



asoscongress

ALANYA

**ULUSLARARASI HUKUK
SEMPOZYUMU**

International Symposium on Law

**18-19-20 APRIL
2019**

TAM METİN KİTABI

ASOSCONGRESS CONFERENCE PROCEEDINGS

ISBN: 978-605-7736-01-7

www.asoscongress.com

VI. ULUSLARARASI HUKUK SEMPOZYUMU TAM METİN KİTABI

ISBN: 978-605-7736-01-7

Yayın Yönetmeni

Muhammet Özcan

Yayın Editörü

Prof. Dr. Kemal Şenocak

Kapak Tasarımı

Bülent Polat

Erişime Açıldığı Tarih

27.08.2019

Asos Yayınevi

1.baskı

Adres: Çaydaçıra Mah. Hacı Ömer Bilginoğlu Cad. No: 67/2-4/MERKEZ/ELAZIĞ

Telefon: 0532 643 75 23

Mail Adresi: asos@asosyayinlari.com

Web: www.asosyayinlari.com

Instagram: <https://www.instagram.com/asosyayinevi/>

Facebook: <https://www.facebook.com/asosyayinevi/>

Twitter: <https://twitter.com/Asosyayinevi>

Tam metin kitabında yayınlanan tüm bildiriler Sobiad tarafından indekslenmiş, İntihal.net tarafından benzerlik denetiminden geçirilmiştir.





Sempozyum Onursal Başkanı

Alanya Alaaddin Keykubat Üniversitesi Rektörü
Prof. Dr. Ahmet Pınarbaşı

Sempozyum Düzenleme Kurulu Başkanı

Prof. Dr. Kemal Şenocak

Sempozyum Düzenleme Kurulu

Doç. Dr. Fulya Erlüle
Dr. Öğretim Üyesi Bahar Öcal Apaydın
Dr. Öğretim Üyesi Adem Yelmen
Dr. Öğretim Üyesi Zafer Kahraman
Arş. Gör. Volkan Maviş

Bilim Kurulu

Prof. Dr. Belkacem Boumahdi
Prof. Dr. Candalene J. McCombs
Prof. Dr. Cemile Hesenzade
Prof. Dr. Choi Han – Woo
Prof. Dr. Daoud Djefafila
Prof. Dr. Elena Oganova
Prof. Dr. Erica H. Gilson
Prof. Dr. Gwendolyn Alexander
Prof. Dr. Halûk Emiroğlu
Prof. Dr. Hocine Boukara
Prof. Dr. Kathleen Malu
Prof. Dr. Kemal Şenocak
Prof. Dr. Khalil Awda
Prof. Dr. Kim Hyo Joung
Prof. Dr. Liptai Kalman
Prof. Dr. Lubov Kopanitsya
Prof. Dr. Mashood Baderin
Prof. Dr. Mohammed Hardan Ali
Prof. Dr. Moheddin Bananeh
Prof. Dr. Mustafa İsmail Kaya
Prof. Dr. Nabeel Madallah Hamad Al-Obaidi



Prof. Dr. Sevil Mehdiyeva
Doç. Dr. Elmira Memmedova Kekeç
Doç. Dr. Fulya Erlüle
Doç. Dr. Gulnara Kanbarova
Doç. Dr. Nazile Abdullazade
Doç. Dr. Tamer Budak
Doç. Dr. Tarana Khalilova Ahmed Gizi
Doç. Dr. Turan Akkoyun
Dr. Öğretim Üyesi Adem Yelmen
Dr. Öğretim Üyesi Bahar Öcal Apaydın
Dr. Öğretim Üyesi İdil Tuncer Kazancı
Dr. Öğretim Üyesi Semra Kıranlı Güngör
Dr. Öğretim Üyesi Türkan Askerova
Dr. Öğretim Üyesi Zafer Kahraman
Arş. Gör. Volkan Maviş

İÇİNDEKİLER

AVRUPA BİRLİĞİ VE TÜRK REKABET HUKUKUNDA GRUP DAVALARI	1
KİRA SÖZLEŞMESİNİN ÖNEMLİ SEBEPLERLE FESHİNDE ÖNEMLİ SEBEP KAVRAMININ İNCELENMESİ	58
YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA 6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU'NA GÖRE ANONİM ŞİRKETİN KURULUŞU	66
ORTAK HUKUK ÜZERİNE	87
ÖZEL HASTANELERİN HUKUKİ SORUMLULUĞU	101
1 OCAK 2018 TARİHİNDE YÜRÜRLÜĞE GİREN REVİZYONLA İSVİÇRE MEDENİ KANUNU'NDA EVLAT EDİNMEYE İLİŞKİN HÜKÜMLERDE YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER	126



AVRUPA BİRLİĞİ VE TÜRK REKABET HUKUKUNDA GRUP DAVALARI

Dr. Öğr. Üy. Dilek Cengiz

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Adalet Meslek Yüksekokulu Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

Öz

Çağımızda teknolojinin gelişmesine bağlı olarak finansal piyasaların küreselleşmesiyle, sosyal ve ekonomik ilişkiler değişerek karmaşık hale gelmiştir. Hukuk bilimi konusunun gereği, bu değişimlerden etkilenmiştir. Bu etkiyle hukuk düzeni tarafından sübjektif hakların yanısıra, kollektif menfaatlerin de korunması bir gereklilik halini almıştır. Bu bağlamda medeni yargılama hukuku alanında bireysel menfaatlerin olduğu kadar, bireyler üstü, sosyal içerikli menfaatlerin de korunması gerektiği anlayışı ortaya çıkmıştır. Diğer taraftan kökleri çağımızın çok öncesine uzanan, artık klasikleşmiş mevcut hukuki ilkeler, karmaşıklaşmış ilişkiler çerçevesindeki hukuki uyumsuzlukların çözümünde yetersiz hale gelmiştir. Bu nedenle yeni uyumsuzlukların çözülmesine yönelik yeni hukuki kavramların ve kurumların kabulü gerekliliği doğmuştur. Grup davaları, bu yeni hukuki kurumlardan birisidir.

Grup davası genel olarak, çok sayıda davacının taleplerini toplu olarak ileri sürebilme imkanı sunarak kollektif korumanın sağlanmasına hizmet eden bir hukuki kurum olarak tanımlanmaktadır. Kollektif hukuki koruma ise haksız fiil niteliğinde bir eylemden doğan zararın geniş bir alana yayılarak çok sayıda kişiyi etkilemesi durumlarında, bu zararların ortak bir yargılamada toplu olarak tazmin edilmesi imkanı sunmaktadır. Bu imkan dolayısıyla grup davaları, caydırıcı etkileri bakımından ceza yaptırımlarını desteklemek veya tamamlamak suretiyle rekabet hukuku alanındaki en temel sorun olan rekabet kurallarının etkinliğinin sağlanması sorununun çözümüne yönelik güçlü bir araç oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Rekabet, hukuk

I. Giriş

I.1. Konu ve Temel Hukuki Sorun

Çağımızdaki teknolojik gelişmelere bağlı olarak, piyasaların küreselleşmesi olgusu, toplumsal yaşamda özellikle ticari ilişkilerde hızı ve karmaşıklığı arttırarak önemli gelişmeler ve değişiklikler ortaya çıkartmıştır. Kökleri bu değişikliklerin çok öncesine dayanan, artık klasikleşmiş olan mevcut hukuk kuralları bu değişikliklerin getirisi olan hızlı ve karmaşık ilişkiler kapsamında ortaya çıkan hukuki sorunların çözülmesinde yetersiz kalmıştır.

Bu yetersizlik,Anglosakson ve Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde medeni usul hukukunun yeniden tartışmaya açılmasına ve değerlendirilmesine yol açmıştır.¹ Bu çerçevede² ‘*adaletle ulaşma hareketi*’³ adı verilen yeni bir akım gelişmiştir. Adaletle ulaşma hareketi medeni usul hukukundaki şekilci yaklaşımı reddetmiş, devletin bu alandaki müdahaleci ve emredici yaklaşımına karşılık bireysel hakların güçlendirilmesini savunmuştur. ⁴

Bütün bu gelişmelere bağlı olarak grup davaları özellikle hak arama özgürlüğü ile doğrudan bağlantılı olan ‘adalate ulaşma hareketi’ kapsamında usul hukukuna yönelik şekli yaklaşımların neden olduğu toplu hak arama engellerinin kaldırılmasına ve toplu hak aranması ihtiyacının karşılanmasına yönelik eğilime bağlı olarak gelişen bir hukuki araç olarak ortaya çıkmıştır.⁵ Bu aşamada ortaya çıkan en önemli somut gelişme grup davası açma hakkı tanıyan hukuki düzenlemelerin sayısındaki artış olmuştur.⁶ Bu düzenlemeler çerçevesinde medeni usul hukukunun toplu hak arama engelleri koyan şekilci ilkelerine rağmen, bu engellerin kaldırılmasına, dolayısıyla toplu hak arama yollarını açan yeni hukuki ilkelere yer verilmiştir.Grup davaları ile amaçlanan kollektif hukuki koruma⁷, genel olarak bir davada taraflardan birine belirli şartlara bağlı olarak tanınan aynı hukuki menfaate sahip bir grubun haklarının toplu olarak ileri sürülmesine imkan veren bir hukuki koruma biçimi olarak tanımlanmaktadır.⁸

Bu davalarda kesin hüküm, sadece davayı açan kişi veya kişiler üzerinde değil, bütün grup üyeleri üzerinde etkili olmaktadır. ⁹

Grup davaları ile amaçlanan kollektif hukuki korumanın sağlanmasını düzenleyen hukuki ilkelerin mevcut hukuk sistemine dahil edilmesi bakımından, temel bir hukuki sorun ortaya çıkmaktadır.

Bu temel hukuki sorun, mevcut hukuk sisteminin klasikleşmiş hukuk kuralları ile, bu gelişmelerin sonrasında geliştirilmiş olan hukuk kuralları arasında ortaya çıkan çelişkiler ile ilgilidir.Diğer

¹ Özbay(2010); ‘*Rekabet Hukukunda Grup Davaları*’,Prof Dr Fırat Öztan’a Armağan, II. Cilt, Turhan Kitabevi,Ankara, 2010,s 1559.

² Özbek, Mustafa; ‘Dünya Çapındaki Adaletle Ulaşma Hareketiyle Ortaya Çıkan Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü’ AÜHFD,2002, Cilt: 51, Sayı:2, s 121.

³, s 121-157.Geleneksel usul hukuku sistemlerine karşı ortaya çıkan ve gelişen ‘*adaletle ulaşma hareketi*(*access to justice movement*)’hem bir hukuki doktrin hem de hukuki bir reformdur.Bu akım Dünyanın pek çok ülkesindeki adalet reformu hareketlerinden doğan yeni bir yaklaşımın en son görünümüdür. Adaletle ulaşma hareketi sosyal devlet anlayışı ile de bağlantılıdır. (Özbek; s 121).

⁴ Özbay (2010); s 1559-1560.

⁵ Türk hukukunda kollektif hukuki koruma sağlayan ‘kollektif hukuki araçlar’ hakkında ayrıntılı bir çalışma olarak bkz. Uysal,Merve; ‘Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Kollektif Hukuki Araçlar’, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013, Cilt 15,Özel Sayı, s 1163-1212.

⁶ Şahin-Şahin Çelik; s383-384.

⁷ Kollektif hukuki koruma kavramına ve kollektif hukuki koruma sağlayan davalara ilişkin açıklama için bkz. II.1.

⁸ Şahin- Şahin Çelik; s385.

⁹ Hanağası,Emel(2009b);‘Kollektif Menfaatin Hukuki Himayesi Biçimi Olarak Topluluk Davaları’,Haluk Konuralp’in Anısına Armağan’,Seçkin Yayıncılık, Cilt: I, Ankara, 2009, s 356.

ifade ile bu durumlarda yeni hukuki kavram ve ilkeler mevcut hukuk sisteminin klasikleşmiş ilkelerine aykırılık oluşturmaktadır. Bu noktada ortaya çıkan temel hukuki sorun, bu aykırılığa rağmen, yeni kavram veya ilkelerin mevcut hukuk sistemine dahil edilmesinin mümkün olup olmaması gerektiği sorunudur.

Bu temel hukuki sorunu çalışmamızın konusunu oluşturan grup davaları bakımından şöyle açıklamak mümkündür:

Kıta Avrupası hukukunda ve bu kapsamda Türk medeni usul hukukunda hukuki kökleri oldukça eskiye dayanan, klasikleşmiş bir ilke olarak, davacı tarafın dava açmakta mutlaka doğrudan ve kişisel bir hukuki menfaatinin bulunması gerektiği kabul edilmiştir.(HMK m 114/I,h)¹⁰ Bu ilke Türk medeni usul hukukunda dava şartlarından birisi olarak düzenlenmiştir (HMK m 114/I,h).Bu ilke gereği, kişinin, ancak kendi adına, doğrudan ve kişisel menfaati doğrultusunda dava açabilmesi mümkündür.¹¹ Bu ilke kapsamında medeni usul hukukuna egemen üç temel ilke yer almaktadır: 1-Hiç kimse başkasının kişisel menfaatini sağlamak veya korumak için dava açamaz¹².2- Açılmış bir dava, ancak davacı tarafın bu davanın açılmasında doğrudan ve kişisel bir menfaati varsa kabul edilebilir¹³. 3- Kesin hüküm sadece davanın tarafları üzerinde etkili olabilir.¹⁴

Bu ilkelerin, tüzel kişiliği haiz olmayan bir kişi topluluğunun ‘üyelerinden bir ya da birkaçının doğrudan ve kişisel menfaati ya da temsil ettiği topluluğun üstün (kollektif) menfaati’ için dava açabilmesine engel oluşturdıklarının ileri sürülmesi mümkündür¹⁵. Bu durumda sözkonusu temel hukuki sorun, ‘ortak hukuki sorunlara sahip olmaları itibarıyla aynı hukuki durumda bulunan ancak organize olmamış bir grup kişiyi temsilen’ dava açılabilmesinin mümkün olup olamaması gerektiği sorunudur.¹⁶

Bu sorun, rekabet hukuku alanında grup davalarına duyulan önemli ihtiyaca bağlı olarak AB ve Türk rekabet hukukunda,2000’li yılların başlarından itibaren uygulamanın ve öğretinin gündeminde yer almıştır.¹⁷ Şöyle ki:

¹⁰ Medeni usul hukukunda bu anlamda hukuki menfaat kavramına ilişkin ayrıntılı ve kapsamlı bir bilimsel çalışma örneği olarak bkz. Hanağası,Emel(2009a); Davada Menfaat,Yetkin Yayıncılık, Ankara,2009.

¹¹; Belgesay, Mustafa Reşit; Teorik ve Pratik Adliye Hukuku- Hukuk Ceza ve İdare Usulü Muhakemelerinin Sentetik İzahı,İstanbul Üniversitesi Yayını ,Cilt II,İstanbul, 1945, s 6; ; Hanağası, Emel(2009b);‘Kollektif Menfaatin Hukuki Himayesi Biçimi Olarak Topluluk Davaları’,Haluk Konuralp’in Anısına Armağan’,Seçkin Yayıncılık, Cilt: I, Ankara, 2009.s351-352; Kuru, Baki-Yılmaz, Ejder- Arslan, Ramazan; Medeni Usul Hukuku,Yetkin Yayıncılık, Değiştirilmiş 11. Baskı, Ankara,1999, s254-255; Kuru, Baki; İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku- Ders Kitabı,Yetkin Yayınları, Ankara,2017, s.142.

¹² Belgesay; s 6; Hanağası(2009b); s 352; Kuru; s 142.

¹³ Hanağası(2009b); s352; Kuru; s142.

¹⁴ Hanağası (2009b); s 352; Kuru-Yılmaz-Arslan; s 627-628Kuru; s 142.

¹⁵ Hanağası(2009b); s 352.

¹⁶ Hanağası(2009b) ; s 352.

¹⁷ Bu makalede AB ve Türk hukuku kapsamında atıfta bulunulan bütün bilimsel kaynaklar, Belgeler ve Yargı kararları bu durumu kanıtlamaktadır.

AB¹⁸ve Türk¹⁹ rekabet hukukunda, beklenenin aksine rekabet ihlallerine bağlanan özel hukuk yaptırımlarına beklenen ilgi gösterilmemiştir.²⁰ Oysa ki, bu yaptırımları içeren hukuki düzenlemelerin hazırlanması ve yürürlüğe konulması aşamalarında, idari ceza yaptırımlarının caydırıcılığın sağlanmasında yetersiz kaldığı²¹, bu bağlamda özel hukuk yaptırımlarının

¹⁸ Gündüz- Koyuncu; s 86; Örneğin: AB rekabet hukukunda 2004 yılına kadar 60 adet dava açılmış ve bu davaların 28’inde tazminata hükmedilmiştir. 2004-2007 yılları arasında ise 96 adet dava açılmış olup bu davaların hiçbirisinde tazminata hükmedilmemiştir. European Commission; Making Antitrust Damages Actions More Effective in the EU:Welfare Impact and Potential Scenarios-Final Report, Brussels21.12.2007, s 3; Koyuncu; Rekabet Hukukunda Tazminat Davalarının Etkinliği Perspektifinden Toplu Dava Modelleri, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara,2012,s. 40.

¹⁹Türk rekabet hukukunda Rekabet Kurumu’nun kurulduğu 1997 tarihinden beri, idari para cezası hükmü ile sonuçlanan rekabet soruşturması sayısının hızla artmasına rağmen (Bu artış hakkında bkz. Rekabet Kurumu-Yayınlar- Karar İstatistikleri), <http://www.rekabet.gov.tr/yayinlar/kararistatistikleri> (25.02.2019);

Türk rekabet hukukunda tazminat davalarına yönelik ilgi yok denecek kadar az yani çok istisnadır. (Sanlı; s 213);Bu istisnalar arasında emsal oluşturan bir dava örneği şudur: Rekabet Kurulu 12 banka hakkında 21.08.2007 – 22.09.2011 tarihleri arasında paralel davranışlar sergileyerek kredi faizlerini yukarı çekmek suretiyle uyumlu eylem suretiyle kartel oluşturdıkları gerekçesiyle idari para cezasına hükmetmiştir(RK T 10.01.S 2013 13-13/198-10) Karara konu olan eylemden zarar gören tüketiciler tarafından üç kat tazminat talebiyle tazminat davası açılmıştır..Bu dava sonucunda Mahkemece üç kat tazminat talebi kabul edilmiş ve bu Karar Yargıtay tarafından da onamıştır. Bu davanın idari ve adli yargıdaki aşamaları ve karar numaraları için bkz. IV.3.1.dp. 249. Ayrıca bu Karara ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Akipek-Öcal,Şebnem - Tokbaş, Hakan – Kırkbeşoğlu, Nagehan; Sorularla 12 Bankaya Karşı Üç Kat Kartel Tazminatı Davası Rehberi, Aristo Yayıncılık,1.Baskı, İstanbul, Kasım 2016.

²⁰ AB’de tazminat davalarına yönelik ilgisizlik karşısında Komisyon tarafından tazminat davalarının yaygınlaştırılması suretiyle caydırıcılığın ve rekabet kurallarının etkinliğinin sağlanması amacıyla ilk defa 2004’te ünlü bir İngiliz hukuk bürosu olan Ashurt adlı bir hukuk bürosuna yaptırılmıştır.Bu Komisyon adına yapılmış olan üye ülkelerde rekabet hukukunun özel hukuk uygulamasına ve özellikle tazminat ilişkin mevcut uygulamaların ve tazminat davalarını zorlaştıran veya engelleyen sorunların tespiti amaçlı geniş çaplı bir araştırmadır. (Kortunay, A; ‘AB Rekabet Hukukunda Tazminat Davalarına Yönelik Reform Çalışmaları ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi’, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu IV Kayseri, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2008, s 97.)Bu araştırmanın sonucunda Ashurt hukuk bürosu tarafından elde edilen sonuçlara ilişkin tespitleri içeren bir Rapor hazırlanmıştır.(European Commission;Wealbroeck-Slater, D-Even,Shoshan:(Ashurst Raporu)(31.08.2004); Commission of the European Communities (2004) Study On The Conditions for Damage in Case of Infringement of European Communities Competition Rules Comparative Report.Brussel.

²¹ Cengiz,F; ‘Antitrust Damages Actions: Lessons from American Indirect Purchasers Litigation’ , International and Comparative Law Quarterly, Cilt 59, s 39.; Gündüz-Koyuncu; s 86.

caydırıcılığın sağlanması için idari ceza yaptırımlarının tamamlayıcısı olacağı ve bu bakımdan büyük önem taşıdığı²²düşüncesi ile hareket edilmiştir.²³

Diğer taraftan tazminat davalarının teşvik edilmesinin ve yaygınlaşmasının önündeki en önemli engelin ise, grup davalarının açılmasını engelleyici nitelikte klasikleşmiş medeni usul hukuku ilkelerinin varlığı karşısında, bu davalarının açılmasına imkan veren açık bir hukuki düzenlemenin bulunmayışı olduğu ileri sürülmektedir.²⁴

Grup davaları hukuki sorunlarının aynı olması sebebiyle aynı grup içinde değerlendirilen ancak hukuki sorunlarının çözümüne yönelik haklarını talep bakımından organize olmamış bir grup kişiyi temsilen açılacak davalardır. Bu davalara genellikle haksız fiil temelli ihlal eylemlerini ve bu eylemlerden doğan zararın geniş bir kitleyi etkilemesi durumlarını kapsayan

rekabet hukuku, tüketici hukuku, ticaret hukuku, iş hukuku ve çevre hukuku alanlarında ihtiyaç duyulmaktadır.²⁵Bu alanlarda grup davaları, aynı haksız fiil nedeniyle zarara uğrayan çok sayıdaki kişinin uğradıkları maddi zararın küçüklüğüne bağlı olarak, alacakları tazminatın, yapılacak dava masrafından çok az olması gerekçesiyle ayrı ayrı dava açmaktan kaçınmaları gerekçesiyle gerekli olmaktadır.

Aksi halde, yani bu kişilerin oluşturdukları grubu temsilen grup davası açılmasına imkan verilmemesi durumlarında, hem bu kişilerin uğradıkları zararlar tazmin edilemeyecek, hem de zarara uğrayan kişilerin her biri için küçük miktarda olan ancak bu kişilerin sayısının çokluğu

²² Baş, Kadir; ‘Türk Hukukunda Rekabet İhlallerine İlişkin Tazminat Davalarında Passing – On Savunması ve Dolaylı Alıcı Kuralının Uygulanması: ABD ve AB Uygulaması Işığında Değerlendirme ve Öneriler’, Rekabet Dergisi, Rekabet Kurumu Yayını, 2011, Sayı 12(4); s.44; ; Yaşar, Coşkun, Sevdâ; ‘Rekabet Hukukunda Zararın Üç Katı Tazminat Davası’, Journal of Current Researches on Social Science, Yıl:2017, Volume:7, Issue:1, s.149; İnan, Nurkut; ‘4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un Özel Hukuka İlişkin Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış’, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu II, Kayseri 2004, s. 57; Sanlı, Kerem Cem; ‘Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu’, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-I, Kayseri 4 Nisan 2003, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2003, s. 221; Topçuoğlu, Metin; ‘Rekabet Hukukunda Üç Kat Tazminat’, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, 2009, s. 6.; Gündüz, Harun- Koyuncu, Tuğçe; ‘Ankara Barosu Dergisi, AB ve Türk Rekabet Hukukunda Tazminat Davalarının Önündeki Usuli Engeller’, Rekabet Dergisi, 2011, S. 12, s. 85; Erdem, Ercüment; ‘Rekabet Hukukundan Kaynaklanan Tazminat Davalarında Yansıtma (Passing- On) Savunması ve Dolaylı Alıcı Kuralı’, s. 1-2. <http://www.erdem-erdem.av.tr/yayinlar/> (25.03.2018).

²³ Issacharoff, S/Miller, G; ‘Will Aggregate Litigation Come to Europe?’, Vanderbilt Law Review, 2009., Vol 3, s.123 ; Devlet Planlama Teşkilatı; 9. Beş Yıllık Kalkınma Planı ‘Rekabet Hukuku ve Politikaları Özel İhtisas Komisyonu Raporu’ Ankara, 2007 <http://dpt.gov.tr/hukuk/rekabet/ök> (23.01.2018), s. 51; Sanlı, s. 216; Gündüz-Koyuncu; s. 86-87. Koyuncu; s. 40.

²⁴ Kortunay, A; ‘AB Rekabet Hukukunda Tazminat Davalarına Yönelik Reform Çalışmaları ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi’, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu IV Kayseri, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2008, s. 97; Koyuncu; s. 39.

²⁵ Bu alanların ayrı ayrı her biri bakımından grup davalarına yönelik ihtiyaca ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz Özbay, İbrahim (2009) s.209-269; rekabet alanında grup davalarına yönelik ihtiyaca yönelik açıklamalar için bkz Koyuncu; s. 6-8 ; Özbay, (2010); s. 1559-1574.

oranında toplandığında büyük miktarlara ulaşan bu hukuka aykırı yollarla elde edilmiş paralar failin yanına kar olarak kalacaktır.

Bu durum karşısında, rekabet hukuku kapsamında caydırıcılığın sağlanması, dolayısıyla rekabet kurallarının etkinliğinin sağlanması bakımından vazgeçilmez bir çözüm oluşturan, grup davalarına yönelik önemli güncel ihtiyaç nedeniyle bu çalışmanın konusu olarak ‘*AB ve Türk Rekabet Hukukunda Grup Davaları konusu*’ tercih edilmiştir. AB rekabet hukuku Türk rekabet hukukunun mehzaz hukuk sistemi olması ve Türkiye - AB ilişkileri çerçevesinde AB’ye tam üyelik süreci devam etmekte olan Türkiye’nin AB rekabet hukuku mevzuatına ve içtihatına uyum sağlamayı yükümlenmiş olması²⁶ itibarıyla, örnek model olarak konu kapsamına alınmıştır.

²⁶ T.C.- AB ilişkileri sürecinde Türkiye’yi AB rekabet hukuku müktesebatına(mevzuatı ve içtihatına) uyum ile yükümlü kılan başlıca üç hukuki düzenleme bulunmaktadır.Bu düzenlemeler,12.09.1963 tarihli Ankara Antlaşması, 23.11.1970 tarihli Katma Protokol ve 1/95 S.OKK. (Ortaklık Konseyi Kararı)’dır.Bu düzenlemelerden her birinin uyum yükümlülüğüne ilişkin içerikleri şöyledir:

1.Ankara Antlaşması:

Türkiye ile AB arasında Ortaklık ilişkisi kuran 12.09.1963 tarihli Ankara Antlaşması’nın m.16 düzenlemesinde Akit tarafların, Topluluğu kuran Antlaşma’nın (ATA’nın) rekabet ile ilgili hükümlerinde yer alan ilkelerin, ortaklık ilişkilerinde uygulanacağını kabul etmiş oldukları hükmü yer almaktadır.

2. Katma Protokol:

23.11.1970 tarihinde Gümrük Birliğine ilişkin kuralları içeren Katma Protokol imzalanmış ve bu çerçevede Katma Protokolün m.43 düzenlemesinde, Ortaklık Konseyi’nin Katma Protokol’ün yürürlüğe girişinden itibaren altı yıllık süre içinde Topluluğu Kuran Antlaşmanın (ATA) m.85,86,90,92 düzenlemelerinde yer alan ilkelerin, uygulanma şartlarını ve usullerini tespit etmekle yükümlü olduğu hükmüne yer verilmiştir.

Bu düzenlemede atıfta bulunulan maddeler rekabet kuralları ve devlet destekleri ile ilgili temel ilkeleri içeren düzenlemelerdir.

3. 1/95 S. Ortaklık Konseyi Kararı:

Türkiye ile AB (AET) arasında bir ortaklık ilişkisi kurulmasının hukuki temelini oluşturan, bu itibarla Türkiye-AB ilişkilerinin başlangıcında yer alan 12.09.1963 tarihli Ankara Antlaşması,01.12.1964’ te yürürlüğe girmiştir.Bu Antlaşmada Türkiye’nin AB(AET) Ortak Pazarına kademeli olarak girişinin öngörüldüğü bir Gümrük Birliği oluşturulması düzenlenmiştir.Bu düzenlemeye göre: 1- Hazırlık(1964-1970);2-Geçiş (1973-1995); 3-Nihai aşama (1996’dan tam ekonomik entegrasyonA geçinceye kadar). Türkiye bu üç aşamadan geçerek AB Ortak Pazarına girebilecektir.

Türkiye öngörülen Gümrük Birliğini tamamlamak üzere hazır olduğunda,görüşmeler 1994’te başlamış ve AB’nin en üst düzey karar organı olan Ortaklık Konseyi’nde 06.03.1995 tarihinde nihai şeklini almıştır. Ortaklık Konseyi, T.C ile AB arasında 31.12.1995 tarihine kadar Gümrük Birliğinin tamamlanmasına ilişkin 1/95 Sayılı Kararı (1/95OKK) kabul etmiştir.

1/95 OKK’da, rekabet mevzuatı uyumunun Gümrük Birliği oluşturulması bakımından taşıdığı önem nedeniyle, rekabet alanı kapsamında bazı önemli düzenlemelere yer verilmiştir (1/95 OKKm.32-43). Türkiye bu çerçevede yer alan m.39 düzenlemesi ile gümrük birliği ile amaçlanan ekonomik bütünleşmenin ve uyumun gerçekleştirilmesi amacıyla rekabet hukuku mevzuatını Topluluk rekabet hukuku mevzuatı ile uyumlu hale getirmeyi taahhüt etmiştir.

Ayrıca bu düzenlemede, gümrük birliğinin yürürlüğe girmesinden önce Türkiye’nin, ATA teşebbüslere yönelik rekabet hukuku ilkelerini içeren m.85-86. düzenlemelerinde yer alan koşullar çerçevesinde teşebbüslerin davranışlarını yasaklayacak bir kanun kabul etmesi ve bu kanunun içereceği ilkeleri etkili bir biçimde uygulayacak bir rekabet otoritesi kurması; ve gümrük birliğinin yürürlüğe girmesinden sonraki bir

I.2. Amaç

Bu çalışmanın konusu ve içerdiği temel hukuki soruna ilişkin yukarıda yapılmış olan açıklamalar bağlamında, çalışmanın amacı:

Türk rekabet hukukunda caydırıcılığın ve rekabet kurallarının etkinliğinin üyelik süreciyle ilgilirekabet politikası faslı kapsamında AB rekabet hukuku mevzuatına ve içtihatına uyum yükümlülüğünün gerçekleştirilebilmesine yönelik olarak;

AB ve Türk hukukunda rekabet hukuku ve medeni usul hukuku ilkeleri çerçevesinde, rekabet hukukunda grup davası açılmasına imkan verilmesinin mümkün olup olmadığı sorununun i, değerlendirilmesi ve sonuç olarak ulaşılmaması gereken çözümün, ve Türk hukukunda toplumun ilgili kesimlerinin iktisadi, ve sosyal yapısına, ihtiyaçlarına en uygun grup davası modelinin nasıl olması gerektiğinin belirlenmesidir.

I.3. Sistematik

Bu çalışmada yukarıda açıklanan konu²⁷ kapsamında ve amaca²⁸ yönelik olarak grup davaları konusu dört ana başlıktan oluşan bir sistematik dahilinde açıklanmıştır.

Bu sistematik kapsamında öncelikle çalışmanın tanıtılması için konusunun ve amacının açıklanması amacıyla ilk olarak ‘‘Giriş’’²⁹ başlığı altında çalışmanın konusuna, içerdiği temel hukuki sorunun ne olduğuna, amacına ilişkin açıklamalar yapılmıştır.

Bundan sonra ikinci olarak, ‘‘Grup Davalarına İlişkin Kavramsal Açıklamalar’’³⁰ başlığı altında, grup davalarına ilişkin genel olarak kavramsal açıklamalar yapılmıştır. Gene bu başlık altında çalışmanın asıl konusuna yönelik bir başlangıç olarak, bu davaların önemli uygulanma alanlarından birisi olması itibarıyla özel olarak ‘‘Rekabet Hukuku Alanında Grup Davaları’’³¹ ara başlığı altında grup davalarının rekabet hukuku alanında uygulanması ihtiyacına, önemine, bu alandaki işlevlerine, ilişkin açıklamalar yapılmıştır. Sistematikte AB ve Türk rekabet hukukları

yıl içerisinde Toplulukta yürürlükte olan grup muafiyeti Tüzüklerinde ve Toplulukta bulunan otoritelerin oluşturduğu içtihatı kabul edilen ilkelere T.C.’nde mevzuat uyumunun sağlanması ve etkin bir biçimde uygulanması gerekliliği düzenlenmiştir.

Türkiye’nin bu konudaki yükümlülüğüne ilişkin diğer bazı ayrıntılar OKK.m.32,38-43’te düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerde yer alan ayrıntılar ATA’nın rekabetle ilgili temel ilkeleri içeren düzenlemelerine paraleldir.(OKK m 32-43 düzenlemesine ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz Yıldızoğlu, Deniz; ‘‘Türkiye’nin Avrupa Topluluğu Rekabet Politikası Alanında Muhtemel Müzakere Süreci İçin Uyum Durumu ve Bu Alanda İzlenen Politikalar’’,AB Genel Sekreterliği,Tek Pazarve Rekabet Dairesi Uzmanlık Tezi, Ankara, Mayıs,2004,s22-28.

Bu çerçevede Türkiye hem birincil ve ikincil düzenlemeler düzeyinde rekabet hukuku mevzuatını, hem de rekabet hukuku içtihatını AB rekabet hukuku mevzuatına ve içtihatına uyumlu hale getirmekle yükümlüdür.

²⁷ I.1.

²⁸ I.2.

²⁹ I.

³⁰ II.

³¹ II. 2.

alanlarında grup davaları konuları açıklanmadan önce II.başlık altında grup davalarına ilişkin kavramsal ve teorik açıklamalara yer verilmesinin sebebi, bu açıklamaların, AB ve Türk rekabet hukuklarında grup davaları hakkında yapılacak olan açıklamaları ve değerlendirmeleri aydınlatıcı işlev göreceği ve bu açıklama ve değerlendirmelere kuramsal temel oluşturacağı ve yarar sağlayacağı düşüncesidir. Üçüncü olarak, *''AB Rekabet Hukukunda Grup Davaları''*³² ana başlığı altında AB rekabet hukukunda grup davaları ilke ve uygulamalarına ilişkin incelemeler ve tespitler yapılacaktır.

Dördüncü başlıkta ise *''Türk Rekabet Hukukunda Grup Davaları''*³³ ana başlığı altında Türk rekabet hukukunda grup davalarına ilişkin ilkeler ve uygulamalara ilişkin tespitler yapılarak, bu tespitler karşısında, AB rekabet hukukunda grup davalarına ilişkin yapılmış olan tespitlere kıyasen; mevcut eksikliklerin nasıl tamamlanması gerektiğine ilişkin değerlendirmeler çerçevesinde olması gereken ilke ve uygulamalara ilişkin değerlendirmeler yapılacaktır

*'Sonuç'*³⁴ başlığı altında bütün bu tespitler ve açıklamalar çerçevesinde AB ve Türk rekabet hukukunda grup davaları bakımından elde edilmiş olan bilgilerin sentezi yapılarak, grup davalarının Türk rekabet hukuku ve medeni usul hukuku çerçevesinde kabul edilebilirliği hakkında bu davalara ilişkin görüşlerimiz ve değerlendirmelerimiz açıklanacaktır.

II. Kavramsal Açıklamalar

Bu çalışmada grup davaları konusunun esasen rekabet hukuku alanında irdelenmesi ve açıklanması oluşturmaktadır. Ancak, konu bu özel alan kapsamında ele alınmadan önce grup davalarına ilişkin genel kavramsal açıklamalar yapılmasının, bu kapsamda genel olarak grup davalarının hukuki gelişim süreci, amaçları, yararları, sakıncaları, medeni usul hukukunun amaç ve ilkeleri ile olan bağlantıları hakkında bilgi verilmesinin AB ve Türk rekabet hukuku alanlarına özel tespit ve değerlendirmelerin yapılması bakımından yarar sağlayacaktır.

II.1. Kavram ve Tanım

Grup davaları kavramı genel olarak, çok sayıda davacının davalıya karşı olan taleplerini toplu olarak ileri sürebilme imkanı sunan bir hukuki kurum olarak tanımlanmaktadır.³⁵ Grup davaları kolektif hukuki korumanın sağlanmasına hizmet etmektedir. Kolektif hukuki koruma ise hukuka aykırı bir eylemden zarar gören çok sayıda kişiye, bu eylemden görmüş oldukları zararları ortak bir yargılamada toplu olarak tazmin etme imkanı sunmaktadır³⁶

Daha teknik ve ayrıntılı bir ifade ile, Kolektif koruma sağlayan davalar kavramsal olarak *''Bir ya da daha fazla davacının bir hakkın (genellikle özel hukuktan doğan bir hakkın) korunması bakımından aynı veya benzer hukuki durumda olan kişilerin çıkarlarının temsil edildiği bir dava*

³² III.

³³ IV.

³⁴ V.

³⁵ Özbay(2009); s 34.

³⁶ Uysal; s1165.

şekli'' ifadesiyle tanımlanmaktadır.³⁷ Bu davalarda korunan kollektif menfaatin birlikler veya meslek odaları tarafından açılan davalarda üyelerin, diğer davalarda ise grup kapsamındaki kişilerin menfaatlerinin toplamı veya ortak menfaatleri olduğu ileri sürüldüğü gibi³⁸; bu üyelerin veya grup kapsamındaki kişilerin kişisel menfaatlerini aşan 'üstün bir menfaat' olduğu da ileri sürülmektedir³⁹.

Bu kavramsal çerçevenin şöyle açıklanması mümkündür:

Kollektif menfaatin veya menfaatlerin korunmasına yönelik bir hukuki araçlardan birisi olarak grup davaları, esasen , özel hukuktan doğan bir hakkın ihlali ve özellikle de haksız fiil temelli ihlal eylemlerini içeren, rekabet ,tüketici, çevre ve sendikalar hukuku gibi alanlarda ortaya çıkan tazminat sorumluluğu bakımından haksız fiilden zarar gören ve aynı veya benzer hukuki durumda bulunan, grubu oluşturan kişilerin, menfaatlerinin korunması, örneğin zararlarının tazmini amacıyla; grup içinden bir veya birden ziyade kişi tarafından ya da grubu temsilen üyelerinin çıkarlarını korumakla yetkili dernek veya birlikler tarafından açılan davalar olarak ortaya çıkmaktadır.⁴⁰

Bu davalar ile rekabet hukuku alanında zarara uğrayan kişilerin zararları tazmin edildiği gibi aynı zamanda rekabet kurallarının etkinliğinin sağlanması suretiyle rekabet düzeni ile iktisadi kamu düzeni ve dolayısıyla, kamu yararı da korunmuş olmaktadır.

II.2 Hukuki Gelişim Süreci

Grup davalarına ilişkin ilk uygulamalar 17. yüzyılda İngiliz hukukunda ortaya çıkmış ve 18. yüzyıldan itibaren ABD hukukunda geliştirilmiştir.⁴¹

ABD hukukunda, grup davaları uygulamaları, 1800'lü yıllarda Yüksek Mahkeme tarafından temsilci grup davalarına izin veren FMUK m 38 düzenlemesinin uygulamaya konmasıyla başlamıştır. ⁴² Bu ilk uygulamaların sonrasında grup davalarının, ilgili ihtiyaç alanını düzenleyen hukuk kuralının etkinliğinin sağlanmasındaki etkisi ve önemi anlaşılmış olup, grup davalarının açılmasına açıkça imkan sunan hukuki düzenlemeler yürürlüğe konulmuştur. İhtiyaç duyulan alanların dinamizmine bağlı olarak söz konusu hukuki düzenlemeler sık sık değişiklikler veya ilavelerle revize edilmiştir. ⁴³

³⁷Wyne, R; 'Diversity Class Action In Louisiana, A Resolution to National Class Action Debate'Loyola Law Review,2014, Vol 50, .s 755; Hausfeld,Michael;'Private Recovery Action in The United States'The Antitrust Review of theAmericas,2008.s 57.

³⁸ Şahin-Şahin Çelik; s 90.

³⁹ Hanağası(2009b); s 155; Karaaslan V- Eroğlu,M.; 'Kollektif Hukuki Himaye'nin Farklı Görünüm Şekilleri: Class Action ve Topluluk Davaları', Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,2009, Cilt XIII, S3-4, s 210-212.

⁴⁰ Şahin-Şahin Çelik; s 383-384.

⁴¹ Schaefer; 'The Building of Smiler Interests in Ligitation, The Incentives for Class Action iand Legal Actions Taken byAssociations', European Journal of Law and Economics, 2000, Volume:9,No:3,s 183.

⁴² Koyuncu; s 12.

⁴³FMUKm48 düzenlemesinde mahkeme kararının davada hazır bulunmayan davacı grup üyeleri için bağlayıcı olmadığı açıkça belirtilmiş olduğundan, temsilci grup davaları etkin olamamıştır.Bu nedenle bu

ABD hukukunda en son 2017 yılında, antitrust hukuku alanında yürürlükteki hukuki düzenleme olan ‘‘The Class Action of Fairness Act’’⁴⁴ özellikle yargılama sürecinde saydamlığın sağlanması bakımından yeterli olmadığı ve bu bağlamda adaletsiz sonuçların ortaya çıkabileceği hususunda kamu güveninin tatmin olmadığı anlaşılmıştır. Bunun üzerine antitrust hukuku alanında yetersizlik oluşturan Sınıf davalarına ilişkin eksikliklerin tamamlanması amacıyla, yeni bir hukuki düzenlemenin yapılması gerekliliği iddiası ortaya atılmıştır. Bu amaca yönelik olarak Parlemantodaki çekişmeli bir süreçten sonra 2017’de antitrust alanda grup (sınıf) davalarını düzenleyen ve özellikle yargılama sürecinde saydamlığın sağlanmasına yönelik ilkeler içeren yeni bir Kanun yürürlüğe konulmuştur. Günümüzde yürürlükte olan bu Kanun ‘Fairness in Class

Kanuna 1912’de bu davalarda kararın davada hazır bulunmayan grup üyeleri üzerindeki bağlayıcı etkisini yasaklamayan m38 düzenlemesi eklenmiştir((Koyuncu; s11- 12).). Bundan sonra 1937’de ABD a hukukunda grup davalarına ilişkin en kapsamlı olarak temel ilkeleri belirleyen asıl düzenleme olan ‘Federal Medeni Usul Kanunu’ m 23 düzenlemesi yürürlüğe konulmuştur (Koyuncu; s 12). Bu düzenleme antitrust hukuku alanındaki grup davalarının düzenlendiği özel bir düzenleme olmayıp, genel olarak haksız fiil hukuku alanında grup davalarının düzenlendiği genel bir düzenleme niteliğindedir. Bu düzenleme çerçevesinde grup davası açılabilmesi 4 önkoşulun gerçekleşmesine bağlanmıştır. Bu önkoşullar şunlardır: 1- Adına dava açılacak grubun tamamının bir araya gelerek davaya katılımı mümkün olmayacak kadar çok sayıda olması (numerocity); 2-Dava konusu olgusal ve hukuki sorunların grup üyeleri bakımından müşterek olması (commonality); 3-Davaya temsilci sıfatı ile dahil olan taraflar ile grup üyelerinin iddia ve savunmalarının tipik olarak aynı olması (typicality); 4- Davaya temsilci sıfatı ile katılacak olan tarafların grubun çıkarlarını dürüst ve yeterli ölçüde savunabilecek veya koruyabilecek niteliklere sahip olması. (adequacy of representation). (Brown, B D- Konopka, K M- Cormier, O J; ‘Private Recovery Actions in the United States; The Antitrust Review of The Americas, 2010, s 45-48; Gündüz – Koyuncu; s 94.) 1966’da m 23 düzenlemesinde grup (sınıf) davalarının etkinliğinin artırılması amacıyla yeniden gözden geçirilerek değiştirilmiştir(Koyuncu; s 12). Bu değişiklikten sonra ABD’de sınıf davalarının sayısında büyük bir artış gözlenmiştir(Koyuncu; s 12).

2005’e gelindiğinde ABD hukukunda, grup(sınıf) davalarının gelişimi eyaletlere göre önemli farklılıklar gösteren bir durum ortaya çıkmıştır. Grup davalarına ilişkin ilk hukuki düzenleme New York Eyaletinde yapılmıştır. Bu düzenleme öteki eyaletlerdeki düzenlemelere örnek oluşturmıştır. Bu durum karşısında, ortaya çıkmış başlıca hukuki sorunlardan olan sınıf davalarına ilişkin ilkelerin yeknesaklaştırılması ve aynı konuda farklı Eyalet Mahkemelerinde birden fazla dava açılmasının, dolayısıyla farklı kararlar çıkmasının engellenmesi amacıyla; 1938’de ‘Federal Rules of Civil Procedure’ adlı Kanun hazırlanarak yürürlüğe konulmuştur. Bu Kanun m 23 düzenlemesinde belirli şartların gerçekleşmiş olması kaydıyla Federal Mahkemelerde açılabilmesine hükmedilmiştir. Bu şartlar şunlardır: Bir grup davasının açılabilmesi için: 1- Gruba dahil kişilerin sayısının davaların subjektif birleşmesine imkan vermeyecek kadar çok olması; 2- Grup üyelerinin hukuki sorunlarının ortak olması; 3-Davadaki temsilcilerin talep ve itirazlarının grup üyelerinin iddia ve savunmaları için gereken tipik bir örnek oluşturmaları; 4-Temsilcilerin grup üyelerini en uygun ve güçlü şekilde korumaları (Bu şartlara ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz Deren-Yıldırım, N; s 146-148; Norton Rose Fulbright; ‘Antitrust Class Action Update in US: will the rules be changed?’, World Competition Second edition July 2017, s 1. [http:// www.nortonrosefulbright.com/knowledge/publication/155093/antitrust-class-action](http://www.nortonrosefulbright.com/knowledge/publication/155093/antitrust-class-action) (09.09.2018); Özbay, İbrahim; ‘Rekabet Hukukunda Grup Davaları, Fırat Öztan’a Armağan, Cilt II, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, s 1563-1567.

⁴⁴ Norton Rose Fulbright; s 3.

Action Litigation and Furthering Asbestos Claim Transparency Act of 2017’HR 985,(Sınıf Davalarında Adillik ve Saydamlığın Arttırılması Kanunu)’dur.⁴⁵

Ancak kollektif hukuki koruma ihtiyacı, dolayısıyla grup davalarının açılmasına yönelik ihtiyaç,özellikle 20. yüzyılın başlarından itibaren hızla gelişen teknolojinin, finansal piyasalar üzerindeki küreselleştirici, hızlandırıcı ve ticari ilişkilerdeki karmaşıklığı arttırıcı etkilerine bağlı olarak artmıştır. Bu dönemde grup davaları konusu Kıta Avrupası hukuk sistemini benimsemiş olan devletlerin ve AB hukukunun gündeminde yer almaya ve gelişmeye başlamıştır.⁴⁶

Günümüzde ABD antitrust hukukunda, rekabet ihlallerine karşı açılan tazminat davalarının ceza davalarına kıyasen çok daha yaygın ve caydırıcı olmasının⁴⁷, dolayısıyla da rekabet kurallarının etkinliğinin önemli ölçüde sağlanmış olmasının başlıca sebebinin grup davalarının açılmasına açıkça imkan sunan hukuki düzenlemelerin bulunması olduğu önemle vurgulanmaktadır.⁴⁸

II.3. Amaçlar

Grup davalarına ilişkin olarak kabul edilecek ilkeler ve geliştirilecek olan uygulamada, en doğru politika tercihinin yapılabilmesi için öncelikle uygun amaçların belirlenmesi önem arz etmektedir. Grup davalarının çeşitli amaçları üzerinde durulmaktadır.Şöyle ki:

Grup davalarının asıl amacının ortak hukuki olay veya olaylardan mağdur olmuş olan geniş kitlelerin haklarını koruyabilmeleri ve adalete ulaşabilmelerinin sağlanması olduğu ileri sürülmektedir.⁴⁹

Diğer taraftan bu davaların şu amaçlarından da sözedilmektedir: ⁵⁰

Birincisi: mağdurların uğradıkları, küçük miktarlardaki zararların tazmin edilmesidir⁵¹.

⁴⁵ Norton Rose Fulbright; s 1.

⁴⁶ Özbay(2009); s 44-48,56-68, 244-249, 269-270.; Koyuncu; s 68-70.

⁴⁷ ABD antitrust hukukunda bu durumun kanıtı olarak bkz 1945-2000 yılları aralığında antitrust ihlallere karşı açılmış olan tazminat davalarına ilişkin istatistiki veriler için bkz Ginsburg- Brannon; ‘Determinants of Private Antitrust Enforcement in The United States’, Competition International,2005 Cilt I, No: 2, s 32; Gündüz-Koyuncu; s 93.

⁴⁸ Ginsburg- Brannon;s 38.

⁴⁹ Murphy, Bernard/Cameron.Camille; ‘To Justice and Evoliation of Class Action Litigation in Australia’, Melburn University Law Review,2016, Vol: 14, s 3.

⁵⁰ Gündüz-Koyuncu; s121.

⁵¹Bu amaç adalete ulaşma hareketi ile ilişkilendirilmektedir. Şöyle ki: Son yıllarda Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde ortaya çıkan gelişmeler medeni usul hukukunun ilke ve amaçlarına yönelik eleştiriler bu ilke ve amaçların yeniden değerlendirilmesini gerekli kılmıştır.Bu değerlendirmelerin en önemli sonuçlarından birisi de ‘Access to Justice Movement’(Adalet ulaşma hareketi)’ nin doğması ve gelişmesi olmuştur. Bu hareketin etkisiyle ortaya çıkan adalet reformu hareketleri de bağlı bazı sonuçları ortaya çıkarmıştırBu sonuçlardan birisi de grup davaları kavramıdır. Bu gelişmeler kapsamında Dünyada bir çok ülkede adalete ulaşma amacıyla hukuk reformları yapılmış ve bu reformlar sonucunda ulaşılan sonuçları içeren raporlar hazırlanmıştır.Bu Raporların ortak sonuçlarından birisi sıradan vatandaşların sınırlı imkanlarla adalete ulaşmalarının kabul edilemez oluşudur.Adalet ulaşılmasını sınırlayan nedenlerden birisi yargılama giderlerinin karşılanması bakımından bireysel olarak tazminat talep edilmesine değmeyecek kadar küçük miktarların tazmininin talep edilmesine değmeyeceğinin düşünüldüğü

İkincisi: Cadırcılığın sağlanması veya arttırılması, dolayısıyla ilgili hukuk alanındaki kuralların etkinliğinin sağlanmasıdır.⁵²

Üçüncüsü: Davada usul ekonomisinin sağlanmasıdır.⁵³ Açık ifade ile bu davalarda açılan tek bir dava sonucunda verilen hüküm bütün grup üyelerini etkilediğinden ayrı ayrı dava açılması gereği ortadan kalkmakta; böylece mahkemelerin işyükü hafifletmekte, bu bağlamda usul ekonomisine hizmet edilmektedir.

Dördüncüsü: Grup davaları aracılığıyla hakkaniyetin sağlanmasıdır. Bu şekilde toplumda ekonomik olarak güçsüz olan haksız fiil mağdurlarının güçlü taraf olan ihlalciler karşısında korunmasının sağlanmasıdır. Bu amaç doğrultusunda grup davaları özellikle ırkçılıkla mücadele ve tüketicinin korunması bakımından yararlı olduğu vurgulanmaktadır.⁵⁴

Grup davalarının amacına ilişkin yukarıdaki çeşitli görüşler karşısında, kanaatimizce, tek bir amacın tercih edilmesi, açık ifade ile grup davalarının amacının tek bir amaçla sınırlanması gerçeklere uymamaktadır. Gerçekçi bir değerlendirme yapılacak olursa yukarıda ileri sürülen çeşitli amaçların tamamının grup davaları vasıtasıyla gerçekleştirildiği açıkça anlaşılmaktadır.

Diğer ifade ile grup davalarının amacı bu çeşitli amaçların sentezinden ibarettir.

II.4. Grup Davalarının Yararları ve Sakıncaları

Grup davalarının, yukarıda açıklanan amaçlarıyla da örtüşen, önemli yararlarının yanı sıra bazı sakıncaları da ortaya çıkmıştır. Ancak bu davaların yararlarının medeni usul hukukunun engelleyici ilkelerine rağmen sakıncalarından çok daha ağır olduğu önemle vurgulanmaktadır.⁵⁵

II.4.1. Yararlar

Grup davalarının yukarıda ifade edilen amaçları ile yararları örtüşmektedir. Diğer ifade ile yararlar amaçlar doğrultusunda gelişmiştir.⁵⁶ Amaçlarla yararların örtüşmesinin temel sebebi budur. Yoksa yararlı olmayanın amaçlanması mümkün değildir. Grup davalarının başlıca yararları şunlardır:

durumlarda tazminatın kolektif olarak talep edilmesinin sınırlandırılması veya engellenmesi sebebiyle karşılaşılan zorluklardır. İşte Grup davaları bu zorlukların bertaraf edilmesini sağlayan usuli bir araç olarak karşımıza çıkmaktadır. (Özbay(2009); s 25-26, 89-70, Mulheron, s 52-54.

⁵² Russel, T. L.; 'Exporting Clas Actions to the European Union', Boston University International Law Journal, 2010, Cilt:28, S 2 s 141-180.

⁵³ Usul ekonomisi: 'davaların maddi erçekliğe uygun olarak çabuk, ucuz, basit, hertürlü bürokratik engelden uzak ve adil (tarafı eşit ölçüde tatmin eden) bir yarılama sonucunda çözümlenmesi kuralı', olarak tanımlanmaktadır. (Yılmaz, Ejder; Hukuk Sözlüğü Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara, 1992, s 941).

⁵⁴ Nevhis, Deren-Yıldırım(1997); 'Kollektif Hukuki Himaye Medeni Usul Hukukunda Sonun Başlangıcı mı, Etkin Hukuki Himayenin Vazgeçilmez Unsuru mu ? Yargıtay Dergisi, Ankara, 1997., s 144.

⁵⁵ Özbay(2009); s43.

⁵⁶ Gündüz- Koyuncu; s121.

Grup davaları yargılama sürecinde bürokrasiyi azaltmaktadır.Bu suretle hem kırtasiyecilik hem de maddi vakıaya ilişkin hukuki ve fiili bütün malzeme tek bir Mahkemeye sunulmaktadır.⁵⁷

Grup davaları hem geniş alana yaygın çok sayıdaki mağdur kitlesinin mağduriyetlerinin giderilmesini, dolayısıyla adalete ulaşılmasını sağlamaktadır;hem de aynı maddi vakıaya dair farklı farklı tutarsız kararların çıkmasını engellemektedir.⁵⁸

Grup davalarının yararlarından bir diğeri de,geniş alana yayın çok sayıdaki ve ayrı ayrı güçsüz olan bir mağdur kitlesini güçlü taraf olan ihlalcilere karşı korunması suretiyle hakkaniyetin sağlanmasıdır.⁵⁹

Grup davaları, derdest davada yargılama giderlerinden tasarruf edilmesini sağlamaktadır.Ayrıca çok sayıdaki davacıyı da yargılama giderlerine ayrı ayrı masraf yapmaktan kurtarmaktadır.⁶⁰

Grup davalarının, bütün bu yararlarının yanısıra davalılar bakımından da yararlarının bulunduğu ileri sürülmektedir.Örneğin: Davalılara maddi vakıaya ilişkin savunmalarını ve bu savunmaları kanıtlayıcı delilleri tek bir davada ortaya koyabilme imkanı sunarak kolaylık sağlamaları ve uzlaşma seçeneği sunmaları gibi.⁶¹

II.4.2. Sakıncalar

Grup davalarına ilişkin uygulamalarda yukarıda ifade edilmiş olan yararlarının yanısıra beklenmeyen bazı sakıncaları da ortaya çıkmıştır. Bu sakıncaların başlıcaları şunlardır:

Grup davaları, ABD antitrust hukukundaki uygulamalarda ilk dönemlerde büyük memnuniyet yaratmasına rağmen, ilerleyen süreçte avukatların fazla kazanç sağlama hırslarıyla dava sayısında hızlı bir artış olmuş ve bu suretle mahkemeler yoğun bir iş yüküne maruz kalmışlardır.⁶²

Aynı bağlamda ABD antitrust hukukunda uygulanan sınıf davası sistemi olan “*opt out*” (çıkma) sisteminde sınıf avukatları tarafından gerçekleştirilen avukatlık ücreti ile ilgili kötüye kullanımlar ortaya çıkmıştır.⁶³

Bu sakıncalar karşısında, ABD antitrust hukukunda önce ‘The Class Action Fairness Act’(Sınıf Davalarında Adillik Kanunu)’nda; daha sonra da 2017 tarihli “*Fairness in Class Action*

⁵⁷ Özbay(2009); s 40.

⁵⁸ Özbay(2009); s 40.

⁵⁹ Mulheron; s 60.

⁶⁰ Özbay; s 73-76,41.

⁶¹ Mulheron; s 60.

⁶² ABD hukukunda grup davalarına ilişkin Federal Medeni Usul Kanunu m 23 düzenlemesinde 1966’da önemli bir değişiklik yapılmıştır.Bu değişiklikte antitrust alandaki tazminat taleplerinin grup davalarına konu olabileceği açıkça kabul edilmiştir. Ancak bu değişiklik beklenmeyen olumsuz bir durumun ortaya çıkmasına sebep olmuştur Şöyle ki: Kazançlarını arttırmak isteyen avukatlarbu yola çok sık başvurmuşlar ve böylece mahkemelerin dava yükü hızla artmıştır.Tazminat taleplerinin grup davalarına konu olmasına verilen izin verilen ilk yıllarda büyük coşku ve memnuniyet yaratmış; daha sonra bu memnuniyet yerini yargı sürecinin uzaması ve mahkemelerdeki dosya yükünün çok artması bakımından endişeye bırakmıştır.(Waller; s54-55;Deren-Yıldırım(1997).; s 146.

⁶³ Waller; s55; Norton Rose- Fulbright; s 2.

Litigation and Furthering Asbestos Claim Transparency Act of 2017, HR 985'' (Sınıf Davalarında Adillik ve Saydamlığın Arttırılması Kanunu)'nda sözkonusu sakıncaların engellenmesine yönelik tedbir niteliğinde düzenlemelere yer verilmiştir.⁶⁴

Bu sakıncaların yanısıra grup davaları uygulamalarının asıl- vekil ilişkilerinde ortaya çıkan bazı olumsuzluklara bağlı olarak bazı sakıncalarının bulunduğu da ileri sürülmektedir.⁶⁵ Şöyle ki:

Bu sorun kolektif koruma sağlayan bütün davalarda ortaya çıkmaktadır. Bunun temel nedeni, bu davalarda temsil edilen davacıların sayısı arttıkça temsilciler üzerindeki kontrol, güç ve imkanlarının azalmasıdır. Bu bağlamda davacıların tamamının temsilciler tarafından davada yeterli ve etkin olarak savunulup, savunulmadığı takip ve kontrol edilememektedir. Bu sorun özellikle uzlaşma aşamasında ortaya çıkmaktadır.⁶⁶

Ayrıca grup davalarının sakıncaları arasında şu hususa da vurgu yapılmaktadır: Tazminat sorumluluğu özellikle gruptaki üye sayısının çok fazla olduğu durumlarda, ihlalciler teşebbüslerin ekonomik çöküntüsüne sebep olabilmektedir. Ayrıca bu davalarda davacı tarafta temsil edilenlerin belirlenemediği durumlarda davalı teşebbüslere yeterince savunma imkanı tanınamaması suretiyle savunma haklarının ihlal edildiği gerekçeleriyle eleştirilmektedir.⁶⁷

II.5. Grup Davalarının Medeni Usul Hukukunun Amaç ve İlkeleri ile Bağlantıları

Bir hukuk sisteminde grup davalarının kabul edilebilmesi ve bu sisteme dahil edilebilmesi bu davaların sözkonusu sistemde yer alan medeni usul hukukunun amaç ve ilkeleri ile bağdaştığı oranda mümkündür.⁶⁸ Bu bağdaşırılığın değerlendirilebilmesi için, öncelikle medeni usul hukukunun amacının ve sözkonusu değerlendirme bakımından sorun çıkarabilecek temel ilkelerinin belirlenmesi gereklidir.

Medeni usul hukukunun amacının belirlenmesi, bu hukuk dalının kapsamında yer alan yargılama sürecinin nasıl yürütüleceği, bu süreçte tarafların ve mahkemelerin görev ve yetkilerinin nasıl belirleneceği, sonuca varılırken yani karar verilirken maddi olaya uygulanacak olan hukuk kurallarının yorumunda öncelikle hangi yararın sağlanmasının hedef alınacağı gibi bütün konulara ilişkin ilkelerin belirlenmesi bakımından temel öneme sahiptir. Bu bağlamda medeni usul kanunları hazırlanırken, öncelikle öncelikle yargılamanın amacı ; bundan sonra bu amaca ulaşılmasında araç olabilecek en uygun ilkeler belirlenmektedir.⁶⁹

⁶⁴ Norton Rose Fulbright; , s 1.

⁶⁵ Russel; s 148-152.

⁶⁶ Russel; 149-150.

⁶⁷ Hausfeld, Michael; 'Private Recovery Action in The United States' The Antitrust Review of The Americas, 2008, s 57; Şahin-Şahin Çelik; s 390.

⁶⁸ Deren-Yıldırım(1997); s 140.

⁶⁹ Yılmaz, Ejder; 'Usul Ekonomisi', AÜHFD, 2008, Cilt:57, Sayı: 1, s243-274.

II.5.1. Grup Davalarının Medeni Usul Hukukunun Amaçları ile Bağlantısı

Medeni usul hukuku alanında öğretide medeni usul hukukunun birden ziyade amaca hizmet ettiği ileri sürülmüştür.⁷⁰

Bu amaçlar şunlardır: *''sübjektif hakların temin edilmesi''*⁷¹, *''objektif hukukun korunması''*⁷², *'' tarafların haklarının temin edilmesini sağlarken aynı zamanda objektif hukukun korunmasını sağlamak''*⁷³, *''gerçeğe ulaşmak''*⁷⁴, *''hukuk güvenliğinin ve barışının sağlanması''*⁷⁵, *''adaletli karar verilmesinin sağlanması''*⁷⁶, *''maddi hukukun verimli hale getirilmesi''*⁷⁷ amaçları bulunmaktadır.⁷⁸

Bununla birlikte Türk medeni usul hukukunda öğretide⁷⁹ ve uygulamada⁸⁰ medeni usul hukukunun asıl amacının *''gerçeğe ulaşmak olduğu''* görüşü hakimdir.⁸¹

Medeni usul hukukunun amacı ile olan bağlantısı itibarıyla grup davalarının kabul edilebilirliğinin değerlendirilmesi bakımından dikkate alınması gereken asıl kriter medeni usul hukukunun münhasıran özel hukuk alanındaki hakların, yani sübjektif menfaatlerin korunmasına hizmet edip etmediği, diğer ifade ile amacının münhasıran sübjektif menfaatlerin korunması olup olmadığıdır. Örneğin: 1877 tarihli Alman Medeni Usul Kanunu liberal görüşün etkisi altında hazırlanmış olduğundan medeni usul hukukunun münhasıran bireysel menfaatlerin korunmasına hizmet ettiği anlayışını yansıtmaktadır.⁸² Bu iddia kabul edilecek olursa kolektif koruma sağlayan grup davalarının medeni usul hukuku sistemine dahil edilmesi güçleşecektir. Aksi takdirde, açık ifade ile amacın objektif hukukun korunması olduğu kabul edilecek olursa,

⁷⁰ Deren-Yıldırım(1997); s140; Özbay(2009); s31

⁷¹ Üstündağ, S; Medeni Yargılama Hukuku; Cilt I, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1997, s 2 vd.

⁷² Arslan, R.; Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Ankara, 1977., s 3 vd.

⁷³ Pekcanitez, H / Atalay, O/Özekes, M; Medeni Usul Hukuku, 7. Bası, Ankara, 2008, s 48.

⁷⁴ Yıldırım, K/Deren-Yıldırım, N; Medeni Usul Hukuku Esasları, 6.Bası, İstanbul, 2006, s 28; Alangoya, Y; Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul, 1979, s 86; Tercan, E; *''Medeni Usul Hukukunda Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü''*, SÜHFD, Cilt V, S 1-2, s 181-188.

⁷⁵ Pekcanitez-Atalay/Özekes; s 47-51.

⁷⁶ Üstündağ; s 3 vd; Yılmaz, E; Medeni Yargılama Hukukunda Islah, Ankara, 1982, s 7-8; Yılmaz, E; *''Usul Ekonomisi''*, AÜHFD, 2008, Cilt 57, S 1, s 248;

⁷⁷ Özbay(2009); s 31, dp 34'de anılan kaynaklar.

⁷⁸ Lindblom, Per-Henrich; *''Litigation and Mass Justice: A Swedish Perspective and Proposal on Group Actions in Civil Procedure''*, American Journal of Comparative Law, Vol 45, 1997, s 385. Özbay(2009); s 31.

⁷⁹ Arslan; s 3; Alangoya; s 67 vd ; Yıldırım; s 32 vd ; Yılmaz; s 7-8 vd ;

⁸⁰ Yargı HGK *''...Asıl olanın maddi olayda gerçeğe ulaşmak olduğu, bunun şekle feda edilemeyeceği...''*, 27.11.1991, E 1991/2-428, K596 (İKİD, 1992, S374. S 8541. Buna karşılık Üstündağ maddi gerçeğe ulaşmak uğruna usul kurallarının hiçe sayılması hususunda endişe duyduğunu, gerçeğe ulaşma idesinin buna sebep olmayacak kapsamda anlaşılması gerektiğini vurgulamaktadır. (Üstündağ; s XVI).

⁸¹ Deren- Yıldırım; s140.

