

**Galatasaray Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi**

2009/1

Hakemli Dergi

Galatasaray Üniversitesi Yayını No : 65
Galatasaray Hukuk Fakültesi Yayını No : 45

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Hakemli Dergidir.

Bu esere ilişkin olarak Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndan doğan haklar saklıdır. Burada yer alan makalelerde ileri sürülen görüşler yazarlarına aittir. Yayın Kurulu, makalelerde ileri sürülen görüşlerden dolayı herhangi bir sorumluluk üstlenmemektedir.

YAYIN KURULU

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ

Prof. Dr. Ercüment ERDEM

Doç. Dr. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL

Doç. Dr. Emre ÖKTEM (Başkan)

Araş. Gör. Dr. S. Anlam ALTAY

Araş. Gör. Burak ÇELİK

Araş. Gör. Bleda R. KURTDARCAN

ISSN : 1303-6556

Dizgi/Mizanpaj: Beta Basım A.Ş.

Baskı - Cilt : Yazın Basın Yayın Matbaacılık Trz. Tic. Ltd. Şti. (Sertifika No: 12028)
Çiftehavuzlar Caddesi Maltepe Mh. Prestij İş Merkezi No: 27/806 K: 9
Zeytinburnu/İstanbul (0-212) 565 01 22 - (0-212) 565 02 55

Kapak Tasarımı: Gülgonca ÇARPIK

Beta BASIM YAYIM DAĞITIM A.Ş.

Narlıbahçe Sokak Damga Binası No: 11

Cağaloğlu - İSTANBUL

Tel : (0-212) 511 54 32 - 519 01 77

Fax: (0-212) 511 36 50

www.betayayincilik.com

GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ

Çırağan Caddesi, No. 36, Ortaköy 34357 İSTANBUL

İçindekiler

MAKALELER

Prof. Dr. Necmi YÜZBAŞIOĞLU	3
Anayasa ve Ekonomi	
Doç. Dr. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL	27
Yabancı Ülkelerde Bulunan Kişilere Tebligat	
Yrd. Doç. Dr. Serap AMASYA	65
Mukayeseli Hukukta Gemi Tasnif Kuruluşlarının Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu ve Türk Hukuku Bakımından Genel Bir Değerlendirme	
Arş. Gör. Şule SÖKÜCÜ	143
İsveç Parlamenterizminde Koalisyonların Dinamikleri	

ÇEVİRİ

Feliciano SERRAO (Çev.: Başak KARAMAN)	175
Antik Roma'da Teşebbüs	

MAKALELER

Anayasa ve Ekonomi

Prof. Dr. Necmi YÜZBAŞIOĞLU*

A- ANAYASA - EKONOMİ İLİŞKİSİ

Anayasalar günümüzde bireyin temel hak ve özgürlüklerini güvenceye alan, bu amaçla siyasal iktidarı sınırlayıp kurumsallaştıran ve böylece bir devletin hukuki ve siyasi temel düzenini belirleyen bir toplum sözleşmesi olarak tanımlanır. Anayasalara böylesi bir nitelik ve işlev yüklenmesinin, bireyin özgürlüğü uğruna insanlığın vermiş olduğu yoğun ve amansız mücadelenin tarihsel izdüşümü vardır. Bu izdüşüme damgasını vuran da toplumdaki sınıfsal mücadeleler olmuştur. Bu doğrultuda, ilk insan hakları bildirileri ve ilk anayasalar, 18.yüzyıl sonlarına doğru, burjuva sınıfının hak ve özgürlük mücadelelerinin ürünü olarak ortaya çıkmıştır. Bu nedenle de, bu ilk kuşak insan hakları bildirileri ve anayasalar, burjuva sınıfının talebi olan klasik hak ve özgürlükleri güvenceye almış ve siyasal iktidarı sınırlayıp kurumsallaştırırken sınırlı oy ilkesi çerçevesinde, yine burjuva sınıfını siyasal iktidara ortak etmiştir.

19. yüzyılda sanayi devrimi, toplumların sınıfsal yapılarında yeni gelişmelere ve değişmelere dinamizm kazandırarak, uzun süren ve acı dolu tarihsel mücadele içinde, 20.yüzyılın başlarında bilinçli bir işçi sınıfı yaratacaktır. Yeni ortaya çıkan bu sınıfın da kendi sınıfsal çıkarlarına uygun hak ve özgürlük talep etmeleri ve siyasal iktidara ortak olmak istemeleri doğaldır. Nitekim, bu sınıfın talepleri daha 19.yüzyılda Fransa'da (1948 Anayasası) ve 20. yüzyılın ilk çeyreğinde Almanya'da (Weimar Anayasası) Anayasalara sosyal-ekonomik haklar olarak yansımıştır. Ancak, ikinci kuşak haklar olarak sosyal-ekonomik hakların anayasalara yaygın olarak girişi ve insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerde yer alışı, 2. Dünya Savaşı sonrası olmuştur. 1929 ekonomik krizinin faturasına, 2.

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

Dünya Savaşının maliyeti de eklenince, bir yandan ekonomik krizi bir an önce aşmak, diğer yandan işçi sınıfının taleplerine de cevap verebilmek amacıyla, sosyal devlet ilkesine yönelmek ve bu doğrultuda sosyal ve ekonomik hakları anayasalarla güvenceye almak kaçınılmaz olmuştur. Aynı dönemde genel ve eşit oy ilkesiyle birlikte, burjuva sınıfının yanında işçi sınıfı da siyasal iktidara ortak olacaktır.

Böylece, 2. Dünya Savaşı sonrası yapılan anayasalar, toplumdaki tüm kesimlerin hak ve özgürlüklerini güvence altına alan ve onları siyasal iktidara ortak eden ve bu şekilde oluşturduğu kurumsallaşmış siyasal ve hukuki temel düzenle, toplumdaki farklı kesimleri barıştıran belgeler olarak, bir toplum sözleşmesi nitelik ve işlevini kazanmışlardır. Kuşkusuz, burada sözünü ettiğimiz anayasalar, klasik ya da batı demokrasileri dediğimiz, çoğulcu, liberal demokratik düzen ya da rejim kuran anayasalardır. Marksist rejimlerde ise anayasaların, toplumdaki farklı sınıfları barıştıran değil; işçi sınıfının önderliğinde burjuva sınıfını tasfiye ederek, üretim araçlarının kollektifleştirip sosyalizme ve giderek sınıfsız bir topluma taşıma gibi bir işlevi vardır.

Tarihin bize verdiği bir başka ders de sosyal ve ekonomik yapının siyasi ve hukuki yapıyı da yönlendirdiğidir. Bunun içindir ki, sosyal ve ekonomik yaşam alt yapı kurumu siyaset ve hukuk ise üst yapı kurumu olarak nitelendirilir. Bu doğrultuda, bir toplumun siyasi ve hukuki temel düzenini belirleyen anayasaların, diğer temel hak ve özgürlükler gibi ekonomik hak ve özgürlükleri de güvenceye almanın yanında, o toplumdaki sosyal ve ekonomik yaşam ve yapı ile ilgisi de kaçınılmazdır. Buradaki sorun ilginin derecesidir. Daha somut bir ifadeyle, siyasi ve hukuki temel düzeni anayasa ile belirlenen devletin, ekonomik yaşama müdahalesinin gerekip gerekmediği; eğer gerekiyorsa bu müdahalenin hangi amaçlarla ve hangi araçlarla yapılacağıdır.

B- SOSYAL VE EKONOMİK HAKLARIN ANAYASALARA GİRİŞİ

Anayasalarda diğer hak ve özgürlükler gibi ekonomik hak ve özgürlüklere de yer verilmesi, birinci kuşak anayasalardan bu yana, anayasaların temel hak ve özgürlükleri koruyucu işlevlerinin bir gereğidir. Nitekim, parlamentoların varlık nedenlerinden olan bütçe ve vergilendirmenin yanında, mülkiyet hakkı, sözleşme özgürlüğü ve girişim-ticaret özgürlüğü gibi ekonomik nitelikli bazı haklar, klasik haklar içinde birinci kuşak hak-

lar olarak bildirilerde ve ilk anayasalarda yer almıştır. Ancak, ekonomik hakların nicelik ve nitelik bakımından daha yoğun olarak anayasalarda yer alması, ikinci kuşak haklar olarak tanımlanan sosyal ekonomik hakların, 2.Dünya Savaşı sonrası yapılan anayasalara girişi ile olmuştur.

ABD Anayasası gibi sosyal ve ekonomik haklara yer vermeyen bazı anayasalar hariç, günümüz anayasaları sosyal ve ekonomik haklara farklı şekillerde yer vermişlerdir. Bazı anayasalar başlangıçta genel olarak (1958 Fransız Anayasası gibi), bazıları ayırım yapmaksızın mülkiyet gibi sınırlı sayıda ekonomik hakka temel haklar içinde (1949 Federal Alman Anayasası gibi) veya diğer haklarla aynı başlık altında (1975 Yunanistan Anayasası gibi) yer verirken; özellikle 1970 sonrası yapılanlar olmak üzere anayasaların çoğu, temel hak ve özgürlükleri niteliklerine ve özelliklerine göre gruplandırarak sosyal ve ekonomik haklar içinde yer vermişlerdir. (1947 İtalya, 1961 ve 1982 Türkiye, 1976 Portekiz, 1978 İspanya ile Doğu ve Güneydoğu Avrupa Anayasaları gibi)

Anayasalarda ekonomik haklara ilişkin bir başka sorun da, sosyal haklarla iç içe girmelerinden kaynaklanan terminoloji sorunudur. Her ne kadar mülkiyet hakkı, sözleşme, girişim ve ticaret özgürlüğü gibi bazı ekonomik haklar, klasik haklar arasında birinci kuşak temel haklar olarak anayasalara girmişse de; ekonomik hakların büyük bir bölümü sosyal-ekonomik haklar içinde, ikinci kuşak haklar olarak anayasalara girmişlerdir. Bu nedenle, konu hem günümüz anayasalarının çoğunda hem de anayasa hukuku literatüründe, “sosyal ve ekonomik haklar” başlığı altında ele alınmaktadır. Oysa, sosyal haklar içinde, işçi-işveren ilişkilerini düzenleyen ekonomik nitelikli hakların yanında; aile, sağlık, eğitim hakları gibi toplumsal konulara yönelik haklar da yer almaktadır. Böyle olunca da, ekonomik hakların anayasalarda bir kısmının klasik haklar arasında, bir kısmının sosyal haklar içinde yer alması, ekonomik haklar bakımından bir terminoloji kargaşasına yol açmaktadır.

Anayasalardaki ekonomik haklara ilişkin bu kavram kargaşası, doğal olarak ekonomik hakların niteliğine ve korunmasına da yansımaktadır. Çünkü, ekonomik hakların bazıları, tıpkı kişinin hakları ve siyasal haklar gibi, bireye kendi dışında bir gücün zorlama ya da müdahalesine maruz kalmadan, kendi davranış biçimini dilediği gibi seçebileceği bir alan belirleme ve bu alanı başkalarına karşı koruma hakkı verir. Mülkiyet hakkı, sözleşme-girişim-ticaret özgürlüğü, toplu iş sözleşmesi ve grev hakkı, sendika seçim hakkı, dilediği işte çalışma ve dilediği mesleği öğrenme

hakkı gibi haklar bu tür haklardır. Bu tür ekonomik haklar devlete olumsuz (menfi) davranış sorumluluğu yükler ve bu doğrultuda devletin bu alanlara karışmama, belirlenen sınırlara saygı göstermek zorunluluğu vardır.

Buna karşılık, anayasalarda sosyal ve ekonomik haklar listesinde yer alan hakların büyük bir çoğunluğu ise, bireyi toplumdaki ve devletten alacaklı kılar ve bu doğrultuda devlete olumlu (pozitif) davranış yükümlülüğü getirir. Ailenin korunması, eğitim hakkı, sağlık hakkı, ücrette adaletin sağlanması, dinlenme hakkı, sosyal güvenlik hakkı, konut hakkı, çevrenin korunması hakkı bunların başlıcalarıdır. Üstelik bu grup haklar listesi giderek uzamaktadır. Örneğin 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında gençliğin, sanatın ve sanatçının, sporun ve sporcunun, ormanların ve orman köylülerinin, tüketicinin, kıyıların, tarih-kültür ve tabiat varlıklarının korunması gibi haklar da bu listeye eklenmiştir. Bu tür haklar bireye, toplumdaki ve devletten bir edimde bulunmasını isteme yetkisi verir ve devlete de bireyin istediği edimi yerine getirme görevi yükler. Bu grup haklardan bazıları devlete daha somut edim yüklerken, bazıları soyut program, hedef hüküm niteliğindedirler ve devletin bunlarla ilgili edim yükümlülüğünü yerine getirebilmesi, doğal olarak devletin ekonomik gücü ve mali kaynaklarıyla sınırlı kalacaktır. Bunun içindir ki, gerek anayasalarda gerekse ulusalüstü insan hakları sözleşmelerinde sosyal ve ekonomik haklar, devlete kaçınma yükümlülüğü getiren klasik haklara göre daha az korunmalıdır.

C- ANAYASA - İKTİSADİ DEVLET TEORİLERİ İLİŞKİSİ

Anayasa-ekonomi ilişkisi bakımından, sosyal ve ekonomik haklar listesinin nitelik ve niceliğinin yanında ve onları da önemli ölçüde etkileyen asıl problem, devletin ekonomik hayata müdahalesi sorunudur. Devletin siyasi ve hukuki temel düzenini belirleyen anayasaların, devletin ekonomik hayata müdahale edip etmeyeceğine ve eğer ederse hangi amaç için ve ne tür araçlarla ve nereye kadar müdahale edebileceğine ilişkin kurallar koyması, anayasa-ekonomi ilişkisinin en zorlu problemidir. Konu esas itibarıyla anayasaların bir ekonomik model öngörüp öngöremeyeceklerine ilişkin olup, özü itibarıyla devlet teorileriyle ilgilidir.

İktisatçılar, çağdaş iktisadın temelini attığını kabul ettikleri Adam Smith'ten bu yana geçen iki yüzyılı aşkın süre içinde, devlet-ekonomi

ilişkileri bakımından, genellikle kabul gören sırasıyla “liberal devlet”, “sosyal devlet veya refah devleti” ve “neoliberal devlet” diye adlandırılan üç devlet modeli öngörmüşlerdir.¹

a) Liberal Devlet

Bunlardan liberal devlet, bireyi ve soyut olarak bireyin özgürlüğünü her şeyin üstünde tutan devlettir. Liberal devlette “parlamentar demokrasi” siyasi liberalizmin, “piyasa mekanizması” da ekonomik liberalizmin olmazsa olmaz kurumlarıdır. Kişi özgürlüklerinin güvencesi bakımından, siyasi alanda “kuvvetler ayrılığı” ilkesi, ekonomik alanda “rekabet düzeni” yeterli bulunmuştur. Liberal devlet anlayışında devletin ekonomik alana müdahalesi söz konusu değildir. Liberal devlette mülkiyet hakkı, çalışma, sözleşme, girişim ve ticaret özgürlükleri klasik haklar içinde ve neredeyse liberal devletin kutsalları arasında görülmüştür. Bütçe ve vergi konuları ise zaten parlamentoların varoluş nedenleri arasındadır. Ekonomik haklar diye bir sorun da henüz gündeme gelmemiştir. Rekabetçi bir ortamda arz ve talepten oluşan serbest piyasa ekonomisi, ekonominin doğal kanunu ve görünmeyen el olarak, ekonomik hayatı kendiliğinden düzene sokacaktır. 18.yüzyılın sonlarında başlayan bu anlayış, 20.yüzyılda 1929 ekonomik krizine kadar sürmüş olup, 18.yüzyılın sonları ile 19.yüzyılda yapılan burjuva demokratik devrimi ürünü birinci kuşak anayasalar, doğal olarak bu anlayışı yani liberal devlet modelini kurumsallaştırmışlardır.

b) Sosyal Devlet

Piyasa ekonomileri 20 yüzyılda büyük krizlerle karşılaştılar. 1929’da başlayan ve etkileri 2. Dünya Savaşı sonrasına kadar devam eden, “Büyük Dünya Bunalımı” adı verilen ilk ekonomik krizde, dönemin sanayileşmiş ülkelerinde bankaların iflas edip, fabrikaların ardı ardına kapanmasıyla, milyonlarca insan işsiz kalarak perişan oldu. Liberal devletin klasik iktisat teorisi görünmeyen el, bu krizin çıkmasını önleyemediği gibi, krizi ortadan kaldırmayı da başaramayarak, klasik iktisada olan güveni sarsıtı. Bu krizin yarattığı ideolojik ve kurumsal sorgulama, liberal devletin “bireysel çıkar maksimizasyonu” fikri karşısına, “toplumun bireye karşı

¹ SAVAŞ Vural, “Anayasalarda Ekonomik Hak ve Özgürlükler”, Anayasa Yargısı, 6.bası, Ankara, 1989, sh. 177 vd.

sorumluluğu” düşüncesini doğurmuştur. Bu anlayış doğrultusunda işsizlik, temel eğitim, sağlık hizmetlerinden yararlanma ve sosyal güvenlik gibi sorunlar, bireyin kişisel sorunları olmaktan çıkıp, toplumun bireye karşı sorumlulukları eksenini altında ele alınmaya başlanmıştır. Bu yeni anlayış, liberal devletin ekonominin doğal kanunlarının sağlayacağı kendiliğinden düzen kavramının karşısına, devlet müdahalesi ile sağlanacak toplumsal düzen kavramını getirmiştir. Ekonomilerde ortaya çıkacak işsizlik, durgunluk ve enflasyon gibi dengesizliklerin, devlet müdahalesini kaçınılmaz kıldığını, bu amaçla siyasi iktidarın ekonomiye müdahalesinin gerekli ve yararlı olduğunu ileri süren Keynesyen teori, bu yeni anlayışın bilimsel temelini oluşturmuştur.

Bu yeni anlayışın ortaya çıkışında, önce 1929 ekonomik krizi, ardından buna eklenen 2.Dünya Savaşı'nın maliyetinin yarattığı büyük ekonomik çöküntünün yanında, artık sınıf bilincine kavuşan işçi sınıfının yüzyıl süren hak ve özgürlük mücadelesinin de büyük payı vardır. Bu yeni yaklaşım, 2. Dünya Savaşı sonrası yapılan anayasalarda, birinci kuşak klasik temel haklar listesine, sosyal ve ekonomik hakların da eklenmesi ve devletin sosyal devlet niteliğinin vurgulanması şeklinde yansımıştır. Liberal devlette bireyci doktrinin bireylere tanıdığı soyut hakların yerini, sosyal devlette bir sosyal varlık olarak yaşayan insanın somut hakları alacaktır. Artık sadece yaşama hakkı değil, “insan onuruna uygun” yaşama hakkı vardır ve teorik, içi boş, soyut haklar değil; herkes için erişilebilir, gerçekleştirilebilir haklar söz konusudur. Bireyin temel hak ve özgürlükleri bakımından devletten beklenen, artık sadece kaçınma şeklinde olumsuz (menfi, negatif) davranış değil; bunun yanında, temel hakların herkes için etkin olarak yaşanabilir olması bakımından, devletten beklenen edim sunma şeklinde olumlu (pozitif) davranış da vardır. Devlet herkesi yoksulluktan kurtarmayı, herkese asgari insan onuruna yaraşır yaşam sunmayı ve hakları herkes için yararlanılabilir hale getirmeyi ödev edinmiş olan sosyal devlet, refah devletidir.

Kuşkusuz, devletin bu yeni niteliği ve ona yüklenen yeni ödevler, devletin sosyal ve ekonomik alana müdahalesini de gerektirmiştir. Bu doğal ve kaçınılmaz şekilde, devletin siyasi ve hukuki temel düzenini belirleyen anayasalara da yansımıştır. Bu doğrultuda, sosyal devleti kurumsallaştıran ikinci kuşak anayasalarda, devletin siyasi ve hukuki temel düzeninin yanında, sosyal ve ekonomik düzene ilişkin kurallara da yer verilmiştir. Ancak, her devletin anayasasında gerek sosyal ve ekonomik hak-

lar listesi, gerekse devletin ekonomik alana müdahale amaç, araç ve ölçüsü nitelik ve nicelik bakımlarından farklılıklar gösterir. Hatta bu farklılık aynı ülke anayasalarında bile görülebilir. Dolayısıyla, sosyal devlet anlayışı bakımından anayasalarda bir görecelilik söz konusu olup; devletin sosyal ve ekonomik alandaki etkinliğini ve bu alana müdahalesinin derecesini anayasalar belirlemiştir ve belirleyecektir.

c) Neoliberal Devlet

1970’li yıllarda dünya 20.yüzyılın ikinci büyük krizine girer. Enflasyon ve işsizliğin birlikte boy gösterdiği bu krize belki az gelişmiş ülkeler aşına idi, ama gelişmiş ülkeler bakımından yeni bir sorundu. Keynesyen iktisat politikalarının önleyemediği ve çözümleyemediği bu kriz, ekonomi teorilerinin ve politikalarının yeniden sorgulanmasına yol açtı. Bu sorgulamada Keynesyen iktisat politikaları ile sosyal devlet (refah devleti) uygulamaları da masaya yatırıldı. Eleştirilerin başında, sosyal devlette devlet müdahalelerinin kaynak dağılımını bozduğu, kaynakların etkin kullanımını engellediği, ekonomik alana giderek artan müdahalesiyle devletin Leviathan’a (canavar) dönüştüğü geliyordu. Salgın hale gelen ve kronikleşen bütçe açıkları, giderek artan iç ve dış borçlar ekonomiye devlet müdahalelerinin yarattığı arazlar olarak görülüyor; devlete verilmiş monopol para basma yetkisinin iyice kontrolden çıktığı ileri sürülüyordu. Siyasal iktidarı ele geçirenlerin, iktidarda kalabilmek ya da oylarını artırabilmek için, refah devleti perdesi arkasında, devlet kaynaklarını keyfi biçimde dağıttıkları iddiası, ekonomi üzerindeki olumsuz etkileri bir yana, siyasi demokrasi bakımından da oldukça ciddi bir sorun olarak görülüyordu. Siyasi iktidarın bu davranışının, hem seçmenin hem de siyasetçinin birlikte benimsedikleri ve kullandıkları, politikanın bir rant sağlama aracına ve günümüz demokratik toplumlarının da giderek, bu rasyonel beklenti ile rant kollayan toplumlara dönüşeceği de haklı bir eleştiri sayılmak gerekiyordu. Öte yandan, çoğu üretken bir hizmet karşılığı olmayan ve giderek yaygınlaşarak artan transfer ödemelerinin, refah devleti uygulamaları olarak, bütçe açıkları bir yana, toplumda bireyler ve kesimler arasında eşitsizlik yarattığı da bir başka eleştiri konusu olmuştur. Keza, fon uygulaması adı altında, devlet harcamalarının bazılarının, parlamento denetimi dışına çıkarılması da refah devleti uygulamalarının bir başka hastalığı olarak eleştirilmiştir. Ayrıca, refah devletinde, devletin hizmete amade bir kurum olması karşısında, hiç kimsenin soyut bir sisteme karşı

sorumluluk taşımayacağı ve dolayısıyla bu sistemde hiç kimseden hesap sorulamayacağı ve hiç kimsenin sisteme sadakat göstermeyeceği ileri sürülmüştür. Bu sistemin piyasa ilişkilerinde yarattığı tahribatın, ekonomideki verimsizliği artıracığı, işçileri ve tüketicileri beceriksizliğe ve tembelliğe yönelteceği iddia edilmiştir.²

Böylece, 1970’li yıllarda başlayan bu ikinci ekonomik kriz, 2.Dünya Savaşından sonra uygulanan Keynesyen iktisat politikalarının ve sosyal devlet uygulamalarının, piyasa ekonomilerinin bu dönemde karşılaştıkları sorunları çözmeye yetersiz kaldıkları kanaati oluşturmuş; iktisat bilminde ortaya çıkan yeni teorilerle birlikte, devlet-ekonomi ilişkilerinin yeniden ele alınmasına yol açmıştır. Ancak, bu yeni teori ve arayışların ana eksenini, piyasa ekonomisinin temel değerleri olan “ekonominin doğal kanunlarıyla oluşan kendiliğinden düzene” ve “bireysel çıkar maksimizasyonuna” saygınlık, etkinlik kazandırmak ve toplumdaki yerlerinin daha sağlıklı bir zemine oturtulması yönünde olmuştur. Bunun içindir ki, 20.yüzyılın son çeyreğinden başlayıp, günümüze, en azından 2008 ekonomik krizine kadar devam eden yapılanma, yenilenen liberal anlayış çerçevesinde, neoliberal devlet olarak adlandırılmıştır.

