07.02.2018 tarihli kararıyla; “yasal düzenlemeler (...) Kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına imkân tanımaması gerekir”¹⁰ diyerek hukuk devletinde olması gerekeni vurgulamıştır.

İçeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı derhal, en geç kararın bildirilmesi tarihinden itibaren dört saat içinde yapılır (md.8/5). Bu düzenleme daha önce yirmi dört saat şeklindeydi.

Bu başlık altında AYM tarafından iptal edilen 10.09. 2014 tarihinde -6552 sayılı Kanun’un 127. maddesi ile 5651 sayılı Kanun’un 8. Maddesine 16. Bent olarak eklenen idari tedbir niteliğindeki erişimin engellenmesi hükmünü değerlendirmeyeceğiz. Bunun yerine 27.03.2015 tarihinde 6639 sayılı Kanun’un 29 maddesi ile 5651 sayılı Kanun’a 8/A maddesi olarak eklenen “Gecikmesinde

sakınca bulunan hallerde içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi” hükmü ile beraber değerlendireceğiz.

II. 5651 Sayılı Kanun’un 8/A Maddesi Kapsamında Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hallerde İçeriğin Çıkarılması ve/veya Erişimin Engellenmesi

5651 sayılı Kanun’un 8. Maddesine “Milli Güvenlik ve Kamu Düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi” ile alakalı 16. § eklenen idari tedbir niteliğindeki erişim engelleme yetkisi TİB’e verilmiştir. Bu hüküm Anayasa Mahkemesi Kararı¹¹ ile kaldırılmasının akabinde 5651 sayılı Kanun’a 8/A maddesi olarak eklenmiştir. Hatta AYM’nin kaldırdığı hüküm genişletilmiş idari tedbir niteliğindeki engelleme kararını talep eden kamu otoriteleri eklenmiştir. Durum ve koşullar gerektiriyorsa internet sitesinin tümüne yönelik olarak erişimin engellemesi kararı verilebileceği hükümleri eklenmiştir. Hâlbuki AYM tarafından iptal edilen hüküm¹² özü itibarıyla internet özgürlüğüne çok ciddi bir kısıtlama getirmekteydi.¹³ Yeni eklenen madde hükmüyle beraber hem internet özgürlüğüne getirilen kısıtlama mevcudiyetini korumuş oldu hem de daha vahim hükümler ilave edildi.¹⁴

5651 sayılı Kanun’un 8/A maddesi kapsamında içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesini kararını BTK Başkanından talep etme yetkisi ilk olarak hâkimlere veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhurbaşkanlığına ve hatta milli güvenlik, kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması ile

“ilgili bakanlıklara” verilmiştir. Bu karar Başkan tarafından derhâl erişim sağlayıcılara ve ilgili içerik ve yer sağlayıcılara bildirilir. Bu kararın uygulanması kararının gereği, derhâl ve en geç kararın bildirilmesi anından itibaren dört saat içinde yerine getirilir. Cumhurbaşkanlığı ibaresi daha önce başbakanlık iken 02.07.2018 tarihinde madde metnine eklenmiştir.¹⁵

Yine 5651 sayılı Kanun’un 8/A maddesi § 3 ve §4 kapsamında şu hükümler getirilmiştir. Erişim engeli talebi BTK Başkanı tarafından yerine getirilirken, Başkanın idari tedbir uygulamasını 24 saat içinde sulh ceza hâkimliklerinin onayına sunması ve hâkimliklerin de 48 saat içinde bu talepleri değerlendirip, karara bağlaması gerekmektedir. Aksi takdirde karar kendiliğinden kalkar. Madde 8 § 3 kapsamında verilen erişimin engellenmesi kararları, ihlalin gerçekleştiği yayın, kısım, bölüm ile ilgili olarak (URL, vb. şeklinde) içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle verilir. Ancak, teknik olarak ihlale ilişkin içeriğe erişimin engellenmesi yapılamadığı veya ilgili içeriğe erişimin engellenmesi yoluyla ihlalin önlenemediği durumlarda, internet sitesinin tümüne yönelik olarak erişimin engellenmesi kararı verilebilir. Bu hükmün en eleştirilen taraflarından birisi kuşkusuz madde 8 §3 ile internet sitelerinin tamamına¹⁶ yönelik verilebilecek idari tedbir niteliğindeki Erişimin engellemesi hükmü olmuştur.¹⁷

Madde metninin geniş bir takdir yetkisi verdiği görülmesine karşın AYM’nin 5651 sayılı Kanun’un 8/A maddesine ilkesel bir yaklaşımı bulunmaktadır.¹⁸ 8/A maddesinde öngörülen tedbire karar verilebilmesi için

uyulması gereken ilkeleri detaylı bir şekilde sayılmıştır. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde erişimin engellenmesi tedbirinin uygulanabilmesinin istisnai nitelikte olduğu belirtilerek bunun “İlk Bakışta (Prima Facie)”¹⁹ ihlal halleriyle sınırlı olarak uygulanacağı belirtilmiştir.

Sonuç

5651 Sayılı Kanun kapsamında düzenlenen 8 ve 8/A maddesinin halen gelişmekte olan internet temelli teknolojiler ve internet özgürlüğü açısından yetersiz olduğu aşikârdır. Nitekim sürekli yapılan kanun değişiklikleriyle ve en son Temmuz 2020 tarihinde getirilen madde değişiklikleriyle amaçlanan suçlarla mücadele olsa dahi suçların mücadelesini kamu otoritesine bırakan düzenlemeler, madde metinleri ve uygulamalar keyfiliğe yol açmaktadır. Erişimin engellenmesinin bir sitenin tamamı için uygulandığı durumlarda AYM ve Türkiye aleyhine İHAM nezdinde açılan davalar internet özgürlüğünün devasa boyutlarını gözler önüne sermektedir. Zira sadece sayılı suçların önlenmesi adına bile bir internet sitesinin tamamını engellemek o siteyi aktif kullanan internet kullanıcılarının her birinin ifade özgürlüğüne müdahale haline gelmektedir. Diğer taraftan, tüm dünyada “Youtuber”, “Blogger” ünlülerinin daha revaçta olduğunu, hatta eski moda (old-fashion) ünlülerin dahi internet tabanlı sosyal medya mecralarında kendilerine yer etme yarışına girdiğini düşündüğümüzde artık internetin salt kullanımdan ziyade ticari, ekonomik amaçlarla kullanıldığını görmekteyiz. Bu sebepten teknolojik gelişmelere, internet tabanlı ticari sektörlerle

uygun ve temek hak ve özgürlüklere saygılı bir düzenleme acilen gerekmektedir.

DİPNOT

1 5651 Sayılı Kanun md. 8 f.1 "...a) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan; 1) İntihara yönlendirme (madde 84), 2) Çocukların cinsel istismarı (madde 103, birinci fıkra), 3) Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma (madde 190), 4) Sağlık için tehlikeli madde temini (madde 194), 5) Müstehcenlik (madde 226), 6) Fuhuş (madde 227), 7) Kumar oynanması için yer ve imkân sağlama (madde 228), suçları. b) 25/7/1951 tarihli ve 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanunda yer alan suçlar. c) (Ek:25/3/2020-7226/32 md.) 29/4/1959 tarihli ve 7258 sayılı Futbol ve Diğer Spor Müsabakalarında Bahis ve Şans Oyunları Düzenlenmesi Hakkında Kanunda yer alan suçlar."

2 Ahmet Yıldırım/Türkiye, B. No: 3111/10, 18.12.2012. İHAM'ın henüz kesinleşmemiş bu kararında oybirliği ile İHAS md. 10 ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. "§§ 6-11...Söz konusu dava, "Google Sites" yer sağlayıcısı kapsamında açılan ve Atatürk'ün anısına hakaret nedeniyle sahibinin ceza davasına konu olduğu bir internet sitesine erişimin engellenmesine dair verilen bir mahkeme kararıyla ilgilidir. Siteye erişimin engellenmesine ilişkin alınan bu tedbir, aynı zamanda "Google Sites" kapsamında açılan diğer tüm sitelere erişimin engellenmesine neden olmuştur." Kararın gerekçesinde koruma tedbirinin yersiz olduğu ve ifade özgürlüğüne müdahale edildiği şu şekilde ifade edilmiştir: "§§-Özetle, Mahkeme uyuşmazlık konusu tedbirin bir internet sitesine erişimin tedbiren engellenmesinden doğan bir kısıtlama şeklinde ortaya çıktığı görüldüğü olup bu tedbirin ıcrası için mahkeme, TİB'in talebi üzerine, Başvuran'ın da internet sitesinin yer aldığı Google Sites'a erişimin engellemesine karar vermiştir. Bu sebeple de Başvuran kendi internet sitesine erişiminin imkansız hale geldiği bir durumda kalmıştır. Bu husus Mahkeme'nin söz konusu tedbirin bilgi ve fikir alma ve verme özgürlüğünün ayrılmaz bir parçası olan Başvuran'ın ifade özgürlüğü hakkına "kamu makamlarının müdahalesi" teşkil ettiği sonucuna varması açısından yeterlidir (bkz.kıyasen, Ayşe Öztürk / Türkiye, 24914/94, §42, 15 Ekim 2002). Böylesine bir müdahale, "yasa tarafından öngörülmüş" olmadığı, 10.2 maddesinde yer alan meşru hedefi veya hedefleri gütmeyen veya bu hedef veya hedeflere ulaşmak için "demokratik bir toplumda zorunlu" olmadığı takdirde 10.maddeye aykırı olacaktır" Kararın Türkçe Çevirisi için bkz: KAYA, M.B. (2021), İnternet Hukuku Mevzuat & İçtihat, <https://mbkaya.com/hukuk/internetmevzuat.pdf>, s. 3966 vd.

3 29/7/2020 tarihli ve 7253 sayılı Kanunun 4. maddesiyle, bu madde başlığı: "Erişimin engellenmesi kararı ve yerine getirilmesi" iken metne işlendiği şekilde değiştirilmiş ve birinci fıkrada yer alan "erişimin engellenmesine" ibaresi "içeriğin çıkarılmasına ve/veya erişimin engellenmesine" şeklinde değiştirilmiştir.

4 AYM, 4/4/2014, Youtube LLC Kararı, B. No: 2014/4705, K.T: 29/5/2014: "Youtube Kararı" olarak anılan bireysel başvuruda AYM Anayasa'nın 26. Maddesine atfen koruma tedbirinin ifade özgürlüğünü ihlal ettiğini ve Anayasaya aykırı olduğunu tespit etmiştir. Kararın gerekçesinde; "§ 39 ... Söz konusu erişimin engellenmesi kararına ilişkin yukarıda belirtilen mahkeme kararlarına (§37) rağmen başvurucuların ihlal iddiasına konu olan youtube.com isimli siteye erişimin halen mümkün olmadığı görülmektedir. Sosyal medyada belli olay ve olgulara ilişkin olarak paylaşılan haber ve düşüncelerin zamanın geçmesiyle güncelliğini yitirip etki ve değerini kaybedebileceği açıktır. Somut olay bağlamında, anılan siteye erişimin engellenmesinin gerekçesi olarak gösterilen içerikler ile bireysel kullanıcı niteliğindeki başvurucular arasında bir bağlantı bulunmadığı gibi, kendilerinin kullanıcı oldukları sitelerde erişimin engellenmesine konu bir içeriğin olduğuna dair herhangi bir iddianın da bulunmadığı görülmektedir." denilmektedir.

5 DÜLGER, M.V. (2023), Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 955.

6 DÜLGER, s. 956; GÖRKEMLİ, B. (2015), Yargı Kararları Işığında Türk Hukukunda İnternet Erişimin Engellenmesi, 1. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 103-104.

7 AKDENİZ, Y. ve GÜVEN, O., (2019), Engelli Web 2019: Türkiye'den Erişime Engellenen Web Siteleri, Haber ve Sosyal Medya İçeriklerinin Analiz Raporu: "Buz Dağının Görünmeyen Yüzü", İfade Özgürlüğü Derneği, s. 10, https://ifade.org.tr/reports/EngelliWeb_2019.pdf; Ayrıca değişiklik için bkz: <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5651.pdf> "15/8/2016 tarihli ve 671 sayılı KHK'nın 21 inci maddesiyle, 8 inci maddenin üçüncü, yedinci ve sekizinci fıkralarında yer alan "Başkanlığa" ibareleri "Kuruma" şeklinde, dördüncü, altıncı ve onbirinci fıkralarında yer alan "Başkanlık" ibareleri "Başkan" şeklinde değiştirilmiş ve onbirinci fıkrasında yer alan "ise Başkanlığın talebi üzerine" ibaresi yürürlükten kaldırılmıştır."

8 AYM, E. 2015/76., K. 2017/153, K.T. 15.11.2017; "... içeriği suç oluşturan bir yayının, suç işlemek veya işlenmesini kolaylaştırmak amacıyla faaliyette bulunmayan, kitlesel haberleşme ve iletişim sağlayan internet sitelerinde paylaşılması durumunda da hâkim onayı gerekmeksizin idarece resen erişimin engellenmesi kararı verilmesine olanak tanımaktadır" denilmek suretiyle BTK Başkanına verilen yetkinin (Md.8/4 ile BTK Başkanına verilen md.8/1 (a) bendi (5). suç "müstehcenlik") hukuk devletinin belirlilik ilkesine aykırı olmasında dolayı Anayasa'ya aykırı olduğu söylenmiştir." Fakat BTK Başkanı'nın AYM kararını yok sayarcasına müstehcenlikle alakalı suçlarda içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı vermeye devam ettiği görülmektedir.

9 AKDENİZ ve GÜVEN, s. 10. Bu noktada TİB ve BTK tarafından ve yargı makamları tarafından verilen erişimin engellenmesi kararlarının istatistiğini, sayısal değerlerini karşılaştırmalı görmek adına bkz.: AKDENİZ ve GÜVEN, s. 8-12.

10 AYM, E. 2015/76., K. 2017/153, K.T. 15.11.2017; AKDENİZ ve GÜVEN, s. 11.

11 AYM, E.2014/149, K.2014/151, K.T. 2/10/2014.

DİPNOT

12 İptal öncesi 5651 sayılı Kanun 8. Md. § 16: "(Ek: 10/09/2014-6552/127 md.) Millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya birkaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, erişimin engellenmesi Başkanın talimatı üzerine Başkanlık tarafından yapılır. Erişim sağlayıcıları Başkanlıktan gelen erişimin engellenmesi taleplerini en geç dört saat içinde yerine getirir. Başkan tarafından verilen erişimin engellenmesi kararı, Başkanlık tarafından, yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırk sekiz saat içinde açıklar."

13 İçel, Kitle İletişim Hukuku, s. 514.

14 AKDENİZ ve GÜVEN, s. 13.

15 AKDENİZ ve GÜVEN, s. 13

16 AYM, 26.11. 2019, Wikimedia Foundation Kararı, B. No: 2017/22355, Başvuru tarihi: 9/5/2017, K.T: 26/12/2019, (R.G: 15/1/2020 – 31009). Başvurunu konusu Wikipedia adlı internet sitesine 5651 sayılı Kanun'un 8/A maddesi §3 kapsamında verilen idari tedbir niteliğindeki erişimin engellenmesi kararı verilmesinin ifade özgürlüğünü ihlal iddiası ile ilgilidir. AYM ifade özgürlüğüne müdahalenin ihlal oluşturduğu kanısına varmış ve yeniden yargılama yapılmasına hükmetmiştir. Kararın gerekçesinde § 87; "Öncelikle belirtmek gerekir ki 5651 sayılı Kanun'un 8/A maddesi kapsamında Başkan tarafından internet ortamında yer alan yayınlara ilgili olarak içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesine karar verilmesi biçimindeki yol ancak gecikmesinde sakınca bulunan, dolayısıyla ivedilikle müdahale etmeyi gerektirecek hâllerde işletilmesi gereken istisnai bir yoldur (Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A.Ş., § 72). Somut olayda Wikipedia'ya erişim Kanun'un 8/A maddesine dayanılarak engellenmiş, ancak idari makamlarca da derece mahkemelerince de anılan Kanun maddesi kapsamında yapılan müdahalelerde gözetilmesi gereken hususlar (bkz. § 78-81) değerlendirilmemiştir. Erişimin engellenmesi kararına konu URL adreslerinde yer alan yayınların içeriği ile sınırlama sebebi arasındaki ilişki ortaya konulmadığı gibi gecikmesinde sakınca bulunan bir durumun varlığı da gösterilememiştir" denilmektedir.

17 AKDENİZ ve GÜVEN, s. 14.

18 AKDENİZ ve GÜVEN, s.21.

19 AYM, Wikimedia Foundation Kararı § 75; "Şiddeti öven, kişileri terör örgütünün yöntemlerini benimsemeye, şiddet kullanmaya, nefrete, intikam almaya veya silahlı direnişe tahrik ve teşvik eden yayınlar gibi internet ortamında demokratik toplum düzenini tehlikeye atan yayınların daha ileri bir inceleme yapılmaya gerek olmaksızın ilk bakışta anlaşılabilirliği hâllerde 5651 sayılı Kanun'un 8/A maddesinde öngörülmüş olan ve Başkan tarafından verilen kararın içeren istisnai usul işletilebilir (Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A. Ş., § 72). §77 "İnternet yayınının demokratik toplum düzenini tehlikeye atıp atmadığının belirlenmesi daha ileri bir incelemeyi gerektiriyorsa ve müdahalenin haklılığı ilk bakışta anlaşılamiyorsa yayınların idare tarafından engellenmesi biçimindeki istisnai usul yerine yine 5651 sayılı Kanun'un 8/A maddesinde öngörülmüş olan "mahkeme yolunun" işletilmesi gerekir" ile ilk bakışta ihlal yaklaşımını yinelemiştir. Karar için bkz.: KAYA, s. 2511 vd.

KAYNAKÇA

- AKDENİZ, Y. ve GÜVEN, O., (2019), Engelli Web 2019: Türkiye'den Erişime Engellenen Web Siteleri, Haber ve Sosyal Medya İçeriklerinin Analiz Raporu: "Buz Dağının Görünmeyen Yüzü", İfade Özgürlüğü Derneği, https://ifade.org.tr/reports/EngelliWeb_2019.pdf
- DÜLGER, M.V. (2023), Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- GÖRKEMLİ, B. (2015), Yargı Kararları Işığında Türk Hukukunda İnternet Erişimin Engellenmesi, 1. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi.
- KAYA, M.B. (2021), İnternet Hukuku Mevzuat & İçtihat, <https://mbkaya.com/hukuk/internetmevzuat.pdf>

SÖZLEŞMELERDE ŞEKLE AYKIRILIK İDDİASI VE HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI YASAĞI

Giriş

Türk Borçlar Hukuku sistemine hâkim olan ilkelerden biri olan irade serbestisi/irade özgürlüğü ilkesi uyarınca kural olarak taraflar, diledikleri kişiler ile diledikleri konularda ve diledikleri şekilde sözleşme yapabilme özgürlüğüne sahiptirler. Ancak bu özgürlük sınırsız olmayıp, birtakım sınırlamalara tabidir. Bu sınırlamalar; kanunun emredici hükümleri, kamu düzeni, ahlak, kişilik hakları ve imkânsızlık olarak sayılabilir.

Öyle ki, bu özgürlük Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile de koruma altına alınmıştır. Anayasa'nın "Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti" kenar başlıklı 48. maddesinin birinci fıkrasına bakıldığında "Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir." şeklindeki düzenleme ile sözleşme hürriyetinin Anayasal bir güvenceye kavuşturulduğu görülmektedir. Anayasa ile güvence altına alınan sözleşme hürriyeti 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) "Sözleşme Özgürlüğü" kenar başlıklı 26. maddesinde de "Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler." şeklindeki ifade ile yerini almıştır.

İrade serbestliği ilkesi, sözleşmelerde şekil serbestisini de kapsamaktadır. TBK'nın 12. maddesinde yer alan "Sözleşmelerin

geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir." şeklindeki düzenlemeden anlaşıldığı üzere Türk Borçlar Hukuku sisteminde taraflar arasında akdedilen sözleşmelerde kural olarak şekil serbestliği ilkesi geçerlidir. Diğer bir deyişle kanunda aksine bir düzenleme bulunmadıkça taraflar, aralarında akdedecekleri sözleşmeyi hiçbir şekle bağlı olmaksızın düzenleme özgürlüğüne sahiptirler. Yine Kanunun lafzından anlaşılabileceği üzere şayet kanunda bir geçerlilik şekli belirlenmiş ise, bu durumda taraflar artık aralarındaki sözleşmeyi kanunun belirlediği geçerlilik şekline uygun olarak akdetmek durumundadırlar.

I. Sözleşmenin Geçerlilik Şekline Aykırı Olarak Düzenlenmesi

Türk Borçlar Hukuku sisteminde kanunda aksine bir düzenleme yer almadıkça sözleşmelerde şekil serbestisi ilkesi geçerli olsa da kanunda düzenlenen bazı sözleşmelerde geçerlilik şekil şartına yer verilmiştir. Örneğin taşınmaz satış sözleşmeleri ile taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinin resmi şekilde düzenlenmeleri şarttır. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 706. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "Taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerli olması, resmî şekilde düzenlenmiş bulunmalarına bağlıdır" şeklindeki düzenleme uyarınca taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin



resmi şekilde düzenlenmeleri gerekmektedir. Bunun yanı sıra alacağın devri sözleşmelerinin geçerliliği yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır. Kanunda geçerlilik şekline yer verilen başkaca sözleşme tipleri de bulunmaktadır.

Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler TBK'nın 12. maddesinin ikinci fıkrasında da açıkça düzenlendiği üzere geçersizdir.

II. Şekle Aykırılık İddiasının Bazı Hallerde Hakkın Kötüye Kullanılması Sayılabileceği

TMK'nın "Dürüst Davranma" kenar başlıklı 2. maddesi uyarınca herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz. Kanunun lafzından açıkça anlaşılabileceği üzere hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumamaktadır.

Hakkın açıkça kötüye kullanılması yasağı kamu düzeniyle ilgili olduğundan yargılamanın her aşamasında taraflar ileri sürmemiş olsa bile

hâkim tarafından resen dikkate alınacaktır. Yargıtay içtihatları uyarınca şekle aykırılığın hakkın açıkça kötüye kullanılması suretiyle ileri sürüldüğü hallerde sözleşme geçerli bir sözleşme gibi hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır.

"Dairemizin emsal nitelikteki (2000/5430 Esas, 2000/6618 Karar ve 11.09.2000 Tarihi) kararında da belirtildiği üzere, her ne kadar tapulu bir taşınmazın haricen devri sonucunu doğuran sözleşmeler (BK'un 213, MK'nun 706, Tapu Kanunu 26) geçersiz ise de, davacının üzerine düşen edimini yerine getirmesi ve davalının da edimlerin büyük bölümünü yerine getirmesinden sonra, şekle aykırılığa dayanarak geçersizlik iddiasında bulunması dürüstlük kuralına aykırı ve adalet duygularını ağır şekilde zedeleyici olabilir. Kanunda özel bir hüküm bulunmadıkça, zorunlu şekil şartına aykırılık nedeniyle geçersiz bir sözleşmede ifanında geçersiz kalması genel kural ise de, söz konusu geçersizliğin ileri sürülmesinin hukukun genel ilkeleri arasında yer alan TMK'nun 2 nci maddesinde yazılı dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmesi halinde geçersizlik müeyyidesi uygulanamaz."¹

"Davalı, ...'e ait ... Mahallesi Mevkiinde bulunan arsa üzerinde ikmâl inşaatı yapımını davacı ... İnşaat ile dava dışı ...Boya San. Tic. adına ... üstlenmişlerdir. Tapuda pay devrini içerdiğinden resmi şekilde yapılmadığından söz konusu ön protokol geçersiz ise de; tarafların beyanı ile B Bloktan 1, 2, 3 ve 4 nolu bağımsız bölümlerin yüklenici ya da onun talimatıyla üçüncü kişilere arsa sahibince devredilmiş olması sebebiyle

sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmek TMK 2. maddesi gereğince hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olacağından, geçerli hale gelmiştir.”²

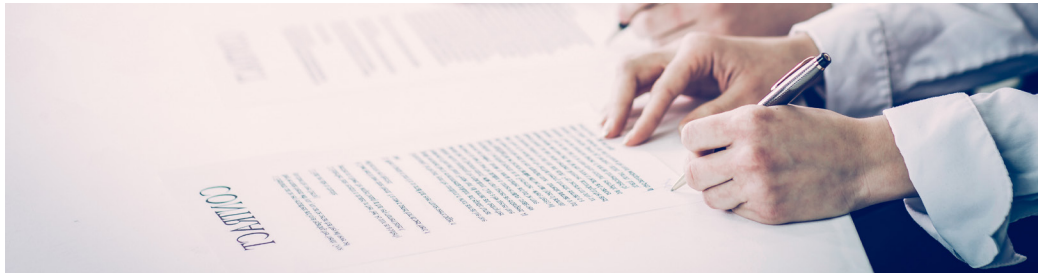
“...dava konusu sözleşmenin davacı kooperatifle davalılar R. F. ve D. arasında imzalandığı, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin karma nitelikli sözleşme olduğu ve gayrimenkul mülkiyeti devir borcu doğurduğu için 6098 sayılı TBK’nın 237, TMK’nın 706, Noterlik Kanunu 60 ile Tapu Kanunu’nun 26. maddesi gereği Noterlikçe düzenleme şeklinde yapılması gerektiği, şekille ilgili kuralın emredici olduğundan mahkemece re’sen gözönünde bulundurulması gerektiği, ancak resmi şekilde yapılmamış olmakla birlikte arsa payı sahibi tarafından tapuda devir yapılması halinde veya eserin büyük ölçüde başka deyişle tamamına yakınının tamamlanmış ve iş sahibi tarafından kabule icbar edilebilecek düzeye getirilmiş olması halinde şekle aykırılığın ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılma niteliğinde sayıldığı...”³

“Bir kimsenin sözleşmenin sonradan kendi yararına olmadığını görünce ondan kurtulmak istemesi ahlaki duyguları rencide ediyorsa veya şeklin koruyucu etkisinden yoksun kaldığı için değil, aksine, sırf kendi borçlarını yerine

getirmekten kaçınmak amacıyla şekilsizliği bir sebep olarak kullandığı anlaşıyorsa, butlan iddiası...hakkın kötüye kullanılması sayılabilir”⁴

Şekle aykırılık iddiasının hakkın kötüye kullanılması sayılıp sayılmayacağı her somut olayın hal ve şartlarına göre hâkim tarafından ayrıca değerlendirilecektir. Özellikle hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olan hâllerin önceden tespit edilerek, bunlara uygulanacak olan kuralların kanun maddeleri ile öngörülmesinin mümkün olmadığı hususu, bir Yargıtay Hukuk Genel Kurul kararına (HGK 3.11.2010 tarih ve 19-559/546 sayılı kararı) da konu olmuştur: “...öte yandan, yargı organları, çıkarlar dengesini ve adalet duygularını gözeterek toplumun gereksinmelerini karşılamakla yükümlüdür. Maddî hukuk, her zaman hayatın değişen sosyal akışı içinde, gelişen tüm olayları ve tüm ayrıntıları kurallaştırma gücüne de sahip değildir”.⁵

Hakkın kötüye kullanılması yasağı, özellikle kanunun şekle aykırılığını konu alan düzenlemelerinin hakkaniyeti sağlamada yeterli olmadığı uyuşmazlıklarda, bu eksiği gidermekte; kanunun temel menfaat dengesini koruyarak hakkaniyete uygun sonuçlara ulaşmaktadır.⁶



Her şekle aykırılık iddiası hakkın kötüye kullanılması yasağı kapsamına girmeyecek, somut olayın hal ve şartlarına göre değerlendirilecektir. Bu yasak kamu düzeniyle ilgili olduğundan hâkim tarafından resen dikkate alınabilecektir.