⁸² Deren-Yıldırım (1997); s140-141; Alman Medeni Usul Kanunun'daki bu bireyci ve liberal anlayış öğretide yoğun eleştirilere maruz kalmıştır(Bu eleştirilerin içeriğine ilişkin ayrıntılı açıklamalar ve ileri süren yazarların Almanca eserlerine ilişkin atıf bilgileri için bkz Deren Yıldırım (1997); s 141).

kollektif koruma sağlayan grup davalarının sisteme dahil edilmesi veya kabul edilebilirliği kolaylaşacaktır.⁸³

Ancak, XIX. yüzyılın sonlarında ortaya çıkan toplumcu eğilimlere, bağlı olarak ortaya çıkan bazı sosyal ve hukuki gelişmelerle medeni usul hukukunun bu geleneksel, sert anlayışından uzaklaşmış ve medeni usul hukukunun kollektif menfaatleri de korumasını gerektiren sosyal temelli bir anlayış, hakim olmuştur.⁸⁴

Diğer ifade ile bireyin menfaatlerinin korunması anlayışından sosyal refahın sağlanması anlayışına doğru bir eğilim ortaya çıkmıştır.⁸⁵ 1895 tarihli ‘Avusturya Medeni Usul Kanunu’ bu eğilimin etkisiyle hazırlanmıştır.⁸⁶ Avusturya medeni Usul Kanunu’nun içerdiği sosyal eğilimler, Alman Medeni Usul Kanunu değişikliklerini de etkilemiş; Alman Medeni Usul Kanunu’nda yapılan, 1909,1924,1933 tarihli değişiklikler bu etki ile, yargılamanın hızlandırılması,hakimin gücünün artırılması ve taraf hakimiyetinin zayıflatılmasına ilişkin yeni düzenlemeler yürürlüğe konulmuştur.⁸⁷

Bu sosyal koruma sağlanması eğilimine bağlı olarak, medeni usul hukukunda ‘birlik davaları’⁸⁸ ve ‘kollektif başvuru’⁸⁹ gibi kavramlar ortaya çıkmaya başlamıştır.⁹⁰Bu kavramlardan birisi de bu çalışmanın konusunu oluşturan grup davaları kavramıdır.⁹¹

Sonuç olarak hala Kıta Avrupası medeni usul hukukunda hakim olan bu sosyal anlayış temelinde grup davası kavramının medeni usul hukukunun amacı ile bağdaşır ve kabul edilebilir olduğu ortaya çıkmaktadır.Bu bağlamda aynı sistem kapsamına dahil olan Türk medeni usul hukukunda bu kabul edilebilirliği yansıtan en temel kanıt HMK m 113 hükmündeki ‘*Topluluk Davası*’ düzenlemesidir.

⁸³ Deren-Yıldırım (1997); s140-141

⁸⁴Özbay(2009); s31-33.

⁸⁵Bu dönemde bireyci anlayıştan toplumcu anlayışa eçiş sürecine ve bu sürecin nedenlerine ilişkin ayrıntılı değerlendirmeler için bkz Bulut, Nihat; Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar,XII Levha Yayınları İstanbul, 2009, s 62vd; Bulut, Nihat; ‘*Sanayi Devriminden Günümüze Sosyal Haklar*’,AÜHFD,2009, Cilt 52, S 2,s 173-197;Yanık, Celalettin-Kara,Mustafa; ‘*Küreselleşmenin Sosyal Devlet Anlayışındaki Dönüşüme Etkisi: Genel Bir Değerlendirme*’, Emek ve Toplum Dergisi, 2014/2,Yıl 3, Cilt 3, S 6, s 9-24.

⁸⁶ Deren-Yıldırım (1997);s 141; Özbay(2009); s 32.

⁸⁷ Deren-Yıldırım (1997); s142.

⁸⁸ Birlik davaları, ABD’deki anlamda grup davalarını kabul etmeyen devletler olan Alman ve İsviçre Hukuku sistemlerinde kabul edilmiş olan kollektif koruma araçlarındanolarak tüketicilerin haklarını koruma amacıyla tüketici birlikleri taafından açılan davalardır. (Özbay(2009); s33, 47-49.

⁸⁹ Bu kavramQuebec hukukunda kollektif ukuki koruma amaçlı bir usuli araç olarak ortaya çıkmıştır.Bu usulde grubun tüm üyeleri adına bir üyenin dava açmasına imkan tanınmaktadır.Bu usuli aracın kaynağında ABD’de grup davalarından esinlenerek hazırlanan 08.06. 1978 Sayılı Kanun yer almaktadır.(Hanağası, Emel(2009a); Davada Menfaat, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s215; Özbay(2009); s 33, 26, dp 8).

⁹⁰ Özbay(2009); s 32.

⁹¹ Özbay(2009); s33.

II.5.2. Grup Davalarının Medeni Usul Hukukunun İlkeleri ile Bağlantısı

Medeni usul hukuku sistemlerinde, uzun süreli uygulamalardan edinilen tecrübeler sonucunda belirli temel ilkeler ortaya çıkmıştır. Bu ilkelerin pozitif hukuk alanındaki görünümüne ilişkin hukuki düzenlemeler kural olarak medeni usul hukuku alanındaki Kanunlarda ve ilgili diğer özel hukuki düzenlemelerde yer alırlar.⁹² Ancak, kolektif hukuki koruma sağlama amaçlı davalar ile bu temel ilkelerin bazıları arasında çelişkiler uyumsuzluklar doğmaktadır.⁹³ Diğer ifade ile aynı medeni usul hukuku sistemi dahilinde birbiri ile çelişkili olan, temel ilke ile kolektif hukuki koruma sağlayan davayı düzenleyen ilkelere beraber yer verilmesi sistemin mantığına ters düşen tutarsız bir durum olarak ortaya çıkmaktadır.

Kıta Avrupası medeni usul hukuku ve bu kapsamda yer alan Türk medeni usul hukuku ve Kıta Avrupası usul hukuku sistemlerinde kolektif hukuki koruma sağlayan davalar ile çelişki yaratan başlıca üç temel ilke bulunmaktadır.

Bu ilkeler ve bunlar karşısında kolektif hukuki koruma sağlayan davaların kabul edilebilirliği veya edilemezliği hususunda şu açıklamaların ve değerlendirmelerin yapılması mümkündür :

Birinci temel ilke: Bir dava şartı olarak kabul edilmiş olan ‘*davada menfaat kavramı*’ ile ilgilidir. Bu ilke HMK ‘‘Dava Şartları’’ kenar başlığını taşıyan m. 114/1, h düzenlemesinde ‘‘*Davacının dava açmakta hukuki yararının bulunması*’’ olarak ifade edilmiştir.⁹⁴

Bu düzenleme çerçevesinde medeni usul hukukunda dava açmakta aranan menfaatin doğrudan ve kişisel nitelikte olması gerektiği savunulmaktadır⁹⁵ Açık ifade ile kişi kural olarak ‘‘kendi adına’’ ve ‘‘doğrudan’’ ve kişisel menfaati bulunmak kaydıyla dava açabilir.⁹⁶

Dava şartı olarak davada menfaat kavramının kapsadığı bu ilkeler, tüzel kişiliği olan veya olmayan bir şahıs topluluğu üyelerinden birinin birkaçının veya tamamının ‘‘*doğrudan ve kişisel menfaati*’’ ya da temsil ettiği topluluğun ‘‘*üstün kolektif menfaati*’’ gereği olarak dava açabilmesine engel olarak görülmektedir.⁹⁷

İkinci temel ilke ‘‘*kesin hükmün etkisi*’’ kuralı ile ilgilidir. Bu kural HMK m 303 düzenlemesinde yer almaktadır. Bu düzenlemede bir davada verilmiş olan kesin hükmün sadece bu davanın tarafları hakkında etkili olacağı ifade edilmektedir.⁹⁸

⁹² Medeni usul hukuku ilkelerinin oluşum sürecine ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Çetin, İ; ‘Yargılamada Etkinlik Arayışları: Medeni Usul Hukukunda Usul Ekonomisi’, Sayıştay Dergisi, 2010, Sayı:78, s78-110.

⁹³ Özbek; s 129-130.

⁹⁴ Türk medeni usul hukukunda bu düzenlemedeki davada menfaat kavramına ilişkin ayrıntılı ve kapsamlı bir çalışma olarak bkz Hanağası, (2009a).

⁹⁵ Hanağası (2009b); s 351-352 ve dp 1’de anılan Almanca Kaynaklar.

⁹⁶ Hanağası (2009b); s352.

⁹⁷ Hanağası (2009b); s 354.

⁹⁸ Bu kuralın kapsamına ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz Deren Yıldırım, Nevhis; Türk, İsviçre ve Alman Medeni Usul Hukuklarında Kesin Hükmün Sübjektif Sınırları, İstanbul, 1995, s 66.

Bu ilke bakımından, grup davalarına ilişkin sorun, özellikle ‘*opt out*’ (çıkma/katılmasız) grup davası türünde ortaya çıkmaktadır. Bu modelde, kendilerine bildirim yapıldığı halde dava kapsamından çıkmak istediklerini açıkça bildirmeyen grup üyeleri için de dava sonucunda verilen kesin hüküm bağlayıcı olacaktır. Bu durum medeni usul hukukunda ‘*kesin hükmün sirayeti*’ olarak adlandırılmaktadır.⁹⁹

Bu sorun için kesin hükmün, sadece davanın kazanılması durumunda davaya katılmayan kişiler üzerinde etkili olacağı, kuralının kabul edilmesi gerektiği, bir çözüm olarak önerilmiştir.¹⁰⁰

Buna karşılık grup davalarının ‘opt in’ (katılmalı) modelinde davanın sonucu sadece kendilerine yapılan bildirim olumlu yanıt vermek suretiyle davaya dahil olmayı kabul eden grup üyeleri için etkili olacağından, kesin hükmün etkisi kuralı ile çelişki oluşturan bir durum ortaya çıkmamaktadır.¹⁰¹

Üçüncü temel ilke, ‘*hukuki dinlenilme hakkı*’ ilkesi ile ilgilidir. Bu ilke HMK’nın ‘*Yargılamaya Hakim Olan İlkeler*’ ana başlığını taşıyan İkinci Bölüm’ü kapsamında m 27’de düzenlenmiştir. Bu düzenlemede

Davanın tarafları, müdahilleri ve yargılamanın diğer ilgilileri kendi hakları ile ilgili olarak hukuki dinlenilme hakkına sahip olduğu hükmü yer almaktadır (m 27/1).

Bu hakkın kapsamına ilişkin olarak ise: Bu hakkın yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olunmasını, açıklama ve ispat hakkını, mahkemenin açıklamaları dikkate alarak değerlendirilmesini ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesini içerdiği açıklaması düzenlenmiştir. (m 27/2-a,b,c).

Hukuki dinlenilme hakkının hukuki temelinde Anayasa m36’daki ‘iddia ve savunma hakkı’ düzenlemesi yer almaktadır. ‘Hak Arama Hürriyeti’ başlığını taşıyan bu düzenlemede:

‘*Herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.*’ hükmüne yer verilmiştir.

Bu düzenlemede iddia ve savunma hakkı ile adil yargılanma hakkı arasındaki doğrudan bağlantı özellikle vurgulanmıştır.

Açık ifade ile, Yargılamalarda, Anayasa m 36 düzenlemesindeki iddia ve savunma hakkı ile hukuki temelini oluşturduğu HMK m 27 düzenlemesindeki hukuki dinlenilme hakkının yerine getirilmesi; davanın her iki tarafının da eşit olarak yargılanabilmesi ve bu bağlamda yargılama sonucunun adil olabilmesi için gereklidir. Diğer taraftan hukuki dinlenilme hakkının yerine getirilmesi medeni usul hukukunun başlıca amaçlarından olan gerçeğe ulaşılmasına da yardımcı olacaktır. Tam aksine düşünülecek olursa hukuki dinlenilme hakkına aykırılık oluşturan durumlar

⁹⁹ Deren Yıldırım(1995); , s 70-71.

¹⁰⁰ Gidi; s386.

¹⁰¹ Gündüz Koyuncu; s129.

bakımından yargılamada gerçekler temelinde sonuca varılması ve bu bağlamda adil bir karara varılması mümkün olamayacaktır.

Diğer ifade ile bu hak, davanın taraflarının haklarındaki yargılama ile ilgili bilgi sahibi olmalarını, bu bağlamda Mahkemeye açıklamalar yaparak açıklamalarının dikkate alınarak değerlendirilmesini, sonuç itibarıyla yargılamanın gerçekler ve tarafların fırsat eşitliği temelinde yapılarak sonuçlandırılmasını sağlamaktadır.¹⁰² Dolayısıyla bu hakkın kullanılması bakımından davanın açılmasından itibaren bütün aşamalarındaki delillerin sunulması, uzlaşma önerisi avukatlık ücreti gibi gelişmelerin grup üyelerine bildirilmesi, böylece grup üyelerinin haklarını savunabilme imkanına sahip kılınmaları için çok önemlidir.¹⁰³

Hukuki dinlenilme hakkı ilkesi bakımından grup davalarının kabul edilebilirliği sorunu aynen kesin hükmün etkisi ilkesinde olduğu gibi¹⁰⁴ “opt out”(katılmasız/çıkma) grup davaları bakımından ortaya çıkmaktadır.¹⁰⁵ Şöyle ki: Bu davalarda kendilerine yapılan bildirimle rağmen davaya dahil olmak istediklerine ilişkin olumlu bir yanıt vermeyen grup üyeleri dava sonucunun bu kişileri de bağlayacağı kabul edilen “opt out” (katılmasız/çıkma) dava modelinde hem hukuki dinlenilme hakkını kullanmaktan yoksun kalacaklar¹⁰⁶ hem de dava sonucunda verilen karar kendilerini bağlayacaktır.

Bu açıklamalar çerçevesinde Türk medeni usul hukukunun yukarıda belirtilen klasikleşmiş ilkelerinin Türk hukukunda grup davalarının açılmasına imkan veren düzenlemelerin kabulüne engel oluşturup oluşturmaması sorunu bakımından, şu değerlendirmeleri yapmak mümkündür:

Kanaatimizce bu değerlendirmenin, medeni usul hukukunun yukarıda açıklanan amacına ilişkin gelişim ve değişimin¹⁰⁷ dikkate alınması suretiyle yapılması gereklidir. Zira hukuki düzenlemelerin amacı bu düzenlemelerde yer alan ilkelerin yorumlanmasında temel kriter oluşturmaktadır.

Grup davalarının açılmasına imkan tanınmasını engelleyici olarak nitelendirilebilen sözkonusu ilkeler, medeni usul hukukuna dahil edildikleri zamandan bu güne medeni usul hukukunun amacı bakımından büyük bir değişim meydana gelmiştir. Bu ilkelerin olduğu ve kabul edildiği dönemde, liberal görüşün etkisiyle medeni usul hukukunun amacının bireysel hakların korunması olduğu anlayışı geçerli olduğu halde; bundan sonra uzun süreli uygulamalara dayanan tecrübelerle, bu katı bireyci yaklaşımın eksiklikleri ve bu bağlamda adaletle aykırı sonuçları anlaşıldıkça, bu amacın yerini, bireyin menfaatlerinin korunması anlayışından sosyal refahın

¹⁰² Gündüz Koyuncu; s 129; Akil, C; ‘Medeni Yargılama Hukukunda Mahkemelerce Yapılan Delil Tespiti’, AÜHFD, Cilt:58, Sayı: 1, s 38-40.

¹⁰³ Özbay(2009); s141-142.

¹⁰⁴ Bkz;I.5.2.

¹⁰⁵ Gündüz Koyuncu; s129

¹⁰⁶ Gündüz Koyuncu; s 129.

¹⁰⁷ Kıta Avrupası medeni usul hukukunun amacına ilişkin gelişim ve değişim hakkındaki açıklamalar için bkz II.5.1.

sağlanması anlayışına doğru ortaya çıkan yeni bir sosyal anlayışın etkisiyle objektif hukukun korunması amacı almıştır. ¹⁰⁸

Grup davaları bu yeni amaç anlayışının etkisiyle ortaya çıkmıştır. Medeni usul hukukuna günümüzde hakim olan sosyal amaç anlayışı temelinde sözkonusu ilkelere rağmen kolektif koruma sağlamayı amaçlayan grup davalarının medeni usul hukukunun bu sosyal amacının gerçekleştirilmesinde çok önemli bir araç olarak sisteme dahil edilebileceği hatta edilmesi gerektiği kuşkusuzdur. Zira bu ilkeler tamamen farklı bir amaç anlayışının hakim olduğu zamanlarda ortaya çıkmışlardır.

Bu bağlamda grup davaları günümüzde medeni usul hukukunun değişmiş olan amacına aykırı olarak nitelendirilemez. Dolayısıyla amaç bakımından bir aykırılık sözkonusu olmadığından grup davalarının günümüzdeki amaca hizmet eden bir araç olarak medeni usul hukuku sistemine dahil edilmesine engel bulunmadığı gibi, bu hususta gereklilik dahi bulunmaktadır. Aksi halde, günümüzde ortaya çıkmış olan yeni hukuki sorunlar medeni usul hukukunun mevcut ilkeleri ile çözümlenemeyecek ve kamu vicdanını rahatsız eden adalate aykırı durumlar ortaya çıkacaktır. Diğer ifade ile grup davalarının sisteme dahil edilemeyeceği görüşü kabul edilecek olursa, ihlalciler teşvik edilecek, zarara uğrayanların zararları tazmin edilmediği gibi, ihlallerden elde edilen hukuka aykırı kazançlar ihlalcilerin yanına bırakılacaktır.

II.6.Terminoloji

Öğretide ve hukuki düzenlemelerde grup davalarını gerek genel olarak gerekse türleri bakımından ifade etmek üzere çeşitli terimler kullanılmıştır. Örneğin:

ABD’de bu davaları genel olarak ifade etmek üzere en yaygın olarak kullanılan terim ‘class action’¹⁰⁹(sınıf davası) terimidir. Ancak bu terimin yanısıra ‘collective action’¹¹⁰(toplu dava), ve ‘(grup davası)’ terimleri de kullanılmaktadır.¹¹¹

AB rekabet hukukunda ,kollektif koruma sağlayan davalar için yaygın olarak ‘‘Class Action’’(Sınıf Davası) ve ‘‘Collective Action’’(Toplu Dava) terimleri kullanılmaktadır.¹¹²

¹⁰⁸ Amaca ilişkin bu gelişim sürecine ilişkin açıklamalar için bkz. II.5.1.

¹⁰⁹ Class: ‘Sınıf, tabaka, zümre, kast, takım, grup, toplam, üstünlük, mevki’ anlamlarını taşımaktadır. Redhouse Sözlüğü; Redhouse Yayınevi, İstanbul, 1974, s 172-173; .Longman; Longman Dictionary of American English, first printing, United States, Washington DC, s 117; Tuğlacı, Pars; ‘İngilizce Türkçe İktisadi Ticari Hukuki Terimler Sözlüğü, ABC Basımevi, 4. Baskı, İstanbul, 1990, s 92.

¹¹⁰ Collective: ‘Toplanan, biriktirilen, toplu, ortak, ortaklaşa’ anlamlarını taşımaktadır. Redhouse Sözlüğü; s 184; Tuğlacı, P.; s 98 ; Longman; Longman Dictionary of American English, first printing, United States, Washington DC, s 127 .

¹¹¹ Hansell, Dean-Monts, William L; ‘Antitrust Class Action Update in the United States: Will the Rules be Changed’, Competition World, Second Edition 2017., s 1; Özbay(2009); s 34.

¹¹² Basedow, Jurgen ; ‘Private Enforcement of EC Competition Law, Kluwer Law International, Nedherland, 2007, s 199.

Diğer taraftan bu davaların çeşitli türleri bulunmaktadır. Bu türlerin herbirinin niteliğine uygun olarak ülkeden ülkeye değişen farklı terimler kullanılmaktadır.¹¹³

II.7. Grup Davalarının Türleri ve Türlere Özel Terimler

Bu çalışmada grup davalarının yaygın olarak uygulanan ve üç temel sınıflandırma çerçevesinde yer alan türleri açıklanacaktır.

II.7.1. Davanın Taraflarına ve Korunan Kollektif Menfaatin Niteliğine Göre Yapılan Sınıflandırma Çerçevesinde Yer Alan Türler ve Terimler

Bu sınıflandırma çerçevesinde davayı açan taraf ve davada korunan ortak menfaatin niteliği kriterlerine göre üç ayrı grup davası türü yer almaktadır. Bu türlerden her biri niteliğine uygun olarak ifade edilebilmesi amacıyla farklı bir terim ile adlandırılmaktadır..¹¹⁴ Şöyle ki:

Birincisi: Belirli veya belirlenebilir bir sınıf içinden kişiler tarafından açılan kollektif koruma sağlayan davalardır. Bu dava türü ‘‘*Class Action-*’’ (*Sınıf Davası*) veya ‘‘*Group Action*’’ (Grup Davası) terimleri ile ifade edilmektedir.¹¹⁵ Bu davalarda davacı tarafta yer alacak grup üyeleri bakımından kurumsal olarak organize olmamış, bu bağlamda sayıları ve kimlikleri bakımından belirsizlik arz eden kişiler topluluğu bulunmaktadır.¹¹⁶

İkincisi:Tüketici Birlikleri veya Meslek Odaları, Ticaret Odaları gibi kuruluşlar¹¹⁷ tarafından üyelerinin çıkarlarını korumak amacıyla açılan davalardır.¹¹⁸ Bu dava türü ‘‘*Representative Action*’’ (*Temsici -Davası*)¹¹⁹veya ‘‘*birlik davası*’’¹²⁰ terimleri ile ifade edilmektedir.

¹¹³ Bu türler, nitelikleri ve kullanılan terimlere ilişkin açıklamalar için bkz I.7.

¹¹⁴ Şahin-Şahin Çelik; s 383, s390; Hanağası(2009b); s 368; Gündüz- Koyuncu; s 122; Özbay(2009); s 83-88.

¹¹⁵Şahin, Murat; Rekabet Hukukunda Tazminat Talepleri- ABD,AB ve Türk Rekabet Hukuklarında (On İki Banka Rekabet İhlali Tazminat Rehberi Ekiyle), Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, XII Levha Yayınları,İstanbul, 2018, s 112; Ayrıca bu terime ilişkin açıklama için bkz dp 29.; Gündüz-Koyuncu; s 123.

¹¹⁶ Özbay(2009); s41.; Gündüz-Koyuncu; s 123.

¹¹⁷ Gündüz-Koyuncu; 122.

¹¹⁸ Bu tür davalar, Türk medeni usul hukukunda HMK m 113’te ‘*Topluluk Davaları*’ terimi ile ifade edilmiştir.

¹¹⁹Şahin; s 112; Bu tür davalar genellikle tüketici birlikleri ya da mesleki Birlikler tarafından üyelerinin çıkarlarını korumak amacıyla ve üyelerini temsilen açılabilir. (Şahin-Şahin,Çelik; s 383,s 390; Basedow; s 197).

Diğer taraftan üye devletlerin çoğunda tüketici birliklerinin ve diğer mesleki,ekonomik birliklerin üyelerinin ve temsil ettikleri diğer kişilerin çıkarlarını korumak amacıyla dava açmaları zaten mümkündür.Ancak ilgili hükümler çerçevesinde açılacak dava sadece tecavüzün önlenmesi davasıdır.Tazminat davaları bu hükümler kapsamında yer almamaktadır. (Basedow; s 204 ; Şahin- Şahin Çelik;s 383, 390; Brkan, M; ‘Procedural Aspects of Private Enforcement of EC Antitrust Law’, World Competition,2005,No 479,s 479-502).

¹²⁰ Gündüz-Koyuncu; s122-123.

Bu davalarda ise davacı tarafta yer alan grup üyeleri kurumsal olarak organize olmuş, bu bağlamda sayıları ve kimlikleri bakımından belirlilik arz eden kişiler topluluğu bulunmaktadır.¹²¹

Üçüncüsü: Belirli bir sınıfın menfaatlerini korumak için değil de; genel olarak kamu yararını korumak amacıyla açılan davalardır. Bu davalara ‘*Public Interesting Action*’(‘kamu yararı davası’)¹²² adı verilmektedir.¹²³

II.7.2. Kesin Hükümün Etkisine Göre Yapılan Sınıflandırma Çerçevesinde Yer Alan Türler ve Terimler

Kollektif koruma sağlayan davalar için yapılan bir diğer sınıflandırma da kollektif koruma sağlayan davanın sonucunda verilen kesin hükmün etkisi kriterine göre yapılmaktadır. Bu türlere Bu dava türleri ABD antitrust hukukunda bazı eyaletlerde¹²⁴ ve AB rekabet hukukunda bazı üye devletlerde uygulanmıştır.¹²⁵

Medeni usul hukukunda bir dava sonucunda verilen kesin hüküm sadece bu davanın tarafları üzerinde etkili olduğu ilkesi kabul edilmektedir.(HMK m 303) Ancak kollektif koruma sağlayan davaların sonucunda verilen kesin hükmün, kural olarak, dava konusu aynı ortak menfaate sahip ve davaya katılmamış olan grubu da etkilemesi ihtiyacı ve beklentisi bulunmaktadır. Tespit ve men davalarında verilen kesin hüküm davanın niteliği gereği davaya katılmamış olan grup üyelerini de etkileyecektir. Tazminat davaları bakımından ise durum farklıdır.Davaya katılmamış olan grup üyelerinin daha sonra yeni davalar¹²⁶ açarak tazminat talep etmeleri kollektif koruma sağlayan davaların amacına ve mantığına ters düştüğü gibi, aynı bağlamda usul ekonomisine de aykırıdır.Bu nedenlerle kollektif koruma sağlayan eda davalarında kesin hükmün etkisi kabul edilen usul hukuku ilkesi karşısında istisnai nitelik göstermekte olup özel bir öneme sahiptir.¹²⁷

Bu davaların kesin hükmün etkisi bakımından iki türü bulunmaktadır¹²⁸.Şöyle ki:

¹²¹ Gündüz-Koyuncu; s 123.

¹²²Şahin; s 112; ‘Publicinteresting Action’ terimi, Türkçe hukuki karşılığı bakımından ‘Kamu Yararı Davası’ anlamını taşımaktadır.(Tuğlacı;s 405; Longman; s 543).

¹²³ Bu dava modellerine ilişkin açıklamalar için bkz Basedow;;s 199-206.

¹²⁴ Hausfeld; s 57-61; Şahin- Şahin Çelik; s 388-390.

¹²⁵Örneğin bu davalar İsviçre ve Danimarka’da uygulanmıştır.(Hausfeld; s 57; Şahin –Şahin Çelik, s 389).

¹²⁶ Özbay; s 193-200; Şahin- Şahin Çelik; s388.

¹²⁷ Şahin- Şahin Çelik; s388.

¹²⁸ Bu dava türlerine ilişkin açıklamalar için bkz Hausfeld,,s 57vd.;Şahin-Şahin Çelik; s 389Waller ‘*Rekabet Hukukunda Kamu Özel Ortaklıkları*’,Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu IV, Erciyes Üniversitesi,Rekabet Kurumu Yayını, Kayseri, 2006, s 55-56;Mulheron,Rachael;‘ The Class Action in Common Law Legal System- Acomparative Perspective’, Hrdpublishing, UK Edition,London,2004, s 57 vd.

ABD antitrust hukukunda Sınıf davalarına ilişkin ilk düzenleme 2005 tarihli ‘The Class Action Fairness Act’(Sınıf Davalarında Adillik Kanunu)’dur. (Hausfeld; s57 Şahin Şahin Çelik; s389); Ancak bu Kanun 2017’ tarihli ‘Fairness in the Class Action and Tranceparency Act of 2017’(Sınıf davalarında Adillik ve Saydamlık Kanunu) ile yürürlükten kaldırılmıştır.Bu Kanun ABD antitrust hukukunda sınıf davalarını düzenleyen hukuki düzenlemenin uzun zamandır yürürlükte olması karşısında,Bu düzenlemedeki ilkelere

Bu türlerden birincisi, kesin hükmün adına dava açılan grubun bütün üyelerini etkilediği dava türüdür. Bu davalarda grup üyeleri arasında bu sonuçlardan etkilenmek istemeyen grup üyelerini bu durumu açıkça belirterek davadan çıkma talebinde bulunmaları gereklidir. Sistemde Mahkemelerin bu taleplerin kabul edilmesi bakımından takdir yetkileri bulunmamaktadır. Diğer ifade ile çıkma talebinde bulunan üye, davadan çıkar. Bu dava türü “*Opt out*”(Katılmasız/çıkma) Grup davası¹²⁹terimi ile ifade edilmektedir. Bu davalarda, kesin hüküm adına dava açılan grubun belirlenmesinin ardından yapılan bildirimle rağmen davacı grubun kapsamından çıkmak istediğini açıkça beyan etmeyen grup üyeleri için bağlayıcıdır.¹³⁰

Diğer tür ise, opt out sınıf davası sisteminden farklı olarak, adlarına dava açılan grup üyelerinin, kesin hükmün olumlu veya olumsuz etkilerine maruz kalabilmek için mahkemeden grup üyesi olarak açıkça davaya dahil olma talebinde bulunmaları gereklidir. Bu dava türü “*Opt in*”¹³¹(Katılmalı)Grup Davası terimi ile ifade edilmektedir.¹³²Bu davalarda ise, kesin hüküm adına dava açılan grubun belirlenmesinin ardından yapılan bildirimle sadece açıkça davaya dahil olmak istediğini yazılı olarak beyan eden grup üyeleri için bağlayıcıdır.¹³³

II.7.3. Davada Talep Edilen Hukuki Korumanın Türüne Göre Yapılan Sınıflandırma Çerçevesinde Yer Alan Türler ve Terimler

Davada talep edilen hukuki korumanın türüne göre yapılan sınıflandırma çerçevesinde yer alan türler Medeni usul hukukunda genel olarak yapılan ayrıma paralel olarak önleme, tespit ve tazminat talepli grup davaları olarak üç türe ayrılmaktadır. Bu türlerden önleme talepli grup davalarında dava konusu rekabet ihlali eylemi veya eylemlerinin önlenmesi talep edilmektedir. Tespit talepli Grup davalarında dava konusu rekabet ihlali eylem veya eylemlerinin tespiti talep edilmektedir. Tazminat talepli grup davalarında ise dava konusu rekabet ihlali eylem veya eylemlerinden doğan zararların tazmini talep edilmektedir.¹³⁴Bu çalışmanın konusunu, rekabet hukukunda tazminat talepli grup davaları oluşturmaktadır.

II.8. Rekabet Hukuku Alanında Grup Davaları

II.8.1. Rekabet Hukuku Alanında Grup Davalarının Önemi ve Amacı

Rekabet ihlali eylemlerinden kaynaklanan zararlar, dağıtım zincirinin farklı kademelerinde yer alan pek çok kişiyi ve en son kademede nihai tüketicileri etkileyerek geniş bir alana

Dünya çapındaki yeni gelişmelerin dikkate alınması ve tekrar gözden geçirilmesi suretiyle bir reform ihtiyacı olduğu gerekçesiyle hazırlanmıştır. 2017 tarihli bu Kanunda özellikle sınıf davalarında saydamlığın ve taraflar arasındaki adil dengelerin kurulması hedeflerine yönelik yeni çözüm ilkeleri belirlenmiştir(Hansell-Monts; s1).

¹²⁹ Mulheron; s 57-62

¹³⁰ Gündüz-Koyuncu; s 124.

¹³¹ Mulheron s 63-71.

¹³² Gündüz-Koyuncu; s 124.

¹³³ Gündüz-Koyuncu; s 124.

¹³⁴ Gündüz-Koyuncu; s124.; Deren-Yıldırım(1996); s 250.

yayılmaktadır.¹³⁵ Ayrıca bu kişiler doğrudan zarara uğrayabilecekleri gibi dolaylı olarak da zarara uğrayabilmektedirler.¹³⁶

Bu durum kapsamında,tazminat davası açılması bakımından ortaya çıkan en önemli engel, rekabet ihlali eylemi nedeniyle zarara uğrayan çok sayıdaki kişiden özellikle tüketicilerin uğradıkları zararın miktarının küçüklüğü ve bu kadarlık tazminat için yargılama gideri sarfedilmesine değmeyeceği düşüncesiyle aralarında bir organizasyon da olmadığından dava açmaktan kaçınmalarıdır. Bunun sonucu olarak, bu kişilerin zararları tazmin edilmediği gibi, rekabet ihlallerinden elde edilen büyük kazançlar ihlali gerçekleştiren teşebbüslerin yanına kar olarak kalmaktadır.Bu da teşebbüsleri rekabet ihlallerine teşvik etmekte ve cesaretlendirmektedir.Sözkonusu kazançların büyüklüğü karşısında idari para cezaları caydırıcı olamamaktadır. Teşebbüsler kartel kazançları ile idari para cezalarının miktarı arasındaki farkın miktarına göre hesaplar yaparak,kartel kazancının miktarının biraz daha fazla olması olasılığında, ihlale teşvik edilmekte ve ihlali göze almaktadırlar.Oysa tazminat davalarının etkinleştirilmesi olasılığında; bu hesap tersine dönebilecek, yani para cezalarına tazminat miktarı da eklenince kartel kazancı azalacak, hiç kalmayacak veya ihlalciler aleyhine bir maddi kayıp dahi ortaya çıkabilecektir.

Rekabet hukuku alanında grup davalarının önemi ve amacı da bu durumda ortaya çıkmaktadır.Zira rekabet hukuku alanında grup davalarının açılmasına imkan tanınması durumunda rekabet ihlallerinden zarara uğrayan geniş kapsama yaygın mağdur grubunun tazminat davası açması kolaylaşacaktır. Bunun sonucu olarak öncelikle ihlalcilerin yaptıkları kartel karı ile idari para cezaları arasındaki farka ilişkin hesap tam tersine dönecek,diğer ifade ile ihlalcileri teşvik eden mekanizma tam tersine dönecek ve caydırıcı bir mekanizmaya dönüşecektir.Buna ek olarak mağdurların zararlarının da tazmin edilmesi ile hakkaniyet sağlanacaktır.

¹³⁵ Rekabet ihlallerinden doğan zararın yaygınlığı hakkında açıklamalar için bkz Yılmaz,T; Rekabet Hukukunun İhlalinden Doğan Zararlar ve Bu Zararların Sorumluluk Huku kuna Göre Tazmin Edilmesi, İstanbul Bilgi Üniversitesi YayınlanmamışYüksek Lisans Tezi, İstanbul,2006, s 32-56.

¹³⁶ Büyükbağış, Erdem- Koyuncu, Tuğçe; ‘Rekabet İhlallerinden Kaynaklanan Tazminat Davalarına İlişkin AB Yönergesinde Yer Alan Aktarma (Passing On) Savunması ve Toplu Dava Hakkı’, BATIDER, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayını, Mart-2016, Cilt 32, Sayı 1, s 59-73.

Bu bağlamda AB¹³⁷ ve ABD¹³⁸ rekabet hukuku sistemlerinde tazminat davalarına idari para cezası yaptırımlarını tamamlayıcı bir yaptırım olarak caydırıcılık işlevi yüklenmektedir. ¹³⁹

ABD antitrust hukukundaki rekabet kurallarının etkinliğinin sağlanmış olmasının başlıca sebebinin, antitrust alandaki ihlallere karşı tazminat davalarının açılmasını kolaylaştırıcı etkenlerin varlığı olduğu kabul edilmektedir.¹⁴⁰ Bu etkenlerden birisi de grup davalarının açılmasına imkan verilmiş olmasıdır.¹⁴¹

¹³⁷ Raybould, D M- Firth, Alison; Law of Monopolies Law and Practice in the USA, EEC, Germany and The UK 1st Edition Graham and Trotman Limited UK-Kluwer Academic Publishers Group USA, 1991, s. 67; Baş, s. 44; Wils, W. P.C.; *Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe?*, World Competition, 2013, Vol. 26, s. 473-474. Coşkun; s. 149; İnan, Nurkut; '4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Özel Hukuka İlişkin Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış', Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu II, Kayseri 2004, s. 57; Sanlı, Kerem Cem; 'Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu', Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-I, Kayseri 4 Nisan 2003, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2003, s. 221; Topçudöğü, M; 'Rekabet Hukukunda Üç Kat Tazminat', Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, 2009, s. 6.

¹³⁸ Russel, T. L.; 'Exporting Class Actions to the European Union', Boston University International Law Journal, 2010, Cilt: 28, S: 2, s. 143;

¹³⁹ Rekabet hukukunda idari para cezalarının caydırıcılık amacı ve etkinliğinin sağlanması hakkında bkz. Gönen, Kazım Emre; Rekabet Hukukunda İdari Para Cezaları, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara, 2003, s. 66. Koç, Emin; 'Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Düzenlenen Para Cezaları İçin Öngörülen Usul'; Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2012(98), s. 232; Korkmaz Olgı Hikmet; 4054 Sayılı Kanunda Öngörülen İdari Para Cezaları ve Yargısal Koruma, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2002., s. 19; Kortunay; s. 95-98; Türk Rekabet Hukukunda rekabet ihlali eylemlerine bağlanan idari para cezalarının caydırıcılığının artırılması amacıyla son olarak RKHK m. 16 ve m. 27 hükümlerine dayanılarak Rekabet Kurumu tarafından 'Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik' (RG 15.02.2009 S. 27142) yürürlüğe konulmuştur.

¹⁴⁰ Örneğin: ABD antitrust hukukunda bu davalar Clayton Kanunu'nda düzenlenmiş ve maksimum düzeyde geniş bir koruma sağlamak amacıyla zarar gören herkese dava açma hakkı tanınmıştır. Gene üç kat tazminata hükmedilmesine ilişkin kural davalıların müşterek ve müteselsilen sorumlu oldukları hükmü ile daha da güçlendirilmiş ve davalılar arasında rücu imkanı engellenmiştir. Böylece davalılar yargılama sürecinin erken aşamalarında davacılarla uzlaşmayı tercih etmeye teşvik edilmek istenmiştir. (bu tedbirlere ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Gündüz-Koyuncu; s. 91-94.). Bu hukuki çerçevede ABD antitrust hukukunda grup davaları bazı yazarlar tarafından ihlallerle mücadelede sosyal açıdan tarihteki en etkin çözüm yolu olarak değerlendirilirken (Waller; s. 57); bazı yazarlar tarafından da 'yasallaştırılmış şantaj' olarak değerlendirilmektedir. Russel, T. L.; 'Exporting Class Actions to the European Union', Boston University International Law Journal, 2010, Cilt: 28, S: 2, s. 71). Bu farklı değerlendirmelere rağmen sözkonusu ilkelerin yürürlüğe girişinden itibaren 10 yıl içinde ABD'de açılan bireysel davalara kıyasen grup davalarının hızla yükseldiği bir gerçek olarak tespit edilmiştir. Bu tespiti ortaya koyan istatistik veriler için bkz. Hataway, C S- Dillickrat, TJ-Schmidt, JM; 'Trends in Private Federal Antitrust Litigation to Prevail', Global Competition Review, 2010, London, UK, s. 40. ABD antitrust hukukunda grup davaları davacı tarafın niteliği kriterine göre iki kategoriye ayrılmaktadır. Bunlardan, birinci kategorideki davalar zarar gören rakipler tarafından açılan davalarlardır. Bunlar davalıların gerçekleştirilmiş olan ihlalin etkisiyle piyasa dışına itilmiş olan ve bu suretle zarar görmüş olan rakipleri tarafından açılan davalarlardır. İkinci kategoride yer alan davalar ise, alıcılar tarafından açılan davalarlardır. Bu davalar ise rekabet ihlalinin gerçekleştiren teşebbüslerin piyasaya kartel fiyatıyla sunmuş oldukları mal veya hizmetlerin doğrudan alıcıları tarafından açılan davalarlardır. Bunlardan ikinci kategoride yer alan davalar genellikle grup davası olarak açılmaktadır. (Waller, S V; 'Rekabet Hukukunda Kamu Özel Ortaklıkları', Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu IV, Erciyes Üniversitesi, Rekabet Kurumu Yayını, Kayseri, 2006, s. 53-54.)

¹⁴¹ Özbay (2009); s. 245.

Bu açıklamalar çerçevesinde rekabet hukuku alanında grup davalarının işlevleri doğrultusunda asıl amacının tazminat davalarının açılmasının teşvik edilmesi, yaygınlaştırılması ile zararların tazmin edilmesi ve caydırıcılığın sağlanması suretiyle rekabet kurallarının etkinliğinin sağlanması olduğunun ileri sürülmesi mümkündür.

II.8.2. Rekabet Hukuku Alanında Grup Davalarının İşlevleri

Rekabet hukuku alanında grup davalarının, yukarıdaki açıklamalarımızda vurgulanmış olan rekabet kurallarının etkinliğinin sağlanmasına ilişkin nihai amacının gerçekleştirilmesine yönelik olarak iki temel işlevi bulunmaktadır. Bu işlevler, bu nihai amaca yönelik araç oluşturan zararların tazmin edilmesi ve caydırıcılığın sağlanması amaçlarına da paraleldir¹⁴². Bu bağlamda olağan olarak amaçlar ve işlevler arasında bir paralellik ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki:

Birinci işlev ‘düzeltici adalet’ olarak da adlandırılan¹⁴³ zararların tazmin edilmesi yani tazminat işlevidir. Bu işlev grup davası açılması imkanı bulunmasaydı, açılmayacak olan davaların bir arada görülmesine imkan sağlamak suretiyle, zararların tazmin edilmesini, böylece hem mağdurların adalete ulaşmalarını sağlayarak hem de kartel karının ihlalcilerin yanına kalmasını engelleyerek ihlallerin teşvik edilmesini engellemektedir.¹⁴⁴

İkinci işlev ise caydırıcılık işlevidir. Bu işlev kartel karı ile idari para cezalarının arasındaki farka dair hesap yaparak, karın miktarının ceza miktarından fazla olması durumlarında, ihlali gerçekleştirmeyi tercih eden ihlalcilerin hesaplarını tam tersine çeviren böylece ihlal eylemlerinin teşvik edilmesinin engellenmesini sağlayan işlevdir. Zira rekabet ihlali eylemlerinden elde edilen karın idari para cezası miktarından fazla olması ve bu karın grup davaları sonucunda hükmedilen tazminat miktarı ile toplamından az olması genellik arz eden durumlar olup; bunun aksi durumlar ise istisnaidir.¹⁴⁵

Öğretide grup davalarının caydırıcılık işlevi özellikle vurgulanmaktadır.¹⁴⁶ Bu işlev gelecekte gerçekleşmesi muhtemel rekabet ihlallerinin önlenmesi olarak açıklanmaktadır. Mantığı ise ihlal potansiyeli olan teşebbüslerin, bu eyleme karar vermeden önce yaptıkları fayda maliyet analizine dayanmaktadır. Maliyet idari para cezası ve/ve tazminat yaptırımından ibaret olup, fayda parasal kazanç olarak ortaya çıkmaktadır. Bu analizde potansiyel ihlalciler eğer, fayda elde etmeyeceklerse, değmeyecek kadar az fayda elde edeceklerse ya da zarar edeceklerse ihlal eyleminden baştan vazgeçmektedirler. Bu teşebbüsler grup davalarının açılmasının mümkün olduğu durumlarda, genellikle, fayda elde edemeyecekler, değmeyecek kadar az fayda elde edecekler, hatta zarar dahi edebileceklerdir. Bu nedenle grup davalarının açılmasına imkan

¹⁴² Bu amaçlara ilişkin açıklamalar için bkz. II.8.1.

¹⁴³ Koyuncu; s6.

¹⁴⁴ Koyuncu; s7.

¹⁴⁵ Koyuncu; s8-9.

¹⁴⁶ Becker; ‘Crime and Punishment’, The Journal of Political Economy, 1968, Vol:76, No:2, s 169; Wils, s 9; Koyuncu; s 8.

verilmesinin rekabet hukukunda caydırıcılığın ve rekabet kurallarının etkinliğinin sağlanması bakımından önemi kesinlikle kabul edilmektedir. Aksi takdirde ihlaller teşvik edilmektedir.¹⁴⁷

III. Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Grup Davaları

III.1. Hukuki Gelişim Süreci

AB rekabet hukukunda grup davaları kavram ve uygulamaları bu alandaki tazminat davalarının gelişim süreci kapsamında, diğer ifade ile tazminat davalarının gelişim sürecine paralel olarak ortaya çıkmış ve gelişmiştir. Bu bağlamda aşağıdaki açıklamalarımızda grup davalarının AB rekabet hukuku alanındaki ortaya çıkış ve gelişim süreci sistematik olarak tazminat davalarının gelişim süreci kapsamında incelenmiştir.

AB rekabet hukukunda ABİHA'da rekabet ihlallerinin özel hukuka ilişkin sonuçları hakkında hiçbir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumun sebep olduğu belirsizlik karşısında, konuya ilişkin Adalet Divanı Kararlarının¹⁴⁸ ve 1/2003 S Tüzük ile getirilen ex-post muafiyet sisteminin¹⁴⁹ etkin kılınması ihtiyacı rekabet kurallarının uygulanmasından sorumlu birim olarak Komisyon tarafından, Avrupa Parlamentosu gibi diğer bazı birimlerin de katılımıyla tazminat davalarına yönelik çalışmaların başlatılmasına neden olmuştur.¹⁵⁰

Komisyon bu çalışmalara, ilk olarak 2004 yılında, ünlü bir İngiliz Hukuk Bürosu olan Ashurt hukuk bürosuna, AB Komisyonu adına üye ülkelerde rekabet hukukunun özel hukuk uygulamasına ilişkin geniş ve özellikle, tazminat taleplerine ilişkin mevcut ilkeler ile uygulamaların ve sorunların tespiti amaçlı geniş çaplı bir araştırma yaptırtmakla başlamıştır.¹⁵¹

Ashurt Hukuk Bürosu tarafından da bu araştırmanın sonuçlarını içeren, bir Rapor (Ashurst Raporu) hazırlanmıştır.¹⁵²

¹⁴⁷ Wils; s 9; Şahbaz, A. U.; ABD Uygulaması Işığında Rekabet İhlallerinden Doğan Zararların Tayini ve Tazmini, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2008, s 83.

¹⁴⁸ Bu kararların başlıca örnekleri şunlardır: Courage v Crehan, Case C-453/99/(2001); ECR ; 2001,28. Parag 26-29;

Vincenzo Manfredi v. Lloyd. ECJ, C-295/04(2006); ECR; 2006, 461. parag 61.; Belgische Radio en Televisie v. Sabam, Case 127/73,(1974); ECR; 1974,25.

¹⁴⁹ AB rekabet hukukunda tazminat taleplerinin idari para cezalarını tamamlayıcı fonksiyonu 1/2003 S Tüzük 7 No'lu Gerekeçde şöyle ifade edilmiştir. 'Üye Devlet Mahkemeleri Birlik rekabet kurallarının uygulanmasında önemli bir görev icra etmektedirler. Özel hukuk kişileri arasındaki uyuşmazlıklarda Birlik hukukundan kaynaklanan sübjektif hakları, ihlalden zarar görenleri tazminata hükmetmek suretiyle korumaktadırlar. I/2003 Council Regulation of 6.12.2002, OJ L 133/1 30.04.2004, p 125; Bu Tüzük ile düzenlenen değişiklikler ve yeniliklere ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz Ersoy, Çiçek; 'Avrupa Topluluğu Rekabet Usul Hukuku Reformu(Avrupa Topluluğunu Kuran Anlaşmanın 81 ve 82. Maddelerinin Uygulanmasına İlişkin /2003 S Tüzük), Rekabet Dergisi, 2003, S 16, s 33.

¹⁵⁰ Kortunay; s 97.

¹⁵¹ Kortuay; s97; Şahin, M; s 77.

¹⁵² European Commission; Wealbroeck-Slater, D-Even, Shoshan: (Ashurst Raporu)(31.08.2004); Commission of the European Communities (2004) Study On The Conditions for Damage in Case of Infringement of European Communities Competition Rules Comparative Report. Brussel.

Bu Raporda 25 üye ülkedeki tazminat taleplerine ilişkin uygulamaların yeterince gelişmediği ve önemli ölçüde farklılıklar gösterdiği tespit edilmiş ve vurgulanmıştır¹⁵³. Ayrıca bu Raporda tazminat taleplerinin gelişiminin ve etkin olarak uygulanmasının önündeki önemli engeller olarak: Üye ülkelerin çoğunda grup davası açma imkanının olmayışı, sorumluluk için kusur şartının aranması, davacı tarafa delillerin toplanması ve ispat yüküne ilişkin kolaylık sağlanmaması, ulusal rekabet otoritelerinin kararlarının mahkemeler için bağlayıcı olmaması, zararın hesaplanmasına ilişkin uygun yöntemlerin kabul edilmemiş olması, tazminat davalarına ilişkin zamanaşımı sürelerinin kısa oluşu ve yargılama giderlerinin davayı kaybeden tarafa yüklenmesi tespitleri yapılmıştır.¹⁵⁴

AB rekabet hukukunda grup davalarına ilk defa tazminat davalarının önündeki usuli engellerden birisi olarak Ashurt Raporunda değinilmiştir¹⁵⁵.

Komisyon tarafından Ashurt Raporundaki bu tespitler ile AB rekabet hukukunda tazminat davalarına ve bu kapsamda grup davalarına ilişkin ilkeleri içeren açık bir hukuki düzenlemenin bulunmaması karşısında; öncelikle bu hususa ilişkin ilkeleri içerecek hukuki düzenlemenin hazırlıklarına başlamak yerine ilgili uyuşmazlıkların dava yoluyla çözülmesine tahkim arabuluculuk gibi alternatif çözüm yolları üzerinde durmuştur.

Komisyon'un öncelikle alternatif çözüm yolları üzerinde durmasının gerekçesi şöyle açıklanmaktadır : Rekabet ihlallerinden doğan zararların oldukça geniş bir alana yayılarak çok sayıdaki gerçek veya tüzel kişiyi etkileme özelliğine sahiptir. Bu bağlamda bu nitelikteki uyuşmazlıkların dava yoluyla çözülmesi dava sayısının hızla artmasına, davaların uzamasına ve böylece ortaya çıkacak yüksek tutarlı yargılama giderleri üye devletler üzerinde büyük yük oluşturacağı gibi, tazminat alacağının tutarı küçük olan davacıları da dava açmakta caydırabilecektir. Oysa alternatif çözüm yolları bu sakıncaları bertaraf edecektir. Bu nedenlerle üye devletlerin çoğunda rekabet ihlallerinden doğan zararların tazminine ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde alternatif çözüm yolları tercih edilmiştir.¹⁵⁶

Diğer taraftan başlangıçta AB rekabet hukukunda grup davalarının kabul edilmesi gerekliliği sorunu zorlu hukuki tartışmaları ortaya çıkarmıştır. Bir taraftan bu davaların sisteme kazandırılması gerekliliği savunulurken, diğer taraftan grup davalarının AB'ye üye devletlerin hukuk sistemlerinde kabul edilmesi “*European madness*” (Avrupa'daki çılgınlık) olarak değerlendirilmiş ve grup davalarının AB'de kabul edilmesinin mümkün olmadığı, mevcut ihtiyacın karşılanması için, alternatif çözümlerin kabul edilebileceği savunulmuştur.¹⁵⁷

¹⁵³ Ashurt Raporu, s 5; Kortunay, s 97; Şahin, M; s 77;

¹⁵⁴ Ashurt Raporu; s 7; Büyükbaş- Koyuncu; s 169.

¹⁵⁵ Ashurt Raporu; s 1.

¹⁵⁶ Cartels Working Group; Interaction of Public and Private Enforcement in Cartel Cases, Moscow: International Competition Network (2007); s 26-27.

¹⁵⁷ Bu görüşlerin taraftarlarına ilişkin Almanca kaynak atıfları için bkz Uysal, Merve; ‘*Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Kollektif Hukuki Araçlar*’, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 15, Özel Sayı, 2013, s 1164, dp 3,4,6.

Bu tartışmalar karşısında Komisyon bir çalışma metninde Grup davalarının üye devletlerde kabul edilmesinin mümkün olmadığını belirtmiştir.¹⁵⁸ Bu kanaatini üç temel gerekçeye dayandırmıştır. Şöyle ki: İlk gerekçe: Keşif usulü bakımından üye devletlerdeki usulün ABD’den farklı olmasıdır.¹⁵⁹ İkinci gerekçe: Üye devletlerde, yargılama sırasında avkatlık ücretine hükmedilmesinin mümkün olmamasıdır. Üçüncü gerekçe ise: opt out grup davalarının üye devletlerdeki vatandaşların haklarını zedeleyeceğidir.

Böylece Komisyon, öncelikle alternatif çözüm yolları üzerinde yoğunlaşmıştır. Komisyon ilk defa 2002’den itibaren tazminat davaları bakımından Birlik bütünündeki uygulamalarda yeknesaklığı sağlamak amacıyla alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına ilişkin hukuki ilkelere ve uygulamalara ilişkin görüşlerini tartışmaya açmıştır.¹⁶⁰ Komisyon görüş açıkladığı hususlar arasında alternatif çözüm yollarına ilişkin sözleşmelerin içerik ve şekil bakımından nasıl olması gerektiği, zamanaşımı sürelerinin hangi ölçüte göre belirlenmesi gerektiği ile ticari sırların korunmasına ve dolaylı alıcılar özellikle tüketiciler açısından etkinliğin sağlanmasına yönelik tedbirlerin neler olması gerektiği hususları bulunmaktadır.¹⁶¹

Komisyon bu çalışmalarının sonucunda 2004’te ‘‘A Proposal Directive of The European Parliament and of The Council on Certain Aspect of Mediation in Civil and Commercial Matters’’ (Ticari ve Medeni Hukuk Uyuşmazlıklarında Uzlaşma Esaslarına İlişkin Taslak)’ı¹⁶² Avrupa Parlamentosuna sunmuştur.

Bu Taslakta AB’de arabuluculuğun geliştirilmesi ile ilgili ilkelere yer verilmiştir. Bundan sonra Avrupa Parlamentosu 2007’de bu Taslakla ilgili olarak kendi önerilerinin yer aldığı bazı değişiklikleri yayınlamıştır.¹⁶³

Arabuluculuk kurumu rekabet ihlallerine karşı açılacak tazminat davaları bakımından grup davalarının açılmasına olan ihtiyacın karşılanması, ve grup davası açılmasının kabulü çözümüne ilişkin sakıncaların bertaraf edilmesi için, son derece uygun olmakla beraber; ilerleyen süreçte bu Taslakla ve dolayısıyla alternatif çözüm yolları ile ilgili somut bir gelişme olmamıştır.

Bunun üzerine Komisyon tazminat davalarına ilişkin uyuşmazlıkların dava yoluyla çözümlenmesi seçeneğine yönelmiştir. Bu çerçevede tazminat davalarına ilişkin genel çalışmaların yanısıra grup davalarına özel çalışmalar da dikkat çekmektedir. Bütün bu

¹⁵⁸ Health and Consumer Protection Directorate- General of European Commission: An Analysis and evaluation of alternative means of consumer redress other than redress through ordinary judicial proceeding’, [http:// ec.europa.eu/consumers/redress/reports_studies/comparative_report_en.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/redress/reports_studies/comparative_report_en.pdf) ,17.01.2007, s 268. (04.01.2010).

¹⁵⁹ ABD antitrust hukuku öğretisinde de bu davalar olumsuz eleştiri konusu olmuştur. Bkz Miller, Arthur; ‘Comment of Frenkheistein Monsters and Shining Knights: Myt, Reality and the ‘Class Action Problem’’, Harvard Law Review, 1992, Vol 11, s 666 vd.; Wyne, R; ‘Diversity Class Action In Louisiana, A Resolution to National Class Action Debate’ Loyola Law Review, 2014, Vol 50, s 755.

¹⁶⁰ Şahin; s 115.

¹⁶¹ Cartels Working Group; s 27.

¹⁶² 2004/251 COM(2004) 718.

¹⁶³ Şahin; s 115-116.

çalışmalarda üye devletler bakımından grup davası açılmasının kabul edilemeyeceğine ilişkin kesin görüşünden vazgeçtiği veya uzaklaştığı ortaya çıkmaktadır. Zira Komisyon rekabet hukuku alanında grup davası açılmasına ilişkin ilkelerle ilgili görüşlerini ve önerilerini açıklamaktadır.¹⁶⁴

Komisyon tarafından, grup davalarına özel olarak Mart 2005'te yapılmış olan ilk çalışma, AB rekabet hukuku kurallarının ihlali durumunda başvurulmak üzere, zarara uğrayanları zararlarının miktarının küçüklüğü sebebiyle tazminat talebinden vazgeçmelerine sebep olan engelleyici veya zorlaştırıcı unsurları ortadan kaldırmak veya kolaylaştırmak amacıyla hazırlanmış olan ‘*Commission Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Establishing a European Small Claims Procedure*’ (Küçük Taleplere İlişkin Usuli Düzenlemelerin) Yapılması Hakkında Önerge)’dir.¹⁶⁵

Komisyon, bundan sonra, Ashurt Raporundaki tespitleri dikkate alarak, AB rekabet hukukunda genel olarak tazminat taleplerine ilişkin önerilerini içeren 19.12.2005 tarihli ‘*Green Paper*’ı (Yeşil Kitap)¹⁶⁶ ve onun eki niteliğindeki 2005 tarihli Çalışma Raporunu (Working Paper- 2005)¹⁶⁷ yayınlamış; tazminat taleplerinin geliştirilmesine ve bu davaların yayınlattırılmasını engelleyici ve zorlaştırıcı unsurların ortadan kaldırılmasına veya kolaylaştırılmasına yönelik olarak yapılacak olan hukuki düzenlemelere ilişkin görüşlerini, çeşitli önerilerle birlikte kamuoyuna sunmuştur. Komisyon tarafından rekabet hukuku alanında genel olarak tazminat uyuşmazlıklarının dava yoluyla çözümlenmesine ilişkin ilkelerin belirlenmesine yönelik olarak yapılmış olan çalışmalar kapsamında özel olarak grup davalarına ilişkin görüşlere önerilere ağırlıklı olarak yer verilmiştir.¹⁶⁸

Avrupa Parlamentosu da Yeşil Kitapta yer alan konular hakkında , çok kapsamlı olmamakla birlikte somut bazı çözüm önerileri getirerek, tazminat davalarının etkinleştirilmesi çalışmalarına dahil olmuştur.¹⁶⁹

¹⁶⁴ 2004/251 COM(2004) 720.

¹⁶⁵ ‘‘European Commission Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Establishing a European Small Claims Procedure ‘, COM.(2005) 87, of 15 March 2005.

¹⁶⁶ European Commission; (Yeşil Kitap) (2005) ‘‘Green Paper on Damages Actions For Breach of the EC Antitrust Rules’’, Brussels, 19.12.2005, (COM 2005), 672.

AB hukukunda kavramsal anlamda Yeşil Kitap: Belirli bir alanda bir öneri sunarak Avrupa düzeyinde bir tartışma ve danışma sürecini başlatmak amacıyla Avrupa Komisyonu tarafından hazırlanan belgelerdir. Yeşil Kitabın kapsadığı tartışma ve danışmaların bir Beyaz Kitabın konusunu oluşturabilir. Yukarıda sözedilen AB rekabet hukukunda tazminat taleplerinin ilkelerinin belirlenmesine ilişkin 19.12.2005 tarihli Yeşil Kitap bunun bir örneğidir. AB hukukunda önem atfedilen bir diğer Yeşil Kitap Örneği: 10.11. 2010 tarihinde yayımlanmış olan ‘COM(2010) 629 final sayılı Kapsayıcı Büyüme ve Sürdürülebilir Kalkınma için AB’nin Kalkınma Politikasının Etkisinin Arttırılması’ başlıklı Yeşil Kitaptır. T.C. AB Bakanlığı: ‘Temel AB Terimleri Sözlüğü’ <http://www.ab.gov.tr/> (01.02.2018), s 42.

¹⁶⁷ European Commission; (Yeşil Kitap Çalışma Raporu); (2005) ‘‘Staff Working Paper Accompanying on the Green Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules’’. Brussels.

¹⁶⁸ Bu çalışmalar kapsamındaki Komisyon’un grup davalarına ilişkin görüş ve önerileri hakkındaki açıklamalar için bkz. II.2.

¹⁶⁹ European Parliament(2007), Resolution of 25 April 2007, on the Green Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules (2006/2207(INI) Strasbourg.

Komisyon, bundan sonra “Yeşil Kitap” ve buna ilişkin görüş ve öneriler ışığında gerçekleştirilmesi tasarlanan düzenlemeleri belirlemek amacıyla 02.04.2008 tarihinde Yeşil Kitabın devamı niteliğindeki “White Paper”ı Beyaz Kitap)¹⁷⁰ ve buna ilişkin “Working Paper-2008”¹⁷¹(Çalışma Raporu-2008) yayınlamıştır.

Komisyon, Yeşil Kitapta ileri sürdüğü görüşlerine yönelik öneri ve eleştirileri dikkate alarak Beyaz Kitapta önereceği çözüm ilkesine ilişkin tercihini belirlerken; temel olarak tazminat davalarının yaygınlaşmasını zorlaştıran etkenlerin veya engellerin kaldırılması ve bu bağlamda idari para cezalarının caydırıcılık etkisinin tazminat davaları ile tamamlanarak artırılması ve böylece rekabet kurallarının etkinliğinin sağlanması hedeflerine yönelik değerlendirmeler yapmıştır.¹⁷²

Bu değerlendirmelerde, Ashurt Raporunda üye devletlerde tazminat davalarını zorlaştıran etkenlerin başlıcalarından birisi olarak vurgulanmış olan kolektif koruma sağlayan davaların açılmasına imkan veren açık hukuki düzenlemelerin bulunmayışı hususu özellikle dikkate alınmış olup, gerek Yeşil Kitapta, gerekse Beyaz Kitapta bu husus bakımından tazminat davalarının yaygınlaşmasını engelleyici durumun ortadan kaldırılmasına ilişkin görüşler ile ilke ve önerilere yer verilmiştir.¹⁷³

Komisyon tarafından yapılmış olan bütün bu çalışmalar, AB rekabet hukuku müktesebatında tazminat davaları bakımından, grup davalarının açılmasını zorlaştıran veya engelleyen olumsuz etkenlerin kaldırılması suretiyle; kolaylaştırıcı teşvik edici nitelikteki usul ve esasları içerecek olan yapılması planlanan bir hukuki düzenlemenin ön hazırlıklarını oluşturmuştur.

Bu çalışmaların sonucunda aynı hedeflere yönelik bir hukuki düzenlemenin yürürlüğe konulması amacıyla Komisyon önce 2009 yılında rekabet ihlallerinden kaynaklanan zararlar bakımından mümkün olduğunca geniş bir kapsamlı bir davacı kitlesinin etkin bir şekilde tazminat elde

¹⁷⁰ European Commission; (Beyaz Kitap) (2008) “The White Paper on Modernisation of the Rules Implementing Article 85 and 86 of the EC Treaty of May 1999”, OJ,132/1.

AB hukukunda kavramsal olarak ‘Beyaz Kitap’: AB Komisyonu tarafından hazırlanan ve belirli bir konudaki Birlik eylemine yönelik somut öneriler içeren belgelerdir. Beyaz Kitaplar bazı durumlarda Avrupa düzeyinde bir tartışma ve danışma sürecini başlatmayı amaçlayan Yeşil Kitapların devamı niteliğinde olabilirler ve Yeşil Kitapta varılan sonuçları önerilere dönüştürürler. Yukarıda sözedilen 02.04.2008 tarihli Beyaz Kitap bunun bir örneğidir. AB hukukunda önem atfedilen bu nitelikteki bir diğer Beyaz Kitap örneği ise ‘14.06.1985 tarihli ve ‘COM (85) 310 final sayılı, İç pazarın tamamlanmasına ilişkin Beyaz Kitap’tır. T.C. AB Bakanlığı; Temel AB Terimleri Sözlüğü <http://www.ab.gov.tr/> (01.02.2018), s.23-24.

¹⁷¹ European Commission; (Beyaz Kitap Çalışma Raporu) (2008). Commission staff working paper, accompanying the white paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules. Brussels:2.4.2008.COM.65 Final, SEC40.

¹⁷² European Commission (2007); Making Antitrust Damages Actions More Effective in the EU: Welfare Impact and Potential Scenarios-Final Report, Brussels, s 39-40.; Baş; s 166. 132/1. European Commission; (Beyaz Kitap Çalışma Raporu) (2008). ‘Commission Staff Working Paper, Accompanying the White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules’. Brussels:2.4.2008.COM.(2008) 165.

¹⁷³ Bkz II.2.

etmesini sağlayacak kuralların oluşturulmasını amaçlayan bir Directive (Yönerge) Tasarısı hazırlamıştır.¹⁷⁴ Ancak bu Tasarı Konsey'e teklif edilmemiş ve daha sonra ortadan kaldırılmıştır.¹⁷⁵

Komisyon 2010'da grup davası açılması hakkına ilişkin ilkelerin AB'de yeknesaklaştırılmasını amaçlayan bir çalışma olan 'Towards a Coherent European Approach to Collective Redress: Next Steps' i hazırlayarak 4 Şubat 2011 'de kamuoyu görüşüne sunmuştur.