Bu yeni görüşlerden bazıları, tekrar eski liberal devlet anlayışının benimsenmesinden yana olup; devletin ekonomiye hiçbir müdahalede bulunmamasını, sadece adalet, savunma ve emniyet gibi klasik görevleriyle uğraşmasını savunurlar. Yine bu çerçevede, Friedman’ın öncülüğünü yaptığı Monetarizm adı verilen bir teori, “enflasyonun her zaman ve her yerde parasal bir sorun olduğunu” öne sürerek; devletin ekonomiye müdahalesinin, enflasyonun tek suçlusu olarak devletin bütçe denkliliğine saygı göstermesinin sağlanması ve para basma yetkisinin sınırlanmasından ibaret olması gerektiğini savunur.³

D- EKONOMİK ANAYASA

Yeni liberal görüşlerden biri de, 2.Dünya Savaşı sonrası Almanya’da uygulanan “sosyal piyasa ekonomisinden” de ilham alan ve bazı yönleriyle diğer liberal görüşleri de kapsayan, “Anayasal iktisat(ekonomi) veya

² SAVAŞ Vural, age., s.178 vd; CANIKLIOĞLU Meltem D., Anayasa Arayışları ve Türkiye (Anayasal İktisat Eleştirisi), BDS Yayınları, İstanbul, 1998, sh.331 vd.

³ SAVAŞ Vural, age., sh.180.

“İktisat Politikası Anayasası” diye adlandırılan⁴ ekonomik anayasa teorisidir. Anayasa ve ekonomi ilişkisi bakımından bu teoriyi biraz irdelemekte yarar var.

Anayasal iktisat ya da ekonomik anayasa teorisinin temelinde, klasik liberalizmin dayandığı piyasa mekanizmasını çalıştıran rekabetçi düzenin, ekonominin doğal kanunlarıyla kendiliğinden işleyeceğine inançsızlık yatar. Böyle olunca, devletin rekabet mekanizmasının işleyip işlemediğini izlemesi ve rekabetçi ortam yaratmak için gereken önlemleri alarak işletmesi gerekir. Aksi halde, piyasa düzeni kendi kendine bırakıldığında, özel güçler, monopolcü eğilimler rekabetçi ortamı yok edebilirler. Be nedenle devlet, hukuk kurallarıyla, rekabet mekanizmasını hatta tümüyle serbest piyasa düzenini eksiksiz ve sürekli olarak işleten düzenlemeler getirmelidir. Başka bir ifadeyle, klasik liberal teorisinin, ekonominin doğal kanunlarıyla kendiliğinden işleyeceğini varsaydığı rekabet mekanizmasını ve serbest piyasa düzenini, devlet hukuk kurallarıyla oluşturmalıdır. Böylece birey, hem devlet otoritesine hem de diğer güçlere karşı korunmak suretiyle, başta ekonomik hak ve özgürlükleri olmak üzere, tüm hak ve özgürlüklerini yaşayabileceği bir ortama kavuşmuş olacaktır.

Öte yandan, anayasal iktisat teorisinin savunucusu yeni liberalizme göre, serbest piyasa düzeninin etkin ve sürekli kalıcılığı bakımından, bunu sağlamayı amaçlayan hukuksal düzenlemelerin, aynı zamanda, toplumun sosyal güvenlik ve gelir dağılımı gibi ekonomik açıdan hassasiyet göstereceği konulardaki, en azından temel beklentilerine de cevap veriyor olması gerekir. Serbest piyasa düzenini etkin ve sürekli işletmeyi amaçlayan bu hukuksal düzenlemelerin, toplumda temel uzlaşmaya dayanması, genel kabul görmesi, bazen bunun başkaca toplumsal politikalarla desteklenmesini de gerektirebilir. Ayrıca, Hayek’in de işaret ettiği gibi, “demokratik yöntemlerin benimsenmesi ile siyasi iktidar üzerinde başka sınırlamalara gerek kalmadığının sanılması, asrımızın trajik hatasıdır”.⁵ Bu doğrultuda, parlamentoda oluşan çoğunlukların, iktidarlarını sürdürebilmek için, çeşitli çıkar çevrelerinin desteğini alabilmek amacıyla, her türlü ödün verme eğiliminde olmaları şeklinde ortaya çıkan siyasi liberalizmin bir zaafının, ekonomik liberalizme yansıtacak olumsuz etkileri de göz ardı edilmemelidir.

⁴ SAVAŞ Vural, age., sh.181, CANIKLIOĞLU Meltem D., age., sh.333.

⁵ Naklen, SAVAŞ Vural, age., sh.184.

Anayasal iktisat teorisi bakımından burada can alıcı nokta, hem serbest piyasa düzeninin etkin ve sürekli işlemlerini sağlayacak ve hem de bunu destekleyecek başkaca toplumsal politikaları uygulamaya sokacak hukuk kurallarının, siyasi iktidarların belli amaçlara yönelik tercih ve takdirlerine değil, piyasa kurallarına uygun nitelikte olmasıdır. Burada devletin görevi, ekonominin işleyişine doğrudan müdahale etmek değil; serbest piyasa düzenini işletecek oyunun kurallarını koymak ve hukuki yaptırıma bağlamaktır. Serbest piyasa düzenini işletecek olan oyunun kurallarından amaçlanan ise, rekabete dayalı serbest piyasa mekanizmasının içinde hareket edeceği hukuksal ve kurumsal yapının belirlenmesidir. Bu hukuksal ve kurumsal yapının temelini oluşturacak ve onu koruyacak olan da “ekonomik anayasa” olacaktır.

Türkiye’deki bazı iktisatçılar tarafından da savunulan ekonomik anayasa ile, ekonominin hukuksal rejimi, kademeli normlar düzeni ile belirlenir. Öncelikle, iç ve dış borçlanma, para basımı, özelleştirme, geniş anlamıyla transfer ödemeleri gibi ekonominin geleceğini de ipotek altına alacak olan temel tercihlerin sınırları, bir toplum sözleşmesi niteliğinde olan anayasa ile belirlenir. Böylece anayasanın politik işlevi ekonomik işleviyle sınırlanmış olur. Arkasından anayasa ile belirlenen bu ekonomik alan, anayasadaki kayıtlamalar çerçevesinde kanunlarla düzenlenir. Bu, hukukun, sosyal ve ekonomik alanı düzenleyici bir teknik olarak kullanılması anlamına gelir. Böylece, hem anayasalara ekonomik işlev yüklenerek siyasetin sınırları daraltılmış olacak, hem de ekonomik alan anayasal güvenceler çerçevesinde kanunlarla düzenlenerek bir ekonomik kamu hukuku mevzuatı oluşturulmuş olacaktır.

2008 krizine kadar gelen sürece bir göz attığımızda, ekonomik anayasa anlayışının yön verdiği ve küresel güçlerin empoze ettiği ekonomik ilkeler çerçevesinde, devletin sınırlarının anayasayla daraltılıp ekonomik alanda manevra kabiliyetinin kısıtlanmasının, en belirgin etkilerini, ulus-devlet kavramı üzerinde yarattığı aşınmada görüyoruz. Küresel ekonominin mal ve hizmet piyasalarında gerçekleştirdiği bütünleşmeye, son yıllarda sermaye piyasalarında yaşanan hızlı bütünleşme süreci de eklenince, ulus devlet kavramının tüm ekonomik değerlerinin yeniden gözden geçirilmesi gereği doğmuştur. Mal, hizmet ve para politikalarının sadece uluslar arası küresel güçler tarafından belirlendiği bir süreçte, artık ulus devletin kendine özgü, özerk bir ekonomi politikası uygulayamayacağı açıktır. Küresel güçlerin öneri ve dayatmalarıyla, yerel yönetimlere federatif

yapılanmalara özgü yetkiler verilmesi istenmek suretiyle, adeta ulus devletin çözülmesi amaçlanmaktadır. Bütçe, vergi ve para gibi ekonomi politikası araçları tektipleştirilip, sınırları anayasa ile çizilerek etkinliği azaltılmakta; birey toplumsal üretimden ve kamu hizmetlerinden katkısı oranında pay alan ve yararlanan müşteri konumuna sokulmaktadır. Böyle bir ekonomi ve devlet modelinin, hiçbir kesime rant sağlamayacağı tezi arkasında, devlet işlevsizleştirilerek, aslında sermaye kesimine rant sağlayan bir ekonomi modeli oluşmasına yol açılmaktadır.

Ekonomik anayasa tezinin, anayasacılığın ve anayasa hukukunun gelenekselleşmiş değerleriyle bağdaşmayan yönleri de bulunmaktadır. Bilindiği gibi anayasalar, bireyin temel hak ve özgürlüklerini güvence altına alan, bu amaçla siyasal hakları sınırlayıp kurumsallaştıran ve böylece bir devletin siyasi ve hukuki düzenine ilişkin temel ilkeleri belirleyen belgeler olarak, hukuk kuralları içinde maddi ve şekli bütünlüğe sahiptir. Anayasanın maddi üstünlüğü, bir devletin hukuk düzenini oluşturan kurallar kademelenmesinde, anayasanın temel norm niteliğiyle en üstte yer alması ve alttaki kuralların anayasaya aykırı olmaması anlamına gelir. Ayrıca, çağdaş anayasaların neredeyse tamamı, değiştirilmesi için ağırlaştırılmış parlamento çoğunlukları arayan, hatta bazı temel değerlerin değiştirilemeyeceğini öngören, şekli üstünlüğe de sahip katı anayasadırlar. Bu nedenle, liberal çoğulcu demokratik düzen öngören anayasaların, kısa dönemde değişikliğe ihtiyaç göstermeyecek, uzun erimli; farklı program ve politikaların uygulanmasına ve yorumlanmasına elverişli, genel ve temel ilkeler niteliğinde kurallar koyması esastır. Oysa ekonomi ve ekonomik ilişkiler, toplumsal yaşamın dış unsurlara en açık ve en dinamik alanını oluşturur. Böyle olunca, bu en dinamik alanı, belli bir iktisat teorisinin gerekleri doğrultusunda anayasaya hapsetmek, uygulamada karşımıza iki olasılık çıkarabilir. Bunlardan biri ekonomik yaşamın katı anayasal kurallarla dondurulması, diğeri ise ekonomik yaşamın dinamizminin, doğal gelişiminin anayasa kurallarının dışına çıkmasıdır. Birinci olasılıkta çoğulcu demokrasi, ikinci olasılıkta anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı zarar görür.⁶

Bazı iktisat politikalarının uygulanması bakımından, politikacıya veya devlet organlarına güvensizlikten hareketle, sözgelimi bütçe dengliği, dış ve iç borçlar, para basımı, transfer ödemeleri gibi konularda, anayasa-

⁶ CANIKLIOĞLU Meltem D., age., sh.337 vd.

ya konulan kurallarla getirilen kayıtlama ve sınırlamalara uyulmadığı ve ya bunların yerine getirilmediği durumlarda, nasıl bir yaptırım uygulanabileceği sorunu ekonomik anayasacılığın belki de en zorlu problemidir. Uyulmadığında yaptırım uygulama imkanı olmayan bir kuralın anayasada yer almasının, anayasanın temel norm niteliği, üstünlüğü ve bağlayıcılığı ile bağdaşmayacağı açıktır. Bu nedenle, anayasalarda sosyal ve ekonomik alanla ilgili, sadece, sosyal ve ekonomik hak ve özgürlükler somut norm olarak yer alabilir, almalıdır. Bunun dışında, sosyal ve ekonomik alana ilişkin, devlete ya da siyasi iktidarlara ödev veya sorumluluk yükleyen hususlarla ilgili olarak, anayasalarda somut ve sınırlı şekilde bağlayıcı ya da yasakçı olmayan, sadece program, hedef ve temenni niteliğindeki kurallar konabilir. Bu doğrultuda, ekonomik anayasa ya da anayasal iktisat teorisinin savunucusu yeni liberal görüşün öngördüğü, rekabet mekanizmasını ve daha geniş olarak serbest piyasa düzenini etkin ve sürekli şekilde işletecek olan altyapıyı oluşturacak hukuk kuralları, anayasada sadece program, hedef hükümler niteliğinde yer alabilir. Nitekim, yeni demokrasiye geçen Polonya gibi birkaç istisna hariç, serbest piyasa ekonomisinin uygulandığı demokratik ülkelerin anayasalarında da, ekonomik haklar dışında, ekonomik alanla ilgili olarak bu tür program, hedef hükümler bulunmaktadır. Türkiye Cumhuriyetinin 1961 ve 1982 Anayasalarındaki ekonomik alana ilişkin hükümler de bu niteliktedir.

Ayrıca, devletin ödevleri bakımından, anayasada sosyal alanla ilgili program, hedef hükümler koyarken; ekonomik alanla ilgili program, hedef hükümlerin ötesinde, siyasi iktidarı sınırlayıcı somut kurallar konması, sosyal hakların ekonomik haklara nazaran nispileşmesi ve giderek sosyal devlet niteliğinin önemsenmemesi sonucunu da doğurur.

Öte yandan, ekonomik anayasa içinde yer alacak ekonomik konuların genişliği ve belirsizliği bir başka sorundur. Bireyin ve bireyler tarafında oluşturulan şirket, sendika, kamu iktisadi teşebbüsleri gibi özel ve kamu hukuku tüzel kişilerinin istihdam, yatırım üretim, tüketim, tasarruf, pazarlama gibi ekonomik konularda karar alma ve bu kararları uygulamasıyla ilgili her türlü faaliyetleri ile bütçe, vergi, iç ve dış borçlanma, özelleştirme, devletleştirme, kamulaştırma, para arzı, transfer ödemeleri ve uluslar arası ekonomik ilişkilerle ilgili her türlü karar ve uygulamalar ekonomik alan içine girmektedir. Bunlardan hangilerinin anayasada program, hedef hükümler olarak düzenleneceği, hangileri bakımından anayasada devletçe ya da siyasi iktidara yönelik somut sınırlama ya da kayıtlama konaca-

ğı ve hangilerinin kanunla düzenleneceği ayrı bir karmaşa yaratacaktır. Daha da önemli olan, bunlar anayasaya konduğu oranda, yukarıda açıklandığı üzere, anayasanın anayasa olma niteliği önemli ölçüde erozyona uğrayacağı gibi; uygulamada ortaya çıkacak olası uyuşmalıklarda sorunu yargı organları çözmek zorunda kalacağından, siyaset ile yargı arasındaki ilişkiler gerilebilecek, ekonomiyi yargıların belirlediği ve giderek yargıların hükümeti tartışmaları ortaya çıkabilecektir.

E- ANAYASALARDA EKONOMİK MODEL SORUNU

Ekonomi-anayasa ilişkisi ile ilgili bu teorilerin ötesinde, uygulamaya baktığımızda, çağımızın demokratik liberal anayasalarında genel kabul gören tutum ve yaklaşım, “anayasaların ekonomik yansızlığı tezinin” ideolojik çoğulculuğun varlık şartı sayılmış olmasıdır. Uygulamada bu ideolojik çoğulculuk, anayasalarla ve/veya anayasa yargısı ve idari yargı ile korunan sosyal-ekonomik düzenle kayıtlanmıştır. Başka bir ifadeyle, liberal demokratik anayasal düzenlerde, ekonomik model olarak, “kayıtlı ekonomik yansızlık” geçerlidir. Nitekim, temel hak ve özgürlükleri niteliklerine göre gruplandırıp, sosyal ve ekonomik haklara ayrı bölümlerde ve en kapsamlı olarak yer veren ilk anayasalardan 1947 İtalyan Anayasası, koyduğu pozitif düzenlemelerle, sosyal devlet ile sosyal ve ekonomik haklarla sınırlı piyasa ekonomisi düzenini kurumsallaştırmıştır. Anayasanın 41.maddesindeki, “Özel iktisadi girişimler serbesttir. Ancak, bu nitelikteki girişimler, toplumsal yarara aykırı ya da güvenliğe, özgürlüğe, insanlık onur ve haysiyetine zarar verecek biçimde olamaz.” düzenlemesi, bunun somut ifadelerinden biridir.

Anayasa-ekonomi ilişkileri bakımından, anayasalarında somut belirleyici hükümler bulunmayan Federal Almanya ve Fransa’da ise konu Anayasa Mahkemesi kararlarıyla şekillenmiştir. Nitekim, Federal Alman Anayasa Mahkemesi daha 1954 tarihinde vermiş olduğu ünlü bir kararında, “kurucuların belli bir ekonomik model benimsememiş olduklarını ve temel düzenin farklı ekonomik politikalara açık olduğu” sonucuna ulaşarak, “Anayasanın ekonomik model körlüğü” tezini ortaya koyarken; işçilerin yönetime katılmasıyla ilgili 1979 tarihli bir başka ünlü kararında, “Anayasanın sosyal ve ekonomik düzenini koruyarak, bu körlüğün kayıtlı olduğunu, başka bir ifadeyle Anayasanın kayıtlı ekonomik yansızlığını vurgulamıştır. Yine, Fransa’da Fransız Anayasa Konseyi, millileştirmelere ilişkin 1982 tarihli kararında, “mülkiyet hakkına yaptığı vurguyla ka-

yıtlı ekonomik yansızlığa” işaret etmiştir. Liberal anayasaların arşetipi olan ABD’nde, Federal Yüksek Mahkeme, ekmek fırını işçilerinin çalışma saatleriyle ilgili 1905 tarihli ünlü Lochner kararında, işçilerin günlük ve haftalık çalışma saatlerini sınırlayan New York Yasasını, Anayasanın liberal felsefesine aykırı bulurken; 1960’lı yıllarda verdiği bir başka ünlü kararında, “yasa koyucunun başucu kitabı olarak Adam Smith, Herbert Spencer, Lord Keynes ya da başkalarını alması bizi ilgilendirmez” diyerek, bu kez sosyal ve ekonomik alanda bugünün kendisini yönetme hakkına sahip olduğunu vurgulamıştır⁷.

Anayasa-ekonomi ilişkileri bakımından, 1970’li yıllarda totaliter rejimlerden demokrasiye geçen Portekiz, İspanya ve Yunanistan Anayasalarındaki sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler ile sosyal ve ekonomik alana ilişkin diğer hükümler birlikte değerlendirildiğine, her üçünde de sosyal ve ekonomik haklarla sınırlanmış bir serbest piyasa ekonomisi öngörüldüğü görülmektedir. Nitekim, 1976 tarihli Portekiz Anayasasının Başlangıç kısmında her ne kadar, “Portekiz halkının sosyalist topluma giden yolu açma kararından” söz edilmekteyse de; yine Başlangıç kısmında demokratik hukuk devleti ve insan haklarına da yer verilmesi karşısında, bu göndermenin tek başına sosyalist bir ekonomik düzene atıf yapmadığını göstermektedir. Keza, Anayasanın üçüncü kısmında oldukça geniş bir sosyal ve ekonomik haklar listesine yer verilirken, Anayasanın 61.maddesinde özel teşebbüslerin Anayasanın belirlediği çerçevede özgürce faaliyet gösterebileceği düzenlenmiştir. Bu hükümlere toplu bakış, Portekiz’de sosyal ve ekonomik haklarla sınırlandırılmış bir serbest piyasa ekonomisinin varlığına işaret etmektedir.

Yine, 1978 tarihli İspanya Anayasasının Başlangıç kısmında, “Anayasa ve hukuk çatısı altında, adil bir ekonomik ve sosyal düzen içinde demokratik biçimde birlikte var olmaktan” söz edilmekle, sosyal devlet ile sosyal ve ekonomik haklarla sınırlanmış bir serbest piyasa ekonomisi açıkça ifade edilmiş bulunmaktadır. Ayrıca, Anayasanın 38.maddesiyle de özel teşebbüslerin faaliyetleri ekonominin gerekleri ile ekonomik planlar çerçevesinde güvence altına alınmıştır.