DİPNOT

- 1 Yargıtay 11. HD., E. 2018/2379 K. 2018/8069 T. 19.12.2018, (Lexpera, E.T. 21.04.2024).
- 2 Yargıtay 15. HD., E. 2018/632 K. 2018/3629 T. 8.10.2018, (Lexpera, E.T. 21.04.2024).
- 3 Yargıtay 23. HD., E. 2013/5641 K. 2014/557 T. 30.1.2014, (Lexpera, E.T. 21.04.2024).
- 4 Yargıtay 13. HD., E. 1991/8879 K. 1992/645 T. 30.1.1992, (Lexpera, E.T. 21.04.2024).
- 5 ÖZBİLEN, A. B., (2016), Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü, Ankara: Yetkin Yayıncılık, s.212
- 6 ÇELİK, B. (2019), Şekle Aykırı Sözleşmelerde İfanın Düzeltici Etkisi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, s.76

KAYNAKÇA

- ÇELİK, B. (2019), Şekle Aykırı Sözleşmelerde İfanın Düzeltici Etkisi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul.
- ÖZBİLEN, A. B., (2016), Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü, Ankara: Yetkin Yayıncılık.
- ÖZDEMİR, O., (2022), İş Sözleşmesinin Feshinde Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, Doktora

YARGITAY'IN BOZMA İLAMINDAN SONRA ISLAH HAKKININ İKİNCİ KEZ KULLANIMI

Giriş

İddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağının bir istisnası mahiyetinde olan ıslah,¹ tarafların yargılama esnasında usul bakımından gerçekleştirdikleri işlemlerinden belli bir usul kesitine kadar yapılanların, masraflarının ödenmesi koşulu ile bir defaya mahsus biçimde kaldırılmasına yönelik beyanlarından vaki bir müessese olup; yargılama esnasında süre ve biçime aykırılığın söz konusu olması hasebiyle mevcut olabilecek maddi hak kayıplarının önüne geçilmesi amacıyla getirilmiş bir kurumdur.² Teksif ilkesi uyarınca iddia ve savunmanın yalnızca belli bir usul kesitine kadar genişletilip değiştirilebilmesi durumu, yargılama süresinde ortaya çıkabilecek yeni bulgu ve delillerin öne sürülememesine sebebiyet verebilecek ve bu durum hak kayıplarına,

hakkaniyetsiz hükümlere yol açabilecektir. Islah, bu hakkaniyetsiz neticelerin meydana gelmesini engelleyebilecek yegâne yoldur.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) muhteviyatında yer alan tanımı, yapılan bir usul işlemini taraflardan birinin kısmen yahut tamamen (Aynı dava içerisinde bir defaya mahsus olmak üzere) düzeltebilmesi hakkı şeklindedir.³ Bunun yanında ıslah hakkının bir kere kullanımından ne anlaşılması gerektiği meselesi de birtakım tartışmalara sebebiyet vermektedir. Bu tartışmalar, HMK'nın m.176/2 hükmünün ne şekilde yorumlanması gerektiği hususunda da fikir ayrılıkları doğurmaktadır. Doktrinde ağırlıklı görüş; yargılamanın sonuna kadar geçen sürenin tek bir dava sayılacağını ve bu sebeple öncesinde bir kez kullanılan ıslah hakkının bozma kararından sonra ikinci



kez kullanılamayacağını savunmakta,⁴ aksi yöndeki azınlık görüşü ise; bozma kararından sonra ilk derece mahkemesinin bu bozmaya uyarak başlattığı yeni tahkikat aşamasında ikinci kez bu hakkın kullanılabileceğini öne sürmektedir.⁵ Bu çalışmada ise azınlık görüş takip edilerek öncelikle dava kavramının unsurları itibarıyla kapsamı belirlenecek, devamında ıslah hakkının mahiyeti ortaya koyulacak ve bu iki başlığın ortaya koyduğu hukuki bulgular ışığında bozma kararından sonra ikinci kez ıslah hakkının kullanımının neden kanuna aykırılık teşkil etmediği incelenecektir.

1. Islah Hakkının Yargıtay'ın Bozma İlamından Sonra Kullanılabilirliği Meselesi

Teksif ilkesinin bir sonucu olarak taraflar talep sonucunu ancak belli bir usul kesitinin sonuna kadar genişletip değiştirebilirler.⁶ HMK'nın 141/1 hükmü uyarınca taraflar, dilekçeler teatisi aşamasının sonuna kadar talep sonucunu genişletebilir veya değiştirebilirler.⁷ Bu aşama tamamlandıktan sonra ise iddia ve savunma artık genişletilemez yahut değiştirilemez.⁸ Ancak aynı kanunun 141/2 hükmü uyarınca ıslah yolu ile tarafların iddia ve savunmalarını genişletebilecekleri hüküm altına alınmış olmakla birlikte, bu hüküm iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağının istisnası mahiyetindedir.⁹ Dolayısıyla kural olarak taraflar bakımından iddia ve savunmanın genişletilip değiştirilebilmesi hakkı belli bir usul kesiti ile sınırlandırılmış olmakla birlikte, aynı kanun ile getirilmiş bulunan ve istisnai bir düzenleme teşkil eden ıslah kurumu sayesinde taraflar, ilgili usul kesiti neticelendikten sonra dahi bu hakkı

kullanabileceklerdir.

Islah, taraflardan herhangi birinin yapmış bulunduğu bir usûli işlemin bir kısmının yahut tamamının değiştirilmesi veya düzeltilmesi işlemidir.¹⁰ Bu hak, teksif ilkesinin katılığına bir nebze olsun yumuşatmak maksadıyla hüküm altına alınmış bir yoldur.¹¹ Dolayısıyla taraflar getirilen bu düzenleme ile bu yasağı aşabilir, talep sonucunu bu hükme dayanarak ıslah vasıtası ile genişletebilir yahut değiştirebilirler.¹²

a. Bozma İlamından Sonra Islah Hakkının Kullanılabilirliği Meselesinin Kısa Bir Tarihçesi

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yapılan değişiklikten önce verilen Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararlarında ("İBK") bozmadan sonra ıslah hakkının kullanılabilirliğine ilişkin ihtilaflı hükümler kurulduğu hâlde,¹³ işbu kanunla getirilen düzenleme ile bu konu netlik kazanmıştır.¹⁴ Örneğin 1948 tarihli İBK' de ilk derece mahkemesindeki tahkikat aşamasının tamamlanmasından itibaren tarafların ıslah hakkını kullanamayacağı yönünde karar verildiği halde,¹⁵ 1959 tarihli İBK'de ise mahkeme kararının temyiz mercii tarafından bozulması ve ilk derece mahkemesinin bu bozma kararına uyması üzerine davanın tekrar duruşma safhasına gireceği, tahkikatın devam edeceğinden bahisle duruşmanın henüz bitmemiş sayılacağı ve bu sebeple bu aşamada ıslah hakkının kullanılabileceği yönünde bir hüküm kurulmuştur.¹⁶ Yine bu ihtilaflı hükümlerden biri de 2016 tarihli İBK'de Yargıtay tarafından kurulmuştur. 1959 Yılında

verilen karardan aksi yönde ve 1948 yılında verilen kararlar aynı doğrultuda olan 2016 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında, 1948 tarihli kararın yerinde olduğu, tahkikat aşamasının ilk derece yargılaması ile son bulduğu kabul edilmiş ve bozma kararından sonra ıslah yapılmasının yargılamanın ivedi bir biçimde ilerlemesine engel teşkil edeceği ileri sürülerek bozma kararından sonra ıslah yapılamayacağı yönünde hüküm kurulmuştur.¹⁷ İBK'ler arasındaki bu ihtilaflı durum, geçmiş yıllarda doktrinde de pek çok tartışmaya sebebiyet vermiştir.¹⁸

b. Güncel Yaklaşım

Son olarak HMK'nin 177. madde 2. fıkrası bakımından getirilen düzenleme ile birlikte artık Yargıtay'ın bozma kararı veya istinaf mercii'nin kaldırma kararı sonrası dosya ilk derece mahkemesinin önüne geldiğinde, ilk derece mahkemesi tahkikata ilişkin bir işlem yaptığında, bu tahkikat aşaması sona erinceye kadar ıslah hakkı kullanılabilecektir.¹⁹ Dolayısıyla bu konu ile ilgili bir tartışma kalmamıştır. Ancak aynı fıkranın son cümlesi uyarınca dikkate alınması zorunluluk arz eden bir husus bulunmaktadır. Bu husus, "usûli müktesep hak / usuli kazanılmış hak" meselesidir. usuli kazanılmış hak, bir yargılama sırasında taraflar ya da mahkemece gerçekleştirilen bir usul işlemi neticesinde taraflardan biri lehine doğmuş bulunan ve sınırlarına riayet edilmesi mecburi olan haktır. Bu hak, mahkeme tarafından Yargıtay'ın verdiği bozma kararına uyulması neticesinde bu karar lehine olan taraf bakımından doğabilir veya bazı meselelerin bizzat Yargıtay tarafından bozma kararı kapsamı haricinde bırakılması

suretiyle tezahür edebilir. İkinci ihtimalde Yargıtay tarafından bozma kapsamına dahil edilmeyen kısımlar özelinde karar kesinleşir. Bozma kararına uyan mahkeme bu kesinleşen kısımlar hakkında yeniden incelemelerde bulunup hüküm kuramaz. Netice itibarıyla bu kesinleşen kısımlar, lehine sonuç doğurduğu taraf bakımından usuli kazanılmış hak teşkil eder.²⁰

HMK'nin 177. madde 2. fıkrasının son cümlesinde bu husus, "...Ancak bozma kararına uymakla ortaya çıkan hukuki durum ortadan kaldırılamaz." şeklinde açıklanmıştır. Dolayısıyla her ne kadar kanun hükmü uyarınca bozma ilamından sonra ıslah yapılabileceği kabul edilse de bu kullanımın sınırı yine aynı hükmün son cümlesi ile çizilmiştir. Ayrıca HMK'nin "Kötüniyetli ıslah" başlıklı 182. maddesi uyarınca ıslah hakkının kullanımına cevaz verilebilmesi için, bu talebin kötü niyetli olarak öne sürülmemiş olması aranmaktadır. Bu husus, "Islahın davayı uzatmak veya karşı tarafı rahatsız etmek gibi kötüniyetli düşüncelerle yapıldığı deliller veya belirtilerle anlaşılırsa, mahkeme, ıslahı dikkate almadan karar verir. Ayrıca hâkim, kötüniyetle ıslaha başvurunu, karşı tarafın bu yüzden uğradığı bütün zararlarını ödemeye ve beşyüz Türk Lirasından beşbin Türk Lirasına kadar disiplin para cezasına mahkûm eder." şeklinde hüküm altına alınmıştır. Özetle; ıslah hakkının kullanılabilmesi için bu hakkın, bozmaya uyma kararı neticesinde usuli kazanılmış hak teşkil eden hukuki durumu ortadan kaldıracak nitelikte olmaması ve bu ıslah talebinin kötüniyetli olarak öne sürülmemiş olması gerekmektedir. Aksi takdirde hâkim; hüküm

kurduğu sırada, taraflarca öne sürülen ıslah talebini göz önüne almayacaktır.

İlaveten ıslah hakkı bozma ilamından önce bir kez kullanıldıysa, bu ilamdan sonra ikinci kez kullanılabirlik durumu tartışmalara sebebiyet vermektedir. Neticede Kanun'un 176/2 hükmü uyarınca aynı davada yalnızca bir kez ıslah yoluna başvurulabileceği hüküm altına alınmıştır. Bu durumda; Yargıtay'ın bozma ilamından sonra ilk derece mahkemesinin bozmaya uyma kararı vermesi üzerine başlayan tahkikat aşaması ile birlikte ortaya çıkan yargılamanın, yeni bir dava teşkil edip etmeyeceği hususunun tartışılması önem arz etmektedir. Söz konusu yargılamanın önceki davadan ayrı olarak yeni bir dava teşkil edeceğini savunan görüşler bulunmakla birlikte, aksi yönde bunun bozma kararına konu teşkil eden davanın devamı mahiyetinde olduğunu savunan yazarlar da vardır. Konunun önemine binaen bu mesele, aşağıda ayrı bir başlık altında detaylandırılmıştır.

II. Yargıtay'ın Bozma İlamından Sonra İlk Derece Mahkemesinin Bozmaya Uyma Kararı Vermesi Neticesinde Başlayan Usul Kesitinin Hukuki Niteliği Hakkında Değerlendirme

Tahkikat evresi, HMK'nin 184 ve 185 hükümleri uyarınca, söz konusu dava ile ilgili olarak araştırılacak başka bir meselenin bulunmadığının tespiti üzerine mahkeme tarafından ilgili aşamada (tahkikat aşaması) sona gelindiğinin taraflara bildirmesi ile neticelenmektedir. Doktrindeki bir görüş uyarınca; HMK md. 176/2 hükmünde düzenlenmiş bulunan "aynı davada"

ifadesinden kastedilen esasında yukarıda bahsedildiği şekilde yeni bir tahkikat başlangıcına kadar geçen süredir. Yani buna göre bozma ilamı neticesinde ilk derece mahkemesi tarafından bozmaya uyma kararı verilmiş ise, bu uyma kararı dolayısıyla başlayacak olan yeni tahkikat evresi ile yeni bir davanın başladığı kabul edilecektir. Bu görüşü savunanlar, ilgili kanun maddesinin bu şekilde yorumlanmasının Anayasanın 141. Maddesi ile getirilen düzenlemenin ruhuna daha uygun düşeceğini ileri sürmektedir. ²¹Aksi yöndeki diğer bir görüşte ise Yargıtay'ın bozma kararı vermesi neticesinde davanın bitmiş sayılmayacağı, bu durumun yalnızca yargılamanın bitmesine sebebiyet vereceği,²² bozmaya uyma kararı verilmesi ile başlayan yeni tahkikat evresinin yeni bir dava teşkil etmeyeceği yönündedir. Özetle; ilk görüşü savunan hukukçular, Yargıtay'ın bozma ilamı neticesinde ilk derece mahkemesi tarafından başlatılan yeni tahkikat evresini yeni bir dava saymakta iken, ikinci görüş yanlıları bu bozma ilamından sonraki evreyi, önceki davanın devamı niteliğinde görmekte, dolayısıyla tek bir dava olarak değerlendirmektedir.

Bu bakımdan ilk görüşü savunan hukukçular, bozmaya uyma kararı ile birlikte yeni bir davanın başladığını savunduklarından dolayı bozma ilamından önce ıslah hakkı kullanılmış olsa bile bozmaya uyma kararı ile başlamakta olan yeni davada ıslah hakkının bir kez daha kullanılmasında HMK m. 176/2 gereği bir beis bulunmadığını savunmaktadırlar. İkinci görüşü savunanlar ise, bozmaya uyma kararından sonra girilen tahkikat evresi ile yeni bir davanın başlamadığını, dolayısıyla

ıslah hakkı bozma ilamından önce bir kez kullanıldı ise bozmaya uyma kararı neticesinde başlayan yeni tahkikat evresinde bir kez daha kullanımının kanuna aykırılık teşkil edeceğini ifade etmektedirler.

Uygulamada, istinaf veya temyiz kanun yollarına başvuru aşamalarında dosyalar özelinde yeni esas numaraları tayin edilmezken, bozmaya uyma kararı sonrası başlayacak olan tahkikat evresinde yeni bir esas numarası verilmektedir. Bu durumda yeni esas numarası verilmiş dosyanın, önceki davanın devamı olarak mı değerlendirileceği, yoksa yeni bir dava mı teşkil edeceği hususu tartışılabilir. Eğer kanun koyucunun amacı, bozmaya uyma kararından sonra başlayan usuli kesiti ayrı bir dava olarak değerlendirmek değilse, uygulamada neden bu aşamada yeni bir esas numarası tayin edildiği sorunu gündeme gelecektir. Netice itibarıyla söz konusu uygulama ve Anayasa ile güvence altına alınan usul ekonomisi prensibi birlikte değerlendirildiğinde, bu usul kesitini ayrı bir dava olarak değerlendirmek daha isabetli olacaktır. Bu yorum; hem yargılamanın daha hızlı ve daha az maliyetle neticelenmesi bakımından, hem de tarafların hak kayıpları yaşama ihtimallerine engel olunması bakımından doğru bir yaklaşım teşkil edecektir. Usul ekonomisi ilkesinin ıslah hakkı ile olan ilişkisi aşağıda ayrıca değerlendirildiğinden bu başlık altında detaylıca açıklanmamıştır.

Bununla birlikte uygulamada bozma kararından sonra ilk derece mahkemesine giden dosyaya yeni bir esas numarası

verilmesi de bu yaklaşımın daha isabetli olduğu iddiasını desteklemektedir. Neticede bozmaya uyma kararından itibaren yargılama tekrar başladığında, dosyaya yeni bir esas numarası tayin edilmesinin başka türlü izah edilebilecek mantıklı bir açıklaması yoktur. Eğer bu yargılama, önceki davanın devamı niteliğinde görülecekse, uygulamada yeni bir esas numarası tayin edilmesindeki amacın ne olduğu meselesine açıklık getirilemeyecektir.

III. “Usul Ekonomisi” ve “Hukuk Devleti” İlkeleri ve “Teksif İlkesi” Gereği Islah Hakkının Kullanılabilirliği

Anayasa 141 hükmü ve HMK 30/1 hükümlerinin usul ekonomisi ilkesine temel teşkil ettiği ve Anayasa 36/1 hükmünün de hukuk devleti ilkesi, iddia ve savunma hakkı bakımından koruma sağladığı göz önüne alındığında, ıslah hakkının önemi bakımından bu maddelerin de ayrı ayrı incelenmesi hususiyet arz etmektedir. Söz konusu hükümlerin incelenmesi, kanun koyucunun ilgili kanun maddeleri ve ıslah hakkı ilişkisi çerçevesinde gayesinin anlaşılması bakımından önemlidir. İşbu sebeple aşağıda bu hükümler ayrıca ele alınmıştır.



a. Anayasa’nın 141. Maddesi Hakkında Değerlendirme

Anayasanın 141. Madde 4. fıkrası usul ekonomisi ilkesinin dayanağını teşkil etmektedir.²³ İlgili fıkra, “Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir.” Şeklinde. Buna göre yargılamada esas olan, davanın en hızlı biçimde ve en az giderle sonuçlanmasıdır. Ancak; Yargıtay’ın bozma ilamından sonra ilk derece mahkemesinin bozmaya uyma kararı neticesinde vaki olan tahkikat evresinde ıslah hakkının ikinci kez kullanılabileceğinin kabul edilmemesi durumunda, ıslaha konu teşkil eden mesele ile ilgili olarak ek dava açılması gerekeceği açıktır. Bu durumda daha sonra bu ek dava ile görülmekte olan ilk davanın birleştirilmesi suretiyle hem zaman kaybına sebebiyet verilecek, hem de olması gerekenden daha fazla masraf ödenmesi sebebiyle “en az gider” ve “mümkün olan süratle sonuçlandırılması” gayelerinden uzaklaşma sonucu gündeme gelecektir. Netice itibarıyla; tarafların, sırf bozma ilamından önce ıslah hakkını kullandıklarından bahisle girilen yeni tahkikat aşamasında bu hakkı ikinci kez kullanamayacaklarının ileri sürülmesi, yargılamanın gereksiz yere uzamasına sebebiyet verecek, usul ekonomisi ilkesine ters düşecektir.

Dolayısıyla 141/4 hükmünden yola çıkılarak, bozmaya uyma kararından sonra girilen tahkikat evresini yeni bir dava olarak değerlendirmek daha isabetli olacaktır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, bu görüşün temeli usul ekonomisi ilkesidir. Bu sayede yargılama, kanun koyucunun amaçladığı

şekilde, en az giderle ve mümkün olan en hızlı şekilde neticelenecektir.

b. HMK’nin 30. Maddesi, 1. Fıkrası Özelinde Değerlendirme

Esasen Anayasa’nın 141. Maddesi ile hüküm altına alınan usul ekonomisi ilkesi, uygulama alanının önemine binaen Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na da sirayet etmiştir. Bu sebeple ilgili kanunun 30. Maddesi ile düzenleme alanı bulmuştur. Usul Ekonomisi İlkesi başlıklı 30. Madde, 1. Fıkra, “(1) Hâkim, yargılamanın makul süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamakla yükümlüdür.” Şeklinde. Görüldüğü gibi HMK özelinde, Anayasa’nın 141. Maddesine paralel bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre hâkim, söz konusu yargılamayı makul süre içerisinde ve gereksiz giderlerin mevcut hale gelmesini engelleyecek biçimde yürütmeli ve nihayete erdirmelidir. Taraflar bozmaya uyma kararı neticesinde ıslah yapmalarını gerektiren bir durum peydah olduğunda ve talepleri sırf bozmadan önce bir kez bu hakkı kullandıklarından bahisle reddedildiğinde, ek dava açmayı tercih edecek veya daha fazla masrafa sebebiyet vereceği ve süreci uzatacağından endişe ederek bu yola dahi gitmeyeceklerdir. Tarafların hak kaybına uğramasının engellenmesi için, bozma ilamından sonra ıslah hakkını kullanmalarına ruhsat vermek yerine, ek dava açılması için zorlanmaları açıkça Kanun ve Anayasa ile çelişmekte, yargılama süresinin “makul süre” çizgisi dışından çıkarak uzamasına ve açılan ek davalar ile birlikte yeni masrafların peyda olmasına, dolayısıyla “gereksiz gider”

kaleminin artmasına netice teşkil etmektedir.

c. Anayasa'nın 36. Maddesi Özelinde Değerlendirme

Anayasa'nın 36. Maddesi uyarınca getirilen "Hak arama hürriyeti" başlıklı düzenleme, "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz." şeklindedir.

İslah hakkı, hak arama özgürlüğü ile doğrudan alakalıdır. Örneğin; maddi tazminat talepli bir uyuşmazlıkta işverenine dava açmak isteyen bir işçi, söz konusu zararın toplamda ne kadarlık bir meblağ teşkil ettiğini tespit edemeyebilir. Bu zararı dosya kapsamında tayin edecek olan makam uzman bilirkişidir. Eğer ıslah kurumu vaki bulunmasaydı, söz konusu işçi bu toplam zarar tutarının öngörülemezliği sebebiyle yüksek miktarda harç ödememek için belki de gerçek zararının çok altında bir talep öne sürecek ve nihai karar neticesinde bu tutarla sınırlı olarak ödeme almak durumunda kalacak idi. Ancak ıslah müessesesi sayesinde, davanın başında düşük miktarda öne sürdüğü talep sonucunu, bilirkişi raporuna dayanarak arttırabilecektir, bu surette hak kaybına uğramasının önüne geçilmiş olacaktır. İslah hakkının bozma ilamından sonra ikinci kez kullanımına müsamaha gösterilmesi de benzer olayların bu aşamada yaşanabilme ihtimali dolayısıyla isabetlidir.

d. Teksif İlkesi Bakımından Değerlendirme

Teksif ilkesi uyarınca iddia ve savunmanın

ancak belli bir usul kesitine kadar ileri sürülebilmesine temel teşkil eden düşünce, yargılamanın makul sürede neticelenmesi ve gereksiz yere, kötü niyetli olarak uzatılmasının önüne geçilmesidir.²⁴ Bu ilkedен yola çıkılarak, ıslah hakkının bozma ilamından sonra ikinci kez kullanılmasının yargılamanın nihayete ermesine engel teşkil edebileceği, bunun kötü niyetli olarak kullanılabileceği öne sürülebilir. Ancak böyle bir durumun gerçekleşme ihtimali bulunsu bile, yargılamanın gereksiz yere uzatılması ihtimalinin mi yoksa taraflardan birinin hak kaybına uğraması ihtimalinin mi daha sakıncalı sonuçlar meydana getireceği tartışması gündeme gelebilecektir. Böyle bir ihtimalde, esasen bu hakkın ikinci kez kullanılmasının yargılamayı gereksiz yere uzatabileceği çekincesi belli ölçüde haklılık teşkil etmektedir. Ancak; mesele farklı bir açıdan ele alındığında, örneğin ıslah hakkının kullanılmasına müsaade edilmek yerine tarafların konu özelinde ek dava açmaya yönlendirilmesi durumunda, bu husus yargılamanın belki de daha fazla uzamasına sebebiyet verebilecektir. Yani her halükârda ıslah hakkının bozma ilamı neticesinde ikinci kez kullanımına müsaade edilmemesi, taraflar bakımından ek dava açılmak suretiyle ya yargılamanın daha fazla uzamasına ve daha fazla masrafın peyda olmasına sebebiyet verecek, (bu durum usul ekonomisi ilkesine de aykırılık teşkil edecektir) ya da tarafların bu süre ve masraf çekinceleri dolayısıyla bu yollara başvurmamaya hak kaybı yaşamaları sonucunu doğuracaktır. Bu açıdan değerlendirilirse; ikinci ihtimal, ıslah hakkının kullanılmasına ikinci kez müsamaha gösterilmesini teşvik eden ilk ihtimal ile

bakımından olumsuz neticelere sebebiyet vermeye daha meyillidir.

IV. İslah Hakkının Bozma İlamından Sonra İkinci Kez Kullanılabilirliği Hakkında Doktrindeki Görüşler

Uyuşmazlığın her iki tarafının da aynı dava içerisinde ıslah hakkına yalnız bir kez başvurabileceği HMK md. 176/2 ile hüküm altına alınmıştır.²⁵ Dolayısıyla aynı dava içerisinde taraflar ancak bir kez ıslah yoluna başvurabileceklerdir. Bu bakımdan yukarıda da değinildiği üzere bozma kararı sonrasında ilk derece mahkemesinin bozmaya uyma kararı verdiği ve yeniden tahkikat aşamasına geçtiği evrenin yeni bir davanın başlangıcı sayılıp sayılmayacağı önemlidir. Bu değişiklik ile vurgulanmak istenen şey, ıslahın yapılabilecek olması koşulunun, bozma kararından sonra tahkikata devam edileceği ihtimalinde, bu tahkikat aşamasının tamamlandığı zamana kadar yapılabilecek olmasıdır.²⁶

a. Baskın Görüş

Son değişikliklerle birlikte, bozma kararından sonra ıslah hakkının kullanılabilirliği üzerine bir ihtilaf kalmadığı meselesi yukarıda açıklanmıştır. Bununla birlikte bahsedilen bu



ıslah hakkının bozma kararından sonra ne şekilde ve hangi şartlarla kullanılabileceği ilgili kanun maddesinde açık bir biçimde hükme bağlanmadığı için doktrinde tartışmalar bu konu üzerinde yoğunlaşmaktadır.

Bu bağlamda doktrinde bir görüşe göre, ilgili kanun maddesi²⁷ ıslah hakkının bir kez kullanılabileceğini belirttiği için bu hak bir kez kullanılmakla tüketilecektir.

Dolayısıyla bozmadan önce ıslah hakkını kullanan kişi, koşulları oluşmuş olsa bile bu bozma kararından sonra yeniden ıslah yapamayacaktır.²⁸ Yani ıslah hakkının bozma kararından sonra kullanılabilmesi için ilk yargıda tüketilmemiş olması gerekmektedir.²⁹ Yine doktrinde aynı yönde bir görüşe göre HMK m. 176/2 uyarınca iddia ve savunmanın değiştirilmesi veya genişletilmesi yasağının istisnası niteliğindeki ıslah hakkının, aynı dava içerisinde bir kez kullanılabileceğine ilişkin kural bozma kararından sonra da geçerlidir. Dolayısıyla ilgili kanun hükmü açıktır, bozmadan önce ıslah hakkı bir kez kullanıldıysa, yeniden tahkikat yapılacağı öne sürülerek ikinci kez ıslah yapılamaması gerekmektedir.³⁰ Yine doktrinde aynı yönde bir görüş uyarınca yeni kanuni düzenlemede ıslah hakkının yalnızca bir kez kullanılabileceği prensibi değişikliğe uğramamıştır. Bu sebeple ıslah hakkı bozma kararı verilmeden önce bir kez tüketilmiş ise tekrar kullanılamayacaktır.³¹ Bu yönde fikir belirten başka bir yazar ise, kanun değişikliği ile kesinleşen, ıslahın bozma kararından sonra da kullanılabilmesi hakkının kişiye ikinci bir ıslah imkânı tanımadığını, bu sebeple kanun yoluna başvurulmadan önce

ıslah hakkı taraflarca bir kez tüketilmiş ise bozmadan sonra ikinci kez kullanılamayacağını savunmaktadır.³² Dolayısıyla bu yazarlar; bozmadan sonra girilen yargılamayı mevcut davanın devamı olarak nitelendirdikleri ve kanunda da aynı dava içerisinde ıslah hakkının bir kez kullanılmakla tükeneceği belirtildiği için, bozmadan önce bir kez kullanıldığı ihtimalde bu hakkın bozma kararından sonra tekrar kullanılamayacağını savunmaktadırlar.³³

Yukarıda açıkladığımız ilkeler çerçevesinde; öncelikle bu yazarlar, kanun maddelerini çok katı biçimde yorumlamaktadırlar. Fikirleri incelendiğinde, ilgili maddeler düzenlenirken kanun koyucu tarafından güdülen amaç yerine yalnızca madde lafızlarına odaklandıkları görülmektedir. Bir kere, yukarıda da değindiğimiz gibi ilgili hükümde geçen “aynı davada” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği hususu hukukçular arasında ihtilafa sebebiyet vermektedir. 28253 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliği ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu incelendiğinde dahi dava kavramından tam olarak ne anlaşılması gerektiği, neden bozmaya uyma kararı neticesinde eski dosyaya yeni bir esas numarası tayin edildiği meselelerine açıklık getirilmediği görülmektedir.