Bundan sonra Komisyon, 13.06. 2013 tarihinde Yönergelerden farklı olarak bağlayıcılığı olmayan bir resmi belge niteliğindeki 396/ 2013 sayılı "Toplu Tazmin Mekanizmalarına İlişkin Ortak Prensipler Hakkında Tavsiye Kararı" nı¹⁷⁶ yayınlamıştır. Bu Karar, tazminat davalarının açılmasının kolaylaştırılması ve etkinliğin sağlanması amacıyla yönelik olarak kolektif koruma sağlayan tazminat davalarına ilişkin temel ilkelerinin belirlenmesi bakımından en önemli adımı oluşturduğu gibi Komisyon tarafından rekabet hukuku alanında tazminat davalarının kolaylaştırılmasında toplu tazmin mekanizmalarına ve bu bağlamda kolektif koruma sağlayan davalara verilen öncelikli ve özel önemi de ortaya koymaktadır.¹⁷⁷

Bu Karardan bir yıl sonra ise Avrupa Parlamentosu ve Konsey, bu defa uzlaşma içinde olarak sözkonusu ön hazırlıklarda beliren ilkelerin dikkate alınması suretiyle 26.11.2014 tarihinde "Directive 2014/104 of the European Parliament and of the Council 'on Certain Rule of Governing Actions for Damages under National Law for Infringements of the Competition Law Provisions of the Member States and of the European Union'" (Rekabet Hukukunda Tazminat Davaları Hakkında Yönerge)¹⁷⁸ yi kabul etmişlerdir. Bu Yönerge Komisyonun 2009 yılındaki Tasarısından bazı hususlarda farklı bir içeriğe sahip olsa da tazminat davalarına ilişkin benzer kurallar getirmekte ve tazminat davalarını teşvik edici ve usule ilişkin kolaylaştırıcı düzenlemeleri içermektedir.¹⁷⁹

Ancak bu Yönerge'de kolektif koruma sağlayan davalar ile ilgili bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu husus üye devletlerin, Komisyon'un 396/2013 sayılı Tavsiye Kararında belirlenmiş olan ilkeler bakımından, tercihlerine bırakılmıştır. Böylece üye devletler, bu Kararı rehber alarak, Karardaki kolektif koruma sağlayan davalara ilişkin ilkeleri, kendi iç hukukuna ve toplumsal yapısına uygunluğu ölçüsüne göre, ancak amaçlar bakımından paralellik olması kaydıyla kabul edebilecekler ve bu hususta yapacakları hukuki düzenlemelerde bu Kararı dikkate

¹⁷⁴ Bu Yönerge Tasarısına ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Alfaro, J-Reher, T; 'Towards the Directive on the Private Enforcement of EC Competition Law-Is the Time Ripe?', The European Antitrust Review, 2010, S44, s 43-55.

¹⁷⁵ Alfaro, J-Reher, T; s 43.

¹⁷⁶ 396/2013, EU, parag 21.

¹⁷⁷ Büyükbâğış, Erdem; Yeni Sosyo- Ekonomik Boyutuyla Maddi Zarar Kavramı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, Şubat- 2007, s 65.

¹⁷⁸ Directive 2014/104 of the European Parliament and of the Council 'on Certain Rule of Governing Actions for Damages under National Law for Infringements of the Competition Law Provisions of the Member States and of the European Union'.

¹⁷⁹ Büyükbâğış-Koyuncu; s 170.

alabileceklerdir. Komisyon bu suretle üye devletleri kendi toplumsal,ekonomik sistemlerine ve iç hukuk ilkelerine uymayan ilkeleri kabul etmek yükümlülüğü ile karşı karşıya bırakmayarak; toleranslı bir yaklaşım sergilemektedir.

Aşağıda rekabet hukuku alanında, grup davalarının açılmasına ilişkin, olan ve sistematik gereği yukarıda gelişim sürecine ilişkin konuda¹⁸⁰ sadece isim ve amacı itibarıyla değinilen çalışmalar olan ‘*Proposal for a Regulation of the European Parlemtent and of the Council Establishing a European Small Claims Procedure*’ (Küçük Taleplere İlişkin Usuli Düzenlemelerin) yapılmasına ilişkin Önerge)’de; Komisyon tarafından, rekabet ihlallerine karşı açılacak olan tazminat davalarına ilişkin temel ilkelerin belirlenmesine ilişkin yapılmış olan ön çalışmalar niteliğindeki, Yeşil Kitap, Beyaz Kitap’ta; AB’de grup davası açılmasına ilişkin ilkelerin yeknesaklaştırılmasını amaçlayan ‘*Towards a Coherent European Apporach to Collective Redress*’te ve hala güncelliğini koruyan ilkeleri içeren 396/2013 s Tavsiye Kararı’nda yer alan ilkeler incelenecek ve açıklanacaktır. Tavsiye Kararının AB’de grup davalarına ilişkin içeriği bakımından, AB rekabet hukukunda tazminat davalarının yaygınlaştırılması ve bu bağlamda etkinliğinin artırılması sürecinde en önemli ve en cesaretli adım olarak değerlendirilmesi mümkündür.

III.2. AB Rekabet Hukukunda Grup Davaları Hakkında Komisyon TarafındanYapılmış Olan Çalışmaları İçeren Belgelerde Yer Alan İlkeler ile Görüşler ve Öneriler

Komisyon tarafından, üye devletlerde rekabet hukuku alanında tazminat davalarına ilişkin ilke ve uygulamaların araştırılması ve tespiti amacıyla hazırlanmış olan; Ashurt Raporunda üye devletlerde yapılmış olan araştırmaya dayanılarak, yapılmış olan , tazminat davalarını zorlaştıran veya engelleyen etkenlerin başlıcaları arasında grup davası açılması imkanına ilişkin ilkeleri düzenleyen açık bir hukuki düzenlemenin bulunmamasının yer aldığı tespiti¹⁸¹ karşısında:

Grup davalarına ilişkin olarak hazırlanmış ilk çalışma olan ‘*Commission Proposal for a Regulation of the European Parlemtent and of the Council Establishing a European Small Claims Procedure*’ ‘ Küçük Taleplere İlişkin Usuli Düzenlemelerin Yapılmasına İlişkin Önerge’de: Toplam değeri 2000 Euro’yu aşmayan talepler bakımından dava sürecinin basitleştirilmesi, hızlandırılması ve daha az maliyetli olması gerektiği belirtilerek; dava açmak için bir avukatın yardımına gerek olmaksızın standart şikayet formlarının doldurulması yeterli görülmekte ve bu durumlarda davacı davayı kaybetmiş olsa dahi yüklenmek zorunda olmaması önerisi sunulmaktadır. Bu Önerge’den, içeriğindeki tüketicilerin tazminat talebinde bulunması gerektiği görüşü ve davacılar sağlanan usuli kolaylıklar beraberce dikkate alındığında, zımnen grup davası açılmasına imkan verilmek istendiği çıkarsaması yapılması mümkündür..¹⁸²

Komisyon tarafından bundan sonra yayınlanmış olan, rekabet hukuku alanında genel olarak tazminat davalarına ilişkin ilkelerin belirlenmesini amaçlayan bir hukuki düzenlemenin alt

¹⁸⁰ II.1.

¹⁸¹ Ashurt Raporu; s 7.

¹⁸² ‘Çalışma Belgesi 2005); s 52-53; Şahin, M; s 112.

yapısının hazırlanmasına yönelik ön çalışmalar niteliğindeki, tarih sırasıyla, 2005 tarihli Yeşil Kitap ve bu Kitabın eki niteliğindeki 2005 tarihli Çalışma Belgesi ile 2008 tarihli Beyaz Kitap ve bu Kitabın eki niteliğindeki 2008 tarihli Çalışma Belgesinin içeriğinde yer alan grup davalarına ilişkin başlıca görüşler ve öneriler şunlardır:

Komisyon Yeşil Kitapta öncelikle rekabet ihlalleri sonucunda ortaya çıkan yaygın zarardan etkilenen geniş kitlede yer alan geniş kitle kapsamındaki kişilerin menfaatlerinin daha iyi korunmasına imkan tanıyacak olan kolektif hukuki koruma yöntemlerinin geliştirilmesine önem verilmesi gerektiğini vurgulamıştır.¹⁸³ Zira bu dönemde Kıta Avrupası usul hukukunda, kolektif hukuki korumayı sağlayacak olan davalar benimsenmediğinden grup davaları da yaygınlaşmamıştır.¹⁸⁴ Ancak rekabet ihlallerinden doğan zararların tazmini ve kartel kazancının ihlalcilerin yanına bırakılmaması dolayısıyla her biri küçük miktarlarda zarara uğramış olan çok sayıdaki kişinin mağduriyetlerinin giderilmesi; sonuç itibarıyla ihlalci teşebbüslerin kartel kazancının yanlarına bırakılmaması, hatta zarara uğramaları, suretiyle caydırılmalarının ve bu bağlamda rekabet kurallarının etkinliğinin sağlanması için grup davalarının açılmasına imkan tanınmasından daha uygun bir çözüm yolu bulunmamaktadır.

Bu nedenle Komisyon Yeşil Kitapta grup davalarına ilişkin başlıca iki öneri ileri sürerek tartışmaya açmıştır. Şöyle ki:

İlk öneri: Tüketicilerin bireysel olarak dava açma hakları saklı kalmak kaydıyla, tüketici birliklerine dava açma hakkı tanınan bir grup davası sisteminin düzenlenmesidir.¹⁸⁵ Bu öneri için verilecek görüşlerde, dava açmak için yetki verilecek olan birliklerin belirlenmesi (yetkilendirme mi tescil mi?), tazminat miktarının hesaplanması (birliğe ödenecek tazminatın ihlalcilerin elde ettikleri kazanç göre veya üyelere ödenecek tazminatın ise uğradıkları zarara göre hesaplanması) ve dağıtılması (tazminatın doğrudan birliğe mi yoksa zarara uğramış olan üyelerine mi ödenmesi) gerektiği hususları tartışmaya açılmıştır.¹⁸⁶

İkinci öneri: Nihai tüketiciler dışındaki dağıtım zincirinin farklı kademelerinde yer alan alıcılara dava açma imkanı tanıyan grup davası modelinin düzenlenmesidir.¹⁸⁷

Yeşil Kitapta tartışmaya açılmış olan bu iki öneri, esas itibarıyla Beyaz Kitapta da korunmuştur.¹⁸⁸ Ancak Komisyon tarafından, geniş kitlelerin etkilendiği küçük miktarlı zararların tazmin edilmesi hedefine yönelik olarak bu dava türlerine ilişkin bazı ayrıntılara yer verilmiş ve bazı küçük değişiklikler yapılmıştır.¹⁸⁹ Şöyle ki:

Beyaz Kitapta, ilk olarak grup davalarının, tüketici birliklerinin, kamu tüzel kişilerinin ticari ya da mesleki birliklerin ve odaların kendi üyeleri adına açtıkları davalar yani birlik veya temsilci

¹⁸³ Yeşil Kitap; s 8.

¹⁸⁴ Gündüz-Koyuncu; s 108.

¹⁸⁵ Yeşil Kitap; 25 No'lu Öneri, s 9;

¹⁸⁶ Yeşil Kitap; s 9-10;

¹⁸⁷ Yeşil Kitap; 26 No'lu Öneri s 9-10.;

¹⁸⁸ Beyaz Kitap; s 4.

¹⁸⁹ Beyaz Kitap; s 4.

davaları (representative action) türü ele alınmıştır.¹⁹⁰ Dava açabilecek kurum veya kuruluşların belirlenmesinde üye devletlerin resmi makamlarının denetimi öngörülmüştür.

Ayrıca bu davaların tüketici birlikleri, kamu kuruluşları veya ticaret odaları gibi yetkilendirilmiş kuruluşlar tarafından açılabileceği belirtilmiştir. Bu kuruluşlar ihlal eyleminden önce yetkilendirilmiş olabileceği gibi, ihlal eyleminden sonra da belirli bir ihlal eylemi için geçici olarak da yetkilendirilebilecektir. Zarar görenleri temsilen dava açılabilmesi için kural olarak zarar görenlerin belirli veya belirlenebilir olması gereklidir. Bu kuruluşların dava sonucu elde ettikleri tazminatı, mümkün olduğu ölçüde doğrudan zarar görenlerin zararlarının telafisi amacıyla kullanılması gerektiği kabul edilmiştir.¹⁹¹

Ancak istisnai durumlarda zarar görenlerin tam olarak belirli veya belirlenebilir olmaması durumunda da birlik davalarının açılabileceği belirtilmiştir.¹⁹² Ayrıca birlik davalarını açmak üzere yetkilendirilmiş olan kuruluşların her rekabet ihlali için dava açmalarının mümkün olmayacağı, çeşitli sebeplerle çekingenlik gösterebilecekleri gerekçesiyle birlik davaları ile grup üyelerinden seçilmiş olan üye veya üyelerin açacakları grup davalarının birbirini tamamlayıcı nitelikte oldukları vurgulanmıştır. Bunlara ek olarak vurgulanmış olan bir diğer husus ise zarar görenlerin bireysel olarak dava açma haklarının saklı tutulması ve aynı zararın birden fazla tazmininin önlenmesine ilişkin tedbirlerin alınması gerekliliğidir.¹⁹³

Komisyon Beyaz Kitaptaki temel ilkelere ilişkin bu ayrıntıların yanısıra grup davalarının nihai alıcılar yani tüketiciler haricindeki alıcı grupları tarafından açılabileceği önerisini değiştirmiş ve zarar gören herkesin bu davaları açabileceğini ifade etmiştir.¹⁹⁴

İkinci olarak, grup davalarına ilişkin kabul edilmiş olan bu sistemde grup üyelerinin hükmün sonuçlarından yararlanabilmeleri için açıkça davaya dahil olmaları (Katılma, Opt-in) gereklidir. Beyaz Kitapta kabul edilen bu sistem çerçevesinde grup üyelerinin isterlerse davaya katılmayıp ayrıca dava açmaları da mümkündür.

Komisyon Beyaz Kitapta, grup davalarına bu iki sistemin birlikte uygulanabileceğini ve hatta üyelerin ayrı ayrı dava açmalarıyla aynı konuda farklı şekilde iki veya daha fazla sayıda davanın açılabileceğini de belirtmektedir. Böyle durumlarda üye devletler tarafından, bu davalar arasındaki bağlantıların doğru tanımlanması, menfaat çatışmalarının ve sebepsiz zenginlemenin önlenmesi için gereken bütün tedbirlerin alınması gerekliliği vurgulanmıştır.¹⁹⁵

Komisyon, bütün bu çalışmalarının sonrasında, , grup davası açma hakkının AB genelinde uyumlaştırılmasını amaçlayan ;' *Towards a Coherent European Approach to Collective Redress:*

¹⁹⁰ Beyaz Kitap; s 4.

¹⁹¹ Beyaz Kitap; s 3.

¹⁹² Beyaz Kitap ; s 4.

¹⁹³ Beyaz Kitap;s 4; Çalışma Belgesi (2008); s 19-20.

¹⁹⁴ Beyaz Kitap; s 4.

¹⁹⁵ Beyaz Kitap; s 2-3; Çalışma Belgesi(2008); s 19-22.

Next Steps Sec (2010) 1192 Bruxelles, 2010'' adını taşıyan çalışmasını 04.02.2011 tarihinde yayımlayarak kamuoyu görüşüne sunmuştur.¹⁹⁶

Bu çalışmanın 'Giriş' kısmında rekabet hukukunda grup davalarının ve bu davaların açılması hakkının kullanılmasına ilişkin hukuki ilkelerin AB üye devletlerinde uyumlaştırılmasının sağlanmasının önemi vurgulanmıştır.¹⁹⁷ Çalışmanın devamında ise grup davası açılması hakkının AB genelinde etkinleştirilebilmesi amaçlı bazı ilkeler belirlenmiştir. Bu ilkelere göre: Grup davalarının açılması imkanı, davanın her iki tarafı bakımından da , tazminatın etkinliğini sağlayacak olan gereksinimleri karşılamalıdır. Ancak diğer taraftan dava hakkının kötüye kullanılmasının engellenmesine ilişkin gereken bütün tedbirlerin de alınması gereklidir. Ayrıca grup davası haklarının kullanılmasında temsilcilerin önemi dikkate alınmalı ve özellikle bireyler ve kobiler yargılama giderlerinin finansmanı için uygun mekanizmalar düzenlenmelidir.¹⁹⁸

Çalışmada bunlara ek olarak Komisyon ABD antitrust hukukunda grup davalarına ilişkin olarak kabul edilmiş olan ilkelerin AB'nin sosyal ve hukuki altyapısına uygun olmadığını. Bu nedenle bu ilkelerin AB rekabet hukukunda uygulanması olasılığında dava hakkının kötüye kullanılması riskinin artacağı uyarısını ileri sürmekte ve bu bağlamda rekabet ihlalleri bakımından ABD antitrust hukukunda benimsenmiş olan sistemin AB'de kabul edilmesinin uygun olmayacağını düşündüğünü de açıkça ortaya koymaktadır.¹⁹⁹

III.3.AB Rekabet Hukukunda Grup Davaları Hakkında 396/2013 S Tavsiye Kararı

III.3.1. Tavsiye Kararı'nın Niteliği ve Amacı

AB rekabet hukukunda grup davalarına ilişkin temel ilkeler 11.06.2013 tarihli 396/2013 S '*Toplu Tazmin Mekanizmaları için Ortak Prensiplere İlişkin Tavsiye Kararı*'nda düzenlenmiştir. Bu Karar Yönergelerden(Directive)'lerden farklı olarak hukuken bağlayıcı olmayan, sadece üye devletleri rekabet hukuku alanında tazminat davalarının yaygınlaştırılması amacıyla kolektif hukuki koruma sağlamaya yarayan hukuki araçlar kabul etmeye davet eden²⁰⁰ bir resmi belge niteliğindedir.²⁰¹

Bu Karar, AB rekabet hukukunda grup davalarının yaygınlaştırılması ve buna bağlı olarak tazminat davalarının da yaygınlaştırılması ve tazminat davalarından beklenen caydırıcılık işlevinin etkinleştirilmesi suretiyle; AB'de hem ihlal eylemini gerçekleştiren, teşebbüsler ile zarar gören kişiler arasındaki çıkarların dengelenmesi, hem de rekabet kurallarının

¹⁹⁶'Towards a Coherent European Approach to Collective Redress: Next Steps Sec (2010) 1192 Bruxelles, 2010' <http://www.europa.eu/legalcontent/antitrustdamages/> (17.05. 2013).;

¹⁹⁷'Towards a Coherent European Approach to Collective Redress: Next Steps Sec (2010) 1192 Bruxelles, 2010', parag 1

¹⁹⁸ 'Towards a Coherent European Approach to Collective Redress: Next Steps Sec (2010) 1192 Bruxelles, 2010', parag.6

¹⁹⁹ 'Towards a Coherent European Approach to Collective Redress: Next Steps Sec (2010) 1192 Bruxelles, 2010', parag 12.; Şahin; s115.

²⁰⁰ EU 396/2013,parag 21.

²⁰¹ Büyükbağış- Koyuncu; s180.

etkinleştirilmesi bakımından çok önemli bir adım olarak değerlendirilmektedir.²⁰² Diğer taraftan bu kararın, grup davalarının yaygınlaştırılması suretiyle, ihlalcileri, kartel kazançlarını elde ettikten sonra bu kazancı tamamını veya tamamına yakın bir kısmını kaybetmeleri, hatta zarara uğramaları tehlikesine maruz bırakması nedeniyle cesaretli bir girişim olarak da değerlendirilmesi mümkündür.

Tavsiye Kararının grup davalarına ilişkin ilkeleri bakımından temel amacının şöyle açıklanması mümkündür :

Tavsiye Kararının temel amacı, Birlik genelinde veya üye devletlerde rekabet ihlallerine karşı açılması mümkün ve gerekli olan tazminat davalarının yaygınlaşması ve böylece etkinliğinin sağlanmasının önündeki engelleyici unsurlardan başlıcası olan grup davalarının açılmasına imkan veren ve ilkeleri belirlenmiş bir hukuki düzenlemenin olmayışı engelini kaldırılmasına yönelik olarak Birliğin hukuk sistemi,sosyal ve iktisadi yapısı bakımından en uygun ilkelerin belirlenmesidir. Bu amaca bağlı olarak, Birlik rekabet hukuku uygulamasında rekabet ihlallerine karşı açılmasına acil ve önemli bir ihtiyaç olan grup davalarının önündeki engel kaldırılmış olacak, dolayısıyla tazminat davaları yaygınlaşacak ve bu suretle tazminat davalarından, caydırıcılık işlevine ilişkin beklenen etkinlik sağlanacaktır.

Diğer ifade ile, tazminat davalarının yaygınlaşması suretiyle ihlalciler, ihlal eylemlerinden elde ettikleri haksız kazançlar ile para cezaları arasındaki farka dair bu haksız kazançların daha fazla olduğu hesabıyla ihlale cesaret edemeyecekler, bunun tam aksine, genellikle bu hesap tersine dönecek, yani para cezaları ile grup davaları sonucunda hükmedilecek olan toplu tazminatın toplamının söz konusu haksız kazançları aşacak olması nedeniyle ihlalden vazgeçeceklerdir. Sonuç itibarıyla rekabet ihlallerinin caydırılması suretiyle rekabet kurallarının etkinliğinin sağlanmasına çok önemli bir katkı ortaya çıkacaktır.

III.3.2. Tavsiye Kararı'nda Yer Alan Temel İlkeler

Tavsiye Kararında grup davaları hakkında kabul edilmiş olan temel ilkeler şunlardır:

I-Kıta Avrupası ve ABD hukukunda uygulanan iki grup davası sisteminden birisi olan '*Katılma(Opt-in)*' sistemi kabul edilmiştir.²⁰³ Bu sistemde zarar görenlerin, grup üyelerinin, ayrı ayrı bireysel tazminat davaları açmak yerine bireysel taleplerini tek bir tazminat davası altında, grup olarak birleştirmeyi aktif olarak seçmeleri gereklidir.²⁰⁴ Uygulamalardaki diğer sistem ise '*Çıkma(Opt-out)*' sistemidir. Bu sistemde ise diğerinin tam aksine, grup üyelerinin, kendiliğinden grup davasına dahil edilmelerini ve temsilci davacıların elde ettikleri sonuçla bağlı olmak istemiyorlarsa, davadan çıkma taleplerini açıkça bildirmeleri gereklidir.²⁰⁵

²⁰² Büyükbaş-Koyuncu; s 180.

²⁰³ 396/2013 EU;parag 2.

²⁰⁴ 396/2013 EU; parag 2.

²⁰⁵ Grup davası modellerine ilişkin açıklamalar için bkz Koyuncu; s 67-68.

II-Kararda kabul edilmiş olan(Opt-in) grup davası sisteminde: Davacılaran seçilmiş olan biri veya konu ile ilgili bir kurum (Örnğ. Bir dernek),temsilci sıfatıyla davayı grup adına takip eder.Grup üyeleri ise ihtiyari olarak davaya katılabilirler.

III-Sadece üye devletlerin ulusal makamları tarafından belirlenmiş veya ulusal Mahkemeler tarafından tasdik edilmiş kurumların grup davası açmaları mümkündür.²⁰⁶ Ancak bu kurumların, grup davasında temsilci olarak yer alabilmek için kazanç amacı gütmediklerini. Amaç ve faaliyetleri ile ihlal arasında bir bağlantı bulunduğunu ve davacı grubu temsil edebilmek için mali kaynaklar, insan kaynakları, hukui uzmanlık bakımından yeterli kapasiteye sahip olduklarını ispatlamaları gerekmektedir.²⁰⁷

IV-Farklı kurumların, aynı mağdurları temsil etme iddiasında bulunmaları durumunda ulusal mahkemelerin en uygun olan kurumu seçerek tasdik etmek üzere belirli kriterleri geliştirmeleri gerekmektedir.²⁰⁸

III.3.3. Grup Davalarında “Opt-in”(Katılma) ve”Opt-out”(Çıkma) Sistemlerine İlişkin Tespitler ve Değerlendirmeler

Komisyon Tavsiye Kararında, grup davalarına ilişkin temel ilke olarak katılma(opt-in) sistemini tercih etmek suretiyle , bir taraftan grup üyelerine davaya katılma avantajını sunmakta, diğer taraftan da üyeleri ABD antitrust hukukunda kötüye kullanılmış olan çıkma(opt-out sisteminin kötüye kullanımının zararlarından korumayı amaçlamaktadır.²⁰⁹ Çıkma sisteminde üyeler dava sonucu ile bağlı olmak istemedikleri takdirde, davaya dahil olmama yani çıkma taleplerini mahkemeden talep etmekle yükümlüdürler.Ancak avukatların dava masraflarının tamamını üstlendiği bu sistemde, davaya dahil olmanın bir maliyeti de bulunmadığından genellikle çıkma talebinde bulunulması için bir pratik yarar bulunmamaktadır. Bunun sonucu olarak; ABD uygulamalarında çıkma sisteminde temsilen bir davacı tarafından sınıf adına açılan davalarda, istatistiki verilere göre bir sınıftaki üyelerin 5/1000 ‘inden daha azı davadan çıkma talebini kullandığı tespit edilmiştir. ²¹⁰

AB rekabet hukukunda, grup davaları bakımından ABD’dekine benzer kötüye kullanımlara fırsat tanınmaması amacıyla çıkma (opt-out) sistemi kabul edilmemiştir. Komisyon tarafından

²⁰⁶ 396/2013 EU; parag 4

²⁰⁷ 396/2013 EU; parag 6.

²⁰⁸ 396/2013 EU; parag 8

²⁰⁹ ABD antitrust hukukunda grup davalarında çıkma sitemi özellikle avukatlar tarafından avukatlık ücretleri bakımından kötüye kullanıldığı deneysel olarak saptanmıştır.Bu durumun engellenmesi amacıyla 2005 yılında ‘Class Action Fairness Act’(Sınıf Davalarında Hakkaniyet Kanunu) kapsamında iki önemli düzenleme kabul edilmiştir. Bunlar: Zarar gördüğünü iddia eden grubun en az yüz üyeden oluşması ve avukatlık ücretlerinin sınırlandırılması gerekliliğine ilişkindir. ‘Class Action Fairness Act of 2005’, 28 USC 1453, 1711-15 (2005); Büyükbaş- Koyuncu; s182.Ancak ABD’de daha sonra 2017’de yürürlüğe konulan ve sınıf davalarında bir reform olarak nitelendirilen ‘Fairness in Class Action Litigation and Furthering Asbestos Claim Transparency Act of 2017’(HR 985) adlı Kanun ile çıkma sisteminin kötüye kullanımının engellenmesine yönelik düzenlemelere yenileri eklenmiş ve daha ağır koşullarla tekrar edilmiştir. (Norton Rose Fulbright;s 1).

²¹⁰ Issacharov,S/Miller, G; s 200; Büyükbüş-Koyuncu; s 183.

396/2013S Tavsiye Kararı kabul edilmeden önce, ABD Ticaret Odası tarafından, aşırı sayıda dava açılması ve fahiş avukatlık ücretleriyle ilgili riskler bakımından yapılan uyarıyı²¹¹ dikkate alınmış olduğu çok açıktır.²¹²

Ancak Komisyon tarafından Çıkma sisteminin bu sakıncalarının dikkate alınarak katılma (Opt in) sisteminin kabul edilmiş olması, katılma sisteminine ilişkin bazı sakıncalarını da beraberinde getirmiştir.²¹³ Şöyle ki:

Çıkma sisteminde çıkma talebinin pratik yararının bulunmamasına bağlı olarak ABD uygulamalarında, çıkma talebinde bulunanların oranının 5/1000 gibi çok düşük düzeyde olmasınakarşılık; hem çıkma hem de katılma sistemlerinin uygulandığı Kuzey Avrupa Ülkelerindeki katılma sistemine ilişkin uygulamalarda tüketicilerin %5'inin katılma seçeneğini kullanmakta olduğu tespit edilmiştir. Çıkma sistemine ilişkin uygulamalarda ise tüketicilerin %95'ten çoğunun çıkma seçeneğini kullanmadıkları tespit edilmiştir.²¹⁴

Uygulamalardaki bu istatistiki veriler, Avrupa kıtasındaki uygulamalar bakımından çıkma rejimine kıyasen katılma rejiminin etkisiz kaldığını ortaya koymaktadır.

IV. Türk Rekabet Hukukunda Grup Davaları

IV.1. Sistematik

Aşağıdaki açıklamalarımızda Türk rekabet hukukunda grup davaları konusu incelenirken, sistematik olarak, rekabet hukuku alanına ilişkin değerlendirmelerimizde dikkate alınabileceği gerekçesiyle, öncelikle Türk hukukunun geneli bakımından grup davaları'na ilişkin duruma dair tespitler ve değerlendirmeler yapılacak, bundan sonra Türk rekabet hukukunda grup davaları konusu incelenecektir.

IV.2. Genel Olarak Türk Hukukunda Grup Davaları

Cumhuriyetin kuruluşu sonrasında kural olarak Kıta Avrupası hukukunun iktibası veya adaptasyonu ile oluşturulmuş olan Türkiye pozitif hukukunda, Kıta Avrupası medeni usul hukukunun grup davaları ile ilişkili ve bu davaların açılmasına imkan verilmesini engelleyici olacağı ileri sürülebilecek, yukarıda belirtilen klasikleşmiş ilkelerinin²¹⁵ kabul edilmiş olmasına rağmen, Dünya çapında ve bu kapsamda Kıta Avrupası hukukunda da amacı bakımından medeni

²¹¹ AB Komisyonu Tavsiye Kararını Kabul etmeden önce, ABD Ticaret Odası tarafından aşırı sayıda dava açılması ve avukatlık ücretleriyle ilgili riskler hakkında uyarılmıştır. (Büyükbağış- Erdem; s183.

²¹² ABD'deki kötüye kullanımlara ilişkin açıklamalar hakkında bkz Shwartz, V .E./Appeal, C. E.; 'Exporting United States Tort Law: The Importance Authenticity, Neccessity and Learning from Our Mistakes', Pepperdine Law Review, 2011, s 571; Büyükbağış-Koyuncu; s 182-183.

²¹³ Issacharoff, S/Miller, G; 'Will Agregate Litigation Come to Europe?', Vanderbilt Law Review, 2009, s 2002-204.

²¹⁴ İstatistiki veriler için bkz. Werlauf, E; 'Class Action and Class Settlement in a European Perspective', European Business Law Review, 2013, s 173-175.

²¹⁵ Bu ilkelere ve ilkelerin grup davaları ile bağlantısına ilişkin açıklamalar için bkz. II.5.2.

usul hukukunu etkilemiş olan ‘‘Adaletle Ulaşma Hareketi’’²¹⁶ temelinde gelişen sosyal eğilimlerin²¹⁷ etkisiyle çeşitli hukuk alanlarında grup davalarının bazı türlerine ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Ancak bu alanlar arasında rekabet hukuku yer almamaktadır. Türk hukukunda grup davalarının bazı türlerinin düzenlendiği bu alanlar tüketici hukuku, ticaret hukuku ve sendikalar hukukudur.

Bunun yanısıra Kıta Avrupası hukukunu etkilemiş olan hukuk düzeni tarafından sosyal adaletin sağlanmasının gerektiğini savunan akımların ve bu çerçevede ‘Adaletle Ulaşma Hareketi’nin etkisiyle Türk Medeni Usul Hukukunda da, grup davalarının açılmasına imkan veren genel bir düzenleme olarak 12.01.2011 tarih ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ’nunda ‘Dava Çeşitleri’ bölüm başlığı ve ‘‘Topluluk Davası’’ madde başlığı altında yer alan m 113 düzenlemesinde:

‘‘Tüzel kişiler statüleri çerçevesinde üyelerinin veya mensuplarının yahut temsil ettikleri kişilerin menfaatlerini korumak için kendi adlarına, ilgililerin haklarının tespiti veya hukuka aykırı durumun giderilmesi yahut ilgililerin gelecekteki haklarının ihlal edilmesinin önüne geçilmesi için dava açabilirler’’ hükmü yer almaktadır.

Bunlar grup davalarına yönelik ihtiyacı içeren başlıca hukuki alanlardır. Bu alanların sözkonusu ihtiyacı ortaya çıkaran ortak özellikleri, aynen rekabet hukuku alanında olduğu gibi ihlal eylemlerinde güçlü taraf olan ihlalcilerle firmalar ile zayıf taraf olan ihlal eylemlerinden zarar gören geniş bir alana yayılmış ve sayıları fazla olan bir zarar gören kişiler grubunu içermeleridir. Ayrıca bu alanlarda zarar gören kişiler grubu kapsamında yer alan ve zayıf taraf niteliğinde olan kişiler. Genellikle haklarına bilinçli değildirlir. Bu bağlamda, BU KİŞİLER dava sonucunda kazanan taraf olsalar dahi elde edecekleri paylarına düşen miktarın veya menfaatin az olması nedeniyle dava masraflarının bu miktarı aşacağı ya da davayı ekonomik açıdan güçlü olan davalı tarafın kazanmasının kuvvetle muhtemel olduğuna ilişkin yaygın kanaate bağlı olarak dava masrafına değmeyeceği gerekçeleriyle tek tek dava açmayı tercih etmemektedirler.

Türk hukukunda, belirtilen alanlarda grup davalarının açılmasına imkan veren hukuki düzenlemelerin yürürlüğe konulmuş olması karşısında; Türkiye Kanun koyucusunun grup davaları bakımından medeni usul hukukunun engelleyici olduğu ileri sürülebilecek olan klasikleşmiş ilkelerinin, muhtemelen amaca ilişkin değişim temelinde engelleyici niteliğini kabul etmediği, dolayısıyla içinde bulunulan dönemin gereklerine cevap vermeyi tercih ederek çağdaş bir tutum sergilediği anlaşılmaktadır.

²¹⁶ ‘Adaletle Ulaşma Hareketi’nin ortaya çıkışı ve gelişimine ilişkin açıklamalar ve değerlendirmeler için bkz. Özbek; s121-157.

²¹⁷ ‘Adaletle Ulaşma Hareketi’nin hukuk düzeni üzerindeki sosyal eğilimlere yönelik etkileri için bkz. Özbek; s 121-136.

Aşağıdaki açıklamalarımızda bu hukuki alanlarda yer alan grup davalarının açılmasına imkan veren sözkonusu hukuki düzenlemeler ve rekabet hukuku alanında mer'i hukuki düzenlemeler çerçevesinde mümkün olan olası açılımlar ayrıca incelenecek ve değerlendirilecektir.²¹⁸

IV.2.1 Türk Hukukunda Grup Davalarına İlişkin Hukuki Düzenlemeler

IV.2.1.1. Tüketici Hukukunda Grup Davaları

Tüketici hukuku alanı grup davalarına, en azından rekabet hukuku alanı kadar ihtiyaç duyulan başlıca alanlardandır. Çünkü bu alanda zarara uğrayan tüketicilerin dava açmak hususunda çekingen davrandıkları bilinen bir gerçektir. Bu çekingenlikte yargılama giderlerinin yüksekliği karşısında kişi başına alınacak tazminatın az oluşu, bireylerin haklarına yeterince bilinçli olmamaları gibi hususlar etkili olmaktadır.²¹⁹

Bu alanda grup davaları kural olarak güçlü taraf olan davalı firmaların ürünlerinin neden olduğu zararlar nedeniyle üretici veya dağıtıcı şirketlere karşı zayıf taraf olan bireylerin taleplerini içerir.²²⁰

Tüketici hukuku alanında grup davalarının açılmasına imkan veren hukuki ilkeler 6502 s Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un²²¹ m 73/2-3 ve m 74/1' düzenlemelerinde yer almaktadır. Bu düzenlemelere göre:

“Tüketici Mahkemeleri nezdinde Bakanlık, tüketiciler ve tüketici örgütleri tarafından açılan davalar 492 sayılı Harçlar Kanunundan muaftır” (m73/2).

“Tüketici örgütleri üst kuruluşlarınca açılacak davalarda bilirkişi ücreti ve davanın davacı aleyhine sonuçlanması durumunda hükmedilen vekalet ücreti Bakanlıkça karşılanır. Davanın davalı aleyhine sonuçlanması durumunda bilirkişi ücreti Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre davalıdan tahsil olunarak bütçeye gelir kaydedilir” (m 73/3).

“Satışa sunulan bir seri malın ayıplı olduğunun tespiti, üretiminin ve satışının durdurulması, aykırı durumun ortadan kaldırılması veya satış amacıyla elinde bulunduranlardan toplatılması için Bakanlık tüketiciler veya tüketici örgütleri dava açabilirler” (m 74/1).

6502 s Kanun'un yukarıdaki düzenlemelerindeki tüketiciler lehine olan hükümlerden,

tüketiciler ile üretici veya dağıtıcı firmaların karşı karşıya kaldığı davalarda, zayıf taraf olan tüketicilerin korunmasının ve tüketicilerin haklarını korumaya teşvik edilmesinin ve dava masraflarının fazlalığı nedeniyle dava açmaktan çekinmelerinin engellenmesinin ve böylece zayıf tarafın korunmasının amaçlandığı açıkça anlaşılmaktadır. Grup davalarının açılmasına imkan verilmesinin temelinde de bu sosyal amaç yer almaktadır. Zaten bu amaç Kanun'un amaç başlığını taşıyan m.1 düzenlemesinde de açıkça ifade edilmiştir.

²¹⁸ Bu açıklamalar ve değerlendirmeler için bkz III.2;III.3.

²¹⁹ Deren-Yıldırım; s 144.

²²⁰ Özbay(2009); s 209.

²²¹ RG;28.11.2013, S 28835.

Diğer taraftan, m74/1 düzenlemesinin lafzından Bakanlık veya tüketici örgütleri tarafından açılması mümkün olan grup davaları sadece, tespit , men ve eski hale iade davaları ile sınırlandırıldığı, tazminat talepli grup davası açılması imkana yer verilmemiştir.²²²

Ancak,bu noktada m 74/1 düzenlemesi önemli bir çelişki içermektedir. Çünkü bu düzenlemede, ‘...*Bakanlık tüketiciler veya tüketici örgütleri dava açabilirler*’.’ İfadesinde görüldüğü üzere Bakanlık ve tüketici örgütleri ile beraber ‘tüketiciler’ e de yer verilmiştir. Bu ifade çerçevesinde katı bir lafzi yorum ile tüketicilerin de sadece tespit, men ve eski hale iade davalarını açabilecekleri, tazminat davası açamayacakları sonucuna varılması mümkündür.

Oysa 6502 S TKHK’nın amacına ilişkin m.1 düzenlemesinde yer alan ‘...*tüketicinin sağlık ve güvenliği ile ekonomik çıkarları koruyucu, zararları tazmin edici*...’ ifadesi yer almaktadır.

Kanaatimizce, 6502 S TKHKm 73/2, m 74/1 düzenlemeleri amaca ilişkin m.1 düzenlemesi ile beraber değerlendirilmelidir. Bu değerlendirme çerçevesinde hem m1’de ifade edilen tüketicilerin zararlarının tazmin edilmesi amacının hem de tüketici hukuku alanındaki sosyal ihtiyacın yerine getirilebilmesi için 6502 S TKHK’ye tazminat talepli grup davası açılmasına imkan veren bir düzenlemenin eklenmesi gereklidir.

Diğer taraftan ,bu düzenlemelerde tüketici örgütleri tarafından temsilci davası türünde grup davalarının açılabilceği açıkça ifade edilmiştir. Ancak bu çerçevede tüketicilerin ayrı ayrı dava açmaları mümkün olduğu gibi zarara uğrayan grubun üyeleri arasından seçilecek bir veya birkaç kişinin grubu temsilen dava açmasına da bir engel bulunmamaktadır.²²³

IV.2.1.2.Ticaret Hukukunda Grup Davaları

Ticaret hukuku alanında yer alan grup davası açılmasına ilişkin düzenleme 6102 S TTK’nın haksız rekabete ilişkin hükümleri (m 56-63) arasında ‘Hukuki Sorumluluk’ başlıklı m 56/3 hükmünde yer almaktadır. Bu düzenlemede:

‘Ticaret ve sanayi odaları’, ‘esnaf odaları, borsalar ve tüzüklerine göre üyelerinin ekonomik menfaatlerini korumaya yetkili bulunan diğer mesleki ve ekonomik birlikler’, ‘tüzüklerine göre tüketicilerin ekonomik menfaatlerini korumaya yetkili bulunan sivil toplum kuruluşları ile kamusal nitelikli kurumlar’ın haksız rekabet eyleminin ‘tespiti’, ‘önlenmesi’ ve ‘haksız rekabet eylemi sonucunda oluşan maddi durumun ortadan kaldırılması’(m 56/1,a,b,c) davalarını açabileceklerine hükmedilmiştir.

Bu düzenlemede grup davası açma yetkisine sahip olan kuruluşların kapsamı oldukça geniş olmasının ve bu kuruluşlarca açılacak grup davalarının tespit, önleme ve maddi durumun ortadan kaldırılması davaları ile sınırlandırılarak; tazminat talepli grup davası açma imkan verilmemesinin tercih edilmiş olması dikkat çekmektedir.

Bu düzenleme gerek dava açmaya yetkili kuruluşların, gerekse açılacak grup davalarının esasına ilişkin kapsamına ilişkin tercih bakımından Kanun’un haksız rekabete ilişkin m54-63

²²² Özbay(2009); s223.

²²³ Grup davalarının türlerine ilişkin açıklamalar için bkz. II.7.

düzenlemesinin amacına uygundur. Bu amaca ilişkin m 54/1 düzenlemesinde ‘...bütün katılımcıların menfaatine dürüst ve bozulmamış bir rekabet düzeninin sağlanması’ ifadesi yer almaktadır. Bu amaç doğrultusunda mümkün olan en dürüst ve en bozulmamış bir rekabet düzeninin tesisine yönelik olarak dava açabilecek kuruluşların kapsamı geniş tutulmuştur.

Diğer taraftan tüketici 6502 S TKHK m 74/1 düzenlemesinde olduğu gibi, bu düzenlemede de tazminat talepli grup davası açılması imkanı dışlanmıştır. Bu tercihin gerekçesi: sözkonusu geniş kapsamda yer alan tüketici kuruluşlarının haksız fiil eyleminden doğrudan zarar görmelerinin sözkonusu olmaması olarak açıklanmaktadır²²⁴

IV.2.1.3. Sendikalar Hukukunda Grup Davaları

Türk hukukunda ‘sendika’ kavramı ‘İşçilerin ve işverenlerin çalışma ilişkilerinde, ortak ekonomik ve sosyal hak ve çıkarlarını korumak ve geliştirmek için en az yedi işçi veya işverenin bir araya gelerek bir işkolunda faaliyette bulunmak üzere oluşturdukları tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar’ olarak tanımlanmaktadır.(STİSK m 2/1,g)²²⁵

Sendikaların tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar olarak, genel hükümler çerçevesinde davada davacı veya davalı olarak, taraf ehliyetine de sahiptirler. Bu durumda taraf ehliyeti sendika tüzel kişiliğine aittir.²²⁶

Sendikaların netelikleri gereği işçi veya iş veren topluluğunun haklarını koruma yetkisine sahip olması gerektiği Türk hukukunda öğretide Kutal tarafından ‘... hangi tür örgütlenme modeli tercih edilmiş olursa olsun kurulan işçi veya işveren sendikalarının her bir üyesinin yargı organlarındaki temsilinden farklı olarak işkolunu ilgilendiren çıkar bakımından da korumaya yetkili olduğunu kabul etmek gereklidir. Sendikalara üyelerinin çalışma ilişkilerinden doğan menfaatinin yanı sıra üyelerinin ortak menfaatlerinden bağımsız olan mesleğin ortak menfaatlerini koruma imkanını da tanımak ereklidir.’²²⁷ ifadesiyle vurgulanmıştır.

Türk hukukunda sendikaların işçi veya işveren topluluğunun kollektif menfaatlerini koruma yetkisi veren hukuki düzenlemelere sendikalar hakkında mülga 20.02.1947 T 5018 S İşçi İşveren ve Sendika Birlikleri Hakkında Kanun’dan(m 4/E) itibaren²²⁸ mer’i6356 S ‘Sendikalar ve Toplu

²²⁴ Ülgen, H/Helvacı,M/Kendigelen,A/Kaya,A/Nomer Ertan,F; ‘Ticari İşletme Hukuku, XII Levha Yayınları, TTK’na Göre Güncellenmiş Dördüncü Baskı, İstanbul,2015, s 570.

²²⁵18.10.2012 T 6356 S ‘Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’, RG;07.11.2012 S 28460

²²⁶ Şener, Battal; ‘Sendikaların Dava Ehliyetinin Topluluk Davası Kapsamında Değerlendirilmesi’, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2017, S 4, s 55. Şahlanan,Fevzi; ‘6356SayılıSendikalarveToplu İş Sözleşmesi Kanunu’nun Sendikalara İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Çalışma ve Toplum Dergisi,2013,C 4, S 39, s 114.

²²⁷ Kutal,Metin; ‘Sendikaların Mesleğin Ortak Çıkarlarını Koruma İşlevi’, Kenan Tunçomağ’a Armağan, İÜ Hukuk Fakültesi Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı ,İstanbul,1997, s279.

²²⁸ RG;26.02.1947, S6542.

İş Sözleşmesi Kanunu'na kadar yürürlüğe konulmuş olan sendikalarla ilgili bütün mülga kanunlarda yer verilmiştir.²²⁹

Sendikaların grup davası açma yetkilerine ilişkin düzenleme 6356 S 'Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu''Faaliyetler' başlığını taşıyan m 26/2'de yer almaktadır.

Bu düzenlemeye göre:

‘Kuruluşlar çalışma hayatından, mevzuattan, örf ve adetten doğan uyuşmazlıklarda işçi ve işverenleri temsilen; sendikalar yazılı başvuruları üzerine iş sözleşmesinden ve çalışma hayatından doğan hakları ile sosyal güvenlik haklarında üyelerini ve mirasçılarını temsilen dava açmak ve bu nedenle açılmış davayı takip etmek yetkisine sahiptir. Yargılama sürecinde üyeliğin sona ermesi üyenin yazılı oay vermesi kaydıyla bu yetkiyi etkilemez.’

Bu düzenleme çerçevesinde sendikaların üyelerinin kolektif menfaatini temsilen dava açabilmeleri belirli şartlara bağlanmıştır. Şöyle ki:

- Dava konusu uyuşmazlığın çalışma hayatından, mevzuattan, örf ve adetten doğması gereklidir.
- Dava veya uyuşmazlık konusu hakların üyelerinin iş sözleşmesinden veya çalışma hayatından doğan hakları ile sosyal güvenlik hakları kapsamında yer alması gereklidir.
- Üyelerinin yazılı başvuru yapmış olmaları gereklidir.

IV.2.2 Türk Hukukunda Terim Sorunu

Türk hukukunda ise kolektif toplu koruma sağlayan bu tür davalar için ‘‘Sınıf Davası’’²³⁰, ‘‘Grup Davası’’²³¹ ve ‘‘Toplu Dava’’²³² ‘‘Topluluk Davası’’²³³ terimleri kullanılmaktadır.

²²⁹ Hanağası(2009b); s 400;Özby(2009); s 257; Örneğin: Mülga 2821 S Sendikalar Kanunu m 32.(RG; 07.05., 1983, S. 18040).

²³⁰.Sınıf Davası terimi Şahin,M-H,Şahin Çelik;tarafından kullanılmaktadır. Şahin, Murat- Şahin Çelik ,Hande ‘Toplu Hak Aramada Etkin Bir Yol Olarak Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Sınıf Davaları’, İÜHFİM,2014, C LXXII, S 1; s 167;

²³¹ ‘Grup Davası’ terimi Özby tarafından kullanılmaktadır.Özby, İbrahim; Grup Davaları, Yetkin Yayınları, Ankara,2009.Bu terim metin içinde Gündüz- Koyuncu tarafından da kullanılmıştır. Gündüz,Harun- Koyuncu,Tuğçe; ‘ABD,AB ve Türk Rekabet Hukukunda Tazminat Davalarının Önündeki Usuli Engeller’, Rekabet Dergisi,2011, S 12.s 108 vd.

²³²‘;Büyükbayış,Erdem-Koyuncu,Tuğçe;‘Rekabet Hukukunda Tazminat Davalarının Etkinliği Perspektifinden Toplu Dava Modelleri’, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara,2012, Büyükbayış, Erdem- Koyuncu, Tuğçe; ‘Rekabet İhlallerinden Kaynaklanan Tazminat Davalarına İlişkin AB Yönergesinde Yer Alan Aktarma (Passing On) Savunması ve Toplu Dava Hakkı’, BATİDER, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayını, Mart-2016, Cilt 32, Sayı 1. s 153,154.; Şahin, Murat; Rekabet Hukukunda Tazminat Talepleri- ABD,AB ve Türk Rekabet Hukuklarında (On İki Banka Rekabet İhlali Tazminat Rehberi Ekiyle), Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, XII Levha Yayınları,İstanbul, 2018.

²³³ Karaaslan V- Eroğlu,M.; ‘Kollektif Hukuki Himaye’nin Farklı Görünüm Şekilleri: Class Action ve Topluluk Davaları’, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,2009, Cilt XIII,S 1; Hanağası,Emel(2009b);‘Kollektif Menfaatin Hukuki Himayesi Biçimi Olarak Topluluk Davaları’,Haluk Konuralp’in Anısına Armağan’,Seçkin Yayıncılık, Cilt: I, Ankara, 2009; Hanağası, Emel(2009b);‘Kollektif

Bu çalışmada, kollektif toplu koruma sağlayan bu davaları ifade etmek üzere kullanılan yukarıda belirtilen çeşitli terimlerden kanaatimizce “Grup Davası” terimi kollektif koruma sağlayan davaların doğru ifade edilmesi bakımından en uygun terimdir. Şöyle ki:

Bunun temel nedeni dava konusu hukuki menfaatin belirli bir grupta yer alan ve menfaatleri ortak olan bütün kişileri doğrudan ilgilendirmesidir. Bu durumun Türkçe’deki en uygun ifadesi “grup davası”dır. Çünkü, “sınıf” kavramı bir bütünde yer alan hiyerarşik parçayı ifade eder anlamda anlaşılmasına müsaittir.²³⁴ “grup” kavramı ise böyle bir anlam taşımamakta ve sadece “küme, ortak özellikleri olan varlıklar, nesneler bütünü”²³⁵ anlamı taşımaktadır. Bu bağlamda grup terimi ortak koruma sağlayan davaların anlamını ifade etmeye en uygun terim olarak ortaya çıkmaktadır.

“Toplu Dava” veya “Topluluk Davası” terimleri ise ortak özellikleri olmayan, tesadüfen, bağlantısız olarak biraraya toplanmış kişilerin beraberce açtıkları dava veya ayrı ayrı açılmış davaların toplamı gibi olarak anlaşılmasına müsaittir. Oysa “grup” kavramı, belirli ortak özellikleri sebebiyle gruplaşmış olma anlamını da içermektedir. Bu nedenle sözkonusu dava türünün ifadesine daha uygundur.

Ancak öğretilde bazı yazarlar, Türk medeni usul hukukunda ilk defa bu nitelikteki davaların düzenlenmiş olduğu HMK m113 düzenlemesinin başlığında “Topluluk Davası” teriminin kullanılmış olmasını dikkate alarak paralellik sağlanması amacıyla Türk hukukunda da genel olarak bu davalar için “Topluluk Davası” terimini kullanmayı tercih etmektedirler.²³⁶

Kanaatimizce, Terim tercihi bakımından HMK m 113 düzenlemesinin başlığında kullanılmış olan “Topluluk Davası” terimi kollektif koruma sağlayan davaların sadece bir türünün ifade edilmesi amacıyla kullanılmıştır. Yoksa bu davaların genelini ifade eden bir terim olarak kullanılmamıştır. Şöyle ki : Bu düzenlemede

“Dernekler ve diğer tüzel kişiler statüleri çerçevesinde, üyelerinin veya mensuplarının yahut temsil ettikleri kesimin menfaatlerini korumak için, kendi adlarına, ilgililerin haklarının tespiti veya hukuka aykırı durumun iderilmesi yahut ilgililerin gelecekteki haklarının ihlal edilmesinin önüne geçilmesi için dava açabilir.” hükmü yer almaktadır.

Bu düzenlemenin ifadesinden, kollektif koruma sağlayan davaların genelini değil, sadece, AB rekabet hukukunda “temsilci davası” veya “birlik davası” adı verilen bir türünün düzenlenmiş

Menfaatin Hukuki Himayesi Biçimi Olarak Topluluk Davaları’, Haluk Konuralp’in Anısına Armağan’, Seçkin Yayıncılık, Cilt: I, Ankara, 2009.

²³⁴ “Sınıf(isim)”: 4. Önemlerine ve niteliklerine göre kişi veya nesnelerin yerleştirildiği kategorilerden her biri

, 5. Takımlardan oluşan birlik dalların alt bölümü”; Türk Dil Kurumu; Türkçe Sözlük, 10. Baskı, Ankara, 2005, s 1754.

²³⁵ “Grup: 1. Küme, 2. Ortak özellikleri olan varlıklar nesneler bütünü, 3. Görüşleri ve çıkarları bir olan kişiler bütünü, ekip”, Türk Dil Kurumu; s 799.

²³⁶ Uysal; s1116-1167.



olduğu açıkça anlaşılmaktadır. Ayrıca, bu düzenlemenin madde gerekçesinde de genel olarak bu davaları ifade eder anlamda “topluluk davası” teriminin yanında parantez içinde (“grup davası” ve “sınıf davası”) terimleri kullanılmıştır.²³⁷

Bu durum karşısında HMK m 113 düzenlemesinin madde başlığında kullanılmış olan “topluluk davası” teriminin kollektif koruma sağlayan davaların ifade edilmesinde kullanılması gereken genel bir terim olarak örnek oluşturmaz.

Kanaatimizce Türk hukukunda genel olarak kollektif koruma sağlayan davaların ifadesi için Türkçe’deki en uygun terim “grup davası” terimidir. Bu nedenle bu çalışmada “grup davası” terimi kullanılmıştır.

²³⁷ HMK m 113’ün madde gerekçesi; <http://www.tbmm.gov.tr> (09.01.2019).

IV.3. Türk Rekabet Hukukunda Grup Davaları

IV.3.1. Türk Rekabet Hukukunda Grup Davalarına İlişkin Tespitler

Türk rekabet hukukunda grup davaları bakımından değerlendirme yapabilmemiz bakımından, bu değerlendirmeye temel oluşturabilecek başlıca tespitlerimizi dört madde halinde şöyle özetlemek mümkündür:

1-)Türkiye serbest piyasa ekonomisi sisteminde rekabet düzeninin kısıtlayıcı veya bozucu dış müdahalelere maruz kalmadan sağlıklı işlemesi amaçlı bir rekabet kanununun yürürlüğe konulması bakımından, dünyadaki özellikle Avrupa devletlerindeki gelişmelere kıyasen oldukça geride kalmıştır.Türk hukukunda bu anlamda bir rekabet hukuku düzenlemesi olarak ilk defa 1994 yılında 07.12.1994 T ve 4054 S RKHK²³⁸ yürürlüğe konulmuştur. Bu Kanun'un yürürlüğe konulması, Türkiye'nin AB ile ilişkileri sürecinde yapılan karşılıklı hukuki düzenlemeler²³⁹ çerçevesinde rekabet hukuku alanında mevzuatını ve içtihatını AB'ye uyumlaştırma yükümlülüğü kapsamında²⁴⁰, diğer ifade ile uluslararası siyasi ilişkilerin teşvikiyle olmuştur.

Bu bağlamda ülkemizde rekabet hukuku ile çok geç tanışmış olan rekabet aktörlerinin rekabet kültürünün yeterince gelişmiş olduğu veya rekabet kısıtlamalarının olumsuz etkilerine maruz kalan kişilerin haklarının yeterince bilincinde oldukları ileri sürülemeyecektir.

Bu durum karşısında Rekabet Kurulu da rekabet politikalarını rekabet korumacılığından rekabet savunuculuğuna doğru değiştirmiştir.²⁴¹

Rekabet korumacılığı politikası, Rekabet Kurulu'nun, adeta bir savcı veya polis gibi rekabet kurallarını ihlal edenleri yakalayarak soruşturma açarak ve ceza vererek, rekabet ihlallerini önleme, dolayısıyla bu suretle rekabet düzenini koruma işlevini üstlendiği politikalaradır. RKHK'nın yürürlüğe girdiği ilk yıllarda bu politikayı benimsemiş olan Kurum ilerleyen süreçte,bu politika kapsamında gösterilmiş olan, rekabet ihlallerinin yasaklarla ve cezalarla önlenmesi çabalarının etkili olmadığını dolayısıyla idari para cezalarının da caydırıcı olmadığını gözlemlemiştir. Zira RKHK'nın yürürlüğe girişinden itibaren Rekabet Kurulu nezdindeki soruşturma dosyalarının sayısı hızla artmaya devam etmiştir. Bu soruşturmalar sonucunda verilen kararların²⁴² çoğu da ceza ile sonuçlanmıştır. Ancak bütün bunlara rağmen sözkonusu artış aynı veya daha yüksek oranda devam edegelmiştir.²⁴³

²³⁸ RG; 13.12.1994,S 22140.

²³⁹ Bu hukuki düzenlemeler ve içeriklerine ilişkin açıklamalar için bkz.I.1. dp. 26.

²⁴⁰ Bu yükümlülüğün içereğine, yerine getirilmesi sürecine ve ne ölçüde yerine getirilmiş olduğuna dair açıklamalar ve değerlendirmeler için bkz Cengiz, Dilek; Türkiye ve Avrupa Birliği İlişkileri SürecindeTürk Rekabet Politikalarının ve Rekabet Hukukunun Avrupa Birliği'ne Uyum- Rekabet Politikası Faslı Neden Müzakere'ye Açılmıyor ?, Beta Yayıncılık, İstanbul, Aralık 2017, s 9-113,143-227.

²⁴¹ Kurul'un rekabet politikalarına ilişkin açıklamalar için bkz. Cengiz,D; s 81-109.

²⁴² Bu Kararlar için bkz. Rekabet Kurumu 'Karar İstatistikleri (12008-2018Yılları arası)' <http://www.rekabet.gov.tr> 'Yayınlar-Karar İstatistikleri', (02.02.2019).

²⁴³ Soruşturma dosyalarının bu artış için bkz.Rekabet Kurumu 'Faaliyet Raporları(10.-17. Yıllık Raporlar)' <http://www.rekabet.gov.tr> 'Yayınlar-Faaliyet Raporları', (02.02.2019).

Bu durum karşısında, Rekabet Kurumu rekabet korumacılığı politikasından vazgeçerek, Rekabet savunuculuğu politikasını benimsemiştir.

Rekabet savunuculuğu politikası, ilgili ticari çevreler nezdinde rekabet kültürünün oluşturulması ve geliştirilmesi, yani rekabet düzeni bozulmaksızın dürüstçe rekabet edilmesinin bir ticari etik kuralı olduğunun benimsetilmesi amacıyla, Rekabet Kurumu'nun tıpkı bir eğitim kurumu işlevini üstlendiği politikalardır. Kurul RKHK'nın yürürlüğe girdiği ilk yıllarda rekabet korumacılığı politikasını benimsemiş olup, ilerleyen süreçte rekabet korumacılığı politikasının gereği olarak yasakların ve ceza yaptırımlarının rekabet ihlallerinin önlenmesi bakımından etkili olmadığını dolayısıyla idari para cezalarının da caydırıcı olmadığını, rekabet ihlallerinin hızla artıyor olması gerçeği karşısında bilincine varmıştır. Bu durum karşısında Kurul rekabet politikasını değiştirerek rekabet savunuculuğu politikasını benimsemiştir. Böylece Rekabet Kurulu rekabet savunuculuğu politikaları kapsamında bir rekabet savunucusu olarak uzun bir dönem eğitim programları, seminerler, sempozyumlar düzenlemiştir.²⁴⁴Kurul'un rekabet savunuculuğu politikası kapsamındaki çabaları ve çalışmaları halen devam etmekte ve Kurul bu kapsamda bir rekabet kültürü oluşturulması ve geliştirilmesine yönelik faaliyetlerde bulunmaktadır. Bu faaliyetleri kapsamında toplumu anti rekabetçi eylemler karşısındaki haklarına bilinçlendirmek amacıyla çeşitli yayınlar yapmaktadır. Rekabet Savunuculuğu politikasının yürütülmesi amacıyla Kurum nezdinde 'Dış İlişkiler, Eğitim ve Rekabet Savunuculuğu Dairesi oluşturulmuştur.²⁴⁵Bu Daire tarafından toplumda rekabet kültürünün oluşturulması ve geliştirilmesi amacıyla el kitabı niteliğinde her eğitim seviyesine uygun içerikte rekabetin önemi ve rekabet hukuku ilkeleri ile haklarını açıklayıcı kitapçıklar hazırlanmıştır. ²⁴⁶ Bu kitapçıklarda rekabet savunuculuğu politikası ve bu politikanın hedefi şöyle ifade edilmektedir:

'...Rekabet süreci üretimde verimlilik ve teknik gelişmeyi teşvik ederek piyasalarda etkinliği arttırmakta ve ekonomik gelişmeye katkıda bulunmaktadır. Rekabet hukuku ise sağlıklı bir rekabet ortamının oluşumunu temin ederek toplumsal refah artışında önemli bir rol oynamaktadır. Rekabet Kurumu....toplumda rekabet kültürünü geliştirmeye yönelik faaliyetleri ile üstlendiği bu önemli sorumluluğun bilinci ile hareket etmektedir.....Rekabet Kurumu'nun üzerinde önemle durduğu görevlerden biri, Rekabet Savunuculuğu olarak da ifade edilen, Rekabet Hukuku'nun tanıtılması ve toplumda rekabet bilincinin arttırılmasıdır. Kurum bu çerçevede,staj eğitim panel, konferans gibi çeşitli araçlar ve kamuoyu ile paylaştığı pekçok yayın ile Rekabet Hukuku uygulamaları konusunda iş dünyası, akademik çevreler ve tüketicileri bilgilendirmeyi amaçlamakta ve rekabetin faydaları konusunda toplumsal bilinç geliştirmeyi hedeflemektedir.Tüketicilerimizi ve KOBİ'lerimizi Rekabet Hukuku ve uygulamaları hakkında

²⁴⁴ Rekabet Kurulu'nun bu faaliyetleri için bkz.Rekabet Kurumu; 'Etkinlikler, Sempozyum ve Konferanslar' <http://www.rekabet.gov.tr> (06.09.2017).

²⁴⁵ Bu Daire için bkz Rekabet Kurumu; Kurumsal Yapı, Organizasyon Şeması Dış İlişkiler Eğitim ve Rekabet Savunuculuğu Dairesi <http://www.rekabet.gov.tr> (02.02.2019)

²⁴⁶ Bu Yayınlarla ilişkin başlıca örnekler: Rekabet Kurumu Dış İlişkiler Eğitim ve Rekabet Savunuculuğu Dairesi; Tüketiciler İçin Rekabet Hukuku- Hepimiz İçin Rekabet, Ankara,Şubat 2016 ve Rekabet Kurumu Dış İlişkiler Eğitim ve Rekabet Savunuculuğu Dairesi; Kobilere İçin Rekabet Hukuku- Hepimiz İçin Rekabet, Ankara,Şubat 2016.

bilgilendirmek amacıyla hazırladığımız rekabet kitapçığı da Rekabet Savunuculuğu faaliyetlerimizin bir ürünüdür.... Bu çalışmayı rekabet kültürünün geliştirilmesi dolayısıyla toplumsal refah artışına katkıda bulunulması ve tüm ilgililere faydalı olunmasını ümit ederek kamuoyuna sunuyoruz’’²⁴⁷

Rekabet Kurumu Rekabet Savunuculuğu politikası kapsamında oluşturulması ve geliştirilmesi hedeflenen rekabet kültürünün ne olduğunu da şu ifadelerle açıklamıştır.

“...Rekabet kültürünün varlığı rekabet politikasının başarıya ulaşmasında son derece önemli bir role sahiptir.Rekabet kültürü esas olarak rekabetin getirdiği yararların bilinmesini ve bu yararların sağlanmasında rekabet kurallarının uygulanmasının sahip olduğu role ilişkin toplumda gerekli bilincin oluşturulmasını ve geliştirilmesini içermektedir.Tüketicilerde, iş çevrelerinde ve kamu kurum ve kuruluşlarındaki rekabet kültürü o ülkede rekabet politikasının hızlı bir şekilde... uygulanmasına imkan tanımaktadır. Bu çerçevede rekabet kurumlarının rekabet kültürünün oluşturulması ve geliştirilmesi için, sempozyum ,seminer, konferans ve eğitim faaliyetleri ile yazılı ve görsel medya kanallarını kullanması ve uygulamaya ve mevzuata ilişkin açıklayıcı rehberler yayınlaması gerekmektedir. Nitekim Rekabet Kurumu bu görevin ve sorumluluğun bilincinde olarak ülkede rekabet kültürünün oluşturulması ve geliştirilmesi için gerekli çabayı göstermektedir. ’’²⁴⁸

Bütün bu açıklamalar çerçevesinde temel bir tespit olarak, Türkiye’ de rekabet kültürünün gelişmemiş, hatta hiç oluşmamış olduğu ve toplumun genelinin özellikle de tüketicilerin haklarına bilinçli olmadıkları sonuçlarına varılması mümkündür.Bu bağlamda ülkemizde rekabet kültürünün geliştirilmesi ve toplumun haklarına bilinçlendirilmesi için rekabetsavunuculuğu politikası kapsamında gösterilmesi gereken çok çabaya ve zamana ihtiyaç vardır.

II-) Bütün bu tespitlere bağlı olarak Türk rekabet hukukunda rekabet ihlallerinin olumsuz etkilerine maruz kalan tüketiciler tarafından tazminat davası açılması çok istisnaidir.²⁴⁹

²⁴⁷ Rekabet Kurumu Dış İlişkiler Eğitim ve Rekabet Savunuculuğu Dairesi; Tüketiciler İçin Rekabet Hukuku- Hepimiz İçin Rekabet, Ankara,Şubat 2016, ’Sunuş’ s 2-3. <http://www.rekabet.gov.tr> (10.02.2019); Rekabet Kurumu Dış İlişkiler Eğitim ve Rekabet Savunuculuğu Dairesi; KOBİler İçin Rekabet Hukuku- Hepimiz İçin Rekabet, Ankara,Şubat 2016, ’Sunuş’ s 2-3 <http://www.rekabet.gov.tr> (10.02.2019).

²⁴⁸ Rekabet Kurumu; ‘Rekabet Kültürü’, <http://www.rekabet.gov.tr> (16.01.2017).

²⁴⁹ Sadece birkaç istisna dışında tazminat davası açılmamıştır.(Sanlı; s213);Bu istisnalar arasında emsal oluşturan bir dava örneği şudur: Rekabet Kurulu 12 banka hakkında 21.08.2007 – 22.09.2011 tarihleri arasında paralel davranışlar sergileyerek kredi faizlerini yukarı çekmek suretiyle uyumlu eylem suretiyle kartel oluşturdıkları gerekçesiyle idari para cezasına hükmetmiştir(RK T 10.01.S 2013 13-13/198-10 Karar). Bu Karar Danıştay 3. Dairesi tarafından onaylanarak kesinleşmiştir (Da 13 D 2015/3545 S Karar).Bu eylemden belirtilen tarih aralığında bu bankalardan kredi kullanarak zarar görenlerin, İstanbul 12. Tüketici Mahkemesinden RKHK m 58 hükmüne dayanarak zararlarının üç katı oranında tazminat talep etmeleri üzerine Mahkeme bu talebi kabul etmiştir. Daha sonra İstanbul 12.Tüketici Mahkemesinin bu Kararları Yargıtay tarafından da onanmıştır (Yarg.13.HD 15.10.2016, E 2016/ 12718 , K 2016/18811.; Yarg.11. HD E. 2013/76-87, K 2014/23657).Bu kararlara ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz AkipekÖcal,Şebnem - Tokbaş, Hakan – Kırkbeşoğlu, Nagehan; Sorularla 12 Bankaya Karşı Üç Kat Kartel Tazminatı Davası Rehberi, Aristo Yayıncılık,1.Baskı, İstanbul, Kasım 2016.