Aynı şekilde, Yunanistan Anayasasının 106. ve 107.maddeleriyle de ekonomik sistem, sosyal barış ve kamu menfaatleriyle sınırlanmış özel teşebbüsler, kişi özgürlükleri, insan haysiyeti ve ulusal ekonominin zayıfla-

⁷ ÇAĞLAR Bakır, “Anayasa Bilimi”, Kardeşler Matbaası, İstanbul, 1989, sh.111-113.

masına neden olmadığı ölçüde serbest bırakılmıştır. Planlı ekonomi öngörülümüş, devletleştirmeye belli hallerde izin verilmiştir.

Demokrasiye yakın dönemde geçen Doğu ve Güneydoğu Avrupa ülkelerinin, anayasa-ekonomi ilişkilerindeki genel yaklaşımı da, Polonya örneği gibi birkaç istisna dışında, yine sosyal devlet ilkeleri ile sosyal ve ekonomik haklarla sınırlanmış bir serbest piyasa ekonomisi düzenidir. Yalnız bu ülkelerdeki ortak kaygı ve vurgu, sosyal ve ekonomik haklarla ve insan haysiyetiyle sınırlı bir ekonomik düzenden ziyade, serbest piyasa ekonomisini, özel teşebbüs özgürlüğünü ve mülkiyet hakkını korumak yönündedir.

Nitekim, Hırvatistan Anayasasının 49., Bulgaristan Anayasasının 19., Sırbistan Anayasasının 82. ve Romanya Anayasasının 135.maddeleri girişim ve ticaret özgürlüğüne dayanan serbest piyasa ekonomisini koruma altına almaktadır. Ayrıca, serbest piyasa düzeni haksız rekabetin önlenmesi, yabancı ve yerli yatırımcıların güvence altına alınması gibi hükümlerle desteklenirken; sosyal ve ekonomik haklar ile ekonomik gelişmelerin kamu yararı doğrultusunda olmasının sağlanmasına ilişkin hükümler, piyasa ekonomisinin sınırlayıcısı olmaktadır.

Ekonomik anayasa anlayışı doğrultusunda, siyasi iktidarlar somut olarak sınırlayıcı, detaylı hükümlere Polonya Anayasasında yer verilmiştir. Bu doğrultuda, Anayasanın 216.maddesinde, yıllık ulusal üretimin 3/5'ini aşan oranda borçlanma ya da borçlara kefil olma yasağı konulmuştur. Yine, Anayasanın 220.maddesi uyarınca parlamentoya, bakanlar kurulu tarafından hazırlanan bütçe kanunu tasarısındaki harcamalarda artış ya da kaynaklarda azaltma yaparken, öngörülenin ötesinde bir bütçe açığına yol açmama sınırlaması getirilmiştir. Ayrıca, Anayasanın yine aynı maddesi uyarınca, bütçe açıklarının ve kredi yükümlülüklerinin merkez bankasına devredilerek kapatılamayacağı kuralına yer verilmiştir.

Polonya dışında, Romanya Anayasasının 138.maddesinde, mali kaynağı gösterilmemiş hiçbir bütçe harcamasının onaylanmayacağı, keza benzer şekilde, Hırvatistan Anayasasının 90.maddesinde, uygulanması mali kaynaklara ihtiyaç duyan bir kanunun, kaynağa nasıl ulaşacağını da göstermesi gerektiğine ilişkin sınırlayıcı düzenlemeler yer almaktadır.

F- TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASALARINDA EKONOMİK MODEL SORUNU)

Anayasa-ekonomi ilişkileri bakımından Türkiye’de Cumhuriyet dönemi anayasalarına bir göz attığımızda, 1924 Anayasasında, birinci kuşak anayasalara paralel şekilde, devletin ekonomiye ilişkin klasik yetkilerinden olan bütçe (m.95-99), vergi (m.84), kamulaştırma (m.74) konularının yanında, klasik temel hak ve özgürlükler içinde ekonomik alanla ilgili olarak sözleşme, çalışma, mülk edinme (m.70) haklarına da yer verildiğini görüyoruz.

Türk Anayasa Hukukunda ekonomik alanla ilgili en köklü yenilik 1961 Anayasasıyla olmuştur. Anayasa öncelikle 2.maddesinde “sosyal devleti” cumhuriyetin değişmez nitelikleri arasında saymış; temel hak ve özgürlükler listesine ikinci kuşak anayasalara paralel olarak, sosyal ve ekonomik hakları da katmıştır.

Anayasa, üçüncü bölümde “Sosyal ve İktisadi Haklar ve Ödevler” başlığı altında, 35-53.maddeleri arasında, geniş bir sosyal ve ekonomik haklar listesi sunmanın yanında, bir kısmı program, hedef hüküm niteliğinde olmak üzere, devlete ödevler de yüklemiştir. Anayasada güvence altına alınan bu sosyal ve ekonomik haklar listesinde mülkiyet hakkı (m.36), çalışma ve sözleşme hürriyeti (m.40), çalışma hakkı ve ödevi (m.42,43), dinlenme hakkı (m.44), sendika kurma hakkı (m.46), toplu sözleşme ve grev hakkı (m.47), sosyal güvenlik hakkı (m.48), sağlık hakkı (m.49) yer almaktadır. Aynı bölümde devlete yüklenen ödevler ise, ailenin korunması (m.35), ücrette adaletin sağlanması (m.45), öğrenimin sağlanması (m.50) olarak sayılmış; kooperatifçiliği geliştirme (m.51) ile toprağın, tarımın ve çiftçinin korunması(m.37 ve 52) ise devletin alacağı tedbirler olarak belirlenmiştir. Devlete bu ödevlerini yerine getirebilmesi ve tedbirleri alabilmesi için aynı bölümde “kamulaştırma(m.38) ve devletleştirme(m.39)” yetkileri tanınmıştır. Anayasa 53.maddesinde de “Devletin bu bölümde belirtilen iktisadi ve sosyal amaçlara ulaşma ödevlerini, ancak iktisadi gelişme ile mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde” yerine getireceğini vurgulayarak, devletin yükümlülüklerinin sınırını çizmiştir. Anayasa aynı bölümün 40.maddesinde “Devlet, özel teşebbüslerin milli iktisadın gerekliliklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır”, 41.maddesinde de “İktisadi ve sosyal hayat, adalete, tam çalışma esasına ve herkes için insanlık haysiyetine yaraşır bir yaşayış seviyesi sağlanması amacıyla düzenlenir” diyerek; Devlete sosyal devlet il-

kesine uygun bir piyasa ekonomisi düzenini oluşturma ödevi yüklemiştir. Bütün bu düzenlemelerden, 1961 Anayasasının “kayıtlı ekonomik model yokluğu” tezini benimsemiş olduğunu çıkarabiliriz. Ayrıca Anayasadaki, Devleti “herkes için insanlık haysiyetine yaraşır bir yaşayış seviyesi sağlanmasına” elverişli tedbirler almakla yükümlü kılan vurgu, 1961 Anayasasının sosyal devlet ilkesini ne kadar önemseydiğinin de somut göstergesidir.

Ayrıca, 1961 Anayasası devletin ekonomiye ilişkin klasik yetkilerinden olan vergiyi 61.maddesinde siyasi haklar ve ödevler içinde ve bütçeyi de 126-128.maddeler arasında “İktisadi ve Mali Hükümler” başlığı altında, çağdaş vergi ilkelerine ve bütçe tekniklerine uygun ve ayrıntılı olarak düzenlemiştir. Anayasa, sosyal ve ekonomik alana ilişkin olarak, yine İktisadi ve Mali Hükümler başlığı altında 129.maddesinde “Kalkınma Planı ve Devlet Planlama Teşkilatına”, 130.maddesinde “Tabii Servet Kaynaklarının Aranması ve İşletilmesine”, 131.maddesinde de “Ormanların ve Orman Köylüsünün Korunması ve Ormanların Geliştirilmesine” program, hedef hükümler olarak yer vermiştir.

1982 Anayasası da anayasa-ekonomi ilişkileri bakımından, 1961 Anayasasının öngördüğü düzenlemeyi ana hatlarıyla korumuştur. Bu doğrultuda; Anayasanın 2. maddesinde “sosyal devlet” ilkesine yine Cumhuriyetin değişmez nitelikleri arasında yer vermiş; sosyal ve ekonomik hakları da, yine Anayasanın üçüncü bölümünde, “Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler” başlığı altında düzenlemiştir. Anayasada güvence altına alınan sosyal ve ekonomik haklar listesinde eğitim ve öğretim hakkı ve ödevi (md. 42), çalışma ve sözleşme hürriyeti (md. 48), çalışma hakkı ve ödevi (md. 49), çalışma şartları ve dinlenme hakkı (md. 50), sendika kurma hakkı (md. 51), toplu iş sözleşmesi hakkı (md. 53), grev hakkı ve lokavt (md. 54), sağlık, çevre ve konut hakkı (md. 56, 57), sosyal güvenlik hakkı (md. 60) bulunmaktadır. Anayasa aynı bölümde devletin ödevleri ile alacağı tedbirleri ise, ailenin korunması (md. 41), kıyıların (md. 43), toprağın (md. 44), tarih, kültür ve tabiat varlıklarının (md. 63), tarım, hayvancılık ve bu üretim dallarında çalışanların (md. 45), gençliğin (md. 58), sporun ve sporunun (md. 59), sanatın ve sanatçının (md. 64) korunması, ücrette adaletin sağlanması (md. 55) ve sosyal güvenlik bakımından özel olarak korunması gerekenler (md. 61) olarak sıralamıştır. Aynı bölümde, bu ödevleri yerine getirebilmesi, tedbirleri alabilmesi için devlete kamulaştırma (md. 48), devletleştirme ve özelleştirme (md. 47) yetkileri tanın-

mıştır. Anayasa 65. maddesinde de, “Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir” demek suretiyle, yine 1961 Anayasasında olduğu gibi devletin yükümlülüklerinin sınırını da belirlemiştir.

Bu düzenlemeyi 1961 Anayasasıyla karşılaştırdığımızda, sosyal ve ekonomik hakların sayısı ile bu alanda ödev ya da tedbir olarak devlete yüklenen sorumlulukların, 1982 Anayasasında nicelik olarak artırılmış olduğunu görüyoruz. Özellikle devletin korumakla yükümlü tutulduğu kesim ve alanlar epeyce genişlemiştir. Yine, eğitim ve öğretim 1961 Anayasasında “öğrenimin sağlanması” şeklinde ödev olarak düzenlenmiş iken, 1982 Anayasasında “eğitim ve öğretim hakkı ve ödevi” olarak düzenlenmiş olması olumlu bir yeniliktir. Yine, 1999’da yapılan değişiklikle, devletleştirmenin yanında özelleştirmenin de Anayasaya alınması, konumuz olan ekonomik model değerlendirmesi bakımından, 1982 Anayasasının önemli bir yeniliğidir. Buna karşın, 1961 Anayasasında sosyal ve ekonomik haklar bölümünde yer verilen mülkiyet hakkına, 1982 Anayasasında kişinin hakları bölümünde yer verilmesi; 1961 Anayasasının iki ayrı maddesinde yer alan, iktisadi hayatın, “herkes için insanlık haysiyetine yaraşır bir yaşayış seviyesi sağlaması amacına göre düzenleyeceği” vurgusuna yer verilmeyişi, 1982 Anayasasının sosyal devlet niteliğini zayıflatan önemli eksiklerdendir. Keza, özellikle sendikal haklar ile çalışma hayatına ilişkin düzenlemeler bakımından karşılaştırıldığında, 1961 Anayasasının daha güvenceli, 1982 Anayasasının ise daha sınırlayıcı olduğu; devlete yüklenen ödevler ile alınması gereken tedbirler bakımından, 1982 Anayasasının daha fazla program, hedef hükümler içerdiği de gözden kaçırılmaması gereken bir başka farklılıktır. Sonuç olarak, bir bütün olarak değerlendirildiğinde, sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler bakımından, nicelik olarak 1982 Anayasası üstün görünmesine rağmen, sosyal devlet niteliği bakımından 1961 Anayasasının gerisine düştüğü tespiti yapılabilir.

1982 Anayasası, devletin ekonomiye ilişkin klasik yetkilerinden olan vergiyi 73. maddesiyle, 1961 Anayasasında olduğu gibi siyasi haklar ve ödevler içinde ve bütçeyi de 161-164. maddeleri arasında, yine 1961 Anayasasına benzer şekilde mali hükümler başlığı altında, çağdaş vergi ilkelerine ve bütçe tekniklerine uygun ve ayrıntılı olarak düzenlemiştir.

1982 Anayasasının konumuz olan Anayasa-ekonomi ilişkisi bakımından getirdiği en önemli yenilik “ Ekonomik Hükümler” başlığı altında, 167. maddesinde koyduğu, “piyasaların denetimi ve dış ticaretin düzenlenmesi”ne ilişkin hükümler ile, 166. maddesinde yer verdiği “planlamaya” ilişkin 1961 Anayasasına göre daha kapsamlı düzenlemedir. Anayasanın “piyasaların denetimi ve dış ticaretin düzenlenmesi” başlıklı 167. maddesine göre, “Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiilî veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler. Dış ticaretin ülke ekonomisinin yararına olmak üzere düzenlenmesi amacıyla ithalat, ihracat ve diğer dış ticaret işlemleri üzerine vergi ve benzeri yükümlülükler dışında ek malî yükümlülükler koymaya ve bunları kaldırmaya kanunla Bakanlar Kuruluna yetki verilebilir.” Anayasanın “planlama” başlıklı 166. maddesine göre ise, “Ekonomik, sosyal ve kültürel kalkınmayı, özellikle sanayinin ve tarımın yurt düzeyinde dengeli ve uyumlu biçimde hızla gelişmesini, ülke kaynaklarının döküm ve değerlendirilmesini yaparak verimli şekilde kullanılmasını planlamak, bu amaçla gerekli teşkilatı kurmak Devletin görevidir. Planda millî tasarrufu ve üretimi artırıcı, fiyatlarda istikrar ve dış ödemelerde dengeyi sağlayıcı, yatırım ve istihdamı geliştirici tedbirler öngörülür; yatırımlarda toplum yararları ve gerekleri gözetilir; kaynakların verimli şekilde kullanılması hedef alınır. Kalkınma girişimleri, bu plana göre gerçekleştirilir.” Bu düzenlemeler, Anayasanın 48. maddesinde yer alan, “Devlet, özel teşebbüslerin, milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır” hükmüyle birlikte değerlendirildiğinde; bu düzenlemelerin bir bütün olarak, ekonomik anayasa savunucularının öngördüğü şekilde, ekonomiyle ilgili bazı konularda siyasi iktidarı somut olarak sınırlayıcı kurallar olmasalar bile, yeni liberal anlayışın öngördüğü serbest piyasa düzeninin etkin ve sürekli şekilde işletilmesini amaçlayan program ve hedef hükümler olduğu kabul edilebilir.

1982 Anayasası, yine ekonomik hükümler başlığı altında ve 1961 Anayasasına benzer şekilde, tabii servetlerin ve kaynakların aranması ve işletilmesine (md. 168), kooperatifçiliğin geliştirilmesine (md. 171), ormanların ve orman köylüsünün (md. 169-170), tüketicilerin (md. 171), esnaf ve sanatkârların (md. 173) korunmasına ilişkin olarak da, daha çok program niteliğinde kurallar da koymuştur.

Bu durumda, 1982 Anayasasının sosyal ve ekonomik alanla ilgili bu düzenlemeleri bir bütün olarak değerlendirildiğinde şu bilanço çıkarılabilir:

Anayasada tanınan yukarıda yer verdiğimiz sosyal ve ekonomik haklar ile devlete yüklenen ödevler, 47. ve 48. maddelerde devlete tanınan kamulaştırma ve devletleştirme yetkileri, 5. maddedeki devletin, “kişinin temel hak ve hürriyetlerini sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak şekilde sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırma, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlama” amacı ve 2. maddede sosyal devletin Cumhuriyetin değişmez nitelikleri arasında sayılmış olması, 1982 Anayasasının sosyal devlet niteliğine ilişkin hükümleridir.

Anayasanın 35. maddesindeki mülkiyet hakkı güvencesi ve 48. maddede tanınan özelleştirme yetkisi ile aynı maddedeki özel teşebbüse ilişkin güvenceler, 166 ve 167. maddelerdeki serbest piyasa düzenini işletmeye yönelik alt yapı oluşturmayı amaçlayan program hükümler ise, Anayasanın ekonomik liberalizme yönelik düzenlemeleridir.

Bu hükümler bir bütün olarak değerlendirildiğinde sonuç olarak, 1982 Anayasasına göre salt liberal ya da salt devletçi ekonomi modeli uygulama olanağının olmadığını; seçimle gelen çoğunlukların az ya da çok liberal veya az ya da çok devletçi ekonomi politikaları izleyebileceklerini ve dolayısıyla Anayasanın kayıtlı ekonomik yansızlık tezini benimsediğini söyleyebiliriz.

Uygulamada Türk Anayasa Mahkemesinin Cumhuriyet Dönemi Anayasalarının benimsediği ekonomi modellerini değerlendiren kilit kararları bulunmaktadır. Mahkeme, bunlardan özelleştirmeye ve Maden Kanununa ilişkin kararlarında, Cumhuriyet Döneminde Türkiye’de uygulanan ekonomi modellerinin profilini çıkarmıştır.

Anayasa Mahkemesi özelleştirmeyi düzenleyen, “Tasarrufların Teşviki ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkında Kanun”u denetlerken vermiş olduğu 1985/4 karar sayılı kararında⁸ “... Anayasa’da yer alan Türk Milletinin bağımsızlığı ilkesinin, siyasi ve ekonomik bağımsızlığı içerdiği kuşkusuzdur”, demiş ve Atatürk ilkeleri ile sosyal devlet ilkesi arasında bağlantı kurmuştur. Mahkemeye göre, özetle, Anayasanın 2.

⁸ AYM. E.1984/9, K.1985/4, Kt.18.02.1985, AYMKD, Sy.21, sh. 59-60.

maddesinde yer alan sosyal hukuk devleti ile Başlangıç kısmında yer alan Atatürk ilkeleri arasında çelişen bir yön yoktur. Anayasanın öngördüğü sosyal devlet, diğer nitelikleri yanında ekonomik yaklaşımlarında da kamu girişimine yer veren ve milli ekonomiyi bu anlayışla düzenleyen devlettir.

Anayasa Mahkemesi, özelleştirmeyi Anayasaya uygun bulan yukarıda açıkladığımız 1985/4, devletleştirmeyi Anayasa'ya uygun bulan 1985/16 karar sayılı iki kararında⁹ açıkça, Atatürk'ün uyguladığı ekonomik politikaların ve bu arada Atatürk'ün benimsediği “mutedil devletçilik” ilkesinin, “belirli bir ekonomik model olmadığını” tespit etmiştir. Mahkemeye göre, “Atatürk'ün iktisadi görüşleri katı ve doktriner olmayıp, ülke koşullarına uygun politikalar izlenmesine açıktır. Başka, bir ifadeyle, ülkeyi geri kalmışlıktan kurtarmak için şartlara göre kamu kesimine veya özel kesime ağırlık verilmesinin bu görüşlere ters düştüğü söylenemez”. Ayrıca Anayasa Mahkemesi, aynı kararlarında yukarıda açıkladığımız Federal Alman Anayasa Mahkemesi ve Fransız Anayasa Konseyi gibi, 1961 ve 1982 Anayasalarında da bir ekonomik model bulunduğu tezini açıkça reddederken; bu Anayasaların “Anayasa ilkeleri ile kayıtlı ekonomik model yokluğu tezini” benimsediğini de vurgulamıştır. Mahkemenin söz konusu kararlarına göre, “çok partili demokratik rejimi benimseyen Anayasamızda, Anayasa ilkelerine ters düşmemek koşuluyla, iktidarların ekonomi alanında müdahaleci veya liberal bir politika izlemelerine bir engel bulunmamaktadır”.

Anayasa Mahkemesi, devletleştirmeye ilişkin 1985/16 karar sayılı kararında, ayrıca, “1924 Anayasasında 1937 yılında yapılan değişiklikle Devletçilik, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin niteliklerinden biri sayıldığı halde 1961 ve 1982 Anayasalarında devletçilik ilkesine yer verilmemiştir... Devletçiliğin sosyal devleti gerçekleştirmenin tek aracı olmadığı vurgulanmalıdır. Esasen yukarıda da belirtildiği gibi, devletleştirme olanağı ortadan kaldırılmamıştır”, yorumunu ve değerlendirmesini de yapmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, Maden Kanununa ilişkin olarak vermiş olduğu 1986/30 karar sayılı kararında, Cumhuriyetin ilanından günümüze kadar Türk hükümetlerinin izlediği ekonomik politikaların bir değerlendirmesini yapmış; bu değerlendirmede, Türk Hükümetlerinin içinde bulunduk-

⁹ AYM. E.1985/2, K.1985/16, Kt.27.09.2985, AYMKD, Sy.21, sh. 222.

ları ekonomik koşullara göre, değişik dönemlerde farklı ekonomik politikalar izlediğini belirlemiş; böylece, sadece 1961 ve 1982 Anayasalarında değil, Cumhuriyetin ilanından bu yana ekonomik model yokluğu tezi ni dile getirmiştir. Ayrıca Mahkeme, bu dönemlerde az ya da çok müdahaleci ya da devletçi politikalar izlendiğini, böylece de ekonomik model yokluğu tezinin, mutlak değil kayıtlı olduğunu bir kez daha vurgulamıştır.