Bunun yanında normlar hiyerarşisinde Anayasa Kanunlardan üstündür. Bu sebeple Kanun hükümlerinin Anayasa maddelerine ve ruhuna uygun olma mecburiyeti vardır. Açık biçimde görüldüğü üzere; yazarların yorumları, Anayasa’da koruma altına alınan “Usul Ekonomisi İlkesi”ne ters düşmektedir. Kanunların Anayasa’ya uygun olma

mecburiyeti göz önüne alındığında dahi kanun koyucunun bu maddeyi düzenlerken, bozmaya uyma kararından sonra başlayan yeni tahkikat evresini yeni bir dava olarak değerlendirmekte olduğu açıktır. Dolayısıyla, tarafların bozmadan önce ıslah hakkını bir kez kullanmış olsalar bile bozmaya uyma kararından sonra başlayan yeni dava aşamasında tekrar kullanmalarında bir beis bulunmadığı kabul edilmelidir.

Bunun yanında normlar hiyerarşisinde Anayasa Kanunlardan üstündür. Bu sebeple Kanun hükümlerinin Anayasa maddelerine ve ruhuna uygun olma mecburiyeti vardır. Açık biçimde görüldüğü üzere; yazarların yorumları, Anayasa’da koruma altına alınan “Usul Ekonomisi İlkesi”ne ters düşmektedir. Kanunların Anayasa’ya uygun olma mecburiyeti göz önüne alındığında dahi kanun koyucunun bu maddeyi düzenlerken, bozmaya uyma kararından sonra başlayan yeni tahkikat evresini yeni bir dava olarak değerlendirmekte olduğu açıktır. Dolayısıyla, tarafların bozmadan önce ıslah hakkını bir kez kullanmış olsalar bile bozmaya uyma kararından sonra başlayan yeni dava aşamasında tekrar kullanmalarında bir beis bulunmadığı kabul edilmelidir.

b. Azınlığı Oluşturan Görüş

Doktrinde azınlığı oluşturan aksi yönde bir fikre göre ise; bozma kararından sonra ikinci kez ıslah hakkının kullanılamayacağını savunan hukukçular her ne kadar usuli kazanılmış hak müessesesini öne sürseler ve bu hakkın ihlâl edildiğini savunsalar bile, aslında 176/2 hükmünde belirtilen “aynı davada” ifadesi ile

kastedilen durum yeni bir tahkikat aşamasının başladığı ana kadar geçen süre şeklinde anlaşılmalıdır. Yani, yeni bir tahkikat aşamasına geçildiği anda yeni bir dava başladığı kabul edilmelidir. Bu sebeple bozma kararından sonra yeni bir tahkikat aşamasına girilmiş ve bu yeni tahkikat aşaması henüz ilk derece mahkemesinde nihayete ermemişse, bu ihtimalde usuli kazanılmış hakkın ihlâl edildiği öne sürülemeyecektir. İşte bu ihtimalde, Yargıtay tarafından verilen bozma kararı sonrası girilen yeni tahkikat aşaması yeni bir dava niteliğinde kabul edildiğinden, bir yenilik doğuran hak olan ıslah hakkı, ikinci kez ileri sürülebilecektir. Çünkü hüküm bozulduğunda ve bozma kararına ilk derece mahkemesi tarafından uyulduğunda, bu karardan önce tüketilmiş bulunan ıslah hakkının etkisi de ortadan kalkacaktır.³⁴ Aksi yönde bir değerlendirme ile 176/2 hükmünün yanlış uygulanması usul ekonomisi ilkesine aykırılık teşkil edecek, bunun sonucunda yargılamanın gereksiz yere uzamasına sebebiyet verebilecektir.³⁵

Azınlık görüş değerlendirildiğinde; ilgili yazarın görüşlerinin tutarlı ve Anayasaya uygun olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim yazar; hükmün bozulduğu ve ilk derece mahkemesinin bozmaya uyma kararı verdiği ihtimalde, mahkeme yeniden hüküm kuracağı için önceden kullanılan ıslah hakkının etkisi devam etmeyeceğini ifa etmiştir. Dolayısıyla, hem “Çoğunluk Görüş” başlığı altında açıklandığı üzere, Anayasa’nın özülüyle gelişmemesi bakımından hem de önceden kullanılan ıslah hakkının her halükârda yeniden başlayan yargılama sebebiyle etkisiz

kalacağından bahisle, azınlık görüş daha isabetlidir. Sayılan sebeplerle, bozmaya uyma kararı neticesinde başlayan tahkikat evresi ile yeni bir davanın peyda olduğu ve ıslah hakkının bozma kararından önce kullanılmış olsa bile yeniden kullanılabileceği söylenebilecektir.

Sonuç

Islah müessesesi, mevcut olabilecek hak kayıplarının önüne geçilmesi amacıyla getirilmiş bir kurumdur. Yukarıda değindiğimiz görüşlerden ve kanun maddelerinden yola çıkarak; daha öncesinde ıslah hakkı bir kez kullanılmış olsa bile, bozma kararından sonra yeniden kullanılabilmesi gerektiği kanaatindeyim. Burada azınlık görüşüne katılıyorum. Aksi takdirde tarafların ek bir dava açmak suretiyle hareket etme mecburiyetinde bulunmaları, yargılamanın gereksiz yere uzamasına sebebiyet vererek usul ekonomisi prensibine aykırılık teşkil edecektir. Bu şekilde yargılama uzayacaktır. Bu durum Anayasa tarafından korunan prensip ile çelişecektir. Bazı durumlarda tarafların hak kayıplarına bile sebep olabilecektir. Bu sebeple bozma kararından sonra ilk derece mahkemesi tarafından başlatılan yeni bir tahkikat aşamasının yeni bir davanın başlangıcı niteliğinde değerlendirilmesi derece mahkemesi yeni bir karar vereceği için artık önceden tüketilmiş olan ıslah hakkının da etkisi yok olacaktır. Bu sebeple yeni bir tahkikat aşamasına girildiğinde yeni bir davanın başladığının kabulü isabetlidir. Dolayısıyla bozma kararından sonra ıslah hakkının ikinci kez kullanılması kanuna aykırılık teşkil etmeyecektir. Nitekim ilgili kanunun

176/2 hükmü “aynı davada” ifadesine yer vermiştir. Yani ıslah hakkı aynı dava içerisinde bir kez kullanılabilir. Ancak biz bozma kararından sonra ilk derece mahkemesinin bu karara uyarak başlattığı yeni tahkikat aşmasını yeni bir dava olarak değerlendirdiğimiz için burada yeni bir davanın başladığını kabul ediyoruz ve ıslah hakkının daha önce kullanılmış olması ihtimalinde de bozma kararından sonra ikinci kez kullanılabilirliğini savunuyoruz.

Daha önce kullanılmış olsa dahi ıslah hakkının bozmaya uyma kararından sonra ikinci kez kullanılabilirliğinin kabulü, teksif ilkesi ile korunmak istenen amaç bakımından da uygundur. Nihayetinde tarafların ek dava açmaya yönlendirilmesi yargılamanın daha fazla uzamasına ve daha fazla masrafın peyda olmasında sebebiyet verebilecek; bu durum da tarafların hakkını aramaktan vazgeçmeleri sonucunu doğurabilecektir. Bu sebeple Yargıtay’ın bozma ilamından sonra başlayan evrenin yeni bir dava teşkil ettiği yönündeki böylesi bir çıkarım hem Anayasa’nın ruhu hem de fiili uygulama bakımından daha isabetlidir.

Netice itibarıyla; Yukarıda sayılan sebeplerle, hem usul ekonomisi ilkesi gereği hem hak arama hürriyetinin önemi hem de fiili uygulama bir arada değerlendirildiğinde ıslah hakkı, daha önce bir kez kullanılmış olsa bile Yargıtay’ın bozma ilamından sonra ikinci kez kullanılabilir. Böylesi bir yorum Anayasa’nın özüne daha uygun olacaktır.

DİPNOT

- 1 CAN, C. (2019), “Medeni ve İdari Yargılama Usullerinde İslahın Karşılaştırılması”, Legal Hukuk Dergisi, 17(199), s. 2915.
- 2 Yargıtay HGK., 16.03.2016 T, 2014/4-896 E, 2016/332.
- 3 SARICI, S. (2009), “Hukukta Bütünlüğün Gözden Kaçırılmasına İlişkin Bir Örnek: İslah”, Legal Hukuk Dergisi, Ocak, s. 96.
- 4 TUNCER, K. İ. (2020), “Yargıtay Uygulaması Işığında Kısmi Davaya İlişkin Bazı Sorunlar.”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 28(3), s. 1536; EROĞLU O. (2021), İslah, 4. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 133; YAVAŞ M. (2015), Medeni Usul Hukukunda Temyiz, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, s. 156; SARIOĞLU B. Ş. (2009), “Medeni Usul Hukukunda Müddeahibin Arttırılması”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, s. 61; AKİL C. ve BÜYÜK E. İ. (2017), “Yargı Kararları Işığında Bozmadan Sonra İslaha Gidilip Gidilemeyeceği Üzerine Düşünceler”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 21(3), s. 31.; İLHAMİ A. (2023), “Yasa Değişikliği Sonrasında Bozmadan Sonra İslah Kurumu”, Eskişehir Barosu Dergisi, 8(1), s. 202.
- 5 GÜNDÜZ O. (2017), “İslahla Dava Değerinin Artırılması Sonucunda Ortaya Çıkan Bazı Hukuki Meseleler.” Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, (1), s. 209-210.
- 6 TANRIVER, S. (2020), Medeni Usul Hukuku, Ankara, s. 362; ARSLAN, R. / YILMAZ, E./ AYVAZ, S. T./ HANAĞASI, E. (2020), Medeni Usul Hukuku, 6. Baskı, Ankara, s. 162.; Yavaş (2015), s. 157.
- 7 KÜÇÜK, A. T. (2021), “Medenî Usûl Hukukunda Davacının Talep Sonucunu Genişletmesi veya Değiştirmesi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 9(18), s. 218.
- 8 YENİPİNAR, F. B. (2018), Uygulamada İslah Müddeabihinin Arttırılması, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, s. 31.
- 9 GÜNAY, E. (2021), Usul Hukukunda İslah, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 60; Akil, C. (2012), “Yargıtay Kararları Işığında Zamanasımı Def’inin İslah Yolu ile İleri Sürülüp Sürülemeyeceği Meselesi”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(2), s. 7.
- 10 TUTUMLU, M. A. (2021), Medeni Usul Hukuku Sorunları, 1. Baskı 6. Cilt, Seçkin Yayıncılık, s. 286.
- 11 AKİL (2012), s. 4; TUTUMLU, M. A. (2022), Kuram ve Uygulama Işığında Medeni Usul Hukukunda İslah, 6. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 40.
- 12 TUTUMLU, s. 165.
- 13 AKİL ve BÜYÜK, s. 19-31.
- 14 HMK m. 177/2; “Yargıtayın bozma kararından veya bölge adliye mahkemesinin kaldırma kararından sonra dosya ilk derece mahkemesine gönderildiğinde, ilk derece mahkemesinin tahkikata ilişkin bir işlem yapması hâlinde tahkikat sona erinceye kadar da ıslah yapılabilir. Ancak bozma kararına uymakla ortaya çıkan hukuki durum ortadan kaldırılamaz.”
- 15 İBK , 04.02.1948, E. 1944/10, K. 1948/3.
- 16 İBK , 28.04.1959, E. 1957/ 13, K. 1959/5.
- 17 İBK , 06.05.2016, E. 2015/1, K. 2016/1; ERDOĞAN E./ KORKMAZ C. (2016), “Yargıtayca Verilen Bozma Yahut Bölge Adliye Mahkemelerince Verilen Geri Çevirme Kararlarından Sonra İslah Yapılıp Yapılamayacağı Sorunu”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, (2), s. 251-252.
- 18 KAZANCI İ. T. (2020): “Yargıtay Uygulaması Işığında Kısmi Davaya İlişkin Bazı Sorunlar.”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 28(3), s. 1534.
- 19 EROĞLU, s. 133; ALBAYRAK, Z. G. (2021), Alfabetik Medeni Usul El Kitabı, 1. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 1123; ATALI, M./ ERMENEK, İ. (2021), Medenî Usul Hukuku, 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 211-212; BUDAK, A. C./ KARAASLAN, V. (2021), Medenî Usul Hukuku, 5. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 224.
- 20 AKAN, İ., “Yasa Değişikliği Sonrasında Bozmadan Sonra İslah Kurumu”, Eskişehir Barosu Dergisi, 8(1), s. 196.
- 21 GÜNDÜZ, s. 209-210.
- 22 BAKİ, K. (2015), Medenî Usûl Hukuku, Birinci Baskı, İstanbul: Legal Yayınları, s. 474; Akt ERDOĞAN/KORKMAZ, s. 275.
- 23 MAZLUM, N. (2021):“Medeni Usul Hukukunda Teksif İlkesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 70(1), s. 116.
- 24 ERDOĞAN ve KORKMAZ, s. 255.
- 25 Bu husus kanun değişikliğinde aynı kalmıştır ve bu konuda doktrinde bir tartışma söz konusu değildir. Bkz. TUTUMLU, s. 322; ATALI VE ERMENEK, s. 212; GÜNAY, s.233; YENİPİNAR, s. 24; ÇAĞLAYAN, Y., (2022), Açıklamalı-İçtihatlı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 266; KILIÇOĞLU, M. (2012), 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu El Şerhi, Legal Yayınları, s. 759-767; Budak/ Karaaslan (2021), s. 221; Erdoğan/ Korkmaz (2016), s. 255; PEKCANİTEZ, H. / ATALAY, O. / ÖZEKEŞ, M. (2019), Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, 7. Baskı, İstanbul, s. 311; ÇINAR, İ. (2016), “Mahkemeye Erişim Hakkı Kapsamında İdari Yargıda İslah”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, (7), s.483.
- 26 ÖZTEK, S. / AYVAZ, S. T. / KALE, S. (2020), “Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında 20 Mart 2020 Tarihli Kanun Teklifine İlişkin Bazı Açıklamalar ve Kanun Teklifinin Değerlendirilmesi”, TBB Dergisi, (149), s. 125.
- 27 HMK m. 176/2; “Aynı davada, taraflar ancak bir kez ıslah yoluna başvurulabilir.”
- 28 ÖZTEK / AYVAZ / KALE, s. 127; BULUT, H. (2022), Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 1588.
- 29 AKİL ve BÜYÜK, s. 31.
- 30 KAZANCI, s. 1536; EROĞLU, s. 133; YAVAŞ, s. 156.

DİPNOT

- 31 TUTUMLU, s. 232.
 32 EROĞLU, s. 129.
 33 YAVAŞ, s. 157; SARIOĞLU, s. 61.
 34 GÜNDÜZ, s. 209-210.
 35 GÜNDÜZ, s. 208.

KAYNAKÇA

- AKAN, İ, "Yasa Değişikliği Sonrasında Bozmadan Sonra Islah Kurumu", Eskişehir Barosu Dergisi, 8(1).
- AKİL, C. / BÜYÜK, E. I. (2017), "Yargı Kararları Işığında Bozmadan Sonra Islaha Gidilip Gidilemeyeceği Üzerine Düşünceler", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 21(3).
- AKİL, C. (2012), "Yargıtay Kararları Işığında Zamaşımı Def'inin Islah Yolu ile İleri Sürülüp Sürülemeyeceği Meselesi", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(2).
- ARSLAN, R. / YILMAZ, E./ AYVAZ, S. T./ HANAĞASI, E. (2020), Medeni Usul Hukuku, 6. Baskı, Ankara.
- ALBAYRAK, Z. G. (2021), Alfabetik Medeni Usul El Kitabı, 1. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi.
- ATALI, M. / ERMENEK, İ. (2021), Medenî Usul Hukuku, 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi.
- KURU, B. (2015), Medenî Usûl Hukuku, Birinci Baskı, İstanbul: Legal Yayınları.
- BUDAK, A. C./ KARAASLAN, V. (2021), Medenî Usul Hukuku, 5. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi.
- BULUT, H. (2022), Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları.
- CAN, C. (2019), "Medeni ve İdari Yargılama Usullerinde Islahın Karşılaştırılması", Legal Hukuk Dergisi, 17(199).
- Çağlayan, Y. (2022), Açıklamalı-İçtihatlı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları.
- Çınar, İ. (2016), "Mahkemeye Erişim Hakkı Kapsamında İdari Yargıda Islah", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, (7).
- ERDOĞAN, E. / KORKMAZ, C. (2016), "Yargıtayca Verilen Bozma Yahut Bölge Adliye Mahkemelerince Verilen Geri Çevirme Kararlarından Sonra Islah Yapılıp Yapılamayacağı Sorunu?" Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, (2).

İHTİYATİ HACİZ UYGULAMA ŞARTLARININ VE HAKSIZ İHTİYATİ HACİZDEN KAYNAKLANAN TAZMİN SORUMLULUĞUNUN MÜLKİYET HAKKI BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Giriş

Bir borç ilişkisinin tarafı olan alacaklı kimseler, borcun vadesinde ve tam olarak ifa edilmesini istemektedirler ancak her zaman borcun ifası (zaman ve/veya bedel açısından) gereğince yerine getirilmeyebilir. Bu gibi durumlarda başvurulacak olan yargılama yahut icra takibi süreçlerinin uzun olması; alacağını hali hazırda tahsil edememiş olan alacaklı açısından katlanılamaz durumlar (hukuki ve mali olarak) meydana getirirken giderilmesi mümkün olmayan kayıplara da yol açabilmektedir.

Sahibine; üzerinde hakimiyet kurulabilen, belirlenebilir olan, yasaya ve toplum yararına aykırı olmayan her türlü eşya üzerinde kullanma, yaralanma ve tasarrufta bulunma gibi en kapsamlı ve etkili imkanları tanıyan

mülkiyet hakkının çalışmamızın başında belirtmiş olduğumuz hususlar neticesinde zarar görmemesi adına kamu tarafından bir takım önlemler alınmaktadır. Zira bazı durumlarda belirli bir eşya yahut malvarlığının herhangi bir tedbir veya yaptırım olmaksızın bir kimsenin mülkiyeti altında bulunması bir başka kimsenin mülkiyet hakkına dolayısıyla da malvarlığına ciddi şekilde zarar verebilmektedir.

Bu nedenle kanun koyucu tarafından çeşitli geçici koruma müesseseleri düzenlenmiş ve belli ölçüde haklılığını ortaya koyabilen alacaklının (hak sahibinin), uzun yargılama yahut icra takibi süreçlerini beklemeksizin, alacağının güvence altına alınması sağlanılmaya çalışılmıştır. Bu geçici hukuki korumlardan olan ve mülkiyet hakkını sınırlandıran bir kanuni yol olarak karşımıza çıkan ihtiyati haczin; para veya teminat alacaklarının kesin hacizden önce mahkeme kararı ile, borçlunun malvarlığına el konularak, geçici güvence altına alınması şeklinde tanımlanabilmesi mümkündür. Çeşitli ülkelerin hukuk düzenleri içerisinde de benzer şekilde kendine yer bulmuş olan ihtiyati haciz müessesinin kişilerin malvarlığı üzerinde ivedi ve etkili biçimde sonuç doğurması nedeniyle





irdelenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bu cihetle çalışmamızda; ihtiyati haciz kararı alınabilmesi için gereken şartları, ihtiyati haciz kararında dikkat edilmesi gereken menfaat ve hak dengesini Anayasal hak olan mülkiyet hakkı temelinde inceleyerek, çalışmamızın sonunda, haksız olarak tatbik edilen ihtiyati haciz nedeniyle meydana gelen zararlardan sorumluluğun hangi şartlarda ve ne ölçüde kime ait olduğunu değerlendirecek ve mülkiyet hakkına ilişkin etkilerini ortaya koyacağız.

I. İhtiyati Haciz Kavramı ve İhtiyati Haciz Tatbik Şartları

İhtiyati haciz kavramı; alacağına kavuşamama konusunda ciddi risk altında olan ve haklılığını yaklaşık ispat çerçevesinde ortaya koyan alacaklıların korunması için tesis edilmiş bir hukuki koruma metodu dolayısıyla da hukuki bir çare olarak karşımıza çıkmaktadır. Hukuki çare ifadesini kullanıyoruz keza ihtiyati

haciz bir yargılama faaliyeti olmakla birlikte bir dava olmayıp rehinle temin edilmemiş, muaccel yahut müstakbel para borcu alacaklısının giderilmesi imkansız zararlara uğramasının önüne geçilmesini hedefleyen bir müessesedir.¹

Bir dava açılmadan önce yahut derdest bir dava esnasında talep edilebilecek ihtiyati haczin tatbik edilebilmesi için aranan şartlar hukukumuzda muğlak şekilde bırakılmamış olup somut ve belirli şekilde sınırlandırılmıştır. Kanaatimizce gerekli şartların somut ve belirli şekilde sınırlandırılması yerindedir. Zira kimi zaman ihtiyati haciz talebinde bulunulan mahkemece haczin muhatabı olan borçlu dinlenmeden karar verilebilmekte bu suretle hakkındaki ihtiyati haciz sürecinden dahi haberdar olmayan borçlunun malvarlığında ivedi ve ciddi sonuçlar meydana getirecek durumlar ortaya çıkabilmektedir (Yargılama sürecinin

bir tarafı olan borçlunun dinlenmeksizin ve yaklaşık ispat ile karar verilebiliyor olması ihtiyati haczi genel hükümlere göre görülen bir davadan ayıran en önemli noktadır).² İhtiyati haczin; alacaklının ve borçlunun malvarlığı üzerindeki etkileri ile ihtiyati haciz kararına karşı gerçekleştirilebilecek itiraz ve istinaf başvurusu çalışmamızın ileriki başlıkları altında incelenecek olup bu başlık altında ise ihtiyati haczin şartları ve tatbiki irdelenecektir.

Çalışmamızın yukarıda yer alan kısmında da söz ettiğimiz üzere ihtiyati haczin uygulanabilmesi için aranan şartlar İcra ve İflas Kanunumuzca, para borcunun vadesi açısından tasnif edilmiş ve somut şekilde belirtilmiştir. Vadeye ilişkin yapılan tasnifin ilk kısmında muaccel alacaklara ilişkin düzenleme getirilmiş (İİK md. 257/1) ve muaccel bir para alacağı için, rehinle temin olmamış olması şartıyla, borcun ifa edilmemiş olması ihtiyati haciz kararı verilmesi için yeterli kabul edilmiştir. Burada ihtiyati haciz talebinde bulunan alacaklının üzerine düşen yükümlülük alacağın muaccel hale geldiğini ve buna karşın ifa edilmediğini yaklaşık olarak ispat etmek olacaktır.³

Muaccel alacaklara ilişkin ihtiyati haciz tatbikinde "süresinde ifa edilmemiş ve rehinle temin edilmemiş olma" şartı yeterli görülmemekte olmasına karşın henüz muaccel olmayan bir alacağa ilişkin talep edilen ihtiyati hacizde (İİK md. 257/2 b.1) ise "borçlunun belirli bir yerleşim yerinin olmaması" veya "borçlunun taahhütlerinden kurtulmak maksadıyla mallarını gizlemesi, kaçırmayı veya kendisinin kaçmaya hazırlanması yahut kaçması ya da bu maksatla alacaklının haklarını ihlal eden

hileli işlemlerde bulunması" şartlarından en az birinin varlığı aranmakta ve ancak bu şartların sağlanması hainde alacaklının ihtiyati haciz istemede hukuki yararının olduğu kabul edilmektedir.

Kanaatimizce henüz muaccel olmamış alacaklar hakkında ihtiyati haciz tatbik edilebilmesinin daha sıkı şartlara bağlanmış olması sağlıklı sonuçlar meydana getirmektedir. Keza henüz muaccel olmamış alacaklar hakkında kolayca ihtiyati haciz kararı verilebilecek olması halinde kişilerin borç ilişkisi doğuran hukuki işlemler tesis etmekten ciddi ölçüde imtina edebilmesi, bu suretle sosyal ilişkilerin ve ticari faaliyetlerin yürütülmesinde aksamaların meydana gelebilmesi olasıdır.

Alacaklı tarafından ihtiyati haciz talebinde bulunulmasının akabinde mahkemece şartların mevcut olup olmadığına dair bir inceleme yapılmalı, gerekli görülmesi halinde borçlu taraf dinlenmeli ve teminat mukabilinde ihtiyati haciz tatbik edilmesine karar verilmelidir. Tüm bu yargılama safhasında ise hukuki yararın, teminat miktarının hakkın kullanılmasına etkisinin, mülkiyet hakkında meydana gelecek etkilerin bütün yönleriyle değerlendirilmesi dolayısıyla makalemizin de temelini oluşturan menfaat dengesinin kurulmasına azami dikkat edilmelidir.

II. İhtiyati Haciz Uygulamasında Hak ve Menfaat Dengesi

Çalışmamızın esas noktasını meydana getiren "ihtiyati hacizde hak ve menfaat dengesi" kavramının irdelenebilmesi adına öncelikle ihtiyati haciz yargılamasının unsurları

belirlenerek taraflara sağladığı kolaylıklar ve yine taraflara getirdiği yükümlülükler ortaya konulmalı ve akabinde ise ihtiyati haciz kararına karşı başvurulabilecek hukuki yollar belirlenmelidir.

Bu bağlamda ilk olarak ele alınması gereken husus ihtiyati haczin mahkemece uygun görülecek bir teminat mukabilinde verilecek olmasıdır. Bu uygulama ile keyfi ihtiyati haciz başvurularının önüne geçilmesi (salt borçluya zarar verme amacı güden başvurular gibi) ve ihtiyati haczin haksız olarak tatbik edilmesi halinde borçlunun ve ilgili üçüncü kişilerin uğrayacağı zararların giderilmesi amaçlanmaktadır. Bu suretle ihtiyati haczin en temel şartlarından birini teşkil eden teminat miktarının başvuruya konu somut olay göz önünde tutularak; alacaklının ve borçlunun mülkiyet hakkına zarar vermeyecek nispette ve hakkaniyete uygun olarak belirlenmesi ihtiyati hacizde hak ve menfaat dengesinin sağlanmasında kanaatimizce en önemli rolü üstlenmektedir.

Uygulamada karşımıza çıkan ve %10 - %15 bandında hükmedilen teminatlar hakim açısınan yol gösterici olsa da hakim bu oranlara sıkı sıkıya bağlı kalmamalı, yargılama konusu edilen her başvuru hakkında özel bir muhakemede bulunmalıdır.⁴ Zira teminat miktarının somut olayın ve hakkaniyetin gerektirdiğinden yüksek olarak belirlenmesi alacaklının hak arama hürriyetini ihlal ederek alacağının güvence altına alınmasını önemli ölçüde zorlaştıracakken; somut olayın ve hakkaniyetin gerektirdiğinden az bir teminat karşılığında ihtiyati haciz kararı verilmesi ise

borçlunun malvarlığına orantısız ve haksız bir müdahale olarak nitelendirilebilecek ve bunun yanı sıra ihtiyati haczin haksız çıkması neticesinde borçlunun ve ilgili üçüncü kişilerin uğrayabilecekleri zararların tazminini imkansız hale getirebilecektir. Keza Yargıtay ve Bölge İdare Mahkemeleri tarafından verilen kararlarda da hak arama hürriyetinin korunabilmesi ile olası zararların tazmin edilebilmesi için uygun miktarda teminata hükmedilmesi gerektiği vurgulanmaktadır.⁵ Teminat miktarının belirlenmesinin menfaat dengesinin korunabilmesi adına elzem olduğu gerek bizim kanaatimiz nezdinde gerekse de makalemizde atıfta bulunduğumuz doktrin görüşleri ile yargı kararları nezdinde sabittir. Bu hususun yanı sıra ihtiyati haczin teminat mukabilinde tesis edileceği kuralının istisnaları bulunmakta ve bu istisnalar ile de menfaat dengesinin korunması amaçlanmaktadır. Keza alacağın bir ilama dayanıyor olması halinde alacaklı, teminat yükümlülüğü altında bırakılmaksızın ihtiyati haciz talebinde bulunabileceken; ilam niteliğinde bir belgeye dayanan alacak hakkında istenen ihtiyati hacze ilişkin muhakkak teminat istenmesi gerekmemekte olup bu husus hakim takdirine bırakılmış bu suretle elinde ilam yahut ilam niteliğinde belge bulunan alacaklının alacağının güvence altına alınması kolaylaştırılmıştır.⁶

Kanaatimizce elinde ilam niteliğinde belge bulunan alacaklının da tıpkı elinde ilam bulunan alacaklı gibi hakim takdirine bırakılmaksızın teminatsız olarak ihtiyati haciz talep edebilmesi gerekmektedir. Keza kanun koyucu tarafından bir belgenin

ilam niteliğinde olduğu belirtilmişken ve ilgili belgeye dayanmak suretiyle alacaklı tarafından ilamlı icra takibi dahi yapılması mümkünken ihtiyati haciz talebinin alacaklının teminat yatırması şartına bağlanabilecek olması icra ve usul hukuku bakımından bir tezat teşkil etmekte ve kanunun ilam niteliğinde olduğunu belirttiği belgeye ilişkin değerlendirmenin hakim tarafından yeniden yapılmasının önünü açmaktadır.