Bu bağlamda Türk rekabet hukukunda RKHK kapsamında tazminat davalarından beklenen caydırıcılığın, dolayısıyla da RKHK’da yer alan rekabet kurallarının etkinliğinin sağlanamadığı bir tespit olarak ortaya çıkmaktadır.

III-) AB’ni kuran Roma Antlaşması ve mer’i ABİHA’da rekabet ihlallerine bağlanan özel hukuk sonuçları dolayısıyla tazminat davalarına ilişkin hiçbir düzenlemeye yer verilmemiş olmasına rağmen; Türk rekabet hukukunda RKHK’da rekabet ihlallerine bağlanan özel hukuk sonuçları ve tazminat davaları ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.(RKHK m56-59). Ancak bu düzenlemede grup davası açılmasına imkan veren hiçbir açık veya örtülü hükme yer verilmemiştir. Diğer taraftan zarar görenlere üç kat tazminat talep etme imkanı sunan bir düzenlemeye yer verilmiştir(RKHK m 58/2).

Bu açıklamalar çerçevesinde üç kat tazminat talebine ilişkin düzenleme ile kanun koyucunun RKHK kapsamında idari ceza yaptırımlarının rekabet kurallarının etkinliğinin sağlanması bakımından yeterli olmadığını düşünerek, tazminat davalarına caydırıcılık işlevi yüklemeyi amaçladığı bir tespit olarak ortaya çıkmaktadır.

IV-) Türk hukukunda, tüketici hukuku, sendikalar hukuku ve ticaret hukuku alanlarında sadece tespit, men ve eski hale iade davaları ile sınırlı olarak grup davalarının açılmasına imkan veren düzenlemelere yer verilmiştir.²⁵⁰

Bu durum karşısında, Türk hukukunda kanun koyucunun, grup davalarının açılmasına imkan veren düzenlemeleri yürürlüğe koymak suretiyle medeni usul hukukunun amacı ve çeşitli ilkelerinin²⁵¹ engelleyici nitelikte olduğu iddialarını kabul etmediği açıkça anlaşılmaktadır. Sonuç olarak grup davalarına imkan veren bu düzenlemelerle çağdaş gelişmelerin ortaya çıkarttığı ihtiyaçların gereğinin yerine getirilmesini ve sosyal adaletin sağlanmasını tercih ettiğive bu tercih ile Türk hukukunda kanun koyucunun gelişmelere açık ve çağdaş bir hukuk anlayışına sahip olduğu ortaya çıkmaktadır.

IV.3.2. Türk Rekabet Hukukunda Grup Davalarına İlişkin Değerlendirmeler ve Öneriler

Türk rekabet hukukunda grup davalarına ilişkin değerlendirmelerimiz ve önerilerimiz çerçevesinde; yukarıdaki açıklamalarımızda yapılmış olan tespitler²⁵² temelinde Türk rekabet hukukunda grup davalarına olan ihtiyaç karşısında hukuki olarak ne yapılması gerektiği ve hangi grup davası türünün tercih edilmesi gerektiği soruları cevaplanacaktır.Şöyle ki:

T.C. ‘de ilgili ticari çevrelerde ve tüketiciler nezdinde rekabet kültürünün yeterince gelişmemiş olması nedeniyle zarar görenlerin rekabet ihlallerine karşı tazminat davalarına yönelik ilgisizliği olağandır.

Rekabet Kurulu nezdinde hızla artan dosya sayısı ve ceza ile sonuçlanan kararların sayısı

²⁵⁰ Grup davası açılmasına imkan veren bu düzenlemelere ilişkin açıklamalar için bkz. IV.2.1.1.; IV.2.1.2.; IV.2.1.3.

²⁵¹ Bu amaç ve ilkelere ilişkin açıklamalar ve değerlendirmeler için bkz.II.5.2; II.5.3.

²⁵² Bu tespitler için bkz IV.3.1.

Acilen rekabet kurallarının etkinliğinin sağlanmasına yönelik tedbirlerin alınmasını gerekli kılmaktadır.

Rekabet Kurumu'nun rekabet savunuculuğu politikalarının²⁵³ asıl hedefi de budur. Açık ifade ile rekabet savunuculuğu politikaları kapsamında rekabet kültürünün geliştirilmesine ve rakiplerle diğer ilgililerin bilinçlendirilmesine katkıda bulunularak, rekabet ihlallerinin önlenmesine çalışılmaktadır.

Ancak toplumların herhangi bir alanda kültürel gelişiminin veya değişiminin hiç kolay olmadığı ve zaman gerektirdiği bilinen bir gerçektir. Bunun belirli bir düzeyde başarılabilmesi için dahi Rekabet Kurumu'nun rekabet kültürünün geliştirilmesine yönelik politikaları kapsamındaki çabalarının tek başına çözüm oluşturmayacağı veya yeterli olamayacağı muhakkaktır. Böyle bir çabanın ilgili eğitim kurumları başta olmak üzere devletin bütün ilgili kurumları ve ilgili bütün sivil toplum kuruluşları tarafından işbirliği içinde bütünsel bir organizasyon dahilinde yürütülmesi gereklidir. Örneğin: öğrencilerin seviyesine ve müfredatın gereklerine uygun olarak belirlenecek, eğitim ve öğretim kurumlarından başlanarak; okullarda rekabetin yararlarının ve rekabetin kısıtlanmasının bir ticari etik ilkesi olduğunun, bu kısıtlamalar sonucunda elde edilen kazancın haksız bir kazanç ve hukuka aykırı olduğunun, ceza yaptırımlarını gerektirdiğinin sosyal bilimler ile ilgili ders kitaplarında ayrı bir konu olarak veya en azından uygun bir konu kapsamında bir paragraf olarak açıklanması gereklidir. Oysa ülkemizde rekabet hukuku halen hukuk fakültelerinde dahi seçimlik dersler arasında olup zorunlu dersler arasında değildir.

Diğer taraftan, ihlallerin önlenmesi, dolayısıyla rekabet kurallarının etkinliğinin sağlanabilmesi için; rekabet kültürü ne kadar geliştirilirse geliştirilsin, bunun caydırıcılığı sağlayacak tedbirlerle desteklenmesi gerektiği de kuşkusuzdur.

Bu durum karşısında , caydırıcılık için ABD ve AB rekabet hukuku sistemlerinde olduğu gibi Türk rekabet hukukunda da idari ceza yaptırımları yeterli olmamaktadır. Bu yetersizlik nedeniyle dikkatler tazminat davalarına çevrilmiştir. Tazminat davalarının yaygınlaştırılması durumunda bu davaların caydırıcılık işlevinin etkinleşeceği, dolayısıyla tazminat davalarının caydırıcılık işlevinin idari ceza yaptırımlarının caydırıcılık işlevini destekleyeceği düşünülmüştür.

Bu durumu bir örnekle açıklayacak olursak: İhlalciler, ihlal planlarını yaparken, öncelikle ihlalden elde edecekleri kazanç ile idari para cezaları arasındaki farkın hesabını yapmaktadırlar. Bu hesapta genellikle aradaki fark ihlalcilerin lehine olmaktadır. Diğer ifade ile ihlal kazancı idari para cezalarından çok daha fazla olmakta ve ihlalcilerin bu fazlalık ihlalcilere kalmaktadır. Eğer tazminat davaları yaygınlaştırılacak olursa ihlalden zarara uğrayanların toplam zararlarının tazmin bedeli para cezalarına eklendiğinde, ikisinin toplamı; genellikle ihlalcilerin hesabını tam tersine çevirmektedir ve ihlalciler kazanç sağlamadıkları gibi zarara dahi uğramaktadırlar. Tazminat davalarının caydırıcılık özelliği bu örnekte çok açık olarak görülmektedir.

²⁵³ Rekabet Savunuculuğu politikalarının anlamına ve içeriğine ilişkin kısa açıklama için bkz. IV.3.1.

Bu durum karşısında ABD, AB’de olduğu gibi Türk rekabet hukukunda da tazminat davaarının yaygınlaştırılmasını, zarara uğrayanların tamamının zararının tazmininin, dolayısıyla

rekabet kurallarının etkinliğinin sağlanmasına yönelik kısa vadeli uygun bir çare olarak ilk akla gelen çözüm yolu grup davalarının açılmasına imkan verilmesidir.

Grup davalarının açılmasına Türk hukukunda imkan verilmesini engelleyici bir etken bulunmamaktadır. Zira 50 yılı aşkın süreden beri Türk hukukunda uzun zamandan beri ticaret hukuku, tüketici hukuku ve sendikalar hukuku alanlarında tespit, men ve eski hale iade davaları bakımından grup davası açılmasına imkan veren düzenlemelere zaten yer verilmiştir. Bunun yanı sıra 12.01.2011 tarih ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu²⁵⁴, nunda grup davası açılmasına imkan veren ilişkin genel bir düzenlemeye yer verilmiştir. HMK’da ‘‘Dava Çeşitleri’’ bölüm başlığı ve ‘‘Topluluk Davası’’ madde başlığı altında yer alan m 113 düzenlemesinde:

‘‘Tüzel kişiler statüleri çerçevesinde üyelerinin veya mensuplarının yahut temsil ettikleri kişilerin menfaatlerini korumak için kendi adlarına, ilgililerin haklarının tespiti veya hukuka aykırı durumun giderilmesi yahut ilgililerin gelecekteki haklarının ihlal edilmesinin önüne geçilmesi için dava açabilirler’’ hükmü yer almaktadır.

Bu düzenlemede temsilci davası türünden grup davalarının açılması imkanı tanınmıştır. Ancak bu kapsamda tazminat davası açılmasına imkan verilmemiş, sadece tespit ,men ve eski hale iade davası açılmasına imkan verilmiştir.²⁵⁵

Bu düzenlemenin madde gerekçesinde kanun koyucunun Türk hukukunda grup davaları konusuna yaklaşımına dair ipuçları yakalamak mümkündür.²⁵⁶ Şöyle ki :

‘‘....esas itibarıyla Anglo-Sakson menşeli bir kurum olan ve Kıta Avrupası hukuk düzenlemelerinde de kabul görmeye başlamış bulunan, topluluk (grup, sınıf davası) kurumunun kavramsal bir çerçevede de hukukumıza girmesi sağlanmıştır.

Bu çerçevede dernekler ve diğer tüzel kişilerin statüleri çerçevesinde üyelerinin veya mensuplarının yahut temsil ettikleri kesimin menfaatlerini korumak için, kendi adlarına, ilgililerin haklarının tespiti veya hukuka aykırı durumun giderilmesi yahut ilgililerin gelecekteki haklarının ihlal edilmesinin önüne geçilmesini temin amacıyla açılacak davanın topluluk davası olacağına işaret edilmiştir.

Topluluk davası yoluyla, toplumsal yararın korunması ile dar ve teknik anlamda bir açılım yaratılması sağlanmaktadır. Mevzuatımız bağlamında grup davasına örnek olarak 4077 S TKHK m 23/4’de yer alan düzenlemeyle aynı kanunun m24/1’de yer alan düzenleme gösterilebilir.’’

Bu ifadelerden kanun koyucunun, adalete ulaşma hareketinin teorik etkisiyle, medeni usul hukukunun amacına ilişkin sosyal adalet eğilimine paralel olarak toplumdaki güçlülerin karşısında güçsüzlerin korunmasını sağlamak amacıyla grup davalarının kavramsal çerçevesini

²⁵⁴ RG; 04.02.2011, S 27836.

²⁵⁵ Bu düzenlemeye ilişkin açıklamalar için bkz. Kuru; s 161.

²⁵⁶ HMK m 113’ün madde gerekçesi; <http://www.tbmm.gov.tr> (09.01.2019).

oluşturmak suretiyle Türk hukukunda ihtiyaç olan tüm alanlarda grup davalarının açılmasına imkan verilmesine ilişkin bir açılım sağlamak yaklaşımı içinde olduğu açıkça anlaşılmaktadır.

Bu açıklamalardan anlaşıldığı üzere, rekabet hukuku alanındaki acil ve önemli ihtiyaç karşısında grup davalarının açılmasına imkan verilmesine hiçbir engel bulunmadığı gibi gereklilik dahi bulunmaktadır. Ancak m 113 düzenlemesindeki kavramsal çerçevede tazminat davalarına yer verilmemiş olması; rekabet hukuku alanında açılması gereken grup davaları arasında da tazminat davalarının yer alamayacağı şeklinde bir yorumu zorunlu kılmaz. Ancak kanun koyucu tarafından tazminat talepli grup davası açılmasına imkan veren açık bir düzenlemenin yapılmış olması gereklidir. Açılmasına imkan verilecek olan grup davalarının tür ve niteliğinin belirlenmesi bakımından önemli olan ölçüt hem toplumsal düzenin hem de zarar görenlerin menfaatlerinin korunması suretiyle sosyal adaletin sağlanmasıdır. Bu husus gerekçede de açıkça vurgulanmıştır.

Oysa rekabet hukuku alanında, tespit, men ve eski hale iade davaları sağlıklı bir rekabet düzeninin tesisi bakımından etkili olsa da, bu davaların mutlaka tazminat davaları ile desteklenmesi gereklidir. Aksi takdirde, bu davaların kısıtlı etkileri de bertaraf edilecektir. Açık ifade ile, uğranılan zararlar tazmin edilmeden menfaatlerin korunması mümkün olamayacağı gibi, ihlalcilerin ihlal eyleminden elde ettikleri kazançlar da yanlarına bırakılacaktır. Bu da rekabet ihlallerinin teşvik edilmesi anlamına gelmektedir. Böylece tespit, men ve eski hale iade davalarının sağlıklı bir rekabet düzeninin tesisine yönelik etkileri tamamen bertaraf edilecektir.

Bu bağlamda tazminat davalarından beklenen caydırıcılık işlevi ve rekabet kurallarının etkinliği sağlanamayacaktır. Rekabet kurallarının etkinliğinin sağlanamaması ise, artan ihlallere bağlı olarak toplumsal refah seviyesini aşağı çekecek ve genişleyen dalgalar halinde bir toplumsal zarara sebep olacaktır. Bu durum rekabet hukuku alanında tazminat talepli grup davalarının açılmasına imkan verilmesinin vazgeçilemez olduğunu ortaya koymaktadır.

Bunun aksine bir iddia²⁵⁷ HMK m113 düzenlemesi ve RKHK m 56-59 düzenlemeleri, özellikle de rekabet ihlallerinden zarar görenlere üç kat tazminat talep edilmesi imkanı veren RKHK m 58 düzenlemeleri bakımından kanun koyucunun amaçları ile bağdaşmayacaktır. RKHK m 58 düzenlemesindeki üç kat tazminat talebi imkanı doğrudan doğruya tazminat davalarına caydırıcılık işlevi yüklenmesi ve rekabet kurallarının etkinliğinin sağlanması amaçlıdır.

Bu nedenlerle Türk rekabet hukuku alanında grup davalarına ilişkin olarak yapılması gereken RKHK'ya tespit, men, eski hale iade ve tazminat taleplerini içeren grup davalarının açılmasına ilişkin açık ve net bir düzenlemenin ilave edilmesidir. Bu durum hem ihlalcileri ihlallerden elde ettikleri kazançların tamamını hatta daha fazlasını oluşturan idari para cezası ve toplu tazminat toplam miktarını ödemek sorumluluğuna maruz bırakacak ve böylece kazandıklarından fazlasını ödemek tehlikesi karşısında ihlallerden caydıracak hem de dürüst rekabet ortamı oluşturacaktır. Bu çözüm hem HMK'nın hem de RKHK'nın sistemine uygun olacaktır.

²⁵⁷ Eren; s206; Özbay(2010; s 1576.

Aksi takdirde Rekabet Kurumunun rekabet savunuculuğu politikalarının hedefine ulaşması mümkün değildir. Rekabet savunuculuğu politikalarının başarıya ulaşabilmesi için mutlaka tazminat talepli grup davaları ile desteklenmesi gereklidir.

Bu noktada sorunun Türk rekabet hukukunda tazminat talepli grup davalarının iki türü olan ”opt in”(katılmalı) ve ”opt out”(çıkma/katılmasız grup davası modellerinden²⁵⁸ hangisinin tercihinin uygun olacağı hususu bakımından da değerlendirilmesi gereklidir. Şöyle ki:

Tazminat talepli grup davalarının ”opt in” ve ”opt out” dava modellerinin ABD ve Avrupa uygulamalarında çıkma modelinin katılma modeline kıyasen daha etkili olduğu deneysel olarak kanıtlanmıştır.²⁵⁹ Açık ifade ile, bu uygulamalarda bir grup davasına dahil olabilmek için grup üyelerinin katılma talebinde bulunmalarını gerektiren katılma opt in (katılmalı) modelinde üyelerin çok azının katılma talebinde bulunmalarına karşılık; belirli bir grubun üyelerinin tamamının baştan grup davasına dahil olduklarının kabul edildiği, eğer bu kapsama dahil olmak istemeyen üyeler varsa, bu üyelerin davadan çıkma yönündeki iradelerini açıklamalarını gerektiren çıkma ”opt out” modelinde üyelerin çok azının çıkma yönünde irade açıkladıkları tespit edilmiştir.

Bu durum karşısında ”opt out”(katılmasız/çıkma) modelinin zarara maruz kalan grup üyelerinin fazlasını kapsamına almak suretiyle daha etkin olduğu ortaya çıkmaktadır.

Kanaatimizce rekabet kültürünün oldukça gelişmiş olduğu ABD uygulamalarında dahi grup üyeleri grup davasına katılma yönündeki iradelerini kullanmakta çekingen kalıyorlarsa bunun rekabet kültürünün gelişmişliği bakımından çok daha geride olan Türkiye uygulamalarında da fazlasıyla böyle olacağı yani haklarının bilincinde olmayan ihlal mağdurlarının çok daha fazlasının katılma iradesini kullanmakta çekingen tavır sergileyeceği muhakkaktır.

Bu durum karşısında madem ki amaç, Türk rekabet hukukunda tazminat talepli grup davalarına yönelik ihtiyacın karşılanmasıdır. Bunun için etkinliği olan çıkma ”opt out” modeli tercih edilmelidir.

Bu tercihin, Türkiye’nin rekabet hukuku alanında AB’ye uyum yükümlülüğü bakımından AB rekabet hukukunda, s 11.06.2013 tarihli 396/2013 S ‘*Toplu Tazmin Mekanizmaları için Ortak Prensiplere İlişkin Tavsiye Kararı*’nda katılma ”opt in” dava modelinin kabul edilmiş olması karşısında uygun olup olmadığı bir hukuki sorun olarak değerlendirilmesi gereklidir.

Bu Karar hukuki olarak bağlayıcı niteliği olmayan sadece üye devletleri hukuk sistemlerine kolektif hukuki koruma sağlayan uygun araçları dahil etmeye davet eden rehber niteliğinde resmi bir belgedir. Bu hukuki çerçevede T.C.’nin ülkesinde rekabet kurallarının etkinliğini sağlayacak en uygun dava modelini kabul etmesi söz konusu yükümlülüğün amacına en uygun olandır. Yoksa

²⁵⁸ Bu dava modellerine ilişkin açıklamalar için bkz. III.4.3.

²⁵⁹ Bu kanıta ilişkin istatistiki veriler için bkz. III.4.3.

Tavsiye Kararındaki²⁶⁰ katılma ‘‘opt in’’ dava modelinin aynısını kabul etmek gibi bir hukuki yükümlülüğü bulunmamaktadır.

Aslında AB’de Komisyon’un grup davalarını yönerge(direktif) gibi bağlayıcı bir hukuki düzenleme çerçevesinde, değil de bağlayıcı olmayan bir Tavsiye Kararında düzenlemeyi tercih etmesinin temel gerekçelerinden birisi de, her üye devletin caydırıcılığın ve etkinliğin sağlanması için kendi ülkesinin sosyal ve ekonomik yapısına en uygun olan kollektif koruma aracını veya dava modelini tercih etmesini ve sonuç itibarıyla rekabet düzeni sağlıklı işleyen bir devlet olarak AB entegrasyonunda yer almasını sağlamaktır.

V. Sonuç

Teknolojinin hızla gelişmesine bağlı olarak sosyal ve ekonomik ilişkilerin daha karmaşık hale geldiği çağımızda, hukuk düzeni tarafından sübjektif hakların yanısıra kollektif menfaatlerin de korunması vazgeçilmez bir gereklilik halini almıştır. Buna paralel olarak medeni yargılama hukuku alanında bireysel menfaatlerin olduğu kadar toplumdaki bireyler üstü değerlerin de korunması gerektiği anlayışı ortaya çıkmıştır.²⁶¹Bu yaklaşım medeni usul hukuku alanındaki kanunlarda da karşılık bulmaktadır.²⁶² Bu yaklaşım çerçevesinde çağımızda dava taraflardan birinin kazanacağı diğerinin kaybedeceği sadece iki tarafın karşı karşıya geldiği bir uyuşmazlık çözüm süreci olarak değerlendirilmemektedir. 20. Yüzyılın başlarından itibaren bir önceki yüzyılda egemen olan liberal anlayış hukuktaki etkisini yitirmiş ve genel olarak hukukun özel olarak medeni usul hukukunun sosyal görevlerinin de olduğu kabul edilmiştir.²⁶³Bu bağlamda bir çok ülkede hukukun bu alanına egemen olan geleneksel ilkeler yumuşatılmıştır.²⁶⁴

Bu durumun en önemli kanıtlarından birisi kollektif hukuki himayenin sağlanmasına yönelik davalardır. Bu kapsamda yer alan grup davaları medeni usul hukukunun ‘davada menfaat’*’kesin hükmün etkisinin kapsamı’* gibi bazı ilkelerine istisna oluşturmaktadır.²⁶⁵

‘‘AB ve Türk Rekabet Hukukunda Grup Davaları’’ konulu bu çalışmada yapılmış olan inceleme ve araştırmalarımız çerçevesindeki tespit ve değerlendirmelerimize²⁶⁶ ilişkin açıklamalarımızdan, Türk rekabet hukukunun en temel eksiğinin ve sorununun rekabet kurallarının etkinliğinin sağlanamaması olduğu ve rekabet hukuku alanında kazminat talepli grup davalarının açılmasına imkan veren bir düzenlemenin bulunmayışının; sözkonusu temel eksikliğin ve sorunun esas

²⁶⁰ 396/2013 S Tavsiye Kararına ilişkin açıklamalar ve bu kararın içerdiği başlıca ilkeler için bkz. III.4.1.; III.4.2.

²⁶¹ Hanağası(2009b); s 404.

²⁶² Alman Medeni Usul Kanunu, Avusturya Medeni Usul Kanunu ve diğer örnek Kanunlara ilişkin düzenlemeler için bkz.Deren Yıldırım; s 141-146; Türk medeni usul hukukunda HMKm 113 düzenlemesi de bu anlayışı yansıtan bir örnek oluşturmaktadır.

²⁶³ Bu konuya ilişkin açıklamalar için bkz.Hanağası(2009b); s 352-357,404.

²⁶⁴ Hanağası(2009b); s404.

²⁶⁵ Bu hususa ilişkin ayrıntılı açıklamalar ve atıflar için bkz. II.5.2.

²⁶⁶ Bu tespit ve değerlendirmelere ilişkin açıklamalar için bkz. II.5.2.

sebebi olduğu ve böyle bir düzenlemenin yürürlüğe konulmasının bu temel soruna büyük ölçüde çözüm oluşturacağı ortaya çıkmaktadır.

Ancak rekabet kurallarının etkinliğinin sağlanmasına ilişkin sorunun, grup davası açılmasına imkan verecek olan açık hukuki düzenlemelerin RCHK sistemine dahil veya ilave edilmesi ile tek başına kökten ve tam olarak çözülmesinin gerçeklere uygun olmadığı da kuşkusuz olmakla beraber; grup davalarının sorunun çözülmesine büyük katkıda bulunacağı ve tamamlayıcı rol oynayacağı da kuşkusuzdur.

Bu bağlamda sorunun çözümüne kökten ve çok yönlü çözüm formülleri ile yaklaşılması gereklidir.

Sorunun kökten çözümü için en doğru başlangıç noktası Rekabet Kurumu'nun rekabet kültürünün geliştirilmesi suretiyle rekabet kurallarının etkinliğinin sağlanmasına yönelik 'Rekabet Savunuculuğu' politikasının hayata geçirilebilmesi için Rekabet Kurumunun bu yöndeki çabalarında yalnız bırakılmaması ve devletin bütün ilgili kurumları ile ilgili sivil kuruluşların hepberaber işbirliği içinde bu çabaya katılarak destek vermeleri gereklidir.

Çünkü rekabet kültürünün oluşmadığı bireylerin rekabet ihlallerine karşı haklarına bilinçli olmadıkları bir toplumsal altyapı üzerinde rekabet kurallarının etkin olabilmesi mümkün değildir. İhlallerin her geçen gün artması kaçınılmazdır. Diğer taraftan sözkonusu politikanın hayata geçirilmesinin ve rekabet kültürünün oluşturulmasının kolay olmadığı ve zaman alacağı da bir gerçektir. Avrupa devletlerinde yıllardır süren çabalara rağmen,bugünlerde hala

“ Atlantığın doğu yakasında rekabet kültürü batı yakasında kartel kültürü hakimdir” sözü geçerliliğini korumaktadır. Bu anlamda Avrupa'daki rekabet kültürünün ABD'deki rekabet kültürünün seviyesine ulaşamadığı bilinen bir gerçektir.

Ülkemiz bakımından rekabet kültürü, gelişim sürecinde hala emekleme aşamasındadır. Bu süreci hızlandırabilmek için, konu öncelikle öğrencinin seviyesine ve müfredatın niteliğine en uygun seviyeden başlanarak eğitim kurumlarının müfredatına dahil edilmelidir.²⁶⁷ Bu suretle hem yeni nesiller nezdinde bir kültürel temel oluşturulacak hem de sorunun çözümü kökten ele alınmış olacaktır.Bu bakımdan yapılması gereken çok şey vardır. Ülkemizde rekabet hukuku dersi hukuk fakülteleri müfredatında dahi zorunlu dersler arasında değildir.Oysa, bu husustaki eğitimin orta veya lise eğitimi aşamasında ve konuya en azından sosyal bilimler ile ilgili ders kitapları kapsamında bir konu başlığı veya arada bir paragraf olarak yer verilerek başlatılması;bu aşamada gençlerin, rekabetin yararları ile sakıncaları, rekabeti kısıtlayıcı eylemlere bağlı yüksek kazançların hem etik olarak haksız hem de hukuka aykırı kazanç niteliğinde olduğu ve ceza yaptırımına tabi olduğu hususunda bilinçlendirilmeleri ve rekabete dayalı kazancın bir ticari etik kuralı olduğunun benimsetilmesi yararlı olacak ve uzun vadede toplum genelinde rekabet kültürünün gelişimine katkıda bulunacaktır.

²⁶⁷ Bkz. IV.3.2.

Diğer taraftan, AB'ye tam üyelik müzakere süreci içinde olan Türkiye tarafından, eğer AB üyeliği hala hedefleniyorsa²⁶⁸, söz konusu sorun çözülmeden bu hedefe varılmasının mümkün olmayacağı muhakkaktır. Eğer Türkiye bu yolda bütün rekabet hukuku mevzuatını ve içtihatını AB'ye uyumlaştırırsa dahi rekabet ihlallerinin artarak devam ettiği, sağlıklı işlemeyen rekabet ortamına sahip rekabet kültüründen yoksun bir iktisadi ve sosyal düzen ya da düzensizlik ile AB'ye entegre olunabilmesi mümkün olmayacaktır.

Diğer taraftan rekabet savunuculuğu politikası kapsamında ne kadar çaba gösterilirse gösterilsin, rekabet kurallarının etkinliğinin sağlanabilmesi için; söz konusu politikayı tamamlayıcı veya destekleyici olarak ihlallere yönelik caydırıcılığın sağlanmasının da gerekli olduğu muhakkaktır. Bu insanın doğasındaki para sahibi olma hırsının, özellikle de kazanç sağlama mücadelesi içindeki ticari piyasaların aktörlerinin hırslarının dengelenmesi için gereklidir. Bu nedenle bu dengeyi sağlayacak en uygun araç olan olan tazminat talepli grup davalarının rekabet hukuku sistemine kazandırılması vazgeçilmezdir.

Bu bağlamda AB ve Türk rekabet hukukunda rekabet ihlallerine bağlanan idari para cezası yaptırımlarının caydırıcı olmadığı, caydırıcılığın sağlanabilmesi için bu yaptırımların tazminat davaları ile desteklenmesi ve bu nedenle tazminat davalarının caydırıcılık işlevinin etkinleştirilmesi gerektiği düşüncesi hakimdir. Kanun koyucunun bu yöndeki iradesi RKHK m 58/1 düzenlemesindeki üç kat tazminat hükmünden anlaşılmaktadır. Bu hükme rağmen AB ve Türk rekabet hukukunda tazminat davalarının caydırıcılık işlevinin etkinleştirilmesi ve dolayısıyla rekabet kurallarının etkinliğinin sağlanabilmesi için, dikkatler en uygun araç olarak grup davalarına yönelmiştir.

Bütün bu açıklamalar karşısında, yukarıdaki '*Türk Rekabet Hukukunda Grup Davalarına İlişkin Değerlendirmeler ve Öneriler*' başlığı altındaki açıklamalarımızda²⁶⁹ Türk rekabet hukukunda hem medeni usul hukuku amaç ve ilkeleri hem de genel hukuk sistemi ile RKHK'nın maddi içeriğine ilişkin amaç ve ilkeleri çerçevesinde rekabet ihlallerinden doğan zararların tazmini amaçlı '*opt out*' (çıkma/katılmasız) dava modelindeki grup davalarının açılmasına imkan verilmesinin mümkün ve gerekli olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Böylece ihlal eylemlerinden doğan, geniş bir alana yayılan zararların toplu olarak tazmini mümkün olacak ve ihlalcilerin ihlal eylemlerinden elde ettikleri kazanç ile idari para cezaları arasındaki farkın lehlerine olduğuna ilişkin hesapları toplu tazminat miktarı ile idari para cezalarının toplamı bakımından yapıldığında, ihlalciler aleyhine çıkacak ve hesap tam tersine dönecektir. Bu dönüşün tazminat davalarının caydırıcılık işlevinin etkinleştirilmesine olan katkısı ise kuşkusuzdur. Bu katkı veya tamamlayıcı rol Türk rekabet hukukunda rekabet kurallarının etkinliğinin sağlanmasına yönelik çağdaş bir çözüm olarak grup davalarının açılmasına imkan veren bir hukuki düzenlemenin RKHK'a ilave edilmesini vazgeçilmez kılmaktadır.

²⁶⁸ T.C. tarafından AB üyeliğinin hedeflenmediği görüşü ile bu görüşün dayanağını oluşturan gerekçeler ve kanıtlar için bkz. Cengiz; s 257- 277.

²⁶⁹ Bkz.IV.3.2.

KİRA SÖZLEŞMESİNİN ÖNEMLİ SEBEPLERLE FESHİNDE ÖNEMLİ SEBEP KAVRAMININ İNCELENMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Selin SERT SÜTÇÜ

Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Öz

Bir sözleşme ilişkisi içerisine girme düşüncesinde olan taraflar mevcut durum ve sözleşmenin kurulmasından sonraki durumu göz önüne alarak karşılıklı ve birbirlerine uygun irade beyanları ile sözleşme kurarlar. Tarafların başına bazen o kadar beklenmedik durum veya olaylar gelir ki bu durum taraflar arasındaki ilişkinin katlanılmaz olmasına yol açabilir. Bu durumda kira sözleşmesinin sona ermesini beklemek veya olağan fesih için öngörülen fesih döneminin geçmesini beklemek doğru olmayacaktır. Kanun koyucu tarafların daha önceden öngörmedikleri ve öngörmelerinin de mümkün olmadığı bu gibi hallerde olağanüstü fesih hakkının varlığını kabul etmiştir. TBK m. 331 hükmünde düzenlenen kira sözleşmesinin önemli sebeple feshi genel sebeplerle olağanüstü fesih sebebi olarak kabul edilmiştir. Buna göre; kira ilişkisine devamı beklenemez hale getiren bir önemli sebebin ortaya çıkması halinde taraflar, belirli süreli kira sözleşmelerinde sürenin, belirsiz süreli kira sözleşmelerinde ise olağan fesih için söz konusu olan fesih döneminin dolmasını beklemeksizin, karşı tarafa yöneltecekleri tek taraflı bir irade beyanı ile sözleşmeyi, fesih bildirim süresinin sonunda ve ileriye etkili olarak sonlandırabileceklerdir. Çalışmamızda önemli sebep kavramı ve Yargıtay uygulaması ile doktrinde önemli sebep olarak hangi unsurların değerlendirildiği inceleme konusu yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Kira sözleşmesi, fesih, önemli sebep, sona erme, öngörülebilirlik.

INVESTIGATION OF THE IMPORTANCE OF THE RENTAL CONTRACT BY IMPORTANT REASONS

Abstract

The parties considering to enter into a contractual relationship and the situation after the establishment of the contract, taking into account the mutual and mutual will declare a contract with the will. Sometimes unexpected situations or events occur to the parties, which can lead to an unbearable relationship between the parties. In this case, it would not be right to wait for the termination of the lease or wait for the termination period for the normal termination. It has accepted the existence of the right of extraordinary termination in such cases where the legislative parties have not previously foreseen and cannot foresee. The termination of the lease agreement, which was regulated by provision TBK m. 331, for reasons of reason, was accepted as a cause of

extraordinary termination for general reasons. According to this; If there is an important reason that makes the continuation of the lease relationship unforeseeable, the parties shall sign the contract with the unilateral declaration of will and the period of termination of the contract, end and forward effectively. In our study, the important concept of reason and the application of the Supreme Court of Appeals will be examined as to which elements are considered as important reasons in the doctrine.

Key Words: Lease agreement, termination, important reason, expiration, predictability.

I. Genel Olarak

Kira sözleşmesinin feshi bakımından 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 331/1 hükmünde “Taraflardan her biri, kira ilişkisinin devamını çekilmez hale getiren önemli sebeplerin varlığı durumunda, sözleşmeyi yasal fesih bildirim süresine uyarak her zaman feshedebilir.” düzenlemesine yer vermiştir. Kanundaki bu düzenlemeye göre taraflardan herhangi birisi kira ilişkisinin devam etmesinin çekilmez hale geldiği önemli sebeplerin varlığı halinde sözleşmenin fesih edilebileceğini düzenlemiştir²⁷⁰.

Kira sözleşmesinin sona ermesi bakımından bu madde metnine göre belirlemesi yapılacak olan durum; kira sözleşmesinin devamını taraflar açısından çekilmez hale getirecek olan sebebin önemli olup olmadığının belirlenmesidir. Madde metninde önemli sebeplerin neler olduğu belirtilmemiştir. Kira ilişkisine devamı beklenemez hale getiren bir önemli sebebin ortaya çıkması halinde taraflar, belirli süreli kira sözleşmelerinde sürenin, belirsiz süreli kira sözleşmelerinde ise olağan fesih için söz konusu olan fesih döneminin dolmasını beklemeksizin, karşı tarafa yöneltecekleri tek taraflı bir irade beyanı ile sözleşmeyi, fesih bildirim süresinin sonunda ve ileriye etkili olarak sonlandırabileceklerdir.

II. Önemli Sebep Kavramı

Önemli sebep kavramının TBK da tanımlanmadığı gibi kanun koyucunun önemli sebep kavramını kira sözleşmesi dışındaki bazı düzenlemelerinde farklı şekillerde ifade ettiği de görülmektedir. Türk Hukukunda önemli sebep değişik terimlerle ifade edilmektedir. Örnek olarak BK m.264 ve 268’de “*mühim sebep*”; TBK m.331, 369, 617 ile TMK m.124, 615’de “*önemli sebep*”; BK m.344, 352 ile TMK m.4, 27, 67, 80, 120, 164, 289, 380, 385, 387 II, 414’de “*muhiik sebep*”; TBK m.639/I b.7, 435, 447 ile TTK m. 255, 274, 275, 276, 282, 537, 1083’de “*haklı sebep*” ifadesi tercih edilmiştir.

²⁷⁰ Pınar Altınok Ormancı: Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Nedenle Feshi, Ankara 2011, s. 94. Özer Seliçi: Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul, 1976. s. 186; Fahrettin Aral/Hasan Ayrancı: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2018, s. 276; Ersin Çamoğlu: “Kollektif Ortaklıkta Fesih ve Çıkarma Sebebi Olarak Haklı Sebepler ve İrade Bozuklukları Arasındaki Hukuki İlişkiler”, Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay’ın Anısına Armağan, İstanbul, 1982, s. 345; Murat Doğan: Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi, Ankara 2011, s. 230; Murat İncoğlu: Kira Hukuku, İstanbul 2014, s.231; Murat Aydoğdu/ Nalan Kahveci: Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2014, s. 648-649.

Kira sözleşmelerinde fesih sebebi olarak kabul edilebilecek önemli sebeplerin neler olduğu veya nelerin bu kapsamda yer alacağı belirtilmemiştir²⁷¹. Bu sebeple tüm kira sözleşmeleri bakımından kabul edilebilecek önemli bir sebep kavramı yoktur.

Önemli sebep, sözleşmenin temelini sarsmalıdır. Sözleşmenin önemli sebeplerle feshedilmesi, sürekli sözleşmelere özgü bir sone erme sebebidir²⁷².

Kanun koyucu önemli sebepleri örnekseme yoluyla belirtmediği halde önemli sebep olarak kabul edilebilecek bir unsurun sahip olması gereken kriterleri belirlemiştir. Buna göre; kira sözleşmesinin sona erdirilmesi bakımından bir sebebin önemli olabilmesi için sözleşmenin devamının taraflarca çekilmez hale gelmesi gerekmektedir²⁷³.

Önemli sebep, doktrinde sözleşme kurulurken tarafların sözleşmeye temel kabul ettikleri kişisel veya maddi şartlarla ilgili olan, belirli süreli kira sözleşmesinde sürenin dolmasına kadar, belirsiz süreli kira sözleşmesinde ise fesih döneminin sonuna kadar, fesih beyanında bulunan kira sözleşmesinin tarafı için dürüstlük kuralı uyarınca kira ilişkisine devamı çekilmez hale getiren ve bu nedenle bozucu yenilik doğuran bir bildirimin gerçekleşmesi ile kira ilişkisinin sona erdirilmesini haklı gösteren olay ya da olguların toplamıdır²⁷⁴.

III. Kira Sözleşmesinin Feshi Bakımından Önemli Sebep Kabul Edilebilecek Durumlar

Kira sözleşmesinin feshi bakımından kabul edilebilecek olan önemli sebep; her somut olaya göre değerlendirilmesi gereken bir durumdur. Somut olayın özelliği, bu durumun veya olayın varlığı halinde tarafların kira sözleşmesinin devam etmesini isteyip istemeyeceği gibi unsurlar bir arada düşünülmelidir. Tarafların içinde bulundukları sosyal ve ekonomik durum, kira ilişkisi içerisinde yer alan kişilerin kişilikleri, içinde bulunulan zaman dilimi zamanın ve olayların farklı değerlendirilmesine yol açabilecektir²⁷⁵.

Çekilmezlik unsurunun temel dayanağı; ahde vefa ilkesi ve dürüstlük kuralıdır. Ahde vefa ilkesine sıkı sıkıya bağlılık her zaman hakkaniyete uygun sonuçlara yol açmayabilecektir. Ahde

²⁷¹ Sabahattin Yürekli: Türk Borçlar Kanununa Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, 1. Baskı, Ankara, 2011, s. 196; Cevdet Yavuz / Faruk Acar / Burak Özen: Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 10. Baskı, İstanbul, 2012, s. 257; Aydın Zevkliler / Kadir Emre Gökyayla: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 12. Baskı, Ankara, 2013, s. 322-323; Aral/ Ayrancı: s. 276.

²⁷² Fikret Eren: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2018, s. 383.

²⁷³ Seliçi: s. 193; Altınok Ormancı: s. 136.

²⁷⁴ Mustafa Alper Gümüş: Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Kira Sözleşmesi (TBK m. 299- 356), 2. Baskı, İstanbul, 2012, s. 269; Haluk Tandoğan: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. 1/2, Üçüncü Tıpkı Basım'dan Dördüncü Tıpkı Basım, İstanbul, 2008, s. 232; Yavuz/ Acar/ Özen: s. 258; Aral/ Ayrancı: s. 276; "...önemli nedenler, sözleşmenin kurulması anında tarafların sözleşmeye temel olarak kabul ettikleri kişisel veya maddi şartlarla ilgili nedenlerdir. Bunlar, sözleşmenin devamı esnasında ortaya çıkabileceği gibi daha başlangıcında da kendisini gösterebilir. Öte yandan önemli nedenler, bunları ileri süren bakımından, sözleşmeye devamın çekilmez hale geldiği iyiniyet kurallarına göre kabul edilebilecek nedenler olmalıdır. Hakim önemli nedeni kendiliğinden göz önüne alamaz; o halde önemli nedenin varlığı ve ne olduğu sözleşmeyi feshetmek isteyen tarafça belirtilmelidir.", Yarg. 3. HD. 18.09.2001, 6667/7872, www.kazanci.com, (erişim:15.03.2019).

²⁷⁵ Seliçi: s. 193; Altınok Ormancı: s. 136.

vefa ilkesini yumuşatmak amacıyla dürüstlük ilkesinden yararlanılmıştır. Önemli sebeplerle fesih hakkının tanınması da ahde vefa ilkesinin yumuşatılmasıdır²⁷⁶.

Tarafların sözleşme kurulurken öngörebildiği, öngörmesinin mümkün olduğu olay veya olgular önemli sebebin olmadığını işaret edecektir. Ancak sözleşmenin başında öngörülmeyle birlikte etkisinin nasıl ve ne şekilde gerçekleşeceğinin bilinemediği olay ve olguların ortaya çıkması önemli sebebin olduğunu bize gösterecektir.

A. Önemli Sebebi Belirlemek İçin Kullanılacak Ölçütler

1. Sözleşmenin Kalan Süresi

Önemli sebebin varlığını belirlemede kullanılacak temel ölçüt, olay veya olguların objektif değerlendirilmesidir. Bir olay veya olgu meydana geldikten sonra ilişkiyi taraflar açısından çekilmez hale getiriyorsa bu durumun önemli sebep olarak kabul edilmesi gerekmektedir²⁷⁷.

Kira sözleşmesinin sona erme zamanının da bu konuda dikkate alınması gereklidir. Kira sözleşmesi kısa bir süre sonra sona erecek ise bu durumda tarafların sözleşmeye katlanması ahde vefa ilkesinin zorunlu bir sonucudur²⁷⁸.

2. Önemli Sebebin Varlığının Devam Etmesi

Önemli sebep olarak kabul edilecek olan durum; geçici olmamalı aksine belirli bir süre boyunca varlığını devam ettirerek taraflar açısından sözleşmeyi çekilmez hale getirmelidir. Bu anlamda açıkça bir sürenin kabul edilmesi doğru olmamakla birlikte birkaç ay ya da birkaç gün sürecek bir olay veya olgu ile birkaç yıl devam etmesi düşünülen olgunun aynı şekilde değerlendirilmesi doğru değildir²⁷⁹.

Bir olayın mutlaka süreklilik arz etmesi gerekmez. Bazen bir olayın bir kere gerçekleşmesi o sebebin önemli sayılması bakımından yeterlidir. Ancak bazı olayların veya olguların önemli sebep olup olmadığı değerlendirilirken taraflar açısından katlanılmazlığının değerlendirilmesi bakımından birden fazla gerçekleşmesi gerekebilecektir²⁸⁰. Birden fazla tekrarlanma gerçekleşmediği durumlarda yeni olay veya olguların ortaya çıkması ile daha önce ortaya çıkan sebebin birleşmesi ile de sözleşme dürüstlük kuralı gereğince çekilmez hale gelebilecektir.

3. Öngörülebilirlik

Öngörülebilirlik; sözleşmenin kurulması sırasında mevcut olan önemli sebebi bilen veya bilebilecek durumda olan kimsenin önemli sebebe dayanarak sözleşmeyi feshedememesidir²⁸¹.

²⁷⁶ Seliçi: s. 192; Altınok Ormancı: s. 136.

²⁷⁷ Tandoğan: s. 231; Zevkliler/ Gökyayla: s. 324-325.

²⁷⁸ İnceoğlu: s. 233; Gülşah Sinem Aydın: Kira Sözleşmesinin Genel Hükümlere Göre Sona Ermesi, İstanbul 2013, s. 184.

²⁷⁹ Altınok Ormancı: s. 136; İnceoğlu: s. 233; Aydın: s.187.

²⁸⁰ Seliçi: s. 95.

²⁸¹ Yürekli: s.151-152.

Öngörülebilirliğin öncelikle objektif olarak değerlendirilmesi yapılmalı, aynı durum ve koşullar içerisinde bulunan bir kişinin de meydana gelebilecek olay veya olguyu tahmin edip edemeyeceğine göre belirleme yapılmalıdır²⁸². Objektif önemli sebepler ise gerek kira sözleşmesinden gerekse taraflardan kaynaklanmayan, onlardan bağımsız olarak meydana gelen, ancak bir şekilde kira ilişkisine etki ederek devamını çekilmez hale getiren durumlardır. Bu gruba özellikle kira sözleşmesinin kurulduğu andaki şartlarda meydana gelen değişiklikler girecektir. Buna göre işlem temelini oluşturan şartların çökmesi ya da bulunmaması bir önemli sebep oluşturabilir.

Bu anlamda; ekonomik kriz, savaş gibi sosyal boyut taşıyan olağanüstü olaylar sebebiyle tarafların ekonomik durumunun önceden öngörülemez şekilde ve uzun süreli olarak bozulması²⁸³, mal ve can emniyetinin tehlikeye girmesi²⁸⁴, kiracının kişisel borçları için kira konusu eşyayı rehin vermesi, tarafın kısıtlanması, bir tarafın diğer tarafa ya da onun yakınlarına karşı rencide edici kötü sözler söylemesi, hakaret etmesi²⁸⁵, tehdit etmesi, yaralama gibi şiddet eylemlerinde bulunması, taciz veya sarkıntılık gibi toplumsal ahlak görüşlerine aykırı düşecek davranışlarda bulunması, rahatsız etmesi, kiracının tutuklanması ya da askere alınma gibi bir nedenle kira süresi boyunca kira konusunu kullanamayacak olması, kiralanan hırsız girmesinden sonra kiracıda panik atak nöbetlerinin başlaması, kiracının kendisinin ya da eşi veya çocuğunun kiralanda intihar girişiminde bulunması, birlikte konut kiralayan iki kişiden birinin ölümü, kira konusu eşyanın esaslı tamiri için zorunluluk bulunması, kiracının ağır hastalığı, asansörü olmayan binanın üçüncü katındaki kiracının geçirdiği bir kaza sonrası merdiven çıkamayacak duruma gelmesi ya da kör olması, kiracının cinsel sapık olduğunun ortaya çıkması, kiracı ve kiraya veren arasında düşmanlık ya da geçimsizlik olması, öngörülemez tarzda memuriyet nakli dolayısıyla kiracının kira konusu eşyayı terk etmesi, kiralanda kumar oynatılması, kiraya verenin kendi oturduğu yer yandığı için kira konusuna çok acele ihtiyaç duyması, örnek olarak verilebilir²⁸⁶.

Ekonomideki dönemsel dalgalanmalar²⁸⁷, yalnızca kira bedelinin azlığı ya da çokluğu²⁸⁸, kiracının işyerini değiştirmesi, kiracının yeni ev iktisap etmesi, kiraya verenin içinde kiracı olmaksızın taşınmazı daha uygun bir fiyata satmak istemesi, kiraya verenin kira konusu şeyde

²⁸² İncoğlu: s. 234; Aydın: s.198; Gümüş: s.268; Aral/Ayrancı: s. 276.

²⁸³ Gümüş: s. 269.

²⁸⁴ "... Davacı, davalının yaptığı kötülükler nedeniyle çevresinde husumet topladığından, bunun neticesi kiralananın dinamiklenmesine sebebiyet verdiği... iddianın sübutu halinde sözleşmenin devamı tahammül edilmez bir hale gelecektir.", Yarg. 6.HD. 18.06.1973, E. 3114, K. 3569, www.kazanci.com.tr, E.T.: 13.05.2019.

²⁸⁵ Kiracının kiraya verene hakaretinin tahliye sebebi oluşturacağına ilişkin bkz. Yarg. HGK. 05.02.1972, E. 6-944, K. 67, www.kazanci.com.tr, E.T.: 13.05.2019.

²⁸⁶ Tandoğan: s. 232; İncoğlu: s. 237.

²⁸⁷ Gümüş: s. 269.

²⁸⁸ "Kira parasının az olması sözleşmenin yerine getirilmesini tahammül edilmez duruma getiren nedenlerden değildir", Yarg. 13. HD. 22.05.1986, 5195/ 5293, YKD., 1986, s. 1457; YHGK, 19.02.2003, 13-99/87, www.kazanci.com, (erişim:13.05.2019); Bu doğrultuda uzun süreli kira sözleşmelerinde kira konusunun bulunduğu bölgenin gelişmesi ve lüks bir semt haline alması halinde önemli sebeple feshin değil, sadece kira bedeli yönünden uyarılma davasının açılabilirliğine ilişkin bkz. Yarg. 13. HD. 04.03.2002, 10836/2023, www.kazanci.com, (erişim:13.05.2019); Gümüş: s. 268.

yapacağı tadilat sonucu daha yüksek kira geliri elde etme imkânına sahip olması, kiralanan arsanın kiraya veren tarafından kat karşılığı inşaat sözleşmesine konu edilmesi, bir partiye, bir dine ya da ırka mensup olmak TBK m.331 anlamında önemli sebep oluşturamaz.

Bir olay ya da olgu nedeniyle TBK m. 331 hükmünün uygulanması için, somut olayın şartları değerlendirildiğinde, bu sebebin objektif ağırlığa sahip olmasının yanı sıra, *kira sözleşmesini feshetmek isteyen taraf bakımından* da kira ilişkisine devamı çekilmez hale getirmesi gerekir. Buna *sübjektif ağırlık* denmektedir. Sübjektif ağırlık bakımından mutlaka her ilişki için somut olayın şartları, tarafların feshe kadar nasıl ilişkide bulundukları, şimdiye kadar bu gibi bir durumla karşılaşılıp karşılaşılmadığı, karşılaşıldı ise tarafların bu durumu daha önce nasıl karşıladıkları, yani tarafların davranışları incelenmelidir²⁸⁹.

Taraflara ilişkin önemli sebepler, tarafların kişiliğinde ortaya çıkarak kira ilişkisine devamı beklenemeyecek duruma getiren sebeplerdir. Bu bağlamda özellikle tarafların ekonomik ve kişisel durumlarında meydana gelen ve öngörülemeyen değişiklikler önemli sebep olarak kabul edilebilir. Örnek olarak; tarafın kısıtlanması, aciz haline düşmesi, kiracının boşanması ve eşinin yoksulluk nafakasını ödememesi sebebiyle kira bedelini ödeyecek parayı kusursuz olarak bulamaması, kiracının tutuklanması, askere alınması, kiracının cinsel sapık olduğunun ortaya çıkması, kiracı ve kiraya veren arasında düşmanlık olması, kiracının terör olaylarına karışması gibi bir nedenle kira süresi boyunca kira konusunu kullanamayacak olması, kiralanan hırsız girmesinden sonra kiracıda panik atak nöbetlerinin başlaması, kiracının ağır hastalığı, asansörü olmayan binanın üçüncü katındaki kiracının geçirdiği bir kaza sonrası merdiven çıkamayacak duruma gelmesi, kiracının kiralanda intihar girişiminde bulunması, birlikte konut kiralayan iki kişiden birinin ölmesi halleri taraflara ilişkin önemli sebepler olarak gösterilebilir²⁹⁰.

Tek başına bir fesih sebebi olmamasına rağmen borca aykırı davranışların süreklilik kazanması veya kiracının birden fazla borca aykırı hareketi de önemli sebep olarak kabul edilebilecektir.

Objektif önemli sebebin varlığına rağmen taraflar sözleşmeyi feshetmek zorunda değildir. Bu tamamen kendi tercihlerine bağlıdır. Ya da önemli sebep ortaya çıkmasına rağmen sözleşmenin tarafları açıkça sözleşmeye devam etme kararı da alabilecektir.

Önemli sebebin ortaya çıkmasına yol açan duruma kusuru ile sebep olan taraf, önemli sebebe dayanamayacaktır.

Kanun koyucu kira sözleşmesinin önemli sebeplerle feshinde önemli sebebi belirleme yetkisini hâkime bırakmıştır. Hâkim somut olay ve durumları değerlendirerek gerçekleşen sebebin önemli olup olmadığını belirleyecektir.

IV. Yargıtayın Kira Sözleşmelerinin Feshinde Önemli Sebep Kabul Ettiği Durumlar

Yargıtay 6. Hukuk Dairesi 2015/7331 Esas, 2015/9563 Karar ve 27.10.2015 tarihli kararında; davacı vekili dava dilekçesinde davalı hakkında kira parasının ödenmemesi üzerine takip

²⁸⁹ Altınok Ormancı: s.139-140.

²⁹⁰ Gümüş: s.270; Tandoğan: s.232.

başlattığını ve kira parasının takipten sonra ödendiğini, ayrıca site aidatının ödenmemesi nedeniyle site yönetimi tarafından da kiracı aleyhine icra takibi başlattıklarını, ayrıca bir yıllık olan kira sözleşmesinin süresi dolmasına ve kendisine sözleşmenin feshedildiğinin bildirilmesine rağmen tahliye edilmediğini bildirerek kira sözleşmesinin kendisi için çekilmez hale geldiğini belirterek *TBK'nun 331. maddesi* gereğince kiralananın tahliyesini talep etmiştir. Yargıtay ilgili hukuk dairesi; olağanüstü feshin, belirli ve belirsiz süreli sürekli borç ilişkilerini haklı sebeple, vaktinden önce ve ileriye yönelik olarak sona erdiren bir imkan olduğunu ifade etmiş ve olağanüstü feshin, olağan fesih karşısındaki özelliği geçerliliğinin akdi veya kanuni bir fesih sebebine (haklı sebebe) dayanması gerektiğini ifade etmiştir. Olağanüstü nedenler yasada sayılmış olup bunlardan biriside *TBK. 331. maddesinde* düzenlenen önemli sebeplerle kira sözleşmesinin feshi halidir. Herhangi bir nedenle, sürekli edimli sözleşmeler kapsamında olan kira sözleşmesinde eğer taraflardan herhangi birisi için çekilmezlik hali durumu ortaya çıkmışsa, o tarafın sözleşme ile bağlı kalması kendisinden beklenemez. Önemli sebep kapsamında çekilmezlik, tarafın sözleşmeye katlanamayacağı haldir. Bu duruma örnek olarak kiracı memurun başka bir şehre atanması hali gösterilebilir. Böyle bir durumda, kiracı memur için kira sözleşmesinin devamı, çekilmez bir hal sayılır. Çekilmezlik halinin varlığında, taraflardan her biri, fesih süresine uymak şartıyla sözleşmeyi her zaman için feshetme hakkını kullanabilir. Genel kural niteliğinde olan bu tür fesih hakkı, sözleşme belirli veya belirsiz olsun, konut ve çatılı işyeri kirası dahil her tür kira ilişkisinde kullanılabilir. *TBK m.331* de düzenlenen bu fesih türünün kullanılabilmesi için, taraflar arasında akdedilen geçerli bir kira sözleşmesinin varlığı, kira sözleşmesinin devamını tarafları için beklenemez kılan haklı sebeplerin var olması ve haklı sebebe dayanan kiralayan ve kiracının, *TBK. m. 329 maddesine* göre (üç ay) ve *TBK. 330.maddesine* göre (üç gün) yasal fesih bildirim süresine uyarak fesih bildiriminde bulunması gerekmektedir. Tüm bu değerlendirmeler ışığında somut olayda gerçekleşen durumun önemli sebeple feshi haklı gösterecek bir durum olmadığına karar vermiştir²⁹¹.

Yargıtay tarafından verilen bir kararda; kiraya verenin, kira konusu arsayı kira sözleşmesinin devamı süresi içerisinde kat karşılığı inşaat sözleşmesi ile müteahhide vermesi nedeniyle sözleşmenin önemli sebeple feshini istemeyeceği, öngörülebilirlik koşulunun söz konusu olayda mevcut bulunmadığı belirtilmiştir²⁹². Keza yine kiraladığı işyerinde rizikolu bir faaliyete girişen kişi açısından da öngörülebilirlik unsuru gerçekleşmeyeceğinden söz konusu hususun bir önemli sebep olarak ileri sürülmesi ve kira sözleşmesinin işbu nedenle fesih olunmak istenmesi söz konusu olamayacaktır. Aksi durumun varlığı halinde ortada bir haksız feshin var olduğundan söz edilecek ve fesheden tarafın tazmin yükümlülüğü gündeme gelecektir.

Yargıtay kiracı ile kiraya veren arasında daha önce açılmış bulunan davaların, kira ilişkisini çekilmez hale getirmeyeceği sonucuna varmıştır²⁹³.

²⁹¹ www.kazanci.com.tr, E.T: 13.05.2019.

²⁹²Yarg. 3.HD. 22.03.1999, 2310/2904 ,www.kazanci.com, E.T.: 13.05.2019.

²⁹³Yarg. 6. HD. 02.03.1973, E. 994, K. 888, Tandoğan: s. 232, dn. 154 a.

Bir başka kararda; Kira parasının az olması sözleşmenin yerine getirilmesini tahammül edilmez duruma getiren nedenlerden birisi olmadığına karar vermiştir²⁹⁴.

Yargıtay benzer şekilde; uzun süreli kira sözleşmelerinde kira konusunun bulunduğu bölgenin gelişmesi ve lüks bir semt halini alması halinde önemli sebeple feshin değil, sadece kira bedeli yönünden uyarlama davasının açılabilmesine hükmetmiştir²⁹⁵.

Sonuç

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu m.331 hükmünde düzenlenen kira sözleşmesinin önemli sebeple feshedilmesi bakımından kanun koyucunun aradığı tek şart; kira sözleşmesinin devamını taraflardan birisi için çekilmez hale getiren bir durumun ortaya çıkmasıdır. Doktrinde ve yargı kararlarında bu sebebin ortaya çıktığı anın önemli olmadığı, tarafların bilmediği ve bilmesinin mümkün olmadığı durumlarda sözleşmenin kurulması anında mevcut olan bir olay veya olgunun dahi önemli sebep kabul edilebileceği ifade edilmiştir.

Önemli sebep kavramı değerlendirilirken sebebin taraflarca öngörülememesi bir ölçüt olarak kabul edilmektedir. Ancak bu ölçütün her kira sözleşmesi bakımından aynı olması mümkün değildir. Bu sebeple taraf menfaatleri göz önüne alınmak suretiyle her kira sözleşmesi bakımından ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir. Önemli sebep bir tane olabileceği gibi birden fazla önemli sebep de olabilecektir. Bu durumda tek başına önemli olmayan bir sebep bile birden fazla sebep ile birleşerek önemli sebep haline gelebilecektir.

Kira sözleşmesinin devam ettirilmesini çekilmez hale getiren sebep veya sebepler önemli sebep olarak nitelendirilmelidir. Sebebin çekilmezliği konusunda sadece objektif ölçütlere başvurulması hakkaniyete uygun bir çözüm olmayabilir, bu sebeple sebebin değerlendirilmesinde subjektif ölçütlerden de faydalanılmalıdır. Ancak bütün bu unsurlar sadece belirleme yapmak amacıyla kullanılacak olan düzenlemelerdir. Çekilmezlik unsurunun temel ölçütlerini belirlemek mümkün değildir. Bu hususta hakime geniş bir takdir yetkisinin tanınması gerekecektir. Çekilmezlik konusunda belirleme yapılırken somut ölçütler konulmasından kaçınılmalı, ancak hakime de geniş bir takdir hakkı tanınmamalıdır.

Sözleşmenin kalan süresi, sebebin geçici olup olmaması, öngörülebilirlik, önemli sebebe dayanan kiracı veya kiraya verenin önemli sebebin varlığına kendi kusuru ile sebep olması, dış etkenlerden ve taraflardan kaynaklanan sebepler, ekonomik sebepler, tarafların borca aykırı davranışlarının sözleşmeyi çekilmez hale getirip getirmediğinin belirlenmesinde ölçüt olabilecektir.

²⁹⁴Yarg. 13. HD. 22.05.1986, 5195/ 5293, YKD., 1986, s. 1457; YHGK, 19.02.2003, 13-99/87, www.kazanci.com, (erişim:13.05.2019); Yarg. 13. HD. 18.03.1988, E. 1988/853, K. 1988/1587, Müslim Tunaboğlu: Borçlar Kanununa Göre Tahliye Davaları, Ankara, 2006, s. 448-449..

²⁹⁵bkz. Yarg. 13. HD. 04.03.2002, 10836/2023, www.kazanci.com, E.T.: 13.05.2019.

YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA 6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU'NA GÖRE ANONİM ŞİRKETİN KURULUŞU

Dr. Öğr. Üyesi Serhan Dinç

Yozgat Bozok Üniversitesi

Öz

6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu madde 335'te anonim şirketin kuruluşu, madde 336'da kuruluş için gerekli belgeler, madde 337'de kurucuların tanımı, madde 338'de kurucuların asgari sayısı, madde 339'da anonim şirket esas sözleşmesinin içeriği, madde 340'ta emredici hükümler, madde 342'de aynı sermaye konulabilecek malvarlığı unsurları, madde 343'te aynı sermayeye değer biçme, madde 343'te nakdi sermayenin ödenmesi, madde 345'te nakdi sermayenin ödeme yeri, madde 346'da halka arz edilecek paylar, madde 347'de primli paylar, madde 348'de kurucu menfaatleri, madde 350'de halka arz taahhüdü, madde 352'de kuruluştan önce pay taahhüdünün devri, 353'te fesih davası, madde 354'te şirketin tescili ve ilanı, madde 356'da kanuna karşı hile konuları hüküm altına alınmıştır. Çalışmada yukarıda anılan hükümler kapsamında 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na tâbi anonim şirketlerin kuruluşu ve kuruluştan doğan sorumluluk konusu ele alınmaya çalışılacaktır. Çalışmada tespit edilen Yargıtay kararlarına yer verilmiş olup Yüce Mahkeme'nin ulaştığı çözüm yolları gösterilecektir.

Anahtar Kelimeler: Anonim şirket, Kuruluş, Ticaret Kanunu, Sorumluluk, Kuruluştan Doğan Sorumluluk.

THE FOUNDATION OF JOINT STOCK COMPANIES ACCORDING TO THE TURKISH COMMERCIAL CODE NUMBERED 6102 IN THE LIGHT OF SUPREME COURT DECISIONS

Abstract

In Turkish Commercial Code numbered 6102, the establishment of a joint stock company, documents required for the organization, the definition of the constituent, the minimum number of founders, mandatory provisions, assets of the factors that could put real capital, the same capital valuation, a cash payment of capital, material place of payment of capital in cash, substance shares to be offered to the public, item shares, premium item, the constituent interests, commitments, transfer of shares committed before installation, the annulment of the company's registration and announcement of the substance has been taken under the provisions of cheating issues against the law were regulated as the main concepts of commercial law. Working under the

above-mentioned provisions of the Turkish Commercial Code Numbered 6102 establishment of joint stock companies subject to liability issues and the nature of the organization will attempt to handle it. Decisions of the Court of Cassation which are determined in the study are given and the solution ways reached by the Supreme Court will be shown.

Key Words: Joint stock companies, Foundation, Commercial Code, Responsibility, Responsibility from foundation.

I. Giriş

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu madde 335'te anonim şirketin kuruluşu, madde 336'da kuruluş için gerekli belgeler, madde 337'de kurucuların tanımı, madde 338'de kurucuların asgari sayısı, madde 339'da anonim şirket esas sözleşmesinin içeriği, madde 340'ta emredici hükümler, madde 342'de aynı sermaye konulabilecek malvarlığı unsurları, madde 343'te aynı sermayeye değer biçme, madde 343'te nakdi sermayenin ödenmesi, madde 345'te nakdi sermayenin ödeme yeri, madde 346'da halka arz edilecek paylar, madde 347'de primli paylar, madde 348'de kurucu menfaatleri¹, madde 350'de halka arz taahhüdü, madde 352'de kuruluştan önce pay taahhüdünün devri, 353'te fesih davası, madde 354'te şirketin tescili ve ilanı, madde 356'da kanuna karşı hile konuları hüküm altına alınmıştır. Çalışmada yukarıda anılan hükümler kapsamında 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na tâbi anonim şirketlerin kuruluşu ve kuruluştan doğan sorumluluk konusu ele alınmaya çalışılacaktır.

II. 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Kuruluş

Anonim şirketler basit usulle² ya da nitelikli usulle kurulurlar³. Anonim şirketin kuruluşu sermayenin sağlanması şekline göre belirlenir. Buna göre anonim şirketler ani ya da tedrici olmak üzere iki şekilde kurulur⁴. 6102 sayılı TTK. ani kuruluşu yer vermiştir. Tedrici kuruluş ise 6102 sayılı TTK.'dan kaldırılmıştır. TTK. madde 346'da “**halka arz edilecek paylar**” başlığı altında **halka arz edilecek payların taahhüdü şeklinde bir kurum getirilmiştir. Anılan maddeye göre** esas sözleşmede taahhüt edilmiş olup da taahhüt sahiplerince, şirketin tescilinden itibaren en geç iki ay içinde halka arz edileceği esas sözleşmede belirtilmiş ve ayrıca garanti edilmiş bulunan nakdî payların karşılıkları satıştan elde edilen gelirden ödenir. Pay senetlerinin halka arz edilmesi sermaye piyasası mevzuatına göre yapılır. Satış süresinin sonunda, payların itibarî değerlerinin, varsa çıkarma priminin karşılığı şirkete, giderler düştükten sonra kalan tutar ise, pay senetlerini halka arz eden pay sahiplerine ödenir. Halka arz edilip de süresinde satılmayan payların bedellerinin tamamı, süresinde halka arz edilmeyen payların bedellerinin ise, yüzde yirmi beşi iki aylık süreyi izleyen üç gün içinde ödenir.