Mahkemenin söz konusu 1986/30 karar sayılı kararına göre¹⁰, “Cumhuriyet hükümetleri, özellikle ‘Kuruluş Dönemi’ diye adlandırılan 1923-1938 döneminde... hızla kalkınan ve kendine yeterli hale gelen bir ‘ulusal ekonomi’ kurmayı temel amaç saymışlardır... Toplumun fakir, ülkenin harap bir halde bulunması bu faaliyetlerin ferdî güç ve çabalarla başarılmasını imkânsız kılmaktaydı. Gerekli atılımları yapacak ve ferdî girişimlere yol gösterip öncülük edecek ulusal kamu kuruluşlarının oluşturulmasına özel bir önem verilmiştir... Bu dönemde, ekonominin diğer kesimlerinde egemen olan ‘Devletçilik politikası’, madencilik sektörü için de gerekli olmuştur. Ancak, izlenen bu politika ideolojik bir tercihten değil, o dönemde ferdî sermaye birikiminin yok denecek kadar az olmasından ve eğitim düzeyinin yetersizliğinden kaynaklanmıştır.”

“Çok partili demokratik sisteme geçilen 1950’lerde ise toplum, siyasi yönden gerçekleşen liberalleşme hareketinin ekonomik yaşama da yansıtılması istek ve heyecanı içine sürüklenmiştir.”

“1970’li yıllarda ise, yukarıda değinilen nedenlerle, madencilik sektöründe ferdî girişimin sınırlandırılması yolunda bir eğilim belirmiştir... Bu dönemdeki yasal düzenlemelerin karakteristiği, maden hakkını, büyük ölçüde devlet tekelinde tutmak, özel girişimi sınırlamaktır.”

“1980’li yıllar, toplumun yeniden liberalleşmeye yöneldiği bir dönemdir. (Bu dönemde)... maden işletmeciliğinde Devlet ve özel sektör eşit duruma getirilmiştir.”

“Kısaca incelenen bu tarihi gelişim, Türkiye’de madencilik sektörünün hukukî yönden ‘Devlet hakimiyeti rejimi’ne bağlı tutulduğunu, ancak günün koşullarına göre bazen Devletçiliğe bazen de ferdîyetçiliğe nispi bir ağırlık verildiğini göstermektedir.”

¹⁰ AYM. E.1985/20, K.1986/30, Kt.14.12.1986, AYMKD, Sy.22, sh.523-524.

Nihayet, Anayasa Mahkemesi, Sosyalist Parti'nin kapatılmasına ilişkin davada vermiş olduğu 1988/1 karar sayılı kararında¹¹, “Bir siyasi partinin Anayasadaki ilke ve koşullara aykırı düşmeyecek biçimde ekonomik tercihlerini belirlemesi mümkündür. Anayasa’da, ekonominin karakterinin değiştirilemeyeceği yönünde bir kural bulunmamaktadır” diyerek; 1982 Anayasasının kayıtlı ekonomik model yokluğu tezine uygun olduğunu bir kez daha vurgulamıştır. Anayasa Mahkemesi, Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun ile ilgili 2000/49 karar sayılı kararında¹² da aynı içtihadını sürdürmüştür.

SONUÇ

Liberal demokrasilerde, anayasa-ekonomi ilişkisinde, anayasaların ekonomik yansızlığı, çoğulcu demokrasinin ön şartı olarak görülmektedir. Çağımızın çoğulcu liberal demokratik yapı öngören anayasalarında ve yüksek yargı organlarının içtihatlarında, genel kabul gören yaklaşım, anayasaların liberal ve/veya sosyal devlet anlayışının temel değerleriyle kayıtlı ekonomik model yansızlığı tezini benimsediği yönündedir. Bu doğrultuda anayasalara, sosyal ve ekonomik alana ve piyasa düzeninin etkin işleyişine ilişkin olarak, siyasi iktidarları somut olarak sınırlayıcı, kayıtlayıcı kurallar değil; daha çok yönlendirici, düzenleyici amaçlı program, hedef nitelikli hükümler konulması yaygındır. Türkiye Cumhuriyetinin 1961 ve 1982 Anayasaları ile Anayasa Mahkemesinin içtihatlarında da bu anlayış hakimdir.

Küresel güçlerin rotasını belirlediği, içinde ekonomik anayasa teorisini savunanların da bulunduğu, neo (yeni) liberal devlet anlayışının öngördüğü ekonomik politika uygulamalarının, dünyanın 2008 ekonomik krizine sürüklenmesine yol açması ya da en azından bu krize girmesini önleyememesi ve krizden çıkış için başta ABD ve AB ülkeleri olmak üzere, devletlerin müdahale etmek zorunda kalması, sosyal devlet teorisinin yeniden revaç kazanmasını gündeme getirmiştir.

Sosyal devlete eleştiri olarak yöneltilen, siyasetçinin politikayı ve ekonomiyi, seçmenin oyunu almak için, devletin ekonomiye müdahalesi-

¹¹ AYM.(Siyasi Parti Kapatma), E.1988/2, K.1988/1, Kt. 08.12.1988, RG. 16.05.1989, Sy. 20167.

¹² AYM.E.2000/77, K.2000/49, Kt.21.11.2000, RG.15.03.2002, Sy.24696.

ni siyasi bir rant aracı olarak kullanması, siyasi demokrasinin bir zaafıdır. Unutulmamalıdır ki, demokrasi en mükemmel sistem değil, insanoğlunun bugüne kadar bulabildiği en az kötü sistemdir. Başka bir ifadeyle kötülerin iyisidir.

Sosyal devletin, herkese asgari insan onuruna yaraşır yaşam sunma hedefi, siyasi iktidarların, ekonomiye müdahaleyi siyasi bir rant olarak kullanmalarından doğan zafiyeti dengeleyebilecek bir değer olarak kabul edilebilir. Kaldı ki, demokrasilerde periyodik aralıklarla yapılacak seçimlerde siyasi iktidarlar değişebileceğine göre, değişen iktidarlara birlikte, giderek toplumun her kesiminin bu ranttan pay alma fırsatı bulabilmeleri, bu zaafı da büyük ölçüde dengeleyebilecektir. Siyasi demokrasilerin bu zaafından kaçınma çarelerinden biri olarak, piyasa ekonomisi düzeninin etkinliğini ve sürekliliğini sağlamak amacıyla, bununla ilgili ekonomik faaliyet ve enstrümanların, son yıllarda giderek yaygınlaştığı üzere, bağımsız idari otoriteler (Türkiye'deki Merkez Bankası, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu, Sermaye Piyasası Kurulu gibi) tarafından yürütülmesi de önerilebilir.

Yabancı Ülkelerde Bulunan Kişilere Tebligat

Doç.Dr. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL*

GİRİŞ

Tebligat, bir hukuki işlemin ilgililere duyurulması amacıyla, usulüne uygun olarak yapılan bir belgelendirme işlemidir¹. Özellikle yargılama ile ilgili işlemlerin hüküm ifade edebilmesi için mutlaka ilgililere (tarafalara) tebliğ edilmesi gerekmektedir. Bu zorunluluk gerek tarafların, gerekse mahkemenin yaptığı işlemler açısından söz konusudur.

Gerçekten de örneğin, dava dilekçesinin davalı açısından hüküm doğurması ve davalının cevap hakkını kullanabilmesi için dilekçenin ona tebliğ edilmesi gerekmektedir. Dava dilekçesi davalıya tebliğ edilmediği sürece davalı açısından cevap verme süresi işlemeye başlamayacaktır. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK) m.73, hâkimin hükmünü verebilmesi için, her iki tarafı dinlemesini veya iddia ve savunmalarını sunmaları için kanuni usullere uygun olarak davet etmesini zorunlu kılmaktadır. Davalıya tebligat yapılmadan, dolayısıyla, onun kendisini savunmasına imkân tanınmadan verilen hüküm usule aykırılık gerekçesiyle (HUMK m. 428/ f.1, b.4) temyize konu edilebilir.

Diğer yandan, mahkemenin vereceği nihai karara karşı temyiz süresinin işlemeye başlayabilmesi için kararın taraflara tebliğ edilmiş olması gerekmektedir. Tebligat yapılmadığı sürece temyiz süresi işlemez.

Yargılama ile ilgili işlemlerin hüküm ifade edebilmesi için bu kadar önemli olan tebligat işlemi, uygulamada, gerçekleştirilmesinin çok zaman

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası Özel Hukuk Anabilim Dalı.

¹ KURU Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, 6.Bası, c. V, İstanbul 2001, s.5164- 5165; PEK-CANITEZ Hakan, ATALAY Oğuz- ÖZEKES Muhammet, *Medenî Usûl Hukuku*, 5.Bası, Ankara 2006, s. 170.

alması veya mevzuatta öngörülen düzenlemelere aykırı olarak yapılması gerekçeleriyle eleştirilere maruz kalmaktadır. Türkiye’de oturan kişilere yapılacak tebligat açısından dahi bu eleştirilerin var olduğu düşünüldüğünde, Türkiye’deki bir mahkemeden yurt dışında oturan kişilere yapılacak tebligat işlemleri açısından hem süre hem de usule aykırılık gerekçesiyle yapılan bu eleştirilerin çok daha yoğun olması doğal karşılanabilir.

Bu çalışmamızda, Türkiye’deki bir mahkeme tarafından, yurt dışında bulunan kişilere yapılacak tebligat ile ilgili olarak uyulması gereken esaslar, gerek yasal düzenlemeler, gerekse Türkiye Cumhuriyeti’nin taraf olduğu uluslararası anlaşmalar çerçevesinde incelenecektir. Konuyu sınırlamak açısından yurt dışındaki bir mahkemeden Türkiye’de oturan kişilere yapılacak tebligat kapsam dışı bırakılmıştır.

I- TEBLİGAT KANUNU ÇERÇEVESİNDE YURT DIŞINA TEBLİGAT

Türkiye’den yurt dışına gönderilecek tebliğ evrakının muhataba ulaştırılmasında izlenecek yöntem, 7201 Sayılı Tebligat Kanunu² m. 25-27 ve Tebligat Tüzüğü³ m. 36- 45 hükümlerinde belirtilmiştir.

Aşağıda, bu hükümler çerçevesinde öncelikle genel olarak tebligatın yapılmasında izlenecek yöntem açıklanacak, daha sonra, muhatabın kimliğine göre gözetilen farklılıklara yer verilecektir.

A- Genel Olarak

Aynı içeriğe sahip olan Tebligat Kanunu m. 25/f.1 ve Tebligat Tüzüğü m. 40 şu şekildedir: “*Yabancı memlekette tebliğ, o ülkenin salahiyyetli makamı vasıtasıyla yapılır. Bunun için anlaşma veya o memleket kanunları müsaait ise, o yerdeki Türkiye siyasi memuru veya konsolosu tebligat yapılmasını salahiyyetli makamdan ister*”.

Bu hükümde, Türkiye’den gönderilecek tebliğ evrakının, tebligatın yapılacağı ülkede bulunan Türk elçilik veya konsolosluğu aracılığıyla⁴, o

² 11.02.1959 Tarihli Kanun (RG 19.02.1959-10139).

³ Bakanlar Kurulu’nun 20.8.1959 Tarih ve 4/12059 Sayılı Kararı (RG 11.9.1959-10303).

⁴ “Eğer tebligatın yapılacağı ülke Türkiye Cumhuriyeti tarafından hukuken ve fiilen tanınmış bir ülke olmasına rağmen siyasi memur veya konsolosumuz yoksa Hükümetin alacağı tedbir çerçevesinde o ülkenin yetkili makamı aracılığıyla tebligat yapılabilecektir” (7201 Sayılı Kanun Hak-

ülkenin tebligat yapma konusunda yetkili kıldığı makamlara ulaştırılacağı ve tebligatın bizatihi bu makamlar tarafından gerçekleştirileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla, tebligatı, o ülkenin bu konuda yetkili olan makamı gerçekleştirecektir.

Ancak, maddede yer alan, “*Bunun için anlaşma veya o memleket kanunları müsait ise*” ibarelerinin varlığı, Türkiye’den gönderilen evrakın yabancı bir ülkede tebliğ edilebilmesi için, o ülke ile Türkiye Cumhuriyeti arasında buna ilişkin bir anlaşmanın veya o ülkenin mevzuatında, yabancı bir ülkeden gelen evrakın tebliğine imkân tanıyan hükümlerin bulunması gerektiğini göstermektedir⁵.

Gerçekten de, Türkiye Cumhuriyeti ile tebligatın yapılacağı devlet arasında tebligatın yapılmasına imkân tanıyan bir anlaşma olmadığı takdirde, o devletin yetkili makamının, tebligat talebini yerine getirme konusunda bir yükümlülüğü bulunmayacaktır. Bu durumda, ilgili ülke, devletlerarası karşılıklı yardımlaşma ilkesi ve uluslararası nezaket kuralları çerçevesinde ve kendi mevzuatında yer alan hükümlere uygun olarak tebligat talebini yerine getirecektir⁶.

Tebligat Kanunu m. 25/ f.2 hükmünde, tebliğ evrakının, yabancı ülkedeki siyasi memur veya konsolosluga hangi yöntemle ulaştırılacağı açıklanmıştır. Buna göre, tebliğ evrakı, tebligatı çıkaran merciin bağlı olduğu bakanlık aracılığıyla Dışişleri Bakanlığına, oradan da görev bölgesi dikkate alınarak ilgili Türk elçiliğine veya konsolosluğuna gönderilecektir.

Ancak, Dışişleri Bakanlığının aracılığına gerek görülmeyen hallerde, evrakın ilgili bakanlıkça doğrudan Türk elçiliği veya konsolosluga gönderilmesi mümkündür (Tebligat Kanunu m. 25/ son fıkra)⁷.

kında Hükümet Gerekçesi, YILMAZ Ejder- ÇAĞLAR Tacar, *Tebligat Hukuku*, Ankara 1999, Genişletilmiş 3. Bası, s. 746- 747, dipnot 1; YELEKÇİ Memduh- YELEKÇİ İlhami, *Notlu Gerekçeli İçtihatlı Tebligat Kanunu (Nizamnamesi) ve Avukatlık Kanunu*, Ankara 1977, s. 45).

⁵ MOROĞLU Erdoğan- MUŞUL Timuçin, *Tebligat Hukuku*, İstanbul 1990, 2. Bası, s. 112.

⁶ KILIÇ Aykut, *Uluslararası Tebligat*, in *Noterlik Hukuku ile İlgili Bazı Sorunlar, Türk Hukuk Dili, Noterlik ve Tebligat Hukuku*, NOTEV (Noterlik Hukuku Araştırma Enstitüsü), Ankara 1999 (s. 163- 169), s. 164.

⁷ Maddeye 15.6.1985 gün ve 3220 Sayılı Kanunla eklenen bu fıkra ile “...ana kural bozulmadan ilgili bakanlıklara tebligat evrakını doğrudan doğruya yabancı ülkelerdeki temsilciliklerimize gönderme yetkisi tanınmaktadır...” (3220 Sayılı Kanun Hakkında Hükümet Gerekçesi, YILMAZ-ÇAĞLAR, s. 747, dipnot 2).

Görüldüğü gibi, Türkiye’den yurt dışına gönderilecek tebliğ evrakı açısından, Türkiye’de tebligat konusunda asıl yetkili makam olan posta idaresi devre dışı kalmakta⁸ ve diplomatik yöntem uygulanmaktadır.

Dışişleri Bakanlığının kusuru yüzünden tebligatın yapılamaması (örneğin, tebliğ evrakının Bakanlıkta kaybolması) halinde ilgililerce Bakanlık aleyhine hizmet kusuru gerekçesiyle tazminat davası açılabileceği kabul edilmektedir⁹.

B- Muhatabın Türk Vatandaşı Olması Halinde

Yurt dışında bulunan Türk vatandaşlarına tebligat yapılması konusunda genel kurala bir alternatif getiren, Tebligat Kanunu 25/A maddesi, 4829 Sayılı Tebligat Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun¹⁰ m. 8 ile eklenmiş ve bu konuyu daha önce düzenlemiş olan Tebligat Kanunu m. 25/ f. 2’yi yürürlükten kaldırmıştır.

Tebligat Kanunu m. 25/A, f.1 hükmü, yabancı ülkede kendisine tebligat yapılacak kimsenin Türk vatandaşı olması halinde tebligatın, o yerdeki Türkiye Büyükelçiliği veya Konsoloslugu aracılığıyla da yapılabileceğini öngörmektedir.

Hükümde yer alan “da” kelimesi, muhatabın Türk vatandaşı olduğu durumlarda tebligatın mutlaka bu maddede öngörülen yöntem izlenerek yapılmasının gerekmediğini, bu durumda dahi tebligatın, yukarıda incelediğimiz genel kural çerçevesinde yapılmasının mümkün olduğunu ortaya koymaktadır¹¹.

⁸ Bu hususu vurgulamak üzere, PTT Genel Müdürlüğü Posta Dairesi Başkanlığının 26.2.1982 Tarih ve 32532/3584 Sayılı Genelgesinde “ Tebligat Kanununun 25. maddesine göre yabancı ülkelerde bulunanlara yapılacak tebligata ilişkin işlemler posta servisleri dışında cereyan etmektedir” ifadelerine yer verilmiştir (Genelge metni için bkz. YILMAZ-ÇAĞLAR, s. 749, dipnot 4).

⁹ Danıştay 12.D., 7.6.1976, 760/ 1315, YILMAZ-ÇAĞLAR, s. 749-752’den naklen.

¹⁰ RG 27.03.2003- 25061.

¹¹ Aynı yönde bkz. NOMER Ergin-ŞANLI Cemal, *Devletler Hususi Hukuku*, Yenilenmiş 16.Bası, İstanbul 2008, s. 525; ŞANLI Cemal, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, İstanbul 2005, 3.Bası, s. 178.

Yürürlükten kaldırılan Tebligat Kanunu m. 25/ f.2 hükmünde de aynı ifade yer almakta idi ve bu durumda tebligatın nasıl yapılacağı Tebligat Tüzüğü m. 41’de ayrıntılı olarak düzenlenmişti. Buna göre, tebligat, Türk siyasi memuru veya konsolosu veya bunların atayacağı bir memur tarafından yapılıyor ve Tebligat Tüzüğüne ekli 4 numaralı örneğe göre düzenlenecek bir mazbata ile tevsik ediliyordu. Muhatabın tebellüğden imtina etmesi halinde, bu durumun mazbataya yazılarak altının tebliğ yapan tarafından imza edilmesi gerekiyordu. Kendisine tebligat yapılacak olan Türk vatandaşının, davete uymaması veya bulunduğu yerin uzaklığı gerekçesiyle davetine gerek görülmemesi gibi sebeplerle tebligatın yapılması mümkün olmazsa, evrak iade edilmeyerek Tüzük m. 40 uyarınca, yani az önce açıkladığımız genel kural çerçevesinde (Tebligat Kanunu m. 25) tebligatın yapılması gerekiyordu. Gerçekten de, Türk siyasi memur veya konsolosluklarının zor kullanma yetkisi olmadığından, muhatap Türk vatandaşının tebliğ evrakını almak üzere gelmemesi durumunda tebligatın bu hüküm çerçevesinde yapılması mümkün olmuyor, ya genel kural veya varsa uluslararası anlaşma hükümleri çerçevesinde tebligatın yapılması zorunluluğu ortaya çıkıyordu.

Bu sorun bir Yargıtay kararında şu şekilde ifade edilmiştir: “...tebligat yapılabilmesi, muhatabın temsilciliğimize başvurması ve tebligatı kabul etmesi şartına bağlıdır. Olayımızda ise davalı, Kopenhag’ daki Konsolosluluğumuza başvurmamış ve tebligatın mahiyet ve kapsamından bilgi sahibi olmamıştır. Nitekim Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü’nün dosyada mevcut 13.1.1988 Tarih ve 02051 Sayılı yazılarında da açıkça belirtildiği gibi, yurt dışında bulunan Türk vatandaşının temsilciliğimize zorla getirilmesi ve kendisine tebligat yapma imkânı bulunmamaktadır. Öyle ise mahkemece yapılacak iş, çok taraflı 1965 Tarihli Lahay Tebligat Sözleşmesi ve bu sözleşmenin uygulanmasına ilişkin Adalet Bakanlığının genelgeleri uyarınca tebliğ belgeleri düzenleyerek tebliğ yapılacak ülkenin adli mercilerinin yardımını istemekten ibarettir. Bu yön göz önünde tutulmadan ve davalıya usulüne uygun tebligat yapılmadan yargılamaya devam olunarak hüküm kurulması usul ve kanuna aykırıdır...”¹².

¹² Yargıtay 2. HD, 14.10.1988 Tarih ve 8007/ 9213 Sayılı Kararı’ndan (Yasa Hukuk Dergisi 1989/1 s. 58; YKD 1989/4, s. 484- 485; YILMAZ-ÇAĞLAR, s. 752- 753).

Uygulamada yaşanan bu sorunları gidermek ve tebligatın etkin bir şekilde yapılabilmesini sağlamak amacıyla Kanuna eklenen 25/A maddesi ile yabancı ülkede bulunan Türk vatandaşlarına Türk büyükelçiliği veya konsoloslugu veya bunların görevlendireceği bir memur aracılığıyla bildirim yapılacağı (f. 2); bu bildirimde, tebliğin konusu ile hangi merci tarafından çıkarıldığı bilgilerinin yer alacağı ve otuz gün içinde başvurulmadığı takdirde tebliğin yapılmış sayılacağı ihtarının yer alacağı kabul edilmiştir (f.3).

Bu ihtarın, o ülke mevzuatının izin verdiği yöntemle muhataba tebliğ edildiği tarihten itibaren otuz gün içinde Türk büyükelçiliğine veya konsolosluğuna başvurulmadığı takdirde otuzuncu günün bitiminde tebligat yapılmış sayılacaktır (f.4).

Bu hüküm çerçevesinde tebligatın yapılmış sayılabilmesi için, ihtarın, tebligatın yapılacağı ülkenin mevzuatına uygun bir şekilde muhataba iletilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde, usulsüz tebligat söz konusu olacaktır.

Yargıtay 2.H.D. tarafından 2004 yılında verilen bir kararda, ihtarın, Almanya'da oturan muhataba, Alman Tebligat Kanunu m. 175 çerçevesinde Hannover Başkonsolosluğu tarafından iadeli taahhütlü mektupla gönderildiği, ancak muhatap tarafından postaneden alınmadığı için evrakın başkonsolosluğa iade edildiği; başkonsolosluk tarafından düzenlenen belgede de, ihtarın muhataba tebliğ edildiğine dair bir ibarenin bulunmadığı; dolayısıyla, tebliğe ilişkin evrakın Hannover Başkonsolosluğunda bulunduğu ilişkin ihtarı içeren bildirim davalıya tebliğ edilemediği, bu nedenle Tebligat Kanunu m. 25/A hükmüne aykırı, usulsüz bir tebligat bulunduğu belirtilmiştir¹³.