İhtiyati hacizde menfaat dengesinin gözetilmesine ilişkin bir diğer unsur ise yaklaşık ispat şartı olarak karşımıza çıkmaktadır. Keza ihtiyati haciz, uyuşmazlığın esası hakkında verilmiş olan nihai bir karar olmayıp yalnızca alacağa kavuşulabilmesini kolaylaştıran ve güvence altına alan bir uygulama olduğundan dolayı talepte bulunan alacaklının tam ispat yerine yaklaşık ispat külfeti altında tutulması ihtiyati haciz müessesesinin amacı açısından yerindedir. Nitekim iddianın doğru olma ihtimalinin doğru olmama ihtimaline göre daha ağır bastığı durumları ifade eden “yaklaşık ispat”⁷, ivedi ve ihtiyati bir uygulamanın ruhuna daha uygun düşmektedir. Bunun yanı sıra uygulamanın ruhuna ve menfaat dengesine uygun düşen bir diğer durum ise şatların muğlak bırakılmaksızın net şekilde kanunda gösterilmesi ve şartlar bakımından muaccel ve müstakbel alacaklar açısından ayrıma gidilerek; müstakbel alacaklar hakkında tesisi talep olunan ihtiyati haczin daha sıkı şartlara bağlanması olarak karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca ivedi olarak ve borçlu haberdar edilmeden karar verilmesinin gerektiği hallerde mahkemece borçlunun dinlenmesine

ilişkin bir zorunluluk getirilmemesi; buna karşın alacaklı açısından herhangi bir hak kaybına sebep olmayacağı ve sakıncası bulunmadığı kanaatinde olunması halinde ise borçlu dinlenerek karar verilebiliyor ve bu suretle borçlunun malvarlığı üzerindeki etkinin haksız ve orantısız olmasının önüne geçilebiliyor olması gerek hakkaniyet gerekse de menfaat dengesi açısından ölçülü yaklaşım sergilendiğini ortaya koymaktadır.

İhtiyati haciz kararı verilmesinin akabindeki on gün içerisinde alacaklı tarafından kararın gereği için icra dairesine başvurulmasına ilişkin bir zorunluluk getirilmesi aksi halde ise ihtiyati haciz kararının kendiliğinden kalkması ve ihtiyati haczin kesin hacze dönüşmediği sürece satış istenememesi; borçlunun sürekli hukuki bir tehdit altında kalmasının önlenmesi ve alacaklının keyfi bir davranış sergilemesinin önüne geçilmesi açısından ciddi bir önem arz etmektedir. Bunun yanı sıra ihtiyati haczin tatbikinin ardından borçluların ve ilgili üçüncü kişilerin hacizden haberdar edilebilmesi için kendilerine tebligat gönderilmesi hukuki dinlenilme hakkı ile silahların eşitliği ilkesinin zedelenmemesini sağlamaktadır.

İhtiyati haczin tatbik edildiğine dair kendisine tebligat yapılan borçlu, tebligatın kendisine ulaştığı tarihten itibaren, ihtiyati haciz kararı verilirken dinlenilmemiş olma şartıyla, haczin hukuksuz olduğu gerekçesini ileri sürerek itirazda bulunabilecektir. İtirazda bulunabilme süresi ilgili üçüncü kişiler içinse ihtiyati haczin öğrenildiği tarihten itibaren başlamaktadır.

Yalnızca karar verilirken dinlenilmemiş olan

hukuksuz olduğu gerekçesini ileri sürerek itirazda bulunabilecektir. İtirazda bulunabilme süresi ilgili üçüncü kişiler içinse ihtiyati haczin öğrenildiği tarihten itibaren başlamaktadır.

Yalnızca karar verilirken dinlenmemiş olan borçluların karara itiraz edebiliyor olması kanaatimizce yerindedir. Keza kararın verilmesine ilişkin yapılan yargılama esnasında ileri sürebilecek iddia ve itirazların daha sonradan ileri sürülemeyecek olması adeta iddianın genişletilememesi kuralının bir tezahürü niteliğinde olup yargılamanın sürüncemede bırakılmamasına ve mahkemenin iş yükünün gereksiz olarak arttırılmamasına hizmet etmektedir.

İtirazın yanı sıra borçlu tarafından teminat gösterilmesi suretiyle de ihtiyati haczin kaldırılabilir olması menfaat dengesine katkı sağlamakta olup alacaklının alacağını korumakta ve borçlunun malvarlığına haciz uygulanmasının önüne geçmektedir. Bu düzenlemenin en ciddi faydası muhakkak ki tacirler ve şirketler açısından ortaya çıkmakta ve sürekli olarak finansal işlemlerde bulunan ticaret erbablarının haciz nedeniyle kredi notunun düşmesi gibi mağduriyetler yaşamaması sağlanmaktadır.

Ayrıca itiraz üzerine verilen kararın istinaf kanun yoluna tabi olması da yalnızca ilk derece mahkemesince verilen kararlar ile tarafların malvarlığı üzerinde etki meydana getirilmesinin önüne geçilmiş, bu suretle hukuki ve ekonomik istikrar sağlanmaya gayret gösterilmiştir.

III. Haksız İhtiyati Hacizden Kaynaklanan Zarar ve Zararın Tazmini

İcra ve İflas Kanunumuzun 259/1. maddesince haksız olarak ihtiyati haciz koyduran alacaklının, borçlunun ve ilgili üçüncü kişilerin bu haksız haciz nedeniyle uğradığı tüm zararlardan sorumlu olduğu hükme bağlanmışsa da sorumluluğunun sınır ve şartlarının belirlenmesi kanaatimizce yerinde olacaktır.

Doktrinde fedakarlığın denkleştirmesine dayanan kusursuz sorumluluk hali olarak nitelendirilen ihtiyati hacizden kaynaklanan sorumluluğa ilişkin dava,⁸ genel esaslara göre ve genel mahkemelerde görülen bir tür tazminat davası olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu davanın davacısı konumunda bulunan borçlu yahut ilgili üçüncü kişi; ihtiyati haciz tatbik edilmesinin haksız olduğunu ve bu nedenle maddi/manevi zarara uğradıklarını ispatla mükelleftir.

İspat edilecek olan hususlar; ihtiyati haczin haksız olarak tatbik edildiği ve meydana gelen zarar ile haksız ihtiyati haciz arasında bir illiyet bağının bulunması şeklinde karşımıza çıkmaktayken doktrinde, alacaklının sorumluluğunun; ihtiyati haczin koydurulduğu andan kaldırıldığı ana kadar söz konusu olacağı, bu süre zarfı dışında meydana gelen zararlardan ise alacaklının sorumlu tutulamayacağı yönündeki görüşün karşılık bulduğu unutulmamalıdır.

Yargı kararlarında ve doktrinde kabul görmüş yaklaşım olan; zararın ve illiyet bağının aranması, sorumluluğun haczin tatbik

edildiği süre açısından sınırlandırılması ve zarar tazmininin istenebilmesinin zamanaşımı süresine tabi kılınması menfaat dengesini sağlamakta ciddi rol üstlenmektedir. Keza ihtiyati haciz talebi esansında alacaklıya teminat ve yaklaşık ispat sorumluluğunun yüklenmesi gibi ihtiyati hacizden kaynaklanan tazminata ilişkin yargılamada da borçluya bir takım sorumlulukların yüklenmesi ve alacaklının sorumluluğunun sınırlanması hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik açısından yerinde uygulamalar olarak karşımıza çıkmaktadır.

IV. Mülkiyet Hakkı Temelinde Değerlendirme

İhtiyati haciz uygulaması ile yalnızca borçlunun malvarlığına ilişkin bir müdahale söz konusu olmayıp müstakbel getirilerinin güvence altına alındığı hususu göz önünde tutularak alacaklının da mal varlığı üzerinde ciddi bir müdahale meydana geldiğine dikkat çekilmeli; bu suretle ihtiyati haczin tüm taraflarının mülkiyet hakları üzerinde bir takım etkiler meydana geldiği unutulmamalıdır.⁹

Hal böyleyken; mahkeme kararı neticesinde dolayısıyla da kamu gücü kullanılarak tatbik edilen ihtiyati haczin tarafların mal varlığı üzerine olan etkilerinin ve mülkiyet hakkına ilişkin müdahalenin sınırlarının belirlenmesi ciddi derecede önem arz etmektedir

Başta Anayasamız olmak üzere bir çok ulusal ve uluslararası düzenleme ile korunmakta olan mülkiyet hakkının sahiplerine sunduğu imkanlar tarihin ve sosyal yaşamın gerekliliklerine uygun şekilde zaman içerisinde

önemli ölçüde daralmıştır. Keza mülkiyet hakkının sahibine, hakka konu eşya üzerinde; kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma gibi en geniş ve kapsamlı hakları kazandırdığı günümüz hukuk dünyasında kabul edilse de içinde bulunduğumuz yüz yıla dek bir başkasının hakkına zarar verecek seviyede olsa dahi mülkiyet hakkının semeresinden faydalanılabileceği bu suretle mülkiyet hakkının kişiye neredeyse sınırsız bir hak ve özgürlük tanıdığı görüşü toplumlarda ciddi şekilde karşılık bulmakta adeta sınırsız bir hak kullanımı söz konusu olmaktadır. Ancak zaman içerisinde meydana gelen sosyal, ekonomik ve hukuki gereksinimler nedeniyle belirli şartların varlığı halinde kişilerin sahip olduğu mülkiyet hakkının sınırlandırılması ve bu suretle toplumsal güven ve adaletin tesisi ile hukuki öngörülebilirliğin arttırılması amaçlanmıştır.

Anayasamızda herkesin mülkiyet hakkına sahip olduğu ancak bu hakkın kullanılmasının kamu yararına aykırı olamayacağı aksi takdirde sınırlandırılacağı belirtilmiştir.¹⁰ Makalemizin ana konusunu teşkil eden ihtiyati haciz müessesesi de bu hükmün bir tezahürü olarak doğmuştur. Zira yazımızın başında da belirttiğimiz üzere haklılığını yaklaşık ispat düzeyinde ortaya koyabilen bir kimsenin borçlunun malvarlığının borca yeten kısmını ihtiyaten haczedebiliyor olması hak arama hürriyetinden dolayısıyla da kamu yararından kaynaklanmaktadır. İhtiyati haciz gibi bir uygulamanın bulunmadığı bir durumda, alacaklılar açısından tazmini çok zor zararlar meydana gelmesi ihtimali oldukça yüksektir. Bunun yanı sıra bir uyuşmazlık hakkında

bir uyumsuzluk hakkında verilecek kararlarının icrasının mümkün olamayacağı yahut uyumsuzluğa konu edilmesi gereken bir malvarlığı hakkında herhangi bir önlem alınamayacağı hususları da ihtiyati haczin yokluğu halinde karşılaşılabilecek durumların vehametini ortaya koymakta bu suretle ihtiyati haciz müessesesinin kamu yararıyla ne kadar yakından ilgili olduğunu gözler önüne sermektedir.

Bir malvarlığı hakkında ihtiyaten karar alınmasının bir diğer tezahürü ise Anayasamızın "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplerle bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz." şeklinde düzenlenen on üçüncü maddesinde karşımıza çıkmakta ve bu suretle toplum yararına ne denli katkı sağlandığı görülmektedir.

Bir malvarlığı değeri üzerinde mülkiyetten kaynaklanan hakların; ölçülülük, elverişlilik ve orantılılık ilkeleri gözetilerek sınırlandırılması



halinde¹¹ hem yaklaşık ispat ile haklılığını ortaya koyan tarafların alacağına kavuşması sağlanacak hem de böyle bir imkanın varlığı neticesinde herhangi bir kaygı duymaksızın toplumu oluşturan bireylerce hukuki, sosyal ve ekonomik ilişkiler geliştirilecek dolayısıyla kamu yararı ciddi şekilde korunmuş olacaktır. Bu suretle, Anayasa Mahkemesi içtihatlarında da tanımı yapıldı üzere¹², başka bir kimsenin haklarına zarar getirilmeden mülkiyet hakkı kullanılmış olacaktır. Çalışmamızın başından itibaren ifade ettiğimiz üzere ihtiyati haciz müessesesi bu konuda çok ciddi bir rol oynamaktadır. Ancak saymaya gayret gösterdiğimiz tüm bu olumlu yanların söz konusu olabilmesi için gerek İcra ve İflas Kanunundan kaynaklanan gerekse de Anayasamızdan kaynaklanan tüm şartların ve hak sınırlandırma koşullarının ihtiyati haciz kararında değerlendirilmesi gerekmekte aksi takdire borçlunun veya borçlu görünen kişinin mülkiyet hakkına ilişkin müdahale meşru zeminden uzaklaşarak haksız nitelikte karşımıza çıkabilmektedir.

Sonuç

Alacağını güvence altına almak isteyen alacaklı tarafından yapılan başvuruda yaklaşık ispat ile haklılığın ortaya konulması zorunluluğunun bulunması, ihtiyati haciz sebeplerinin mevzuatta açıkça gösterilmiş olması, kararının (istisnalar haricinde) teminat mukabilinde veriliyor olması, borçlu tarafça ihtiyati haciz kararına karşı itiraz ve istinaf yollarına başvurulabiliyor olması, Yargıtay içtihatlarıyla teminat miktarında yeknesaklık sağlanmaya çalışılmasının yanı sıra her bir somut olay özelinde değerlendirme yapılması

gerekliliğinin vurgulanıyor olması, Anayasa Mahkemesi kararlarında da görüldüğü üzere elverişlilik/ ölçülülük/orantılılık şartların aranıyor olması ve bu şartların birinin dahi mevcut olmaması halinde mülkiyet hakkı ihlali kararı veriliyor olması hususları ihtiyati haciz kurumunun düzenlendiği esnada menfaat dengesinin azami ölçüde dikkate alındığını açık şekilde göstermektedir. Bunun yanı sıra sayılmış olunan hususların eksikliği halinde meydana gelecek zararların tümünden illiyet bağı da gözetilmek suretiyle alacaklının sorumlu tutulması ihtiyati haciz kararının haksız olması nedeniyle doğabilecek zararların ivedi (yatırılan teminat vasıtasıyla) ve etkili şekilde giderilmesine yardımcı olmaktadır. Bu suretle ihtiyati haciz müessesesinin tüm tarafları açısından emsal hak ve yükümlülükler tanınmış bu suretle ihtiyati haciz müessesesinin mevcut haliyle sağlıklı olarak işleminin ve sebep olunabilecek zararların giderilebilmesinin önü açılmıştır.

DİPNOT

- 1 PEKCANITEZ Hakan, ATALAY Oğuz, SUNGURTEKİN Özkan Meral, ÖZEKES Muhammet, İcra ve İflas Hukuku, 9. Baskı, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- 2 GÜNAY Erhan, Usul Hukukunda İhtiyati Tedbir ve İhtiyati Haciz, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- 3 Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 09.07.2013 Tarih E. 2013/9887, K.2013/14511, 09.07.2013; "İİK madde 257'de ihtiyati haciz talep edebilmenin koşulları sayılmıştır. Anılan maddeye göre, ihtiyati haciz istenebilmesi için alacağın vadesinin gelmesi ve rehinle temin edilmemiş olması yeterli olup tam bir ispat gerekmeyp yaklaşık ispat yeterli olduğu borçlunun gerçek veya tüzel kişi olması şeklinde de bir ayrım söz konusu değildir."
- 4 OKUR Mustafa, Adli Teminat, Yetkin Yayıncılık, 1. Bası, Ankara, 2011.
- 5 Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, 10.04.2013 E.2013/5214, K.2013/7168 10.04.2013; Antalya BAM 4. Hukuk Dairesi E.2017/179, K.2017/7168, 21.03.2017.
- 6 PEKCANITEZ, ATALAY, SUNGURTEKİN, ÖZEKES, s. 352 - 353.
- 7 PEKCANITEZ Hakan, ATALAY Oğuz ve ÖZEKES Muhammet, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayıncılık, 14. Baskı, 2013.
- 8 PEKCANITEZ, ATALAY, SUNGURTEKİN, ÖZEKES, s. 359
- 9 "...Alacaklının tazminle yükümlü olduğu zarar, borçlunun (veya üçüncü şahsın) haksız olarak ihtiyaten haczedilen mallar üzerinde tasarruf hakkının kısıtlanmasından kaynaklanan zararlardır. Mahkeme tazminatın miktarını takdir ederken, ihtiyaten haczedilen malların mahiyet ve kıymetlerini, ihtiyati haczin devam ettiği süreyi ve borçlunun (veya üçüncü şahsın) haczedilen mallar üzerinde tasarruf etmedeki yararını dikkate alır..." (DEYNEKLİ Adnan, SALDIRIM Mustafa, Öğretide ve Uygulamada İhtiyati Haciz, Turhan Kitabevi, 3. Bası, Ankara, 2011); "...Aleyhine ihtiyati tedbir kararı alınmış ve icra edilmiş olan karşı tarafın veya bir üçüncü kişinin bu haksız ihtiyati tedbirden bir zarar görmüş olması gerekir. ... Haksız ihtiyati tedbir nedeniyle ödenmesi gereken zarar ihtiyati tedbir kararının icra edildiği tarihte ihtiyati tedbirin ihtiyati tedbirin sona erdiği tarih arasındaki dönemde oluşan zarardır. Zarar ile haksız ihtiyati tedbir arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekmektedir. Zarar, haksız ihtiyati tedbir kararının yerine getirilmesinin bir sonucu olmalıdır. Zarar ile haksız ihtiyati tedbir kararının yerine getirilmesi arasında bir bağlantı bulunmuyorsa lehine ihtiyati tedbir kararı verilenle tazminle sorumlu tutmak mümkün olmayacaktır..." (KONURALP Serhat Cengiz, İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Tedbirler, Oniki Levha Yayıncılık, 1. Bası, İstanbul, 2013).
- 10 Anayasa md. 35; "Herkes, mülkiyet ve miras hakkına sahiptir. Bu haklar ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılmasında kamu yararına aykırı olamaz."
- 11 Anayasa Mahkemesi 15/09/2021 Tarihli ve 2018/18975 Başvuru Sayılı Kararı.
- 12 Anayasa Mahkemesi 21/06/1989 Tarihli ve 1988/34 E. - 1989/26 K. Sayılı Kararı.

KAYNAKÇA

- DEYNEKLİ A. ve SALDIRIM M. Öğretide ve Uygulamada İhtiyati Haciz, Turhan Kitabevi, 3. Bası, Ankara, 2011.
- GÜNAY E., Usul Hukukunda İhtiyati Tedbir ve İhtiyati Haciz, Seçkin Yayıncılık, 2. Bası, Ankara, 2021.
- KONURALP S. C., İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Tedbirler, Oniki Levha Yayıncılık, 1. Bası, İstanbul, 2013.
- OKUR M., Adli Teminat, Yetkin Yayıncılık, 1. Bası, Ankara, 2011.
- PEKCANITEZ H., ATALAY O., SUNGURTEKİN Ö. M., ÖZEKES M., İcra ve İflas Hukuku, 9. Bası, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- PEKCANITEZ H., ATALAY O., ÖZEKES M., Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayıncılık, 14. Bası, Ankara, 2013.

TAŞINMAZIN TAHLİYESİ TALEPLİ İLAMLI İCRA TAKİPLERİNDE TEMİNAT MİKTARININ BELİRLENMESİ



Giriş

Türk hukukunda icra takibi alacaklının alacağını alabilmesi için devlet gücüne başvurduğu, mevzu bahis alacağın tahsil edilebilmesi için devletin cebri icra gücünü kullanarak tahsil ettiği hukuki bir yol olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu devletin yetkisi olan cebri icra işlemi ülkemizde icra müdürlükleri tarafından gerçekleştirilir. İcra hukukunun temel kaynağı ise 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunudur. Türk hukukunda icra takip işlemi iki şekilde karşımıza çıkmaktadır bunlar; ilamlı ve ilamsız olmak üzere iki çeşittir. İlamlı icra, ilam veya ilam niteliğindeki bir belgeye dayanarak başlatılan takip iken ilamsız icra ise herhangi bir ilama dayanılması gerekli olmayan takip türüne denmektedir.

İlamı ve ilamsız takip arasındaki önemli fark, ilamlı icrada itiraz kurumunun bulunmamasıdır yani borçlu taraf ilamlı icra

takibinde borcunun var olmadığına dair herhangi bir itirazda bulunamayacaktır. İlamlı icralarda itirazlar ancak yargılama aşamasında yapılabilir, mahkeme ilamı kesinleştikten sonra borçlunun başvuracağı herhangi bir yol bulunmamaktadır. Aşağıda kısaca ilamsız icrayı ve borçlunun sahip olduğu itiraz hakkını anlatacak ardından asıl konumuz olan ilamlı icra takiplerinde icranın geri bırakılması ve teminat hususunu inceleyeceğiz.

I. İlamsız İcra

Türk hukukunda ilamsız icra takibi, alacaklı tarafın borçlu taraftan alacağını herhangi bir ilama dayanmadan talep ve tahsil edebilmesini sağlayan hukuki bir yol olarak karşımıza çıkmaktadır. Söz gelimi alacaklı borçludan altın gününden kalma altın borcu olduğunu dahi öne sürüp hiçbir belgeye yahut ilama dayanmaksızın ilamsız icra takibi

başlatabilmektedir. Böyle olmakla birlikte borçlunun da silahların eşitliği ilkesi gereği alacaklının kendisine karşı başlatmış olduğu bu icra takibine karşı herhangi bir sebebe dayanmaksızın ödeme emrinin kendisine tebliğ edildiği tarihten başlayarak 7 gün içinde itiraz hakkı vardır. Eğer borçlu borcunu ödemez yahut itiraz etmezse ilamsız icra takibi kesinleşir ve borçlunun malvarlığına haciz koyulur.

II. İlamlı İcra

İlamsız icra yolu yalnız para ve teminat alacakları için mümkünken bunların dışında kalan alacaklar için ilamsız icra yoluna gidilemez. Bu gibi alacaklar için alacaklının mutlaka ilk önce mahkemede dava açarak bir hüküm alması diğer bir ifade ile alacağının bir ilama bağlanması gerekir.



Görülen bir davanın sonucunda mahkeme tarafından verilen kararı gösteren resmi belgeye ilam denir. Söz konusu bu kararla başlatılan icra takibi ise ilamlı icra takibi olarak adlandırılır. Bu tür alacaklar bakımından doğrudan doğruya icra dairesine başvurularak ilamsız icra takibi başlatılamaz buna karşılık konusu para ve teminat olan alacaklar bakımından alacaklı isterse bir mahkeme kararına gerek kalmadan doğrudan doğruya icra dairesine başvurarak ilamsız icra takibi yapılabilir. İsterse doğrudan doğruya icra dairesine başvurmadan önce dava açıp alacağının bir ilama bağlayabilir ve daha sonra bu ilamı icraya koyar. Bir ilama dayanılarak icra takibi yapılması halinde bu takibe ilamlı icra adı verilmektedir.

İlamlı icrada borçlu ilam aleyhine olan yani ilama göre borçlu durumda olan kimsedir. İlamlı icra takibinin başarılı olabilmesi için ilamdaki alacağın zamanaşımına uğramamış olması gerekir. Bu durumda borçlu icra mahkemesinden icranın geri bırakılmasını isteyebilir. 10 yıllık zamanaşımı kuralı taşınmaz mülkiyetine ve taşınmaz üzerindeki diğer aynı haklara ilişkin ilamlar ile aile ve şahsın hukukuna ilişkin ilamlarda geçerli olmaz.

İlamlı icra takibinde borçlunun itiraz hakkı bulunmamaktadır. Yani borçlu icra emrine itiraz edemez takibi durduramaz ancak bazı sebeplere dayanarak icranın geri bırakılmasını isteyebilir. İcra geride bırakılması, -tehiri icra- ilamlı icra takiplerinde birinci derece mahkeme kararına borçlu tarafından itiraz edilip, istinaf veya temyiz yoluyla üst mahkemeye taşınması ve bu süreçte icra işlemlerinin, üst

mahkemenin nihai kararı verilene kadar askıya alınmasını ifade eder.

İcranın durdurulması (tehir-i icra) için belirlenmiş koşullar aşağıdaki gibidir:

- İcraya konu olan bir yargı kararı (ilam) olmalıdır ve bu karara dayanarak borçlu aleyhine bir icra takibi başlatılmış olmalı,
 - İlk derece mahkemesinin kararı, borçlu tarafından istinaf yoluna başvurulmuş üst mahkemeye taşınmış olmalı,
 - İcranın geri bırakılması için borçlu tarafından icra müdürlüğüne teminat sunulmalı,
 - Borçlu, icra müdürlüğüne başvuruda bulunarak, icranın durdurulması kararı verilene kadar kendisine makul bir süre tanınmasını talep etmelidir.
- Tehiri icra talepli istinaf veya temyiz dilekçesi verildikten sonra üst mahkemece tehiri icra kararının kabulü kararı verilirse artık derdest icra dosyası tüm taraflar açısından duracaktır.

III. İlamın İcrası

İlamların icra edilebilmeleri için kesinleşmiş olmaları HMK m. 350 ve m. 367 uyarınca kural olarak şart değildir. Yani verilen bir mahkeme ilamının istinaf veya temyiz edilmiş olması bu ilamın infaz edilmesini durdurmaz. Bu genel kural yapma veya yapmamaya ilişkin ilamlar için de geçerlidir.¹

Hükmün konusu kesinleşmeden icraya konulamayacak bu istisnai hallerden birisi olmadıkça hüküm kesinleşmesi beklenmeksizin icra edilebilir.² Bununla beraber HMK m. 350/2 ve m. 367/2 hükümlerinde istisnai olarak kesinleşmeden



uygulanamayacak ilamlar sayılmıştır.

Konumuzu oluşturan kesinleşmeden icraya konulamayacak mahkeme kararlarını örneklemek gerekirse;

- Hizmet tespit davasında verilen mahkeme kararları,
- Taşınmazın tahliye ve teslimine ilişkin kararlar,
- Aile ve kişiler hukukuna ilişkin mahkeme kararları, (Lakin tarafların şahsi ya da ailevi yapılarında hukuki değişiklik yaratmayan mahkeme kararları kesinleşmeden icraya konulabilmektedir. Örneğin; mahkemenin vermiş olduğu tedbir nafakası kararı kesinleşmeksizin icraya konulabilir. Aynı şekilde manevi tazminat da kesinleşmeden icraya konulabilir.)
- Tenfiz kararları, (Bu husus kamu düzenine ilişkin olup mahkemece resen göz önüne alınır.)
- Ceza mahkumiyeti hükümleri, kesinleşmedikçe infaz olunamayacağından bu

- kararların fer'isi olarak hükmedilen tazminat, yargılama giderleri ve vekalet ücretine ilişkin hükümler,
- Ortaklığın giderilmesi davası (izale-i şuyu) davası kararları,
- İdare ve Vergi Mahkemelerinden verilen tam yargı davalarına ilişkin ilamlar,
- İcra mahkemesi kararıyla takibin iptal edilebilmesine ilişkin ilamlar,
- Menfi tespit ve istirdat davaları sonucunda hem borçlu hem de alacaklı lehine verilen kararlar,
- İhale feshi davası kararları,
- Tarafardan birinin izale -i şuyu davası sonucunda satış işlemlerini başlatabilmesi için ilgili mahkemenin vermiş olduğu kararlar,
- Kira bedelinin tespitine ilişkin mahkeme kararları,
- Sayıştay kararları kesinleşmeden icraya konulamayacak kararlardandır.

Mahkeme tarafından verilen karar doğrultusunda oluşagelen ilam, tapu sicilinde değişiklik yaratacak mahiyette ve taşınmazın aynına ilişkin olması halinde kesinleşmesi bir diğer ifadeyle kanun yollarının tüketilmesi veya süresi içinde başvurulmaması gerekir. Buna karşılık, gayrimenkulün aynına ilişkin olmayan (gayrimenkul üzerindeki kişisel "şahsi" haklara ilişkin olan) ilamların icraya konulabilmesi için bunların kesinleşmesine gerek yoktur.³

Bu istisnalardan konumuzla ilgili olan taşınmaz mal ile ilgili aynı haklara ilişkin hükümlerdir. El atmanın önlenmesi davası sonunda alınan kararın bu çerçevede kesinleşmeden icra edilebilip edilemeyeceği ayrıca tespit

edilmelidir.