¹ Özel denetçi atanması isteminin bir dava şeklinde görülmesi gerekir.

² Burada anonim şirketin sermayesi nakittir. Pay sahipleri ile alacaklıların çıkarları tehlikeye düşürülmez.

³ İsviçre hukuku için bkz. Böckli, Peter, Schweizer Aktienrecht, 3. Auflage, Zürich-Basel-Genf, 2004, s. 84.

⁴ Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, C. I, 2. Baskı, Ankara, 2015, s. 643.

346' ncı madde, tedrici kuruluşun karşılayamadığı halka açık kurulma gereksinimine cevap vermek amacıyla öngörülmüştür. "Halka önerilme ile" halka arz kastedilmiştir. Halka arz edilmesi düşünülen nakit karşılığı paylar bir, birkaç veya tüm kurucular tarafından taahhüt edilir, ancak bu payların ödenmesi gereken peşin tutarı bankaya yatırılmaz. Çünkü, bu payların bedellerinin tamamı, halka satış süresinin sonunda, halktan elde edilecek satış hasılatından ödenecektir. Bu payların halka arz edilecekleri esas sözleşmede öngörülür. Bu, hem söz konusu payların sahiplerinin hem de şirket organlarının taahhüdüdür. Bu taahhüt kuruluşun bir parçasını oluşturur. Taahhüdün muhatabı sermaye piyasası yatırımcıdır. Dava hakkı yönetim kurulundadır. Yönetim kurulunun ihmâli sorumluluğa neden olabilir. Söz konusu payların şirketin tescilinden itibaren iki ay içinde pay senedine bağlanıp halka arz edilmeleri şarttır. Aksi halde, ödenmesi gereken asgarî bedel mezkûr payları taahhüt etmiş olanlarca ödenir. Ayrıca şirketin tazminat hakları saklıdır. Bu gereklilik, hükmün ikinci fıkrasında açıkça ifade edilmiştir. Bu hükme göre pay taahhüdünde bulunanlar öngörülen bedeli ödemedikçe söz konusu paylar için oy kullanamazlar. Halka arzın SerPK hüküm ve tebliğlerine göre yapılacağı ve satış süresi dâhil arz ve satışa ilişkin bütün sürecin SPK'nın gözetim ve denetimi altında bulunacağı şüphesizdir. Çünkü, "halka arz" SerPK'ya tabidir. Halka arz için SerPK ve ilgili tebliğlere göre SPK'nın, payları taahhüt edenlerden gerekli garantileri alacağı, hatta bu garantilerin tam güvence sağlamak amacıyla tescilden önce istenmesine bir engel bulunmadığı açıktır. Halka arzın, nominal değer (ve varsa primli bedel) ile yapılması şart değildir. Paylar, bu tutarların üzerinde yani, nominal değere veya primli bedele kâr eklenmesi suretiyle de halka arz edilebilir ve aradaki fark, payları taahhüt edenlere kalır⁵. Hüküm, hukuken oluşmuş ve senede bağlanmış payların halka arzını öngörmekte; kuruluş aşamasında halka arzı yapacak olan girişimcilere, aracı kurumlara ve bankalara başlangıçta pay bedelini kısmen veya tamamen ödeme yükümü getirmemekte; kurulmakta olan şirketteki payların tümünün taahhüt olunması ve taahhüt edilmiş payların tescille oluşması ilkesine bağlı kalıp teoriye uygun bulunmakta; arzın taahhüt tutarının üstünde, yani "kârlı" yapılmasına olanak sağlayarak girişimcileri cesaretlendirmekte; halka arzedilecek pay senedi bedellerinin tamamının alınmasını öngörerek SerPK ile tam uyum içinde bulunmakta; sadece karşılığı nakit olan payların bu şekilde halka arzına izin verip ayın karşılığı payları dışlayarak bir taraftan halka arzı işlemlere boğmamakta, diğer taraftan SerPK'nın yerleşik düzenlemesini devam ettirmektedir⁶.

Anonim şirketin kuruluşunda ortaklar tarafından taahhüt edilen sermayenin tamamı paradan ibaretse nakdi kuruluş söz konusu olur⁷. Nitelikli kuruluş ise ortaklık sözleşmesinde aşağıdaki unsurların verilmesi öngörülmüşse söz konusu olur:

⁵ Böckli, a.g.e., s. 68.

⁶ Bkz. TTK. md. 346 gerekçesi.

⁷ Hoffmann, Michael, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 4, Aktiengesellschaft, München, 1988, s. 10; Böckli, a.g.e., s. 78; Forstmoser, Peter, Schweizerisches Aktienrecht Band I/Lieferung 1 Grundlagen, Gründung und Änderungen des Grundkapitals, Zürich, 1981, s. 226, s. 232.

1. Ayın sermaye getirilme⁸,
2. Şirket hesabına bazı malların satın alınması,
3. Kuruculara bazı yararlar verilmesi öngörülmüşse,
4. Yönetim kurulu üyelerine bazı yararlar verilmesi öngörülmüşse⁹.

Şirket, borçlarından dolayı sadece malvarlığı ile sorumludur. Ortaklar ise taahhüt ettikleri sermaye paylarıyla sorumludur. Ödenmeyen sermaye borcundan dolayı, ortaklar şirkete karşı sorumludur. Bu durumun sonucu olarak da borçlu ancak şirketi takip edebilir. Şirket anılan borcun ödenmesini icrada isteyebileceği gibi, borçlu aleyhine de dava açabilir. Alacaklılar ise sermaye borcu olan ortaklara haciz ihbarnamesi gönderemezler¹⁰.

III. Kurucular ve Kurucuların Niteliği

Anonim şirketin kurulabilmesi için pay sahibi olan bir veya daha fazla kurucunun varlığı şarttır¹¹. Pay sahibi sayısı bire düşerse, durum, bu sonucu doğuran işlem tarihinden itibaren yedi gün içinde yönetim kuruluna yazılı olarak bildirilir. Yönetim kurulu bildirimini aldığı tarihten itibaren yedi gün içinde, şirketin tek pay sahipli bir anonim şirket olduğunu tescil ve ilan ettirir. Ayrıca, hem şirketin tek pay sahipli olarak kurulması hem de payların tek kişide toplanması hâlinde tek pay sahibinin adı, yerleşim yeri ve vatandaşlığı da tescil ve ilan edilir¹². Aksi hâlde doğacak zarardan, bildirimde bulunmayan pay sahibi ve tescil ve ilanı yaptırmayan yönetim kurulu sorumludur (TTK. md. 338)¹³. Burada tek kişilik anonim şirketin kurulmasına ve tek pay sahibi ile devam etmesine izin verilmiştir. Şirketin -istisnaen- pay sahibi olduğu durumlarda şirket pay sahibi olarak kabul edilmemiştir. Tek pay sahipli bir anonim şirket, binlerce personele, yaygın bir örgüte ve kalabalık bir yönetim kuruluna sahip olabilir. Tek pay sahipli bir anonim şirkette bu pay sahibi bir gerçek kişi olabileceği gibi, bir tüzel kişi, binlerce pay sahibi bulunan bir pay

⁸ Konulan aynı sermaye ile kuruluş sırasında devralınacak işletmelere ve aylara, şirket merkezinin bulunacağı yerdeki asliye ticaret mahkemesince atanan bilirkişilerce değer biçilir. Değerleme raporunda, uygulanan değerlendirme yönteminin somut olayın özellikleri bakımından herkes için en adil ve uygun seçim olduğu; sermaye olarak konulan alacakların gerçekliğinin, geçerliğinin ve 342 nci maddeye uygunluğunun belirlendiği, tahsil edilebilirlikleri ile tam değerleri; aynı olarak konulan her varlık karşılığında tahsis edilmesi gereken pay miktarı ile Türk Lirası karşılığı, tatmin edici gerekçelerle ve hesap verme ilkesinin icaplarına göre açıklanır. Bu rapora kurucular ve menfaat sahipleri itiraz edebilir. Mahkemenin onayladığı bilirkişi kararı kesindir (TTK. md. 343). Burada bilirkişi raporu bize göre şirket mameleğini korumaktadır. Bilirkişiyi şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesi atar (Kendigelen, Abuzer, Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2011, s. 197).

⁹ Pulaşlı, Şerh, s. 644.

¹⁰ Eriş, Gönen, Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, C. II, 2. Baskı, Ankara, 2010, s. 1966.

¹¹ Bize göre kurucular organ değildir. Zira kuruculara bu sıfatı verecek olan tescille kurulan anonim şirkettir.

¹² Bu düzenleme hukuk güvenliği ve şeffaflık gereği öngörülmüştür (Bkz. 338'inci madde gerekçesi).

¹³ İsviçre hukuku için bkz. Böckli, a.g.e., s. 101-103.

senetleri borsada işlem gören anonim şirket veya başka bir sermaye şirketi de olabilir¹⁴. Yine gerekçede tek ortaklı anonim şirketin yararları aşağıda gösterildiği şekilde belirtilmiştir¹⁵:

1. Kurumsallaşmaya yardımcı olur.
2. Vakıf işletmeciliğini kolaylaştırır.
3. Dernek işletmeciliğini kolaylaştırır.

Kurucuların niteliği konusunda ise aşağıdaki ilkeler geçerlidir¹⁶:

1. Kurucu ya da kurucular, gerçek ya da tüzel kişi olabilir. Dolayısıyla 6102 sayılı TTK. sistemi, İmregün ve Ansay'ın düşüncesinin aksine¹⁷, tüzel kişilerin de kurucu olabileceğini benimsemiştir¹⁸.
2. Gerçek kişi kurucunun fiil ehliyetine sahip olması gerekir¹⁹.
3. Küçük ve kısıtlılar ise veli veya vasileri aracılığıyla temsil edilirler²⁰. Bir işletmenin devralınması veya tasfiyesi, kişisel sorumluluğu gerektiren bir ortaklığa girilmesi veya önemli bir sermaye ile bir şirkete ortak olunması durumunda vesayet makamının izninden sonra denetim makamının da izni gereklidir.
4. Özel hukuk tüzel kişisi kurucu olabilir²¹.
5. Kamu hukuku tüzel kişisi kurucu olabilir.
6. Yabancı bir gerçek kişi kurucu olabilir²².
7. Yabancı bir tüzel kişi kurucu olabilir.

TTK. md. 337'de kurucuların tanımı yapılmış ve kimlerin kurucu sayılacağını belirtmiştir²³. Anılan madde hükmüne göre; pay taahhüt edip esas sözleşmeyi imzalayan gerçek ve tüzel kişiler

¹⁴ Bkz. TTK. md. 338 gerekçesi.

¹⁵ Ayrıca bkz. Böckli, a.g.e., s. 76-78.

¹⁶ Pay sahiplerinin belirli özellikleri taşıması gerektiği bağlam olarak esas sözleşmede belirtilebilir. Yapılan bu kabul bize göre geçerli olacaktır.

¹⁷ İmregün, Oğuz, Anonim Ortaklıklar, 4. Baskı, İstanbul, 1989, s. 35; Ansay, Tuğrul, Anonim Şirketler Hukuku, 6. Baskı, Ankara, 1982, s. 46.

¹⁸ Doğanay da tüzel kişilerin kurucu olabileceğini düşünmektedir [(Doğanay, İsmail, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Birinci Cilt- Madde 1-419, İstanbul 2004, s. 865)].

¹⁹ Anonim şirket ortağı olabilmek için herhangi bir suçtan mahkûm olmamış olmak şartı söz konusu değildir. Çünkü anonim şirket ortaklığı hisse senedinde tecessüm eder ve bu nedenle de ortaklık için sınırlı ehliyet durumu yeterlidir [Y. 11. HD. 05.12.1986 T. 1986/6726 E., 6565 K., (Doğanay, a.g.e., s. 850)].

²⁰ Eriş; velayet altındaki küçük için, ileride bir olumsuzluğa neden olmamak bakımından, ana ve babanın da ad ve soyadının yazılması gerektiğini ve esas sözleşmenin ana ve baba tarafından imza altına alınması gerektiğini düşünmektedir (Eriş, a.g.e., s. 2015).

²¹ Hoffmann-Becking, a.g.e., s. 10. Dolayısıyla bir anonim şirket ve bir limited şirket de anonim şirketin kurucusu olabilir.

²² Başbuğoglu, Tarık, Uygulamalı Türk Ticaret Kanunu Açıklamalar-İçtihatlar, 1. Cilt Madde 1-815, Ankara, 1988, s. 399.

²³ "Anonim ortaklıkta, ortak olduğunu ileri süren gerçek veya tüzel kişi, davalı anonim ortaklığının bu ortaklığı inkâr etmesi durumunda, ortaklığın tespiti davası açabilir. Ortaklık payının tespiti davasında,

kurucudur. Kurucular, esas sözleşmeyi imzalama işlemini, üçüncü bir kişinin hesabına yaptıkları takdirde, bu kişi de kuruluştan doğan sorumluluk bakımından kurucu sayılır. Yani kurucu adına ve hesabına hareket edilen müvekkil kurucudur. Söz konusu üçüncü kişi, kendisi hesabına iş gören kimsenin bildiği veya bilmesi gereken bir hususu kendisinin bilmediğini ileri süremez²⁴. Kurucunun hukukî kişiliğini taşıması, yani gerçek veya tüzel kişi olması, taahhütte bulunacak ehliyetinde olması gerekir. Hesabına pay taahhüt edilmiş ve esas sözleşme imzalanmış bulunan kişi de kuruluştan doğan sorumluluk bakımından kurucu sayılmış, böylece hukukî (md. 549) ve cezaî (md. 562 ve 563) yaptırımların ve ilgili diğer hükümlerin kapsamına alınmıştır. Hesabına taahhüt ve imza işlemleri yapılan kişi, bu kişi tarafından bilinen ve bilinmesi gereken hususlar yönünden temsilci ile eşit durumda kabul edilmiştir.

IV. Kuruluş İçin Gereken Belgeler

Kuruluş belgelerinin kapsamının ne olduğu TTK. md. 336'da gösterilmiştir. Anılan madde hükmüne göre anonim şirketin kuruluşu için gerekli belgeler sınırlı sayıda olmak üzere aşağıda gösterilmiştir:

1. Anonim şirket esas sözleşmesi²⁵,
2. Değerleme raporları,
3. Kurucular ve diğer kişilerle yapılan ve kuruluşla ilgili olan sözleşmeler²⁶.

Yukarıda sınırlı sayıda belirtilen belgeler şirketin sicil dosyasına konulur ve birer nüshaları şirket tarafından beş yıl süreyle saklanır²⁷. Bu belgeler, kuruluşun denetlenmesi (m. 351), sorumluluk (m. 351, 358, 549, 562 ve 563), sermaye artırımlarına ilişkin hükümlerin uygulanması yönünden önemlidir. Ancak, kuruluş belgelerinin bazılarının sorumluluk bakımından dikkatle değerlendirilmesi gerekir. Esas sözleşme ve kuruluşla ilgili her sözleşme ve bu sözleşmelerdeki her kanuna aykırı hüküm, 549'uncu madde çerçevesinde sorumluluğa yol açmaz. Aykırılık, 549

payın değeri, bu payın dava tarihine göre ulaştığı değer belirlenmesi ve bundan sonra mahkemenin görevinin saptanması gerekir. Anonim ortaklıkta, esas sermaye ve paylar belirli sayıda olup, davacının elindeki pay senedi oranında tespit yapılarak, ortaklık payları için belirsizlik yaratılamaz. Payın ortaklık elinde olup olmadığı veya başka bir ortağa geçmiş ise bu pay senedinin istirdadı için dava açılması da düşünülmelidir” (Y. 11. HD. 27.05.2003 T., 286 E./5595 K.) (Eriş, a.g.e., s. 2111).

²⁴ Bu karinenin aksi iddia ve ispat edilemez.

²⁵ Esas sözleşme, kurucuların ve tek pay sahipli anonim şirketlerde esas taahhütname tek kurucunun iradesiyle; anonim şirketin unvanı, merkezi, işletme konusu, sermayesi ve paylarının türleri gibi tanıtıcı unsurlardan meydana gelen kimliğinin belirlendiği; organsal yapısının oluştuğu; gelecekteki pay sahiplerini de bağlayan bir sözleşme veya taahhütnamedir (Tekinalp, Ünal, Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığın Esasları, İstanbul, 2011, s. 143); Ayrıca bkz. Bahtiyar, Mehmet, Anonim Ortaklık Ana Sözleşmesi, İstanbul, 2001, s. 27. Moroğlu esas sözleşme yerine ana sözleşme teriminin kullanılmasını önermektedir. Moroğlu, Erdoğan, Değerlendirme ve Öneriler, Türk Ticaret Kanun Tasarısı Değerlendirme ve Öneriler, 5. Baskı, İstanbul, 2007, s. 137-138, s. 253).

²⁶ Bu sözleşmelere ayın ve işletme devralınmasına ilişkin olanlar da dâhildir.

²⁷ Kendigelen, anılan beş yıllık sürenin sorumluluğa ilişkin TTK. md. 560 hükmüyle uyum içinde olduğunu ifade etmektedir (Kendigelen, a.g.e., s. 225). Ayrıca anılan belgeler her zaman ticaret sicilinden alınabilir (Moroğlu, a.g.e., s. 134).

ve devamı hükümleri anlamında sorumluluk doğuracak nitelikte olmalı²⁸ veya 562'nci madde bağlamında olayda suçun unsurları var olmalıdır. Hükümün amacı, aleniliği sağlamak, gizli sözleşme yapılmasını olabildiğince önlemek ve pay sahipleri sözleşmesini kuruluşun ve şirketler hukukunun saçağının dışında tutmaktır. Sözleşmeler dâhil, kuruluşla ilgili bütün belgelerin sicil dosyasına tevdi edilmesinin sebebi budur. Gizli sözleşme veya belgenin varlığı 349'uncu maddeye aykırı ise²⁹, muvazaa oluşturuyor ya da kuruluşun temel güvencesi olan önlemleri perdeliyorsa kanunen sorumluluk doğurabilir. Sözleşmelerin, kuruluş belgelerinin sorumluluğun ve dolayısıyla 549, 562 ve 563'üncü maddelerin kapsamı içine alınmasının sebebi, kurulmakta olan şirket üzerinden menfaat sağlanmasına olabildiğince engel olmaktır. Bu hüküm 351'inci madde ile birlikte ve sermayenin korunması amacına uygun olarak yorumlanıp değerlendirildiğinde, sermayenin ve pay sahiplerinin korunmaları, tatmin edici bir şekilde gerçekleşecektir. Diğer yandan 336'ncı madde, 353'üncü maddedeki fesih davası yönünden de önem taşımakta ve 356'ncı maddede öngörülen kanuna karşı hile hükmü ile tamamlanmaktadır³⁰.

V. Kuruluş İçin Yapılması Gereken İşlemler

esas sözleşmede kurucular tarafından atanır³¹. Şirketin sermayesi ödenir. Nakdî ödemeler, 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'na bağlı bir bankada, kurulmakta olan şirket

²⁸ Anılan hükme göre şirketin kuruluşu, sermayesinin artırılması ve azaltılması ile birleşme, bölünme, tür değiştirme ve menkul kıymet çıkarma gibi işlemlerle ilgili belgelerin, izahnamelerin, taahhütlerin, beyanların ve garantilerin yanlış, hileli, sahte, gerçeğe aykırı olmasından, gerçeğin saklanmış bulunmasından ve diğer kanuna aykırılıklardan doğan zararlardan, belgeleri düzenleyenler veya beyanları yapanlar ile kusurlarının varlığı hâlinde bunlara katılanlar sorumludur.

²⁹ Anılan hükme göre kurucular tarafından, kuruluşla ilişkin bir beyan imzalanır. Beyan, dürüst bir şekilde bilgi verme ilkesine göre, doğru ve eksiksiz olarak hazırlanır. Beyanda, aynı sermaye konuluyor, bir ayın ya da işletme devralınıyorsa, bunlara verilecek karşılığın uygunluğuna; bu tür sermayenin ve devralmanın gerekliliğine, bunların şirkete olan yararlarına ilişkin belgeli, gerekçeli ve kesin ifadeli açıklamalar yer alır. Ayrıca, şirket tarafından iktisap edilen menkul kıymetlerle, bunların iktisap fiyatları, söz konusu menkul kıymetleri çıkaranların son üç yıllık, gereğinde konsolide finansal tablolarının değerlemelerine ve çözümlenmelerine ilişkin bilgiler, şirketin yüklendiği önemli taahhütler, makina ve benzerleri malların ve herhangi bir aktif değer alımına ilişkin bağlantılar, fiyatlar, komisyonlar ile her türlü borçlar, emsalleriyle karşılaştırılarak, açıklanır. Ayrıca, kuruculara tanınan menfaatler gerekçeleriyle beyanda yer alır. Kimlerin halka arz amacıyla ne miktarda pay taahhüt ettiği, pay taahhüdünde bulunanların birbirleri ile ilişkileri; bunlar bir şirketler topluluğuna dâhil bulunuyorlarsa, topluluk ile ilişkileri, diğer hizmet verenlere ödenen ücretler, emsalleriyle karşılaştırma yapılarak, beyanda açıklanır. Yine belirtmek gerekir ki kuruculara para veya bedelsiz pay senedi verilerek menfaat sağlanamaz. Ancak kurucular dışında kalan ve şirketin kurulmasında hizmeti olan kişilere verilecek paradan başka sermaye olarak konan haklar ve ayınlar; bunların değerleri; bunlara karşılık verilecek payların miktarı, bir işletme ve ayın devir alınması söz konusu olduğu takdirde, bunların bedeli ve şirketin kurulması için kurucular tarafından şirket hesabına satın alınan malların ve hakların bedelleriyle, şirketin kurulmasında hizmetleri görülenlere verilmesi gereken ücret, ödenek veya ödülün tutarı esas sözleşmeye yazılmalıdır (TTK. md. 339). Ayrıca bkz. Tekinalp, Ünal, Türk Ticaret "Hukukunu Ticari İşletme Bağlamında Yeniden Düşünmek", Batider, C. XXIV, S. 3, Ankara, 2008, s. 13; Böckli, a.g.e., s. 92-93; İsviçre hukukundaki kurucular beyannamesinin içeriği için bkz. Forstmoser, a.g.e., s. 250; Eriş, a.g.e., s. 2022.

³⁰ Bkz. 336'ncı madde gerekçesi.

³¹ Wilhelmi, a.g.e., s. 120, s. 166. Yönetim kurulu üyeleri şirket tescil edilinceye kadar göreve başlayamaz. Çünkü organı oldukları anonim şirket henüz tüzel kişilik kazanmamıştır.

adına açılacak özel bir hesaba, sadece şirketin kullanabileceği şekilde yatırılır. Gerekliyse Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın izni³² alınmalıdır. Şirket esas sözleşmesinin tamamı, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın izniyle kurulacak olan anonim şirketlerde izin alınmasını³³, diğer şirketlerde şirketin kuruluşunu izleyen otuz gün içinde şirketin merkezinin bulunduğu yer ticaret siciline tescil³⁴ ve Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nde ilan olunur³⁵. Tescil işlemi kurucu

³² Kurulacak şirket, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın "Anonim ve Limited Şirketlerin Sermayelerini Yeni Asgari Tutarlara Yükseltmelerine ve Kuruluşu ve Esas Sözleşme Değişikliği İzne Tabi Anonim Şirketlerin Belirlenmesine İlişkin Tebliğ'in (RG. 15.11.2012, 28468) 5'inci maddesi kapsamına giriyorsa anılan bakanlıktan izin alması gerekir. Buna göre bankalar, finansal kiralama şirketleri, faktoring şirketleri, tüketici finansmanı ve kart hizmetleri şirketleri, varlık yönetim şirketleri, sigorta şirketleri, anonim şirket şeklinde kurulan holdingler, döviz büfesi işleten şirketler, umumi mağazacılıkla uğraşan şirketler, tarım ürünleri lisanslı depoculuk şirketleri, ürün ihtisas borsası şirketleri, bağımsız denetim şirketleri, gözetim şirketleri, teknoloji geliştirme bölgesi yönetici şirketleri, sermaye Piyasası Kanununa tabi şirketler (Kayıtlı sermaye sistemine kabul eden halka açık anonim şirketlerin kayıtlı sermaye tavanı içinde yapacakları sermaye artışlarında Bakanlık izni aranmamaktadır) ve serbest bölge kurucusu ve işleticisi şirketler bakanlıktan izin almalıdır. Yukarıda anılan şirketlerin kurulabilmesi için aşağıda belirtilen belgelerle başvurularak izin alınması zorunludur: a) Kurucuların imzaları noter tarafından onaylanmış esas sözleşme, b) Kuruluşu, diğer resmi kurumların uygun görüşünü veya iznini gerektiren şirketler için uygun görüş veya izin yazısı. Anılan şirketlerin, esas sözleşme değişikliklerinin genel kurulda görüşülebilmesi için aşağıda belirtilen belgelerle başvurularak izin alınması zorunludur: a) Esas sözleşme değişikliğine ilişkin yönetim kurulu kararının noter onaylı örneği, b) Esas sözleşmenin değişen maddesinin/maddelerinin yeni metni, c) Esas sözleşme değişikliği diğer resmi kurumların uygun görüşünü veya iznini gerektiren şirketler için uygun görüş veya izin yazısı, ç) Sermaye artırımına ilişkin esas sözleşme değişikliğinde; 1) Sermayenin tamamının ödendiğine, karşılıksız kalıp kalmadığına ve şirket özvarlığının tespitine ilişkin yeminli mali müşavir veya serbest muhasebeci mali müşavir raporu, 2) Sermaye artırımının iç kaynaklardan yapılması halinde, iç kaynaklardan karşılanan tutarın şirket bünyesinde gerçekten var olduğuna ilişkin yeminli mali müşavir veya serbest muhasebeci mali müşavir raporu, denetime tabi şirketlerde ise denetçinin bu tespitlere ilişkin raporu, 3) Konulan aynı sermaye ile sermaye artırımı sırasında devralınacak işletmeler ve ayınların değerinin tespitine ilişkin mahkemece atanan bilirkişi tarafından hazırlanmış değerlendirme raporları, 4) Konulan aynı sermaye üzerinde herhangi bir sınırlamanın olmadığına dair ilgili sicilden alınacak yazı, 5) Aynı sermaye olarak konulan taşınmazın, fikri mülkiyet haklarının ve diğer değerlerin kayıtlı bulundukları sicillere şerh verildiğini gösteren belge. d) Sermayenin azaltılmasına ilişkin esas sözleşme değişikliğinde; sermayenin azaltılmasına rağmen şirket alacaklılarının haklarını tamamen karşılayacak miktarda aktifin şirkette mevcut olduğunun belirlenmesine ilişkin yeminli mali müşavir raporu, denetime tabi şirketlerde ise denetçinin bu tespitlere ilişkin raporu. Bakanlık izninin, şirketin kuruluşunda ticaret sicili müdürlüğüne tescil başvurusundan önce, esas sözleşme değişikliklerinde ise genel kurul tarihinden önce alınması gerekir. Bakanlık izni alınmadan kuruluş ve esas sözleşme değişikliği işlemleri ticaret sicili müdürlüğüne tescil edilemez (Tebliğ md. 6).

³³ Bakanlığın izni kanunun emredici hükümlerine aykırılığın var olup olmadığı yönünde olup hukuki bir incelemedir. Bakanlık yerinde denetimi yapamaz (Bilgili/Demirkapı, a.g.e., s. 241).

³⁴ Tescil kurucu etkiyi haizdir. Netice olarak haklara ve borçlara ehil olma yeteneğini elde ederler (TTK. md. 125); Tescil anonim şirkete tüzel kişilik kazandırır. Tescille anonim şirketin organları oluşur. TTK. md. 353/I'de düzenlenen fesih sebepleri dışında bütün eksiklikleri giderir (Tekinalp, a.g.e., s. 92; Böckli, a.g.e., s. 120, s. 134).

³⁵ Ayrıca bkz. Wilhelmi, a.g.e., s. 186; "Anonim şirket kurularak tescil ve ilan edildiği, sonradan şirket merkezinin İstanbul'a nakledilmesine karar verildiği ve bu kararın yerine getirilmediği anlaşılmasına göre, şirketin eski ticaret sicilinde kayıtlı olduğunun kabulü gerekir" (Y. 11. HD. 10.07.2007 T., 8228 E., 10537 K.) (Eriş, a.g.e., s. 2101).

niteliktedir. Anonim şirketin ticaret sicilinden terkinin ile bu şirket sona erer³⁶. Şubeler, merkezin sicil kaydına gönderme yapılarak bulundukları yer ticaret siciline tescil olunurlar (TTK. md. 354/2). Ticaret Sicili Yönetmeliği³⁷ madde 69'a göre bir anonim şirketin kuruluşunun tesciline ilişkin başvuru, Bakanlığın izniyle kurulacak olan anonim şirketlerde iznin alınmasını, diğer anonim şirketlerde kurucuların tamamının şirket sözleşmesinde yer alan imzalarının noterce onaylanmasını izleyen otuz gün içinde yapılır. Başvuruda müdürlüğe aşağıdaki belgeler verilir: a) Kurucuların imzaları noter tarafından onaylanmış şirket sözleşmesi. b) Şirket sözleşmesinin ve 6/12/2012 tarihli ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun pay bedellerinin ödenmelerine ilişkin hükümleri saklı kalmak kaydıyla, pay bedellerinin en az yüzde yirmi beşinin Kanuna uygun olarak bankaya yatırıldığını gösterir banka mektubu. c) 7/12/1994 tarihli ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 39 uncu maddesinin birinci fıkrasının (c) bendine göre yapılacak ödemeye dair banka dekontu. d) Konulan aynı sermaye ile kuruluş sırasında devralınacak işletmeler ve aynı varlıkların değerinin tespitine ilişkin mahkemece atanan bilirkişi tarafından hazırlanmış değerlendirme raporları³⁸. e) Konulan aynı sermaye üzerinde herhangi bir sınırlamanın olmadığına dair ilgili sicilden alınacak yazı. f) Aynı sermaye olarak konulan taşınmazın³⁹, fikri mülkiyet haklarının ve diğer değerlerin kayıtlı bulundukları sicillere şerh verildiğini gösteren belge. g) Aynı varlıkların ve işletmenin devir alınmasına ilişkin olanlar da dâhil olmak üzere, kurulmakta olan şirket ile kurucular ve diğer kişilerle yapılan ve kuruluşla ilgili olan sözleşmeler. ğ) Kuruluşu Bakanlık veya diğer resmi kurumların iznine veya uygun görüşüne tabi olan şirketler için bu izin veya uygun görüş yazısı. h) Pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyelerinin bu görevi kabul ettiklerine ilişkin yazılı beyanları. ı) Yönetim kurulunda bir tüzel kişinin bulunması halinde, tüzel kişi ile birlikte tüzel kişi adına, tüzel kişi tarafından belirlenen bir gerçek kişinin adı ve soyadı ve belirlemeye ilişkin yetkili organ kararının noter onaylı örneği. i) Şirketi temsil ve ilzama yetkili kılınan kişilerin⁴⁰ noter huzurunda düzenlenmiş, şirket unvanı altında atılmış imza beyannameleri.

Ticaret sicili madde 70'e göre ise anonim şirketin kuruluşunda aşağıdaki olgular tescil edilir⁴¹: a) Şirket sözleşmesinin tamamı.

³⁶ Eriş, a.g.e., s. 1965.

³⁷ RG. T. 27/1/2013, No: 28541.

³⁸ "Aynı sermaye olarak konulan malların neler olduğu ve bunların değerlerinin anasözleşmeye açıkça yazılması şarttır" (Y. 11. HD. 02.12.1977 T., 4745 E./5310 K.) (Eriş, a.g.e., s. 2142).

³⁹ "Şirkete ait bir taşınmaza ilişkin mülkiyet hakkına dayalı olarak dava açılması hakkı, tüzel kişiliğe aittir. Mutlak butlan iddialarında ise, ortaklar da, butlanın tespiti davasını üçüncü kişilere karşı açabilirler" (Y. 11. HD. 01.11.2004 T., 1474 E. / 10631 K.) (Eriş, a.g.e., s. 2107).

⁴⁰ Ayrıca bkz. Wilhelmi, a.g.e., s. 190.

⁴¹ Alman hukukundaki şekle ilişkin düzenlemeler için bkz. Wilhelmi, a.g.e., s. 190; İsviçre hukukundaki şekle ilişkin düzenlemeler için bkz. Forstmoser, a.g.e., s. 340, s. 343, s. 344, s. 349, s. 361-362; "Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin ad ve soyadlarının tescil ve ilan ettirilmesi gerekir. Yönetim kurulu istifa etmişse, bu istifa hali de ilgililerce tescil ve ilan ettirilir." (Y. 11. HD. 10.10.2012 T., 8790 E./15681 K.) (Eriş, a.g.e., s. 2191).

b) Yönetim kurulu üyeleri ile şirketi temsile yetkili diğer kişilerin adı ve soyadı veya unvanı, kimlik numarası, yerleşim yeri veya merkezi ve vatandaşlığı.

c) Bir tüzel kişinin yönetim kurulu üyeliğine seçilmesi halinde tüzel kişi ile birlikte, tüzel kişi tarafından belirlenen ve tüzel kişi adına hareket eden gerçek kişinin adı ve soyadı, vatandaşlığı, yerleşim yeri ve kimlik numarası.

Yine 70'inci maddeye göre sermaye olarak konulan ve tapu, gemi ve fikri mülkiyet ile benzeri sicillerde kayıtlı bulunan mal ve hakların şirket adına tescilinin gecikmeksizin yapılması amacıyla; müdürlük tarafından şirketin tescili ile eş zamanlı olarak ilgili sicillere bildirimde bulunulur. Tescil edilmiş şirket sözleşmesinde yer alan ve aşağıda sayılan hususlar, üçüncü kişiler hakkında sicil gazetesinde ilan edildiği; ilanının tamamı aynı nüshada yayımlanmamış ise son kısmının yayımlandığı günü izleyen iş gününden itibaren hukuki sonuçlarını doğurur: a) Şirket sözleşmesinin tarihi. b) Şirketin ticaret unvanı ve merkezi⁴². c) Şirketin, varsa süresi. ç) Şirketin sermayesi, sermayenin ödenmesinin şekil ve şartları ile payların itibari değerleri, varsa imtiyazlar. d) Pay senetlerinin türü, hamiline veya nama yazılı olduğu⁴³. e) Şirketin nasıl temsil olunacağı. f) Yönetim kurulu üyeleriyle şirketi temsile yetkili kimselerin adı ve soyadı, unvanı, yerleşim yeri ve vatandaşlığı. g) Şirketin yapacağı ilanların şekli; şirket sözleşmesinde buna ilişkin hüküm bulunduğu takdirde, yönetim kurulu kararlarının pay sahiplerine nasıl bildirileceği.

Tek pay sahipli anonim şirketlerin kuruluşlarının tescili ise Ticaret Sicili Yönetmeliği madde 83 ve 84'te düzenlenmiştir. Anılan madde hükümlerine göre tek pay sahipli anonim şirketin kuruluşunun tesciline ilişkin yapılacak başvuruda, 69'uncu maddede sayılan belgeler müdürlüğe verilir. Tek pay sahipli anonim şirketlerde, 70'inci maddede belirtilen anonim şirketlerde tescil edilen olgulara ilave olarak şirketin tek pay sahipli olduğu tescil edilir. Birden çok pay sahibi tarafından kurulan şirketin pay sahibi sayısı sonradan bire düşerse durum, bu sonucu doğuran işlem tarihinden itibaren yedi gün içinde yönetim kuruluna yazıyla bildirilir. Yönetim kurulu, bildirim alınması tarihinden itibaren yedi gün içinde, şirketin tek pay sahipli bir anonim şirket olduğunu, bu tek pay sahibinin adı ve soyadını veya unvanını, kimlik numarasını, yerleşim yerini veya merkezini ve vatandaşlığını ilgili müdürlüğe tescil ettirmekle yükümlüdür. Tescil edilmiş şirketin, tek pay sahibinin kendisi olduğu şirketlerin bulunması halinde, bu şirketlerin bağlı bulundukları müdürlükler ve MERSİS numaraları da tescilde gösterilir. Şirket tek pay sahibi olacak şekilde kendi payını iktisap edemez ve ettiremez.

⁴² “Anonim ortaklık anasözleşmesinde, ticari unvan ile merkezin bulunacağı yer yazılmalıdır” (Y. 11. HD. 30.01.2003 T., 5507 E./838 K.) (Eriş, a.g.e., s. 2138).

⁴³ “Pay senetleri hamile yazılı olsa bile, bastırıldıktan sonra, hak sahiplerine yani pay sahiplerine belge karşılığında verilmeli ve bu belgeler ortaklıkça sağlanmalıdır” (Y. 11. HD. 03.06. 1997 T., 1923 E./4218 K.) (Eriş, a.g.e., s. 2115).

VI. Kuruluşta Eksikliklerin Mevcut Olması

TTK. md. 353 kuruluş aşamasında, eksiklikleri önleyici nitelikte ve özellikle kuruluş denetimine ilişkin çok kapsamlı hükümler sevk ederek daha baştan kuruluş eksikliklerine engel olmaya çalışmıştır⁴⁴. Kuruluştaki eksikliklere aşağıdaki örnekler verilebilir:

1. Kanunda öngörülen bazı işlemler hiç veya gereği gibi yapılmamıştır.
2. Belgeler düzgün ve amacına uygun hazırlanmamıştır.
3. Belgeler sahte olarak hazırlanmıştır.
4. Esas sözleşmenin zorunlu içeriğine ilişkin kurala uyulmamıştır.
5. Şekle ilişkin hükümlere uyulmamıştır.
6. Ayni sermaye değerlendirilmemiştir.
7. Sakatlıklara ve şekil eksikliklerine rağmen anonim şirket tescil edilmiştir⁴⁵.
8. Kuruluş sözleşmesinde iradeler sakatlanmıştır⁴⁶.

Kuruluşta yukarıda örnekleme yoluyla sayılan eksiklikler ve sakatlıklar varsa, bunların özellikle ticaret sicil müdürü tarafından engellenmesi gerekir. Kuruluştaki eksiklik ve aksaklıklar ticaret sicili müdürü tarafından dikkate alınacak, bunlar giderilmeden şirket eksiksiz olarak ticaret siciline tescil edilmeyecek ve tüzel kişilik kazanamayacaktır⁴⁷.

353'üncü maddede fesih davası düzenlenmiştir. Anılan madde hükmüne göre anonim şirketin butlanına veya yokluğuna karar verilemez. Ancak, şirketin kurulmasında kanun hükümlerine aykırı hareket edilmek suretiyle⁴⁸, alacaklıların, pay sahiplerinin veya kamunun menfaatleri "önemli bir şekilde" tehlikeye düşürülmüş veya ihlal edilmiş olursa, yönetim kurulunun⁴⁹, Gümrük ve Ticaret Bakanlığının ilgili alacaklının veya pay sahibinin⁵⁰ istemi üzerine şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesince şirketin feshine karar verilir⁵¹. Kamu

⁴⁴ Pulaşlı, Şerh, s. 673.

⁴⁵ Tekinalp, a.g.e., s. 161.

⁴⁶ Wilhelmi, a.g.e., s. 119, s. 121. Örneğin aynı destekler konusunda iradeler sakatlanmıştır (Wilhelmi, a.g.e., s. 147).

⁴⁷ Şener, Oruç Hami, Ortaklıklar Hukuku, 2. Baskı, Ankara, 2015, s. 383.

⁴⁸ Kuruluştaki eksikliklerin nitelikli, esasl ve önemli olması gerekir. Kanuna aykırılık önemli ölçüde veya nitelikte değilse, mahkemenin bu talebin kaldırılmasına ve şirketin faaliyetinin devamına, dolayısıyla fesih talebinin konusuz kalması nedeniyle reddine karar vermesi gerekir.

⁴⁹ Yönetim kurulu fesih davası açarsa mahkeme bir kayyım tayin eder. Kayyım bu davada şirketi temsil eder.

⁵⁰ Fesih davasının davacıları sınırlı olarak sayılmıştır (Bkz. 353'üncü madde gerekçesi). Davalı ise şirket tüzel kişiliğidir. Anılan davada şirketi yönetim kurulu temsil eder.

⁵¹ Bu düzenlemeyle kanun koyucu tescilin kurucu etkisinin düzeltici niteliğini ortaya koymaktadır, (Pulaşlı, Şerh, s. 675); Burada tasdik edilen şirket değil, tescil ile doğmuş şirketin kurulmamış sayılması hakkında alınabilecek bir karar vardır (Tekil, Fahiman, Şirketler Hukuku, İkinci Cilt: Anonim Şirketler, İstanbul 1974, s. 228); "Ortaklar tarafından, şirketin fesih ve tasfiyesi istenmiş ise, bu davanın şirket merkezinde açılması gerekir" (Y. 11. HD. 08.11.2004 T., 1667 E./10961 K.) (Eriş, a.g.e., s. 2138).

düzenine veya işletme konusuna aykırı işlemlerde ve faaliyetlerde bulunan sermaye şirketleri hakkında fesih davası açılabilir⁵². Mahkeme davanın açıldığı tarihte gerekli önlemleri alır. Anılan önlemler şirket malvarlığının koruma altına alınması, defterlerine el konulması veya yönetimin bir kayyima bırakılması şeklinde olabilir⁵³. Eksikliklerin giderilebilmesi, esas sözleşmeye veya kanuna aykırı hususların düzeltilebilmesi için mahkeme süre verebilir⁵⁴. Dava dilekçesine deliller ile gerekli bütün bilgiler eklenir. Yargılama aşamasında delil sunulamayacağı gibi bir davanın beklenilmesi ve bilgi getirtmesi de mahkemeden istenemez. Ancak, somut olayın haklı göstermesi hâlinde, mahkeme, kesin süreye bağlayarak, davacının delil sunma ve bilgi getirtme istemini kabul edebilir⁵⁵. Dava, acele işlere ilişkin usule tâbidir⁵⁶. Davanın, şirketin tescil ve ilanından itibaren üç aylık hak düşürücü süre içinde açılması şarttır⁵⁷. Davanın açıldığı ve kesinleşmiş olan mahkeme kararı⁵⁸, mahkemenin bildirimi üzerine, derhâl ve re'sen ticaret siciline tescil ve Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ilan olunur. Ayrıca, yönetim kurulu, tescil ve ilanı yapılan hususu, internet sitesine koyar. Fesih kararı inşai bir karardır. Mahkeme kararı kesinleşince ileriye etkili olarak yapıcı etki oluşturur. Hüküm şekli açıdan kesinleştiği an yapıcı değişiklik gerçekleşir⁵⁹.

⁵² “Anonim ortaklığın kurulup kurulmadığı ilgili yerlerden ve özellikle ticaret sicili ile sermaye piyasası kurulu gibi yerlerden sorulup açık ve kesin olarak saptanmadan, ortaklığın feshi isteminin reddi doğru değildir” (Y. 11. HD. 07.05.1991 T., 1575 E. / 2996 K.) (Eriş, a.g.e., s. 2199).

⁵³ Bilgili/Demirkapı, a.g.e., s. 251.

⁵⁴ Forstmoser, a.g.e., s. 377.

⁵⁵ 03.05.2007 Tarihli Adalet Komisyon Raporu, s. 38-39.

⁵⁶ Bu sebeple fesih davasının mümkün olduğu kadar kısa süre içinde sonuçlandırılması gerekir. Bütün deliller ve belgeler ilk celseye kadar hazırlanmalıdır. Yargılama aşamasında delil sunulamaz. Fesih davasının başka bir davayı beklemesi veya başka bir davadan delil gelmesini beklemesi de mümkün değildir (Bkz. 353’üncü madde gerekçesi). Davanın gecikmemesi gerekir. Zira davanın gecikmesi anonim şirket ilişkilerinin yoğunlaşması ve dolayısıyla tasfiyenin zorlaşması anlamına gelmektedir. Katı usul kuralları bu sebeple öngörülmüştür (Tekinalp, a.g.e., s. 162).

⁵⁷ Bu sebeple, süre geçerse anonim şirketin kuruluşundaki kanuna aykırılık nedeniyle feshinin dava edilmesi mümkün değildir. Pulaşlı, anılan süreyi işlem güvenliği açısından yerinde görmektedir. Yazar, hukuk güvenliği açısından sürenin uzun olmasını yerinde görmemektedir (Pulaşlı, Şerh, s. 676). Biz de sürenin uygun bir süre olduğunu düşünmekteyiz. Zira şirkete karşı uzun bir süre tanınarak şirketin feshi tehdidi böylece önlenmiş olmaktadır.

⁵⁸ Mahkemenin kararı iki tür olabilir. Birinci ihtimal şirketin feshine yönelik karardır. Bu karar bütün pay sahiplerini ve alacaklıları bağlar. Bu durumda tasfiye hükümleri devreye girer. İkinci ihtimal şirketin feshedilmemesine yönelik ret kararıdır. Bu karar ise sadece davayı açan davacılara karşı hüküm ifade eder.

⁵⁹ Önen, Ergun, İnşai Dava, Ankara 1981, s. 175.

VII. Anonim Şirketin Kuruluşundan Doğan Sorumluluk – Kuruluştan Sonra Devralma

TTK. md. 355'e göre şirket ticaret siciline tescil ile tüzel kişilik kazanır. Tescilden önce şirket adına işlem yapanlar ve taahhütlere girişenler⁶⁰, bu işlem ve taahhütlerden⁶¹ şahsen ve müteselsilen sorumludurlar⁶². Ancak, işlem ve taahhütlerin, ileride kurulacak şirket adına yapıldığı açıkça bildirilmiş⁶³ ve şirketin ticaret siciline tescilinden sonra üç aylık süre içinde bu taahhütler şirket tarafından kabul olunmuşsa, yalnız şirket sorumlu olur. Şirketçe kabul olunmadığı takdirde kuruluş giderleri kurucular tarafından karşılanır. Bunların pay sahiplerine rücu hakları yoktur. Şirket tarafından kabul edilmemiş olan taahhütlerden kurucular şahsen ve müteselsil olarak sorumlu olurlar⁶⁴. Kurucuların gider adı altında müstakbel ortaklardan almış oldukları paraları da iade etmesi gerekir⁶⁵.

Anonim şirketin kuruluşundan doğan sorumluluk konusunda sorumlu olan kişiler pay taahhüt edip⁶⁶ esas sözleşmeyi imzalayan gerçek ve tüzel kişilerdir. Kurucular, anılan yazılı işlemi, üçüncü bir kişinin hesabına yaptıkları takdirde, bu kişi de kuruluşta doğan sorumluluk bakımından kurucu sayılıp kuruluşta dolayı sorumludur. Yine, şirketin kuruluşu işlemleriyle

⁶⁰ Kurulmakta olan anonim şirketin adına hareket edenlerin kapsamı TTK. md. 355/1 ile genişletilmiştir. İşlem yapanların geniş olarak yorumlanması gerekir. Sözleşmenin yapılmasına doğrudan ve dolaylı olarak katılan kişilerin de kavrama dâhil edilmesi gerekir [Kırca, İsmail, Tüzel Kişiliğin Kazanılmasından Önce Anonim Şirket Adına Yapılan İşlemler (TTK. md. 301/II, Batider., C. XIX, Sa. 4, Ankara 1998, s. 85); von Steiger, Fritz, İsviçre'de Anonim Şirketler Hukuku, (Çev. Çağa, T.), İstanbul, 1968, s. 153, Pulaşlı, Şerh, s. 683].

⁶¹ Kurulmakta olan anonim şirketin faaliyeti icra edebilmesi için bir yerin kiralanması [Y. 19. HD. 07.03.1997, E. 96/7163, K. 97/2289 (YKD. C.24, S. 5, s. 722)], leasing sözleşmesi yapılması, şirketin konusu dâhilinde ham veya yarı mamul maddelerin alınmasıyla ilgili sözleşmeler yapılması, şirketin üreteceği ürünlerin satışıyla ilgili sözleşme ve taahhütlere girişilmesi, işçi çalıştırılması işlem ve taahhütlerle örnek verilebilir (Pulaşlı, Şerh, s. 682).

⁶² Bu kuralın amacı daha oluşmamış anonim şirketin adına işlem yapanları mümkün olduğu kadar sınırlandırmak ve anonim şirket adına işlem yapan sözleşme taraflarını yani üçüncü kişileri hukuken korumaktır (Pulaşlı, Şerh, s. 681). Anonim şirket kurulmamış, ancak işlem kurulacak anonim şirket adına yapılmışsa işlemi yapanlar sorumludur [Y. TD. 24.03.1970 T., 1571 E., 1211 K. (Eriş, a.g.e., 2097)].

⁶³ Kurulacak şirketin namına yapılacak masraflar aşağıda gösterilenler olabilir: 1. Esas sözleşmenin hazırlanması masrafları, 2. aynı sermaye konulursa bilirkişi ücreti, 3. Avukat, noter ve harç masrafları, 4. Anonim şirket izne tabi ise Gümrük ve Ticaret Bakanlığı izni masrafları, 5. Fizibilite raporları (Pulaşlı, Şerh, s. 681). Şirket kurulduktan sonra yapılan masrafların tahsili bu kuralın dışındadır (Çevik, Orhan Nuri, Anonim Şirketler, Ankara, 1988, s. 312).

⁶⁴ Y. 11. HD. 06.02.1974, E. 74/2294, K. 74/3475 (Pulaşlı, Şerh, s. 681). “Şirket kurulurken yapılan giderler, şirketin kuruluş genel kurulunda kabul edilmesi halinde, bu giderler şirketten istenebilir” (Y. 11. HD. 21.05.2007 T., 5068 E./7730 K.) (Eriş, a.g.e., s. 2197). “Kuruluş aşamasında husumet, bu işlemleri yapan kuruculara düşer. Ancak, kuruluşta sonra ortaklık kuruluş giderlerini kabul ederse, husumet ortaklığa düşer” (Y. 11. HD. 06.12.1974 2294 E./3475 K.) (Eriş, a.g.e., s. 2201).

⁶⁵ Ansay, a.g.e., s. 326.

⁶⁶ Taahhüt, anonim şirketler hukukunda sonuçları da bulunan bir borçlar hukuku borcudur. Borcun yüklenilmesidir (Tekinalp, a.g.e., s. 144). Ayrıca bkz. Wilhelmi, a.g.e., s. 119, s. 132.

ilgili belgelerin, izahnamelerin, taahhütlerin, beyanların ve garantilerin yanlış, hileli⁶⁷, sahte, gerçeğe aykırı olmasından, gerçeğin saklanmış bulunmasından ve diğer kanuna aykırılıklardan doğan zararlardan, belgeleri düzenleyenler veya beyanları yapanlar ile kusurlarının varlığı hâlinde bunlara katılanlar sorumludur. Ayrıca, sermaye tamamıyla taahhüt olunmamış veya karşılığı kanun veya esas sözleşme hükümleri gereğince ödenmemişken, taahhüt edilmiş veya ödenmiş gibi gösterenler ile kusurlu olmaları şartıyla, şirket yetkilileri, bu payları üstlenmiş kabul edilirler ve payların karşılıkları ile zararı faiziyle birlikte müteselsilen öderler. Sermaye taahhüdünde bulunanların ödeme yeterliliğinin bulunmadığını bilen ve buna onay verenler, söz konusu borcun ödenmemesinden doğan zarardan sorumludurlar. Aynı sermayenin veya devralınacak işletme ile ayınların değerlemesinde emsiline oranla yüksek fiyat biçenler, işletme ve ayının niteliğini veya durumunu farklı gösterenler ya da başka bir şekilde yolsuzluk yapanlar, bundan doğan zarardan sorumludur. Ayrıca şirketin ve şirketler topluluğunun kuruluşunu denetleyen denetçi ve özel denetçiler; kanuni görevlerinin yerine getirilmesinde kusurlu hareket ettikleri takdirde, hem şirkete hem de pay sahipleri ile şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarar dolayısıyla sorumludur. **Müteselsilen olmak üzere, kuruluştaki yolsuzluk olup olmadığını araştırmada ihmali görülen ilk yönetim kurulu üyeleri ve hesap denetçileri de kuruluştan dolayı sorumludur**⁶⁸.

Kuruluştan doğan sorumluluk sebepleri ise belgelerin doğru olmaması, esas sermaye hakkında yanlış beyanlarda bulunulması, değer biçilmesinde yolsuzluk yapılmasıdır. 6102 sayılı TTK.'nın 549'uncu maddesi 6762 sayılı TTK. md. 305 paralelinde düzenlenmiştir. 305'inci maddenin sermayeyi koruma amacı güden ilgili maddesinin hükümleri aşağıdaki şekildedir:

"I - Belgelerin ve beyanların kanuna aykırı olması

(1) Şirketin kuruluşu, sermayesinin artırılması ve azaltılması ile birleşme, bölünme, tür değiştirme ve menkul kıymet çıkarma gibi işlemlerle ilgili belgelerin, izahnamelerin, taahhütlerin, beyanların ve garantilerin yanlış, hileli, sahte, gerçeğe aykırı olmasından, gerçeğin saklanmış bulunmasından ve diğer kanuna aykırılıklardan doğan zararlardan belgeleri düzenleyenler veya beyanları yapanlar ile kusurlarının varlığı hâlinde bunlara katılanlar sorumludur."

6102 sayılı Kanun'un anılan hükmü yeniliklere yer vermektedir. Bu hüküm 6762 sayılı Kanun'un 305'inci maddesi ve İsv. BK. md. 752 model alınarak düzenlenmiştir. Ancak 6102 sayılı Kanun md. 549, anılan kaynak maddelerden bazı konularda farklılıklar göstermektedir. İsv.BK. md. 752 esas itibarıyla izahname sorumluluğunu düzenlemekte, bu sebeple düzenleyenler gibi dağıtanların sorumluluğunu da vurgulamaktadır⁶⁹. 6102 sayılı Kanun ise aşağıdaki yönlerle farklılıklar göstermektedir: Sorumluluğun kapsamı TTK.'dan farklı olarak daha geniş tutulmuştur.

⁶⁷ "Anonim ortaklığın paylarının satışında hile yapıldığı iddiasında, bu iddiayı kanıtlamak, hileyi ileri süren alıcıya aittir" (Y. 11. HD. 11.11.2005 T., 12675 E., 10899 K.) (Eriş, a.g.e.,s .2103)

⁶⁸ Pulaşlı, Şerh, s. 688.

⁶⁹ Art. 752 A. Haftung / I. Für den Emissionsprospekt

Sorumluluk; kuruluş, birleşme, bölünme, tür değiştirme, sermayenin artırılması, azaltılması ve menkul değer ihracı gibi işlemleri kapsamaktadır. Bu işlemler sınırlı sayıda sayılmamıştır. Sorumluluk ayrıca halka açılmayla ilgili olarak izahnameleri de kapsamaktadır. Hükümde sadece izahname anılmıştır. Ancak halka açılmayla ilgili her türlü belge 549’uncu madde kapsamındadır. Sorumluluk ayrıca bu işlemlerle ilgili olarak düzenlenen belgelerin doğru olmaması, gerçeği yansıtmaması, sahte veya hileli olması gibi açıkça belirtilen hukuka aykırılıklar ile diğer kanuna aykırılıklar çerçevesinde düzenlenmiştir. Hukukî sorumluluk davasında davacı sıfatına sahip olma bir diğer ifadeyle aktif dava ehliyeti, “zarar görenler” e ait olup bunlar somut olayın özelliklerine göre pay sahipleri, bu sıfatı bu işlemler dolayısıyla yitirenler, menkul değerleri alanlar, bu menkul değerlerin sonraki müktesipleri olabilir. Pasif dava ehliyeti ise belgeleri “düzenleyenler” ile maddede anılan eylemlere (taahhütler, beyanlar ve garantiler) “katılanlar”dır. “Düzenleyen” ile “katılanlar”ın tanımı yapılmamıştır. Kanun, “düzenleyenler” ve “katılanlar” kavramlarının anlamının tanıtılması ve belirlenmesini bilimsel ve yargısal içtihatlarla bırakmıştır. Düzenleyenler için kusursuz sorumluluk hali kabul edilmiştir. Katılanlar bakımından “kusurlarının varlığı hâlinde” ifadesiyle kusurlu sorumluluk hâli kabul edilmiştir. Sorumluluk şartları ise fiil (kanuna aykırı, doğru olmayan, gerçeği dürüst bir şekilde yansıtmayan beyanlar ve bazı hususların gizlenmiş olması), zarar ve uygun nedensellik bağıdır. Birlikte zarar verilmesi halinde 6102 sayılı Kanun madde 557 uygulanır. Buna göre birden çok kişinin aynı zararı tazminle yükümlü olmaları hâlinde, bunlardan her biri, kusuruna ve durumun gereklerine göre, zarar kişisel olarak kendisine yükletilebildiği ölçüde, bu zarardan diğerleriyle birlikte müteselsilen sorumlu olur. Koç’a göre ifade “... doğan zararlardan bunları düzenleyenler ve kusurlarının varlığı halinde buna katılanlar müteselsilen sorumludurlar.” olmalıdır. Çünkü birden çok kişi vardır. Arslan’a göre “müteselsilen” ifadesine gerek yoktur. Ticaret hukukunda bir ilke vardır: Eğer birden fazla borçlu ve sorumlu varsa bunlar arasında zaten teselsül ilkesi geçerlidir. Yani böyle bir genel kural varken müteselsilen ifadesine gerek yoktur⁷⁰.

6102 sayılı TTK.’nın 550’nci maddesinde sermaye hakkında yanlış beyanlar hususu hüküm altına alınmıştır. “Sermaye hakkında yanlış beyanlar ve ödeme yetersizliğinin bilinmesi” kenar başlığını taşıyan ve 6762 sayılı TTK.’da ise 306’ncı maddeye karşılık gelen bu maddenin hükümleri aşağıdaki şekildedir: “(1) Sermaye tamamıyla taahhüt olunmamış veya karşılığı kanun veya esas sözleşme hükümleri gereğince ödenmemişken, taahhüt edilmiş veya ödenmiş gibi gösterenler ile kusurlu olmaları şartıyla, şirket yetkilileri, bu payları üstlenmiş kabul edilirler ve payların karşılıkları ile zararı faiziyle birlikte müteselsilen öderler. (2) Sermaye taahhüdünde bulunanların ödeme yeterliliğinin bulunmadığını bilen ve buna onay verenler, söz konusu borcun ödenmemesinden doğan zarardan sorumludurlar.”

Sermayenin korunması amacıyla konulan bu hüküm 6102 sayılı Kanun’un 549’uncu maddesinin tamamlayıcısıdır. Ödenmemeden dolayı bir zarar doğduysa bu zarardan şirket yetkililerinin müteselsilen sorumlu olacakları hüküm altına alınmıştır. Payların karşılığının ve zararın faiziyle birlikte ödenmesi gerektiği de hükümde belirtilmektedir. Hükümde ifadesini bulan “şirket

⁷⁰ Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Toplantıları I-II-III, Türkiye Barolar Birliği, Mart 2008, Ankara, s. 1026.

yetkilisi” kavramı geniş şekilde anlaşılmalıdır. Zira kurumlar, yönetim kurulu üyeleri ve işlem denetçileri şirket yetkilisi ibaresinin kapsamına girebilirler⁷¹. 550’nci madde ayrıca sermaye taahhüdünde bulunanların, ödeme yeterliliğinin bulunmadığını bilen ve buna onay verenlerin söz konusu borcun ödenmemesinden doğan zarardan kusurlu sorumluluk ilkesi gereğince sorumlu olacağını da düzenlemektedir.

Değer biçilmesinde yolsuzluk yapılmasından doğan sorumluluk hali 6102 sayılı kanunun 551’inci maddesinde düzenlenmiştir. “Değer biçilmesinde yolsuzluk” başlığını taşıyan bu maddenin hükümleri aşağıdaki şekildedir:

“(1) Aynî sermayenin veya devralınacak işletme ile ayınlara değerlemesinde emsaline oranla yüksek fiyat biçenler, işletme ve aynın niteliğini veya durumunu farklı gösterenler ya da başka bir şekilde yolsuzluk yapanlar, bundan doğan zarardan sorumludur.”

551’inci maddenin hükümlerinin içeriğinin açıklanmasına da yer verilmesi gerekir. Buna göre; 551’inci madde, Hükmün uygulanabilmesi için, 6102 sayılı TTK. md. 307’den farklı olarak, hile yapılmasına gerek yoktur. Aynî sermayeye emsaline nazaran yüksek fiyat biçilmiş olması sorumluluk sebebidir⁷². İşletme veya aynın niteliğinin veya durumunun farklı gösterilmesi sorumluluk sebebidir⁷³. Başka bir tarzda yolsuzluk yapılması sorumluluk sebebidir⁷⁴. Madde kusur esasına dayalıdır. Mahkeme sorumluluk davasında konuyu hem kusur araştırması hem de takdir hakkı bağlamında karara bağlayacaktır. Kusursuz sorumluluk halinden değerlendirme, emsal belirleme hatalarının bile sorumluluk doğurmasına yol açacağı endişesinden dolayı özellikle kaçınılmıştır. Aktif dava ehliyeti şirkete, pay sahiplerine ve alacaklılara aittir. Pasif dava ehliyeti ise somut olaya göre belirlenir.

Yukarıda anılan davaları zarar gören pay sahipleri ve şirket alacaklıları açarlar. İflas durumunda iflas idaresi dava açar. Ancak bu durumda tazminat şirkete ödenir. Sorumlular aleyhinde şirketin merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinde dava açılabilir. Sorumlu olanlara karşı tazminat istemek hakkı, davacının zararı ve sorumluyu öğrendiği tarihten itibaren iki ve her hâlde zararı doğuran fiilin meydana geldiği günden itibaren beş yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Şu kadar ki, bu fiil cezayı gerektirip, Türk Ceza Kanunu’na göre daha uzun dava zamanaşımına tabi bulunuyorsa, tazminat davasına da bu zamanaşımı uygulanır (TTK. md. 560). 549’uncu maddede

⁷¹ Bkz. 550’nci madde gerekçesi, s. 205.

⁷² “Emsaline nazaran yüksek” ibaresi yönünden bu sorumluluk hali önem taşır. Madde kaleme alınırken “yükseklik”, “açık”, “önemli derecede yüksek”, “aşırı” gibi sıfatlara bilinçli olarak yer verilmemiştir. Bunun iki sebebi vardır: Bir taraftan bu sıfatların yorum güçlükleri doğuracağı, diğer taraftan da ölçümü altındaki farkların yasal kabul edileceğinden endişe edilmiştir”, Bkz. 550’nci madde gerekçesi, s. 205.

⁷³ İşletme veya aynın niteliğinin farklı gösterilmesine gerekçede arsa iken bina; sosyal amaçlı yapı iken üretim birimi; mesken iken turistik tesis gösterilmesi durumları örnek olarak verilmiştir. İşletme veya aynın durumunun farklı gösterilmesine ise gerekçede imar durumu yokken varmış gibi gösterme; imar durumunu olduğundan iyi gösterme; imar durumu hakkında belirtme yapmama durumları örnek olarak verilmiştir. Bkz. 550’inci madde gerekçesi, s. 205.

⁷⁴ Başka bir tarzda yolsuzluk yapılması hallerine örnek olarak gerekçede kurucular kabul etmemişken kabul etmiş gibi göstermek; mahkeme bilirkişisi yerine özel bilirkişiden rapor almak halleri gösterilmiştir. Bkz. 550’nci madde gerekçesi, s. 205.

belirtilen belgeleri sahte olarak düzenleyenler ile ticari defterlere kasıtlı olarak gerçeğe aykırı kayıt yapanlar bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır. 550'nci maddeye aykırı hareket edenler üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılır. 551'inci maddeye aykırı hareket edenler doksan günden az olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılır (TTK. md. 562).

TTK md. 356'ya göre şirketin tescilinden itibaren iki yıl içinde⁷⁵ bir işletme veya ayının, sermayenin onda birini aşan bir bedel karşılığında devralınmasına veya kiralanmasına ilişkin sözleşmeler⁷⁶, genel kurulca onaylanıp ticaret siciline tescil edilmedikçe geçerli olmaz. Bu sözleşmelerin onaylanmasından ve tescilinden önce, bunların ifası amacıyla yapılmış olan ödemeler dâhil, her türlü tasarruf geçersizdir⁷⁷. Genel kurul kararını vermeden önce, yönetim kurulunun istemi üzerine şirketin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesince atanacak bilirkişi, şirket tarafından devralınacak ya da kiralanacak işletme ve ayınlara değer biçer⁷⁸. Rapor resmî nitelik taşır. Bilirkişi raporuna kurucular ve menfaat sahipleri tescil ve ilana kadar itiraz edebilir. Toplantı ve karar nisabına 421'inci maddenin üçüncü ve dördüncü fıkraları uygulanır⁷⁹. Sözleşme genel kurulun onay kararıyla birlikte tescil ve ilan olunur⁸⁰. Aksi durumda geçerli olmaz. Şirketin işletme konusunu oluşturan veya cebri icra yoluyla iktisap edilen ayın ve işletmeler hakkında bu

⁷⁵ Yavuz, ilk yönetim kurulu üyelerinin görev süresinin dikkate alınması gerektiğini düşünmektedir. Yazar, iki yıllık süreyi yeterli görmemektedir (Yavuz, Cevdet, Anonim Ortaklıklarda Kurulştan Sonra Devir Alma, İÜHFM., 1984/I-4, s. 385-421).