Muhatabın Türk büyükelçiliği veya konsolosluğuna başvurmasına rağmen tebliğ evrakını almaktan kaçınması halinde ise bu hususta düzenlenecek tutanak tarihinde tebligat yapılmış sayılacaktır (f. 4).

Bu maddede yapılan değişikliğin amacı, muhatabın tebligatın yapılmasını engellemeye veya geciktirmeye yönelik kötüniyetli davranışları-

¹³ 2.HD., E. 2004/ 14236, K. 2004/ 15619, T. 23.12.2004. Kararın metni için bkz. Legal Hukuk Dergisi, Ocak 2005, s. 153- 154 veya <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/2hd-2004-14236.htm>.

nın önüne geçilmesi ve tebligatın daha etkili bir şekilde yapılmasının sağlanmasıdır. Bu amaç, maddenin gerekçesinde, “ *Yeni getirilen düzenlemeyle, tebliğ evrakını almayan veya siyasi temsilciliğe gelmesine rağmen almaktan kaçınan kötüniyetli kişiye tebligatın yapılmış sayılması imkânı getirilmiştir. Böylece uygulamada büyük sorun olan Türk vatandaşlarına yurt dışı tebligatları daha hızlı ve daha az masrafla yapılması amaçlanmıştır*” ifadeleri ile ortaya konulmuştur.

Tebligat Kanunu m. 25/A hükmü çerçevesinde tebligat yapılabilmesi için, muhatabın tebligat tarihinde Türk vatandaşı olması gerekir. Bu tarihte Türk vatandaşı olmayan bir kişinin daha önceki tarihte Türk vatandaşlığını taşıyor olması bu maddenin uygulanmasına imkân tanımaz¹⁴.

C- Muhatabın Yurt Dışında Resmi Görevle Bulunan Memur veya Asker Olması Halinde

Tebligat Kanunu m. 27 ve Tebligat Tüzüğü m. 43 uyarınca, yabancı ülkede resmi görevle bulunan Türk memurlarına Dışişleri Bakanlığı aracılığıyla; Türk vatandaşı askeri kişilere ise, bağlı buldukları Kara, Deniz, Hava Kuvvetleri Komutanlıkları ile Jandarma Genel Komutanlığı aracılığıyla tebligat yapılır.

PTT Genel Müdürlüğü, Posta Dairesi Başkanlığının 1.8.1959 Tarih ve 32532/09978-84 Sayılı Genelgesinde, yabancı memlekette bulunan kişilere ve Türk memurlarına ve askeri şahıslarına Dışişleri Bakanlığı ve Kara, Deniz, Hava Kumandanlıkları veya Jandarma Genel Komutanlığı aracılığıyla tebligat yapılacağından yabancı memleketlere gönderilmek üzere PTT gişelerine yanlılıkla tevdi edilmek istenecek tebliğ evrakının kabul edilmeyeceği belirtilmiştir¹⁵.

¹⁴ Yargıtay 2.H.D. tarafından 2006 yılında verilen bir kararda, “...*Olayda Türk vatandaşlığını kaybetmiş ve Hollanda vatandaşı olmuş bulunan kişiye, yabancı ülkedeki Türk vatandaşlarına tebliğ usulünü düzenleyen Tebligat Kanunu'nun 25/A maddesine göre yapılan tebligat geçersizdir...*” ifadelerine yer verilmiştir (E. 2005/18357, K. 2006/3553, T. 16.3.2006. Kararın metni için bkz. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/2hd-2005-18357.htm>).

¹⁵ Genelge metni için bkz. YILMAZ-ÇAĞLAR, s. 749, dipnot 4.

II- TÜRKİYE CUMHURİYETİ'NİN TARAF OLDUĞU ULUSLARARASI ANLAŞMALAR ÇERÇEVESİNDE YURT DIŞINA TEBLİGAT

A- İkili Anlaşmalar

Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu ikili adli yardımlaşma anlaşmalarında genellikle tebligat ile ilgili hükümlere de yer verilmiştir¹⁶. Bu anlaşmalarda, âkit devletler arasında hukuki ve ticari konulara ilişkin evrakın tebliği konusunda genel olarak diplomatik yöntemin kabul edildiği görülmektedir¹⁷. Bu yöntem göre, tebligatı çıkaran makam, tebliğ evrakını bağlı olduğu bakanlık aracılığıyla Dışişleri Bakanlığına iletir. Bakanlık, evrakı, tebligatın yapılacağı ülkedeki diplomatik temsilcilliğimize ulaştırır. Diplomatik temsilcilik, bulunduğu devletin yetkili makamına iletir ve bu makam tebligatı gerçekleştirir. Tebligatın yapıldığını veya yapılmadığını gösteren tutanak aynı aşamaları izleyerek, tebliğ evrakını çıkaran makama ulaştırılır.

Bazı ikili anlaşmalarda ise, diplomatik yöntem yerine, doğrudan âkit devletlerin belirledikleri merkezi makamlar aracılığıyla tebliğ evrakının iletilmesi öngörülmektedir¹⁸.

¹⁶ Aşağıda da referans yapılan bu anlaşmaların metinleri için bkz. ÇELİKEL Aysel- ŞANLI Cemal- ÖZTEKİN Günseli- ERDEM Bahadır- ATAMAN İnci- GİRAY F.Kerem, *Milletlerarası Özel Hukuk Sözleşmeleri, II.Cilt (İki Taraflı Sözleşmeler)*, İstanbul 2005, s. 1349- 1756.

¹⁷ Bazı adli yardımlaşma anlaşmalarından örnek vermek gerekirse, Türkiye Cumhuriyeti ile Moğolistan Arasında Hukuki, Ticari ve Cezai Konularda Adli Yardımlaşma Anlaşması (RG 04.05.2004-25452) (m. 2/ f.2); Türkiye Cumhuriyeti ile Arnavutluk Arasında Hukuki, Ticari ve Cezai Konularda Adli Yardımlaşma Sözleşmesi (RG 26.07.1997-23165) (m. 2); Türkiye Cumhuriyeti ile Gürcistan Cumhuriyeti Arasında Hukuki, Ticari ve Cezai Konularda Adli Yardımlaşma Anlaşması (RG 24.08.1997- 23090) (m. 2), adli yardım taleplerinin diplomatik yoldan iletilmesini öngörmektedir.

¹⁸ Örneğin, Türkiye Cumhuriyeti ve Kazakistan Arasında Hukuki Konularda Yardımlaşma Anlaşması'nda (RG 12.11.1997-23168), adli veya gayri adli belgelerin tebliğine (m. 18/f.1) ilişkin talepler adli yardımlaşma kapsamında değerlendirilmekte (m.12/f.1) ve bu taleplerin, âkit devletlerin yetkili merkezi makam olarak belirledikleri Adalet Bakanlıkları aracılığı ile yapılacağı belirtilmektedir (m.2). Benzer şekilde, Türkiye Cumhuriyeti ile Ukrayna Arasında Hukuki Konularda Adli Yardımlaşma ve İşbirliği Anlaşması (RG 22.12.2003-25324) (m.2); Türkiye Cumhuriyeti ile Çin Halk Cumhuriyeti Arasında Hukuki, Ticari ve Cezai Konularda Adli Yardımlaşma Anlaşması (m. 2), adli yardım taleplerinin âkit devletlerin belirleyeceği merkezi makamlar (Adalet bakanlıkları) aracılığıyla yerine getirileceğini belirtmiştir (m.2).

İkili anlaşmalarda, tebligat evrakının kaç nüsha, hangi dilde düzenleneceği ve tebligat için ne kadar gider yatırılması gerektiği de belirtilmektedir.

Adalet Bakanlığı, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü tarafından belirli aralıklarla çıkarılan “Hukuki Konularda Uluslararası Adli Yardım Taleplerine Uygulanacak Esaslar” hakkında genelgede, Türkiye Cumhuriyeti ile arasında ikili anlaşma olan devletler belirtilmekte ve bu anlaşma hükümlerine göre gerçekleştirilecek tebligat işlemlerinde dikkat edilmesi gereken hususlar açıklanmaktadır¹⁹.

B- Çok Taraflı Anlaşmalar

Türkiye Cumhuriyeti’nin taraf olduğu uluslararası tebligat konusunu düzenleyen iki çok taraflı anlaşma mevcuttur. Bunlardan ilki, sadece tebligatı değil, teminat, istinabe gibi usul hukukuna ilişkin başka konuları da düzenleyen Hukuk Usulüne Dair La Haye Anlaşması, diğeri ise sadece tebligat konusunu düzenleyen Hukuki veya Ticari Konularda Adli ve Gayri Adli Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair La Haye Anlaşması’dır.

Aşağıda bu anlaşmalar çerçevesinde Türkiye’den yurt dışına tebligat yapılmasında izlenecek yöntemler açıklanacaktır.

1- Hukuk Usulüne Dair La Haye Anlaşması

1954 yılında imzalanan Hukuk Usulüne Dair La Haye Anlaşması, T.C. tarafından 23.10.1972 tarihinde onaylanmış ve 11.07.1973 tarihinde yürürlüğe girmiştir²⁰.

¹⁹ Bu genelgelerin en yeni olanı, 1 Mart 2008 Tarih ve B.03.0.UİG.0.00.00.06/010.06.02/1-1 Sayılı, 63-1 Genelge No’lu olanıdır. Metni için bkz. <http://www.uhdigm.adalet.gov.tr>. Genelge’nin, “Devletlere Göre Tebligat ve İstinabe İşlemlerinde Uygulanacak Esaslar” başlıklı 10 Numaralı Ekinde, Türkiye Cumhuriyeti ile arasında ikili anlaşma olan devletler belirtilmiştir.

²⁰ RG 23.05.1972-14194. Türkiye Cumhuriyeti Anlaşmayı imzalarken iki madde ile ilgili olarak bildirimde bulunmuştur. Bunlardan ilki, 6.maddede öngörülen yöntemlerin kullanılmayacağı, ancak diplomatik veya konsolosluk ajanlarının kendi vatandaşlarına tebligat yapabileceği; ikincisi ise, 15. madde uyarınca, diplomatik veya konsolosluk ajanların, sadece kendi vatandaşları ile ilgili olarak istinabe taleplerini yerine getirebileceğidir.

Anlaşmanın ilk maddesinde, tebligatın yapılması konusunda izlenecek asıl yöntem açıklanmıştır. Buna göre, tebligatın yapılmasına ilişkin talep, talep eden devletin konsolosluğu tarafından talebe muhatap olan devletin tayin edeceği makama iletilir. Muhatap makamın dilinde düzenlenmesi gereken talepte, tarafların isim ve sıfatları, muhatabın adresi, evrakın niteliği belirtilir. Bu makam, tebliğin yapıldığını ispat eden veya tebliğin yapılmasına engel olan olayı bildiren vesikayı konsolosluğa gönderir.

Maddede, âkit devletlere, diğer âkit devletlere bildirimde bulunarak kendi ülkelerinde yapılacak tebligata ilişkin taleplerin diplomatik yoldan iletilmesini isteme imkânı tanınmıştır (m.1 /f.3). Bu imkânı kullanan devletlere yapılacak tebliğ talepleri, talepte bulunan makamın bağlı olduğu devletin Dışişleri Bakanlığı ve talepte bulunulan devlet nezdindeki elçiliği aracılığı ile o devletin Dışişleri Bakanlığına iletilecek²¹; bakanlık, talebi o ülkenin tebligat konusunda yetkili makamına ulaştıracaktır.

Tebliğat, talep edilen devletin kanunlarına göre yetkili makam eliyle yapılacaktır (m.2). Bu makam tebligatı kendi mevzuatında yer alan hükümlere uygun olarak gerçekleştirir. Ancak, bu hükümlere aykırı olmamak kaydıyla, talepte bulunan makamca istenen özel bir yöntemle de tebligat yapılması mümkündür (m. 3). Eğer böyle bir talep olmadı ise, tebligatı gerçekleştirecek olan makam öncelikle, iradesiyle kabul eden muhataba tebliğ evrakını teslim etmek suretiyle tebligatı gerçekleştirmeye çalışır (m.3, f. 1; m. 2).

Anlaşmaya uygun olarak yapılan tebligat taleplerinin yerine getirilmesi zorunludur. Tebligatın yapılacağı devlet, ancak, tebligatın, hâkimiyet veya güvenliğini ihlâl edecek nitelikte olduğu gerekçesiyle bu talebi yerine getirmeyi reddedebilir (m. 4).

Anlaşmada, üç istisnai yöntem daha öngörülmüştür. Ancak, bu yöntemlerin kullanılabilmesi için, âkit devletlerin kendi aralarında anlaşma yapmaları veya ülkesinde tebligat yapılacak olan devletin buna itiraz etmemesi gerekmektedir (m.6). Bu yöntemler,

²¹ YILMAZ- ÇAĞLAR, s. 764; MOROĞLU- MUŞUL, s. 120; ERDEM Bahadır, *Türk Milletlerarası Usul Hukukunda Tebligat*, İstanbul 1992, s. 72.

- 1- Doğrudan posta yoluyla tebligat,
- 2- Evrakın gönderileceği ülkenin noterleri veya yetkili memurları aracılığıyla tebligatın gerçekleştirilmesi,
- 3- Talep eden devletin diplomasi memurları veya konsolosları aracılığıyla tebligat yaptırılması. Ancak, diplomasi memurlarının veya konsolosların, kendi vatandaşlarına ve zor kullanmaksızın tebligat yapmalarına âkit devletler engel olmayacaklardır (m. 6/ f.2).

Tebligat için masraf veya harç talep edilemez. Ancak, noterin müdahalesi gerekli olmuş ise veya talep eden tarafından istenen özel bir yöntem kullanılmışsa, bunun gerektirdiği masraflar talep edenden istenecektir (m. 7). Adalet Bakanlığı, bu madde uyarınca masraf talep edilebileceği ihtimalini göz önünde bulundurarak ve bu masrafın hazineye yüklenmesini önlemek için tebliğ evrakını işleme koymadan önce, talepte bulunandan avans niteliğinde olmak üzere para yatırılmasını talep etmektedir²². Eğer talep edilen devlet herhangi bir masraf talebinde bulunmazsa avans olarak alınan bu para iade edilmektedir²³.

2- Hukuki veya Ticari Konularda Adli ve Gayri Adli Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair La Haye Anlaşması

15.11.1965 Tarihinde imzalanan ve kısaca Tebligat Anlaşması diye anılan bu Anlaşma, Türkiye Cumhuriyeti açısından 28.04.1972 Tarihinde yürürlüğe girmiştir²⁴. Bu Anlaşma, her ikisine de taraf olan devletler arasındaki ilişkiler açısından Hukuk Usulüne Dair La Haye Anlaşması'nın tebligata ilişkin m. 1-7 hükümlerinin yerini aldığından (Tebligat

²² ERDEM, s. 76.

²³ ERDEM, s.76.

²⁴ RG 17.6.1972-14218. Türkiye Cumhuriyeti Anlaşmayı imzalarken dört konuda bildirimde bulunmuştur. Bunlar:

- 1- Diplomatik veya konsolosluk ajanlarının 8.maddeye uygun olarak sadece kendi vatandaşlarına tebligat yapabilecekleri,
- 2- Anlaşmanın 10.maddesinde sayılan yöntemlerin kullanılmasına izin verilmediği,
- 3- Madde 15/f.1 hükmüne rağmen, aynı maddenin 2.fikrasında öngörülen koşullar gerçekleştiğinde hâkimlerin karar verebilecekleri,
- 4- Madde 16/f.3 hükmüne uygun olarak, m. 16/f.2 de öngörülen taleplerin, kararın verilmesinden itibaren 1 yıllık süre geçtikten sonra yapılması halinde kabul edilmeyeceğidir.

Anlaşması m. 22)²⁵ ve sadece tebligata özgü hükümler içerdiğinden bu anlaşmaya daha ayrıntılı olarak yer vermek uygun olacaktır.

a- Anlaşmanın Uygulama Alanı

Anlaşma, sadece tebliğ evrakının, gönderen devletin ve tebligatın yapılacağı devletin yetkili makamları arasında nasıl iletileceğini düzenlemekte, onun dışında, bizatihi tebligatın nasıl yapılacağına dair maddi hükümler içermemektedir²⁶. Dolayısıyla, Anlaşma ile öngörülen bütün yöntemlere göre tebligatın yapılabilmesi için, Anlaşmanın düzenlediği aşamalar dışında kalan aşamaların düzenlenmesine ihtiyaç vardır.

Anlaşmanın uygulanabilmesi için tebligat talebinin Anlaşmanın uygulama alanına giriyor olması gerekir ki bu, aşağıda belirtilen dört koşulun gerçekleşmesine bağlıdır. Eğer bu koşulların tamamı gerçekleşti ise, dolayısıyla Anlaşmanın uygulama alanına giren bir tebligat talebi mevcut ise, tebligatın, Anlaşmanın öngördüğü yöntemlerle gerçekleştirilmesi gerekmektedir²⁷.

Diğer yandan, bu koşullar gerçekleştiği takdirde, tebligatın yapılması için kendisinden talepte bulunulan âkit bir devlet bu talebi yerine getirmekle yükümlüdür. Âkit devletler, anlaşmaya uygun olarak yapılan tebliğ taleplerini ancak egemenlik veya güvenliklerini zedeleyici buldukları takdirde reddedebilirler. Özellikle, dava konusu uyuşmazlıkta kendi mahkemelerinin münhasır yetkili olduğunu veya kendi hukuk sistemlerine göre

25 Anlaşmaya Haziran 2009 itibarıyla Türkiye Cumhuriyeti dışında 59 devlet taraftır. Bunlar: ABD, Almanya, Antigua ve Barbuda, Arjantin, Arnavutluk, Bahama Adaları, Barbados, Belçika, Belarus, Bosna-Hersek, Botswana, Büyük Britanya Krallığı ve Kuzey İrlanda, Bulgaristan, Çek Cumhuriyeti, Çin, Danimarka, Estonya, Finlandiya, Fransa, Hindistan, Hırvatistan, Hollanda, İrlanda, İspanya, İsrail, İsveç, İsviçre, İtalya, İzlanda, Japonya, Kanada, Kıbrıs, Kore Cumhuriyeti, Kuveyt, Letonya, Litvanya, Lüksemburg, Macaristan, Malavi, Meksika, Mısır, Norveç, Pakistan, Polonya, Portekiz, Romanya, Rusya Federasyonu, Saint-Marin, Saint-Vincent-et-les-Grenadines, Seyşel Adaları, Slovakya, Slovenya, Sri Lanka, Ukrayna, Venezuela ve Yunanıstandır. Anlaşma Makedonya tarafından imzalanmış, ancak yürürlüğe girmemiştir. Taraf devletlerin listesi, bu devletler açısından Anlaşmanın yürürlük tarihi ile devletlerin koyduğu çekinceler ve yaptıkları bildirimler için bkz. http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.status&cid=17.

26 *Aperçu Convention Notification de La Haye*, s. 1, www.hcch.net.

27 *Aperçu Convention Notification de La Haye*, s. 1, www.hcch.net.

dava konusu talep için dava hakkı tanınmadığını ileri sürerek tebligatın yerine getirilmesine engel olamazlar (m. 13).

Bir tebligat talebinin Anlaşmanın uygulama alanına girebilmesi için gerekli olan şartlar şunlardır:

1- *Tebliğ evrakını gönderen makamın bulunduğu devletin ve muhatabın bulunduğu (tebligatın yapılacağı) devletin Anlaşmaya taraf devletler olması.* Anlaşmanın uygulanabilmesi için muhatabın, âkit bir devletin vatandaşı olması şartı aranmamakta; onun, âkit bir devletin ülkesinde bulunuyor olması yeterli sayılmaktadır.

Tüzel kişilerin muhatap olduğu uyuşmazlıklarda, öncelikle çözümlenmesi gereken sorun, tüzel kişi adına tebliğ evrakını alma yetkisinin kime ait olduğudur. Bu şekilde yetkili kişi veya kişiler belirlendikten sonra bunların buldukları devletin âkit bir devlet olması halinde Anlaşmanın uygulanması söz konusu olabilecektir.

La Haye Konferansı bünyesinde, hâkimin bu konuda kendi hukukuna göre değerlendirme yapması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Buna göre, hâkim, bir evrakın tebliğ edilmesi için yurt dışına gönderilmesi gerekir gerekmediğini kendi hukukuna değerlendirecektir²⁸.

²⁸ Bu konu, iki farklı devletin yüksek mahkemesinde, yabancı bir şirketi temsil ettiği iddia edilen kişiye yapılan tebligat ile ilgili olarak gündeme gelmişti. Bunlardan ilki, 15.6.1988 tarihinde ABD Yüksek Mahkemesi'nin karara bağladığı *Schlunk v. Volkswagen Aktiengesellschaft* davası idi. Bu davada, yabancı ana şirket tarafından kontrol edilen ulusal şubeye bir tebligat çıkarılmıştı; zira şubenin, tebligat konusunda ana şirketi temsil ettiği kabul edilmişti. Oysa şubeye bu konuda verilmiş bir yetki söz konusu değildi. İkincisi, Hollanda Yüksek Mahkemesi (*Hoge Raad*) tarafından 27.6.1986 tarihinde, *Segers and Rufa BV. v. Mabanafit GmbH* davasında verilen karardı. Her iki davada da mahkemeler, bir işlemin tebliğ edilmesi için yabancı bir ülkeye gönderilmesine gerek olup olmadığı konusunda karar verme yetkisinin davaya bakan mahkemeye ait olduğuna karar vermişlerdir. Anlaşma hakkında oluşturulan Özel Komisyonda (*Commission Spéciale*) da, bu sorunun hâkimin hukukuna göre çözümlenmesi gerektiği prensip olarak kabul edilmiştir. Ancak bu kuralın, for ülkesinde bulunan ancak tebligatı kabul etme konusunda yetkisi olmayan bir kişiye tebligat yapılmasına izin verme gibi bir tehlikesi bulunabileceği de kabul edilmiştir (*Rapport sur les travaux de la Commission Spéciale d'avril 1989 sur le fonctionnement des Conventions de La Haye du 15 novembre 1965 relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale et du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale, établi par le Bureau Permanent, paragraphe 12- 13*).