El atmanın önlenmesi hükmünün söz konusu istisna kapsamında kalması davanın taşınmazın aynına ilişkin olmasını gerektirir.⁴ Buna göre örneğin taşınmaz aynının ihtilafı olmadığı fuzuli işgal sebebine dayanan el atmanın önlenmesi talebi bu kapsamda kalmayacak ve bu davaya ilişkin kurulan hüküm, hükmün kesinleşmesi beklenmeksizin icra edilebilecektir.⁵ Aşağıda konuyla ilgili bir Yargıtay kararlarına yer vermekteyiz.

"Alacaklı tarafından borçlu aleyhine Kumluca 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin 19.11.2015 tarih ve 2013/149 Esas - 2015/296 Karar sayılı kararına dayanılarak, ecrimisil alacağı, ilam vekalet ücreti ve yargılama giderinin tahsili ile birlikte taşınmaza müdahalenin men'i ile taşınmaz üzerindeki evin ve cam seranın kal'i talebiyle ilamlı icra takibi başlatıldığı, borçlunun, takip dayanağı ilamın kesinleşmeden takibe konulamayacağını ileri sürerek takibin iptali istemiyle icra mahkemesine başvurduğu, mahkemece; takip konusu ilamın, el atmanın önlenmesi ve ecrimisil alacağına ilişkin olması nedeniyle kesinleşmeden takibe konulabileceği gerekçesi ile şikayetin reddine karar verildiği görülmektedir."⁶

"Borçlunun hukuki bir nedene dayalı olmadan işgal ettiği taşınmazdan tahliyesine ilişkin ilamın takibe konulabilmesi için kesinleşmesine gerek yoktur."⁷

Belirtmek gerekir ki taşınmaza gerçekleşen el atmanın önlenmesine dair karar fuzuli işgal

gibi aynı olmayan bir vakaya ilişkin değilse bu ilamlar zamanaşımına uğramayacaklar ve borçlunun ilama aykırı hareketi sebebiyle İİK m. 30/4 uyarınca her zaman tekrar icra edilebileceklerdir.

IV. İlamlı İcranın Geri Bırakılması

Borçlu mahkeme kararından, ki bu mahkeme kararı alacaklı için bir ilam teşkil edecektir, sonra süresi içinde kanun yoluna başvurabilir. El atmanın önlenmesi ve ecrimisil davaları için de üst mahkemeye başvurulabilir, istinaf yolu açıktır fakat bu başvuru ilamın icrasını durdurmaz. Bu belgeler alacaklının hakkının varlığını ispatlayan kuvvetli belgeler olduğundan kanun koyucu bu belgelerin varlığı halinde ilamın icrası için hükmün kesinleşmesine gerek duymamıştır. Borçlu, ilamın icrasını durdurmak istiyorsa, teminat karşılığında İcra Hukuk Mahkemesinden icranın durdurulması kararı almalıdır.

İİK m.36/1 de açıkça yazılı olduğu gibi, gösterilecek teminat hükmolunan paranın ve ya eşyanın tamamını karşılayacak bir teminattır. Bundan başka ilamdaki yargılama giderleri ve icra takip giderleri için teminat gösterilmesine gerek yoktur.

Tahliye Talepli İlamlı İcra takiplerinde, teminat hususunu düzenleyen açık bir hüküm yoktur fakat uygulamada içtihat yolu ile bazı kurallar oluşmuştur. "Kiralanan taşınmazların tahliyesi hakkındaki ilamların icrasının geri bırakılabilmesi için borçlunun göstermesi gereken teminat, üç aylık kira tutarı kadardır."⁸

İçtihat yolu ile tahliye ilamlarının temyizinde 3

aylık kira bedelinin teminat olarak yatırılması usulünün benimsenme nedeni, tahliye kararlarının yaklaşık bu süre içerisinde incelenebiliyor olmasından dolayıdır. Aşağıda konuyla ilgili bir Yargıtay kararına yer vermekteyiz.

"İcra Hukukunda Yürütmenin Durdurulması (tehiri icra) İİK'nun 36. maddesinde düzenlenmiştir. Bu madde hükmü hem genel mahkemeler hem icra mahkemesi tarafından İİK m. 269 ve 276 maddelerine göre verilen tahliye kararları hakkında uygulanacağından borçlu kiracıdan istenecek güvence miktarı "üç aylık kira bedelidir."⁹

Hükmü temyiz etmiş olan borçlu yukarıdaki teminatlardan birini gösterirse, icra müdürü, borçluya, icranın geri bırakılması kararı getirebilmesi için uygun bir süre(mühlet) verir ve bu süre içerisinde ilamın icrasını durdurur.



DİPNOT

- 1 AKKAN, M. (2020), Bir İşin Yapılmasına veya Yapılmamasına İlişkin İlamların İcrası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 139.
- 2 Tıktık, Ç. Y. (2015), "Bir İşin Yapılmasına veya Yapılmamasına İlişkin İlamların İcrası", DÜEHFD, C. 16, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan Özel Sayısı, s. 2744.
- 3 KURU, B. (2009), İcra İflas Hukuku, Yetkin Yayıncılık, C.3, s. 2212.
- 4 Yarg. 12. HD, T. 20.6.2012, E. 2012/4545, K. 2012/21534
- 5 Yarg. 12. HD, T. 20.6.2012, E. 2012/4545, K. 2012/21534.
- 6 Yargıtay 12. Hukuk Dairesi 2018/6620 Esas ve 2019/4270 Karar. Emsaller: 12. HD 20.6.2012 4545/215/34; 12. HD 14.6.2012, 3348/20528; 12.HD 11.11.2008, 16127/19677
- 7 Yargıtay 12. HD 31.10.203, 17547/21334. Aynı şekilde; 12 HD 8.2.2010, 21257/2295
- 8 4.12.1957 gün ve 10/25 sayılı İBK (RG 30.1.1958 sayı 9821)
- 9 Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, E. 2011/14748 K. 2011/19401 T. 24.11.2011

KAYNAKÇA

- AKKAN, M., (2020), Bir İşin Yapılmasına Veya Yapılmamasına İlişkin İlamların İcrası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- TIKTIK, Ç.Y., (2015), "Bir İşin Yapılmasına veya Yapılmamasına İlişkin İlamların İcrası", DÜEHFD, C. 16, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan Özel Sayısı.
- KURU, B., (2009), İcra ve İflas Hukuku, Yetkin Yayıncılık.

VERGİ HUKUKUNDA UZLAŞMA KURUMUNUN ANAYASAL VERGİLENDİRME İLKESİ OLAN VERGİDE EŞİTLİK İLKESİ BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ



Giriş

Vergiler, kamu harcamalarının finansmanını sağlayan temel gelirlerdir. Devlet tarafından bu finansmanın sağlanabilmesi için gerçek ve tüzel kişiler vergi ödeme yükümlülüğü altına sokulmuştur. Vergi ödevi birtakım anayasal hak ve hürriyetlere doğrudan müdahale teşkil ettiği için Anayasanın 73. maddesinde belirli sınırlamalara tabi tutulmuştur. Herkesi mali gücü ölçüsünde kamu giderlerini karşılamakla yükümlü kılan madde hükmü ile; dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin herkesi kanun önünde eşit sayan Anayasa'nın 10. maddesinin birinci fıkrasının kesişiminden vergide eşitlik ilkesi doğar. Bu ilke aynı durumda olanlara aynı vergisel işlemlerin uygulanması, farklı durumda olanların farklı vergisel muamelelere tabi tutulması sonucunu doğuracaktır.

Kişilerin bu yükümlülüğü ekonomik hayatta meydana gelen değişimler sebebiyle sürekli olarak değişim göstermektedir. Değişen ekonomide kamusal ihtiyaçların finansmanını sağlamak isteyen devlet vergi kanunlarında sık sık değişiklikler yapmak zorunda kalır. Yapılan bu sık değişiklikler ise uygulamada pek çok zorluğu beraberinde getirmektedir. Bu durum vergi borcunun muhatabı olan mükellefler ve vergi idaresi tarafından kanunları anlamayı güçleştirmekte ve çeşitli hatalara düşmelerine neden olmaktadır. Sadece yapılan değişiklikler sebebiyle değil aynı zamanda vergi oranlarının yüksekliği, vergi tür ve sayısının fazlalığı ve adaletsiz alınan vergiler vergi mükellefleri ile vergi idaresi arasındaki vergisel anlaşmazlıkları çoğaltmaktadır. Daha genel ifade etmek gerekirse, vergi ödeme yükümlülüğü esasen bir borç ilişkisidir ve bu ilişki süresince çeşitli aşamalarda ve çeşitli sebeplerle vergi idaresi ile mükellefler

arasında uyuşmazlıklar yaşanabilmektedir. Gerek hukuk devletinin bir sonucu olarak haksız vergisel uygulamaları karşısında mükelleflerin haklarını savunabilmesine imkân tanımak gerekse de verginin hazineye intikalini daha kısa sürede sağlamak amacıyla vergi uyuşmazlıklarının çözümüne yönelik farklı kurumlar ihdas edilmiştir.

Kişi çıkan uyuşmazlığa karşı itiraz veya dava yoluna pekâlâ gidebilecektir. Örneğin; şartları dahilinde pişmanlık hükümlerinden yararlanabilecek, vergi hatalarının düzeltilmesini isteyebilecek, VUK m. 376 gereğince cezada indirim talep edebilecek veya verilen cezalara karşı dava açabilecektir. Ancak yargılamanın zaman alıcılığı ve yargı organlarının sayı itibarıyla yetersiz oluşu nedeniyle uyuşmazlık sayısı giderek artmakta, yargı yoluyla çözüme çoğunlukla gecikilerek ulaşılmaktadır. Bu durum aklımıza hem hızlı çözüme kavuşulan hem de yargının yükünü azaltan alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını getirecektir. Bu bağlamda vergi idaresi ile mükellef arasında çıkan uyuşmazlıkların

yargı yoluna gidilmeden barışçıl yollarla çözülebilmesi amacıyla alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından bir tanesi olan uzlaşma da kurumu hukukumuza ilk olarak 205 Sayılı Kanun'la 1963 yılında girmiştir.

Uzlaşma sözcük anlamı itibarıyla, birden çok şahsın aralarında mevcut ya da ileride çıkması muhtemel düşünce ve çıkar ayrılığını, karşılıklı ödünler vererek gidermelerini veya giderilmesi konusunda anlaşmalarını ifade etmektedir.¹ Vergi Hukukunda uzlaşma ise, vergi idaresi ile vergi yükümlüsünün ya da ceza muhatabının aralarında ortaya çıkan uyuşmazlıkların, yargı yoluna başvurmadan önce, taraflarca konuşulup görüşülerek giderilmesi yani; verginin ya da cezanın miktarı konusunda, iki taraf arasında uyuşma sağlanarak anlaşmazlığın çözümlenmesidir. Diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde olduğu gibi uzlaşmada da amaç uyuşmazlığı yargı yoluna taşımadan vergilendirmeyi daha kısa sürede sonuçlandırmak ve vergiyi hemen tahsil etmeye hizmet etmek için getirilmiş müessesedir. Vergi mükellefi ile idare arasında



bir “el sıkışma” durumu söz konusu olacaktır. Uzlaşma kurumunun doğası gereği mükelleflere yasalarla yüklenen vergi ödevinin idare tarafından pazarlık konusu edilmesi ve nihayetinde değiştirilmesi benzer hukuki durumdaki mükelleflere farklı miktarların uygulanabilmesini ve dolayısıyla takdir yetkisinin yasa koyucunun koyduğu sınırlar dışında keyfiliğe varacak şekilde kullanılabilmesi tehlikesini barındırmaktadır. Bu çalışmada Anayasa Mahkemesi ve Danıştay içtihatları ışığında köklü bir uygulamaya sahip olan uzlaşma kurumunun anayasal eşitlik ilkesi olan ilişkisi incelenecek ve bu konuda idarenin dikkat etmesi gereken hususlara yer verilecektir.



I. Türk Vergi Hukukunda Uzlaşma Kurumu

Türk vergilendirme sistemimiz esas olarak beyan esasına dayanmaktadır. Beyan esasına göre tarh işlemlerin yapılması idarenin kontrollerinin artmasına ve taraflar arasındaki uyuşmazlıkların artmasına neden olmaktadır. Çıkan bu uyuşmazlıkların çözüm yeri yargı organları olması gerekirken yargılama aşamasının çok uzun sürmesi, tarafların zaman ve emek kaybına uğraması aynı zamanda da vergi yargısının yükünün ciddi oranda artması, uyuşmazlık konusu vergilerin zamanında tahsil edilememesi vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımını zedeleyecek olması sebebiyle alternatif çözüm yollarına ihtiyaç duyulmaktadır. Alternatif çözüm yolları ile ihtilaflı alacakların bir an önce hazineye intikali sağlanmakla birlikte mükelleflerin emek ve zaman kaybına sebep olmadan hukuki güvenlikleri de sağlanmaktadır.

Uzlaşma kurumuna atfedilen hukuki niteliğin ne olduğuna dair farklı görüşler bulunmakla birlikte niteliğinin tespiti geçerlilik şartları, taraflar arası bağlayıcılığı ve taraflara getirdiği hak ve yükümlülükler açısından önem arz etmektedir. bu konuda öğretide çok fazla desteklenmese de bireysel idari işlem olduğunu savunanlar bulunurken bunun bir idari sözleşme olduğu görüşü çok daha yaygındır. Kamu kuruluşlarının, idare hukuku kurallarına dayanarak yaptıkları sözleşmelere idari sözleşme denir. Bu sözleşmelerde kamu hizmetinin yürütülmesi amaçlanırken idareye bazı üstünlükler tanınmıştır. bu görüş danıştay tarafından da desteklenmiş ve bu hususta Danıştay kararlarında “Uzlaşma sonucu taraflar arasında düzenlenen

uzlaşma tutanağı, her iki taraf için de uzlaşma tutanağında tespit edilen hususlar ile sınırlı olarak, bağlayıcı bir sözleşme niteliğindedir.”² şeklinde ifade edilmiştir. Fakat uzlaşma kurumunda bir kamu hizmetinin yürütülmesinden bahsedilemeyeceği gibi idarenin tek yanlı olarak kendiliğinden hareket etmesi de mümkün olmadığından idari sözleşme niteliğinde olduğunu söylemek de güç olacaktır.

Burada taraflar arasındaki bir hukuki ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlık için tarafların dava yoluna gitmemek için karşılıklı fedakarlıkları söz konusu olduğu için bu durumu sulh sözleşmesine benzetmek de mümkün olmakla birlikte sulh sözleşmesinin herhangi bir süreye bağlı olmamasına karşın uzlaşma kurumuna başvuru bir süreye bağlanmıştır. Ayrıca uzlaşmada mükellef sadece tutanağı kabul edip etmeme yetkisine sahiptir bu sebeple sulh sözleşmesiyle de bağdaştırmak mümkün olamayacaktır. Sonuç olarak uzlaşma



kurumunu iki taraflı ve vergi hukukunun kendine özgü koşulları olan bir sözleşme olarak nitelendirmek daha doğru olacaktır. Uzlaşma kurumu, Vergi Usul Kanunu’na (VUK) 19/2/1963 tarihli 205 sayılı Kanun ile getirilmeden önce bu uyuşmazlıklar genel olarak yargısal yollarla çözülmekteyken şimdi çıkan uyuşmazlıklardan bazıları uzlaşma kurumunun hukukumuzda dahil olmasıyla alternatif uyuşmazlık çözüm yollarıyla çözüme kavuşturulabilmektedir. İlk olarak 205 sayılı kanun ile tarhiyat sonrası uzlaşma müessesesi getirilmişken sonra yapılan düzenlemelerle tarhiyat öncesi uzlaşma müessesesi de hukukumuzda dahil edilmiştir.

a. Tarhiyat Sonrası Uzlaşma

Verginin tarhı, vergi kanununda gösterilen matrah üzerinden ve yine kural olarak, yasa ile belirlenen vergilendirme ölçülerine göre, vergi idaresi tarafından vergi alacağının hesaplanması ve bu alacağın tutar olarak tespit edilmesidir. Bu yola başvurabilmenin ön koşulu re’sen, ikmalen veya idarece verginin tarh edilmiş olmasıdır. Beyana dayanan tarhiyatlarda uzlaşma yolu kapalı tutulmuştur. Vergi mükelleflerinin veya ceza muhataplarının re’sen ikmalen ve idarece tarh edilen vergilerde uzlaşmaya gidebilmeleri bazı şartlara bağlanmış bulunmaktadır;

- Tarhiyatta, VUK’nun 116, 117 ve 118. maddelerinde yazılı vergi hataları ile bunun dışında her türlü maddi hata bulunması,
- Tarhiyatta, VUK’nun 369. maddesinde yazılı şekillerde yanılma halinin mevcut olduğunun mükellef veya ceza muhatabı tarafından iddia edilmesi,

- Vergi ziyana sebebiyet verilmesinin veya usulsüzlük fiilinin işlenmesinin mükellef veya ceza muhatabı tarafından kanun hükümlerine gereği kadar nüfuz edememekten ileri geldiğinin iddia olunması,
- Tarhiyatı ve ceza kesmeyi gerektiren sebeplerin, vergi mahkemeleri, bölge idare mahkemeleri ile Danıştay veya Maliye Bakanlığı tarafından, mümasil hadiselerde başka yönden mütalaa edilmiş bulunması.

b. Tarhiyat Öncesi Uzlaşma

Vergi idaresi ile vergi mükellefi veya ceza muhatabı arasında henüz bir uyuşmazlık doğmadan uygulanmaktadır. VUK ek 11. maddeye göre tarhiyat öncesi uzlaşma, yalnızca vergi incelemesine dayanılarak tarh olunacak vergi ve kesilecek cezalar için yapılabilmektedir. Kanunda sayılan, vergi incelemesine yetkili olanlar dışında vergi incelemesine dayanılarak yapılan uzlaşmalar geçersiz sayılacaktır. Takdir komisyonu kararı üzerine yapılacak tarhiyat ve kesilecek cezalar, yapılan yoklamalar dolayısıyla kesilecek usulsüzlük cezaları ile özel usulsüzlük cezaları, idarece tarhiyat ve bu tarhiyata ilişkin olarak kesilecek cezalarda da uzlaşma yoluna gidilemeyecektir.

c. Uzlaşma Komisyonları

Uzlaşma komisyonları, uzlaşma görüşmelerinde alacaklı vergi idaresini temsil eden kuruluşlardır. Tarhiyat sonrası uzlaşma komisyonları, genel bütçeye giren vergi, resim ve harçlara ilişkin uzlaşma taleplerinin incelenmesi amacıyla üçer kişiden

oluşmaktadır. Komisyonlar, vergi dairesi başkanlığı kurulan ve kurulmayan yerlere göre belirlenmiştir. Tarhiyat öncesi uzlaşmada ise, incelemeyi yapanların bağlı bulunduğu birimler tarafından oluşturulan komisyonlarda yapılması öngörülmüştür. Dolayısıyla, tarhiyat öncesi uzlaşma komisyonları kurulmadan incelemeyi yapanın bağlı olduğu birimin belirlenmesi gerekmektedir. vergi müfettişleri tarafından yapılan vergi incelemelerinde komisyonların teşkili, incelemeye yetkili diğer memurlarca yapılacak vergi incelemelerinde komisyonların teşkili ve bölgesel uzlaşma komisyonlarının teşkili olarak üç ayrı kategoride inceleme konusu yapılmaktadır.



Komisyonun karşı tarafında ise vergi mükellefi veya ceza muhatabı bulunmaktadır. Genellikle vergi mükellefi ve ceza muhatabı sıfatı aynı kişide bulunsu bile her zaman durum böyle olmamaktadır bu durumda ceza muhatabı ve mükellefler ayrı ayrı uzlaşma yoluna başvurabilecekler. Uzlaşmaya başvuru, vergi mükellefi veya ceza muhatabı olanların veya bunların kanuni temsilcileri tarafından yapılabilmektedir.

d. Başvuru Koşulları

Uzlaşma kurumuna başvuracak olan vergi mükellefi, ceza muhatabı veya bunların kanuni temsilcileri, uzlaşma kurumuna başvuru talebini içeren dilekçeyle yetkili uzlaşma komisyonuna başvurmalıdır. Vergi daireleri, kendilerine gelen bilgilere göre vergi ihbarnamesi, ceza ihbarnamesi düzenleyerek mükellefe tebliğ ederler. Tarhiyat sonrası uzlaşma kurumu bu aşamadan sonra işlemeye başlar. Tarhiyat sonrası uzlaşma kurumunu, tarhiyat öncesi uzlaşmadan ayıran özellik de budur. Tarhiyat sonrası uzlaşmaya başvuru, vergi- ceza ihbarnamesinin mükellefe tebliğini izleyen günden itibaren otuz gün içinde yapılmalıdır. Bu otuz günlük süre aynı zamanda dava açma süresidir, bu süre geçirildikten sonra uzlaşma talep edilemeyecektir. Tarhiyat öncesi uzlaşmada, mükellef vergi incelemesinin başından, incelemeyle ilgili son tutanağın düzenlenmesine kadar her zaman uzlaşma talebinde bulunabilmektedir; vergi incelemesi yapanlar tarafından uzlaşmaya davet söz konusu ise davet yazısının tebliğ tarihinden itibaren en geç on beş gün içinde uzlaşma talebinde bulunulması gerekmektedir. Bu süre aynı zamanda idari

işleme karşı dava açma süresidir. On beş gün içinde mükellef ya dava açacak ya da uzlaşmaya başvurabilecektir. Tarhiyat öncesi uzlaşma gerçekleştiğinde her iki taraf da yargı yoluna gitme hakkını kaybetmiş olacaktır.

Danıştay tarafından, “tarhiyat sonrası uzlaşma talebi, ihbarnamede yazılı vergi ve cezaların tamamı için yapılır” maddesi kanuna aykırı bulunarak iptal edilmiştir. Böylece hem tarhiyat öncesi hem de tarhiyat sonrası uzlaşmada kısmi uzlaşmaya gitmek mümkün kılınmıştır.

Tarhiyatsonrasıuzlaşmabakımındanuzlaşmaya başvuru yapılmasının akabinde talep dilekçesi uzlaşma komisyonuna iletilmeden önce talebin uygun şekilde ve süresi içerisinde yapılıp yapılmadığı, komisyonun yetki sınırları içerisinde olup olmadığı sekreteryaya tarafından incelenir. Uygun görülmeyen uzlaşma talepleri mükellefin indirimden yararlanma hakkı saklı tutularak reddedilir. Uygun görülen talepler görüşmelere bizzat ya da vekâlete haiz bir vekilin bulundurulması gerekliliği, görüşmenin yapılacağı yer, tarihi ve saati sekreteryaya tarafından yazılı olarak, en az on beş gün önceden mükellefe bildirilir. Tarhiyat öncesi uzlaşma yolunda ön inceleme aşaması öngörülmemiş olmakla birlikte; vergi inceleme elemanı, yetkili uzlaşma komisyonu başkanı ile uzlaşma gününü belirleyerek, uzlaşma gün ve saatini, bir yazı ile uzlaşma gününden en az on beş gün önce mükellefe veya ceza muhatabına bildirilmeli ve inceleme tutanağına bu hususu geçirmelidir. Ayrıca yönetmelikte belirtildiği üzere inceleme raporunun bir örneğinin muhatabın bilinen en

son adresine tebliğ edilmesi gerekmektedir. Bilinen en son adrese uzlaşmaya davet yazısının tebliğ edilememesi veya yazıda bildirilen yer ve tarihte uzlaşma davetine uyulmaması hallerinde uzlaşma temin edilmemiş sayılacaktır.

Mükellef uzlaşmaya gitmek zorunda değildir fakat uzlaşma talebinden vazgeçtiği takdirde; uzlaşma gününden önce, bu hususu yazılı bir biçimde bildirmesi gerekecektir. Uzlaşma davetine uyulmaması durumunda ise uzlaşma temin edilmemiş sayılacağından tarhiyat sonrası uzlaşma hakkı ortadan kalmış olacaktır bu sebeple bu hakkı kaybetmek istemeyen başvuru tarhiyat öncesi uzlaşmadan vazgeçtiğini yazılı olarak bildirmelidir. Tarhiyat öncesi uzlaşma yoluna başvurmak istemeyen mükellef ihbarnamenin kendisine tebliğinden itibaren otuz gün içerisinde; tarhiyat sonrası uzlaşma veya ceza indiriminden yararlandırılmayı talep edebilir.

d. Uzlaşmanın Sonuçları

Tarhiyat öncesi uzlaşma görüşmeleri sonucunda taraflar arasında anlaşma sağlanırsa bu durum üç nüsha olarak hazırlanacak olan tutanakla saptanır. Taraflarca imzalanan nüshalardan bir tanesi hemen mükellefe, bir nüshası da 3 gün içinde rapor ve ekleriyle birlikte vergi dairesine gönderilmektedir. Bu tutanak tahakkuk fişi yerine geçtiği için ilgili vergi dairesi bu belge üzerinde tarhiyatı yapabilir. Görüşmelerde uzlaşma sağlanan vergi ve ceza için, mükellef veya ceza muhatabı tarhiyat sonrası uzlaşma veya indirim talep edemeyecektir, dava açamayacak ve herhangi bir şikâyetle

bulunamayacaktır. Uzlaşma sonucunda taraflarca imzalanan tutanak vergi ve cezaların ödeme zamanlarından önce ilgiliye tebliğ edilmişse, üzerinde uzlaşılan vergi ve vergi cezası, kanuni ödeme zamanlarında; ödeme zamanının kısmen veya tamamen geçirilmesinden sonra, tebliğ edilmiş bulunması durumunda, uzlaşma tutanağının tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde ödenmesi gerekecektir.

Mükellef uzlaşma davetine katılmazsa, tutanağı imzalamazsa uzlaşma temin edilememiş sayılacaktır. Bu durumda tarhiyat sonrası uzlaşmaya da gidilemeyecektir. Görüşme sonucunda tarafların uzlaşmaya varamaması durumunda ise düzenlenecek tutanağa komisyonun nihai teklifi yazılır, tutanaklardan biri mükellefe verilir. Diğer bir örneği, rapor ekleriyle beraber üç gün içinde ilgili vergi idaresine gönderilir. Burada uzlaşmanın temin edilememiş olduğu durumdan farklı bir husus mevcuttur şöyle ki; görüşmeler sonucunda uzlaşmaya varılamaması durumunda mükellef dava açma süresini sonuna kadar teklif edilen vergi ve cezayı kabul ettiğini yazılı olarak bildirirse bu taktirde uzlaşma sağlanmış sayılacaktır. Uzlaşmanın temin edilememesi ve uzlaşmanın sağlanamaması durumlarında vergi dairesi tarafından yapılan tarh işleminin tebliğinden itibaren otuz gün içinde dava açılabilmesi mümkündür. Bu iki durum sonucunda mükellefin indirim hakkı da ortadan kalkmayacağı için indirim talebinde de bulunulabilecektir fakat indirim hakkını dava hakkı ile birlikte kullanmak mümkün olmayacaktır.

Tarhiyat sonrası uzlaşma görüşmelerinin sonucunda anlaşmaya varılması durumunda yine uzlaşma tutanağının kesinliğinden dolayı burada da mükellefin dava açma hakkı ve indirim talep hakkı ortadan kalkacaktır. Görüşme sonucunda imzalanan tutanak vergi ve cezaların ödenme zamanlarından önce ilgiliye tebliğ edilmişse kanuni ödeme zamanlarında, ödeme zamanları kısmen veya tamamen geçtikten sonra tebliğ edilmişse, ödeme süreleri geçmiş olan uzlaşma konusu yapılan vergi ve cezalar, uzlaşma tutanağının tebliğinden başlayarak bir ay içinde, uzlaşma tutanağında belirlenen miktarlarıyla ödenmesi gerekir. Uzlaşmanın temin edilememesi veya anlaşmaya varılamaması durumunda aynı vergi ve ceza için yeniden uzlaşma talebinde bulunma imkânı ortadan kalkar. Buna karşılık dava açma yoluna gidilebilmesi veya indirim talep edebilmesi mümkündür. Uzlaşma süresi içerisinde dava açma süresi kaçırılmış veya sürenin bitmesine onbeş günden az kalmışsa imzalanan tutanağın tebliğinden itibaren bu süreye onbeş gün daha eklenir. İndirim talebi de yine bu dava açma süresi içerisinde talep edilmelidir. Fakat bu süre içerisinde dava



yoluna gitme veya indirim talebi hakkından bir tanesi seçilmelidir; dava yoluna giden mükellef artık indirim talep edemeyecektir. Ek dava açma süresi içerisinde, idari dava açılmış olması halinde, ödeme zamanı gerek vergi aslı gerekse vergi cezası için vergi mahkemesi kararı üzerine vergi idaresince düzenlenecek ihbarnamenin vergi mükellefi veya ceza muhatabına tebliğ edildiği tarihten itibaren otuz gün olacaktır.