⁷⁶ Burada kuruluş sonrasına ilişkin borçlandırıcı işlemler vardır. Burada hileli davranışlar engellenmeye çalışılmaktadır. Anılan düzenlemenin amacı için bkz. Y. 11. HD., 04.07.1986 T., 3664 E., 4215 K. (Eriş, a.g.e., s. 2140). Anılan karar düzenlemenin amacının, şirketin kuruluş aşamasında yapılan değer saptama kurallarından kurucuların kurtulmak amacıyla devir sözleşmesi yapmalarını önlemek olduğunu belirtmektedir. Ayrıca hilenin tanımı için bkz. Y. HGK. 03.04.1963 T., E. 4/76, K. 40 (Doğanay, a.g.e., s. 911).

⁷⁷ Bu geçersizlik askıda geçersizliktir. İşlemler, genel kurulun onayı ve sicile tescili ile, taşınmazlarda devir ve tescil, taşınırlarda teslim işlemlerinin yeniden yapılmasına gerek kalmaksızın hukuken geçerli duruma gelir (Pulaşlı, Şerh, s. 687). Ayrıca belirtmek gerekir ki işlemlerin geçerliliğine ilişkin işlemlerin başlatılıp devam etmesi durumunda geçersizlik ileri sürülemez (Poroy, Reha/ Tekinalp, Ünal/ Çamoğlu, Ersin, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 10. Baskı, İstanbul, 2005, s. 291).

⁷⁸ Bilirkişi raporunda aşağıda sayılan hususları ayrıntılı ve gerekçeli olarak açıklamalıdır: 1. Seçilen değerlendirme yöntemi 2. Seçilen yöntemin herkes için adil ve uygun bir yöntem olduğu 3. Alacağın var olduğu 4. Alacağın tahsil edilebilir olduğu (Tekinalp, a.g.e., s. 157); Moroğlu'na göre anılan değerlendirme yeminli mali müşavir veya serbest muhasebeci mali müşavir raporu ile belirlenebilir (Moroğlu, a.g.e., s. 228).

⁷⁹ Aşağıdaki esas sözleşme değişikliği kararları, sermayenin en az yüzde yetmiş beşini oluşturan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin olumlu oylarıyla alınır: a) Şirketin işletme konusunun tamamen değiştirilmesi.

b) İmtiyazlı pay oluşturulması. c) Nama yazılı payların devrinin sınırlandırılması. Öngörülen nisaplara ilk toplantıda ulaşılamadığı takdirde izleyen toplantılarda da aynı nisap aranır. Kendigelen yüzde yetmiş beş oranını oldukça yüksek bulmaktadır. Şener de bu hususta uygulamanın güçleştirildiği düşüncesiyle Kendigelen'e katılmaktadır (Kendigelen, a.g.e., s. 206-207; Şener, a.g.e., s. 340). Genel kurul kuruluş aşamasında mahkeme değer takdirine ilişkin bilirkişi raporunu onaylamaktadır. Kurulştan sonra devralmada ise genel kurul tarafından onaylanan husus esas sözleşmedir (Bilgili/Demirkep, a.g.e., s. 255).

⁸⁰ Sözleşmenin tarihi, genel kurulun onama kararının tarihi, kazanılacak veya kiralanacak şeyin kimden alındığı ve bedeli ticaret siciline tescil edilir ve bu unsurlar Ticaret Sicil Gazetesi'nde yayımlanır (Pulaşlı, Şerh, s. 686).

madde hükmü uygulanmaz. Anılan hükmün amacı, şirketin ticaret siciline tescilinden sonra iki yıl içinde tesisat veya ayın malvarlığı değerlerini iktisap etmesinde veya kiralamasında ya da bu süre içinde olmak kaydıyla aynı sermaye artırımında⁸¹ kuruluştaki ayınlara değer biçme kurallarının dolanılmasını önlemektir⁸². Burada anonim şirket tarafından aşağıdaki işlemler yapılmalıdır:

1. Bir işletme devralınmalıdır.
2. Bir tesisat devralınmalıdır.
3. Herhangi bir ayın değer devralınmalıdır.
4. Hak devralınmalıdır.
5. Bir hizmet sözleşmesi yapılmalıdır.
6. Bir kira sözleşmesi yapılmalıdır⁸³.

TTK. md. 356'ya dayanılarak kanuna karşı hile davasını pay sahipleri, şirketin alacaklıları ve şirketten menfaati bulunan üçüncü kişiler açabilir. Anonim şirket tüzel kişiliği davalıdır. Dava herhangi bir zamanaşımı süresine tâbi değildir. Zira dava kuruluştan sonra devralmanın geçersizliği iddiası üzerine açılmaktadır. Burada sınırı MK. md. 2 çerçevesinde dürüstlük kuralları tespit eder⁸⁴.

VIII. Sonuç

6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda anonim şirketin kuruluşu, kuruluş için gerekli belgeler, kurucuların tanımı, kurucuların asgari sayısı, anonim şirket esas sözleşmesinin içeriği, emredici hükümler ilkesi, aynı sermaye konulabilecek malvarlığı unsurları, madde 343'te aynı sermayeye değer biçme, nakdi sermayenin ödenmesi, nakdi sermayenin ödeme yeri, halka arz edilecek paylar, primli paylar, kurucu menfaatleri, halka arz taahhüdü, kuruluştan önce pay taahhüdünün devri, fesih davası, şirketin tescili ve ilanı, kanuna karşı hile konuları hüküm altına alınmıştır. Çalışmada yukarıda anılan hükümler kapsamında 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na tâbi anonim şirketlerin kuruluşu ve kuruluştan doğan sorumluluk konusu ele alınmıştır. Anonim şirketler basit usulle ya da nitelikli usulle kurulurlar. Anonim şirketin kuruluşu sermayenin sağlanması şekline göre belirlenir. Buna göre anonim şirketler ani ya da tedrici olmak üzere iki şekilde kurulur. 6102 sayılı TTK. ani kuruluşu yer vermiştir. Esas sözleşmede taahhüt edilmiş olup da taahhüt sahiplerince, şirketin tescilinden itibaren en geç iki ay içinde halka arz edileceği

⁸¹ “Sermaye arttırımı yapılmış ve sonradan genel kurul kararı iptal edilmiştir. Bu durumda, ödenen sermaye arttırımı miktarının ortağa iadesi gerekir” (Y. 11. HD. 08.02.2005 T., 4259 E./910 K.) (Eriş, a.g.e., s. 2105).

⁸² Pulaşlı, Şerh, s. 684; Burada düşüncemize göre sermayenin korunması ilkesi dikkate alınmıştır. Güvenli kuruluş esasları bu sayede sağlanmış olmaktadır. Buna göre sermaye şirketin elinde bulunmalı, sermaye gerçek değeriyle ve fiilen şirkete getirilmeli ve iade edilmemelidir. Getirilen sermaye esas sözleşmeye yazılmalıdır (Hoffmann-Becking, a.g.e., s. 11; Böckli, Peter, a.g.e., s. 50-51).

⁸³ Pulaşlı, Şerh, s. 685.

⁸⁴ Yavuz, a.g.m., s. 409-418.

esas sözleşmede belirtilmiş ve ayrıca garanti edilmiş bulunan nakdî payların karşılıkları satıştan elde edilen gelirden ödenir. Pay senetlerinin halka arz edilmesi sermaye piyasası mevzuatına göre yapılır. TTK. md. 346 tedrici kuruluşun karşılayamadığı halka açık kurulma gereksinimine cevap vermek amacıyla öngörülmüştür. Anonim şirketin kuruluşunda ortaklar tarafından taahhüt edilen sermayenin tamamı paradan ibaretse nakdi kuruluş söz konusu olur. Nitelikli kuruluş ise ortaklık sözleşmesinde aşağıdaki unsurların verilmesi öngörülmüşse söz konusu olur: 1. Ayın sermaye getirilme, 2. Şirket hesabına bazı malların satın alınması, 3. Kuruculara bazı yararlar verilmesinin öngörülmesi, 4. Yönetim kurulu üyelerine bazı yararlar verilmesinin öngörülmesi. Anonim şirketin kurulabilmesi için pay sahibi olan bir veya daha fazla kurucunun varlığı şarttır. Kurucu ya da kurucular, gerçek ya da tüzel kişi olabilir. Pay sahiplerinin belirli özellikleri taşıması gerektiği bağlam olarak esas sözleşmede belirtilebilir. Gerçek kişi kurucunun fiil ehliyetine sahip olması gerekir. Küçük ve kısıtlılar ise veli veya vasileri aracılığıyla temsil edilirler. Özel hukuk tüzel kişisi kurucu olabilir. Kamu hukuku tüzel kişisi kurucu olabilir. Yabancı bir gerçek kişi kurucu olabilir. Yabancı bir tüzel kişi kurucu olabilir. Pay taahhüt edip esas sözleşmeyi imzalayan gerçek ve tüzel kişiler kurucudur. Kurucular organ değildir. Zira kuruculara bu sıfatı verecek olan tescille kurulan anonim şirkettir. Anonim şirketin kuruluşu için gerekli belgeler sınırlı sayıda olmak üzere gösterilmiştir. Gerekli belgeler anonim şirket esas sözleşmesi, değerlendirme raporları, kurucular ve diğer kişilerle yapılan ve kuruluşla ilgili olan sözleşmelerdir. Esas sözleşme yazılı şekilde yapılır ve kurucular tarafından imzalanır. Bütün kurucuların imzalarının noterce onaylanması şarttır. Kurucular tarafından, kuruluşla ilişkin bir beyan imzalanır. İlk yönetim kurulu üyeleri esas sözleşmede kurucular tarafından atanır. Şirketin sermayesi ödenir. Şirket esas sözleşmesinin tamamı, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın izniyle kurulacak olan anonim şirketlerde izin alınmasını, diğer şirketlerde şirketin kuruluşunu izleyen otuz gün içinde şirketin merkezinin bulunduğu yer ticaret siciline tescil ve Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nde ilan olunur. Kuruluştaki eksikliklere aşağıdaki örnekler verilebilir: 1. Kanunda öngörülen bazı işlemler hiç veya gereği gibi yapılmamıştır. 2. Belgeler düzgün ve amacına uygun hazırlanmamıştır. 3. Belgeler sahte olarak hazırlanmıştır. 4. Esas sözleşmenin zorunlu içeriğine ilişkin kurala uyulmamıştır. 5. Şekle ilişkin hükümlere uyulmamıştır. 6. Aynı sermaye değerlendirilmemiştir. 7. Sakatlıklara ve şekil eksikliklerine rağmen anonim şirket tescil edilmiştir. 8. Kuruluş sözleşmesinde iradeler sakatlanmıştır. Kuruluştaki yukarıda örnekleme yoluyla sayılan eksiklikler ve sakatlıklar varsa, bunların özellikle ticaret sicil müdürü tarafından engellenmesi gerekir. Şirketin kurulmasında kanun hükümlerine aykırı hareket edilmek suretiyle, alacaklıların, pay sahiplerinin veya kamunun menfaatleri “önemli bir şekilde” tehlikeye düşürülmüş veya ihlal edilmiş olursa, yönetim kurulunun, Gümrük ve Ticaret Bakanlığının ilgili alacaklının veya pay sahibinin istemi üzerine şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesince şirketin feshine karar verilir. Fesih kararı inşai bir karardır. TTK. md. 355'e göre şirket ticaret siciline tescil ile tüzel kişilik kazanır. Tescilden önce şirket adına işlem yapanlar ve taahhütlere girişenler, bu işlem ve taahhütlerden şahsen ve müteselsilen sorumludurlar. Ancak, işlem ve taahhütlerin, ileride kurulacak şirket adına yapıldığı açıkça bildirilmiş ve şirketin ticaret siciline tescilinden sonra üç aylık süre içinde bu taahhütler şirket tarafından kabul olunmuşsa, yalnız şirket sorumlu olur. Kuruluştan doğan

sorumluluk sebepleri ise belgelerin doğru olmaması, esas sermaye hakkında yanlış beyanlarda bulunulması, değer biçilmesinde yolsuzluk yapılmasıdır. Şirketin kuruluşu, ile ilgili belgelerin, izahnamelerin, taahhütlerin, beyanların ve garantilerin yanlış, hileli, sahte, gerçeğe aykırı olmasından, gerçeğin saklanmış bulunmasından ve diğer kanuna aykırılıklardan doğan zararlardan belgeleri düzenleyenler veya beyanları yapanlar ile kusurlarının varlığı hâlinde bunlara katılanlar sorumludur. Sermaye tamamıyla taahhüt olunmamış veya karşılığı kanun veya esas sözleşme hükümleri gereğince ödenmemişken, taahhüt edilmiş veya ödenmiş gibi gösterenler ile kusurlu olmaları şartıyla, şirket yetkilileri, bu payları üstlenmiş kabul edilirler ve payların karşılıkları ile zararı faiziyle birlikte müteselsilen öderler. Sermaye taahhüdünde bulunanların ödeme yeterliliğinin bulunmadığını bilen ve buna onay verenler, söz konusu borcun ödenmemesinden doğan zarardan sorumludurlar. Aynî sermayenin veya devralınacak işletme ile ayınlara değerlemesinde emsaline oranla yüksek fiyat biçenler, işletme ve aynın niteliğini veya durumunu farklı gösterenler ya da başka bir şekilde yolsuzluk yapanlar, bundan doğan zarardan sorumludur.

Kaynakça

Ansay, Tuğrul, Anonim Şirketler Hukuku, 6. Baskı, Ankara, 1982.

Bahtiyar, Mehmet, Anonim Ortaklık Ana Sözleşmesi, İstanbul, 2001.

Başbuğoğlu, Tarık, Uygulamalı Türk Ticaret Kanunu Açıklamalar-İçtihatlar, 1. Cilt Madde 1-815, Ankara, 1988.

Bilgili, Fatih, Demirkapı, Ertan, Şirketler Hukuku, 9. Baskı, Bursa, 2013.

Böckli, Peter, Schweizer Aktienrecht, 3. Auflage, Zürich-Basel-Genf, 2004.

Çevik, Orhan Nuri, Anonim Şirketler, Ankara, 1988.

Doğanay, İsmail, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Birinci Cilt- Madde 1-419, İstanbul, 2004,

Eriş, Gönen, Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, C. II, 2. Baskı, Ankara, 2010.

Forstmoser, Peter, Schweizerisches Aktienrecht Band I/Lieferung 1 Grundlagen, Gründung und Änderungen des Grundkapitals, Zürich, 1981.

Hoffmann, Michael, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 4, Aktiengesellschaft, München, 1988.

İmregün, Oğuz, Anonim Ortaklıklar, 4. Baskı, İstanbul, 1989.

Karasu, Rauf, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, Ankara, 2009.

Kendigelen, Abuzer, Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul, 2011.



Kırca, İsmail, “Tüzel Kişiliğin Kazanılmasından Önce Anonim Şirket Adına Yapılan İşlemler” (TTK. md. 301/II, Batider., C. XIX, Sa. 4, Ankara, 1998.

Moroğlu, Erdoğan, Değerlendirme ve Öneriler, Türk Ticaret Kanun Tasarısı Değerlendirme ve Öneriler, 5. Baskı, İstanbul, 2007.

Önen, Ergun, İnşai Dava, Ankara, 1981.

Poroy, Reha/ Tekinalp, Ünal/ Çamoğlu, Ersin, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 10. Baskı, İstanbul, 2005.

Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, C. I, 2. Baskı, Ankara, 2015.

Şener, Oruç Hami, Ortaklıklar Hukuku, 2. Baskı, Ankara, 2015.

Tekil, Fahiman, Şirketler Hukuku, İkinci Cilt: Anonim Şirketler, İstanbul, 1974.

Tekinalp, Ünal, Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığın Esasları, İstanbul, 2011.

Tekinalp, Ünal, Türk Ticaret “Hukukunu Ticari İşletme Bağlamında Yeniden Düşünmek”, Batider, C. XXIV, S. 3, Ankara, 2008, 13-20.

von Steiger, Fritz, İsviçre’de Anonim Şirketler Hukuku, (Çev. Çağa, T.), İstanbul, 1968.

Wilhelmi, Hans, Aktiengesetz Kommentar Band I, München, 1971.

Yavuz, Cevdet, Anonim Ortaklıklarda Kuruluştan Sonra Devir Alma, İÜHFM., 1984/I-4, s. 385-421.

Yongalık, Aynur, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na (m. 124-133) Türk Ticaret Kanunu ile (m. 136-145) Karşılaştırmalı Bakış ve Değerlendirme, BATİDER, Yıl: 2010, C. XXVI, S. 1, s. 81-91.



ORTAK HUKUK ÜZERİNE

Dr. Öğr. Üyesi Yüksel MACİT

İnönü Üniversitesi

Öz

Bu çalışmada ortak hukuktan kasıt bazı ülkelerde uygulanan teamüle dayalı Common law değildir; ortak hukuktan kasıt ortak akıldan kaynaklanan ortak hukuktur, ortak ahkam ve kurallardır. Hukuk sözlükte hak kelimesinin çoğuludur, haklar demektir. Hak kelimesi hakikat, gerçek, zorunlu ve doğru anlamlarında kullanılır. Dolayısıyla hukuk; hakkı, gerçeği, doğruyu arayan ve tespit etmeye çalışan ilimdir denilebilir.

Gerçek ve doğru olanı tespit etmeye çalışma ideası noktasında bütün hukuklar hemfikir olmak zorundadır. Aksi durum hukuk ideası ve amacıyla çelişir. Hukuk özünde çelişik olamaz. Hukuk aynı zamanda adil olmak zorundadır. Aksi halde istikrar sağlanamaz. Bu temel gerçekler hukukun tabiatından kaynaklanır. Hukuklar arası farklar ya bu temel gerçeklerden sapma ile veya ülkelerin özel şartlarından doğar. Hukuk felsefesindeki doğal hukuk ve pozitif hukuk ayrımı da bu noktalardan ayrılır. Cicero, “Hukuk iki kişinin aklıdır” der. Zira bir kişinin aklı sadece onun isteğinden, arzusundan ibaret olabilir. Yine Cicero der ki, yasalar adil olursa hukuk olur. İslam dünyasının akılcı mezhebi olarak tanınan Mutezilenin son dönem alimlerinden kabul edilen, usulle ilgili bir eserini *Mutezilede Hukuk Felsefesi* (İstanbul 2003) adıyla Türkçeye çevirdiğimiz Kadı Abdulcebbar der ki, “Allah bir şeyi sadece irade ettiği için o şey doğru olmaz, irade edilen adil olursa doğru olur; doğru iradeye (isteğe) bağlı olsaydı zalim hükümdarların emirlerine de doğru demek gerekirdi.” Görüldüğü üzere iki farklı çağ ve iki farklı kültür insanı ortak hukukta birleşmektedir. Ortak akıl ortak hukuk meydana getirebilir. Bu bakımdan bütün hukuk birikimlerinden istifade edilebilir, ortak hukuk oluşturulabilir. Kant’ın dünya devletleri federasyonunu öneren Ebedi Barış projesi gibi. Bu nevi projeler pratikte kısmen ütöpik kalabilir ama ideası bile hukukların ortak noktalarda birleşmesine, ortak değerlerin çoğalmasına yardımcı olur. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi gibi.

Bu çalışmada amacımız ortak hukuk düşüncesine katkıda bulunmaya çalışmaktır. Çalışma iki ana bölümden oluşmaktadır: Hukuklar Arası Ortak Hükümlerin Genel Olarak Tespiti ve Ortak Akıldan Kaynaklanan Hukukî Hükümler.

Anahtar Kelimeler: Ortak hukuk, ortak akıl, hak ve adalet.

ON COMMON LAW

Abstract

In this study Common law does not refer to the practice-based Common law in some countries; common law refers to the common law, common conscience and rules arising from the common mind (reason). Law is the plural of the word right in the dictionary, it means rights. Right is used to the truth and true meanings. Therefore can be said law is science researches right, truth and seeks to determine the truth.

All laws must be agreed upon at the point of trying to identify the real and the right. Otherwise, it contradicts the purpose of law and it spurpose. Law can not be contradictory. Law must also be fair. Otherwise, stability can not be ensured. These basic truths originate from the nature of the law. Differences between the law arise from the deviations from these fundamental factors or from the special conditions of the countries. The distinction between natural law and positive law in the philosophy of law is separated from these points. Law is the mind of two people, says Cicero. For a person's mind may be merely his will or desire. Again, Cicero says that if the law is fair (justic) it becomes law. Kadı Abdulcebbar, who was accepted as one of the last scholars of the Islamic world of the Mu'tazilite, who translated his work into Turkish with the title of Philosophy of Law of Mu'tazila (Istanbul 2003), said. Kadi Abdulcebbar says, it is not true that only Allah willed something, but it will be right if it will be fair; if it was connected to the will of the righteous (optional), then the orders of the cruel rulers should be true. As we have seen, two different ages and different cultural people are united under common law (common legal opinion).The common reason can create a common law. In this respect, the whole law can be benefited from, and a common law can be created. Like Kant's Eternal Peace Project. Such common projects may remain partly utopian in practice, but even the idea of law helps to unite the common points and increase the common values. Like the Declaration of Human Rights.

Our aim in this study is to try to contribute to the idea of common law. The study consists of two main chapters: The General Determination of Common Provisions between Laws and the Legal Provisions stemming from the Common Mind.

Key Words: Common law, common mind, right and justice.

Giriş

Evvela belirtelim ki: Ortak hukuktan kastımız batıda bazı ülkelerde uygulanan teamüle dayalı Common law değildir; ortak hukuktan kastımız ortak akıldan kaynaklanan ortak hukuktur, ortak ahkam ve kurallardır. Ortak akıl birçok kişinin aklıdır. Akıl zararı engelleyen tutarlı ve vakiaya uygun düşünme gücüdür. Bu güce aynı zamanda sağduyu da denir.

Hukuk hukuktur. Hukuk sözlükte hak kelimesinin çoğuludur, haklar demektir. Hak; gerçek, doğru ve zorunlu (vacip) olan anlamlarına kullanılır.¹ Dolayısıyla hukuk hakkı, hakikati, gerçeği, doğruyu arayan ve tespit etmeye çalışan ilimdir denilebilir. Gerçek ve doğru olanı tespit etmeye çalışma idesi noktasında bütün hukuklar hemfikir olmak zorundadır. Aksi durum hukuk ideası ve amacıyla çelişir. Hukuk özünde çelişik olamaz. Hukuk aynı zamanda adil olmak zorundadır.² Yoksa istikrar sağlanamaz. Bu temel gerçekler hukukun tabiatından kaynaklanır. Hukuklar arası farklar ya bu temel gerçeklerden sapma ile veya ülkelerin özel şartlarından doğar. Hukuk felsefesindeki doğal hukuk ve pozitif hukuk ayrımı da bu noktalardan ayrılır. Tabii (doğal) hukukun esası adalet fikridir.³ Aslında istisnai ve arızı durumlar hariç pozitif hukukta da asıl olan adalet ve hakkaniyete uygun olmaktır. Adalet fikri ve haklar izafidir/görecelidir diyenler vardır; bu görüşe karşı olanlar da vardır.⁴ Bize göre adalet fikri bütün insanlarda vardır; öyle olmasa insanlar haksızlığa uğradıklarında adalet düşüncesine kapılmazlar veya hak talep etmezler. Adalet göreceli ise bir konuda hüküm veren neyi araştıracaktır? Olmadığına inanılan bir şey aranmaz. Üzerinde herkesin birleşeceği ortak adaletin olmadığına inanan biri hakikati yeterince araştırmadan bana göre bu doğru diyebilir ki bu hukuka güveni sarsar. Ancak neyin adil olduğunda ayrıntıda bazı görüş ayrılıkları olabilir, bu manada bazen göreceli durum ortaya çıkabilir.⁵ Yoksa adalet fikrinin mutlak göreceli olduğunu savunmak bir hukukçuya yakışmaz, hukukun amacını ve mantığını anlamadığını gösterir. Bazı fıkıh usulcileri de her müctehit isabet eder derler ve buna istisnai durumları örnek verirler; bazı hastalara bazı yiyecek ve içeceklerin iyi gelmemesi gibi hususlardan destek alırlar. Fakat bilmeleri gerekir ki istisnadan kural yapılmaz. Her şeyin göreceli olduğunu başta aşırı sepiyetler ve sofistler savunur. Bunlara pragmatistler de eklenebilir. Bilindiği üzere Eflatun sofistleri tenkit için kitap yazmıştır. Aristoteles de objektif değerler kabul eder. Ayrıca bazı insanların hakkı ve adaleti bilmemesi adaletin göreceli olduğunu

¹ Hak kelimesi dilimize Arapçadan geçmiştir. Arapça ilk sözlük kitaplarından Halil b. Ahmed'in *Kitabu'l-Ayn* (Beyrut 2002) adlı dört ciltlik eserinin Hak maddesinde belirtildiğine göre "bir şey hak oldu" dendiği zaman o şeyin zorunlu (vacip) olduğu kastedilir. Sözlükteki bu mana en azından bazı hakların göreceli kabul edilmediğini gösterir.

² Yine *Kitabu'l-Ayn* adlı sözlüğün Adl maddesinde adl, adalet ve diğer türevleri hakkında verilen bilgileri özetlersek adl kelimesi, insanlardan sözüne ve hükmüne razı olunan kişi, bir şeyin benzeri, misli, eşit, zulmün zıddı ve yol anlamlarına kullanılır. Terim olarak adalet herkese hakkını vermek olarak tanımlanır. Hakların dengesinden adalet doğar.

³ Bu konuda geniş bilgi için bkz. Yörük, Abdulhak Kemal, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 2.Baskı, İstanbul 1958, s. 23-36; Aral, Vecdi, *Hukuk ve Hukuk Bilmi Üzerine*, İstanbul 1983, s. 30-50; Hayek, Friedriche, *Kanun Yasama Faaliyeti ve Özgürlük*, çev. Mustafa Erdoğan, T.C. İş Bankası Kültür Yayınları, 1995 s. 60-85; Çobanoğlu, Rahmi, *Hukukta Gaye Problemi*, İstanbul 1964, s. 7-10.

⁴ Bu konudaki tartışmalar hakkında geniş bilgi için bkz. Aral, Vecdi, "Hukuk Felsefesinde Değer Rölativizmine Karşı Değer Objektivizmi", *İ.Ü.H.F.M.*, XL, Sayı 1-4, İstanbul 1974, s.521- 551.

⁵ Daru'l-Fünun-u Osmanî Hukuk Fakültesi Usul-i Fıkıh hocası Mehmed Seyyid, *Usûl-i Fıkıh Medhal*, (İstanbul 2011, s.502-504) kitabında bazı klasik fıkıh usulü eserlerinden de istifade ile Adalet konusunda adaletin fikhî manasında adaleti mutlak ve izafî diye iki kısma ayırır; güzelliği (hüsün) akıl ile bilinen şeylerde adaleti mutlak doğru kabul eder, aklın tek başına bilemediği, şeriat vasıtasıyla bildiği adalete ise adalet-i izafî der. Seyyid Bey'in bu mütalaası kitabının Adalet konusunda zikrettiği Hanefî usul kitabı *Tavzih* ve onun şerhi *Telvih*'de geçen şer'iyyat ve hissiyat ayırımına dayanır. Bu ayırım da başlangıçta Mutezile usulünün aklıyyat (akıl ile bilinenler) ve şer'iyyat (şeriat ile bilinenler) ayırımına dayanır. Bu ayırım dinde her doğru şeriat ile bilinir diyen Eş'arî yaklaşımına karşı akla rol veren bir yaklaşım olarak önemlidir. Ancak bu yaklaşım bize göre tabii/doğal hukuk esas alınarak biraz daha geliştirilebilir. Böylece ibadetler ve adalet gibi temel ilkeler dışında şeriatın maslahatı/toplumsal yararı değişmiş bazı hükümleri değiştirilebilir. Bu değişim konusunda geniş bilgi ve örnekler için bu çalışmada ismi geçecek olan telif çalışmalarımıza ve yaptığımız çevirilerin sunuş ve dipnotlarına bakılabilir.

göstermez; karenin alanını bulmayı bilmeyen insanlar da vardır. Bunlara sebep karenin alan hesabından şüphe mi edelim? Sosyal bilimlerde de temel haklar bilinir. Birleşmiş Milletlerin kabul ettiği İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'ne bazı devletler imza atmadı diye o hakların doğruluğundan şüphe mi edelim? Burada beyannamenin birinci maddesini hatırlayabiliriz:

Madde 1- Bütün insanlar özgürlük, onur ve haklar bakımından eşit doğarlar. Akıl ve vicdana sahiptirler, birbirlerine karşı kardeşlik anlayışıyla davranmalıdırlar.

Bu ideal maddeye haklar izafidir diyerek nasıl itiraz edilebilir? Ortak haklar kabul edilmeden barış ve huzur sağlanamaz. Yine İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'ne göre insanın güvenli yaşama hakkı vardır, ona işkence edilemez, insanın mülk edinme hakkı vardır, onun öğrenim görme ve baskı altında kalmadan düşüncelerini ifade etme hakkı vardır.

Hukuk bu vb. hakların korunması için vardır. Bunun için adaletle dayalı ortak hükümleri çoğaltmak gerekir.⁶ Amacımız insanlığın ortak huzuruna götürecek ortak yasaların ve ortak hukukun oluşumuna vasıta olacak ortak hukuk düşüncesine katkıda bulunmaya çalışmaktır. Bu konuda geçmişte ve günümüzde hukuklar arası ortak hükümlerden hareket edilebilir, sonra ortak akıldan kaynaklanan hükümler üzerinde durulur. Bu açıdan önce bunları tespit etmek uygun olur.

I. Hukuklar Arası Ortak Hükümlerin Genel Olarak Tespiti

A. Hukuk Tarihinde Ortak Hukukî Hükümler

Hukuk tarihinde ortak hukukî hükümleri tespit için daha önce başka vesilelerle okuduğum Hammurabi kanunlarını, Mısır hukukunu, Musa'nın şeriatını, Roma hukukunu, İslam öncesi Arap örfi hukukunu ve İslam hukukunu karşılaştırmalı olarak tekrar okudum. Hammurabi Yasaları ile Musa'nın şeriatını karşılaştıran batıda yapılan özel bir çalışmayı da inceledim.⁷ Adı geçen bu hukuklar arasında çok benzerlikler gördüm. Örneğin kısas ve diyet hepsinde var. Onlarda dinî ve seküler ayırımının da bir önemi yoktur, hepsi iç içe geçmiştir. Tarihte ilk krallar ilahî (divine) otoriteye sahip olarak görüldüğü gibi⁸ Roma İmparatorluğu da Tek Tanrılı ilahî bir dine dayanmasa da Kutsal Roma İmparatorluğu (Holy Roman Empire) olarak görülmüştür ve bu ifade tarih kitaplarında haritalara da geçmiştir.⁹ Akad kralı Hammurabi, M.Ö.1750 olarak tarihlenen kanunlarının girişinde, Tanrı Marduk tarafından halkı adaletle idare etmesi için görevlendirildiğini açıkça söyler.¹⁰ Hammurabi kanunlarında çeşitli cezalar, kısas ve diyetler

⁶ Batıda adalet teorisi hakkında geniş bilgi için şu esere bakılabilir: Rawls, John, *A Theory of Justice*, Revised Edition, Harvard University Press 1971

⁷ Stanley A. Cook, M.A., *The Laws of Moses and The Code of Hammurabi*, London 1903

⁸ Spencer'in tespit ve değerlendirmesine göre: İlkel krallar (Primitive kings) Tanrı veya yarı Tanrı gibi görülürdü. İlkel krallar origin ve güç bakımından süperhuman kabul edilirdi. İlkel kralların ilahî tabiata sahip olduklarına inanılırdı. Kral her ne söylese hemen yapılması gerekirdi: What ever the king says must be done. Spencer, *Herbert, First Principles*, London 1908, s.4. Bu malumata göre tarihte bazı toplumlarda çok korkulan görünmez kral anlayışı ile görünmez Tanrıya iman anlayışı arasında da bir bağlantı (benzetme veya yansıtmı) olabilir mi diye bir soru hatıra gelebilir. Ancak bu soruyu tartışmak bu çalışmada bizim konumuz değil.

⁹ Wells, H.G., *The Outline of History*, New York 1922, s.629.

¹⁰ Tosun, Mebrure ve Kadriye Yalvaç, *Sümer, Babil, Asur Kanunları ve Ammi-Şaduqa Fermanı*, 2.Baskı, Türk Tarih Kurumu Basımevi-Ankara 1989, s.181.

tespit edilmiştir.¹¹ Çağın şartları gereği onda cezalar ağırdır. Roma hukukunda da yaralama ve öldürmenin cezası ilk önceleri oç alma şeklinde iken, sonra kısasa, daha sonra diyete geçilmiştir.¹² Mısır hukukunda da kısas ve diyet vardır. Musa, Yahudileri boy boy Kenan iline yerleştirmeye çalışsa da onlar üzerinde tam bir hâkimiyet sağlayamadan vefat ettiğinden Tevrat'ta kısas oç alma (kan öcünü alan)¹³ şeklinde geçer, devlet eliyle kısas yoktur, diyete de geçilememiştir. Akrabaları Araplar zamanla Yahudilere nispetle biraz daha yerleşik hayata geçtiklerinden, kabileler kısası eşit uygulayamasalar da diyete razı olmuşlardır. Peygamber Hz. Muhammed Arap kabilelerini otoritesi altında bir araya getirebildiği için kısas ve diyete geçebilmiştir.¹⁴ Will Durant *Medeniyetin Temelleri* adlı kitabında şöyle demektedir: “İlkel cezalar şiddetlidir. Zira ilkel cemiyet kendini güvensiz hisseder; sosyal organizasyon daha fazla istikrar kazandıkça cezalar da daha az şiddetli olmaya başlar.”¹⁵ Cezaların ağır olmasında bazı kavramlar altında dinin etkisinin olduğunu söyleyenler de vardır. Bu manada bir hukuk sosyolojisi kitabında şöyle bir değerlendirme yer alır: “İlk ve Orta Çağlarda ‘suç’ sayılan bir fiilin ‘günah’ olarak da kabul edildiği toplumlarda cezaların çok ağır olduğunu görüyoruz.”¹⁶ Bize göre bu bir sonuçtur, din de o çağlarda geldiği için cezaları ağırdır. Yoksa geçtiği üzere kısas Roma hukukunda da var. Belki bu cezalar dinlerde değişmez hale gelmiştir denebilir.

Tarihte hukuklar arasındaki ortak hükümlere verdiğimiz bu örneklerden sonra şu hususu da belirtmemiz uygun olur: Hukuklar arası etkileşimi normal karşılıyoruz, hukuklar birbirinden her zaman istifade edebilir, ancak benzerliklerin büyük bir kısmı ortak akıldan, ortak duygudan, ortak maslahattan ve çağın genel şartlarından veya felsefi ifadesiyle çağın tininden kaynaklanabilir. Geçtiği üzere kısas ve diyet çağın genel şartlarından ve çağın tininden kaynaklanmıştır. Burada ortak duygudan kaynaklanan hukukî hükme bir örnek verelim: Bazı müsteşrikler şufa (önalım) hakkını İslam hukukunun Roma hukukundan aldığını iddia ederler,¹⁷ halbuki bu hak pekala akılla karışık ortak duygudan kaynaklanmış olabilir. Zira hukukî anlamda hiç şufa hakkından haberi olmayan bir köylü bile tarlasını satarken komşusuna sorar, sormasa komşusu küser, darılır. Dolayısıyla şufa hakkının birçok hukukta olması doğaldır.

¹¹ Tosun, Mebrure ve Kadriye Yalvaç, Sümer, Babil, Asur Kanunları ve Ammi-Şaduqa Fermanı, s.205-206.

¹² Karadeniz, Özcan, *Roma Hukuku*, 3.Baskı, Ankara 1986, s.276-277.

¹³ Bkz. *Tevrat*, Tesniye, 19/6.

¹⁴ İbn Kuteybe, *el-Maarif* (2.Baskı, Beyrut 1970, s.240) kitabının Evail bahsinde şöyle der: “Ebu'l-Yekazan ve daha başkası şöyle dedi: Yüz deve diyetini sünnet olarak koyan ilk kimse Ebu Seyyare el-Advanî'dir; o hacda insanları Müzdelife'den indiriyordu/sevk ediyordu. Şöyle de denir: O diyeti ilk koyan Abdumuttalip'tir, Kureyş ve Arap onu aldı ve Resulullah (sav) da onu İslam'da baki kıldı.” Arap örfünden İslam hukukuna geçen başka hükümler de vardır. Onlar için bkz. Macit, Yüksel, *İslam Hukuku Alanında Nadir Fikirler*, İstanbul 2017, s.28-46.

¹⁵ Durant, Will, *Medeniyetin Temelleri*, çev. Nejat Muallimoğlu, İstanbul 1996, s.65.

¹⁶ Gürkan, Ülker, *Hukuk Sosyolojisine Giriş*, 2.Basım, Ankara 1994, s.22.

¹⁷ Barthold, Wilhelm, *İslam Medeniyeti Tarihi* (İstanbul 2018), çev. Fuad Köprülü, İlaveler kısmı, s.306.

B. Çağımızda Ortak Hukukî Hükümler

Türkiye’de hukuk değişimi ve iktibas sonucu İslam hukuku yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak Temyiz Mahkemesi Reisliğinden emekli merhum Ali Himmet Berki hocanın *Hukuk Mantiğı ve Tefsir* (Ankara 1948) kitabı, klasik herhangi bir fıkıh usulü kitabı ile mukayese edildiğinde görülecektir ki hoca, bildiği fıkıh usulünü, özellikle kaynaklardan hüküm çıkarma yöntemlerini, manaya delalet çeşitlerini, kıyas, tearuz (çatışma), nesh ve tahsis (sınırlama) bazen yeni bir üslupla modern hukuk usulüne, kanunların tefsirine başarılı bir şekilde uygulamıştır.¹ Ondan sonra onun kitabından, Ömer Nasuhî Bilmen’in *Hukuk-i İslamiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu* (İstanbul 1968) adlı ansiklopedik eserinden ve *Mecelle’nin* küllî kaidelerinden² istifade edilerek yeni yöntemler geliştirilmiştir. Bu durumu görmek için modern Türk hukukunda konuyla ilgili eserlerin yorumlama yöntemlerine bakılabilir. Örnek olarak Dr. Ozan Ergül tarafından yayına hazırlanan *Kamu Hukukçuları Platformu Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması* (29-30 Eylül 2012 Ankara) kitabına bakılabilir.³ Özellikle kitabın “Yorumlama İlkeleri” kısmı karşılaştırma için daha elverişlidir. Bu bağlamda Kemal Gözler’in *Hukuka Giriş* kitabının yorum yöntemleri, yorum ilkeleri, kıyas ve kurallar arası çatışma konularına da bakılabilir; yazarın kendisi de bazı yerlerde İslam hukuk geleneğinden gelen yukarıda adı geçen kitapları kaynak olarak göstermektedir.⁴ Benzerlikler ve ayniyetler noktasında İslam hukuk usulünün önceliği kesindir, tartışma götürmez. Nitekim modern hukuka ait adı geçen kitaplarda yer alan hükümler çatıştığında son tarihli hüküm öncekini nesh eder/ilga eder, hükümlerin tarihi bilinmiyorsa özel hüküm genel hükmü tahsis eder/sınırlar vb. kaideler⁵ daha öncesinden İslam hukuk usulünün temel ilkelerindendir.⁶ Bu ilkeler çağımızda yazılan fıkıh usulü veya diğer ifadesiyle İslam hukuk usulü kitaplarında da mevcuttur. Bunlara ortak aklın gereği olarak da bakılabilir. Zira bunlar makul hükümlerdir. Daha önce de kısaca işaret edildiği üzere hukuklardan istifade ve yansımalar doğaldır; çünkü hukuk hüdayı nabit (kendiliğinden doğan) bir şey değildir, hukuk birikimi bir süreç işidir, nesilden nesile akar. Hukuk bir yerden alınsa dahi onun yorumu hukuk bilgisi ister. Bu noktada A.H. Berki hocanın bahsi geçen *Hukuk Mantiğı ve Tefsir* adlı kitabı önemlidir. Hukuklar geçmişten tamamen kopuk değildir. Nitekim Modern Avrupa hukukları da Roma hukuku mirası üzerine kuruludur.⁷

¹ Klasik fıkıh usulü kaynaklarıyla karşılaştırmak için bkz. Ebu’l-Hüseyn el-Basrî, *el-Mutemed fi Usuli’l-Fıkh*, tahk. Muhammed Hamidullah, Dimeşk 1964, c.I,s.201-362,c.II,s.393-452; Serahsî, Ebu Bekr Muhammed, *Usulu’s-Serahsî*, tahk. Ebu’l-Vefa el-Efganî, İstanbul 1984, c.I,s.128-200, c.II, s.53-86.

² Cengiz İlhan, *Mecelle Hukukun Doksan Dokuz İlkesi* (İstanbul 2003) adlı kitabının “Sunuş” kısmında, 1950’de bitirdiği İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde Ord.Prof.Dr.Ebul’ula Mardin hocadan *Mecelle’nin* “genel ilkelerini” dinlediğini ve hocanın dersi anlatış şeklini hayranlıkla dile getirmektedir. Mecelle 1926’da yürürlükten kalksa da günümüzde de yardımcı kaynak kitap olarak ilmi değerini korumaktadır. *Mecelle’nin* (Madde 8) “Berâet-i zimmet asıldır” (Aksine delil bulunmadıkça kişi masumdur, suçsuzdur, borçsuzdur) ve “Bir işten maksat ne ise hüküm ona göredir” (Madde 2) gibi kaideleri hukukta pratik değerini de korumaktadır.

³ Bu tespit ve değerlendirme için ayrıca bkz. Macit, *İslam Hukuku Alanında Nadir Fikirler*, s. 24-25; *İslam Hukukuna Giriş*, İstanbul 2019, s.26.

⁴ Gözler, Kemal, *Hukuka Giriş*, 15.Baskı, Bursa 2018, s.307-387.

⁵ Gözler, *Hukuka Giriş*, s.383

⁶ Geniş bilgi için bkz. Ebu’l-Hüseyn el-Basrî, *el-Mutemed fi Usuli’l-Fıkh*, c.I,s.201-3015; Abdulaziz Buhârî, *Keşfü’l-Esrar an Usuli’l-Fıkh*, Beyrut 2009, c.I, s.425-426.

⁷ Geniş bilgi için bkz. David, Rene, *Çağdaş Büyük Hukuk Sistemleri*, çev. Argun Köteli, İstanbul 1985, s.29-30.

II. Ortak Akıldan Kaynaklanan Hukukî Hükümler

A. Genel Hukuk Tarihinden Akılcı Görüşler

Burada akılcı görüşleri bize daha dikkat çekici gelen Stoacılar'dan Cicero'nun (M.Ö.106-43) hukuk felsefesine ilişkin görüşlerinden başlayarak vereceğiz. Bunları Sadri Maksudî Arsal'ın *Hukuk Felsefesi Tarihi* (İstanbul 1945) kitabından ve görüşlerinden çokça nakilde bulunduğu Cicero'nun *Yasalar* (Kitap II) kitabından nakledeceğiz. Cicero'nun "Hukuk iki kişinin aklıdır", "Yasalar adil olursa hukuk olur, aksi halde tiranların yasalarına ne demeli?"⁸ vb. sözleri bize çok anlamlı geldi. Zira yasalar adil olursa hukukun üstünlüğünden söz edilebilir. Ayrıca tek kişinin hükmü onun sadece arzusundan ibaret olabilir. Cengiz Han Yasalarının bazısında olduğu gibi. Onun bir yasasına göre kızlar her yılın başında sarayın önünde toplanır, ona takdim edilir, Cengiz Han kendine ve oğullarına kadın seçer.⁹ Bugün böyle bir yasa çirkin karşılanır. Cicero'nun naklettiğine göre Roma devletinde On İki Levha Kanunlarının cenaze törenlerini düzenleyen maddesi de çok basittir; onda "kadınlar cenaze törenlerinde yanaklarını tırmalamasın" denir.¹⁰ Yasak doğru olsa da böyle bir şeyi yasaya yazmak abestir. Cicero adı geçen kitabında On İki Levha Yasalarının birçoğunun kaynağının Solon yasaları olduğunu kaydeder.¹¹

Cicero'nun yukarıda nakledilen akılcı görüşleri ile akılcı Mutezilenin usûlî görüşleri arasında benzerlikler var. Cicero ve Mutezileye göre doğru, akıl ile bilinir, tabii hukuk akıldaki hükümlerdir, vahşi tabiatı da içeren genel tabiat değildir. Bu ayırımı dikkat edilmeli, zira bazı insanlar bu durumu karıştırıyor.¹² Mutezilenin hukuk anlayışı ile tabii hukuk arasında da benzerlikler var. Bunlara daha önce *Mutezilenin Fıkıh Usulü Anlayışı* (2000) adlı doktora tezimizde referanslarıyla birlikte işaret ettik:

"Tabii hukuk ekolüne göre, hukukun kaynağı, temeli, insan tabiatındaki, aklındaki adalet fikridir; pozitivist ekole göre, hukukun kaynağı, kanun koyucunun iradesidir.¹³ Bu bağlamda Mutezilenin hukuk anlayışı ile tabii hukuk düşüncesi arasında benzerlikler vardır. Mutezileye göre, "Adalet güzel (iyi, doğru) olan her fiildir"¹⁴ Güzeli belirleyen ise irade değil, akıldır, öyle olsaydı zalim

⁸ Cicero, *Yasalar*, çev. Cengiz Çevik, İstanbul 2016, s.22.

⁹ Ortaçağ Avrupa'sındaki feodal beylerin ilk gece hakkı (Latince jus primae noctis), Cengiz'in geçen yasasından daha çirkindir. Bazı devirlerde bazı ülkelerde yasa gereği özel mülkiyetin olmaması da doğal hukuka uygun değildir. Her devirde temel haklara ve adalete aykırı yasalara rastlanabilir. Bu sorunlar ortak hukuk düşüncesinin gelişmesiyle aşılabılır.

¹⁰ Cicero, *Yasalar*, s.62,64.

¹¹ Cicero, *Yasalar*, s.64.

¹² Tabii hukuk üzerine yapılan tartışmalar hakkında geniş bilgi için bkz. Topçuoğlu, Hamide, *Tabii Hukuk Rönesansı*, Ankara 1953. Bu eser 216 sahife, baştan sona tabii hukuk üzerine klasik ve modern dönemde yapılan tartışmalarla doludur. Tabii hukuk sosyolojik açıdan da ele alınmıştır.

¹³ Geniş bilgi için bkz. Arsal, *Hukuk Felsefesi Tarihi*, s.30-50; Hayek, *Kanun Yasama Faaliyeti ve Özgürlük*, s. 60-85

¹⁴ Kadı Abdülcebbar, *el-Muğnî fî Ebvabi't-Tevhid ve'l-Adl*, VI. Tadil ve Tecvir, s.49.

hükümdarların istekleri, emirleri güzel olurdu.¹⁵ Adalet akıl ile bilinir.¹⁶ Dolayısıyla Mutezileye göre de hukukun kaynağı adalettir denebilir. “¹⁷

“Akıl yolu birdir.” Bu özdeyişe “Düşünen akıl” kaydı konabilir. Hukuk düşünceleri arasındaki benzerlikler ortak akıldan gelebilir. Ortak akıl ortak hukuk doğurabilir. Hukuk haklardır. Hakların dengesinden adalet doğar. Bilindiği üzere adalet hukuk felsefesinin en temel konusunu teşkil eder. Adaletsiz hukuk olmaz. Haklara ve adalete riayet edilirse dünyada barış ve huzur olur. Nitekim Kant Ebedi Barış projesini (1795) düşünmüştür; teminatı akıl ve tabiattır. Burada Kant’ın ifadesiyle ebedi barışın nihai üç maddesini vermekte fayda olabilir:

1. Her devletin esas teşkilatı cumhuriyetçi olmalıdır.
2. Devletler hukuku hür devletlerden kurulu bir federasyona dayanmalıdır.
3. Dünya vatandaşlığı hukuku, evrensel bir misafirlik şartları ile sınırlandırılmalıdır. (Dünya bir misafirhane, yeryüzü herkesin, insanlar ülkeleri misafir gibi dolaşmalı ve konuk edilmelidir.)¹⁸

Kant’ın ortaya attığı bu çapta bir ebedi barış biraz ütöpik gözükmemektedir. Zira benzerler ve zıtlar yumağı gibi olan eşyanın tabiatındaki çatışma (diyalektik) buna izin vermez.¹⁹ Bazı hukukçular ve düşünürler Kant’ın ebedi barışına “hayal veya tatlı bir rüya” denmesinin doğru olmayacağını savunurlar. Bu meselede Habermas’ın vurgusu şöyledir: “Kant ebedi barışı dünya vatandaşlarından oluşan bir birlik olarak değil, devletlerin oluşturduğu bir federasyon olarak tasarlamıştır.”²⁰ Habermas’tan önce bin dokuz yüz yirmilerde tarihçi H.G. Wells meşhur tarih kitabının The Nex Stage Of History (Tarihin Gelecek Evresi) başlığı altında bazı engelleriyle birlikte dünya devletinin (world state) kurulabileceğinden söz etmektedir. Ona göre ortak dünya dininin (common world religion) oluşturulması daha kolaydır.²¹ Bize göre ebedi barış tam gerçekleştirilemese de onun için yapılan çalışmalar fert ve toplumlar arasında adalet ve barışın yaygınlaşmasına katkıda bulunabilir. Nitekim dünya çapında olmasa da bazı birlikler kuruluyor. Devletler arasında savaşırsızlık antlaşması yapılırsa bu bile insanlık için bir başarıdır. Devletler federasyonuna gerek kalmayabilir. Bu işin siyasî iradelere bakan yönüdür. Biz daha çok hukuk düşüncesinde ortak hukuka katkı sağlayacak akılcı görüşler üzerinde duruyoruz.

¹⁵ Bkz. Kadı Abdulcebbar, *el-Muğni, VI.Tadil ve Tecvir*, s.81.

¹⁶ Kadı Abdulcebbar der ki: "Tevhid ve adli ispat için Kur'an'dan delil getirmek doğru olmaz. Biz onu, Kur'an'a sıkıca tutunduklarını iddia etmelerine rağmen muhaliflerin Kur'an'dan dışarı çıktıklarını göstermek için getiririz. Dediğimiz şeye delalet etme hususunda Kur'an'ın akıl gibi olduğunu gösteririz. Kur'an'ın delaleti aklın delaletini tekit içindir." Kadı Abdulcebbar, *el-Muğni, XVII. eş-Şeriyat*, s.94.

¹⁷ Macit, Yüksel, *Mutezilenin Fıkıh Usûlü Anlayışı* (Basılmamış doktora tezi) Kayseri 2000, s.46.

¹⁸ Kant, Immanuel, *Ebedi Barış Üzerine Felsefî Deneme*, çev. Yavuz Abadan ve S. Meray, Ankara 1980, s.17-28.

¹⁹ Evrene bakıldığı zaman “bir şey içinde her şey var” veya “her şeye dönüşebilen bir şey var” gibi gözükür. Eşyanın dinamikleri kendi içindedir, hareket ve mücadele eşyadaki zıtlara dayanır. Bunlar felsefî mütalaadır. Kant filozof olduğu için onun ebedi barış üzerine felsefî denemesine biz de felsefî not düştük. Tabiatıyla işin siyasî zorlukları da vardır. Tam adalet güçlerin dengesinden doğar. Eşyanın tabiatı konusunda daha fazla bilgi için bkz. Macit, Yüksel, *Mutezileden Aforizmalar*, İstanbul 2004, s.59, 74, 79.

²⁰ Habermas, Jürgen, “Öteki” Olmak ve “Öteki”yle yaşamak, çev. İlknur Aka, YKY, 3.Basım, İstanbul 2004, s. 85.

²¹ Wells, *The Outline of History*, s.1092-1093.

B. İslam Hukuk Düşüncesinden Akılcı Görüşler

Başta Ebu Hanife (ö.150/767) ve Maturidî (ö.333/944) olmak üzere birçok İslam aliminden ortak hukuka katkı sağlayacak nitelikte akılcı görüşler gelmiştir. Ancak onların görüşleri üzerine çok çalışma yapıldı. Biz de Maturidî'nin muamelat konularında bir nassın “içtihat ile nesh” edilebileceğine dair açık görüşü üzerine bir makale yayınladık.²² Bu nedenle burada bu iki büyük alimin akılcı hukukî görüşlerini tekrar etmeyeceğiz. Onlara nispetle akılcı görüşleri daha az bilinen usulcülerin akılcı görüşlerinden nakilde bulunacağız.

1. Kadı Abdulcebbar'dan Akılcı Hukukî Görüşler

Kadı Abdulcebbar (ö.415/1025) Mutezilenin son dönem alimlerindenidir. Onun hukuk felsefesiyle ilgili eserlerinden günümüze nispeten tam olarak geleni *eş-Şer'iyyat* kitabıdır. Bu onun *el-Muğnî fi Ebvabi't-Tevhid ve'l-Adl* adlı yirmi ciltlik ansiklopedik eserinin 17.cildidir. Kısa ismiyle *Muğnî'nin* bu cildi (*Şer'iyyat*) tarafımızdan *Mutezilede Hukuk Felsefesi* (İstanbul 2003) adıyla Türkçeye çevrilmiştir. Ancak Kadı Abdulcebbar'ın diğer eserlerinde de akılcı görüşler vardır. Onun akılcı görüşlerinden bazıları şunlardır:

1.1. Deliller ve sıralaması

1. Akıl

2.Kitap

3.Sünnet

4.İcma. Kıyas da bunlara dahildir.²³

Bazıları bu sıralamaya şaşıyor ama Kitap (Kur'an), sünnet ve icma'ın delil olduğu da akıl ile bilinir.²⁴

1.2.Peygamber hangi konularda örnek alınır?

“Peygamberi akliyyatta²⁵ (akıl ile bilinen konularda) örnek almak doğru (sahih) olmaz. Nafile olarak yaptığı şeylerde, fayda elde etmek veya zararı defetmek gibi özel amaçla yaptığı şeylerde onu örnek almak doğru olmaz. Çünkü bütün bu şeylerde o da bizim yaptığımız gibi (aklıyla) yapar. Ama onun örnek aldığımız (namaz-oruç gibi) diğer fiilleri böyle değildir. Onlarla ilgili şartları daha önce açıkladık.”²⁶

²²Macit, Yüksel, “İmam Mâtürîdî'ye Göre Kur'an'dan Bir Hükümün İçtihat İle Neshi,” *Hikmet Yurdu*, 2009, cilt: II, sayı: 4, İmam Mâtürîdî ve Mâtürîdîlik Özel Sayısı, s. 127-136.

²³ Kadı Abdulcebbar, *Şerhu'l-Usul'l-Hamse*, tahk. Abdülkerim Osman, 2.Basım, Kahire 1988 s.88.

²⁴ Kadı Abdulcebbar, *Fadlu'l-İ'tizal ve Tabakatu'l-Mu'tezile*, tahk. Fuad Seyyid, Tunus 1974, s.139.

²⁵ Akliyyat, akıl ile bilinen şeyler, konular ve hükümlerdir. Bunun mukabili şer'iyyat'tır; bunlar sem' (vahiy, nakil) ile bilinen hükümlerdir. Kadı Abdulcebbar, *eş-Şer'iyyat'ta (el-Muğnî, XVII)* bu iki terimi çok kullanır; *Şerhu'l-Usul'l-Hamse'de* (s.70) vacipleri akli ve şer'i diye iki kısma ayırır ve örnekler verir, şöyle der: “Vacipler iki kısımdır: Akli ve şer'i. Akliyyat, emanetin geri verilmesi, borcun ödenmesi ve nimete şükür gibi şeylerdir. Şer'iyyat, Allah'a yakınlık ve ibadet kastı ile yapılan şeylerdir.”

²⁶ Kadı Abdulcebbar, *el-Muğnî, XVII. eş-Şer'iyyat*, s.270.

1.3. Akli hüküm ve şer'i hüküm ayırımı

“Bil ki fiillere ait bu hükümler akıl ile bilindiği zaman ona nispet edilir, akli hükümler denir; şeriat (sem') ile bilindiği zaman şer'i hükümler denir. Nispet, hükümlerin kendileriyle bilindiği deliller ile değişse de hükümlerin hakikati değişmez. Akıl ile zorunlu veya düşünülerek bilinen her hükmü şeriata nispet (izafe) etmeye gerek yoktur; çünkü o konuda şeriat (vahiy) geldiği zaman, aklın hükmünü tekit için gelir. Ancak şeriat (vahiy) olmasaydı akıl ile bilinmeyecek (namaz ve oruç gibi) hükümler şeriata nispet edilir.²⁷ Bu cümleden olarak, akıl yoluna aykırı olarak gelen şeyleri beyan ettik. Onlar yalnız kalsaydık (vahiy gelmemiş olsaydı) aklın vacip görmeyeceği, şer'in vacip kıldığı fiillerdir. Şeriat olmasaydı aklın mahzur veya mahzur gibi gördüğü mubah hakkında da görüş böyledir, hayvanların kesilmesi vb. Ama aklın mubah gördüğü şey, şeriata nispet edilmez, yemek-içmek vb. gibi. Bu konuyu “*en-Nihaye fi Usûli'l-Fıkh*” adlı kitapta açıkladık, nevilerini ve kısımlarını, şer'in (şeriatın) akıllardaki hükme muhalif (aykırı) ve mutabık (uygun) getirdiği hükümleri belirttik.”²⁸

1.4.Akıl-nakil çatışması

“Akıl ile vahyin kaynağı birdir, Allah'tır; onlar çatışmaz, zahiren çatışırsa, akıl esas alınır, nakil tevil edilir/yorumlanır.”²⁹

2. Karafî'den Akılcı Hukukî Görüşler

Ortak hukuk düşüncesine katkısı olabilecek diğer bir eser Mısırlı bir İslam hukukçusu Şehabeddin el-Karafî'nin (ö.684/1285) *el-İhkam fî Teyizi'l-Fetava ani'l-Ahkam ve Tasarrufati'l-Kadî ve'l-İmam* adlı eseridir. Bu eser tarafımızdan Türkçeye çevrilmiştir. *İhkam*, kadılarına/hakimlere ve müftülere yol göstermek için yazılmış genel bir usul kitabıdır. İçinde hukuk felsefesini ilgilendiren ilginç konular da vardır.

İhkam'ın anifen geçen tam adından da biraz anlaşılacağı üzere Karafî geçmişten de yararlanarak *İhkam*'ın 25.soru ve cevabında Hz. Muhammed'in tasarruflarını nübüvvet, risalet, fetva, hüküm (yargı) ve devlet başkanlığı sıfatıyla yaptıkları şeklinde kısımlara ayırmaktadır. Birçok insan genelde Hz. Muhammed'in tasarruflarını risaletin/ peygamberliğin gereği olarak bilmektedir, fakat onun devlet başkanı olarak yaptığı işler de vardır ve bunlar daha sonraki devlet başkanlarının inisiyatifindedir, maslahata (kamu yararı) göre değişik uygulamalar yapabilirler. Halife Ömer'in yaptığı gibi. Bu durum devlet işlerinin rahat yürümesi açısından önemlidir. Karafî'nin belirttiğine göre devlet başkanlığı risaletin/peygamberliğin bir gereği veya parçası değildir. Yani Hz. Muhammed'in din adamı olarak yaptıkları ile devlet adamı olarak yaptıkları ayrıdır. Şu kadar ki ordular kurma, savaş, barış, iskân ve cezaları uygulama gibi tasarrufların devlet işi olduğunda, namaz oruç ve hac gibi ibadetlerin din işi olduğunda fıkıhçılar ittifak etmiş olmakla birlikte Hz. Muhammed'in bazı işlerinin hangi kısma girdiğinde ihtilaf etmişlerdir. Bunlardan bir örnek vermemiz konunun daha iyi kavranmasına yardımcı olabilir:

²⁷ Kadı Abdulcebbar, *el-Muğnî*, XVII. eş-Şer'iyyat, s.101.

²⁸ Kadı Abdulcebbar, *el-Muğnî*, XVII. eş-Şer'iyyat, s.102.

²⁹ Kadı Abdulcebbar, *el-Muğnî*, XIII. eş-Şer'iyyat, s.280.

Peygamber'in (sav) şu sözü: "Kim ölü araziye ihya (imar) ederse onun olur."³⁰

"Ebu Hanife bu konuda şöyle dedi: Bu, Peygamber'den devlet başkanlığı sıfatı ile bir tasarruftur. Hiç kimse devlet başkanının izni olmadan ölü arazi imar edemez; çünkü bunda mülk verme (temlik) manası vardır, ikta'ya (arazi vermeye) benzer, ikta ise devlet başkanının iznine bağlıdır. İmar da böyledir. Şafîi ve Malik ise şöyle dedi: Bu Peygamber'in fetva ile tasarrufudur. Çünkü o Peygamber'in galib (çoğunlukta) olan tasarruflarındandır. Zira Peygamber'in tasarruflarının geneli tebliğdir. Onun için o hadis peygamberlerin galip olan tasarrufuna hamledilir. Buna göre: Ölü araziye imar devlet başkanının iznine bağlı olmaz, çünkü bu imar, odun toplama ve ot biçme ve mülk edinme için fiili sebepleri bir araya getirmenin mubah olması gibi fetva iledir. Malik'in, imar edilmiş yere yakın olan yerin imarında devlet başkanının izni gerekir görüşüne gelince, bu devlet başkanlığı yoluyla tasarruf olduğu için değil, aksine başka bir kaideden dolayıdır, o da şudur, imar edilmiş yere yakın yerin imarında o beldenin koruluğunun yazımına (tapu sicile) bakmaya ihtiyaç vardır; bu, nikahın feshinde fakirlik durumunun yazılması gibidir. Bakılması ve yazılması gereken her konuda hakimlerin hükmü gerekir."³¹

3. Tûfî'den Akılcı Hukukî Görüşler

Hukukun bir temeli adalet ise diğer temeli de toplumun maslahatıdır. Fıkıhçılar arasında maslahat konusunda en ileri düşünen Necmeddin Tûfî (ö.716/1316) adlı usulcüdür. Tûfî'nin *Maslahat Risalesi*'ni (İstanbul 2018) Türkçeye çevirerek Arapça aslıyla birlikte yayınladık. Tûfî, maslahatla ilgili görüşlerini Nevevî'nin (ö.676/1278) *Erbain (Kırk Hadis)* kitabına yazdığı şerh olan *et-Tayin fi Şerhi'l-Erbain* adlı kitabında 32.hadis olan "Zarar vermek de zarara zararla karşılık vermek de yoktur" hadisinin şerhi sırasında belirtir. Bunu Cemaleddin el-Kasımî, *Menar* dergisinin dokuzuncu cildinde yayınlamıştır. Bu, Tûfî'nin *Maslahat Risalesi* olarak meşhur olmuştur. Tûfî'nin maslahat görüşünün özeti kendi ifadeleriyle şöyledir:

"Ondokuz delilin en kuvvetlisi nass ve icma'dır, onlar da maslahata riayete ya muvafık olur veya muhalif olur. Ona muvafık olurlarsa bu güzeldir, sorun yoktur; çünkü üç delil, bir hüküm üzere ittifak etmiştir; onlar nass, icma ve Peygamber'in "Zarar verme de mukabil zarar da yoktur" sözünden elde edilen maslahata riayettir. Nass ve İcma maslahata muhalif olursa maslahata riayetin onlara takdim edilmesi gerekir. Bu onlar üzerine fetva ve onları iptal yoluyla değil, onları tahsis ve beyan yoluyla olur. Sünnetin beyan yoluyla Kur'an üzerine takdimi gibi."³²

Tûfî bu görüşüne burada kendinden veya zamanından bir örnek vermese de Hz. Peygamber döneminden ve sahabe davranışlarından örnekleri var. Muhtemelen biz de onlar gibi yapabiliriz demek istemektedir. Tûfî'nin naklettiğine göre Hz. Peygamber döneminden maslahata riayete bazı örnekler:

1.Hz. Peygamber (sav), Hz. Ayşe'ye şöyle demiştir: "Eğer kavmin İslam'a yeni girmiş olmasaydı Kâbe'yi yıkar, Hz. İbrahim'in temelleri üzerine yapardım." Bu söz Kâbe'nin Hz. İbrahim'in

³⁰Buharî, Hars, 15; Ebu Davud, İmare, 37; Tirmizî, Ahkam, 38.

³¹Karafi, Şehabeddin, *İhkam*, çev. Yüksel Macit, 2.Baskı, İstanbul 2018, s.78.

³²Tûfî, *Maslahat Risalesi*, s.24.

yaptığı temeller üzerine yapılmasının vacip hükmünde olduğunu gösterir. Ancak Peygamber onları (Arapları) birleştirmek için maslahat gereği bunu yapmamıştır.

2.Hz. Peygamber (sav) ashabına bir haccı umreye çevirmelerini emredince, “Nasıl olur? Biz bunu hac olarak isimlendirdik” dediler ve duraksadılar. Bu durum âdet ile nassa muaraza etmektir.

3.Ebu Ya’lâ el-Mevsılî’nin *Müşned*’inde rivayet ettiğine göre Hz. Peygamber, Ebu Bekir’i şu sözü ilan etmesi için gönderdi: “Kim Allah’tan başka ilah yoktur derse cennete girer.” Fakat Ömer onu gördü, şöyle diyerek geri çevirdi: “O zaman insanlar ona güvenirler (ibadet etmezler!)”³³

Tûfî, maslahata riayet görüşünün sonlarına doğru şöyle demektedir:

“Hz. Peygamber’in ‘Zarar vermek de zarara zararla mukabele etmek de yoktur’ sözünden dolayı maslahat diğer delillere takdim edilir/öncelenir/tercih edilir. Zira bu hadis, zararın giderilmesi konusunda maslahata riayeti gerektiren özel bir nasır. Dolayısıyla onun takdim edilmesi gerekir. Çünkü hükümler tespit edilerek mükelleflerin idare edilmesinden amaç maslahattır. Geri kalan deliller araçlar gibidir. Amaçların araçlara takdim edilmesi gerekir.”³⁴

Diğer fıkıh usulcileri de “Teşriden amaç kulların maslahatını gerçekleştirmektir” derler fakat Peygamberden sonra maslahat değişince nass ile tespit edilen hükmün de değişmesini kabul etmezler. Bu bir çelişkidir. Tûfî bu çelişkiyi hiç olmazsa muamelat alanında aşmıştır. Ancak üslup git gide yumuşasa da Tûfî hala fıkıhçılar tarafından ifrat bulunarak çok tenkit edilmektedir. Biz Tûfî’nin maslahata riayet görüşünde isabetli olduğunu düşünüyoruz, hatta onun görüşüne ilaveten biz bazı çalışmalarımızda ceza şekillerinin de değişebileceğini yazdık.³⁵ Diğer hukuklar toplumsal maslahata göre değişiyorsa İslam hukuku da değişir. Hukuk hukuktur. Hukukun mantığı aynıdır. Fark bazı nedenlerle hukukların başına gelen isim sebebiyledir. Bütün hukuklar tekâmüle tabidir.³⁶ Allah’ın tekâmül kanunu çok geneldir. İslam hukukunu bundan istisna etmeye çalışmak gerçekçi olmaz. Zamanın şartlarına göre gelişmeyen her hukuk geri kalır, ihtiyaçlara cevap veremez. Halbuki hukuk sorunları çözmek için vardır.