Bu çerçevede bir Türk mahkemesinin bir tüzel kişiye tebligat yapması söz konusu olduğunda, Tebligat Kanunu m. 12 uyarınca, tüzel kişinin yetkili temsilcisine, birden fazla temsilcinin bulunması halinde, bunlardan birisine tebligat yapılacaktır. Muhatabın yabancı bir tüzel kişi olması halinde, yetkili temsilcinin kimler olduğunu, MÖHUK m. 9/f.4 uyarınca, tüzel kişinin statüsünde idare merkezi olarak gösterilen yer hukukuna göre belirlemek gerekmektedir. Bu hukuka göre tespit edilen yetkili temsilcilerden birisinin Türkiye’de bulunması halinde, yurt içi tebligat hükümleri çerçevesinde tebligat yapılacaktır. Eğer yetkili temsilcilerin tamamı yurt dışında ve âkit bir devletin ülkesinde bulunuyorlarsa bu temsilcilerden birisine, Anlaşma hükümleri çerçevesinde tebligat yapılacaktır.

Eğer, tebligat yapılacak tüzel kişi, idare merkezi Türkiye’de bulunan bir tüzel kişi ise ve Türk Hukukuna göre o tüzel kişinin yetkili temsilcileri o sırada Türkiye’de bulunmuyorlarsa, Tebligat Kanunu m. 13 uyarınca, o sırada hazır bulunan memur veya müstahdemlerden birisine tebligat yapılabilecektir.

2- Muhatabın adresinin biliniyor olması (m. 1),

3- Tebliğ edilecek evrakın adli veya gayri adli olması (m. 1),

4- Tebliğ edilecek evrakın hukuki veya ticari bir konuya ilişkin olması (m.1). Anlaşmanın işleyişi hakkında inceleme yapmak ve rapor hazırlamak amacıyla oluşturulan Özel Komisyon (*Commission Spéciale*)²⁹ tarafından 1989, 2003 ve 2009 yıllarında hazırlanan raporlarda, “hukuki veya ticari konu” ifadesinin, tebligatı çıkaran devletin ve ülkesinde tebligat yapılacak olan devletin hukuk sistemlerinden bağımsız olarak (otonom) yorumlanması gerektiği belirtilmektedir³⁰. 2003 yılında hazırlanan raporda, özel hukuk ile kamu hukuku arasındaki gri bölgede yer alan konular

29 Özel Komisyon, Tebligat Anlaşması, Apostille Anlaşması ve Hukuki ve Ticari Konularda Yabancı Ülkelerde Delil Temini Hakkında La Haye Anlaşmasının uygulamada işleyişi ile ilgili olarak inceleme yapmak üzere 1977, 1989, 2003 ve 2009 yıllarında toplanarak kapsamına giren konularla ilgili raporlar düzenlemiştir. Raporların metni için bkz. www.hcch.net.

30 Bazı üye devletlerde vergiye ilişkin konuların veya suçtan elde edilen gelirlerin karşılanması (*le recouvrement de produits d'activite criminelles*) ile ilgili prosedürlerin de Anlaşma kapsamına gireceği kabul edilirken bazı devletlerde kabul edilmemektedir (*Conclusions et*

açısından tarihi gelişimin hukuki veya ticari kavramının daha geniş yorumlanmasına yol açtığı; bu çerçevede iflas hukukunun, sigorta hukukunun ve iş hukukunun hukuki veya ticari kavramı içinde yer alması gerektiği belirtilmiştir³¹. Raporda ayrıca, diğer uluslararası anlaşmalarda yer alan “hukuki veya ticari konu” tanımının, bu belgelerin konusu ve amacı dikkate alınmadan anlaşmanın yorumu için kullanılmasının doğru olmayacağı da vurgulanmıştır³².

2009 yılında hazırlanan raporda ise, “hukuki ve ticari konu” ifadesinin uyumsuzluğunun konusu ve niteliği göz önünde bulundurularak geniş bir şekilde yorumlanması gerektiği; Anlaşmanın bu çerçevede özel bir alanı kapsam dışı bırakmadığı belirtilmiştir³³.

Bu konuda, Amerikan hukuk sisteminde yer alan cezalandırıcı tazminat konusunda verilen bir örnekten kısaca bahsetmek yararlı olacaktır. ABD mahkemelerinden birinde görülmekte olan, imalatçının sorumluluğundan kaynaklanan tazminat davasında yüksek miktarda cezai nitelikte tazminat talebi (*punitive damages*) de söz konusu idi. Alman eyaletlerinden (*Lander*) birinin merkezi makamı bu dava ile ilgili tebligat talebini reddetmişti. Gerekçesi, cezalandırıcı nitelikteki aşırı tazminat taleplerinin hukuki değil cezai

Recommandations adoptées par la Commission Spéciale sur le fonctionnement pratique des Conventions Apotille, Obtention des preuves et Notification (28 Octobre au 4 Novembre 2003), paragraf 70- 71); Conclusions sur les points les plus importants examinés par la Commission Spéciale telles que discutées et adoptées par la Commission Spéciale le 20 avril 1989, paragraf I-a.

- 31 *Conclusions et Recommandations adoptées par la Commission Spéciale sur le fonctionnement pratique des Conventions Apotille, Obtention des preuves et Notification (28 Octobre au 4 Novembre 2003), paragraf 69; Conclusions sur les points les plus importants examinés par la Commission Spéciale telles que discutées et adoptées par la Commission Spéciale le 20 avril 1989, paragraf I-b.*
- 32 *Conclusions et Recommandations adoptées par la Commission Spéciale sur le fonctionnement pratique des Conventions Apotille, Obtention des preuves et Notification (28 Octobre au 4 Novembre 2003), paragraf 72.*
- 33 *Conclusions et Recommandations de la Commission Spéciale sur le fonctionnement pratique des Conventions de La Haye Apotille, Notification, Obtention des preuves et Acces à la justice (2 au 14 février 2009), paragraf 14.*

olarak nitelendirilmesi, dolayısıyla Anlaşmanın kapsamı dışında kalması idi³⁴.

Bu konuda Özel Komisyonunda yapılan görüşmelerde, davanın Anlaşmanın kapsamına girip girmediğini belirleme konusunda talepte bulunan devletin yetkili olduğu; Anlaşma adli yardımlaşmayla ilgili olduğundan liberal bir yorumun daha uygun olacağı; verilen kararın yabancı ülkelerde tanınması-tenfizine ilişkin kuralların dava ile ilgili usuli aykırılıklara karşı en doğal tepkiyi oluşturacağı; cezalandırıcı nitelikteki tazminatların devlete değil davacıya ödeniyor olması karşısında bunların hukuki veya ticari bir davanın konusunu oluşturmadığını söylemenin doğru olmayacağı; sadece davada talep edilen tazminat miktarının davanın hukuki veya ticari nitelikte sayılmasına engel olmayacağı vurgulanmıştır³⁵.

Diğer yandan âkit devletler, kendi aralarında Anlaşmayı kamu hukukuna ilişkin konularla ilgili tebligat taleplerine de uygulayabilirler³⁶.

b- Anlaşma Uyarınca Tebligatın Yapılmasında Rolü Olan Makamlar

aa- Merkezi Makamlar

Anlaşmaya göre, her âkit devlet, diğer âkit devletlerden gelecek tebliğ isteklerini kabul etmek üzere bir merkezi makam tayin eder (m. 2).

³⁴ *Rapport sur les travaux de la Commission Spéciale d'avril 1989 sur le fonctionnement des Conventions de La Haye du 15 novembre 1965 relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale et du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale, établi par le Bureau Permanent, paragraphe 7.*

³⁵ *Rapport sur les travaux de la Commission Spéciale d'avril 1989 sur le fonctionnement des Conventions de La Haye du 15 novembre 1965 relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale et du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale, établi par le Bureau Permanent, paragraphe 7-10.*

³⁶ *Conclusions sur les points les plus importants examinés par la Commission Spéciale telles que discutées et adoptées par la Commission Spéciale le 20 avril 1989, paragraphe I-d.*

Her âkit devlet, kendi merkezi makamının işleyişini organize etme konusunda serbesttir³⁷.

Türkiye Cumhuriyeti Anlaşmayı onaylarken yaptığı bildirimde, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'nü (Ankara) merkezi makam olarak tayin etmiştir. Ancak, daha sonra bu görev, yine Adalet Bakanlığına bağlı diğer bir birim olan Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğüne devredilmiştir³⁸.

Anlaşma, merkezi makama, diğer âkit devletlerden gelecek tebliğ taleplerini kabul etme görevi vermiştir (m. 2). Buna göre, merkezi makam, yurt dışındaki yetkili makamlardan, kendi ülkesinde bulunan kişilere yapılacak tebligat işlemlerine ilişkin talepleri kabul etmek ve Anlaşmanın 3-6. maddeleri ile öngörülen işlemleri yapmakla yükümlüdür. Merkezi makamların, kendi ülkelerinin yetkili makamları tarafından çıkarılacak tebliğ taleplerini yurt dışındaki merkezi makamlara iletme görevi bulunmamaktadır. Nitekim Anlaşmanın 3.maddesi, tebligatı çıkaran makamın, kendi ülkesinin merkezi makamına başvurmadan, doğrudan tebligatın yapılacağı ülkenin yetkili makamından talepte bulunmasını öngörmektedir³⁹.

³⁷ Anlaşma, merkezi makamların, bu statülerini koruyarak ve Anlaşmanın merkezi makamlara yüklediği sorumlulukları devam etmek kaydıyla, Anlaşma ile kendilerine yüklenen görevlerin bir kısmını özel hukuk kişilerine devretmelerine olanak tanımaktadır (*Conclusions et Recommendations adoptées par la Commission Spéciale sur le fonctionnement pratique des Conventions Apotille, Obtention des preuves et Notification (28 Octobre au 4 Novembre 2003)*, paragraf 52). Nitekim Amerika Birleşik Devletleri, 15 Nisan 2003 tarihinde, Adalet Bakanlığı'nın merkezi makam olarak resmi sıfatının devam etmesine rağmen, merkezi makamın görevlerinin (yurt dışından gelen tebligat taleplerinin kabulü, tebligatın yapılması ve tutanağın düzenlenmesi) *Process Forwarding International* adlı bir şirkete devredildiğini bildirmiştir (Bkz. http://www.hcch.net/index_fr.php?act=authorities.details&aid=279). Ayrıca Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'nün 63/1 No'lu Genelgesi, Ek 10, s. 1-2).

³⁸ Âkit devletlerin merkezi makamları Konferansın resmi internet sitesinde güncelleştirilmiş olarak yayımlanmaktadır. Bkz. http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.authorities&cid=17.

Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'nün 63/1 No'lu Genelgesi'nin 4 Numaralı Ekinde de bu bilgiler yer almaktadır.

³⁹ Bu çerçevede, Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'ne ait faaliyet raporunda belirtilen, "...Cumhuriyet başsavcılıkları aracılığıyla mahkemeler veya noterliklerden gelen yurtdışında bulunan kişilere ilişkin tebligat talepleri Genel Müdürlüğümüz tarafından yurtdışındaki yetkili makamlara iletilmekte..." ifadesi, Anlaşma ile merkezi

Dolayısıyla, örneğin Türkiye’den yurt dışında bulunan kişilere yapılacak tebligat açısından, tebligatı çıkaracak olan makam, Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğüne başvurmadan, doğrudan tebligatın yapılacağı yabancı ülkenin yetkili makamından talepte bulunacaktır.

bb- Tebliğ Evrakını Merkezi Makama İletme Konusunda Yetkili Olan Makamlar

Anlaşmanın 3. maddesi, tebliğ evrakını yurt dışındaki merkezi makama ulaştırma konusunda yetkili kişileri de belirtmiştir. Buna göre, tebligat, *çıkış memleketinin kanununa göre tebligat yapma konusunda yetkili makam veya kişi* tarafından tebligatın yapılacağı ülkenin merkezi makamına gönderilir. Bu hüküm gereğince, tebligat talebinde bulunan devletin, kendi ülkesinde tebligat yapma konusunda yetkili kıldığı kişi veya mercii tebligat talebini yurt dışındaki merkezi makama ulaştıracaktır.

Türk Hukukunda, tebligat yapma konusunda yetkili merciler Tebligat Kanunu m. 1’de belirlenmiştir. Buna göre, “kazai merciler, genel ve katma bütçeli daireler, belediyeler, köy hükmi şahsiyetleri, barolar ve noterler” tebligat yapma yetkisine sahiptirler. Ancak, Türkiye Cumhuriyeti tarafından Daimi Büroya yapılan bildirimde, Anlaşma m.3/1 anlamında tebligat çıkarma konusunda yetkili makam, cumhuriyet başsavcılığı (*Chief Public Prosecutor’s Office*) olarak belirtilmiştir⁴⁰. Bu durumda, Tebligat Kanunu m. 1 uyarınca yetkili olan makamlar Cumhuriyet Başsavcılıkları kanalıyla tebliğ evrakını yurt dışındaki merkezi makama ileteceklerdir.

Bazı devletlerde, avukatlar, *solicitor* veya *private process servers* isimli kişiler tebliğ evrakını çıkarma konusunda yetkili kılınmışlardır. Ancak Anlaşma, bu şekilde *özel kişilerin* yabancı devletin merkezi makamına doğrudan tebligat talebini gönderme konusunda yetkili olmalarını kabul etmemiştir⁴¹.

makamlara verilen görevin dışında kalan bir faaliyete ilişkindir. Anlaşmaya uygun bir yorum ulaşmak için, bu ifadenin, Tebligat Anlaşması dışında kalan diğer anlaşmalar çerçevesinde gerçekleştirilen tebligat işlemleri için kullanıldığını varsaymak zorunludur (Faaliyet Raporu için bkz. <http://www.uhdigm.adalet.gov.tr>).

⁴⁰ http://www.hcch.net/index_fr.php?act=authorities.details&aid=277.

⁴¹ *Aperçu Convention Notification de La Haye*, s. 1.

1989 yılında gerçekleştirilen Özel Komisyon toplantısında, bazı devletlerin (Birleşik Krallık ve İsrail gibi) tebliğ evrakının ABD avukatları tarafından gönderildiği durumlarda tebligat talebini reddettikleri; ancak Almanya gibi bazı devletlerin, talepte bulunan devletin hukukuna göre yetkili olmak ve bu yetkisini talepte belirtmek kaydıyla (örneğin avukatların talepte bulunan devlette bu yetkiye sahip olduklarını gösteren kanun veya yönetmelik hükümlerine referans yapılması) özel kişilerden gelen tebligat taleplerini kabul ettiği ifade edilmiştir⁴².

Özel Komisyon toplantılarına ilişkin raporlarda, tebliğ evrakını gönderen makamın yetkisi konusunda şüphe duyulduğunda, merkezi makamın talebi reddetmek yerine, gerek Konferansın resmi sitesinden araştırarak gerekse elektronik posta dâhil hızlı ve resmi olmayan (*informel*) bağlantılara girişmek suretiyle bu makamın yetkisini teyit etmesinin daha uygun olacağı ifade edilmektedir⁴³.

Tebliğ evrakının veya suretinin, Anlaşmanın ekinde yer alan ve usulüne uygun olarak düzenlenmiş “talepname” formu ile birlikte (2 nüsha olarak) gönderilmesi gerekmektedir⁴⁴. Talepnamenin usulüne uygun düzenlenmemesi halinde merkezi makam, evrakı iade edecektir (m. 4).

⁴² *Rapport sur les travaux de la Commission Spéciale d'avril 1989 sur le fonctionnement des Conventions de La Haye du 15 novembre 1965 relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale et du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale, établi par le Bureau Permanent*, paragraf 20.

⁴³ *Conclusions et Recommandations adoptées par la Commission Spéciale sur le fonctionnement pratique des Conventions Apotille, Obtention des preuves et Notification (28 Octobre au 4 Novembre 2003)*, paragraf 49; *Conclusions et Recommandations adoptées par la Commission Spéciale sur le fonctionnement pratique des Conventions de La Haye Apotille, Notification, Obtention des preuves et Acces à la Justice (2 au 12 février 2009)*, paragraf 21. Bu raporlarda, Konferansın resmi internet sitesinde yer almak üzere, âkit devletlerin tebligat çıkarma konusunda yetkili makamlarını Daimi Büroya iletmeleri istenmektedir.

Bu çerçevede, bildirimde bulunan âkit devletlerin, m. 3/1 uyarınca yetkili makamları için bkz. http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.authprint&cid=17.

⁴⁴ Adalet Bakanlığı, Anlaşmanın ekinde yer alan talepname örneğine uygun olarak, uygulamada “184 Numaralı Form” olarak adlandırılan ve bütün il ve ilçelerde Cumhuriyet Başsavcılıklarından temin edilebilen bir form bastırmıştır. Formun örneği için bkz. Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'nün 63/1 No'lu Genelgesi, Ek 5.

Merkezi makam, tebligatı bizzat veya o ülkenin yetkili mercii aracılığıyla yapacaktır. Türkiye’de yapılacak tebligat işlemleri açısından, merkezi makam olarak Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü, kendisine gelen tebliğ evrakını, Anlaşmaya uygunluk açısından inceledikten sonra, muhatabın bulunduğu yerdeki Cumhuriyet Savcılıklarına iletmekte, Savcılık ise posta idaresi aracılığı ile tebligatı gerçekleştirmektedir⁴⁵.

c- Tebligatın Yapılmasında İzlenen Yöntemler

Anlaşmada, tebligatın yapılmasında izlenebilecek farklı yöntemlere yer verilmiştir. Bunlardan 5.maddede öngörülenleri asıl yöntemler olarak adlandırmak mümkündür. Zira bu maddede öngörülen yöntemler, Anlaşmanın uygulama alanına giren tüm tebligat talepleri için, ilâve bir koşulun gerçekleşmesine bağlı olmaksızın kullanılabilir yöntemlerdir. İstisnai yöntemler olarak adlandırılabilir diğer yöntemler ise, bazı koşulların gerçekleşmesi halinde kullanılabilir.

Şunu hemen belirtmek gerekir ki, Anlaşmada öngörülen yöntemler arasında bir hiyerarşi veya önem sırası bulunmamaktadır. Dolayısıyla, bir belgenin tebliği için 5.madde dışında yer alan alternatif yöntemlerin kullanılması, tebligatın kalitesinin daha düşük olduğunu göstermez⁴⁶.

aa- Anlaşmanın 5. Maddesinde Öngörülen Yöntemler

Anlaşmanın 5. maddesinde, tebligat konusunda uygulanacak asıl yöntemler belirtilmiştir. Buna göre tebliğ evrakı,

- 1- Kabul eden muhataba teslim edilmek suretiyle,
- 2- Talep edilen ülkenin öngördüğü usule uymak suretiyle,
- 3- Talep edilen ülkenin kanununa aykırı olmamak kaydıyla, talepte bulunan makam tarafından istenen özel bir yöntemle uymak suretiyle tebliğ edilebilir.

Talepname doldurulurken bu üç yöntemden hangisinin tercih edildiğinin belirtilmesi ve diğer şıkların üzerine çizilerek iptal edilmesi gerek-

⁴⁵ Genel Müdürlüğe ait Faaliyet Raporu. Raporun metni için bkz. <http://www.uhdigm.adalet.gov.tr>.

⁴⁶ *Aperçu Convention Notification de La Haye*, s. 2.

mektedir. Aksi takdirde, talep edilen devletin merkezi makamı bu yöntemlerden birisini seçecektir ki, bu durum tebligatın sonuçsuz kalmasına veya daha masraflı yerine getirilmesine neden olabilecektir⁴⁷.

Kural olarak tebliğ edilecek evrakın tercümesine gerek bulunmamaktadır. Özellikle, yukarıda belirtilen birinci yöntem ile (m. 5/ f.2) yani evrakın muhataba teslimi suretiyle tebligat yapılması durumunda devletlerin çoğunluğu tercüme talep etmemektedir. Ancak, tebligatın 2. ve 3. yöntemlere göre (m. 5/f.1) gerçekleştirilmesi gereken durumlarda merkezi makam, tebliğ evrakının, resmi dilinde veya dillerinden birinde yazılmış veya bu dile veya dillerden birine çevrilmiş olmasını talep edebilir (m. 5/ f.3)⁴⁸. Anlaşma, âkit devletlere, kendi aralarında yapacakları anlaşmalarla bu hükme istisna getirme imkânı tanımaktadır (m. 20/ b). Böyle bir anlaşmaya taraf devletler açısından tercüme zorunluluğu ortadan kalkacaktır.

Âkit devletlerin, kendi ülkelerinde tebliğ edilecek evrakın tercümesini talep etmelerinin gerekçesinin, tebliğ evrakının içeriğinin o ülkenin kamu düzeni ve egemenliği ile ilgili olup olmadığının saptanması olabileceği ifade edilmektedir⁴⁹.

Yukarıda belirtilen 2. ve 3. yöntemlere göre tebligat yapılması söz konusu olduğunda, tercüme yanında, tebligatın yapılacağı devletin milli hukuku ile öngörülen farklı gereklere uyulması da önem taşımaktadır.

Özel Komisyon, üye devletlerin m. 5 uyarınca yapılan taleplerin yerine getirilmesi için tercüme gerekip gerekmediği ve muhatabın tebligatı kabul etmekten kaçınmasının tebligatın yapılacağı ülkenin iç hukukuna

⁴⁷ Adalet Bakanlığı, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'nün 63/1 No'lu Genelgesi, s.4.