II. Anayasal Vergilendirme İlkesi Olarak Eşitlik

Her hukuk dalında olduğu gibi vergi hukukunun da temelini oluşturan bazı ilkeler mevcuttur. Vergi hukukunda ilkeler denildiği zaman bir kurallar içindeki bir bütünü oluşturan parçalardır. Burada Anayasa m.10'daki anayasal ilke olan eşitlik ile m.73'te bahsedilen Anayasal vergilendirme ilkesi olan eşitlik birbirine karıştırılmaya müsait iki kavram olarak karşımıza çıkacaktır şöyle ki; vergi yasasının Anayasal ilkeleri dediğimizde o vergi yasasının hangi Anayasa maddesi ile değerlendirilebileceğine, Anayasal vergilendirme ilkesi dediğimizde ise Anayasada vergi ile ilgili özel düzenleyici maddedeki hangi ilkeyle bağlantılı olarak değerlendirilebileceğine bakılır. Anayasal ilkeler dediğimizde m.2'deki hukuk devleti ilkesi, sosyal devlet ilkesi m.10'daki eşitlik ilkesi aklımıza gelmektedir. Eşitlik ilkesi din, dil, ırk, mezhep ayrımı gözetmeden herkesin kanun önünde eşit olduğundan bahseder. Bu hükümle ayrımcılık yasağı ve yasa önünde eşitlik ilkesini birlikte düzenlenmiştir, burada hukuksal bir eşitlik söz konusudur; aynı hukuksal durumların aynı, farklı hukuksal

durumların farklı hukuk kurallarına tabi olması söz konusu olacaktır. Aksinin mümkünlüğü haklı nedenlerin varlığının mevcut olmasına bağlıdır. Fakat vergiyle ilgili bir düzenleme olduğunda m. 10 üzerinden değil m. 73 üzerinden bir değerlendirme yapılması gereklidir. 73. madde, 10. maddedekine benzer bir eşitlikten veya ayrımcılık yasağından bahsetmez. Bu madde eşitlik ile ilgili özel bir ölçütü barındırır; mali güç.

a. Anayasal Vergilendirme İlkeleri

Anayasanın 73. Maddesinde düzenlenen hükümde birinci fıkradaki "Herkes mali gücüne göre vergi ödemekle yükümlüdür" kısmı bize vergide eşitlik ilkesini verirken ikinci fıkrada düzenlenen "Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır" kısmı ise verginin yasallığı ilkesine işaret eder. Her ne kadar ana kural vergi yükümlülüğünün yasa ile konulup yasa ile kaldırılacağı olsa da m.73/4 de buna karşıt bir yetki devrinden bahsedilmiştir; Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muaflik, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisi Cumhurbaşkanına verilebilir denmiştir. Burada bahsedilen vergi yasalarında muaflik belirtmek değil, sadece kanunun belirlediği sınırlar çerçevesinde yetki kullanımıdır. Anayasa m. 73 "mali gücüne göre" vergi ödemek ile ilgili kural koymuştur. Mali güç bir ölçüt olması nedeniyle, ancak mali güce göre okuma yapılmasına izin verir. Anayasa Mahkemesinin "mali güç" ile ilgili kararını³ ile yasa önünde eşitlik ile ilgili kararlarındaki ölçü ile okuyacak olursak; "aynı" lık mali gücü

aynı olanların aynı vergi yüküne, "farklı" lık mali gücü farklı olanların farklı vergi yüküne tabi olması eşitlik gereğidir. Mali güç kavramı; "kullanılabilir", veya üzerinde tasarruf edilebilir "rakamsal bir büyüklük" tür ki bu da asgari yaşam haddini aşan geliri ifade etmektedir.⁴ Mali gücün doktrinde kabul edilmiş üç temel göstergesi vardır; gelir, servet ve harcama. Bu doğrultuda kişinin mali gücü arttıkça, vergi yükünün de artması gerekmektedir. Fakat verginin hızlı, daha az maliyetle ve zamanında tahsilini kolaylaştırmak, idare ve mükellef arasında görüş birliği sağlamak amacıyla benzer durumdakilerin uzlaşma kurumuna başvurduğunda bir mükellefin uzlaşmaması durumu vergide eşitlik ilkesine aykırılık yaratacaktır.

III. Uzlaşma Kurumunun Vergide Eşitlik İlkesi Bağlamında Anayasaya Uygunluğu

Uzlaşma yoluyla tahakkuk eden vergi, normal usulde tahakkuk edecek vergiden farklılıklar doğurabilmektedir. Uzlaşma yoluna başvuru yapan mükellef, hiç başvurmayan ya da başvurup uzlaşmadan vergisini ödeyen aynı hukuki durumdaki mükelleften daha az vergi ödeyebilmektedir. Bu iki sonuç bile vergide eşitlik ilkesi ile uzlaşma kurumunu en başından çelişik hâle getirmektedir. Zira uzlaşma ile idarenin (komisyonların) içeriğini belirleyip mükelleflerin önüne sundukları vergi miktarları kanunlarda belirtilen matrah ve oranlar sonucu ortaya çıkan miktardan farklı olmakta, bu da verginin yasallığından bahseden Anayasa'nın 73'üncü maddesini ve yine uzlaşma ile kanuni ceza miktarlarının değiştirilmesi bakımından Anayasa'nın 38'inci maddesi ile korumaya alınan suçta ve cezada

kanunilik ilkesini zorlayan bir durum ortaya çıkaracaktır.

Uzlaşma neticesinde vazgeçilen vergi miktarları yıllara hatta uzlaşmayı gerçekleştiren komisyona göre farklılıklar doğurabilmektedir. Bu durum uzlaşma komisyonlarının sınırsız, denetimden geçmeyen yetkilerle haiz olmalarından kaynaklanmaktadır. Vergiyi doğuran olayın tespiti ve buna ilişkin belge durumundan kaynaklanan belirsizliklerin de tesiriyle mükelleflerle ilişkili olmayan farklı koşullar altında vergi asılları ve cezalar üzerinde hangi oranda uzlaşılabileceğine ilişkin sınırlayıcı kuralların olmamasının Anayasal vergilendirme ilkesi olan eşitlik ilkesine aykırılık teşkil ettiği ortadadır.

Seçimlik hakkın kullanımı neticesinde uzlaşmaya başvurmayanlar ile başvuranların dışında, başvuru yapmış olanlar arasında da uzlaşma zamanı ve mekânına göre eşitsizlikler doğurabilmektedir. Anayasa Mahkemesinin vergide eşitliğe ilişkin kararlarında uzlaşmanın Anayasa'ya uygunluğunun tartışma ekseninin, vergisini bu kuruma başvurmadan ödeyen ile ödemeyen arasındaki eşitsizlikten ziyade uzlaşmaya başvurmuş mükelleflere eşit muamele edilip edilmediği üzerine kurulmasının daha işlevsel olacağı yönünde değerlendirme yapılmıştır.

Reis Otomotiv Ticaret ve Sanayi A.Ş.'nin bireysel başvuru kararında farklı vergi inceleme elemanlarınca hazırlanan raporlar nedeniyle aynı sektörde olan ve aynı düzenlemelere istinaden vergi kolaylıklarından yararlanmak isteyen şirketlerin başvurdukları yöntemlere

karşı kesilen cezaların farklı farklı uygulanması söz konusu olmuştur. AYM söz konusu kararda "benzer hukuki durumdaki şirketlere yapılan ayrımcı muamelenin haklı nedene yahut temel hak ve özgürlükler alanındaki ifade biçimiyle objektif ve makul bir sebebe dayanmadığını belirtmiş ve başvurucunun mülkiyet hakkının ihlal edildiğine" hükmetmiştir.

Uzlaşma kurumuna yöneltilen başlıca eleştiriler;

- Tarhiyat sonrası uzlaşmada beyana dayalı tarhiyatlar bakımından uzlaşmanın söz konusu olamaması,
- Tarhiyat öncesi uzlaşma hakkından sadece ticari, zirai ya da serbest meslek kazancı elde eden gerçek kişi mükellefler ve Kurumlar Vergisi Kanunu'na tabi kurumların faydalanabilmesi,
- Uzlaşmanın sürekli vergi affı niteliğinde olması ve bu yönüyle vergisini ödeyen ve ödemeyenler arasında eşitsizlik yaratması,
- Uygulamada uzlaşma komisyonlarında müzakere olmaması, vergi dairesi adına teklifin kabul edilip edilmemesine endekslı bir görüşme yapılması,
- Komisyonların üzerinde uzlaşılabileceği en çok vergi miktarının her komisyon için ayrı ayrı Maliye Bakanlığı tarafından çıkarılan genel tebliğlerle belirleniyor olması ve Merkezi Uzlaşma Komisyonunun yetkisinin başladığı miktardan yüksek herhangi bir meblağ için (sınırsız) uzlaşma yetkisinin olması,
- Uzlaşmanın sağlanması durumunda uzlaşılan vergi veya vergi farkı ve vergi ziyai cezasının belli kısmı zamanında ödenirse (%75) aynı zamanda cezada

indirim talep edilebilmesi, dolayısıyla uzlaşmaya başvurmayanlara nazaran ikinci bir indirim avantajı sağlanmış olması,

- Uzlaşmaya varılan vergi aslı ve cezasının mükellef tarafından süresinde ödenmemesi hâlinde uzlaşmanın geçersiz sayılmaması, dolayısıyla devletin uzlaşmanın sağladığı avantajlardan mahrum kalabilmesi

Uzlaşma kurumunun bir bütün olarak Anayasa'ya aykırı olduğunu net bir şekilde söylemek mümkün olamayacaktır hatta uzlaşmanın mükellefler arasında ayırım gözetmeden aynı idari çözüm yolunu öngörmesinin fırsat eşitliğini sağladığı söylenebilir. Uzlaşmayı bir bütün olarak sadece yarattığı farklı durumların bulunması nedeniyle vergide eşitliğe aykırı görmek doğru olmaz. Uzlaşmaya ilişkin hükümlerin haklı nedene (kamu yararı veya objektif ve makul bir nedene) dayanıp dayanmadığına da bakılması gerekmektedir.

AYM'nin menkul kıymetlerden kazanç ve irat elde edilmesi ve bunlara stopaj uygulaması yönünden tam ve dar mükellefler arasında ayırım yapılmasını öngören 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun geçici 67'nci maddesinin ilgili fıkrasını iptaline dair kararında⁵ haklı neden ve kamu yararı ölçütüne sınır çekmesi de uzlaşma kurumunun anayasallığını değerlendirmek bakımından aynı derecede önemlidir.

Bahsedilen anayasal eşitlik sorunu uzlaşmaya başvurup başvurmamaktan

kaynaklı bir sorun olmaktan çok, uzlaşmaya başvurmış mükelleflerin eşit muamele görme güvencelerinin ne kadar sağlandığı ile ilgilidir. Uzlaşma komisyonlarının kendi yetki sahaları içinde aynı durumda olan mükellefler bakımından, kanuni bir engele takılmadan, uzlaşılacak vergi asıllarını ve ceza miktarlarını geniş bir takdir yetkisi ölçüsünde belirleyebilmelerine imkân verilmiştir. Uzlaşmanın bu doğrultuda hem vergide kanunilik hem de eşitlik ilkesi bakımından tartışmalı yapısı ve uzlaşmaya başvurmış mükelleflerin tabi olacakları uzlaşma miktarlarının bu anlamda belirli kriterlere dayandırılmamış olması nedeniyle Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülebilecektir.

Türkiye'de uygulama alanı bulan uzlaşma kurumunda komisyonlara sınırsız yetki tesis edilmesini diğer bazı ülke düzenlemeleriyle kıyaslayacak olursak; Alman Vergi Yasası'nın (Abgabeordnung-AO) 88'inci maddesinin ilk fıkrası uyarınca mükelleflerle yapılacak uzlaşmalarda da resen (von Amts wegen) araştırma prensibi geçerlidir. Buna göre yetkili makamlar muhatapların lehine olabilecek durumlar dâhil bütün ilgili koşulları dikkate almak durumundadır. Aynı maddenin ikinci fıkrasında; gelir idarelerinin, somut olayın özelliğine göre yapılacak araştırmanın türü ve kapsamında eşitlik, kanunilik ve ölçülülük (Gleichmäßigkeit, Gesetzmäßigkeit, Verhältnismäßigkeit) ilkelerine dayanarak tespit yapması gerekliliği vurgulanmıştır.

ABD'de ise uzlaşma talep eden mükellef, başvuru ücretini ve uzlaşma başvurusuna konu ödemenin ilk taksitini başvuru esnasında

ödemek zorundadır. Belli bazı istisnalar haricinde, bir mükellefin vergi idaresi ile uzlaşması durumunda, uzlaşılacak dönem hesapları vergi idaresince tekrar incelenmez. Ancak mükellef uzlaşılacak miktarı zamanında ödemez ya da ödemeyi müteakip 5 yıl içerisinde beyan ve ödeme sorumluluklarını yerine getirmezse, uzlaşma hükümsüz kalır ve tahsilinden vazgeçilen miktar yeniden doğar ve bu miktar mükelleften istenir.

Sonuç

Uzlaşmanın vergide eşitlik ve mali güce göre vergilendirme ilkeleri bakımından en tartışmalı yönü uzlaşmaya dair VUK'taki kuralların yeterli derecede öngörülebilebilir ve uzlaşma komisyonlarının yetkilerinin açıkça belirlendiği, uzlaşma sağlanmasını belli koşullara bağlayan bir yapıdan yoksun olması, bu yönüyle vergide kanunilik ilkesi bağlamıyla eşitlik ilkesine aykırı olmasıdır.

Uzlaşma komisyonlarına uzlaşılacak vergi ve cezaya ilişkin sınırsız yetki verilmesi, kötü niyetli kullanıma açık haldedir. Uzlaşma komisyonları vergi ve cezaları kısmen ya da tamamen kaldırabilir. Bu yetkinin kullanımına ilişkin belli ölçütler getirilmediği sürece uzlaşma kurumuna yönetilen eleştiriler bitmeyecektir.

Ancak, ABD'de olduğu gibi, mükellef uzlaşılacak miktarı zamanında ödemez ya da ödemeyi müteakip 5 yıl içerisinde beyan ve ödeme sorumluluklarını yerine getirmezse, uzlaşmanın hükümsüz kalacağına ve tahsilinden vazgeçilen miktarın tekrar doğacağına ilişkin bir düzenlemenin yapılmasına ihtiyaç vardır.

Bu düzenleme yapılmaz ise, vergisini tam ve zamanında ödeyen vergi mükellefleri ile geç ve eksik ödeyen mükellefler arasında bir fark olmayacak, bilakis geç ve eksik ödeyenler lehine bir durum söz konusu olacaktır.

DİPNOT

- 1 CANDAN, T. (2006), Vergilendirme Yöntemleri ve Uzlaşma, Maliye ve Hukuk Yayınları, s. 260.
 2 Vergi Dava Daireleri Kurulu 2002/592 E. 2003/333 K.
 3 Anayasa Mahkemesi, E. 2017/117, K. 2018/28, T. 28. 02. 2018.
 4 YAVAŞLAR, F.B. (2012), "Vergisel Düzenin ve Vergi Adaletinin Sağlanmasında Donanımlı Anayasa Dışında Gerekenler", Anayasadan Mali ve Vergisel Beklentiler, 1.Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s.398.
 5 AYM 1994/91 E., 1995/34 K. 18.07.1994.

KAYNAKÇA

- YAVAŞLAR, F.B. (2012), "Vergisel Düzenin ve Vergi Adaletinin Sağlanmasında Donanımlı Anayasa Dışında Gerekenler", Anayasadan Mali ve Vergisel Beklentiler, 1.Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- CANDAN, T. (2006), Vergilendirme Yöntemleri ve Uzlaşma, Maliye ve Hukuk Yayınları.

AYRIMCILIK YASAĞI VE EŞİTLİK İLKESİ KAPSAMINDA KADIN İŞÇİLERİN İŞ HUKUKUNDAN KAYNAKLANAN HAKLARI



Giriş

Sanayi Devrimin neden olduğu geniş işgücü talebine karşılık toplumsal yapının değişimi ve gelişimi ile birlikte kadınlar çalışma hayatına tedrici olarak entegre olmuştur. Günümüz koşullarında kadın işgücünün hayati önem taşıdığı yadsınamaz bir gerçektir. Öte yandan kadınların işgücüne katılımı sonucu cinsiyet ayrımcılığının yarattığı sorunlar ile birlikte "çalışan kadın" problemi ortaya çıkmıştır. Bu noktada kadınlar anne, eş veya ev hanımı olmak üzere birden çok sıfatı eşzamanlı olarak taşımakta ancak farklı görevleri ihtiva eden farklı kimlikler ile çalışma hayatı arasında zaman zaman sorunlarla da karşı karşıya kalabilmektedirler. Zira cinsiyete dayalı mesleki ayrımcılığın çalışma hayatının getirilerinin karşı cins olan erkeğe özgü değerler ve önyargılardan kaynaklandığı

açıktır. Böylece her ne kadar kadınlar toplumun bir diğer yarısını oluşturuyor olsalar da erkek işçilere nazaran geri planda kalmakta olup eşit fırsatlardan yararlanamamaktadır. Bu sorun; ataerkil düzen, kadının biyolojik ve fiziksel farklılıkları, ebeveyn olarak kadının aile düzeninin içindeki yoğunluğu gibi sebeplerden kaynaklanmaktadır. Keza, bu gibi olumsuzluklar yalnızca iş hayatında değil işe alım sürecinde de varlığını göstermektedir.

İşverenin yükümlülüklerinden olan, kaynağını Anayasa'da yer alan eşitlik ilkesinden alan ve 4857 sayılı İş Kanunu 5. maddesinde yer bulan eşit davranma borcu; aynı veya benzer nitelikteki işçilere eşit muamelede bulunulacağı şeklinde yorumlanmakta olup işvereni sınırlandıran bir kavramdır. Bu doğrultuda, dezavantajlı konumda

olan kadınlar için 4857 sayılı İş Kanunu ile kadın çalışanları korumaya yönelik yasal düzenlemeler getirilmiştir. Nitekim anılan düzenlemelere göre işveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı, farklı işlem yapamayacaktır.¹ Zira açılan pozisyonlar için işe alım sürecinde yalnızca erkek işçilerin alınmış olması, ayrımcılık yasağına aykırı bir durum olarak eşit davranma borcunu da sekteye uğratar nitelikte bir işlemdir. Bununla beraber işe alım sürecinde 4857 sayılı İş Kanunu m.73'de yer alan yer altı veya su altı gibi kadının çalışamayacağı işlerden sayılan işler için yalnızca erkek adayların çağrılarak işe alım yapılması ayrımcılık yasağını zedelemeyecektir.

Kimi hallerde ise ayrımcılık; işçiyi sırf kadın olduğu için veya kadın olmasından kaynaklanan bir özellik nedeniyle işe almamak gibi ilk bakışta ayrımcılık olarak fark edilmeyen ancak sonuçları incelendiğinde ayrımcılık olduğu açıkça ortaya çıkabilecek nitelikte de yapılabilir. Zira aynı niteliğe sahip farklı cinsiyette iki aday arasında farklı bir kriter gözetmeksizin yalnızca erkek olduğu için bir işçinin tercih edilmesi ayrımcılık yasağını ihlal eder niteliktedir. Bu sebeple 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 122. maddesinde işverenin işe alım sürecinde de ayırım yapmaması aksi halde cezai yaptırım uygulanacağı düzenlenmiştir. Buna göre eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı sadece çalışma hayatı veya işin feshi sürecinde değil bir bütün olarak işe

başlamadan öncesi için de caridir.

Bu noktadan hareketle bu çalışma kapsamında kadın çalışanların cinsiyete dayalı mesleki ayrımcılık ile ilgili karşılaştıkları problemlere yer verilmiş olup 4857 sayılı İş Kanunu'nun kadın işçileri korumaya yönelik düzenlemeleri ayrımcılık yasağı ve işverenin eşit davranma yükümlülüğü çerçevesinde incelenecektir. Buna ek olarak kadın işçilere çalışma hayatındaki ayrımcılığı gidermek maksadıyla pozitif ayrımcılık olarak getirilen "kısmi çalışma" hakkında bilgi verilecek olup iş sözleşmesinin feshi açısından bahsi geçen kavramlar tartışılacaktır.

I. İş İlişkisinin Devamı Süresince Eşit Davranma Borcu

İş ilişkisinin devamı boyunca işveren, ayrımcılık yasağına ve eşit davranma borcuna uygun davranmakla yükümlüdür. İşveren eşit davranma borcuna binaen; işçiye sağlanan menfaatler, çalışma koşulları, ücret, disiplin cezaları, terfi ölçütleri gibi uygulamalarda ayrımcılık yapmaksızın eşit işlem uygulamalıdır. 4857 sayılı İş Kanunu m.5'te yer alan ve ayrımcılığı yasaklayan diğer düzenlemelere aykırı olarak keyfi biçimde kullanması halinde eşit davranma ve ayrımcılık yasağı ihlal edilecek olup işverenin yönetim yetkisini keyfilik olmaksızın yükümlülüğü sınırları çerçevesinde kullanmalıdır.

Sosyal yardımlar açısından işverenin işçiler arasında farklı gruplar oluşturması mümkündür. Zira işin tehlike ve sorumluluk derecesine göre, işçilerin sahip olduğu çocuk sayısı, belirli bir kıdemi olanlara

göre bir sınıflandırma yaparak sosyal yardımda bulunabilir. Buna ek olarak, toplu iş sözleşmesinde ücret, prim, ikramiye ve paraya ilişkin sosyal yardım hükümleri varsa sözleşme kapsamında olan işçiler ile olmayan işçiler arasında ayırım yapabilecektir.² Ancak parasal konular dışındaki tüm toplu iş sözleşmesi hükümleri diğer işçilere de eşit olarak uygulanmak durumundadır.

Kural olarak sözleşme serbestisi ilkesinin bir sonucu olarak işverenin iki farklı işçi ile farklı ücretleri kararlaştırmış olması mümkündür. Ancak ücrete yapılacak zamlar açısından işveren makul bir sebep olmaksızın işçiler arasında farklılık oluşturamaz. Böyle bir uygulamada bulunması halinde ayrımcılık yasağı ihlal edilmiş olup eşit davranma borcuna aykırı davranmış olacaktır. Yıldız'ın düşüncesine göre, işçilerin kıdemleri, bireysel nitelikleri, yaptıkları iş ve bu işi yaparken göstermiş oldukları başarı aynı veya benzer ise buna rağmen işçiler arasında ücret açısından farklılık oluşturulmuşsa artık burada eşit davranma borcu yok sayılmış olacaktır.³ Dolayısıyla farklı ücret uygulamasını objektif olarak haklı gösterecek bir sebep söz konusu değilse eşit davranma borcu ihlal edilmiş olur. Anayasa'nın "Ücrette Adalet Sağlanması" başlıklı 55. maddesinden anlaşıldığı üzere devlet, çalışanların yaptıkları işe göre ücret kazanmaları hususunda yükümlü kılınmıştır. Bu doğrultuda kişiye göre ücrete dair farklı uygulama yapılmaması ve herkese eşit davranılması gerekli görülmüştür. Buna göre ücret hususunda işçiler arasında; cinsiyet, dil, din, ırk, siyasi görüş, sendikal üyelik, cinsel eğilim gibi bir farklılığının olup olmadığı

gözetilerek bu nitelikte bir farklılık mevcut ise işverenin uygulaması ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirilmelidir.

II. Kadın İşçilere Tanınan Pozitif Ayrımcılıklar

Kadınlar işe giriş aşamasından itibaren birçok engelle karşılaşmakta olup engellerin aşılamaması sebebiyle işi kaybetmektedir. Öte yandan işe başlamaları sonrasında da kadınlar cinsiyetleri nedeniyle çeşitli sorunlarla mücadeleye girmektedirler. Genel hatlarıyla bu sorunlar, toplumsal cinsiyete dayalı ayrımcılık, eğitimde eşitsizlik ve sosyo-kültürel engeller, ücretlendirmede eşitsizlik, hamilelik dönemleri, ev ve aile hayatlarında üstlenmeleri gereken roller (ev işleri, çocuk ve yaşlı bakımı), cam tavan engeli, iş-aile çatışması, cam uçurum, psikolojik taciz, cinsel taciz, sosyal güvenlik sorunu taşıyan işler ve enformel çalışma biçimleri şeklinde ifade edilebilir.⁴ Ancak bu sorunlarda temel hususun, önceki başlıkta incelenmiş olduğu üzere cinsiyete dair ayrımcılık olduğu açıktır.

4857 sayılı İş Kanunu 1. fıkrasında dolaylı ayrımcılık yasağına yer verilmemişken cinsiyet veya gebelik nedeniyle yapılan ayrımcılık açısından dolaylı ayrımcılık yasağı özel olarak açıklanmıştır. Lakin dolaylı ayrımcılık hükümleri de maddi eşitliğin sağlanmasında yeterli olmadığı gerekçesiyle, pozitif (olumlu) ayrımcılık kavramı ortaya çıkmıştır. Anayasa'nın 10. maddesindeki düzenleme ile devlete aktif bir görev yüklenmiş olduğundan devlet, kadınlar ve erkekler arasındaki eşitliğin hayata geçmesini sağlamakla yükümlü kılınmıştır. Bununla beraber işveren açısından bu pozitif ödevler kadını koruyucu düzenlemelerle

sınırlanmıştır. Kadın işçinin fiziksel ve biyolojik özellikleri nedeniyle ağır işte çalıştırılmaması ve annelik ve hamilelik dönemlerinde ücretli izin verme zorunluluğu İş Kanununda yer almaktadır. Kadının biyolojik özelliğinden kaynaklanan bu durum eşitlik ilkesinin bir ihlali anlamına gelmemektedir. Literatürde bu tür uygulamalar pozitif ayrımcılık başlığı altında toplanmakta ve değiştirilemeyen özelliklerinden dolayı dışlanmışlıkları azaltmak amacıyla uygulanmaktadır.⁵

Anayasa'nın 50. maddesini düzenleyen "Çalışma şartları ve dinlenme hakkı" başlığına göre; kadın işçilerin çalışma koşulları bakımından korunacağı, kendisine uymayacak işlerde çalıştırılmasının mümkün olmadığı ve ücretli izinlerinin kanun esası ile düzenleneceği öngörülmüştür. Ancak, gebelik sebebiyle işe alınmama durumu değerlendirildiğinde ise bahse konu iş fiziksel güç gerektiren nitelikte ise gebe durumdaki aday yerine erkek adayın işe alınması eşitlik ilkesine aykırı olmayacaktır. Nitekim İş Kanunu m.5/3'e göre, işe alım yapan işveren, biyolojik veya işin niteliğinden kaynaklanan sebepler mevcut olduğu takdirde, işe alımda erkek işçi tercihi yapabilecektir.

İş Kanunu'nda yapılan değişiklikle çalışan kadınların doğum sonrasında kısmi süreli çalışma yapabilmelerine olanak tanınmıştır. Doğum yapan kadın sigortalılara yönelik düzenleme ile anne ve çocuk arasındaki bağın sağlıklı sürdürülmesine ve çocuğun yetişmesindeki anne payının önemine destek verilmeye çalışılmıştır.⁶ Mevzuatta kısmi süreli çalışmanın yalnızca anne için düzenlenmemiş

olup ebeveyn tabirine yer verilmiştir. Bu perspektiften bakıldığında da ebeveyn kavramı ile babalar için getirilmiş olan kısmi süreli çalışma hakkının, işçi kadınlar açısından sonuçları itibarıyla pozitif bir ayrımcılık olarak değerlendirilmesi mümkün olabilecektir. Buna ek olarak, İş Kanunu'nun 74. maddesinde bahsedilen tüm izin haklarının tüketilmesi şartı kısmi çalışma imkânından yararlanabilmesine engel olmamaktadır. Nitekim doğumdan sonraki analık izni süresinin tamamlanmasının ardından ya kadın işçinin talebiyle altı aya kadar ücretsiz izin hakkının kullanılmasının ardından kısmi süreli çalışma hakkı ya da yarım çalışma ödeneğine ilişkin ücretsiz izin hakkı için talepte bulunulabilecektir.

Onaylayarak iç hukukumuza dâhil ettiğimiz uluslararası sözleşmelerde de kadınlara karşı pozitif ayrımcılığın yapılabileceğine ilişkin hükümler yer almaktadır. Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Hakkındaki Sözleşme'nin 4/1 maddesinde, erkeklerle kadınlar arasındaki eşitliği gerçekten sağlamak için taraf devletlerce geçici ve özel



önlemlerin benimsenmesi, bu sözleşmenin tanımladığı şekliyle ayrımcılık sayılmaz ve de hiçbir koşulda değişik ölçülerin devamlılığı sonucunu doğurmaz. Fırsat ve davranış eşitliği amaçlarına ulaşıldıktan sonra bu önlemlere son verilir denmektedir.⁷ Sözleşme, politik, eğitim ve istihdam alanında bu tür pozitif ayrımcı önlemlerin alınmasını teşvik etmiş ve dolayısıyla kadın-erkek eşitliğini sağlamak adına alınan bu önlemlerin eşit haklara sahip olma ilkesini ihlal etmediğini vurgulamıştır.