Sonuç

Karşılaştırmalı hukuk okumaları geçmişte ve günümüzde hukuklar arasında ortak hükümlerin ve kuralların olduğunu göstermektedir. Bunların bir kısmı hukukların birbirini örfi ve kültürel yollardan etkilemesiyle ortaya çıkmakta, bir kısmı ise ortak duygudan, ortak akıldan, ortak maslahattan, çağın ortak şartlarından ve tininden kaynaklanmaktadır. Bunlara çalışmada örnek verildi. Ortak akıldan kaynaklanan ortak hüküm ve kurallar üzerinde biraz daha fazla duruldu. Cicero’nun bazı akılcı hukukî görüşleri nakledilip tahlil edildi. İslam dünyasının akılcıları olarak bilinen Mutezile ve onlara yakın düşünen bazı hukuk usulcülerinin eserlerinden ortak hukuka katkı sağlayacak akılcı görüşler ve farklı bakış açıları sunuldu. Çalışmada ortak hukuka destek sağlayacak bazı batılı kaynaklara da başvuruldu. Bu cümleden olarak meşhur filozof Kant’ın

³³Tûfî, *Maslahat Risalesi*, s.59-60.

³⁴Tûfî, *Maslahat Risalesi*, s.71.

³⁵ Geniş bilgi için bkz. Macit, *İslam Hukuku Alanında Nadir Fikirler*, s.44-45.

³⁶ Hukukun genel tekâmülü hakkında ayrıca bkz. Scott, Henry, *The Evolution of Law*, 2.Baskı, New York 1908



Ebedi Barış projesi tanıtıldı, ona ilişkin tahlil ve değerlendirmeler yapıldı. Dünya çapında ebedi barış tam gerçekleştirilemeyebilir ama bu meyanda yapılan çalışmaların insanlığın güven ve barışına katkı sağlayacağı, ortak hukukî değerlerin çoğaltmasına vesile olacağı belirtildi.

Bugün bizim de ortak hukukî değerler üzerinde birleşerek onları çoğaltmamız uygun olur. Bu da başta hukukta adaletle önem vermekle olur. Adaletin nasıl gerçekleşeceği üzerine de düşünülmelidir. Çağımız sistematik düşünme çağıdır. Şifahi kültürden yazılı kültüre (matbuat) geçişte geç kalındığı gibi sistemli düşünmeye geçişte de geç kalınmamalıdır. Sadece adaletin edebiyatını yapmak yetmez, onun mekanizmalarının geliştirilmesine yönelik sistemler önermek uygun olur. Örneğin kamuda her türlü işe alımların ve yükseltmelerin güvenilir genel yazılı test sınavlarıyla yapılması gibi. Böylece gerçek bilgi seviyesi de yükselir. Bu kararı isterse siyaset verecektir ama hukukun da fikir bazında desteği olabilir. Adaleti önce hukukçuların koruması uygun olur. Adalet olmadan hukuk olmaz. Adalet olmadan hukuka güven olmaz. Ortak hukukun esası adalettir. Adalet orta yoldur. Bu konuda sorunlar ortak hukuk düşüncesinin gelişmesiyle aşılabılır.

Kaynakça

- Abdulaziz Buharî, *Keşfü'l-Esrar an Usuli Fahu'l-İslam Pezdevî*, Beyrut 2009
- Aral, Vecdi, *Hukuk ve Hukuk Bilmi Üzerine*, İstanbul 1983
- "Hukuk Felsefesinde Değer Rölativizmine Karşı Değer Objektivizmi", *İ.Ü.H.F.M*, XL, Sayı 1-4, İstanbul 1974, s.521- 551
- Barthold, Wilhelm, *İslam Medeniyeti Tarihi*, çev. Fuad Köprülü, İstanbul 2018
- Cicero, *Yasalar*, çev. Cengiz Çevik, İstanbul 2016
- Çobanoğlu, Rahmi, *Hukukta Gaye Problemi*, İstanbul 1964
- Durant, Will, *Medeniyetin Temelleri*, çev. Nejat Muallimoğlu, İstanbul 1996
- Ebu'l-Hüseyn el-Basrî, *el-Mutemed fi Usuli'l-Fıkh*, tahk. Muhammed Hamidullah, Dımeşk 1964
- Gözler, Kemal, *Hukuka Giriş*, 15.Baskı, Bursa 2018
- Gürkan, Ülker, *Hukuk Sosyolojisine Giriş*, 2.Basım, Ankara 1994
- Habermas, Jürgen, *"Öteki" Olmak ve "Öteki"yle yaşamak*, çev. İlknur Aka, YKY, 3.Basım, İstanbul 2004
- Halil b. Ahmed, *Kitabu'l-Ayn*, Beyrut 2002
- Hayek, Friedriche, *Kanun Yasama Faaliyeti ve Özgürlük*, çev. Mustafa Erdoğan, T.C. İş Bankası Kültür Yayınları, 1995.
- İbn Kuteybe, *el-Maarif*, 2.Basım, Beyrut 1970



- İlhan, Cengiz, *Mecelle Hukukun Doksan Dokuz İlkesi*, İstanbul 2003
- Kadı Abdulcebbar, *Fadlu'l-İ'tizal ve Tabakatu'l-Mu'tezile*, tahk. Fuad Seyyid, Tunus 1974
- el-Muğnî fi Ebvabi't-Tevhid ve'l-Adl, Mısır 1962-1965
- Mutezilede Hukuk Felsefesi, çev. Yüksel Macit, İstanbul 2003
- Şerhu'l-Usuli'l-Hamse, tahk. Abdülkerim Osman, 2.Basım, Kahire 1988
- Karadeniz, Özcan, *Roma Hukuku*, 3.Basım, Ankara 1986
- Karafî, Şehabeddin, *İhkam*, çev. Yüksel Macit, 2.Baskı, İstanbul 2018
- Macit, Yüksel, *İslam Hukuku Alanında Nadir Fikirler*, İstanbul 2017
- İslam Hukukuna Giriş, İstanbul 2019
- Mutezileden Aforizmalar, İstanbul 2004
- Mutezilenin Fıkıh Usûlü Anlayışı (Basılmamış doktora tezi) Kayseri 2000
- “İmam Mâtürîdî’ye Göre Kur’an’dan Bir Hükmün İçtihat İle Neshi,” *Hikmet Yurdu*, 2009, cilt: II, sayı: 4, İmam Mâtürîdî ve Mâtürîdîlik Özel Sayısı, s. 127-136.
- Mehmed Seyyid, *Usûl-i Fıkıh Medhal*, İstanbul 2011
- Ömer Nasuhî Bilmen, *Hukuk-i İslamiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu*, İstanbul 1968
- Rawls, John, *A Theory of Justice*, Revised Edition, Harvard University Press 1971
- Serahsî, Ebu Bekr Muhammed, *Usulu's-Serahsî*, tahk. Ebu'l-Vefa el-Efganî, İstanbul 1984
- Scott, Henry, *The Evolution of Law*, 2.Baskı, New York 1908
- Spencer, Herbert, *First Principles*, London 1908
- Stanley A. Cook, M.A, *The Laws of Moses and The Code of Hammurabi*, London 1903
- Topçuoğlu, Hamide, *Tabiî Hukuk Rönesansı*, Ankara 1953
- Tosun, Mebrure ve Kadriye Yalvaç, *Sümer, Babil, Asur Kanunları ve Ammi-Şaduqa Fermanı*, 2.Basım, Türk Tarih Kurumu Basımevi-Ankara 1989
- Tûfî, Necmeddin, *Maslahat Risalesi*, çev. Yüksel Macit, İstanbul 2018
- Yörük, Abdülhak Kemal, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 2.Baskı, İstanbul 1958
- Wells, H.G., *The Outline of History*, New York 1922

ÖZEL HASTANELERİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

Dr. Öğretim Üyesi Zafer Kahraman
Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı

Öz

Özel hastaneler ile hastalar arasında sözleşmesel bir ilişki bulunmaktadır. Bu ilişki, bazen sadece teşhis ve tedavi uğruna özenle çalışma borcu yükleyen bir vekalet sözleşmesi; yatarak tedavi hallerinde ise, kira benzeri yükümlülükler ile bakım yükümlülüğünün birarada olduğu bir karma sözleşme olarak karşımıza çıkmaktadır. Hastane, bu sözleşmelerden doğan yükümlülüklerini ifa yardımcıları (hekimler, hemşireler, hastabakıcılar vs.) vasıtasıyla yerine getirmektedir. Dolayısıyla, ifa yardımcılarının fiillerinden de sorumlu olacaktır. Bildiri kapsamında öncelikle işbu sözleşmesel sorumluluk incelenecektir. Ardından, sözleşme dışı sorumluluk ele alınacak ve özellikle, özel hastanelerin çalışanlarının haksız fiillerinden kaynaklanan kusursuz sorumluluğu incelenecektir. Bu kapsamda, tıbbi müdahalelerin hangi durumlarda haksız fiil sayılacağı, hangi hallerde hukuka uygun olacağı ele alınacak, tıbbi müdahale için hastadan alınması gereken aydınlatılmış rıza değerlendirilecektir. Konu hukuki bir inceleme metoduyla ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Özel Hastane, Sözleşmesel Sorumluluk, Sözleşme Dışı Sorumluluk, Tıbbi Müdahale

101

CIVIL LIABILITY OF PRIVATE HOSPITALS

Abstract

There is a contractual relationship between private hospitals and patients. This relationship is sometimes defined as a contract of mandate which creates the duty of care in diagnosis and treatment and sometimes a mixed contract which combines rent-like obligations and medical treatment. The hospital fulfills its obligations arising from these contracts by the help of assistants (physicians, nurses etc.). Therefore, it will also be responsible for the breach of contract arising from the actions of these assistants. First of all, this contractual liability will be examined in the scope of this paper. Subsequently, the non-contractual liability will be considered, and in particular, the objective liability of the private hospitals arising from the tort of the employees will be examined. In this context, the legality of medical interventions will be evaluated and the requirement of the informed consent of the patient will be considered. The subject will be dealt with by a legal examination method.

Key Words: Private hospital, Contractual liability, Extra-contractual liability, Medical intervention

Giriş

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi m.3 hükmünde “yaşamak, herkesin hakkıdır,” denilmiş ve m. 25 hükmünde ise sağlık hakkı, temel insan hakkı olarak kabul edilmiştir. Aynı şekilde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.2 hükmünde herkesin yaşam hakkının yasanın koruması altında olduğu belirtilmiştir. Bunlara ek olarak, Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi’nin Sağlık Standardına ilişkin m.12 hükmü uyarınca, “*Bu sözleşmeye taraf olan devletler, herkesin mümkün olan en yüksek seviyede fiziksel ve ruhsal sağlık standartlarına sahip olma hakkını tanır.*” Bu uluslararası antlaşmalara uygun olarak 1982 Anayasası m. 17 hükmünde “*Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir,*” ilkesi ihdas edilmiştir. Ayrıca, Anayasa m. 56/III ve IV hükmü uyarınca; “*Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesinin sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler. Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir.*”

Tüm bu kurallardan anlaşılacağı üzere, sağlıklı bir yaşam sürdürmek, hem uluslararası hem de ulusal hukuk düzeninde koruma altına alınan bir insan hakkıdır. Bu hakkın kullanılmasında, devlet bir kamu hizmeti olarak hastane teşkilatını tek elden düzenler. Bu düzenlemede, kamu hastaneleri kadar özel hastanelerin de rolü vardır. Bu tebliğ kapsamında özel hastanelerin hukuki sorumluluğu incelenecektir.

Özel hastanelerin hastalara karşı olan sorumluluğu, aralarında var olan sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerinin ihlali veya sözleşme dışı haksız fiil sorumluluğu tarzında karşımıza çıkabilir. Bu tebliğ kapsamında, ilk bölümde, hastaneler arasında özel-kamu hastanesi ayrımı ve bunun hukuki sonucu açıklanacaktır. İkinci bölümde, özel hastanelerin sözleşmesel sorumluluğu incelenecek; bu kapsamda, hastayla aralarındaki sözleşmesel ilişkinin hukuki niteliği ve bu ilişkiden doğan yükümlülükler ele alınacaktır. Ardından, üçüncü bölümde, özel hastanelerin hastalara karşı sözleşme dışı sorumluluğu ele alınacak; bu kapsamda, haksız fiilin unsurları ele alınacak, özellikle adam çalıştırmanın sorumluluğu ve hastanenin işletme organizasyonundaki eksikliklerden sorumluluğu incelenecektir.

I. Özel Hastane Kavramı

Özel hastane kavramının açıklanmasında özel hukuk kurallarına tâbi tutulmak temel ölçüttür. Bu bakımdan, özel hastaneler, genel kamu yönetimi örgütlenmesinin dışında bırakılır ve oluşum

süreci, kurulma ve sona ermesi bakımından özel hukuk kurallarına tâbi tutulur¹. Öte yandan, sanal kamu hizmeti² sunması nedeniyle idari otoritelerin izin, denetim ve gözetimi altında işletilir³.

Bir hastanenin kamu hastanesi olarak nitelenmesi durumunda, tıbbi kusurlar nedeniyle uğranılan zararın, idarenin hizmet kusuru veya sağlık personelinin görev kusuru nedeniyle idari yargı mercilerince çözüme kavuşturulması gerekecektir⁴. Anayasa m. 125/son hükmünde, idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu hükme bağlanmıştır. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2/1-b maddesinde ise, idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan zarar görenler tarafından idari yargıda tam yargı davası açılabileceği düzenlenmiştir. Genel anlamı ile tam yargı davaları, idarenin faaliyetlerinden ötürü, hakları zarara uğrayanlar tarafından idare aleyhine açılan tazminat davalarıdır. Bu tür davalarda mahkeme, hem olayın maddi yönünü, yani zararı doğuran işlem ve eylemleri, hem de bundan çıkabilecek hukuki sonuçları tespit edecektir⁵.

Buna karşın, özel hastanelerin hukuki sorumluluğu, özel hukuka tâbidir ve bu hastanelerin sorumluluğuna ilişkin davalar, adli yargı mercilerince çözüme kavuşturulur. Özel hastane hukuken 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu⁶ m.1 uyarınca tanımlanmıştır. Buna göre, “devletin resmi hastanelerinden ve hususi idarelerle belediye hastanelerinden başka yatırılarak hasta tedavi etmek veya yeni hastalık geçirmişlerin zayıfları yeniden eski kuvvetlerini buluncaya kadar sıhhi şartlar içinde beslenmek ve doğum yardımlarında bulunmak için açılan ve açılacak olan sağlık yurtları hususi hastanelerden sayılır.”

Kısaca, özel hastane olarak nitelendirilen hastanelerin sorumluluğunu doğuran hallerde, açılacak tazminat davaları idari değil, adli yargı mercilerinin görev alanına girecektir.

¹ AYAN, Mehmet, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, İstanbul 1991, s. 128; DEMİR, Mehmet, Hekim ve Hastane Yönünden Tıbbi Sorumluluk Hukuku, Ankara 2018, s. 293.

² Fransız Danıştay'ının içtihatlarına dayalı olarak geliştirilen “virtüel (sanal)” kamu hizmeti kuramına göre, özel girişimciler tarafından gerçekleştirilen kimi faaliyetlerin, teknik ve dar (organik) anlamda kamu hizmeti olmamakla beraber, kamu hizmeti olma istidadını bünyesinde taşıyan nitelikte kabul edilir (ÖZAY, İl Han, Günışığında Yönetim, İstanbul 2004, s. 226 vd.) Konuyla ilgili bkz. BİLGİN, Pertev, Kamu Hizmeti Hakkında, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Sayı 1, Mart 1980, s. 115; TAN, Turgut, Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı (www.anayasa.gov.tr, erişim: 11 Nisan 2019), s. 237.

³ Bir görüşe göre, bunların kamu hizmeti sayılmaları, idarenin denetimi altına girmelerine neden olacağından, özel teşebbüs hürriyetini kısıtlayıcı olacaktır ve liberal bir devlet düzeninde olanaksızdır (GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku, C.II, Bursa 2003, s. 332; TİRYAKİ, Refik, Ekonomik Özgürlükler ve Anayasa, Ankara 2008, s. 280). Karşıt görüş için bkz. ÇAL, Serdar, Kamu Hizmeti Kavramı Üzerine Kimi Düşünceler, s. 1-96 (www.idare.gen.tr, erişim: 11 Nisan 2019).

⁴ Yarg. 4. HD. 23.06.2014, E. 7428, K. 10382; Danıştay 15. D. 04.03.2014, E. 3258, K. 1371; Danıştay 15. D. 17.04.2018, E. 11488, K. 3852.

⁵ Danıştay 15. D. 04.03.2014, E. 3258, K. 1371.

⁶ RG. 5.6.1933, Sayı 2419.

II. Özel Hastanelerin Sözleşmeden Kaynaklanan Sorumluluğu

Özel hastanelerin sözleşmeden kaynaklanan sorumluluğuna başvurabilmek için, hastanenin yükümlülüklerini ifa eden sağlık personelinin sözleşmesel yükümlülükleri yerine getirirken, kusurlu davranışları dolayısıyla bir borca aykırılık meydana gelmiş olmalı, bu borca aykırı fiilden de zarar meydana gelmelidir. Aşağıda öncelikle, hastane ile hasta arasındaki sözleşmesel bağ incelenecek, ardından tazminat yükümlülüğü için aranan diğer unsurlar açıklanacaktır.

A. Sözleşmenin Niteliği ve Hastanenin Sorumluluğunun Hukuki Dayanağı

Hastane ile tıbbi tedavi veya tıbbi yardım almak amacıyla hastaneye başvuran hasta arasında yapılan sözleşmenin çeşitli görünüm tarzları olabilir. Hastanın ayakta veya yatarak tedavisini amaçlayan hastaneye kabul sözleşmesi; tam hastaneye kabul sözleşmesi, hekimlik sözleşmesi ekli hastaneye kabul sözleşmesi veya kısmi (bölünmüş) hekim-hastane sözleşmesi gibi farklı görünümde karşımıza çıkabilir⁷.

Tam hastaneye kabul sözleşmesinde hastanın tek muhatabı hastane işleticisidir⁸; hastanın sözleşme ilişkisi nedeniyle hekime başvurması mümkün değildir⁹. Bu sözleşme uyarınca hastane işleticisi; hastanın teşhis ve tedavisi için gerekli tıbbi müdahalelerin yapılmasının yanında, hastanede bakım için gerekli tıbbi organizasyonu sağlamak ve konaklama, yeme içme, yatak, ısıtma, aydınlatma, servis, dezenfeksiyon vb. tüm bakım hizmetlerini de karşılamakla yükümlüdür¹⁰. Özellikle hastanın yatarak tedavi edilmesinde, hem teşhis ve tedavi (hekimlik hizmeti) hem de hastane bakım hizmetlerinin asli edim olarak hastane işleticisi tarafından yüklenilmesi söz konusudur¹¹. Bu sözleşme, bünyesinde hekimlik hizmeti nedeniyle vekalet, eşyalı oda kullandırma dolayısıyla kira, tıbbi malzemenin temini sebebiyle satım, bakım hizmetinin verilmesi nedeniyle işgörme sözleşmelerinin karışımı olan karma nitelikte bir sözleşmedir¹².

⁷ DOĞAN, Murat, “Özel Hastanelerin Tazminat Sorumluluğu”, Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği, Lefkoşa 2014, s. 25 vd.

⁸ DEMİR, Sorumluluk, s. 128 vd.; HATIRNAZ-EROL, Gültezer, Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları, 5. Bası, Ankara 2017, s. 103.

⁹ AKKANAT, s. 28.

¹⁰ AYAN, s. 131; DEMİR, Sorumluluk, s. 128 vd.; DOĞAN, s. 24; HATIRNAZ-EROL, s. 103; GÖZPINAR-KARAN, s. 46 vd.; HAKERİ, Hakan, “Hastane Yönetiminin Sorumluluğu”, Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2009, s.163; CANBOLAT, Ferhat, “Kamu Hastanesinde Yapılan Tıbbi Müdahalede Hekimin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğunun Dayanağı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Ocak-Şubat 2009, Sayı 80, s. 160; ER, Ünal, Sağlık Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara 2008, s. 69 vd.; ÖZSUNAY, Ergun: “Hekim ve Hastanenin Sorumluluğu”, A'dan Z'ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007, s.93; KICALIOĞLU, Mustafa: “Yargı Kararları Işığında Doktorun (Hekimin) Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluğu”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl:1, Sayı:4, Aralık Ankara 2006, s. 23 vd.

¹¹ AKKANAT, s. 27.

¹² KUHN, Moritz, “Die Rechtliche Beziehung zwischen Arzt und Patient”, Handbuch des Arztrechts, Zürich 1994, s. 47 vd.; GROSS, Jost, Haftung für medizinische Behandlung im Privatrecht und im öffentlichen Recht der Schweiz, Bern 1987, s. 38; AKKANAT, s. 28; HATIRNAZ-EROL, s. 73.

Belirtmek gerekir ki, hastanın ayakta tedavisinde ise, hasta kabul sözleşmesi, hastane bakım hizmetleri hiçe indirgenmiş ise, sadece teşhis ve tedavi yükümlülüğünü içerebilir. Bu ihtimalde, sadece hekimlik hizmeti verildiğinden bir vekalet akdinin varlığından söz etmek gerekecektir¹³.

Öte yandan hasta, kendisi hastane içinden veya dışından bir hekim veya yardımcı personel ile anlaşmayı arzu ediyor ise, hastaneye kabul sözleşmesine ek olarak bu kişiyle de sözleşmesel ilişki kurabilir. İşbu halde, hekimlik sözleşmesi ekli hastaneye kabul sözleşmesi akdedilmiş olur¹⁴. Bu durumda, hastanenin hastaya karşı tam hastaneye kabul sözleşmesiyle yüklendiği tüm edimler dolayısıyla tüm sorumluluğu devam eder. Diğer bir deyişle, hastane, hem teşhis ve tedavi hem de hastanın bakımından sorumlu olmayı sürdürür¹⁵. Kendisiyle ek sözleşme yapılan hekim ise, sadece teşhis ve tedavi yükümlülüğü altına girmiş olur¹⁶.

Diğer bir ihtimalde ise, hasta teşhis ve tedavi için bir hekimle anlaşıp, yeme içme, konaklama ve bakım hizmetleri için hastaneye sözleşme yapabilir. Bu durumda, hastane ve hekimin hastaya karşı yükümlülükleri birbirinden farklıdır. Buna öğretide, kısmi (bölünmüş) hastaneye kabul sözleşmesi denir¹⁷. Bu ihtimalde, hastanenin teşhis ve tedavi yükümlülüğü bulunmamaktadır¹⁸.

Bu sözleşmelerin tamamında görünen ortak özellik, hastane bakımından vekalet, kira, satım ve işgörme sözleşmelerinin karışımı olan bir “karışık muhtevalı akdin”¹⁹ (karma sözleşmenin) varlığıdır²⁰. Bu durumda, bir karma sözleşmede ortaya çıkan hukuki sorunların hangi hükümlere başvurularak çözümlenmesi gerektiği öğretideki görüşler ve yargı içtihatları ile ortaya çıkacaktır²¹. Günümüzde kabul edilen kıyas teorisine göre, karma akitlerin kanunda düzenlenmemiş olmasından yola çıkılarak, bunlara diğer sözleşmelere ilişkin bir kanun hükmünün doğrudan uygulanmasının mümkün olmadığı; ancak, karma sözleşmenin amacı ve taraflar arasındaki sözleşme adaleti gözetilerek kanun hükümlerinin kıyasen uygulanmasının mümkün olduğu ileri sürülmektedir²². Kanaatimizce, hastaneye kabul sözleşmesinden doğan yükümlülüklerin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde, hastanenin yüklendiği temel borç

¹³ ŞENOCAK, Zarife, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara 1998, s. 86 vd.; DEMİR, Mehmet, “Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara 2008, s. 238; UYGUR, Atiye, Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2009 (acikarsiv.ankara.edu.tr, erişim: 11 Nisan 2019), s. 110 vd.; DOĞAN, s. 23; Yarg. HGK. 26.11.2014, E.13-1204, K. 965; Yarg. 13. HD. 05.02.2015, E.12524, K. 2706 (Legalbank).

¹⁴ DEMİR, Sorumluluk, s. 131 vd.; HATIRNAZ-EROL, s. 105; DOĞAN, s. 27.

¹⁵ AKKANAT, s. 29.

¹⁶ GÖZPINAR-KARAN, s. 49.

¹⁷ DEMİR, Sorumluluk, s. 132 vd.; GÖZPINAR-KARAN, s. 50 vd.; DOĞAN, s. 27 vd.

¹⁸ AYAN, s. 137; AŞÇIOĞLU, Çetin, Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar, Ankara 1993, s. 119; HATIRNAZ-EROL, s. 107; DOĞAN, s. 27 vd.

¹⁹ “Karışık muhtevalı akit tipleri edimin muhteva ve yüklenilme biçimine bağlı akitlerin esaslı unsurlarını kısmen veya tamamen kanunun öngörmediği bir bütünlük içinde birleştiren tek bir akit.” (KUNTALP, Erden, Karışık Muhtevalı Akit, 2. Bası, Ankara 2013, s. 157 vd.).

²⁰ ÖZDEMİR, Hayrunnisa, Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Ankara 2004, s.84 vd.

²¹ Konuyla ilgili farklı teoriler ortaya atılmıştır. Bu teorilerin açıklamaları için bkz. TANDOĞAN, Borçlar, C.I, s. 73 vd.; GÜMÜŞ, C.I, s. 14 vd.

²² TANDOĞAN, Borçlar, C.I, s. 75; GÜMÜŞ, C.I, s. 16.

teşhis ve tedavi olduğuna göre²³, vekalet akdinin doğrudan ve tali yükümlülükler için niteliğine uygun düştüğü ölçüde diğer sözleşme tiplerinin hükümleri uygulanmalı²⁴, tazminat talepleri için ise genel hüküm olan TBK m. 112 hükmünün şartlarının yerine gelmesi aranmalıdır²⁵. Buna göre, sözleşmenin ihlalinde tazminat talebi için, kusurlu bir borca aykırı fiil ile zarar meydana gelmiş olmalıdır.

O halde, özel hastane işleticisi, sözleşmeyle üstlenmiş olduğu edimleri hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi halinde, borca aykırılık nedeniyle oluşacak zararlardan sorumlu olacaktır (TBK m.112). Ancak, elbette ki, hastane işleticisi, yükümlülüklerini kendi başına yerine getirmemektedir. Hastane; çalışanları, hekimler, hemşireler, hastabakıcılar vb. sağlık personeli vasıtasıyla hastaya hizmet vermektedir. Buna göre, sözleşmeden doğan edimlerin ifasında, ifa yardımcılarının (sağlık personelinin) borca aykırı davranışlarından dolayı, asıl borçlu olan hastane işleticisinin sorumluluğu doğacaktır (TBK m. 116)²⁶.

B. Hastanenin Sözleşmeden Kaynaklanan Yükümlülükleri

1- Teşhis ve Tedavi Yükümlülüğü

Hastane işleticisinin, sözleşmeden doğan ana yükümlülüğü, hastayı teşhis ve tedavi etmek²⁷, bunun için gerekli tedavi programını yapıp tıbbi bir organizasyon²⁸ içinde yürütmektir. Hastane, hastanın iyileşmesini sağlamak için gerekli tıbbi müdahaleleri tıp biliminin kurallarına uygun olarak ve özenle yürütmelidir²⁹.

Hasta, hastaneye kabul edilmekle hastane yetkililerinin himayesine girmiş olur ve o haklı olarak kendisine mümkün olan en iyi tedavi ve bakım hizmetinin verilmesini ister. Hastane işletmecisinin “organizasyon yükümlülüğü” aslında onun hastanın şahsına göstermekle yükümlü olduğu özen borcunun bir görünüm tarzından ibarettir³⁰.

Bunu, en başta hekim yerine getirecektir; bu nedenledir ki, buna hekimlik hizmeti de denilmektedir³¹. Burada görülen iş, niteliği gereği sonucun garanti edilmesine müsaade etmediği için bir eser sözleşmesine konu olamaz; bu bir tür vekalettir. Hekim, ifa yardımcısı sıfatıyla, özenli davranarak, tıp biliminin ilke ve kurallarına uygun hareket ederek gerekli tetkikleri

²³ DOĞAN, s. 24.

²⁴ ER, s. 70 vd.; AYAN, s. 143. Aynı yönde bkz. Yarg. HGK. 21.10.2009, E. 13-393, K. 452; Yarg. 13. HD. 04.03.1994, E. 8557, K. 2138 (Kazancı).

²⁵ Bkz. SEÇER, s. 111.

²⁶ DEMİR, Sorumluluk, s. 415 vd.; ZEYTİN, Zafer, İfa Yardımcısının (Sağlık Çalışanlarının) Fiillerinden Sorumluluk, 90. Yıl Armağanı, s. 1423-1441. İfa yardımcısının fiilinden sorumluluk hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. YAĞCI, Mine, Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk, İstanbul 2018.

²⁷ HATIRNAZ-EROL, s. 112 vd.; GÖZPINAR-KARAN, s. 57 vd.

²⁸ Bkz. ÖZEL, Çağlar/ LEBLEBİCİ, Doğan N.: “Organizasyon Kusurundan Doğan Zarar Açısından Özel Hastane ve Hekimlerin Sorumluluklarına Kısa Bir Bakış”, Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, Cilt 10, Sayı 2, 2007, s. 177-200.

²⁹ AYAN, s. 62; DOĞAN, s. 29.

³⁰ AKKANAT, s. 32.

³¹ AKKANAT, s. 30; SEÇER, s. 113.

yaptıktan sonra doğru olduğunu düşündüğü teşhisi koymalı, bu teşhise uygun tedaviyi tavsiye etmeli ve işbu tedaviyi hastanın aydınlatılmış rızasını aldıktan sonra, gerekli her türlü tedbiri de alarak uygulamalıdır³².

Tüm bunlar için önce teşhis konulmalıdır. Teşhisin isabeti tedavi için de önem taşır. Teşhis esnasında hekim, hastalığın tam geçmişini öğrenmeli (anamnez), hastayı muayene etmeli, hastalığın çıkış sebebi üzerine hasta ile istişare etmeli ve somut olayın özelliklerine göre gerekli olan tahlil ve tetkikleri yaptırmalıdır³³. Daha sonra, tercihen teşhisi koyan hekim, tıbbi bilgisine dayanarak ve hastanın aydınlatılmış rızasını alarak tedavi yöntemini seçmeli ve özenle uygulamalıdır. Tedavi yönteminin seçiminde en uygun yöntem, yani “hastalığın tedavisi için riski en az ve fakat şansı en fazla olan” yöntemi seçmelidir³⁴.

Teşhis ve tedavide hastaya yapılan tüm müdahaleler, tıp kurallarına uygun olmalıdır; diğer bir deyişle tıbbi müdahale olmalıdır. Tıbbî müdahale; kişilerin yaşamını, sağlığını ve cismani bütünlüğünü tehdit eden fiziksel veya ruhsal birtakım anomalilerin yahut hastalıkların teşhisi, tedavisi veya ortaya çıkmamış ama çıkması muhtemel hastalıkların önlenmesi; tedavinin mümkün olmadığı hallerde hastalığın hafifletilmesi, ilerlemesinin ve kötüye gitmesinin önlenmesi; hastanın acılarının dindirilmesi yahut nüfus planlaması amaçlarına yönelik olarak, resmi ehliyetli sağlık personeli³⁵ tarafından tıp biliminin kabul edilmiş kurallarına ve gereklerine uygun olarak gerçekleştirilen faaliyetlere denir³⁶.

Belirtmek gerekir ki tıbbi müdahale kavramı; kişinin mevcut fiziksel rahatsızlığının giderilmesinden, rahatsızlığının önlenmesine, kimi zaman estetik amaçlı bir talebinin

³² Yarg. HGK. 28.06.1978, E. 4-3539, K. 696 (Ankara Baro Dergisi, 1978, s. 980 vd.).

³³ AYAN, s. 65; ÖZDEMİR, Teşhis ve Tedavi, s. 90; DOĞAN, s. 29 vd.

³⁴ AYAN, s. 66; DOĞAN, s. 30.

³⁵ Resmi ehliyetli kişiler, Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun’da sayılmıştır. Buna göre, hekimler (m.1, 2 ve 3), diş hekimleri (m. 29-30), sağlık memurları (m. 3), ebeler (m. 47), sünnetçiler (m. 58) ve hastabakıcı hemşireler (m. 68) kanunda tıbbi müdahalede bulunmaya yetkili kişiler arasında zikredilmiştir.

³⁶ Bkz. ÇİLİNGİROĞLU, , Cüneyt: Tıbbî Müdahaleye Rıza, İstanbul 1993, s. 15 vd.; KAYA, Mine, “Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu”, TBB Dergisi, S. 100, 2012, s. 47; ŞENOCAK, Zarife, “Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası”, AÜHFD, C.50, S.4, 2001, s. 66; IŞIK-YILMAZ, Berfin, “Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, TBB Dergisi, S.98, 2012, s. 391; OZANOĞLU, Hasan Seçkin, “Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü”, AÜHFD, C.52, S.3, 2003, s. 59; ŞİMŞEK, Uğur, “Sağlık Hukukunda Aydınlatılmış Rıza”, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, DEÜHFD, C. 16, Özel Sayı, 2014, s. 3537.

giderilmesine³⁷, kan, doku veya organ aktarımına³⁸, cerrahi müdahale, anestezi, röntgen ve ışın tedavilerine, kan testleri ve aşılar, cinsiyete yönelik müdahalelere ve gebeliğin sona erdirilmesine³⁹ kadar her türlü girişimi içine alır.

Gerçek anlamda bir tıbbi müdahalenin söz konusu olması için ve bu müdahalenin hukuka uygun şekilde gerçekleşmesi için hekimler, tıp bilimince kabul görmüş kural ve yöntemlerden yararlanmalıdır⁴⁰. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi⁴¹ m.13 hükmü uyarınca hekim, tıp biliminin kabul ettiği ilke ve kurallara aykırı veya aldatıcı müdahalede bulunmamalıdır. Aksi halde, yapılan müdahalenin bir “tıbbi müdahale” olduğundan bahsedilmesi mümkün olmaz ve böyle bir müdahalede bulunan hekim açısından bu durum bir meslek kusuru teşkil eder⁴².

2- Aydınlatma Yükümlülüğü

Tıbbi müdahale yapılırken hastanın aydınlatılmasının amacı, hekim tarafından verilecek bilgilerle hastanın, uygulanması düşünülen tıbbi müdahale üzerinde serbestçe karar verebilecek bir duruma getirilmesidir⁴³.

Hasta kendi geleceğini tayin etme hakkına sahip olduğu için tıbbi müdahaleye onun rıza göstermesi esastır⁴⁴. Ancak, hasta gerekli tıbbi bilgiye ve donanıma sahip değildir. Bu nedenle, yapılacak müdahaleye rıza gösterebilmesi için durumu hakkında ayrıntılı bilgiye sahip olması gerekmektedir⁴⁵. Hastanın, gerçekleştirilmesi planlanan tıbbi müdahale hakkında serbest iradesi ile makul bir karar verebilmesi, ancak hekimin, bu konuda onu aydınlatarak karar vermesine

³⁷ Bazı estetik müdahaleler, doğrudan tedavi amacına hizmet etmese bile; yani onarıcı değil sadece güzelleştirici nitelik taşıyalar dahi kişinin ruhsal iyileşmesini sağladıkları ölçüde ruh sağlığına ilişkin bir tedavi olarak nitelendirilebilirler (PETEK, Hasan, Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 1, 2006, s. 183-184; ÖZER, Çağlar, “Türk Hukukunda Estetik Cerrah ile Hasta Arasındaki Hukuki İlişkinin Niteliği”, Ankara Barosu II. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Kasım 2008, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2009, s. 242; SOYASLAN, Doğan, “Estetik Cerrahi Müdahaleler ve Doktorların Sorumluluğu”, Ankara Barosu II. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Kasım 2008, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2009, s. 263-264; BORAN, Bedia, “Estetik Cerrahi Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, Ankara Barosu II. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Kasım 2008, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2009, s. 253; ÇİLİNGİROĞLU, s. 19-20; FİDAN, Nurten, “Hekimin Tıbbi Müdahaleleri Nedeniyle Sorumluluğu”, TAAD, C. 1, Yıl 1, S. 3, 2010, s. 356 vd.)

³⁸ ÇİLİNGİROĞLU, s. 21.

³⁹ ÇİLİNGİROĞLU, s. 28 vd.; OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 14. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014, s. 165.

⁴⁰ ÇİLİNGİROĞLU, s. 33 vd.; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 162; IŞIK-YILMAZ, s. 391; KAYA, s. 50 vd.; SÖZÜER, Adem/ YASİN, Melikşah/ KURŞAT, Zekeriya, “Hatalı Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Sorumluluk”, Hastane Yönetimi, Nobel Tıp Kitabevleri, Bölüm 66, 2013, s. 1018; ÖZPINAR, Berna, Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamanın Hukuki Sonuçları, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2007, s. 21 vd.; MÜLLER, Cristoph, “La responsabilité civile du médecin”, Quelques actions en responsabilité, Heraus. François Bohnet, CEMAJ, Faculté de droit de l’Université Neuchâtel, 2008, s. 107, N. 16-17.

⁴¹ RG Tarih: 19.02.1960, S. 10436

⁴² ÇİLİNGİROĞLU, s. 33.

⁴³ AYAN, s. 71; DOĞAN, s. 31.

⁴⁴ SEÇER, s. 120; ÖZDEMİR, Aydınlatma, s. 349; MÜLLER, s. 117, N. 43.

⁴⁵ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 1323; IŞIK-YILMAZ, s. 394.

yardım etmesiyle mümkün olabilir⁴⁶. Kaldı ki, hekime karşı duyulan güven, hasta için en yararlı olanı yapacak olmasından ziyade, gerekli bilgileri açıklayarak hastaya kendisi için en yararlı olacağını düşündüğü seçeneği seçmesi şansını sunan kişi olmasından kaynaklanır⁴⁷.

Aydınlatma, hekimin, hastasına gerçekleşmesi planlanan tıbbi müdahalenin türü, biçimi, ivediliği, yan etkileri ve rizikolarının yanı sıra; böyle bir tıbbi müdahale gerçekleştirilmediği takdirde, ortaya çıkması muhtemel olumsuz birtakım sonuçları anlatarak hastayı yeterli düzeyde ve uygun bir şekilde bilgilendirmesi, onu tıbbi müdahale hakkında serbestçe karar verebilecek bir duruma getirecek bilgilerle donatmasıdır⁴⁸.

Aydınlatmanın konusu, teşhis ve buna bağlı tehlikeler yanında, uygulanması düşünülen tedavinin şekli, özellikle müdahalenin tarzı ve kapsamıdır⁴⁹. Hekimlik Meslek Etiği Kuralları⁵⁰ m.26 hükmüne göre, hekim hastasını; hastanın şimdiki sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, amaçlanan tedavi yönteminin başarı şansı ve süresi, amaçlanan tedavi yönteminin hastanın sağlığı için arz ettiği riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası aksi tesirleri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, verilen olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin "Bilgilendirmenin kapsamı" kenar başlıklı m.15 hükmüne göre ise; "Hastaya; a) Hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceği, b) Tıbbi müdahalenin kim tarafından nerede, ne şekilde ve nasıl yapılacağı ile tahmini süresi, c) Diğer tanı ve tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin getireceği fayda ve riskler ile hastanın sağlığı üzerindeki muhtemel etkileri, ç) Muhtemel komplikasyonları, d) Reddetme durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel fayda ve riskleri, e) Kullanılacak ilaçların önemli özellikleri, f) Sağlığı için kritik olan yaşam tarzı önerileri, g) Gerekğinde aynı konuda tıbbi yardıma nasıl ulaşabileceği, hususlarında bilgi verilir."

3- Sadakat ve Özen Yükümlülüğü

Sadakat borcu, hekimin hastanın sağlığını korumak için gerekli her şeyi yapması, zarar verecek şeylerden ise kaçınmasını ifade eder⁵¹. Başka bir ifadeyle, hekimin, hastanın menfaatlerini kendi

⁴⁶ ÇİLİNGİROĞLU, s. 59-60; YILMAZ, Battal, "Aydınlatılmış Rıza", Sağlık Hukuku Digestası, Yıl:1 S. 1, Ankara Barosu Yayınları, 2009, s. 167; ÖZDEMİR, Aydınlatma, s. 348; ÖZPINAR, s. 35.

⁴⁷ ADIGÜZEL, Sibel, Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 5, S. 19, Ekim 2014, s. 944.

⁴⁸ ÇİLİNGİROĞLU, s. 59; ÖZSUNAY, s. 32; ADIGÜZEL, s. 950; ÖZDEMİR, Aydınlatma, s. 348, 361 vd.; YILMAZ, s. 167, 171 vd.; KAYA, s. 56; SEÇER, s. 121; IŞIK-YILMAZ, s. 395; MÜLLER, s. 112, N. 28; DUC, Jean-Michel, "Responsabilité du médecin, le consentement thérapeutique et le consentement économique éclairés du patient", AJP, Dike Verlag, 2011, s. 254; KAHRAMAN, Zafer: "Medeni Hukuk Bakımından Hastanın Tıbbi Müdahaleye Rızası", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 7, Sayı 1, 2016, s. 479-510.

⁴⁹ DOĞAN, s. 32.

⁵⁰ Türk Tabipler Birliği 47. Büyük Kongresi'nde (10-11 Ekim 1998) kabul edilmiştir. Yayın Tarihi: 01.02.1999.

⁵¹ AYAN, s.87; ÖZDEMİR, Teşhis ve Tedavi, s.123; BAŞPINAR, Veysel, Hekimin Özen Borcu, Sağlık Hukuku Sempozyumu (15-16 Mayıs 2006, Erzincan), Ankara, 2007, s.25; DOĞAN, s. 39.

menfaatinden üstün tutmasını ifade eder. Sadakat yükümlülüğü, hasta ile hastane işleticisi arasındaki ilişkinin temelinde güven unsurunun bulunmasının tabii bir sonucudur.

Özen yükümlülüğü ise, teşhis ve tedavide, tıbbi müdahale teşkil eden eylemlerde, gerekli tedbirlerin alınması, tıbbi yöntemlerin takip edilmesinde hastanenin özenli davranması yönünde bir davranış yükümlülüğüdür⁵².

Yargıtay bu hususta şu ölçüyü koymaktadır⁵³: “(...) vekil konumunda olan doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları, hafif dahi olsa sorumluluğunun unsuru olarak kabul edilmelidir. Doktor, hastasının zarar görmemesi için mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu, tıbbi açıdan zamanında gecikmeksizin saptayıp, somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz biçimde almak, uygun tedavi yöntemini de gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır. Asgari düzeyde dahi olsa, tereddüt doğuran durumlarda, bu tereddüdü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada da koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında bir tercih yaparken de hastanın ve hastalığının özelliklerini göz önünde tutmalı, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınmalı, en emin yol seçilmez. Gerçekten de hasta, tedavisini üstlenen meslek mensubu doktorundan tedavisinin bütün aşamalarında mesleğin gerektirdiği titiz bir ihtimam ve dikkati göstermesini, beden ve ruh sağlığı ile ilgili tehlikelerden kendisini bilgilendirmesini güven içinde beklemek hakkına sahiptir. Gereken özeni göstermeyen vekil, vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır. Tıbbın gerek ve kurallarına uygun davranılmakla birlikte sonuç değişmemiş ise, doktor sorumlu tutulmamalıdır.”

Hekim mensup olduğu uzmanlık alanına dahil ortalama düzeydeki bir hekimin aynı hal ve şartlarda göstereceği özeni göstermekle yükümlüdür⁵⁴. Tıp bilimi tarafından genel olarak tanınıp kabul edilmiş kuralları bilmeli ve uygulamalıdır⁵⁵.

Bu yükümlülüğün bir parçası olarak hastane kayıt tutmalı, sır saklama yükümlülüğüne uygun davranmalıdır (Hasta Hakları Yönetmeliği m. 7, 16, 21-23).

4- Bakım Yükümlülüğü

Hastane işleticisinin diğer borcu hastane bakımındır⁵⁶. Hastane bakımı kavramı, tıbbi müdahale için hastanın yatırılmasından taburcusuna kadarki hastanın yatırılması, yedirilip içirilmesi gibi sağlanması gerekli bütün hastane hizmetlerini kapsar⁵⁷. Bunun kapsamı her somut olaya, hastalığın, tıbbi müdahalenin türüne göre değişebilir.

Hastane bakımı kavramı içinde yer alan edimleri konusunda her hal ve şart için geçerli olabilecek kesin bir sayma yapmak mümkün değildir. Ancak, sözleşmede açıkça kararlaştırılmamış olsa bile

⁵² BAŞPINAR, s. 27.

⁵³ Yarg. 13. HD. 19.10.2006, E.10057, K.13842 (Kazancı).

⁵⁴ AYAN, s. 99; BAŞPINAR, s. 28.

⁵⁵ DOĞAN, s. 42.

⁵⁶ DOĞAN, s. 49.

⁵⁷ AYAN, s. 156-157.

hastane; hastanın sağlık durumu, hastalığın tipi ve ağırlığına göre dürüstlük ilkesinin zorunlu kıldığı bütün tedbirleri almak zorundadır⁵⁸.

Bu konuda, hastane işleteni, en başta hekim dahil bütün sağlık personelinin seçimi, denetlenmesi ve organizasyonuna⁵⁹ ilişkin görevlerini gereği gibi yerine getirilmelidir.

C. Özel Hastanenin Sözleşmesel Yükümlülüklerini İhlal Etmesi Halinde Doğacak Tazminat Yükümlülüğünün Şartları

1- Hukuka Aykırı Fiil

Özel hastanenin sözleşmesel yükümlülüklerini ihlal etmesi, yani borcun ihlali, hukuka aykırı bir fiildir. İşbu hukuka aykırı fiil, TBK m. 112 hükmü uyarınca tazminata konu olabilir. Zira, anılan hüküm uyarınca *“Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.”*

TBK m. 114/II hükmü uyarınca *“Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hâllerine de uygulanır.”* Bu bakımdan, tazminatın belirlenmesinde haksız fiile ilişkin TBK m. 50 vd. hükümleri, kıyasen, niteliğine uygun düştüğü ölçüde borca aykırılık hallerinde de uygulanır.

2- Kusur

Borca aykırı fiil nedeniyle borçlunun kusurlu olması TBK m. 112 hükmü gereğince karinedir. Kusur, hukuk düzeninin kınadığı, hoş görmediği bir davranış biçimidir⁶⁰. Hukuk düzeni, söz konusu fiili uygun bulmaz; çünkü o davranış biçimi, somut olayın şartlarında bireylerden beklenen ortalama hareket tarzına uygun değildir.

⁵⁸ Yarg. HGK. 21.10.2009, E. 13-393, K. 452 (Kazancı).

⁵⁹ AKKANAT, s. 32.

⁶⁰ TANDOĞAN, Halûk: Türk Mesuliyet Hukuku, İstanbul 2010, s. 45; TEKİNAY, Selahattin Sulhi/ AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Haluk/ ALTOP, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 492; OĞUZMAN, M. Kemal/ ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, N. 152 vd.; EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 594; ANTALYA, O. Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, İstanbul 2015, s. 21; OFTINGER, Karl/STARK, Emil W.: Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 5. Auflage, Zürich 1995, s. 192; DESCHENAUX, Henri/ TERCIER, Pierre: La responsabilité civile, 2ième édition, Bern 1982, s. 79; OSER, Hugo/ SCHÖNENBERGER, W.: İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, m. 41-109, çeviren: Recai Seçkin, Ankara 1950, Art. 41, N. 65; BECKER, Hans: Berner Kommentar (BK), Bd. VI, Obligationenrecht, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, 2. Auflage, Bern 1941, BK, Art. 41, N. 92 vd.; KELLER, Max/GABI, Sonja: Das schweizerische Schuldrecht, Bd. II, Haftpflichtrecht, 2.Auflage, Basel-Frankfurt 1988, s. 52; KELLER, s. 74; HONSELL, Heinrich: Schweizerisches Haftpflichtrecht, 2. Auflage, Zürich 1996, s. 57; LARENZ, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, Allgemeiner Teil, 14. Auflage, München 1987, s. 276; BREHM, Roland: Berner Kommentar (BK), Bd. VI, Obligationenrecht, 1. Abteilung, Lieferung 1, Kommentar zu Art. 41-44 OR, Bern 1986, Art. 41, N. 168.

Kusur, kast ya da ihmal şeklinde karşımıza çıkabilir. Hukuka aykırı sonucun, fail tarafından bilerek istenmesine “kast” denir⁶¹. İhmal ise, failin hukuka aykırı sonucu istememekle beraber, işbu sonucu önlemek için somut olayın gerektirdiği dikkat ve özeni sergilememesini, iradesini yeterli derecede kullanmamasını ifade eder⁶².

Kişi borca aykırı davranışında kusurlu olmadığını kanıtlayamadığı takdirde, söz konusu borca aykırılıktan sorumlu olacaktır. Özel hastaneler bakımından, yukarıda bahsettiğimiz gibi, kendi kusurundan değil, ifa yardımcısının kusurlu davranışından dolayı meydana gelen borca aykırılık nedeniyle sorumluluk doğacaktır (TBK m. 116).

Hastaneler, tıbbi hizmetler sunarken, tıp biliminin kabul edilmiş kurallarına uyulmamış olması “meslek kusuru⁶³” yahut “hizmet kusuru” olarak sayılacaktır. Sözleşmesel yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde, hastanenin sorumluluğu, tedavinin başarıya ulaşmamış olmasından kaynaklanmaz. Zira, teşhis ve tedavi borcu, hastaneye bir sonuç yükümlülüğü değil, özen yükümlülüğü yükler. Bu nedenledir ki, özel hastane, işin özenli bir şekilde yerine getirilmemesinden sorumlu olacaktır.

3- İlliyyet Bağı ve Zarar

Özel hastaneye karşı, sözleşmeye aykırılık dolayısıyla tazminat talebinde bulunacak olan kişi, borca aykırılık nedeniyle zarara uğradığını ispat etmelidir. Zarar ile borca aykırı fiil arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır. Diğer bir deyişle, zarar, borca aykırı fiilin sonucunda meydana gelmiş olmalı, işbu fiil ile arasında neden sonuç ilişkisi hasıl olmalıdır.

Sonuç olarak, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerin ihlali halinde bir borca aykırılık meydana gelmiş olacak, ifa yardımcılarının asıl borçluya TBK m. 116 hükmü gereğince atfedilecek olan kusurları ve bundan kaynaklanan zarar olması halinde tazminat yükümlülüğü meydana gelecektir.

⁶¹ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 493; OĞUZMAN/ÖZ, N. 158; KANETİ, Selim: “Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I Sempozyumu, İstanbul 1980, s. 52; EREN, s. 599; Von TUHR, Andreas/ PETER, Hans: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 3. Auflage, Schultess, Zürich 1979, s. 427; OFTINGER/STARK, s. 200; DEUTSCH, Erwin: Allgemeines Haftungsrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil, Köln-Berlin 1976, s. 252; DESCHENAUX/TERCIER, s. 82; ENGEL, Pierre: Traité des obligations en droit suisse, 2^e édition, Stämpfli, Berne 1997, s. 464; BREHM, BK, Art. 41 N. 192; SCHWENZER, Ingeborg: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bern 1998, s. 113.

⁶² TANDOĞAN, Mesuliyet, s. 45; OĞUZMAN/ÖZ, N. 159; EREN, s. 601; Von TUHR/PETER, s. 429; OFTINGER/STARK, s. 201; DEUTSCH, s. 268 vd.; DESCHENAUX/TERCIER, s. 83; LARENZ, s. 282; KELLER/GABI, s. 53; ENGEL, s. 465; BREHM, BK, Art. 41 N. 197 vd.; SCHWENZER, s. 114.

⁶³ AYAN, s. 105 vd.; YAVUZ-İPEKYÜZ, Filiz, “Hekimin Tazminat Sorumluluğu” Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 20, Sayı: 33, Yıl: 2015, s. 33.

III. Özel Hastanelerin Sözleşme Dışı Sorumluluğu

A. Özel Hastanenin Sağlık Personelinin Fiillerinden Kaynaklanan Sorumluluğu

Özel hastanelerin sözleşme dışı sorumluluğu, haksız fiil sorumluluğuna dayalı olarak ortaya çıkacaktır. Hastane işleticisi, çalıştırdığı sağlık personelinin işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür. Buna karşın; çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmaz. (TBK m. 66/I-II).

Bu durumda, tazminat yükümlülüğü bir kusursuz sorumluluk hali olarak karşımıza çıkar. Özel hastane işleticisi, şahsen kusurlu olmasa da, emir ve talimatı altında çalışanların hukuka aykırı fiilleri dolayısıyla meydana gelen zararlardan sorumlu olacaktır. Aşağıda bunun unsurları ele alınacaktır.

1- Mutlak Hak İhlali

İnsanın salt insan olması dolayısıyla elde ettiği vazgeçilemez, devredilemez, hukuka ve ahlaka aykırı olarak sınırlanamaz kişilik hakları vardır (TMK m.23). Yaşam hakkı ve cismani bütünlüğe (vücut ve ruh tamlığına) ilişkin hakları, bu haklar arasında en üstün niteliği haizdir. Söz konusu haklar, kişilik hakkı olarak kabul edildiklerinden mutlak haklardandır; herkese karşı ileri sürülebilirler. Bu haklara yönelen haksız tecavüzler Medeni Hukuk açısından bir mutlak hakkın ihlali olarak değerlendirilir ve hukuka aykırı sayılırlar.

Nitekim, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda da kişinin vücut bütünlüğüne ilişkin hakları temel haklar arasında sayılmış ve koruma altına alınmıştır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın m.17/f.II uyarınca *"Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tâbi tutulamaz."* Benzer şekilde, Türk Medeni Kanunu m.24 hükmü uyarınca *"(...) Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır."*

Her tıbbi müdahale, vücut tamlığına ya da insanın manevi bütünlüğüne yönelik bir davranış ile mümkün olur⁶⁴. Buna göre; her ne kadar tıbbi müdahale kişiyi iyileştirmeyi, korumayı ve geliştirmeyi amaçlasa da, kişilik hakları kapsamında yer alan ve hukuk düzeninin mutlak ve

⁶⁴ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, *"Tıbbi Müdahaleye ve Tıbbi Müdahalenin Durdurulmasına Rızanın Kimler Tarafından Verileceği"*, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 1315.

vazgeçilmez addettiği bu değerlere yapılan her türlü müdahale, kural olarak hukuka aykırıdır⁶⁵. İyileştirme amacı tek başına bu müdahalenin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaya yetmez⁶⁶.

Buna karşın, yaşam, sağlık, vücut tamlığına yönelik olan haklara karşı müdahaleler temelde hukuka aykırı olmakla birlikte hukuk düzeni, kişinin vücudu üzerinde tasarrufta bulunma hakkını sınırlı bir biçimde de olsa tıbbi müdahaleler için çeşitli kıstaslara riayet edilmesi kaydıyla kabul etmiştir⁶⁷.

O halde, tıbbi müdahaleler niteliği gereği kişinin yaşamına, sağlığına ve cismani bütünlüğüne bir müdahale teşkil etse ve bu nedenle temelde hukuka aykırı sayılsa bile, bu hukuka aykırılık hastanın aydınlatılmış rızası, hastanın üstün nitelikteki yararı ve üstün nitelikte kamu yararı gibi hukuka aykırılığı engelleyen nedenlerden biriyle ortadan kalkabilir; diğer bir deyişle yapılan müdahale hukuka uygun hale gelebilir⁶⁸.

2- Hukuka Aykırılığı Önleyen Haller

a. Aydınlatılmış Rıza

Hukuka aykırılığı önleyen ilk hal, hastanın aydınlatılmış rızasıdır. Tıbbi müdahaleye hastanın rıza göstermesi, bir kimsenin kendi vücudu üzerinde karar verme yetkisinden, diğer bir deyişle kişinin kendi geleceğini belirleme hakkından kaynaklanmaktadır⁶⁹. Tıbbi müdahaleler ve hekimin girişeceği diğer eylemler kişinin sağlığını, vücut bütünlüğünü ilgilendirdiği, muhtemel tehlikeleri meydana getirici nitelikte olduğu için, bunların gerçekleştirilmesine karar verme yetkisi hekime değil, esasen müdahalelere maruz kalacak kişiye (hastaya) aittir⁷⁰. Nitekim, öğretilerde ve uygulamada kabul edildiği üzere, tıbbi müdahaleye rıza kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır⁷¹.

⁶⁵ ADIGÜZEL, s. 945-946; OZANOĞLU, s. 61; SEÇER, s. 120; ; ÖZPINAR, s. 5 vd.; MÜLLER, s. 118, N. 46; POGGIA, Mauro, “Consentement du patient”, Haftpflicht- und Versicherungsrecht/Droit de la responsabilité civile et des assurances – Liber amicorum Roland Brehm, Stämpfli Verlag, 2012, s. 336; MANAI, “Le devoir d’information du médecin en procès”, La semaine judiciaire, SJ 2000 II, s. 344; WERRO, Franz, “La responsabilité civile médicale: vers une dérive à l’américaine?”, La responsabilité médicale, Institut de droit de la santé, Neuchâtel 1996, s. 24.

⁶⁶ ÇİLİNGİROĞLU, s. 42; SEÇER, s. 120; POGGIA, s. 336; ÖZSUNAY, Ergun, “Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları”, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, MHAUM, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1983, s.32; ADIGÜZEL, s. 946.

⁶⁷ IŞIK-YILMAZ, s. 390.

⁶⁸ ÇİLİNGİROĞLU, s. 35-37. Kişinin hayatı, sağlığı ve vücut tamlığı kişiliğine dâhildir. Kişinin hukuka uygun olarak verilmiş rızası olmaksızın bu değerlere yapılacak herhangi bir müdahale yoluyla söz konusu değerlerin ihlal edilmesi kişilik hakkına saldırı sayılır (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 159-160).

⁶⁹ Bkz. TACİR, Hamide, Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, s.118 vd.; KAYA, s. 53; ÖZPINAR, s. 24 ; MÜLLER, s. 117-118, N. 45; KUHN, Moritz W./ POLEDNA, Tomas, Artzrecht in der Praxis, 2. Auflage, Schultess 2007, s. 167-168.

⁷⁰ ADIGÜZEL, s. 948.

⁷¹ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 1323; ARPACI, Abdülkadir, “Özel Hukuk Açısından Tıbbi Müdahaleye Rıza Beyanı, Buna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Yolları”, YÜHFD C. VI S. 2 Y. 2009, s. 9; ŞENOCAK, s.73.

Nitekim, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un⁷² m.70/f.I, c.1 hükmü uyarınca "*Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evvelemirde muvafakatını alırlar.*" Bunun yanında, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin⁷³ ilkeler başlıklı 5. maddesinde "*Tıbbi zorunluluklar ve kanunlarda yazılı haller dışında, rızası olmaksızın kişinin vücut bütünlüğüne ve diğer kişilik haklarına dokunulamaz,*" hükmü yer alır. Aynı şekilde, Hasta Hakları Yönetmeliği m.22/f.I hükmü uyarınca "*Kanunda gösterilen istisnalar hariç olmak üzere, kimse, rızası olmaksızın ve verdiği rızaya uygun olmayan bir şekilde tıbbi ameliyeye tabi tutulamaz.*" Yine aynı yönetmeliğin 24/f.I hükmü uyarınca "*Tıbbi müdahalelerde hastanın rızası gerekir.*"

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu⁷⁴ m.26/f.II hükmüne göre ise, "*Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.*"

Tıbbi müdahaleye rıza göstermek, hukuki işlem benzeri bir fiildir. Zira rıza, esasen hukuki bir sonuca değil de, tamamen fiili bir sonuca, yani tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesine yöneliktir. Hukuk düzeni ise, bu irade açıklamasının içeriğiyle ilgilenmeksizin ona hukuki bir sonuç bağlamaktadır⁷⁵. Hukuka aykırılığın bilinmesine, engellenmek istenmesine gerek yoktur.

Belirtmek gerekir ki, yaşam hakkına aykırı olan yahut kişinin sağlığına veya cismani bütünlüğüne kalıcı ve onarılması güç olacak düzeyde zarar veren müdahalelere kişinin rıza göstermesi hukuk düzenince korunmaz. Ancak tedavi ve iyileştirme amacı taşıyan müdahaleler ile sağlığı koruma amacına yönelik müdahaleler için serbestçe rıza gösterilebilir ve ancak bu tür müdahalelere gösterilen rıza hukuken geçerlidir⁷⁶.

Yukarıda açıklandığı üzere, tıbbi müdahalenin hukuk düzenince kabul görmesi, kural olarak hastanın o müdahaleye rıza vermesi ile mümkün olacaktır⁷⁷. Bu rızanın hukuken geçerli olabilmesi için hastanın tıbbi müdahalenin taşıdığı riskler ve muhtemel sonuçları konusunda ayrıntılı biçimde somut ve özel duruma ilişkin⁷⁸ aydınlatılmış olması gerekmektedir⁷⁹. Bu husus, Yargıtay tarafından "*(...) yalnız bu rızanın hukuken geçerli olabilmesi için kişinin, sağlık*

⁷² RG Tarih: 14/4/1928, S. 863.

⁷³ RG Tarih: 01.08.1998, S. 23420.

⁷⁴ RG Tarih: 12.10.2004, S. 25611.

⁷⁵ ÇİLİNGİROĞLU, s. 44.

⁷⁶ ADIGÜZEL, s. 949.

⁷⁷ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 161; ÇİLİNGİROĞLU, s. 57 vd.; ADIGÜZEL, s. 951.

⁷⁸ Rıza beyanında bulunacak hastanın kendisine her türlü tıbbi müdahalenin yapılması için soyut ve genel nitelikte rıza beyanında bulunması hukuken geçerli değildir (POGGIA, s. 339). Ancak teşhis aşamasında her türlü tahlil ve tetkik için önceden rıza beyanında bulunabilir (ARPACI, s. 11; SEÇER, s. 121).

⁷⁹ ÖZDEMİR, Aydınlatma s. 348; OZANOĞLU, s. 60; OKTAY-ÖZDEMİR, s. 1323; IŞIK-YILMAZ, s. 392-393; DUC, s. 256; POGGIA, s. 336-337; MANAİ, s. 344; BGE 117 Ib 200; BGE 115 Ib 180 vd. Tıbbi müdahalenin usulüne uygun bir şekilde icra edilmiş olması ve olumsuz sonucun doğumunda hekimin bir kusuru bulunmaması halinde bile rızanın hiç ya da yeterince aydınlatılmamış olması halinde tıbbi müdahalenin hukuka aykırı olduğunu kabul edilmektedir (ÇİLİNGİROĞLU, s. 59; ÖZSUNAY, s. 32, 56. Yarg. 4.HD, T.07.03.1977, E. 1976/6297, K. 1977/2541 [YKD, C.IV, S. 6 Haziran 1978, s.905 vd.]; MÜLLER, s. 117, N. 43; BGE 133 III 121).

durumunu, yapılacak müdahaleyi ve etkileri ile sonuçlarını bilmesi, bu konuda yeteri kadar aydınlatılması ve serbest olması gerekir. Bu itibarlardır ki, ancak aydınlatılmış ve serbest irade sonucu verilmiş rıza hukuken değeri olan bir rızadır,” denilmek suretiyle ifade edilmiştir⁸⁰.

Aydınlatma yükümlülüğü sadece hekimin hastaya bilgi vermesini içeren tek yönlü bir bilgilendirme yükümlülüğü değildir; hastanın bilgiyi anlaması, kendi yaşam planı bakımından anlamlandırması ve tıbbi müdahaleye rıza gösterip göstermemek hususunda serbestçe karar verebilecek duruma gelmesinin sağlanması esastır⁸¹. Kısaca, hastanın onay verdiği müdahalenin ne olduğunu, önemini ve sonuçlarını anlayabilmesi sağlanmalıdır⁸².

Belirtmek gerekir ki, hasta, aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilmeksizin gerçekleştirilen tıbbi müdahale sonucu rızası ve menfaatine uygun bir şekilde iyileşmiş olsa bile tazminat talebinde bulunabilecektir. Zira hukuka aykırı tıbbi müdahale sonucu maddi zarar ortaya çıkmasa da, kişilik haklarının ihlali başlı başına manevi zarar olarak değerlendirilir⁸³.

Hekimlik Meslek Etiği Kuralları⁸⁴ m.26 hükmüne göre, hekim hastasını; hastanın şimdiki sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, amaçlanan tedavi yönteminin başarı şansı ve süresi, amaçlanan tedavi yönteminin hastanın sağlığı için arz ettiği riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası aksi tesirleri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, verilen olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır. Bu anlatım, mümkün olduğunca basit ve anlaşılabilir olmalıdır⁸⁵.

b. Üstün Kamu Yararı

Öte yandan, Anayasamızın 17. maddesi, bazı tıbbi müdahalelerin kişinin rızası bulunmasa dahi gerçekleştirilebilmesini öngörmüştür. Özellikle kamu sağlığını ilgilendiren hallerde, bulaşıcı hastalıklarla mücadele sırasında, kanuna uygun olarak yerine getirilmesi gereken aşılama, kişinin buna muhalefet etmesine rağmen zorla yerine getirilebilir⁸⁶. Örnek olarak, Umumi Hıfzısıhha Kanununda hekimlerin kolera, humma, veba gibi hastalıkları muayene etmeye yetkili oldukları (m. 67) ve bu yetkilerini kullanmalarını önleyenlerin cezalandırılacağı (m. 284) düzenlenmiştir.