⁴⁸ Adalet Bakanlığı, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'nün 63/1 No'lu Genelgesi'nin, 10 Numaralı Eki incelendiğinde, âkit devletlerin neredeyse tamamının, tebliğ evrakının kendi resmi dilinde veya dillerinden birinde (hatta Belçika, Kanada gibi, bölgelere göre farklı resmi dillerin bulunduğu devletlerin, tebligatın yapılacağı bölgede geçerli olan dillerden birisinde) tercümesini talep ettikleri, aksi takdirde tebliğ evrakının geri çevrileceğini bildirdikleri görülmektedir.

Âkit devletlerin 5. madde uyarınca tebliğ evrakının tercümesine gerek olup olmadığı konusunda yaptıkları bildirimler için ayrıca bkz. http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.authorities&cid=17.

⁴⁹ ERDEM, s. 85.

göre sonuçlarının neler olduğu konusundaki bilgileri Daimi Büroya iletmelerini talep etmektedir⁵⁰.

Türkiye Cumhuriyeti tarafından 5.madde ile ilgili olarak yapılan bildirimde, talepten önce ve eklerinin Türkçe düzenlenmiş olması veya Türkçe tercümeleri ile birlikte gönderilmesi halinde, Cumhuriyet Savcılıklarının Türk Hukukuna uygun olarak posta idaresi aracılığıyla tebligatı gerçekleştireceği; böyle bir durumda, muhatabın iradesine rağmen tebligatın gerçekleştirilebileceği, bu nedenle genellikle bu yöntemin tercih edildiği; tebliğ evrakının tercümesinin bulunmaması halinde ise tebligatın ancak m. 5/ f.2 uyarınca yapılabileceği, ancak bunun için muhatabın tebligatı kabul etmesi gerektiği; muhatabın, evrakın tercümesinin bulunmadığı gerekçesiyle tebligatı almayı reddedebileceği belirtilmiştir⁵¹.

Anlaşmanın 5. maddesinde öngörülen yöntemlerden birisi ile tebligatın yapılması halinde, merkezi makam veya onun tayin edeceği diğer bir makam, Anlaşmanın ekindeki formüle uygun bir tasdikname düzenler. Bu tasdiknamede, tebligat yapılmışsa, yapıldığı yer, tarih ve hangi yöntemle yapıldığı; yapılamamışsa bunun nedeni belirtilir. Tasdikname, tebligat talebinde bulunan makama gönderilir (m. 6).

Tebliğ formununun, tebligatın yapılacağı devletin resmi dilinde veya İngilizce veya Fransızca doldurulması gerekmektedir (m. 7/ 2).

⁵⁰ *Conclusions et Recommendations adoptées par la Commission Spéciale sur le fonctionnement pratique des Conventions Apotille, Obtention des preuves et Notification (28 Octobre au 4 Novembre 2003),* paragraf 66- 68.

⁵¹ *(Art. 5/1,2) If the documents and its attachments which are requested for service under the article 5/1 of the Convention are prepared in Turkish or that a translation in Turkish be attached with the original documents, The Chief Public Prosecutor's Office perform the service via post offices in accordance with our domestic law. In such a case, documents may also be served against the addressee's will, so this method is generally demanded.*

On the other hand the documents transmitted without its translation are served in accordance with Article 5/2 of the Convention. In such a case the addressee may refuse to accept the documents by reason of not having the translated documents, so in this form of service, the performance of the service is up to the Addressee's will.

In these methods of service, the Chief Public Prosecutor's Office perform the service via post offices.

(Art.5/3) As stated before, the addressee may refuse to accept the documents prepared in another language different from the requested states.

Bildirim metni için bkz. http://www.hcch.net/index_fr.php?act=authorities.details&aid=277.

bb- Diplomatik veya Konsüler Yöntemle Tebligat

Bu yöntemde, tebliğ evrakı Adalet Bakanlığı (ihtiyari) ve Dışişleri Bakanlığı aracılığıyla tebligatın yapılacağı ülkedeki diplomatik veya konsolosluk memurlarına gönderilecektir. Anlaşmada diplomatik yöntem, doğrudan ve dolaylı olmak üzere iki şekilde öngörülmüştür (m.8, m.9) .

Doğrudan yöntem (m. 8/1), tebligatın, talep eden devletin diplomatik veya konsolosluk ajanları aracılığıyla -zor kullanmaksızın- yapılmasıdır⁵². Bu yöntemin kullanılabilmesi için tebligatın yapılacağı devletin, kendi ülkesinde bu yöntemin kullanılmasına engel olmaması gerekmektedir. Ancak, muhatabın, talep eden devletin vatandaşı olması halinde, bu yöntemin kullanılmasına engel olunamayacaktır.

Türkiye Cumhuriyeti, Türkiye’de bulunan diplomatik veya konsolosluk ajanlarının sadece kendi vatandaşlarına tebligat yapabileceğini, dolaşısıyla kendi vatandaşları dışında kalan kişilere tebligat yapma yetkilerinin olmadığını beyan etmiştir⁵³. Âkit devletlerin 8. madde gereğince bildirimde bulunan diğer devletlere karşı karşılıklılık ileri sürmesi söz konusu değildir⁵⁴. Bu nedenle, kendi ülkesinde bulunan diplomatik veya konsolosluk ajanlarının kendi vatandaşı olmayan kişilere de tebligat yapabileceğini kabul eden bir devlet, bir Türk mahkemesinden gönderilen evrakın, o ülkede bulunan yabancı bir kişiye Türk konsolosluğu aracılığıyla tebliğ edilmesine, Türkiye Cumhuriyeti’nin bu bildirimini gerekçe göstererek engel olamayacaktır.

⁵² Konsolosların tebligat yapma yetkisi, Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Anlaşması’nın, “Konsolosluk Görevleri” başlıklı 5. maddesinin j bendinde: “ *Yürürlükteki uluslararası anlaşmalar uyarınca veya böyle anlaşmalar bulunmadığı takdirde kabul eden Devletin kanun ve düzenlemelerine uygun olacak şekilde adli ve gayri adli evrakı ulaştırmak...*” şeklinde açıklanmıştır (Anlaşma, 27.09.1975 T. ve 15369 Sayılı RG’ de yayımlanmıştır. Anlaşmanın onaylanmasının uygun bulunduğu dair 1901 Sayılı Kanun için bkz. RG 29.05.1975-15249).

⁵³ Bkz. yukarıda dipnot 24. Diğer âkit devletlerin, m. 8/2 ile ilgili olarak yaptıkları bildirimler için bkz. <http://www.hcch.net/upload/applicability14f.pdf>.

⁵⁴ *Conclusions et Recommendations adoptées par la Commission Spéciale sur le fonctionnement pratique des Conventions Apotille, Obtention des preuves et Notification (28 Octobre au 4 Novembre 2003)*, paragraf 79.

Dolaylı yöntemde ise (m. 9), talep eden devletin konsolosluk memuru tebligatı kendisi yapmamakta, bulunduğu ülkenin tebligat konusundaki yetkili makamına tebliğ evrakını iletmektedir.

İstisnai koşulların gerektirdiği durumlarda, âkit devletler diplomatik yolları da kullanabilirler (m. 9/ f. 2). Bu durumda, konsolosluk veya diplomatik memuruna iletilen tebliğ evrakı, o ülkenin (sırasıyla) Dışişleri Bakanlığı ve Adalet Bakanlığı aracılığıyla tebligat yapma konusundaki yetkili makamına iletilecektir.

cc- Anlaşmanın 10. maddesinde Öngörülen Yöntemler

Anlaşmanın 10. maddesinde öngörülen istisnai yöntemlerin kullanılabilmesi için tebligatın yapılacağı ülkenin buna muhalefet etmemesi gerekmektedir. Ancak, âkit devletlerin, 10. madde gereğince bildirimde bulunan diğer devletlere karşı karşılıklılık ileri sürmesi söz konusu değildir⁵⁵. Gerçekten de, bu maddede öngörülen yöntemlerin kullanılabilmesi için, her iki devletin de (tebliğ evrakının çıkarıldığı devletin ve tebligatın yapılacağı devletin) bu yöntemlerin kendi ülkesinde kullanılmasına izin vermiş olması gerekmez. Bu yöntemlerle tebligat yapılabilmesi için önemli olan, kendi ülkesinde tebligat yapılacak olan devletin bu maddelerin uygulanmasına engel olmamasıdır.

Türkiye Cumhuriyeti, Türkiye’de bulunan kişilere bu maddede öngörülen yöntemlerle tebligat yapılmasına karşı olduğunu beyan etmiştir⁵⁶. Ancak, bu beyan yurt dışından Türkiye’ye yapılacak tebligatlar açısından etkilidir. Dolayısıyla, bu yöntemlerin kullanılmasına izin veren bir devletin ülkesinde bulunan kişilere, bir Türk mahkemesi tarafından bu yöntemlerle tebligat yapılmasına hiçbir engel bulunmamaktadır.

Aşağıda, bu maddede öngörülen yöntemler açıklanacaktır. Bunu yaparken, (a) bendinde öngörülen doğrudan tebligat yöntemi, uygulama açısından da bazı sorunlara yol açtığından, ayrıca ve daha ayrıntılı olarak incelenecektir.

⁵⁵ *Conclusions et Recommandations adoptées par la Commission Spéciale sur le fonctionnement pratique des Conventions Apotille, Obtention des preuves et Notification (28 Octobre au 4 Novembre 2003)*, paragraphe 79.

⁵⁶ Bkz. yukarıda dipnot 24.

cc1- Doğrudan posta aracılığıyla tebligat (m. 10/a):

Bu yöntemi kabul eden devletlere gönderilecek tebliğ evrakı, tebligatı çıkaran makam tarafından doğrudan muhatabına gönderilecektir⁵⁷.

Özel Komisyon, 2003 yılına ilişkin raporunda, çeşitli mesleki faaliyetlerde belgelerin hızlı bir şekilde iletilmesi için özel posta hizmetlerinin gitgide yaygın bir şekilde kullanıldığını ve Anlaşmanın m. 10 (a) maddesine uygun olarak gerçekleştirilecek tebligatlar için de kullanılmakta olduğunu dikkate alarak, m. 10 (a) açısından *özel posta hizmetlerine başvurulmasının posta yoluyla tebligata eşdeğer olduğu* sonucuna ulaşmıştır⁵⁸. Komisyon, 2009 yılına ilişkin raporunda ise, âkit devletlerin m.10/a ile öngörülen yöntemle tamamen karşı gelmek yerine, bu yöntemle gönderilen iletileri kabul edeceği koşulları (örneğin, iadeli taahhütlü kurye yöntemi gibi) belirlemesinin daha uygun olacağı belirtilmiştir⁵⁹.

Türkiye Cumhuriyeti, Türkiye'ye gönderilecek tebligat talepleri açısından bu yöntemin uygulanmasına izin vermemektedir. Ancak, tebligatın yapılacağı devlet buna imkân tanıyorsa, Türkiye'deki tebligat çıkarma konusunda yetkili makamlar, bu yöntemle de tebligatı gerçekleştirebileceklerdir⁶⁰. Bu durumda, yetkili merci tarafından, tebliği istenen belgelerin Türkçesi ile muhatabın dilinde yapılmış çevirisinin, 184 numaralı form ekinde, iadeli taahhütlü posta yolu ile doğrudan muhatabın adresine gönderilmesi gerekmektedir⁶¹.

57 Kendi ülkesinde bu yöntemin kullanılmasına izin veren devletlerin listesi için bkz. Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'nün 63/1 Nolu Genelgesi, Ek 6 veya <http://www.hcch.net/upload/applicability14f.pdf>.

58 *Conclusions et Recommendations adoptées par la Commission Spéciale sur le fonctionnement pratique des Conventions Apotille, Obtention des preuves et Notification (28 Octobre au 4 Novembre 2003)*, paragraf 56.

59 *Conclusions et Recommendations de la Commission Spéciale sur le fonctionnement pratique des Conventions de La Haye Apotille, Notification, Obtention des preuves et Acces a la justice (2 au 14 fevrier 2009)*, paragraf 28.

60 Aynı yönde değerlendirmeler için bkz. ÇELİKEL Aysel- ERDEM Bahadır, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 9.Bası, İstanbul 2009, s. 472.

61 Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'nün 63/1 Nolu Genelgesi, s. 5.

Ancak Genelge'de, "...Sözleşmenin amaçlarından birinin de, "muhataba, mümkün olduğu ölçüde kendisini savunmaya yetecek zaman tanımak sureti ile tebliği istenen belgelerden gerçekten haberdar olmasını sağlamak" olduğu göz önüne alındığında, bu yöntemin, merkezî

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 1995 yılında verdiği bir kararında, tebligatın yapılacağı ülkenin, Anlaşma m. 10/a uyarınca doğrudan tebligatı kabul etmesi halinde bu yöntemin kullanılabilceğini belirtmiştir:

“...Davalı Belçika’da ikamet etmekte olan Türk vatandaşıdır. Boşanma davasının açıldığı Kartal 2. Asliye Hukuk Mahkemesince dava ile ilgili düzenlenen davetiye Adalet Bakanlığına gönderilmiş, buradan Dışişleri Bakanlığına intikal ettirilmesini takiben de, bu bakanlıkça gönderilen Belçika’daki Türk temsilciliği tarafından Belçika posta idaresi aracılığıyla davalıya ulaştırılmıştır. Oysa 1965 tarihli La Haye Sözleşmesine göre, gönderilecek devlet itiraz etmediği takdirde, adli belgelerin yabancı memleketlerdeki kişilere tebliği için davanın açıldığı ülkedeki mahkemece doğrudan uluslararası iadeli taahhütlü posta ile gönderilebilmesi kabul edilmiştir....Belçika, bu yolda yapılacak adli tebligatlara itiraz etmeyen ülkeler arasında gösterilmiştir. Bu durumda mahkemenin davalıya gerek Tebligat Kanunu ve Tüzüğü’ne, gerekse de 1965 tarihli La Haye Sözleşmesine aykırı biçimde yaptığı, tebliğ tarihi dahi gösterilmediği gibi HUMK nun 213 ve 377 nci maddelerine de uygun bulunmayan tebligatın geçerli olduğunun kabul edilmeyeceği aşikârdır....”⁶².

makamların sözleşme garantilerine uygunluk denetimini ortadan kaldırdığı için, tarafların savunma hakkını kısıtlamayacak bir biçimde ve azamî özenle kullanılması ve uygulama ile ilgili olarak tereddüt hâsül olması halinde Bakanlığımızdan bilgi talep edilmesi uygun olacaktır” ifadelerine de yer verilmiştir.

Yine Genelge’de, uygulamada ortaya çıkabilecek bir sorun olarak, bu yöntemle yapılan tebligatlara dayanarak elde edilen mahkeme kararlarının diğer devletlerde tenfizi aşamasında, savunma haklarının ihlâl edildiği gerekçesiyle buna engel olunabileceği de belirtilmektedir: “5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 54/ç maddesine benzer düzenlemeleri olan birçok devletin, bu yöntemle tebligat yapılarak elde edilmiş mahkeme kararlarının tenfizinde tarafların uygun biçimde temsil edilme olanağına sahip olup olmadıklarını değerlendirdiği ve doğrudan posta yolu ile tebligatı muhatabın hakları açısından yeterli bulmayan devletler bulunduğu gözden uzak tutulmaması gerekmektedir”.

62 HGK, E.1994/ 2- 559, K. 1995/ 60, T.8.2.1995. Kararın metni için bkz. YILMAZ-ÇAĞLAR, s. 755 veya <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/hgk-1994-2-559.htm>.

PTT Genel Müdürlüğü Posta Dairesi Başkanlığının 26.2.1982 Tarih ve 32532/3584 Sayılı Genelgesinde de, Tebligat Anlaşması ile posta idarelerine tebligata ilişkin olarak özel bir görevin verilmemiş olduğu, bu Anlaşmada mahiyeti açıklanmış bulunan evrakın, 10. maddeye göre posta ile yollanması halinde, bunlara yurtdışı mektup ücreti ve işlemi dışında özel bir ücret ve işlem uygulanmasına gerek olmadığı, bu nedenle, ilgili makamlarca usulüne göre düzenlenmiş olarak PTT servislerine verilmek istenen bu tür gönderilere teptip, ambalaj ve ücret bakımından yurtdışı diğer gönderiler gibi işlem uygulanması gerektiği belirtilmiştir (Genelge metni için bkz. YILMAZ-ÇAĞLAR, s. 749, dipnot 4).

Kararın ilk kısmından anlaşıldığı kadarıyla, mahkeme, tebligatı, Tebligat Kanunu hükümleri çerçevesinde yapmıştır. Zira tebliğ evrakı, Adalet Bakanlığı, Dışişleri Bakanlığı ve yurt dışındaki temsilcilik aşamalarından geçerek muhataba tebliğ edilmiştir. Eğer yukarıda incelediğimiz Tebligat Kanunu ve Tüzüğünde yer alan hükümlere uygun olarak tebligat yapılmış olsa idi, sırf anlaşmanın öngördüğü yöntem kullanılmadığı için geçersiz bir tebligattan bahsetmek usul ekonomisi açısından yanlış olurdu. Ancak, karardan anlaşıldığı kadarıyla, Tebligat Kanunu ve Tüzüğü'nde yer alan hükümler açısından da usule aykırı bir durum mevcuttur. Bu durumda usulsüz tebligattan bahsetmek yerindedir.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi tarafından 1997 yılında verilen bir kararda ise, Fransa'da oturan muhataba iadeli taahhütlü mektupla yapılan tebligat geçersiz olarak kabul edilmiştir⁶³. Kararın gerekçesinde, tebligatın yasal dayanağı olarak La Haye Tebligat Anlaşmasına değil, Hukuk Usulüne Dair La Haye Anlaşmasına yer verilmiştir. Oysa Tebligat Anlaşması (m. 22), her ikisine de taraf olan devletler açısından Hukuk Usulüne Dair Anlaşma'nın tebligat ile ilgili hükümlerinin (m.1- m.7) yerini almıştır. Fransa ve Türkiye Cumhuriyeti her iki Anlaşmaya da taraf olduğundan, tebligat konusunda Tebligat Anlaşmasının esas alınması gerekirdi.

Bu Anlaşma ise, tebligatın yapılacağı devletin itiraz etmemesi halinde, doğrudan iadeli taahhütlü tebligata imkân vermektedir (m.10/a). Fransa, Anlaşmayı onaylarken yaptığı bildirimde, bu maddenin kendi ülkesinde uygulanmasına itiraz etmediğini beyan etmiştir⁶⁴. Dolayısıyla, iadeli taahhütlü mektupla yapılan tebligat muhatabına ulaşmış ve bu durum usulüne uygun olarak tevsik edilmiş ise tebligatın geçerli olduğuna hükmedilmek gerekirdi.

Ancak, kanaatimizce, 2.H.D., tebligatın yasal dayanağı olarak Hukuk Usulüne Dair Anlaşma yerine Tebligat Anlaşmasını esas alsaydı de vereceği karar aynı olacak idi. Zira Hukuk Usulüne Dair Anlaşma da, Tebligat Anlaşmasına benzer bir şekilde, iki ülke arasında özel bir anlaşmanın bulunması veya tebligatın yapılacağı devletin engel olmaması halinde mektupla tebligatın yapılmasına imkân tanımaktadır (m. 6/a). Bu hükme kararında yer veren 2.H.D., tebligatın yapılacağı ülke olan Fransa'nın bu

⁶³ 2 HD., E. 1997/ 10213, K. 1997/ 10552, T. 10.10.1997. Kararın metni için bkz. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/2hd-1997-10213.htm>.

⁶⁴ Bkz. yukarıda dipnot 57'de belirtilen liste.

madde çerçevesinde tebligatı kabul edip etmediğini dahi araştırmadan, “...*Ne var ki davalıya iadeli taahhütlü mektupla doğrudan yapılan tebligat bizim iç hukukumuz yönünden tebligat kanununa uygun değildir...*” şeklinde bir değerlendirme yaparak, söz konusu yöntemin kullanılmasına Tebligat Kanunu’nun engel olduğuna, bu Kanuna aykırı olarak yapılan tebligatın usulsüz olduğuna karar vermiştir.

Oysa ister Hukuk Usulüne Dair La Haye Anlaşması m. 6/a hükmü, isterse Tebligat Anlaşması m. 10/a hükmü çerçevesinde olsun, bir devlet, kendi ülkesinde posta ile doğrudan tebligata imkân veriyorsa, tebligatı çıkararak makamın, ait olduğu devletin iç hukuk düzenlemelerine dayanarak buna engel olması Anlaşmanın ihlâli anlamına gelir. Zira bir kere Anlaşma çerçevesinde tebligatın yapılmasına karar verildikten sonra, bu Anlaşmada öngörülen yöntemlerin ayrıca iç hukukta yer alan usullere uygunluğunu aramak, ne anlaşmanın ne de iç hukukun tam olarak uygulandığı anlamına gelir. İki yöntem birbirinden bağımsız ve ayrı işleyen yöntemlerdir. Tebligat Kanunu hükümlerine göre tebligat yapılacak ise bu Kanun ve ilgili Tüzük hükümleri çerçevesinde tebligatın yapılması gerekir. Eğer bu Kanun yerine taraf olduğumuz uluslararası anlaşmalar çerçevesinde tebligatın yapılması söz konusu ise o zaman ilgili anlaşma hükümlerinin baştan sona gerektiği gibi uygulanması; Tebligat Kanununa uygunluk açısından ayrıca bir değerlendirme yapılmaması gerekir. Kaldı ki, her iki Anlaşma çerçevesinde de tebligat, asıl olarak *tebligatın yapılacağı* devlette geçerli olan yöntemlerle gerçekleştirilir. Yargıtay kararında, yurt dışından Türkiye’ye değil, Türkiye’den yurt dışına tebligat yapılması söz konusu olduğundan Türk mevzuatına uygunluk koşuluna neden yer verildiğini anlamak mümkün değildir.