III. İş Sözleşmesinin Feshinde Eşit Davranma Borcu

İş ilişkisinin sona erdirilmesi sürecinde işverenin eşit davranma borcunun olup olmadığı tartışmalı olmakla birlikte kanaatimizce objektiflikten uzak, keyfi ve kötü niyetli fesihlerin varlığı sebebiyle bu borcun devamlılığı gerekmektedir. Buna göre ayrımcılık yasağı ve eşit davranma yükümlülüğünün iş sözleşmesinin feshinde de hüküm süreceği tereddüte mahal vermemelidir. Zira bu borcun uygulanacağını kabul eden yazarlar, fesihte ayrım yapılmasını

haklı gösteren pek çok hususun bulunacağını altını çizmektedirler. Bu doğrultuda, kadın işçilere farklı işlem yapma yasaklarından bir diğeri de iş sözleşmesinin feshidir.

Kadın işçilerin hastalık, doğum ve gebelik halleri işe devamına engel teşkil ediyor olsa da iş sözleşmelerinin korunması amaçlanmaktadır. Kanun koyucu bekleme süresi sona ermeden iş akdinin feshedilmesine izin vermemekle iş güvencesi olan kadın işçinin yararına bir düzenleme sağlamaktadır. Böylelikle bekleme süresince iş sözleşmeleri askıda kalır ve bu süre boyunca feshin yasaklanması önlemleri ile kadın işçiler ciddi bir korumaya sahip olmaktadır. Örneğin; bir yıllık belirli süreli iş sözleşmesine göre çalışmaya başlayan kadın işçi, işe başladıktan dokuz ay sonra gebe kalır ve on birinci ayda gebelikten kaynaklanan bir nedenle işe devamı geçici olarak imkansız hale gelir. İşverenin kadın işçinin işe devamsızlık nedeniyle iş sözleşmesini derhal feshedebilmesi için, devamsızlığın bildirim süresi (4 hafta) 7 + 6 haftalık süreyi aşması gerekir. Oysa iş sözleşmesi belirtilen



10 haftalık süre geçmeden gebelikten kaynaklanan hastalığın başladığı 11. aydan bir ay sonra (bir yıllık sözleşme süresi tamamlanmış olmaktadır) bir yıllık sürenin geçmesiyle sona erecektir.⁸ Buna göre, kadın işçileri koruyucu önlemler sayesinde gebe, doğum yapan ve emziren kadın çalışanlar açısından işini kaybetme korkusu çok daha düşük seviyelerde olacaktır.

İş güvencesi olmayan kadın çalışanlar 4857 sayılı İş Kanunu m.18 korumasından yoksun olsa da işveren; gebe, yeni doğum yapmış veya emziren kadın çalışanı yalnızca bu sebeplere dayanarak sözleşmesini feshettiğinde aynı kanunun 17.maddesinde göre fesih hakkını kötüye kullandığından dolayı kadın çalışana bildirim süresinin üç katı miktarında tazminat ödeyecektir. Fesih hakkının kötüye kullanılması hali dışında, işveren dilediği işçisinin sözleşmesini gerek bildirimli ve gerekse derhal fesih yolu ile feshedebilir. "Ancak, kavgaya karışan işçilerden sadece kadın işçilerin iş sözleşmelerini feshederse bu durumda fesih hakkı kötüye kullanılmış olur."⁹

Sonuç

Buna göre, dünyanın sürekli olarak değişim ve gelişimi ile kadının toplumdaki yerinin evrimleşerek eşitlenme sürecinde olduğu aşikârdır. Günümüzde de kadınların işgücünün toplumdaki yeri hayati bir önem taşımaktadır. Buna binaen eşitlik ve ayrımcılık nezdinde sırasıyla; iş ilişkisinin devamı süresince eşit davranma borcu, kadın işçilere tanınan pozitif ayrımcılıklar ve iş sözleşmesinin feshinde eşit davranma borcu başlıkları incelenmiştir. Buradan hareketle bu çalışma kapsamında

kadın çalışanların cinsiyete dayalı mesleki ayrımcılık ile ilgili karşılaştıkları sorunlara yer verilmiştir.

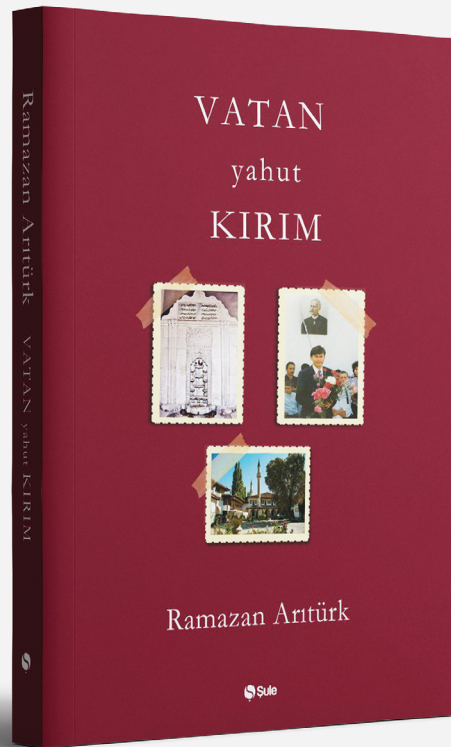
DİPNOT

- 1 Özgür OĞUZ, "Türk İş Hukuku'nda Kadın Çalışanları Koruyucu Düzenlemeler", TBB Dergisi. 2018, s.572.
- 2 Zeynep Sümeyra DEVECİ, "İş Hukukunda İşverenin Eşit Davranma Borcu ve Özellikle İş Sözleşmesinin Feshi Açısından Önemi", İzmir Barosu Dergisi, 2020, s.78.
- 3 Gaye Burcu YILDIZ, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu. Ankara: Yetkin Yayınları, 2008, s.188.
- 4 Fatmanur AKSÖZ ve Müzeyyen EROĞLU DURKAL, "Çalışma Hayatında Kadınların Karşılaştıkları Sorunlar: Kayseri İlinde Çalışan Kadın Öğretmenler Üzerine Bir Araştırma", Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 2021, s.142.
- 5 Yüksel ERDAL, "İnsan Kaynakları Yönetimi ve Türk İş Hukuku Açısından Eşit Davranma İlkesi", Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2007, s.38.
- 6 Yusuf YİĞİT ve Suat UĞUR, "İş Hukuku Açısından Doğum Nedeniyle Ebeveynin Kısmi Süreli Çalışma Hakkı", Trakya Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 2017, s.96.
- 7 Ebru KILIÇ, "İşverenin Eşit Davranma Borcu Açısından Türk İş Hukukunun Avrupa Birliği İş Hukukuna Uyumu", TAAD, 2011, s.23.
- 8 Münir EKONOMİ, "Kadın İşçilerin Gebelik Ve Doğum Halinde Feshe Karşı Korunması", Çalışma ve Toplum, 2009, s.14.
- 9 Ercan GÜVEN ve Ufuk AYDIN, Bireysel İş Hukuku, Eskişehir, Nisan Yayınları, 2010, s.106.

KAYNAKÇA

- AKSÖZ, F. ve EROĞLU Durkal, M. (2021), "Çalışma Hayatında Kadınların Karşılaştıkları Sorunlar: Kayseri İlinde Çalışan Kadın Öğretmenler Üzerine Bir Araştırma", Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, (59), 141-176.
- DEVECİ, Z. S. (2020), "İş Hukukunda İşverenin Eşit Davranma Borcu ve Özellikle İş Sözleşmesinin Feshi Açısından Önemi", İzmir Barosu Dergisi, (15), 15-63.
- EKONOMİ, M. (2009). Kadın İşçilerin Gebelik ve Doğum Halinde Feshe Karşı Korunması", Çalışma ve Toplum, 3(22), 11-34.
- GÜVEN, E. ve AYDIN, U. (2010), Bireysel İş Hukuku, Eskişehir, Nisan Yayınları.
- ERDAL, Y. (2007), "İnsan Kaynakları Yönetimi ve Türk İş Hukuku Açısından Eşit Davranma İlkesi", Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- KILIÇ, E. (2011). "İşverenin Eşit Davranma Borcu Açısından Türk İş Hukukunun Avrupa Birliği İş Hukukuna Uyumu", TAAD, C.1, Y. 2, S. 6, 1-30.
- OĞUZ, Ö. (2017). "Türk İş Hukuku'nda Kadın Çalışanları Koruyucu Düzenlemeler", TBB Dergisi, (134), 567-586.
- YILDIZ, G. B. (2008). İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Ankara: Yetkin Yayınları
- YİĞİT, Y. & UĞUR, S. (2017). "İş Hukuku Açısından Doğum Nedeniyle Ebeveynin Kısmi Süreli Çalışma Hakkı", Trakya Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi.

VATAN YAHUT KIRIM



Dr. Öğr. Üyesi Ramazan ARITÜRK

"Bu kitapta yazarın bir dönem görev yaptığı Kırım'daki hatıraları yer almaktadır. Okuyucu, yaşanan olaylara tanıklık ederken bir yandan trajikomik anlarda gülümseyecek diğer yandan kendi vatanında hür ve bağımsız olmanın anlamı karşısında ürperecektir."



OSMANLI DEVLETİ VAKIF MÜESSESESİNDEN CUMHURİYET ANAYASALARINA SOSYAL DEVLET ANLAYIŞININ DEĞİŞİMİ

Giriş

Anayasalarımıza sosyal devlet ilkesi ilk olarak 1961 Anayasası ile girmiş olsa da sosyal devlet ilkesinin ortaya çıkışını bu kadar yakın bir tarihe indirmek doğru olmayacaktır. Bu ilkenin özellikle İkinci Dünya savaşı sonrası oluşan toplumsal değişimle beraber kurumsallaştığı söylenebilir de ortaya çıkış nüvelerini tarih boyunca görmek mümkündür. Sosyal devlet bugünkü modern anlamıyla devletin toplumun tüm sınıfları arasında sosyal yaşamda denge ve eşitlik sağlaması, bu sınıflar arasında var olan eşitsizlikleri ortadan kaldırmak için yardıma ihtiyacı olanları desteklemesi anlamına gelir. İlkenin bugün sahip olduğu anlamını kavrayabilmemiz için geçirdiği serüveni tarihi, sosyal, ekonomik ve hukuki boyutlarıyla incelememiz gerekmektedir. Bu makalede esasen hukuki

bir bakış açısıyla inceleme yapacak olsam da beşerî bilimlerin birbiriyle koparılamayan irtibatı gereği tarihi, sosyal ve ekonomik boyutlarını da yer yer değineceğim.

Evrensel boyutta Sosyal devlet ilkesinin nasıl ortaya çıktığı ve hangi koşullar altında şekillendiği bu makalenin konusunu açacak olduğundan burada yalnızca Türkiye deneyiminde bu ilkenin ortaya çıkışını ve ardından değişimini inceleyeceğiz. Kanaatimce Türkiye deneyiminde farklılaşan toplumsal şartlarda birlikte sosyal devlet anlayışının yalnızca "gelişim" gösterdiğini söylemek taraflı bir inceleme olacağından bu makalede bu anlayışın geçirdiği serüveni anlatmak için "değişim" kelimesini kullanacağım.

Bu makalemizde esasen Anayasamızda sosyal devlet ilkesi olarak yer bulan sosyal devlet anlayışının Osmanlı devletinde hangi kurumlar aracılığıyla yerine getirildiğini, bu ihtiyaçların nasıl karşılandığını inceleyecek; Sosyal devlet anlayışını, Kemal Karpat'ın nitelendirmesiyle Osmanlı devletinin üç sacayağından biri olan vakıf sistemi ile ilişkilendirerek günümüze kadar olan yolculuğuna bakacağız. Ardından bu anlayışın ilk defa yazılı olarak anayasamıza girişini ve ardından nasıl bir değişim gösterdiğini anlatacak ve bu anlayışın günümüzde hangi eksende geliştiğini esas



olarak konuyu sosyal devlet ilkesi etrafında tartışacağız.

I. Sosyal Adalet Düşüncesine Kavramsal Bir Bakış

Sosyal devlet ilkesinin Türkiye'deki inkişafına geçmeden önce bu ilkeyi adalet ve daha özelde sosyal adalet kavramlarıyla ilişkilendirmek daha sonra bahsedeceğimiz tarihi serüvenini daha anlamlı kılacaktır.

Adalet, esas itibarıyla bir kişinin sahip olduğu imkanları/potansiyelleri tam tahakkuk ettirebilmesi için hem ortam hazırlamak hem de fırsat vermektedir. Tam tahakkuk kişinin ferdiyetini kazanması demektir. Bunun için de içinde yaşadığı toplumda bu imkanlarını gerçekleştirebilecek şekilde, artı-değer kabiliyetleri ölçüsünde pay almasıdır.¹

Çeşitli hizmetlerin ve sosyal yardımların devlet eliyle oluşturulmasını ve dağıtılmasını içeren bu ilke temelde bireyler arasında sosyo-ekonomik anlamda adaletin doğuşunu amaçlamaktadır. Bunun içindir ki adalet; bir arada yaşamının dolayısıyla şehrin getirdiği koşullar içinde tam tahakkukunu gerçekleştirebileceğimiz bir kavramdır. Fert kendinin farkına bir başkasını, yabancıyı görerek varır ve dolayısıyla sahip olduğu yetenekleri fark etmesi ve bunları geliştirmesi için diğerine ihtiyaç duyar. Şehir ferde tahakkukunu gerçekleştirebileceği bu ortamı hazırlar.

Adalet şehrin ve ferdin kurucu unsurudur.² Şehir ferde maddi ve manevi güvenlik sağlayarak ferdin sahip olduğu bilkuvve

yetenekleri bilfiil hale getirir.³ Kişinin kendi kabiliyetlerinin farkına varabilmesi ardından geliştirebilmesi için önce temel ihtiyaçlarının karşılanması gerekir. Söz gelimi kendini güvende hissetmeyen bir kişi saygı görmeyi öncelikli olarak gündemine almayabilir.

Ferdin bu temel ihtiyaçlarını karşılamak için şehirler kurulmuştur. Kişi temel ihtiyaçlarını karşıladıktan sonra melekelerini geliştirmeye ve yetkinleştirmeye yönelir. Şehrin kişiye sunduğu maddi ve manevi güvenlik bu açıdan önemlidir. Böylece diyebiliriz ki adaletin temel misyonu kişilere varoluşunu geliştirmesine yönelik imkanlar oluşturmak ve kişinin tek başına geliştiremeyeceği koşullarının iyileşmesini sağlamaktır.

İnsan önce kendi istidat ve kabiliyetlerini geliştirmeli fert ve hür olarak kendini tahakkuk ettirmeli söz gelimi kendine karşı adil olmalıdır. Kendisinde bulunan bu melekeler aile, sivil toplum ve piyasa tarafından desteklenmiş modern dönemde bu destek ve iyileştirmeye devlet de eklenmiştir. Nihayetinde fertler arasında adaletin gelişmesini zorlaştıran eşit olmayan koşullar ve yükselen kapitalizmle birlikte devlet bu alana müdahale etmiş ve sosyokültürel anlamda tek tiplilik yaratmak amacıyla birtakım düzenlemeler gerçekleştirmiştir.

II. Osmanlı Klasik Dönem Sosyal Devlet Anlayışı

Sosyal politikanın geçmişi sadece sanayileşme süreci, kapitalizm veya ulus devlet ile sınırlandırılmaz. Sosyal politikaların ortaya çıkışı devletin ortaya çıkışı

felsefesiyle yakından alakalıdır. Tarih boyunca birçok devlet geniş anlamda halk için sosyal politikalar uygulamıştır.⁴

Böyle olmakla beraber sosyal devlet anlayışının ilke olarak yazılı anayasalara ilk girişi ikinci dünya savaşından sonra olmuştur. Bu ilke anayasacılık tarihinde sonradan ortaya çıkan üzerine çalışılmış ve geliştirilmiş bir kavramdır. Türkiye'de ise bir 'ilke' olarak yazılı anayasalarımıza ilk defa 1961 yılında girmiş olsa da kavramın tarihi nüvelerini Osmanlı Devletinden itibaren vakıflar ve çeşitli sosyal yardımlaşma ağları ile görmek mümkündür.

Kapitalist dünya hegemonyasının tüm üretim, emek ve sermaye ilişkilerini şekillendirmeye başladığı 19.yy'ın ortalarından 20. yy'ın başlarına dek olan dönemde etkisini göstermeye başlayan sosyal devlet anlayışı Osmanlı Devleti'ne de sirayet etmiştir. Osmanlı devletinde bu ilke sosyal devlet anlayışın menşei olan Avrupa ülkeleri gibi işçi hareketleri ve halk tarafından kendiliğinden verilen bir mücadele sonucu ortaya çıkmamış bürokratik elitlerimizin ıslahat ve modernleşme telakkileri sebebiyle ortaya çıkmış bir kavramdır.

Bundan önce Osmanlı Devleti'nde devlet eliyle yürütülen, desteklenen bir sosyal kurum olmamıştır. Merkezi devletin, sosyal alana müdahale imkanının sınırlı olduğu tarihsel koşullarda, aile ve kan bağı ilişkileri, mahalle, köy cemaat dayanışmaları, lonca gibi üretim temelli dayanışmalar, tarikat zaviye gibi dini içerikli odaklaşmalardan oluşan bir dizi beşerî ilişki bireyin ailevi, sosyal ve doğal krizler

karşısında korunmasını sağlayan bir refah sisteminin temellerini oluşturmuştur.⁵

Osmanlı devleti toplumundaki dezavantajlı, yardıma ihtiyacı olan, desteklenmesi gereken yahut diğer toplum tabakalarıyla eşit olmayan sınıfların refah seviyesini artırmak için geniş bir sosyal ağ sistemine sahipti. Bu sosyal ağlar başlıca vakıflardan ve halk arasında küçüklü büyüklü olarak kurulmuş sosyal yardımlaşma ve dayanışma birimlerinden oluşuyordu. Bunların başında ahilik teşkilatı, dini hüviyete sahip birlikler özellikle sayılabilir.

Osmanlı devletinde tüm sosyokültürel ve idari yapıların ordu, tımar ve vakıf olmak üzere üç sacayağı vardır.⁶ Vakıf müessesesi Osmanlı toplumunda sosyoekonomik olarak tek kültürülük yaratılmasında kullanılan başlıca yollardandır.

Vakıf, özünde, hayırsever bir mülk sahibinin mülkünü veya bu mülkten elde ettiği geliri toplumun veya dinin yararına bir faaliyete aktarması anlamına gelirdi.⁷ Bu mülkün yönetiminden sorumlu kişi olan müteveli vakıf kurulurken belirlenirdi. Bu kişi yaptığı hizmetin karşılığında belli bir miktar ücret alırdı. Osmanlı devletinde eğitim, sağlık ve benzeri diğer alanlarda halka hizmet devlet eliyle doğrudan sağlanmıyor vakıf ve benzeri sosyal dayanışma ve yardımlaşma ağlarıyla sağlanıyordu. Büyük imaretlerin desteklenmesinden kuşların beslenmesine ve hatta gelinlik kızlara kıyafet ödünç verilmesine kadar binlerce hizmet vakıflar tarafından görülmüyordu.⁸

Osmanlı devletinin kendi bünyesinde bu hizmetleri doğrudan sağlayacak bir mercii oluşturulmamıştı. Merkezi idarenin vakıflar üzerinde sadece bir denetim yetkisi mevcuttu. Dolayısıyla vakıfların tanzimat dönemine kadar geniş ölçüde idari bir özerkliğe sahip olduğunu söyleyebiliriz. Bu kurumlara devlet hazinesinden ziyade padişah ve eşlerinin, devlet yönetiminde yer alan kişilerin kendi bütçelerinden yaptıkları destekler büyük öneme sahiptir. Burada devlet, sosyal alanı doğrudan geliştirmek ve katkı sağlamak yerine sosyal ağları oluşturmaya teşvik etmiş ve desteklemiştir.

16.yy'da Osmanlı Devleti'nin toplam gelirinin %10 ila %14'ü sosyal hizmetlere harcanmıştır. Dolayısıyla toplumsal refahın sağlanmasını amaçlayan hizmetlere ayrılan meblağın toplam harcamalara oranı nispeten sağlıklı görünmektedir.⁹ Osmanlı devletinde vakıflar devlet teşkilatı arasında tuttuğu yer açısından tamamlayıcı, rekabet sisteminden uzak ve dengeleyici bir unsurdur.

III. Klasik Osmanlı Sosyal Politikalarının Değişimi: Tanzimat Dönemi

19.yy'a gelindiğinde sanayileşmenin hızlanması, kentleşmenin yaygınlaşması ve sermaye-emek krizlerinin yükselmesiyle birlikte ortaya çıkan bu eşit olmayan topluma devlet eliyle müdahalede bulunma gereksinimi ortaya çıkmıştır. Devletin sosyal ve ekonomik alana müdahale ederek bireylere eşit bir yaşam koşulu sağlaması ihtiyacı sosyal devlet olgusunu ortaya çıkarmıştır. Sosyal devlet anlayışı, bu sebeple toplumsal ve iktisadi hayata müdahaleyi yasal aynı zamanda

ihtiyaç olarak değerlendiren bir anlayışın ürünüdür.¹⁰ Bu yeni dünya düzenine Osmanlı devleti de esasen modernleşme çabası içinde uyum sağlamış ve her alanda olduğu gibi vakıf müessesesi de bundan etkilenmiştir. Her ne kadar Osmanlı devletinde bu sorun Avrupa'da olduğu gibi bir 'işçi sorunu' halini almamış olsa da kapitalizmin hegemonyasının genişlemesi ile beraber Osmanlı Devleti de sosyal alana müdahalede bulunma gereksinimi duymuştur.

Tanzimat Döneminde Osmanlı bürokratik elitleri temelde modernleşme özelde ise merkezi idareyi güçlendirmek adına çoğu vakıf mallarını denetimi altına almış ve Evkaf-ı Hümayun Nezareti altında birleştirilmiştir. Devlet, daha önce bu vakıf mallarından elde edilen gelirle desteklenen eğitim, sağlık ve sosyal hizmetleri sağlama görevini üstlendiğini de duyurmuş fakat bu hizmet talebinin sadece bir kısmını karşılayabilmiştir.¹¹

Özellikle İstanbul'daki büyük nüfus yığılması, yoksulluğun ve dilencilüğün artması ile mültecilerin barınma ve sağlık gibi temel ihtiyaçlarının giderilmesi devlet müdahalesini gerekli kılmıştır.¹² Osmanlı devletinin sosyal alana ilk müdahalesi Balkan savaşlarıyla ve ardından gelen 1. Dünya savaşıyla belirginleşmiştir. Dolayısıyla bu müdahale militarist bir söylem etrafında şekillenmiş ve yerleşmiştir. Cumhuriyetin ilk yıllarında da kendisini meydana getiren bu temaya bağlı kalınmış ve militarist tema üzerinden sosyal devlet olgusu şekillenmiştir.

Tanzimat döneminde ülke çapında

hastanelerin açılması, ebelik eğitimi gibi koruyucu uygulamaların getirilmesi, dul ve yetim maaşlarının düzenlenmesi, ilk eğitimin yaygınlaştırılması, çocuklar için ülke çapında ıslahhanelerin ve sanayi mekteplerinin kurulması, şehirdeki yoksulların denetim altında tutulması gibi düzenlemelerin Osmanlı'da sosyal devlet ve yeni bir yönetim tarzının oluştuğunu göstermektedir.¹³

Bu dönemde Fransa'daki sosyal yardım modeli örnek alınarak yeni bir Müessat-ı Hayriyye-i Sıhhiyye İdaresi oluşturulmuştur. İstanbul'daki hastane ve sosyal refah kurumları bu kuruma bağlanarak sosyal politika kurumları tek bir çatı altında toplanmıştır.¹⁴

19.yy'a gelindiğinde devlet gelir ihtiyacı sebebiyle vakıf mallarının çoğuna el koymuş ve bunun yanı sıra daha önce bu vakıf mallarından elde edilen gelirle desteklenen eğitim, sağlık ve sosyal hizmetleri sağlama görevini de üstlenmiştir. Vakıfların modern bir ekonomik sistem kurulmasının önünde engel teşkil ettiği düşünülüyordu. Zira bu kurumlar hem tarımsal araziler hem de şehirdeki mülkler üzerinde denetim sahibiydi.¹⁵ Özellikle 1908 ve 1918 yılları arasında yürütülen millileşme politikasından vakıflar da nasibini almıştır. Vakıf kurumunun çöküşü devletin din, eğitim ve kültür alanlarındaki tüm meselelerde tek ve mutlak söz sahibi haline getirmiştir.

IV. Cumhuriyetten 1961 Anayasasına Kadar Olan Süreçte Sosyal Devlet

Cumhuriyetin ilk iki anayasası olan 1921 ve 1924 Anayasalarında Tanzimat döneminden beri süregelen tutumla sosyal alana yönelik

etkin faaliyetlerde bulunulmamıştır. Sonuç böyle olmakla beraber iki rejimin de farklı saik ve nedenlerle bu alana yönelik politikalar geliştiremediğini görürüz.

Osmanlı Devleti temel olarak sosyal alanları doğrudan düzenlememiş bu alanları sivil topluluklar olan vakıflara ve çeşitli sosyal yardımlaşma ağlarına bırakmayı tercih etmiştir. Bu politikada Osmanlı devletinin bir imparatorluk olması ve toplumun farklı kesimlerini birbiriyle aynılaştırmadan, tesamuh içerisinde yönetmesi etkili olmuştur. Osmanlı devleti sosyal alanlarda doğrudan müdahale etmek yerine bu alanların oluşturulması için teşvik etmeyi ve bu alanlar üzerinde sadece denetim yetkisi bulundurmamayı tercih etmiştir.

Cumhuriyet döneminde gelindiğinde ise uzun süren savaşlar, ekonomik sıkıntılar, mübadelenin getirdiği riskler ve genç nüfus sıkıntısı öne çıkan sorunlardır.¹⁶ Özellikle çok partili hayata geçene kadarki dönemde oluşturulan politikalar incelendiğinde paternalist devlet anlayışının bir izdüşümü olarak jakoben devlet politikalarının etkisi sosyal alanda da karşımıza çıkar. Burada rejimin farklılaşan yapısı ve ulus devlet anlayışı gereği devlet sosyal alanı serbestleştirecek ve özerkleştirecek tasarruflarda bulunmaktan kaçınmıştır. İlk başlarda sosyal politikaların düzenlenmesi rejimi sağlamlaştırmak ve muhafaza etmek kaygısı ile yapılmıştır.

Cumhuriyetle yeni devletin bir an önce kurulmasına odaklandığı için hiçbir temel hak ve hürriyet içermeyen ve bu nedenle sosyal hakların izini aramanın anlamsız olduğu 1921

Anayasasının ardından, 1924 Anayasası da dönemin etkisiyle klasik liberal geleneğe sıkıca bağlılık göstererek kişi hakları ve siyasi hakları düzenlemiştir.¹⁷

Cumhuriyet'in, işçileri korumaya yönelik ilk yasası 1921 tarihli ve 151 sayılı Ereğli Havzası Maden İşçilerinin Hukukuna Mütedair Kanun'dur.¹⁸ Çalışma yaşamı ile ilgili bazı önemli düzenlemelere 1926 yılında yürürlüğe giren Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu'nda yer verilmiştir.¹⁹ 1930 yılında çıkartılan Umumi Hıfzıssıhha Kanunu ile çocukların çalışmaları, hamile kadınların doğum öncesi ve sonrası izinleri, yetişkinlerin çalışma koşulları gibi konularda önemli düzenlemeler getirilmiştir.²⁰ Böyle olmakla beraber denetleme mekanizması bulunmadığından bu kanunların efektif olarak uygulandığı söylenemez.

1924 Anayasası sosyal haklarla ilgili olarak yalnızca çalışma hakkı (m. 70) ve devlet okullarında parasız eğitime (m. 87) yer vermiştir. Öte yandan Anayasaya 1937 yılında eklenen halkçılık ve devletçilik ilkeleri, refah sorunu ile ilgili dolaylı da olsa bir ilişki başlatmış ve bazı adımlar atılmasına vesile olmuştur.

Türkiye'de sanayi ve kentleşmeyle birlikte işçi hareketlerinin belirginleştiği ve siyasal iktidar tarafından dikkate alınmaya değer hale geldiği döneme kadar sosyal politikalarla ilgili yapılan hukuki düzenlemeler 'çağdaş bir anayasa' yapma kaygısıyla gerçekleşmiştir. Bu suni düşünce bu alanda yapılan politikaların yavan kalmasına sebep olmuştur. Halkın devletten hak olarak talep ettiği, tabandan

gelen ve doğal bir inkişaf doğrultusunda oluşturulan düzenleme ve politikalarından bahsedebilmemiz için kapitalizmin hız kazandığı dönem olan 1960'lı yılları beklememiz gerekir.