Bazı hallerde ise, kişilik hakkına müdahale teşkil eden bir tıbbi müdahaleyi kanun gereği veya mahkeme emriyle gerçekleştirmek gerekebilir. Örneğin, kan grubunun veya kandaki alkol miktarının belirlenmesi gibi amaçlarla mahkemeler tarafından yapılmasına karar verilen tıbbi

⁸⁰ Yarg. 4.HD T. 07.03.1977, E. 1976/6297, K. 1977/2541 (YKD. C. IV, S. 6, Haziran 1978, s. 905 vd.).

⁸¹ OZANOĞLU, s. 60; ADIGÜZEL, s. 951-952; ÖZDEMİR, Aydınlatma, s. 352; POGGIA, s. 339; WERRO, s. 24.

⁸² IŞIK-YILMAZ, s. 393; ÖZPINAR, s. 35.

⁸³ ADIGÜZEL, s. 985.

⁸⁴ Türk Tabipler Birliği 47. Büyük Kongresi’nde (10-11 Ekim 1998) kabul edilmiştir. Yayın Tarihi: 01.02.1999.

⁸⁵ DUC, s. 254. Hekim hastaya ayrıntılı tıbbi bilgi vermek zorunda değildir. Aksine hastanın gelişme seviyesi, yaşı ve sağlık anlayışına uygun bir aydınlatma yapılmalıdır (IŞIK-YILMAZ, s. 405).

⁸⁶ ÇİLİNGİROĞLU, s. 45.

muayenelerin kişinin cismani bütünlüğüne müdahale teşkil edip etmediği tartışmalıdır. Bir görüşe göre, bunların hukuka uygun sayılması gerekir⁸⁷.

Bir diğer örnekte, Türk Medeni Kanununun 284. maddesi soybağına ilişkin davalarda tarafları ve üçüncü kişileri, soybağının belirlenmesinde zorunlu olan ve sağlıkları yönünden tehlike yaratmayan araştırma ve incelemelere, örneğin kan vermeye veya DNA testine rıza göstermekle yükümlü kılmaktadır (TMK m. 284/b.2).

c. Üstün Özel Yarar

Acil bir durumda, kişinin hayatının ve cismani bütünlüğünün devamını sağlamak için derhal bir müdahale gerekirse ve bu halde hastanın rızasının alınmasına da olanak bulunmazsa, hekimin tıp kurallarına uygun olarak yaptığı müdahale hukuka aykırı sayılmamalıdır⁸⁸. Zira bu halde, kişinin üstün nitelikteki özel yararına hizmet eden bir tıbbi müdahale söz konusudur⁸⁹.

Hasta Hakları Yönetmeliği m.5/d uyarınca “*Tıbbi zorunluluklar ve kanunlarda yazılı haller dışında, rızası olmaksızın kişinin vücut bütünlüğüne ve diğer kişilik haklarına dokunulamaz.*” Aynı yönetmelik m.24/f.VII hükmü uyarınca “*Hastanın rızasının alınamadığı hayati tehlikesinin bulunduğu ve bilincinin kapalı olduğu acil durumlar ile hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak durumun varlığı halinde, hastaya tıbbi müdahalede bulunmak rızaya bağlı değildir.*”

Örneğin, bir kazada yaralanmış ve kendisini kaybetmiş kişiye yapılan tıbbi müdahale, tıp biliminin çizdiği sınırlar içinde kalmak kaydıyla, kişinin hayatını kurtarmak amacıyla yapılmış olduğundan hukuka aykırı bir saldırı olarak değerlendirilemez⁹⁰.

Bir diğer örnekte ise, kişinin rızası alınarak girişilen bir ameliyat sırasında genel anestezi altındaki hastaya önceden öngörülemeyen, onun rızası dışında kalan, ancak tıbbi bir zorunluluk gereği yapılması gereken bir müdahalenin gerçekleştirilmesi de hukuka uygun sayılmalıdır⁹¹. Yargıtay’ın karşısına çıkan bir olayda, böbreğindeki taşı aldırarak için ameliyat masasına yatan hastanın böbreğindeki aşırı iltihaplanma sebebiyle böbreğin alınmasını zorunlu ve acil görerek

⁸⁷ AKİPEK, Jale G./ AKINTÜRK, Turgut/ ATEŞ KARAMAN, Derya, Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, 11. Bası, C.I, Beta Yayınevi, İstanbul 2014, s. 385.

⁸⁸ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 161; MÜLLER, s. 118, N. 47; DUC, s. 255; POGGIA, s. 337; BGE 133 III 121; TOPUZ, Seçkin, “Acil Tıbbi Müdahalede Bulunan Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, EÜHFD, C. III, S. 1, 2008, s. 293-313.

⁸⁹ ÇİLİNGİROĞLU, s. 51. Bu ihtimalde, kişinin “varsayılan rızası” gereği hekimin müdahalesinin hukuka uygun olacağına ilişkin bkz. MÜLLER, s. 119-120, N. 50-51; DUC, s. 257; POGGIA, s. 337-338; MANAİ, s. 355 vd. Tacir’e göre ise, hekimin hastanın rızasını varsayması kendi geleceğini belirleme hakkını zedeler. Bu durumda hekim, hasta adına da olsa aslında kendi iradesini ortaya koymaktadır. Kaldı ki acil durumlarda hasta iradesinin hangi yönde olduğunu varsaymak ve belirlemek imkânsızdır. Bu nedenle rızanın varsayımına dayanılarak değil, zorunluluk nedeniyle meşrulaştığı kabul edilmelidir (TACİR, s.174-175).

⁹⁰ Örnek için bkz. AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ-KARAMAN, s. 384; ÇİLİNGİROĞLU, s. 47.

⁹¹ ÇİLİNGİROĞLU, s. 47.

müdahalede bulunan hekimin söz konusu müdahalesi “*tıbben normal ve gerekli olanın yapılmış olması*” sebebiyle hukuka uygun sayılmıştır⁹².

Buna benzer olaylarda, hekimin hastanın rızasını aramaksızın doğrudan müdahale edebilmesi için; kişinin kendisinden veya kanuni temsilcilerinden hukuken kabul edilebilir bir rıza açıklamasının alınmasının durumun aciliyeti ve sair sebeplerle fiilen mümkün olmaması, tıbbi müdahalede bulunulmaması halinde hastanın ölüm tehlikesi veya sonradan telafisi çok güç olacak ağır zarara uğrama ihtimalinin kuvvetli olması koşullarının gerçekleşmiş olması gereklidir⁹³. Örneğin, nefes borusu tıkanan, şuurunu kaybetmiş olan bir hastanın hayata döndürülmesi için boğazında delik açılması halinde, durumun aciliyeti ve yaşam hakkının korunması gerekçesiyle söz konusu müdahalenin hukuka uygun sayılması gerekir⁹⁴.

Kişi, yaşamsal bir tehlike içinde bulunuyor ve yine de tedaviyi reddediyorsa, bu durumda yaşam hakkının üstünlüğü ve vazgeçilemez niteliği nedeniyle kişinin rızası hilafına da olsa müdahalede bulunmak gerekir⁹⁵. Buna örnek olarak, Türkiye’de bir hapishanede gerçekleştirilen ölüm oruçlarına hekimlerin müdahalesi gösterilebilir⁹⁶. Kişinin yemek yememeyi tercih etmesine müdahale etmek mümkün değildir. Ancak, ne zaman ki bu tercih sonucunda kişi ölüm tehlikesi içine girer, o durumda kişinin üstün özel yararı, yani yaşam hakkını korumak amacıyla hekimin tıp biliminin kurallarına göre yapacağı müdahale hukuka uygun hale gelir.

Başka bir örnek ise Yargıtay’ın çözüme kavuşturduğu bir meselede karşımıza çıkmıştır⁹⁷. “Aşı kararı” olarak basına da yansıyan bu olayda, anne ve baba çocuklarına yapılması tıbben zorunlu görülen bir aşıyı yaptırmaktan kaçınmış ve karşı çıkmış; buna rızalarının bulunmadığını yargılama sırasında ifade etmişlerdir. Olayda çocuğa uygulanacak aşının, gelecekteki hastalıklardan çocuğu birey olarak korumak ve toplum sağlığı açısından gerekli olan Sağlık Bakanlığınca belirlenen “genişletilmiş bağışıklık programı” uyarınca yapılması zorunlu aşılardan olduğu görülmektedir. Yargıtaya göre “*Böyle bir durumda çocuğun yasal temsilcileri uygulanacak aşı ile ilgili olarak aydınlatıldıkları halde, hiç bir haklı gerekçe ileri sürmeksizin buna rıza göstermiyorlarsa çocuğun menfaatine aykırı olan bu tavra hukuki sonuç bağlanamaz. Diğer bir ifadeyle ana ve babanın rıza göstermemeleri çocuğun üstün yararına açıkça aykırı ise rıza aranmaz.*” Görüldüğü kadarıyla Yargıtay burada çocuğun üstün özel yararını gözeterek velisinin rızası bulunmamasına rağmen çocuğun aşılınması gerektiği sonucuna varmıştır. Bunun yanında, aşının, çocuğun gelecekteki bireysel sağlığı yanında, toplum sağlığı açısından da

⁹² Yarg. 4.HD, T.05.03.1971, E. 10853/K. 2906 (Kazancı)

⁹³ ÇİLİNGİROĞLU, s. 48 vd.; OKTAY-ÖZDEMİR, s. 1327.

⁹⁴ Reisoğlu’na göre hastanın zımni muvafakati söz konusudur (REİSOĞLU, Seza, “Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu”, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Ankara 12-13 Mart 1982, 1983, s. 7).

⁹⁵ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 1331.

⁹⁶ Konuya ilişkin olarak bkz. BORAN, Bedia, “Açlık Grevi/Ölüm Orucuna Müdahale Sorunu, Tıbbi ve Hukuki Yaklaşım”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 65, S. 3, Yaz 2007, s. 96-104.

⁹⁷ Yarg. 2. HD T. 04.05.2015, E. 2014/22611, K. 2015/9162.

yapılması zorunlu olduğuna vurgu yaparak konunun kamu yararına da hizmet ettiğini açıklamıştır.

Bu kararı takiben Anayasa Mahkemesi, zorunlu aşı uygulanmasına ilişkin önüne gelen bir davada, farklı yönde görüş bildirmiştir⁹⁸. Zorunlu aşı uygulaması ebeveyn tarafından reddedilen çocukların, 5395 sayılı Kanun kapsamında korunmaya muhtaç çocuk olarak değerlendirilmesi ve bu kanun kapsamında sağlık tedbiri uygulanarak zorunlu aşının tatbik edilmesinin Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla yapılan bireysel başvuru hakkında verdiği kararda Anayasa Mahkemesi, tıbbi müdahalenin zorla uygulanmasının vücut bütünlüğüne ve bireysel hak ve özgürlüklere müdahale teşkil ettiğini, Anayasa'nın 17. maddesi hükmünde düzenlenen bu hak ve özgürlüğün kısıtlanmasının ancak bir kanun hükmüyle olabileceğini belirtmiştir. İlgili kanunun, doğan her çocuğa belirli bir yaş periyoduna bağlı olarak ve ebeveynin rızası hilafına, ilgili idarece belirlenecek olan her türlü aşının tatbiki yetkisi vermesinin kabul edilemeyeceği, bu bakımdan özgürlüklerin keyfi bir biçimde kısıtlanmasının kabul edilemeyeceği görüşünde olan Anayasa Mahkemesi, zorunlu aşının tatbiki bakımından kanuni dayanağın sağlanmadığı ve bu nedenle Anayasa'ya aykırı olduğu yönünde hüküm vermiştir.

Bir diğer örnekte ise, belirli bir tarikat mensup kişi, kendisine kan verilmesini tarikatın kuralları gereği reddederse, hekim bu tercihe saygı duymalıdır. Ancak, yaşam hakkı tehlikeye girmekteyse, söz konusu tıbbi müdahale kişinin üstün özel yararı gereği zorla, hastanın müdahaleye rıza vermemesine rağmen yapılmalıdır⁹⁹.

3- İlliyyet Bağı, Zarar ve Hastanenin Sorumluluktan Kurtulma İmkânı

119

Özel hastanenin sorumluluğuna gidilebilmesi için, sağlık personelinin tıbbi hizmetin ve bakım hizmetinin ifası sırasında hastaya zarar vermiş olması gereklidir. Buna karşın, özel hastane, üzerine düşen tıbbi organizasyonu özenle yerine getirmiş, personeli özenle seçmiş, onlara özenle talimat vermiş ve hastaneyi gerekli ve yeterli teçhizatla donatmış ise, adam çalıştırmanın sorumluluğundan kurtulma imkânına sahiptir (TBK m. 66).

B. Özel Hastanenin Organizasyon Kusurundan Doğan Sorumluluğu

Bir hukuki ilişkinin ihlali çoğu zaman doğrudan bir kişinin davranışı nedeniyle gerçekleşmekte iken, bazı durumlarda yine kişilerden kaynaklanan ama bu kez organizasyon bozukluğunun sebep olduğu eksiklik ve aksaklıklardan kaynaklanan durumlarla karşılaşılabilir.

Özel hastanelerin kusursuz sorumluluğu, sadece belirli bir sağlık personelinin (çalışanın) hastalara işin ifası sırasında zarar vermesi halinde değil, aynı zamanda, hastanenin işletme organizasyonundaki eksikliklerin zarara yol açması halinde de söz konusu olacaktır. Buna göre, özel hastane işleticisi, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli

⁹⁸ Anayasa Mahkemesi, Başvuru Numarası: 2013/1789, Karar Tarihi: 11/11/2015, R.G. Tarih ve Sayı: 24/12/2015-29572.

⁹⁹ REİSOĞLU, s. 6.

olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlüdür (TBK m. 66/III).

Bir özel hastane; işletme içindeki organizasyonu, üçüncü kişinin uğrayacağı muhtemel zararları mümkün olduğu kadar düşük tutulabilecek biçimde düzenlemelidir. Bu çerçevede, öncelikle personel arasında yer alan açık ve net bir yetki tanzimi, tehlikeli durumlar için gerekli koruyucu tedbirlerin alınmasında ve işbu tedbirlerin denetlenmesinde boşluk barındırmayan bir görev dağılımı ve personelin aşırı yük altında kalmasına yol açmayacak makul bir çalışma ve istihdam politikası gözetilmelidir¹⁰⁰.

Örneğin, hekimin gerekli testler yapılmadan teşhis koyması, testlerin yapılmış olmasına rağmen laboratuvar sonuçlarının yanıltıcı ve yanlış olması, tıbbi teçhizat eksikliği veya teçhizatın bakım ve onarımındaki eksiklik nedeniyle yanlış sonuçlar veren testler, hastabakıcının ve hemşirelerin hastanın bakımında görev paylaşımından kaynaklanan eksik hizmetleri, yeterli dezenfektasyonun yapılmaması nedeniyle hastalık bulaşmasına neden olan ekipman, uzman olmayan hekimin yürüttüğü cerrahi operasyonlar, anesteziye tıbbi teçhizat yaşanmasına bağlı sorunlar vb. hallerde, ortaya çıkan zarar, aslında hastanenin tıbbi organizasyonu hastaya veya hastaneyi ziyaret eden üçüncü kişilere zarar vermeyecek şekilde kuramamış olmasından kaynaklanmaktadır. Tüm bu örneklerde, özel hastane, organizasyon kusuru nedeniyle TBK m. 66/III hükmü uyarınca sorumlu olacaktır. Dikkat edilecek olursa, burada, doğrudan hastanenin kusurlu bir davranışı bulunmamakta, hastane yeterli tıbbi organizasyonu kuramamış olmaktan dolayı meydana gelen zarardan sorumlu tutulmaktadır.

Sonuç

Özel hukuka tâbi olarak kurulan ve işletilen özel hastanelerin hukuki sorumluluğu da özel hukuka tâbi olacaktır. Buna göre, özel hastaneler, hastayla aralarındaki sözleşmesel ilişkiden doğan teşhis ve tedavi, aydınlatma, sadakat ve özen ile genel bakım yükümlülüklerini ihlal etmeleri halinde, hastaların bundan doğan zararlarını tazmin ile yükümlü olacaklardır. Dikkat edilecek olursa, işbu tazminat yükümü, hastanenin kendi fiilinden doğmamaktadır. Özel hastane, hastaya karşı olan yükümlülüklerini sağlık çalışanları vasıtasıyla ifa etmekte olduğundan, söz konusu çalışanların davranışlarından kaynaklanan borca aykırılıktan, yani ifa yardımcılarının borca aykırı fiillerinden TBK m. 116 gereğince sorumlu olacaktır.

Öte yandan, özel hastanelerin hastalara karşı sözleşme dışı sorumluluğu da söz konusu olabilir. Hastaların vücut bütünlüğüne müdahale teşkil eden tıbbi müdahaleler için hastanın aydınlatılmış rızası geçerli surette alınmamış ise, tıbbi müdahalenin yapılmasında üstün özel ya da kamu yararı da bulunmuyorsa, söz konusu tıbbi müdahale hukuka aykırı olacak ve bir mutlak ihlali olduğundan haksız fiil teşkil edecektir. Bu ihtimalde, özel hastane, emir ve talimatı altında çalışan sağlık personelinin işlerini ifa ederken üçüncü kişilere (hastalara) karşı işledikleri haksız fiillerden TBK m. 66 uyarınca sorumlu olacaktır. İşbu sorumluluk, özen yükümlülüğüne dayalı bir kusursuz sorumluluk hali olduğundan, özel hastane işleticisi, personelini seçerken, onlara talimat verirken,

¹⁰⁰ BGE 110 II 463 vd.; BGE 96 II 360.

onları denetlerken gerekli dikkat ve özeni gösterdiğini ispat etmek suretiyle bu sorumluluktan kurtulabilecektir.

Bunun yanında, özel hastane işleticisi, hastane işletmesinin tıbbi organizasyonunu kurarken ve yürütürken üçüncü kişilere zarar gelmesini önleyecek gerekli tedbirleri almış olduğunu, organizasyonu kişilere zarar vermeyecek tarzda kurduğunu ispatlayamaz ise, organizasyon kusuru nedeniyle TBK m. 66/III hükmü uyarınca sorumlu olacaktır.

Kaynakça

ADIGÜZEL, Sibel, Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 5, S. 19, Ekim 2014, s. 943-995.

AKİPEK, Jale G./ AKINTÜRK, Turgut/ ATEŞ KARAMAN, Derya, Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, 11. Bası, C.I, Beta Yayınevi, İstanbul 2014.

AKKANAT, Halil, “Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Görünüm Tarzları ve Sorumluluk Düzeni”, Özer Seliçi’ye Armağan, Ankara 2006, s. 25-40.

ARPACI, Abdülkadir, “Özel Hukuk Açısından Tıbbi Müdahaleye Rıza Beyanı, Buna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Yolları”, YÜHFD C. VI S. 2 Y. 2009, s. 5-14.

AŞÇIOĞLU, Çetin: Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar, Ankara 1993.

AYAN, Mehmet: Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, İstanbul 1991.

BAŞPINAR, Veysel: “Hekimin Özen Borcu”, Sağlık Hukuku Sempozyumu (15-16 Mayıs 2006, Erzincan), Ankara, 2007, s. 23-38.

BECKER, Hans: Berner Kommentar (BK), Bd. VI, Obligationenrecht, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, 2. Auflage, Bern 1941.

BİLGİN, Pertev: Kamu Hizmeti Hakkında, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Sayı 1, Mart 1980.

BORAN, Bedia, “Estetik Cerrahi Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, Ankara Barosu II. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Kasım 2008, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2009, s. 253-260.

BORAN, Bedia, “Açlık Grevi/Ölüm Orucuna Müdahale Sorunu, Tıbbi ve Hukuki Yaklaşım”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 65, S. 3, Yaz 2007, s. 96-104.

BREHM, Roland: Berner Kommentar (BK), Bd. VI, Obligationenrecht, 1. Abteilung, Lieferung 1, Kommentar zu Art. 41-44 OR, Bern 1986.

CANBOLAT, Ferhat: “Kamu Hastanesinde Yapılan Tıbbi Müdahalede Hekimin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğunun Dayanağı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Ocak-Şubat 2009, Sayı 80, s. 156-181.

ÇAL, Serdar: Kamu Hizmeti Kavramı Üzerine Kimi Düşünceler, s. 1-96 (www.idare.gen.tr, erişim: 11 Nisan 2019).

ÇİLİNGİROĞLU, Cüneyt: Tıbbî Müdahaleye Rıza, İstanbul 1993.



DEMİR, Mehmet: “Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2008, s. 235-252.

DEMİR, Mehmet: Hekim ve Hastane Yönünden Tıbbi Sorumluluk Hukuku, Ankara 2018.

DESCHENAUX, Henri/ TERCIER, Pierre: La responsabilité civile, 2ième édition, Bern 1982.

DEUTSCH, Erwin: Allgemeines Haftungsrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil, Köln-Berlin 1976.

DOĞAN, Murat: “Özel Hastanelerin Tazminat Sorumluluğu”, Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği, Lefkoşa 2014, s. 21-62.

DUC, Jean-Michel, “Responsabilité du médecin, le consentement thérapeutique et le consentement économique éclairés du patient”, AJP, Dike Verlag, 2011, s. 253-262.

ENGEL, Pierre: Traité des obligations en droit suisse, 2e édition, Stämpfli, Berne 1997.

ER, Ünal, Sağlık Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara 2008.

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.

FİDAN, Nurten, “Hekimin Tıbbi Müdahaleleri Nedeniyle Sorumluluğu”, TAAD, C. 1, Yıl 1, Sayı 3, 2010, s. 349-362.

GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku, C.II, Bursa 2003.

GÖZPINAR-KARAN, Gülşah: Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2015.

GROSS, Jost: Haftung für medizinische Behandlung im Privatrecht und im öffentlichen Recht der Schweiz, Bern 1987.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. I-II, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.

HAKERİ, Hakan: “Hastane Yönetiminin Sorumluluğu”, Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2009, s. 161-170.

HATIRNAZ-EROL: Gültezer, Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları, 5. Bası, Ankara 2017.

HONSELL, Heinrich: Schweizerisches Haftpflichtrecht, 2. Auflage, Zürich 1996.

IŞIK-YILMAZ, Berfin: “Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, TBB Dergisi, S. 98, Ankara 2012, s. 389-410.

KAHRAMAN, Zafer: “Medeni Hukuk Bakımından Hastanın Tıbbi Müdahaleye Rızası”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 7, Sayı 1, 2016, s. 479-510.

KANETİ, Selim: “Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I Sempozyumu, İstanbul 1980.

KAYA, Mine: “Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu”, TBB Dergisi, S. 100, Ankara 2012, s. 45-82.



KELLER, Max/GABI, Sonja: Das schweizerische Schuldrecht, Bd. II, Haftpflichtrecht, 2.Auflage, Basel-Frankfurt 1988.

KICALIOĞLU, Mustafa: “Yargı Kararları Işığında Doktorun (Hekimin) Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluğu”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl:1, Sayı:4, Aralık Ankara 2006, s. 16-29.

KUHN, Moritz W./ POLEDNA, Tomas, Artzrecht in der Praxis, 2. Auflage, Schultess 2007.

KUHN, Moritz: “Die Rechtliche Beziehung zwischen Arzt und Patient”, Handbuch des Arztrechts, Zürich 1994.

KUNTALP, Erden, Karışık Muhtevalı Akit, 2. Bası, Ankara 2013.

LARENZ, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, Allgemeiner Teil, 14. Auflage, München 1987.

MANAÏ, “Le devoir d’information du médecin en procès”, La semaine judiciaire, SJ 2000 II, s. 341-371.

MÜLLER, Cristoph, “La responsabilité civile du médecin”, Quelques actions en responsabilité, Heraus. François Bohnet, CEMAJ, Faculté de droit de l’Université Neuchâtel, 2008, s. 99-143.

OFTINGER, Karl/STARK, Emil W.: Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 5. Auflage, Zürich 1995.

OĞUZMAN, M. Kemal/ ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017.

OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 14. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014.

OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, “Tıbbi Müdahaleye ve Tıbbi Müdahalenin Durdurulmasına Rızanın Kimler Tarafından Verileceği”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 1315-1351.

OSER, Hugo/ SCHÖNENBERGER, W.: İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, m. 41-109, çeviren: Recai Seçkin, Ankara 1950.

OZANOĞLU, Hasan Seçkin: “Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü”, AÜHFD, C.52, S.3, 2003, s. 55-77.

ÖZAY, İl Han: Günışığında Yönetim, İstanbul 2004.

ÖZDEMİR, Hayrunnisa, Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinde Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü, AÜEHFD, C. XII, S. 3-4 2008, s. 347-379 (Aydınlatma).

ÖZDEMİR, Hayrunnisa: Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Ankara 2004 (Teşhis ve Tedavi).

ÖZEL, Çağlar/ LEBLEBİCİ, Doğan N.: “Organizasyon Kusurundan Doğan Zarar Açısından Özel Hastane ve Hekimlerin Sorumluluklarına Kısa Bir Bakış”, Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, Cilt 10, Sayı 2, 2007, s. 177-200.

ÖZER, Çağlar: “Türk Hukukunda Estetik Cerrah ile Hasta Arasındaki Hukuki İlişkinin Niteliği”, Ankara Barosu II. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Kasım 2008, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2009, s. 241-252.

ÖZPINAR, Berna, Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamanın Hukuki Sonuçları, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2007.

ÖZSUNAY, Ergun, “Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları”, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, MHAUM, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1983.

ÖZSUNAY, Ergun: “Hekim ve Hastanenin Sorumluluğu”, A'dan Z'ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007, s. 89-96.

PETEK, Hasan: “Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 1, 2006, s. 177-239.

POGGIA, Mauro: “Consentement du patient”, Haftpflicht- und Versicherungsrecht/Droit de la responsabilité civile et des assurances – Liber amicorum Roland Brehm, Stämpfli Verlag, 2012, s. 335-348.

REİSOĞLU, Seza, “Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu”, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Ankara 12-13 Mart 1982, 1983.

SCHWENZER, Ingeborg: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bern 1998.

SEÇER, Öz: “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 2013/1, s. 107-148.

SOYASLAN, Doğan: “Estetik Cerrahi Müdahaleler ve Doktorların Sorumluluğu”, Ankara Barosu II. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Kasım 2008, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2009, s. 261-271.

SÖZÜER, Adem/ YASİN, Melikşah/ KURŞAT, Zekeriya, “Hatalı Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Sorumluluk”, Hastane Yönetimi, Nobel Tıp Kitabevleri, Bölüm 66, 2013, s. 1017-1034.

ŞENOCAK, Zarife: “Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası”, AÜHFD, C.50, S.4, Ankara 2001, s. 65-80.

ŞENOCAK, Zarife: Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara 1998.

ŞİMŞEK, Uğur: “Sağlık Hukukunda Aydınlatılmış Rıza”, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, DEÜHFD, C. 16, Özel Sayı, İzmir 2014, s. 3535-3556.



TACİR, Hamide: Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011.

TAN, Turgut: Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı, s. 233-252 (www.anayasa.gov.tr, erişim: 11 Nisan 2019).

TANDOĞAN, Halûk: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. I-II, 5. Tıpkı bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010 (Borçlar).

TANDOĞAN, Halûk: Türk Mesuliyet Hukuku, İstanbul 2010 (Mesuliyet).

TEKİNAY, Selahattin Sulhi/ AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Haluk/ ALTOP, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.

TİRYAKİ, Refik: Ekonomik Özgürlükler ve Anayasa, Ankara 2008.

TOPUZ, Seçkin, “Acil Tıbbi Müdahalede Bulunan Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, EÜHFD, C. III, S. 1, 2008, s. 293-313.

UYGUR, Atiye: Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2009 (acikarsiv.ankara.edu.tr, erişim: 11 Nisan 2019).

Von TUHR, Andreas/ PETER, Hans: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 3. Auflage, Schultess, Zürich 1979.

WERRO, Franz: “La responsabilité civile médicale: vers une dérive à l’américaine?”, La responsabilité médicale, Institut de droit de la santé, Neuchâtel 1996, s. 3-31.

YAĞCI, Mine: Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk, İstanbul 2018.

YAVUZ-İPEKYÜZ, Filiz, “Hekimin Tazminat Sorumluluğu” Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 20, Sayı: 33, Yıl: 2015, s. 19-61.

YILMAZ, Battal, “Aydınlatılmış Rıza”, Sağlık Hukuku Digestası, Yıl:1 S. 1, Ankara Barosu Yayınları, 2009, s. 167-180.

ZEYTİN, Zafer: İfa Yardımcısının (Sağlık Çalışanlarının) Fiillerinden Sorumluluk, 90. Yıl Armağanı, s. 1423-1441.

1 OCAK 2018 TARİHİNDE YÜRÜRLÜĞE GİREN REVİZYONLA İSVİÇRE MEDENİ KANUNU'NDA EVLAT EDİNMEYE İLİŞKİN HÜKÜMLERDE YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

Doç. Dr. Canan Yılmaz

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Öz

İsviçre Medeni Kanunu'nda (İMK/ZGB) evlat edinmeye ilişkin hükümlerde kabul edilen değişiklikler çerçevesinde revize edilen evlat edinme hukuku 01.01.2018 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Anılan revizyonla, evlat edinme şartları esnetilmiş ve evlat edinmenin gizliliği gevşetilmiştir .

İMK m. 264d/I uyarınca; çocuk ile evlat edinmek isteyen kişiler arasındaki yaş farkı 16 yaştan az ve 45 yaştan fazla olamaz. İMK m. 264d/II uyarınca da; çocuğun yararının korunması açısından gerekli ise bundan ayrılabilmesi kabul edilerek, evlat edinmek isteyen kişilerin bu durumdan ayrılmayı gerekçelendirmek zorunda oldukları kabul edilmiştir.

İMK m. 264c/I uyarınca; çocuğun anne babasıyla evli olan veya tescil edilmiş bir birliktelik yaşayan veya fiili bir hayat ortaklığı sürdüren kişi, o çocuğu evlat edinebilir. İMK m. 264c/II'ye göre çiftler en az üç yıldan beri ortak yaşamı sürdürmelidir. Böylece, üvey çocuğun evlat edinilmesinin yolu İsviçre'de 1 Ocak 2018 tarihinden itibaren tescil edilmiş birliktelikler, farklı ve eşcinsel fiili hayat ortaklıkları açısından da açılarak eşitsizlikler ortadan kaldırılmıştır; zira, mevcut hukuka göre sadece evli kişiler, eşlerinin çocuklarını evlat edinebilmekteydiler .

Revizyonla, evlat edinmeye ilişkin genel şartlar da esnetilmiş ve çocuğun yararının gerektirmesi halinde bu şartlardan ayrılabilmesi de kabul edilmiştir. Birlikte evlat edinme ve tek başına evlat edinme halinde evlat edinmek isteyen kişilerin asgari yaşı 35 yaştan 28 yaşa indirilmiş ve eşlerin çift olarak ilişkilerinin asgari süresi beş yıldan üç yıla indirilmiştir. Bu noktada belirleyici olan artık evliliğin süresi değil ortak hayatın süresidir . İMK m. 264a/I uyarınca; birlikte evlat edinme halinde, eşlerin evlat edinebilmeleri için en az üç yıl ortak hayatı sürdürmeleri gerekmektedir. Ancak, İMK m. 264a/II'ye göre çocuğun yararının korunması için gerekli ise asgari yaş şartından ayrılmak mümkün olabilecektir. Eşler, bu durumu gerekçelendirmek zorundadırlar.

Evlat edinme gizliliği de gevşetilerek, hem gerçek ebeveynlerin, evlatlık verdikleri çocuğun kimliğiyle ilgili bilgileri edinebilecekleri, hem de evlatlığın kendi soybağı hakkında bilgi sahibi olmasına ilişkin talebi kabul edilmiştir (İMK m. 268b, 268c).

Anahtar Kelimeler: Evlat edinme hukuku, 1 Ocak 2018 tarihli İsviçre Medeni Kanunu'nda Revizyon, üvey çocuğu evlat edinme, alt ve üst sınır yaş farkı, evlat edinme gizliliğinin gevşetilmesi

I. Genel Olarak

İsviçre Medeni Kanunu'nda (İMK/ZGB) evlat edinmeye ilişkin hükümlerde kabul edilen değişiklikler çerçevesinde revize edilen evlat edinme hukuku 01.01.2018 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Anılan revizyonla birlikte evlat edinme şartları esnetilmiş ve evlat edinmenin gizliliği gevşetilmiştir¹. Revizyon gerekçesinde, İsviçre'de evlat edinme hukukunda 1970'li yıllarda kapsamlı bir revizyondan geçirildiği ve o zamandan bugüne kadar meydana gelen çeşitli toplumsal gelişmelerin bu revizyonda dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir².

Revizyon gerekçesinde, revizyonun hareket noktası olarak eşcinsel çiftlerin, İsviçre'de 2007 tarihinden itibaren birlikteliklerini tescil ettirebildikleri, bu şekilde, çeşitli açılardan evlilikle kıyaslanabilir karşılıklı hak ve yükümlülüklerin olduğu bir hayat ortaklığı ile bağlı oldukları ifade edilerek fiili birlikteliklerin sayısının da devamlı olarak arttığına değinilmiştir. Sonuç olarak revizyon gerekçesinde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, evlat edinme hukukuna ilişkin olarak son yıllarda yol gösterici nitelikte çeşitli kararlar verdiği belirtilerek bütün bunların, kural olarak sadece evli çiftlerin bir çocuğu evlat edinebilmesine imkan veren mevcut evlat edinme hukukunun günümüzün taleplerine artık uyum sağlamadığını çok açık bir şekilde ortaya koyduğuna yer verilmiştir³.

Sözkonusu revizyonla, evlat edinme kararının merkezinde çocuğun yararının yer alması gerektiğine ilişkin arzu daha da güçlendirilmiştir: Evlat edinmeye ilişkin şartların çocuğun yararına olması halinde, belirli şartlardan ayrılma imkanı tanınarak takdir yetkisi alanı genişletilmiştir. Böylece önceden mümkün olmayan bazı durumlar; örneğin evlat edinecek ebeveynler açısından kabul edilen asgari 35 yaş şartı 28'e düşürülmüş yine evlat edinilecek çocuk ile evlat edinenler arasındaki alt ve üst yaş farklarından ayrılma imkanı kabul edilmiştir. Böylece, somut olayın değerlendirilmesi çok daha iyi bir şekilde dikkate alınabilmektedir⁴. Başka bir ifadeyle, somut olayın tüm şartları dikkate alındığında, evlat edinme başvurusunun gerçekten evlat edinilecek çocuğun yararına olup olmadığının şimdiye kadar olduğundan daha da net bir şekilde çözüme kavuşturulması gerekmektedir. Özellikle, evlat edinmeye ilişkin şartların şematize edilmesinden mümkün olduğu kadar kaçınılması gerektiği yine revizyon gerekçesinde vurgulanmıştır⁵.

Anılan revizyonla ayrıca, belirli kişiler veya kişi grupları açısından evlat edinme yolunun prensip olarak kapalı olmamasının da sağlanması gerektiği yine gerekçede belirtilmiştir⁶.

¹ <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-67489.html>. (Erişim tarihi: 10.01.2019).

² <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2015/877.pdf>, 878. (Erişim tarihi: 10.01.2019).

³ <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2015/877.pdf>, 878. (Erişim tarihi: 10.01.2019).

⁴ <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2015/877.pdf>, 878. (Erişim tarihi: 10.01.2019).

⁵ <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2015/877.pdf>, 900. (Erişim tarihi: 15.02.2019).

⁶ <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2015/877.pdf>, 900. (Erişim tarihi: 15.02.2019).

II. Evlat Edinmeye İlişkin Belirli Şartlarda Esneklik

Bu düşüncelerden hareketle, revizyonla birlikte kural olarak her ergin kişinin yaşından ve çocukla arasındaki yaş farkından bağımsız olarak evlat edinme yolunun açılmasına yönelik bir çözüm sunulmuştur. İlgili kişinin fiilen evlat edinebilip edinemeyeceği yetkili onay makamı tarafından somut olayda kapsamlı olarak netleştirilmelidir, ki kanunda bu onamanın denetlenmesi çerçevesinde hangi kriterlerin dikkate alınması gerektiği öngörülebilir (evlat edinecek kişinin yaşı, evlat edinilecek kişi ile arasındaki yaş farkı, kişisel ilişkiler ve ilgili kişilerin yaşam koşulları vs.)⁷. Bu noktada kanun önceden olduğu gibi şekli şartları içerebilir (örneğin asgari ve azami yaş farkı gibi). Kanunda öngörülen bu talimatlar, sözkonusu şartlar yerine getirilmediği takdirde kural olarak evlat edinmenin çocuğun yararına hizmet etmediğine ilişkin sadece bir karineyi göstermektedir. Somut olayın incelenmesi neticesinde ve çocuğun yararının korunması için belirli durumlarda kanunda öngörülen bu talimatlardan ayrılmak ve evlat edinmeye onay vermek mümkün olabilmelidir. Evlat edinmek isteyen kişi, kendisine tanınan istisnaya ve belirli bir şarttan ayrılmayı gerektirecek bu duruma dayanan kişi, somut olayda bu sapmanın çocuğun yararına olduğunu gerekçeli olarak açıklamak zorundadır. Bu aşamada onama makamı kendisini bu şartın yerine getirilmesinden muaf tutacaktır⁸.

Revize edilen hükümlerin yürürlüğe girmesiyle birlikte evlat edinmeye ilişkin genel şartlar da esnetilmiştir. Ayrıca çocuğun yararının gerektirmesi halinde bu şartlardan ayrılabilceği de kabul edilmiştir. Birlikte evlat edinme ve tek başına evlat edinme halinde evlat edinmek isteyen kişilerin asgari yaşı 35 yaştan 28 yaşa indirilmiş ve eşlerin çift olarak ilişkilerinin asgari süresi beş yıldan üç yıla indirilmiştir. Bu noktada belirleyici olan artık evliliğin süresi değil ortak hayatın süresidir⁹. İMK m. 264a/I uyarınca; birlikte evlat edinme halinde, eşlerin evlat edinebilmeleri için en az üç yıl ortak hayatı sürdürmeleri gerekmektedir. Ancak, İMK m. 264a/II'ye göre çocuğun yararının korunması için gerekli ise asgari yaş şartından ayrılmak mümkün olabilecektir. Eşler, bu durumu gerekçelendirmek zorundadırlar.

a. İlişki Süresi

Evlat edinecek olan ebeveynlerin evlilik süresinin asgari bir süre olarak belirlenmesiyle kanun koyucu evlat edinme kurumunun eline, talep edilen istikrar ve sürekliliğin saptanmasına ilişkin objektif bir kriter vermiştir. İlişkinin belirli bir zaman dilimi süresince devam etmiş olması ve bunun korunmasına yönelik talep önceden olduğu gibi istikrar şartının yerine getirilmesi açısından önemli bir göstergedir¹⁰.

Federal Konsey, evlat edinme işlemleri başlamadan önce, öncelikle bütün çift ilişkilerinde (evli eşler, tescil edilmiş birliktelik yaşayan çiftler ve fiili hayat ortaklığında), ortak hayatın kurularak en az 3 yıl kesintisiz birlikte yaşamanın aranması gerektiğini önermiştir. Böylece, bir ilişkinin

⁷ <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2015/877.pdf>, 900. (Erişim tarihi: 15.02.2019).

⁸ <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2015/877.pdf>, 900. (Erişim tarihi: 15.02.2019).

⁹ <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-67489.html>. (Erişim tarihi: 15.02.2019).

¹⁰ <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2015/877.pdf>, 901. (Erişim tarihi: 02.03.2019).

istikrarına ilişkin olarak evlilik veya tescil edilmiş birliktelikler gibi bir kurumun süresinden bir sonuç çıkarılamayacağı, aslında daha çok ortak hayatta tarafların birlikte yaşama sürelerinin önemli olduğu gerekçe vurgulanmıştır¹¹.

b. Alt yaş sınırının indirilmesi

Revizyon öncesindeki mevcut hukuka göre, birlikte evlat edinme ancak eşlerin en azından beş yıldan beri evli olmaları veya 35 yaşında olmaları halinde mümkün olabilmekteydi ve 35 yaş sınırının her iki eş tarafından da sağlanması gerekmekteydi. İsviçre hukukunda öngörülen 35 yaş sınırının diğer ülkelerin hukuki düzenlemeleriyle mukayese edildiğinde gerçekten aşırı derecede yüksek olduğu, evlat edinmek isteyen birçok çifti evlat edinmeden dışladığı ve uluslararası alanda artık yer bulamadığına revizyon gerekçesinde işaret edilmiştir¹².

Bu bağlamda Federal Konsey, evlat edinmek isteyen kişinin açısından asgari yaş şartının, hem birlikte evlat edinme hem de tek başına evlat edinme durumunda 28 yaş olarak belirlenmesini önermiştir. Bu yaşta artık kural olarak gerekli kişisel olgunluğa erişildiği kabul edilmektedir¹³.

Ancak üvey çocuğun evlat edinilmesi açısından asgari bir yaş şartı öngörülmemiştir. Zira, bu evlat edinme tipinde çocuk zaten üvey ebeveyniyle birlikte yaşamakta ve dışarıdan gelen yabancı bir çocuk gibi değerlendirilmemektedir¹⁴.

III. Asgari ve Azami Yaş Farkı

01.01.2018 tarihinde yürürlüğe giren revizyonla birlikte İMK m. 264d/I uyarınca; çocuk ile evlat edinmek isteyen kişiler arasındaki yaş farkı 16 yaştan az ve 45 yaştan fazla olamaz. Ancak, yeni düzenlemede öngörülen bu yaş farkları mutlak nitelikte değildir. Zira, İMK m. 264d/II uyarınca da; çocuğun yararının korunması açısından gerekli ise bundan ayrılabilmesi kabul edilerek, evlat edinmek isteyen kişilerin bu durumdan ayrılmayı gerekçelendirmek zorunda oldukları kabul edilmiştir.

2018 tarihli revizyonla öngörülen asgari 16 yaş farkı yine kural olarak sağlanmalıdır ancak yeni düzenlemelerde haklı sebeplerin sözkonusu olması halinde istisnalara izin verilmiştir. Bu doğrultuda, somut olayın genel olarak değerlendirilmesi çerçevesinde özellikle çocuğun yararının dikkate alınmasıyla birlikte uygun bir çözüm yolu mümkün olabiliyorsa istisnalar sözkonusu olabilecektir. Örneğin birden fazla üvey çocuğun evlat edinilmesi durumunda, üvey ebeveyn bir veya birden fazla kardeşi evlat edinebilecekken, kardeşlerden biri ile üvey ebeveyn arasında yeterli yaş farkı olmadığı için onun açısından evlat edinme başarıyla sonuçlanamayacaktır/gerçekleşemeyecektir. Bu durum da aynı aile içindeki üvey çocuklar arasında eşitsizliğe yol açacak ve çocuğun yararına aykırılık oluşturacaktır¹⁵.

¹¹ <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2015/877.pdf>, 903. (Erişim tarihi: 02.03.2019).

¹² <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2015/877.pdf>, 903. (Erişim tarihi: 02.03.2019).

¹³ <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2015/877.pdf>, 904. (Erişim tarihi: 30.03.2019).

¹⁴ <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2015/877.pdf>, 904. (Erişim tarihi: 30.03.2019).

¹⁵ <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2015/877.pdf>, 904. (Erişim tarihi: 30.03.2019).

Yeni düzenlemelerle, İMK'da ilk defa bir azami yaş farkı öngörülmüştür. Revizyonda, evlat edinmek isteyen ebeveynler açısından azami bir yaşı belirlenmesinden kaçınılmıştır. Evlat edinmek isteyen ebeveynlerle evlatlık arasındaki azami yaş farkıyla aslında evlat edinmek isteyen ebeveynler üzerinde değil çocuk üzerinde odaklanılmaktadır. Zira, çocuğun yaşı ebeveynlerin azami yaşını belirlemektedir. Başka bir ifadeyle, evlat edinmek isteyen ebeveynlerin azami yaşı, evlatlık alınacak kişinin yaşına bağlıdır; örneğin bir bebek için ebeveynlerin 45 yaş civarında olmaları, 10 yaşındaki bir çocuk için 55 yaşında olmaları sözkonusudur¹⁶. İsviçre Federal Mahkeme'si de, evlat edinmek isteyen ebeveynlerin evlat edinebilmek için gerekli olan nitelikleri, sadece evlat edinme anında değil, öngörülebildiği ölçüde, evlatlık alınacak kişinin ergin olmasına kadar geçecek olan tüm zaman dilimi boyunca sağlamaları gerektiğini belirtmiştir¹⁷.

Her iki ebeveyn de azami 45 yaş farkını aşmışsa, herhalukarda olumsuz bir öngörü ortaya çıkmaktadır. Eğer sadece evlat edinecek eşlerden biri yaş farkını aşmışsa, talep edilen şartlara ilişkin bir uzlaşma teklif edilmelidir. Daha önce zaten bir ilişkinin sona ermesini yaşamak zorunda kalan çocuğun mümkün olduğu kadar kalıcı bir aile bağının kurulmasının sağlanması düşüncesi ön planda yer almalıdır. Birlikte evlat edinme halinde çocuk, her iki ebeveynle de bir ilişki kurmaktadır. Bu yüzden her ikisinin de mümkün olduğu kadar çok, bu anlamda, öngörülebildiği ölçüde, evlatlık çocuğun yetişkin olma çağına kadar ve sonrasında ona aktif olarak eşlik etmeleri gerekmektedir¹⁸.

İMK'da öngörülen bu azami yaş farkı ile evlat edinme yolu maddi olarak sınırlandırılmıştır, ancak aynı zamanda çocuğun yararının korunması için somut olayda bazı özel şartlar altında, ebeveynlerden biri veya her ikisi de azami yaş farkını aşsa bile, evlat edinmenin mümkün olabileceği de belirtilmelidir. Örneğin, ilerideki evlat edinecek ebeveynler ile evlat edinilecek olan çocuk arasında koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde zaten bir güven ilişkisi kurulmuşsa¹⁹.

IV. Revizyon Çerçevesinde Evlat Edinme Türleri

a. Birlikte evlat edinme: Sadece evli eşler açısından

Birlikte evlat edinme hali İsviçre hukukunda bundan sonra da sadece evli eşlere özgülenmiştir. Başka bir ifadeyle evliliğin kurulması şekli bir şart olarak öngörülmüştür, bu olmadan evlat edinme mümkün değildir. Yukarıda da belirtildiği üzere, yabancı bir çocuğun, birlikte evlat edinilmesi, evlilik süresine değil, kurulmuş olan ortak hayatın süresine bağlıdır. Ayrıca, evlat edinmek isteyen çiftlerin asgari yaşı 28'e indirilmiştir²⁰.

¹⁶ <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2015/877.pdf>, 905. (Erişim tarihi: 30.03.2019).

¹⁷ BGE 125 III 161, 167 vd.

¹⁸ <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2015/877.pdf>, 900.905-906. (Erişim tarihi: 30.03.2019).

¹⁹ <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2015/877.pdf>, 906. (Erişim tarihi: 30.03.2019).

²⁰ <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2015/877.pdf>, 906. (Erişim tarihi: 30.03.2019).

b. Tek başına evlat edinme: Tescil edilmiş birliktelikler açısından da

Revizyon öncesindeki mevcut hukuka göre eşcinsel kişilerin tek başına evlat edinebilmeleri ancak tescil edilmiş bir birliktelik içinde yaşamamaları halinde mümkündür. Buna karşılık, tescil edilmiş bir birliktelik varsa tek başına evlat edinme açıkça yasaklanmıştır. Ancak, evli bir kişi açısından belirli şartları taşıdığı sürece bu imkan açık bırakılmıştır. Bu sınırlama bugün için artık geçerliliğini kaybetmişti üstelik bu yasaklama sadece cinsel tercihleri sebebiyle tescil edilmiş bir birliktelik içinde yaşayan bir kişinin evli kişiler karşısında ayrımcılık yapılmasına yol açmaktadır. Bu doğrultuda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, E.B.vs Fransa kararında, homoseksüel (eşcinsel) kişilerin sadece cinsel tercihleri sebebiyle tek başlarına evlat edinmekten dışlanamayacaklarını hüküm altına almıştır. Bu sebeple, tescil edilmiş bir birliktelik içinde bulunan kişilerin de tek başına evlat edinemelerine ilişkin imkanın getirilmesi önerilmiştir. Bu şekilde, tek başına evlat edinmenin fiilen çocuğun yararıyla uyum içinde olup olmadığı somut olayda onay makamı tarafından denetlenmeli ve hatta bu denetleme evli kişiler, tescil edilmiş birliktelik yaşayan kişiler ve bekar kişiler açısından aynı şekilde yapılmalıdır²¹.

c. Üvey Çocuğun Evlat Edinilmesi

İMK m. 264c uyarınca, çocuğun yararının gerektirmesi halinde, üvey çocuğun evlat edinilmesinin yolu İsviçre’de 1 Ocak 2018 tarihinden itibaren tescil edilmiş birliktelikler veya farklı ve eşcinsel fiili hayat ortaklıkları açısından da açılmıştır. Böylece eşitsizlikler ortadan kaldırılarak çocuk ile üvey ebeveyn arasındaki ilişki hukuken de güvence altına alınmıştır. Zira, mevcut hukuka göre sadece evli kişiler, eşlerinin çocuklarını evlat edinebilmekteydiler²². İMK m. 264c/I uyarınca; Çocuğun anne babasıyla, evli olan veya tescil edilmiş bir birliktelik yaşayan veya fiili bir hayat ortaklığı sürdüren kişi, o çocuğu evlat edinebilir. İMK m. 264c/II’ye göre çiftler en az üç yıldan beri ortak yaşamı sürdürmelidir. Bütün durumlar açısından, çiftlerin evlat edinme talebine ilişkin başvuruda bulunabilmelerinden önce en az üç yıldan beri ortak hayatı sürdürmüş olmaları şartı öngörülmüştür. Bu koşuldan sapma bu noktada mümkün değildir²³. İMK m. 264c/III uyarınca da fiili hayat ortaklığını sürdüren kişilerin evli olmaları veya tescil edilmiş bir birliktelikle bağlı olmalarının gerekmediği düzenlenmiştir.

Avrupa ülkelerinin çoğunluğu üvey çocuğu evlat edinme imkanını evli çiftlerle sınırlandırmıştır. Ancak, Belçika, İzlanda, Hollanda, Portekiz, Romanya, Rusya, Slovenya, İspanya, Ukrayna ve İngiltere üvey çocuğun evlat edinilmesine fiili hayat ortaklığı olarak nitelendirilen, evli olmayan farklı cinsler arasındaki hayat ortaklığı açısından da izin vermiştir²⁴.

Eşcinsel çiftlerin birlikte evlat edinemelerine izin veren ülkeler arasında halen Belçika, Danimarka, İzlanda, Hollanda, Norveç, İspanya, İsveç, Birleşik Krallık yer almaktadır²⁵. Eşcinsel çiftlerin

²¹ <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2015/877.pdf>, 906-907. (Erişim tarihi: 30.03.2019).

²² <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-67489.html>. (Erişim tarihi: 30.03.2019).

²³ <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2015/877.pdf>, 878. (Erişim tarihi: 01.04.2019).

²⁴ <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2015/877.pdf>, 919. (Erişim tarihi: 01.04.2019).

²⁵ La discrimination fondée sur l’orientation sexuelle et l’identité de genre en Europe, Strasbourg 2011.

sadece üvey çocuğu evlat edinmesine izin veren ülkeler ise Finlandiya, Almanya ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararından sonra Avusturya'dır. Alman Parlamentosu, evlat edinme hukukunu Mayıs 2014'te genişleterek tescil edilmiş hayat ortaklığında yaşayan kişilerin partnerlerinin daha önceden evlat edinmiş olduğu çocuğu herhalukarda evlat edinebilmelerine izin verilmiştir. Belçika da Mayıs 2014'te lezbiyen çiftler açısından birlikte ebeveynliği kabul etmiştir. Fransa da 2013 yılında Parlamento'da kabul edilen bir yasayla eşcinsel çiftlerin evlenmelerine izin verilerek evlat edinme açısından evli çiftler ile aynı şartlara tabi tutulmuştur²⁶.

İsviçre'de revizyonla birlikte üvey çocuğun evlat edinilmesinin yabancı bir çocuğun evlat edinilmesine göre daha ağır şartlara tabi olmaması gerektiğinden hareketle daha önce öngörülen asgari beş yıllık evlilik süresi beş yıldan üç yıla indirilmiştir. Ancak, ilişkinin istikrarının belirlenebilmesi için revizyonla ortak hayatın asgari üç yıl sürmüş olması şartı aranmaktadır²⁷.

Evlat edinme konusunda bütün aileler için eşit şans talebi doğrultusunda üvey çocuğun evlat edinilmesinin uygulama alanı da genişletilmiştir²⁸.

aa. Tescil edilmiş hayat ortaklıklarındaki kişiler

İsviçre'de çok sayıda çocuk tescil edilmiş hayat ortaklığı içinde yetişmektedir. Ancak, revizyon öncesindeki mevcut hukuka göre bu çocukların hukuken evli çiftlerin çocukları ile aynı derecede korunmadıkları fiili gerçeği çarpıcı bir şekilde görünmektedir. Oysa bir çocuk, annesinin bir başka kadınla veya babasının başka bir erkek ile birlikte yaşaması sebebiyle hukuken ve fiilen daha dezavantajlı bir duruma düşmemelidir. Dolayısıyla üvey çocuğun evlat edinilmesine izin verilmesi öncelikle çocuklara eşit muamele edilmesine, ayırım yapılmamasına ve haksız olumsuzlukların giderilmesine hizmet etmektedir²⁹.

Her evlat edinme ilişkisinde olduğu gibi üvey çocuğun tescil edilmiş hayat ortaklığı çerçevesinde evlat edinilmesinde de bu durumun çocuğun yararına hizmet edip etmediği denetlenmelidir. Aynı şekilde üvey çocuğun evlat edinilmesinde de –her evlat edinmede olduğu gibi- hem öz ebeveynlerin hem de ayırt etme gücüne sahip olduğu takdirde evlat edinilecek çocuğun evlat edinmeye rıza göstermeleri gerekmektedir. Bu çerçevede örneğin, annenin çocuğunu, çocuğun öz babasının rızası hilafına annenin tescil edilmiş partnerinin evlat edinebilmesi, rıza şartı yerine getirilmediği için mümkün değildir³⁰.

Yabancı bir çocuğun eşcinsel çiftler tarafından evlat edinilmesi açısından ileri sürülen; bu durumun çocuğun gelişiminde zorluklara yol açabileceğine ilişkin düşünceler üvey çocuğun evlat edinilmesi açısından anlamsız olacaktır. Zira, çocuk zaten bu ortaklık içinde yaşamaktadır ve annesinin veya babasının partneri tarafından evlat edinilmediği takdirde yine bu ortaklıkta yaşamaya devam edecektir. Bu durumda sadece çocuğun öz ebeveyninin partneri ile ilişkisinin

²⁶ <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2015/877.pdf>, 901. (Erişim tarihi: 01.04.2019).

²⁷ <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2015/877.pdf>, 908, 909. (Erişim tarihi: 01.04.2019).

²⁸ <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2015/877.pdf>, 908. (Erişim tarihi: 01.04.2019).

²⁹ <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2015/877.pdf>, 909. (Erişim tarihi: 01.04.2019).

³⁰ <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2015/877.pdf>, 90-910. (Erişim tarihi: 01.04.2019).

hukuken güvence altına alınması sözkonusudur. Zaten eşcinsel çiftler arasında yetiştirilmekte olan çocuğun yararı kavramı da, çocuğun hukuki güvencesinin başka bir baba veya anne ile sağlanması ile tehlikeye girmeyecektir³¹.

Revizyon gerekçesinde tescil edilmiş hayat ortaklıkları açısından üvey çocuğun evlat edinilmesine izin verilmesinin ayrıca eşitsizliği de giderdiği, zira bugün çeşitli yabancı hukuk sistemlerinde öz ebeveynin eşcinsel partnerine üvey çocuğunu evlat edinebilmesi imkanını öngördüğü belirtilmiştir³².

bb. Fiili Hayat Ortaklığındaki Kişiler

Revizyon gerekçesinde, Parlamentonun stabil bir fiili hayat ortaklığında yaşayan çiftler için de özellikle üvey çocuğun evlat edinilmesi açısından evlat edinme yolunun açılması görüşünü benimsediği ve evlat edinme hukuku çerçevesinde tüm aileler için eşit şans doğrultusunda “tüm yetişkinlerin, medeni durumları ve yaşam tarzları dikkate alınmaksızın, partnerlerinin çocuklarını evlat edinebilme” imkanının mümkün kılınması Federal Meclis’ten talep edilmiştir.

Üvey çocuğun evlat edinilmesi prensibine bağlı kalınması kabulünün bir uzantısı olarak bu prensibin sadece evli veya tescil edilmiş hayat ortaklıklarında değil belirli bir sürekliliği yakalayan “evlilik benzeri” tüm birliktelikler açısından da geçerli olması sonucu ortaya çıkmaktadır. Çocuğun yeni bir ailenin içine dahil olmasıyla fiilen bir aile ilişkisi kurulmuş olacaktır ki bu durumun hukuk aracılığı ile güçleştirilmemesi tam aksine mümkün mertebe desteklenmesi gerekir. Bu doğrultuda fiili aile ilişkisinin hukuk tarafından da tanınması imkanının kabul edilmesi gerekmektedir. Üvey çocuğun evlat edinilebilmesinin sadece ebeveynin hayat arkadaşıyla evli olması halinde izin veren mevcut hukuktaki bu eşitsizlik de giderilmiş olmaktadır. Bu noktada da salt çocuğun sosyal anlamda yeni ebeveynlerinin evlenmek istememesi yüzünden dezavantajlı bir konuma düşürülmemesi sözkonusudur. Evli olmayan çiftler açısından da üvey çocuğun evlat edinilmesi yolunun açılması öncelikle çocuğun yararına hizmet etmektedir³³.

V. Evlat Edinmenin Gizliliğinin Gevşetilmesi

Evlat edinmenin gizliliği ilkesi hem evlat edinilen çocuk hem de öz ebeveynler üzerinde etkisini göstermektedir. Hukuki düzenlemelerin çoğunda kural olarak çocuğun kendi kökeni ile ilgili bilgi edinme talebine olumlu yanıt verilirken –uygulamalar farklılık gösterse de– öz ebeveynlerin, özgür iradeleriyle evlatlık verdikleri çocuğa ilişkin bilgi edinmelerine ilişkin olası taleplerine büyük bir çekinceyle yaklaşılmaktadır³⁴.

Çocuğun kendi kökenini öğrenme hakkına sahip olup olmadığına dair soruna ilişkin olarak hukuki düzenlemeler arasında çok büyük farklılıklar bulunmaktadır. Çok sayıda Avrupa ülkesinin hukuki mevzuatında; örneğin Belçika, Bulgaristan, Danimarka, İngiltere ve Galler, Finlandiya,

³¹ <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2015/877.pdf>, 910. (Erişim tarihi: 01.04.2019).

³² <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2015/877.pdf>, 910. (Erişim tarihi: 01.04.2019).

³³ <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2015/877.pdf>, 911. (Erişim tarihi: 01.04.2019).

³⁴ <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2015/877.pdf>, 919. (Erişim tarihi: 01.04.2019).

Yunanistan, Malta, Hollanda, Slovakya ve İspanya’da, evlatlık çocuğun erginliğe erişmesiyle birlikte kendi öz ebeveynleri ile ilgili bilgi edinebilecekleri kabul edilmiştir. İsveç’te yeterli olgunluğa erişmiş çocuğun öz ebeveynleri hakkında bilgi sahibi olabileceği kabul edilirken Rusya’da evlat edinilen çocuğun kökenini öğrenme hakkı tanınmamıştır. Almanya’da, çocuğun bu talebinin menfaatler dengesi çerçevesinde ebeveynlerin kişilik haklarına aykırı bulunmuştur³⁵.

İsviçre’de 1 Ocak 2018 tarihinde yürürlüğe giren revizyonla birlikte evlat edinme şartlarının esnetilmesinin yanı sıra evlat edinme gizliliği de gevşetilmiştir. Çocuklarını kendi rızalarıyla evlatlık veren ve daha sonra onu arayan ve hakkında bilgi edinmek isteyen gerçek ebeveynler, ileride onun kimliğiyle ilgili bilgileri edinebilir. Ancak İMK m. 268b/III uyarınca, ergin çocuğun, bu bildirimin yapılmasına rıza göstermesi bir şart olarak aranmaktadır. Çocuk ayırt etme gücüne sahip olmakla birlikte ergin değilse, kendisinin rızasının yanı sıra İMK m. 268b/II’ye göre evlat edinen ebeveynlerin rızası da aranmaktadır. Ayrıca, evlatlık küçük, kendi kökeni hakkında bilgi sahibi olmasına ilişkin mutlak bir talep hakkına sahiptir (İMK m. 268c/II). Evlatlık ergin ise sadece gerçek ebeveynleri hakkında değil, ergin olmaları ve rıza göstermeleri halinde gerçek ebeveynlerinin altsoyu hakkında da bilgi sahibi olabilir (İMK m. 268c/III).

VI. Erginlerin Evlat Edinilmesinin Kolaylaştırılması

Revizyon öncesindeki mevcut hukuka göre erginlerin evlat edinilmesi bir istisna olarak değerlendirilmekte³⁶ ve ancak çok sınırlı şartlar altında mümkün olabilmekteydi. Başka bir ifadeyle erginlerin evlat edinilmesine ilişkin şartlar küçüklerin evlat edinilmesi ile karşılaştırıldığında oldukça katı olarak düzenlenmişti³⁷. Bu çerçevede; evlat edinecek ebeveynlerin altsoyunun olmaması bir şart olarak öngörülmüştü (İMK m. 266/I).

Revizyonla birlikte İsviçre’de kanun koyucu İMK m. 264 ve devamındaki hükümler çerçevesinde erginlerin evlat edinilmesine ilişkin şartları açıkça gevşetmiştir. İlk olarak yeni düzenlemelere göre çocukları olan kişilerin de erginleri evlat edinebilmeleri mümkün kılınmış ve ikinci olarak da erginlerin evlat edinilmesinde aranan evlat edinilecek kişiyle evlat edinmek isteyen kişinin aile halinde birlikte yaşamaları süresi beş yıldan bir yıla indirilmiştir (İMK m. 266(a))³⁸. Revizyon gerekçesinde, yetişkinlerin evlat edinilmesinde, küçüğün evlat edinilmesinden daha uzun bir bakım zamanının talep edilmesi içi bir sebebin olmadığı belirtilmiştir³⁹.

³⁵ <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2015/877.pdf>, 920. (Erişim tarihi: 01.04.2019).

³⁶ BGE 101 II 7 E.1; BGer, 5A_1010/2014, 7.9.2015, E. 3.4.1.

³⁷ BGer, 5A_1010/2014, 7.9.2015, E. 3.4.1.

³⁸ BÜCHLER Andrea/RAVEANE Zeno, “Die Volljaehrigenadoption nach rediviertem Recht”i Aktuelle Juristische Praxis, AJP 2018, S. 689, 1

³⁹ <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2015/877.pdf>, 912. (Erişim tarihi: 01.04.2019).

Doktrinde bu değişiklikler kısmen “radikal değişiklikler” olarak nitelendirilmiştir⁴⁰. Bu yeni düzenlemelerin gerekçesine, revizyon gerekçesinde oldukça az ve yetersiz bir şekilde yer verilmiş olmasının da şaşırtıcı olduğu da öğretilerde ileri sürülmektedir⁴¹.

Yeni düzenlemeler çerçevesinde; ergin bir kişinin evlat edinilmesine ilişkin şartlar kural olarak küçüklerin evlat edinilmesiyle aynıdır (İMK m. 266/II). Bu doğrultuda, İMK m. 264’te öngörülen temel şartların yanısıra gerekli olan yaş farkı (İMK m. 264d) ve bunun dışındaki birlikte evlat edinmeye veya tek başına evlat edinmeye ilişkin şartların dikkate alınması gerekmektedir⁴².

Evlat edinecek ebeveynler ile evlat edinilecek çocuk arasındaki azami 45 yaş farkına izin verilmesi revizyona kadar evlat edinme tüzüğünde düzenlenmişti, revizyonla birlikte kanun kapsamına alınmıştır. Bu durum, evlat edinme şartının gerekçesinde, evlat edinilecek çocuğun biyolojik ebeveynleri ile olduğu gibi benzer bir yaş farkının olması gerektiği şeklinde ifade edilmiştir. Ayrıca, gelecekteki evlatlık alan ebeveynler, evlatlık çocuğun en azından ergin olmasına kadar ona bakabilecek durumda olmaları gerektiği belirtilmiştir⁴³. Azami yaş farkı kriterinin birlikte evlat edinme durumunda kural olarak evlat edinmek isteyen her iki kişi tarafından da sağlanması gerekmektedir⁴⁴. Ancak İMK m. 264d/II’ye göre somut olayda evlat edinme, çocuğun yararı için gerekli olduğu takdirde azami yaş farkı şartı dikkate alınmayabilir

⁴⁰ REUSSER Ruth, “Das Neue materielle Adoptionsrecht –ein kritischer Blick”, in: Roland Fankhauser/Ruth E. Reusser/Ivo Schwander (Hrsg.), Brennpunkt Familienrecht, FS Geiser, Zürich/St. Gallen 2017, 431 ff., 445.

⁴¹ BÜCHLER/RAVEANE, 2.

⁴² BÜCHLER/RAVEANE, 5.

⁴³ <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2015/877.pdf>, 905, 926; KUKO ZGB-Pfaffinger, Art. 264d N 2, in Andrea Büchler/Dominique Jakob (Hrsg.), Kurz Kommentari Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2.A., Basel 2018.

⁴⁴ <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2015/877.pdf>, 905. (Erişim tarihi: 01.04.2019).