V. Sosyal Devlet Anlayışıyla İlk Karşılaşma: 1961 Anayasası

1961 Anayasası yazılı olarak sosyal devlet ilkesine ilk defa yer vermesi açısından yenilikçi ve modern bir anayasadır. Bu anayasada yer alan sosyal haklar çağının diğer anayasaları gibi 'kazanılmış' haklar niteliğinde olmasa da netice itibarıyla anayasacılık tarihimize devletin kendini halkının yaşam koşullarını iyileştirmeyi, refah düzeyini yükseltmeyi 'sorumluluk' olarak gördüğü ilk anayasamızdır.

Bülent Tanör'e göre Türkiye'de sosyal hakların ilk defa 1961'de anayasal olarak tanınması, toplumsal ve siyasal düzen içerisindeki sınıflar arasında yeni bir denge arayışı ve egemen sınıfların kendilerini koruma eğilimi olarak iki temel etken ile açıklanabilir.²¹

Birinci faktör olan denge arayışı yönetici sınıfla halk arasında ve daha özelde sosyo-ekonomik olarak güçsüz bir sınıf olan işçiler arasında oluşturulmaya çalışılan dengedir. İkinci faktör ise devletin egemen kadrolarının, siyasi elitlerinin rejimi korumak ve devamını sağlamak dolayısıyla kendi bulundukları konumu korumak için yürüttükleri politikalar. Bu açıdan bakıldığında sosyal hakların anayasalarda yer almasına sebep olan politikaların merkezden çevreye doğru yayıldığı söylenebilir de bu kurumsallaşma salt tepeden inme şekilde

de gerçekleşmemiştir. Sosyal devlet ilkesini barındıran anayasanın hazırlık sürecinde 27 Mayıs hareketinin ve kurucu meclisin yapısı önem arz etmiştir. Tanör'e göre; "27 Mayıs orta sınıf ve tabakaların, en bilinçli ve örgütlü kanadı olan sivil-asker aydınlar aracılığıyla, egemen sınıflar olan toprak ağalığı ve büyük ticaret burjuvazisinin siyasi iktisadına karşı dile getirdikleri sosyal ve siyasi tepkinin ifadesidir."

Kısaca 27 Mayıs hareketi ve ardından hazırlanan 1961 anayasası orta sınıf ile egemen sınıf arasındaki mücadeleden doğmuştur. Türkiye'nin ilk sosyal eğilimli anayasası birbiri arasında büyük farklar bulunan iki farklı tabandan değil de birbirine sosyo-ekonomik olarak benzer iki sınıf arasındaki çatışmadan ortaya çıkmıştır.

Sosyal devlet ilkesi anayasanın 2. maddesinde yer almış ve "Türkiye Cumhuriyeti, insan haklarına ve başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, millî demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir." denilerek devletin temel niteliklerinden sayılmıştır. Başlangıç bölümünde yer alan 'sosyal adalet'

ilkesi ise sosyal devlet ilkesini tamamlayıcı olarak yer almıştır.

Ayrıca Anayasanın 10. maddesinde "Devlet, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, fert huzuru, sosyal adâlet ve hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasî, iktisadî ve sosyal bütün engelleri kaldırır; insanın maddî ve mânevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlar." demiştir. Böylece devlet sosyal alandaki engelleri kaldırmayı ve dahası kişinin maddi ve manevi varlığının gelişmesi için şartları hazırlamayı, iyileştirmeyi, olgunlaştırmayı kendine görev addetmiştir. Kişilerin sosyal olarak ilerlemelerini ve varlıklarını geliştirebilmeleri için Anayasa devlete sorumluluk yüklemiştir. Bunun anlamı kişiler ilk defa sosyal refaha kavuşabilmek için devletten hak talep edebileceklerdir.

Ayrıca anayasanın İktisadi ve Sosyal Hayat başlıklı 41. maddesinde "İktisadî ve sosyal hayat, adalet, tam çalışma esasına ve herkes için insanlık haysiyetine yaraşır bir yaşayış seviyesi sağlanması amacıyla düzenlenir. İktisadî, sosyal ve kültürel kalkınmayı demokratik yollarla gerçekleştirmek; bu



maksatla, millî tasarrufu artırmak, yatırımları toplum yararının gerektirdiği önceliklere yöneltmek ve kalkınma planlarını yapmak Devletin ödevidir.” denilmiştir. Madde iktisadi ve sosyal hayatta devletin rolünü ve sorumluluğunu anlamak açısından önem arz eder.

Maddenin birinci fıkrasında iktisadi ve sosyal hayatın insanlık seviyesine yaraşır bir yaşayış seviyesini amaçlayarak düzenlenmesi insanın toplumdaki en değerli varlık olmasından dolayı kendi onuruna yaraşır bir hayat yaşama isteğinden doğmuştur. Maddenin ikinci fıkrası ise iktisadi ve sosyal kalkınmanın yolunun demokratik yürütülmesi gerektiğini söyleyerek bu kalkınmayı devletin ödevi olarak nitelendirmiştir. Sosyal haklar, birer normatif düzenleme olarak Anayasanın İkinci Kısım Üçüncü Bölümünde 19 maddede (m. 35-53) yerini almıştır. 1961 Anayasasının sosyal haklar kataloğu oldukça kapsamlı olmakla birlikte, bu bölümdeki kuralların hepsi sosyal nitelikte sayılamayacağı gibi (klasik bir ekonomik hak olarak kabul edilen mülkiyet hakkı ve çalışma hakkının negatif özgürlük boyutu), bazılarının açıkça kişilere belirli bir hak tanıyan ifadelerle kaleme alındığı, bazılarının ise hak tanımaktan çok devlete belli ödevler yükleyen ifadeler içerdiği belirtilmektedir.²² Bununla birlikte Anayasanın bu bölümünde özellikle ekonomik olarak güçsüz durumda olan kişilerin korunması ile ilgili hükümlere geniş yer verilmiş; halkın sağlık, sosyal sigorta ve öğrenim gibi ihtiyaçlarını karşılamak devlete bir ödev olarak yüklenmiştir.²³

1961 anayasası düzenlediği sosyal hakların

normatif sınırını “Devletin İktisadi ve Sosyal Ödevlerinin Sınırı” başlıklı 53. Maddesiyle düzenlemiştir. Buna göre “Devlet, bu bölümde belirtilen iktisadî ve sosyal amaçlara ulaşma ödevlerini, ancak iktisadî gelişme ile malî kaynaklarının yeterliği ölçüsünde yerine getirilecektir”. Hükmün gerekçesinde “Sosyal Devletin üzerine aldığı geniş ölçüdeki ödevler, şüphesiz ki, onun her şeyi yapmak isterken hiçbir şey yapamaz duruma düşmesi sonucu doğurmamalıdır”; “İşte bu madde hükmü, prensip olarak tanınan sosyal ve iktisadî hakların fiilen gerçekleşmesinin, realitelerle sınırlı olduğunu ifade etmektedir.” demektedir.²⁴



Dönemde üzerinde yoğun tartışmalar olan bu madde çeşitli açılardan eleştirilmiştir. Doktrinde bir görüş 53. maddeyi iktidarlar için sosyal ödevlerini yerine getirmekten kaçınacağı sığınma noktası olabileceğini söyleyerek eleştirmiştir. Bir başka görüş ise maddeye daha realist yaklaşarak “gerçekçi bir hüküm”²⁵ olduğunu, devletin de sosyal ödevlerini yerine getirirken ister istemez kendi gücüyle orantılı olarak hareket edebileceğini söylemiştir.²⁶

1971 yılına gelindiğinde yürürlükteki anayasal düzen değişmiş ve 1982 Anayasasının ayak sesleri duyulmaya başlamıştır. Gerçekten de 1971 yılında 1961 anayasasından önemli ölçüde ayrılmış 1961 anayasasının getirdiği özgürlük anlayışı daralmıştır. Temel bir değişiklik olarak temel hakların özünü düzenleyen anayasanın 11. Maddesinde değişikliğe gidilmiş bu hakların koruma alanı sınırlandırılmıştır. 1961 Anayasasında “Kanun, kamu yararı, genel ahlâk, kamu düzeni, sosyal adâlet ve millî güvenlik gibi sebeplerle de olsa” hakkın ve hürriyetin özüne dokunulamazken 1971 de “Temel hak ve hürriyetler Devletin ülkesi ve milletiyle bütünlüğünün, Cumhuriyetin, millî güvenliğin, kamu düzeninin, kamu yararının, genel ahlâkın ve genel sağlığın korunması amacı ile sınırlandırılabilir” hale gelmiştir. Özel olarak ise 46. maddede düzenlenen sendika kurma hakkının kapsamı daraltılmış ayrıca memurların sendika kurmaları ve sendikalara üye olmaları da yasaklanmıştır.

1961 ve 1982 Anayasaları arasında ara dönem olarak adlandırabileceğimiz 1971 değişiklikleriyle sosyal haklar yönünden açık bir geriye dönüş yaşanmış ve bu alanda 1961 anayasasıyla kurulan sosyal alan daraltılmıştır. Bütüncül bir bakış açısıyla bakacak olursak 1982 anayasasının 1971 değişikliklerini tamamlayıcı nitelikte olduğu söylenebilir. Zira ilerde de göreceğimiz gibi 1982 anayasası selefi olan 1961 anayasasıyla sosyal haklar boyutuyla aynı doğrultuda sosyal alanın özgürlüğünü kısıtlayıcı olarak değişiklik yapmıştır.

VI. 1982 Anayasasında Sosyal Devlet Anlayışı

Anayasaların değişen sosyal ve siyasi ortamlara beraber - Türkiye deneyiminde kimi zaman değişen anayasalarla sosyal ve siyasi alanın - şekillendiği göz önüne alındığında 1982 Anayasasına giden süreçte önemli bir yenilik olan 24 Ocak kararları önemlidir. 12 Eylül 1980 darbesi ve ardından oluşturulan 1982 Anayasası 24 Ocak 1980 yılında alınan ekonomide dışa açılım kararlarıyla beraber şekillenen süreçtir. Yeni anayasa 24 Ocak kararlarını siyasi ve hukuki anlamda tamamlayıcısı olmuştur. Mesut Gülmez’in formüllendirmesiyle ‘24+12 Anayasası’ olan bu anayasa yine Gülmez’in ifadeleriyle 24 Ocak 1980’de uygulamaya konan ekonomik programın gereksinim duyduğu hukuksal güvenceleri sağlayan bir belgedir.

Sosyal devlet anlayışının bariz bir şekilde geriye gittiği, devletin sosyal alana müdahalesini daraltan ve devleti önceleyen bu yeni anayasada 1961 Anayasası gibi birey ön planda tutulmamış bunun yerine devletin bekası öncelenmiştir.

1982 anayasası Devletin Temel Amaç ve Görevleri başlıklı 5. maddesi selefinin aynı amaçla düzenlediği 10/2 maddesine göre oldukça pasif ve edilgen kalmıştır. 1961 AY m. 10/2 devlete kişinin temel hak ve hürriyetlerini “fert huzuru, sosyal adâlet ve hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşamayacak surette sınırlayan siyasî, iktisadî ve sosyal bütün engelleri kaldır(ma); insanın maddî ve mânevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırla(ma) “buyruğu” verirken; halefi daha

“utangaç” bir tavırla devletin kişinin temel hak ve hürriyetleri ile ilgili yükümlülüğünü, “sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak”la sınırlı tutmuştur.²⁷ 1982 anayasası sefeli gibi sosyal alanın refahı için doğrudan sorumluluk alıp gerekli şartları hazırlamak yerine bu alanların geliştirilmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmakla yetinmiştir.

1982 Anayasası liberal Batı anayasalarını doğuran sosyal ve siyasal dinamiklerden farklı olarak, özgürlüğün korunması ve pekiştirilmesi dürtüsü ile değil, otoritenin ve devletin güçlendirilmesi fikrine dayanmaktadır.²⁸ Birey ve Devlet arasındaki kurulmaya çalışılan denge 1982 anayasasında devletin lehine ağırlık kazanmış, devletin otoritesi bireye karşı oldukça güçlenmiştir. 12 Eylül sonrası oluşan kaos ortamından devlet rejimini güçlendirerek ve otoritesini artırarak çıkmış neticesinde tüm bunlar 1982 Anayasasında devletin sosyal alanlara müdahalesinin sınırlı kalmasına sebep olmuştur.

1961’den 1982 Anayasasına sosyal devlet anlayışının temel farklılaşmasını anayasaların sosyal devlet tanımlamalarında da izleyebiliriz. 1962 anayasasında sosyal devlet tanımlaması 2. maddenin gerekçesinde yapılmıştır. Buna göre “sosyal devlet fertlere yalnız klasik hürriyetleri sağlamakla yetinmeyip aynı zamanda, onların insan gibi yaşamaları için zaruri olan maddi ihtiyaçlarını karşılamalarını da kendisine vazife edinen devlettir. Modern

Anayasa, asgari geçim şartlarından, sıhhi bakımdan, öğrenim imkânlarından ve hele barınacağı konuttan yoksun bir kişinin gerçek anlamda hür olamayacağını kabul eden zamanımızın... devlet görüşüne uygun olarak fertlere ve vatandaşlara sosyal birtakım haklar tanımak zorundadır. Her sınıf halk tabakaları için refah sağlamayı kendisine vazife edinen zamanımızın devleti (refah devleti), iktisaden zayıf olan kişileri, ... her türlü dar gelirli ve yoksul kimseleri himaye edecektir.”²⁹ Görüldüğü gibi 1961 Anayasasında sosyal devlet oldukça uzun ve teferruatlı şekilde açıklanmıştır. Bu nitelikli ve kapsamlı açıklamanın sebebi ilkeye verilen önemden kaynaklanır. Burada devlet vatandaşlarına hak tanımak zorundadır. Başka bir deyişle devletin vatandaşlara vazife edindiği bu tutumu bir lütuf değil görevdir.

1982 Anayasasında ise sosyal devlet şöyle tanımlanmıştır. “Sosyal devlet ... çalışan, çalıştığı halde elde ettiği ürün ile mutlu olabilmek için, tasarladığı maddî ve manevî değerlere sahip olamayan kişilerin yardımcısı olacağı ilkesini belirtmektedir.”³⁰ İlk başta kısa, cılız ve özensiz düzenlenmesiyle dikkatimizi çeken bu tanımlama sosyal devlet nitelendirmesinde sefeline kıyasla oldukça müstenkif ve zayıf kalmıştır. Selef ve halef iki anayasanın sosyal devlet tanımlamalarından da görüleceği üzere 1961 den 1982’ye sosyal devlet ilkesi işlevsizleştirilmiş, içi boşaltılmış ve etkinliği azalmıştır. Bu anayasayla Tunaya’nın ifadesiyle devletin “devamlı ve enerjik karışması” gereken sosyal alan daraltılmıştır.

1982 Anayasasında sosyal ve ekonomik

hakların sınırı başlıklı 65. maddesinin ilk halini incelediğimizde “Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, ekonomik istikrarın korunmasını gözeterek, malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir.” demektedir. 65. madde 1961 Anayasasının 53. maddesi gibi doktrindeki birçok kişi tarafından tartışılmış ve eleştirilmiştir.

Dolayısıyla evvel emirde 65. madde sosyal hakların muhteviyatına sınırlandırma yapmamıştır. Devlet her koşulda pozitif edim gerektiren bu hakları gerçekleştirmek yükümlülüğü altındadır. Burada hukuki bir okuma yapacak olursak esasen devlet bu yükümlülüğünü yerine getirirken ölçü olarak mali kaynaklarını baz almıştır.



Devletin sosyal hakları gerçekleştirirken esas aldığı bu ölçü kolayca suistimal edilebilir, sınırları belirsizdir. Sabuncu’nun belirttiği gibi sosyal haklar bakımından, devletin yüklenmesi gereken yasal sorumluluk esasen siyasal sürecin işleyişine bırakılmıştır. Ekim 2001 tarihli anayasa değişikliği ile madde şu hali almıştır: “Devlet, sosyal ve

ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir.” Yeni haliyle bu hükmün önceki halinden temel farkı “ekonomik istikrarın korunmasının” gözetilmesi kıstasının terk edilip, “amaçlarına uygun önceliklerin” gözetilmesi kıstasının getirilmiş olmasıdır.

Sonuç

Sosyal devlet ilkesinin anayasalarımızda yazılı olarak yer alması ilk defa 1961 anayasasıyla gerçekleşse de bu ilkenin birden bire doğduğu ve aniden anayasalarımızda yer aldığını söylemek doğru olmayacaktır. Sosyal devlet ilkesinin anayasalarımıza girdiği tarihsel serüvene baktığımızda esasen insanlık tarihi boyunca nesilden nesile tevarüs eden birikimle kavram bugün muhteva ettiği anlamına ve değerine kavuşmuştur. Sosyal politikalar insan onuruna layık bir yaşam sürmek ve ferdin kendisine karşı adil olması olarak ifade edebileceğimiz tam tahakkukunu gerçekleştirebilmesi için başta aile olmak üzere sosyal dayanışma ve yardımlaşma ağları, piyasa ve modern döneme gelindiğinde devlet tarafından doğrudan veya dolaylı olarak tertip, teşvik ve tekamül ettirilmiştir.

Türkiye’de ki sosyal devlet anlayışının izlerini Osmanlı devletinde sürececek olursak özellikle klasik dönemde gücünü ve etkisini gösteren vakıf müessesesinin sosyal alanda tamamlayıcı, işlevsel ve etkin bir faaliyet gösterdiğini görürüz. Vakıf sivil bir kurum olarak her ne kadar devlet tarafından doğrudan destek verilen ve yardım edilen



bir kurum olmasa da Osmanlı devlet ricali tarafından bu kurumlara maddi destek sağlanmış ve geliştirilmiştir. Osmanlı devletinin sosyal politikalar konusundaki tutumu sosyal alanı kendi eliyle doğrudan genişletmekten ziyade sosyal yardımlaşma ve dayanışma ağlarını teşvik ederek bu sivil yapıyı desteklemektir. Osmanlı devletinin bir imparatorluk olması ve çok parçalı bir yapısı olduğunu düşündüğümüzde bu tutumu daha da anlam ihtiva eder.

Tanzimat dönemine gelindiğinde ise farklılaşan sosyal ve siyasi ortamdan vakıflar da nasibini almış ve merkezileşme politikasının pratiği olarak vakıflar Evkaf-ı

Hümayun Nezareti adıyla tek bir çatı altında toplanmıştır. Burada artık devletin vakıflar üzerinde denetimin de ötesinde bir nüfuzu olmuştur. Cumhuriyetle beraber gelen yeni siyasal ortam, savaştan yeni çıkan bir devletin ilk refleksi diyebileceğimiz var olma güdüsüyle şekillenmiş dolayısıyla vakıf müessesesi eski önemini yitirmiş ve sosyal devlet anlayışı gelişmemiştir. Cumhuriyetin kuruluş yıllarında sahip olduğu jakoben ve paternalist devlet anlayışı halk için en iyisinin devlet tarafından -gerekirse zorla- sağlanacağı düşüncesinin sonucu olarak militarist söylemlerle vakıflar sivilliğinden tecrit edilmiş, muhtevasına karşıt olarak devletleştirilmiştir. Bu tutum tek parti iktidarının sonuna ve daha genelde 2. Dünya Savaşı'nın sonuna dek devam etmiştir.

1950'lerden sonra kapitalist dünya düzeninin tüm üretim, emek ve sermaye ilişkilerine hakim olmasıyla değişen dengeler ve bu yeni dünya düzeni içinde yeni bir anayasa yapmak gerekmiştir. İşte bu koşullarda 1961 Anayasasında samimi olarak halkın refahı için sosyal devlet ilkesi getirilmemişse de yazılı olarak ilk defa sosyal devlet ilkesi anayasalarımıza girmiştir.

Son olarak 1982 Anayasasında ise dünyada ve Türkiye'de ivme kazanan liberalleşme ile birlikte 1961 Anayasasından tamamen farklı bir yol izlenerek sosyal ilkeler daha kontrolcü ve çekingen olarak düzenlenmiş selevi olan 1961 anayasası gibi cesur düzenlemeler yapılmamıştır.

Türkiye'nin sosyal devlet ilkesi bakımından tarihi tecrübesine mercek tuttuğumuzda

esasen bu alandaki gelişmelerin halkın taleplerine karşı cevap olmaktan ziyade siyasi iradenin elini güçlendirmek çoğu zaman da onun gücü ve isteğiyle sınırlı olarak yapıldığı bir gerçektir. Önümüzdeki süreçte popülist kaygıların dışında, sürdürülebilir atılımlar ve açılımlarla, kapsayıcı, etkili, ihtiyaçlara cevap veren, sosyal refahı artıran diğer kurumlarla uyum içinde, geçmişten günümüze gelen toplumsal, kültürel, dini, ahlaki değerlerimize aykırı olmayan ve sosyal devlet ilkesine hizmet eden sosyal politikalar geliştirilmeli ve teşvik edilmelidir.

DİPNOT

- 1 AYSAN, M.F. (2020), Geleceğin Türkiye'sinde Sosyal Politikalar, 1.Baskı, İstanbul: İLKE İlim Eğitim Kültür Vakfı, s.16.
- 2 FAZLIOĞLU, İ. (2022), "Şehrin ve Ferdiyetin Kuruluş Hikayesi: Adalet", Teklif, S. 5, s. 104.
- 3 FAZLIOĞLU, s. 105.
- 4 AYSAN, s. 13.
- 5 ÖZBEK, N. (2002). "Osmanlı'dan Günümüze Sosyal Devlet", Toplum ve Bilim, 92, s. 10.
- 6 KARPAT, K. (2023), Osmanlı Modernleşmesi, 7.Baskı, İstanbul: Timaş Yayınları, s.24.
- 7 KARPAT, s.29.
- 8 KARPAT, s.30.
- 9 KARPAT, s.30.
- 10 BULUT, N. "Küreselleşme: Sosyal Devletin Sonu mu?", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 52(2), s.173-174.
- 11 KARPAT, s. 106.
- 12 AYSAN, M.F. ve KAYA, A. (2008), "Türkiye'de Sosyal Politika Disiplininin ve Uygulamalarının Gelişimi", Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi, 6(11), s. 229.
- 13 ÖZBEK, s. 103.
- 14 ÖZBEK, s. 61.
- 15 KARPAT, s. 107.
- 16 BUĞRA, A. (2004), "Devletçi dönemde yoksulluğa bakış ve sosyal politika: Zenginlerimiz nerede?", Toplum ve Bilim, 99, 75-97.
- 17 TALAS, C. (1982), "Sosyal Haklar ve Türk Anayasalarında Sosyal Hakların Evrimi", İnsan Hakları Yıllığı, 3-4. s. 59.
- 18 ÖZBEK, N. (2006), Cumhuriyet Türkiye'sinde Sosyal Güvenlik ve Sosyal Politikalar, İstanbul: Tarih Vakfı, s. 120.
- 19 KORAY, M. (2000), Sosyal Politika. Bursa: Ezgi Kitapevi Yayınları, s. 100.
- 20 ÖZBEK, s. 125.
- 21 TANÖR, B. (2022), Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar, 2. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s.849.
- 22 TANÖR, s. 184.
- 23 KAPANİ, M.(1994), Kamu Hürriyetleri, 7. Baskı, Ankara: Yetkin, s. 122.
- 24 ÖZTÜRK, K. (1966), İzahlı, Gerekçeli, Ana Belgeli ve Maddelere Göre Tasnifli Bütün Tutanakları ile Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, C. II, Ankara: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, s. 2140.
- 25 SOYSAL, M. (1968), Anayasaya Giriş, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No. 240, s.185.
- 26 Bu konuda doktrindeki tartışmaları detaylı bir şekilde içeren çalışma için bkz. Türkiye'de İnsan Hakları Semineri, Ankara: AÜHF Yayını, 1970.
- 27 TANÖR, B. ve YÜZBAŞIOĞLU, N. (2012), 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 12. Baskı, İstanbul: Beta, s. 104.
- 28 TANÖR, B. (2012), İki Anayasa 1961-1982, 4. Baskı, İstanbul: On İki Levha, s. 87.
- 29 Temsilciler Meclisi S. Sayısı: 35, s. 9.

DİPNOT

30 Danışma Meclisi (S. Sayısı: 166'ya 1. Ek), Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısı ve Anayasa Komisyonu Raporu (1/463) https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/DM_/d02/c007/dm__02007120ss0166ek01.pdf, s. 6 [Ağustos 2016].

31 SOYSAL, M. (1997), 100 Soruda Anayasanın Anlamı, 11. Baskı, İstanbul: Gerçek Yayınevi, s. 160.

KAYNAKÇA

- AYSAN, M. F. ve KAYA, A. (2008), "Türkiye'de Sosyal Politika Disiplininin ve Uygulamalarının Gelişimi", Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi, 6(11), 223-250.
- Aysan, M.F. (2020), Geleceğin Türkiye'sinde Sosyal Politikalar, 1. Baskı, İstanbul: İLKE İlim Eğitim Kültür Vakfı.
- BULUT, N. (2003), "Küreselleşme: Sosyal Devletin Sonu mu?", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 52(2), s. 173-197.
- BUĞRA, A. (2001), "Ekonomik kriz karşısında Türkiye'nin Geleneksel Refah Rejimi", Toplum ve Bilim, S. 89.
- BUĞRA, A. (2004), "Devletçi Dönemde Yoksulluğa Bakış ve Sosyal Politika: Zenginlerimiz Nerede?", Toplum ve Bilim, 99, 75-97.
- FAZLIOĞLU, İ. (2022), "Şehrin ve Ferdiyetin Kuruluş Hikayesi: Adalet", Teklif, S.5.
- İPŞİRLİ, M. (2006), "Osmanlıda Vakıfların Tarihi Gelişimi", Sivil Toplum Düşünce ve Araştırma Dergisi, S. 15.
- KARPAT, K. (2023), Osmanlı Modernleşmesi, 7. Baskı, İstanbul. Timaş Yayınları.
- KAZICI, Z. (2006), "Vakıf Medeniyeti", Sivil Toplum Düşünce ve Araştırma Dergisi, S. 15.
- KORAY, M. (2008), Sosyal Politika, 3. Baskı, Ankara: İmge Yayınevi.
- KORAY, M. (2005), "Görölmek İstenmeyen Gerçek: Sosyal Refah Politikaları ve Demokrasi İlişkisi", Çalışma ve Toplum, S.5.
- ÖZBEK, N. (2002), "Osmanlı'dan Günümüze Sosyal Devlet", Toplum ve Bilim, 92, 7-33.
- ÖZTÜRK, N. (1995), Türk Yenileşme Tarihi Çerçevesinde Vakfı Müessesesi, Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara.
- Özbek, N. (2006), Cumhuriyet Türkiye'sinde Sosyal Güvenlik ve Sosyal Politikalar. İstanbul: Tarih Vakfı.
- KAPANİ, M. (1994), Kamu Hürriyetleri, 7. Baskı, Ankara: Yetkin.
- ÖZTÜRK, K. (1996), İzahlı, Gerekçeli, Ana belgeli ve Maddelere Göre Tasnifli Bütün Tutanakları ile Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, C. II, Ankara: Türkiye İş Bankası Kültür Yay.
- SOYSAL, M. (1968), Anayasaya Giriş, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No. 240.
- SOYSAL, M. (1997), 100 Soruda Anayasanın Anlamı, 11. Baskı, İstanbul: Gerçek Yayınevi.
- TALAS, C. (1982), "Sosyal Haklar ve Türk Anayasalarında Sosyal Hakların Evrimi", İnsan Hakları Yıllığı, Sayı 3-4, s. 59.
- TANÖR, B. (2022), Osmanlı Türk Anayasal Gelişmeleri, 36. Baskı, İstanbul: YKY Yayınları.
- TANÖR, B. (2022), Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar, 2. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- TANÖR, B. ve YÜZBAŞIOĞLU, N. (2012), 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 12. Baskı, İstanbul: Beta.
- TANÖR, B. (2012), İki Anayasa 1961-1982, 4. Baskı, İstanbul: On İki Levha.

HAKKIMIZDA

"Elmadag Avukatlık ve Danışmanlık, otuz yılı aşkın tecrübesi, üst düzey bilgisi ve yetkin kadrosu ile yerli ve yabancı müvekkillerine ulusal ve uluslararası kapsamda etkin hizmet vermektedir. Dünya çapında faaliyet gösteren uygulamada ve akademik düzeyde kendini kanıtlamış uluslararası yabancı iş ortaklarıyla yurt içinde ve yurt dışındaki faaliyetlerine devam etmektedir."