2.H.D., benzer ifadeleri farklı bir kararda da kullanmıştır. 1997 yılındaki bu kararında, Yargıtay, muhatabın bulunduğu ülke olan Almanya’nın Tebligat Anlaşması m. 10/a hükmünün uygulanmasına engel olduğunu, bu nedenle iadeli taahhütlü posta ile bu ülkeye yapılan tebligatın geçersiz olduğunu belirtmiştir. Gerçekten de, Almanya, kendi ülkesine yapılacak tebligatlar açısından Anlaşmanın m. 10/a hükmünde öngörülen doğrudan posta ile tebligatı kabul etmeyeceğini beyan etmiştir⁶⁵. Kararın buraya kadar olan kısmından, Almanya bu yöntemin kullanılmasına itiraz etmese idi yapılan tebligatın Yargıtay tarafından geçerli kabul edilecek olduğu so-

65 Bkz. <http://www.hcch.net/upload/applicability14f.pdf>.

nucunu çıkarmak mümkündür. Ancak, kararın sonraki paragrafında yer verilen ve yukarıda incelediğimiz kararda da kullanılan "...*Ne var ki dava-
valıya iadeli taahhütlü mektupla doğrudan yapılan tebligat bizim iç huku-
kumuz yönünden de Tebligat Kanununa uygun değildir...*" ifadeleri, Al-
manya bu yöntemin kullanılmasına izin vermiş olsaydı dahi, Tebligat Ka-
nununa aykırı olacağı için, bu yöntemle yapılan tebligatın geçersiz sayı-
lacağı yorumunu yapmaya elverişli görünmektedir.

cc2- Diğer Yöntemler

- a-** Talep eden devletin tebligat konusundaki yetkili makamlarının, kendisinden talepte bulunulan devletin yetkili makamları aracılığıyla tebligat yaptırması,
- b-** Dava ile ilgili kişilerin, doğrudan talepte bulunulan devletin yetki-
li makamları aracılığıyla tebligat yaptırması.

Bazı ülkelerin hukuk sistemlerinde, dava ile ilgili kişiler, örneğin avu-
katlar da tebligat yaptırma konusunda yetkili kılınmışlardır. Örneğin, Hol-
landa, Fransa ve Belçika'da, belgelerin avukatlar tarafından yabancı ülke-
deki yetkili makamlara doğrudan tebligat için gönderilmesinin sık görü-
len bir uygulama olduğu belirtilmektedir⁶⁶.

Common law sistemini benimseyen ülkelerde de avukatlara bu yetki-
nin verildiği bilinmektedir. Nitekim 1989 ve 2003 yıllarında gerçekleşen
Özel Komisyon toplantılarında, Birleşik Krallık, İngiltere'de veya Gal-
ler'de oturan muhataba İngiliz *solicitor*ler⁶⁷ aracılığıyla doğrudan tebligat
yapılması konusundaki tercihini iletmiştir⁶⁸.

⁶⁶ *Rapport sur les travaux de la Commission Spéciale d'avril 1989 sur le fonctionnement des Conventions de La Haye du 15 novembre 1965 relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale et du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale, établi par le Bureau Permanent, paragraf 18.*

⁶⁷ *Solicitor*, duruşmalara girmek dışında tüm hukuki sorunlarla ilgilenebilen avukatlar olarak tanımlanmakta; Birleşik Krallıkta ve İrlanda'da, uygulamada çalışan hukukçular açısından *solicitor* ile *barrister* ayrımı yapılmakta, bu iki sınıftan ancak biri kullanılabilir (bkz. <http://en.wikipedia.org/wiki/Solicitor>).

⁶⁸ *Conclusions et Recommandations adoptées par la Commission Spéciale sur le fonctionnement pratique des Conventions de La Haye, Obtention des preuves et Notification (28 Octobre au 4 Novembre 2003), paragraf 58.*

dd- Anlaşmada ÖngörülmeYen Yöntemlerin Kullanılabilmesi

Anlaşmanın 5-10. maddelerinde öngörülen tebligat usulleri, âkit devletlerin kendi aralarında başka yöntemlerle, özellikle evrakın âkit devletlerin ilgili makamları arasında doğrudan iletilmesi suretiyle tebligat yapılması konusunda anlaşmalarına engel olmaz (m. 11).

Diğer yandan, Anlaşma, âkit devletlerin, bu Anlaşma kapsamına giren konularda taraf oldukları veya olacakları anlaşmaları ihlal etmeyecektir (m. 25). Bu şekilde, âkit devletler arasında, tebligatın, bu Anlaşmada öngörülene nazaran daha kolay bir yöntemle yapılmasını öngören başka bir anlaşmanın varlığı halinde, tebligatın bu anlaşma hükümlerine göre gerçekleştirilmesi mümkün olabilecektir.

Anlaşma, âkit devletlerin, iç hukuk düzenlemeleri ile yurt dışından gelecek evrakın tebliği konusunda anlaşmada öngörülmeYen yöntemlere yer vermesine de engel olmamaktadır (m. 19).

ee- Tebligatın Yapılmasında Bilgisayar Teknolojisinin Kullanılabilmesi

Anlaşmada öngörülen yöntemlerin kullanılması sırasında bilgisayar teknolojilerinden yararlanmanın mümkün olup olmadığı konusu, 2003 yılında toplanan Özel Komisyonda ele alınmıştır. Komisyon toplantısına ilişkin raporda, Anlaşmanın modern teknolojilerin kullanımına engel olmadığı gibi bunların kullanılmasını zorunlu da kılmadığı vurgulanmış; Anlaşma çerçevesinde elektronik posta dâhil bilgisayar teknolojisini kullanılabileceği ve bunun halen yapılmakta olduğu dikkate alınarak Anlaşmaya taraf devletlerin modern teknolojileri kullanabilecekleri yöntemler geliştirmeleri tavsiye edilmiştir. Komisyonda, Anlaşmanın öngördüğü tebligat mekanizmasının çeşitli aşamalarında, örneğin, tebligatın yapılmasını talep eden taraf ile tebligatı çıkaracak olan makam ve tebligatı çı-

Bir Amerikan Mahkemesi (*The United States district Court for the eastern district of Missouri, Tax Lease underwriters v. Blackwall Green*) tarafından verilen ve İngiltere’de bir İngiliz *solicitor* tarafından gerçekleştirilen tebligatı geçerli kabul eden karar, bir ilk olarak kabul edilmektedir (*Rapport sur les travaux de la Commission Spéciale d’avril 1989 sur le fonctionnement des Conventions de La Haye du 15 novembre 1965 relative à la signification et la notification à l’étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale et du 18 mars 1970 sur l’obtention des preuves à l’étranger en matière civile ou commerciale, établi par le Bureau Permanent, paragraf 19*).

karan makam ile tebligatın yapılacağı devletin merkezi makamı arasındaki yazışmalarda ve tebligatın yapıldığına dair tutanağın gönderilmesi aşamasında elektronik iletişim araçlarının kullanılabilmesi belirtilmiştir⁶⁹.

2009 yılında gerçekleştirilen Özel Komisyon toplantısında da, bu sonuç ve tavsiyeler aynen kabul edilmiş ve Anlaşmaya taraf devletlerden çok azının mevzuatında elektronik posta veya faks gibi modern yöntemlerle tebligata imkân verecek değişikliklerin yapıldığı; Anlaşma çerçevesinde de tebligatın son aşamasında bu yöntemlerin kullanıldığı birkaç örnek bulunduğu; bu konunun Daimi Büro nezdinde ayrıca ve daha ayrıntılı olarak incelenmesinin uygun olacağı belirtilmiştir⁷⁰.

d- Tebligat Masrafı

Âkit devletler Anlaşma uyarınca yerine getirdikleri hizmetler dolayısıyla herhangi bir masraf talebinde bulunamazlar (m. 12/1). Aynı şekilde, merkezi makamlar tarafından yerine getirilen hizmetler dolayısıyla da herhangi bir ücret talep edilemez⁷¹. Ancak, tebligatın talep edilen devletin yetkili makamı veya memurunun müdahalesi ile gerçekleşmesi veya talep eden makamca istenen özel bir yöntemin kullanılması halinde bunların yol açtığı masrafların talepte bulunan tarafından karşılanması gerekmektedir (m. 12). Merkezi makamlar bu masrafların önceden ödenmesini isteyebilirler⁷².

⁶⁹ *Conclusions et Recommandations adoptées par la Commission Spéciale sur le fonctionnement pratique des Conventions Apotille, Obtention des preuves et Notification (28 Octobre au 4 Novembre 2003)*, paragraf 59- 64.

⁷⁰ *Conclusions et Recommandations de la Commission Spéciale sur le fonctionnement pratique des Conventions de La Haye Apotille, Notification, Obtention des preuves et Acces a la justice (2 au 14 fevrier 2009)*, paragraf 37- 39.

⁷¹ *Aperçu Convention Notification de La Haye*, s. 1.

⁷² *Aperçu Convention Notification de La Haye*, s. 2.

Özel Komisyon, üye devletlerden, gerçekten yapılan masrafları talep etmelerini ve masrafların makul ölçüde olmasını istemektedir (*Conclusions et Recommandations adoptées par la Commission Spéciale sur le fonctionnement pratique des Conventions Apotille, Obtention des preuves et Notification (28 Octobre au 4 Novembre 2003)*, paragraf 53).

Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'nün 63/1 Sayılı Genelgesi'nde masraf talep eden âkit devletlerle, masraf olarak ne miktarda ödeme talep ettikleri ve bu ödemenin nasıl yapılabileceği belirtilmektedir.

e- Davalının Karar Verilmeden Önceki Aşamada Korunması

Anlaşmanın 15. maddesinde, dava dilekçesinin Anlaşmaya uygun olarak tebliğ edilmesi amacıyla âkit bir devletin ülkesine gönderilmesine rağmen davalının duruşmaya gelmediği durumlarda mahkemenin karar verebilmesini belirli koşullara bağlamaktadır.

Maddeye göre bu durumda, mahkeme ancak, dilekçenin, talep edilen devletin mevzuatına uygun olarak veya Anlaşma ile öngörülen diğer yöntemlerden biri ile davalıya tebliğ edilmiş olduğunu ve tebligatın, davalının kendisini savunmasına imkân verecek uygun bir süre öncesinde yapılmış olduğunu tespit ederse kararını verebilecektir. Bu hususlar tespit edilmediği sürece mahkeme karar vermeyi erteleyecektir.

Ancak, âkit devletler, bu koşullara rağmen ve tebliğ tasdiknamesi alınmamış olsa bile, aşağıdaki koşulların tamamının birlikte gerçekleşmesi halinde mahkemelerinin, davalının yokluğunda karar verebileceğini bildirebilirler. Bu koşullar şunlardır:

- a) Belgenin anlaşmada öngörülen usullerden biri ile gönderilmiş olması,
- b) Belgenin gönderilme tarihinden itibaren altı aydan az olmamak üzere hâkimin takdir edeceği bir sürenin geçmiş bulunması,
- c) Talep edilen devletin yetkili makamları nezdinde yapılan bütün teşebbüslere rağmen herhangi bir tebliğ tasdiknamesi elde edilmesinin mümkün olmaması.

Türkiye Cumhuriyeti, Anlaşmayı onaylarken yaptığı beyanda, bu maddenin ilk fıkrasına rağmen, 2. fıkra da öngörülen koşulların gerçekleşmesi halinde hâkimlerin karar verebileceklerini bildirmiştir.

f- Davalının, Yokluğunda Karar Verildikten Sonra Korunması

Anlaşmanın 16.maddesi, bir dava dilekçesinin, tebliğ edilmek üzere Anlaşmada öngörülen yöntemlerden biri ile âkit devletlerden birine intikal ettirilmesine rağmen davalının duruşmaya gelmemesi ve kararın onun aleyhine verilmesi durumunda, karara karşı kanun yoluna başvurma süresi geçse bile ona bu konuda yeni bir imkân verilmesini öngörmektedir. Bunun için şu koşulların gerçekleşmesi gerekmektedir:

- 1- Davalının, dilekçeden veya karardan haberdar olmamasında kendi kusurunun bulunmaması,
- 2- Davalının ileri sürdüğü itirazların tamamen temelden yoksun olmaması.

Davalının bu madde uyarınca yapacağı başvurunun makul bir süre içinde yapılması gerekmektedir. Her devlet, 1 yıldan az olmamak üzere belirleyeceği bir sürenin geçmesinden sonra yapılacak başvuruları kabul etmeyeceğini bildirebilir. Türkiye Cumhuriyeti, kararın verildiği tarihten itibaren 1 yıl geçtikten sonra yapılacak başvuruların kabul edilmeyeceğini beyan etmiştir.

C- İkili Ve Çok Taraflı Anlaşmalar Arasında Uygulanma Önceliği Sorunu

Türkiye Cumhuriyeti ile tebligatın yapılacağı devlet arasında hem tebligata ilişkin hükümler içeren ikili bir adli yardımlaşma anlaşmasının bulunması, hem de o devletin Hukuk Usulüne Dair Anlaşmaya veya Tebligat Anlaşması'na taraf olması halinde, tebligatın hangi anlaşma hükümlerine göre yapılması gerektiği konusunda tereddüt duyulabilir.

Hukuk Usulüne Dair Anlaşma ile Tebligat Anlaşması arasındaki ilişki ikinci Anlaşmanın 22. maddesi ile düzenlenmiştir. Buna göre, her ikisine de taraf olan devletler arasındaki ilişkiler açısından Tebligat Anlaşması, Hukuk Usulüne Dair Anlaşmanın tebligata ilişkin hükümlerinin yerini alacaktır. Dolayısıyla, tebligatın yapılacağı ülkenin her iki anlaşmaya da taraf olması halinde, tebligat, ikinci anlaşma hükümlerine göre yapılacaktır.

Eğer tebligatın yapılacağı ülke ile Türkiye Cumhuriyeti arasında ayrıca ikili adli yardım anlaşması da mevcut ise tebligatın hangi anlaşma hükümlerine göre yapılacağını belirlemek açısından Tebligat Anlaşmasının 25'inci maddesi yol gösterici nitelik taşımaktadır. Gerçekten de bu hüküm, âkit devletlerin tebligat konusunda taraf oldukları veya olacakları anlaşmaları saklı tutmaktadır. Anlaşma, bu hükmü ile yapılış amacına da uygun olarak, âkit devletler arasında mevcut veya ileride yapılacak olan, tebligatın *Anlaşmaya nazaran daha kolay bir şekilde yapılmasına olanak sağlayan* ikili anlaşmaların uygulanmasına olanak tanımaktadır.

Bu hükme rağmen uygulamada yaşanan tereddütler Adalet Bakanlığı'nın, daha sonraki yıllarda çıkardığı tebliğlerde de esas alınması gerektiğini belirttiği, 1980 yılında çıkarmış olduğu Tebliğ⁷³ ile giderilmeye çalışılmıştı. Tebliğde bu konuya ilişkin olarak şu ifadelere yer verilmişti:

“Tebliğ evrakının gönderileceği devletlerle Memleketimiz arasında adli yardım konusunda iki taraflı ve çok taraflı sözleşme varsa çok taraflı sözleşme hükümleri, ancak iki taraflı sözleşmede çok taraflı sözleşmeden ayrı ve özel bir hüküm varsa o hususta ikili sözleşme, tereddüt halinde yine ikili sözleşme uygulanacaktır...”

Tebliğin bu düzenlemesi, doktrinde farklı şekillerde değerlendirilmiştir. Bu değerlendirmelerden ilki, Tebliğde yer alan “ayrı ve özel hüküm” ifadesinin yorumlanması konusunda uygulamada sorunlar yaşanabileceği; bu ifadenin, her farklı esasın ayrı ve özel hüküm olarak kabul edilmesi ve böylece ikili anlaşmalara nazaran çok daha kolay ve süratli bir şekilde tebligat yapılmasına olanak sağlayan Tebligat Anlaşmasının uygulanmaması riskini taşıdığı; mahkemelerin, çok taraflı sözleşmeden ayrı ve özel bir hükmün varlığı halinde veya tereddüt duyulması durumunda ikili sözleşmeyi uygulamak zorunda bırakılması yerine, Tebligat Anlaşmasına öncelik tanınmasını ve hangi Anlaşma tebligatın daha kolay ve süratli şekilde yapılmasına imkân tanıyor ise onun esas alınmasını öngören bir düzenleme yapılmasının daha yerinde olacağı şeklinde olmuştur⁷⁴.

Bu görüşün aksine, ikili anlaşma ile çok taraflı anlaşma arasındaki ilişkinin özel-genel hüküm ilişkisi olduğu, özel hüküm ile genel hüküm karşılaştığında özel hükmün genel hükme tercih edilmesi gerektiği, kaldı ki mahkemelerin hangi anlaşmanın daha basit ve çabuklaştırılmış bir tebligat usulü öngördüğünü sağlıklı olarak tespit edemeyebilecekleri, bu nedenle, tebligat konusunda farklı hükümler içeren ikili anlaşmanın çok taraflı anlaşmaya tercih edilerek uygulanması gerektiği de ileri sürülmüştü⁷⁵.

⁷³ Adalet Bakanlığı'nın, Yabancı Memleketlere Gönderilecek Tebliğ Evrakı ve Masrafı ile Kendilerine Tebligat Yapılamayacak Şahıslara İlişkin 17.03.1980 Tarihli Tebliği (RG 17.3.1980-16932).

⁷⁴ SAKMAR Atâ, *Hukuki ve Ticari Konularda Yabancı Ülkelere Tebligat*, MHB 1982/2, (s. 22-26), s. 25; ŞANLI, s. 176; NOMER-ŞANLI, s. 526.

⁷⁵ MOROĞLU-MUŞUL, s. 119, dipnot 174.

Bir diğer görüş, Tebliğin, mahkemelerin yürürlükteki sözleşmeleri inceleyerek hangisinin daha kolay ve çabuk tebligat yapılmasını sağladığını tespit etmelerindeki güçlüğü dikkate alarak bir sıralama yaptığını; çok taraflı sözleşmelerde tebligatın yetkilendirilmiş makamlar yolu ile daha gelişmiş bir sistem içinde yapılabileceği, ancak ikili sözleşmenin daha kolay bir yöntem benimsemiş olması halinde Tebliğin bu yöntemin kullanılmasına engel olmadığı şeklinde açıklanmıştır⁷⁶.

Adalet Bakanlığı, 2008 yılında yayımladığı 63/1 sayılı Genelgede⁷⁷, bu farklı değerlendirmeleri ortadan kaldıracak ve anlaşmaların amacına uygun düşecek bir düzenleme yapmıştır. Buna göre, “...yürürlükteki ikili anlaşma veya çok taraflı sözleşmelerden hangisi tebligatın daha basit, kolay ve etkin yöntemle yapılmasına imkân tanıyorsa, tebligat o ikili anlaşma veya çok taraflı sözleşme hükümlerine göre yapılmalıdır”. Genelgenin sonraki paragrafında, hangi anlaşmanın daha kolay tebligat yapılmasına olanak sağladığının tespiti konusunda uygulamada yaşanabilecek güçlükleri önlemek üzere, önceliğin çok taraflı anlaşmalara verilmesi, ancak bu anlaşmalara nazaran tebligatın daha kolay bir şekilde yapılmasını öngören ikili bir anlaşmanın varlığı halinde tebligatın bu anlaşma hükümlerine göre yapılması gerektiği belirtilmiştir:

“..Bununla birlikte, çok taraflı sözleşmelerde, tebligatın yetkilendirilmiş makamlar yolu ile daha gelişmiş bir sistem içinde yapılması hususu da dikkate alınarak, pratikte kolaylık sağlaması bakımından, Türkiye ile tebligatın yapılacağı devlet arasında aynı zamanda ikili anlaşma ve çok taraflı sözleşme varsa, kural olarak çok taraflı sözleşmenin uygulanması; ancak ikili anlaşmada çok taraflı sözleşmelere nazaran tebligatı kolaylaştıran ayrı ve özel bir hükmün bulunması halinde ikili anlaşma hükümlerinin uygulanması; tereddüt halinde de yine ikili anlaşmaya göre işlem yapılmasının daha uygun olacağı düşünülmektedir”.

Adalet Bakanlığı'nın Genelgesinde yer alan ve kanaatimizce de yerinde olan bu düzenleme çerçevesinde, birçok devletin taraf olduğu, yeknesak ve kurumsallaşmış bir sistem içerisinde tebligatın yapılmasına olanak sağlayan 1965 Tebligat Anlaşmasına taraf olan devletlere yapılacak

⁷⁶ ÇELİKEL-ERDEM, s. 474.

⁷⁷ Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'nün 1 Mart 2008 Tarih ve B.03.0.UİG.0.00.00.06/010.06.02/1-1 Sayılı, 63-1 Genelge No'lu Genelgesi, s. 9-10 (Metni için bkz. <http://www.uhdigm.adalet.gov.tr>).

tebligat işlemlerinde önceliğin bu Anlaşmaya verilmesi; ancak, tebligatın yapılacağı devlet ile Türkiye Cumhuriyeti arasında, *bu Anlaşmaya nazaran daha kolaylaştırıcı hükümler içeren* ikili bir anlaşmanın varlığı halinde tebligatın bu anlaşma hükümlerine uygun olarak yapılması yerinde olacaktır.

Tebliğatın yapılacağı ve Türkiye Cumhuriyeti ile arasında ikili adli yardımlaşma anlaşması bulunan devletin Tebligat Anlaşmasına değil de Hukuk Usulüne Dair Anlaşmaya taraf olması halinde de benzer bir değerlendirme yapılması uygun olacaktır. Her ne kadar bu ikinci Anlaşmada, Tebligat Anlaşması m. 25 benzeri, âkit devletler arasında yapılan ikili anlaşmaları saklı tutan bir hüküm mevcut değil ise de, uluslararası adli yardımlaşma anlaşmalarının amacının, âkit devletler arasında var olan sistemi zorlaştırmak değil kolaylaştırmak olduğu dikkate alındığında, bu Anlaşmaya nazaran âkit devletler arasında daha kolay bir yöntemle tebligatın yapılmasına olanak sağlayan ikili bir anlaşmanın varlığı halinde onun uygulanmasına engel olmamak gerekir. Dolayısıyla bu durumda da, Hukuk Usulüne Dair Anlaşma ile ikili anlaşmadan hangisi daha kolay ve süratli bir şekilde tebligatın yapılmasına olanak sağlıyor ise onun esas alınması uygun olacaktır⁷⁸.

SONUÇ

Yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklarda mahkemelerin sıklıkla başvuracağı yurt dışına tebligat işlemleri, uluslararası adli yardımlaşma çerçevesinde yapılan anlaşmalarla büyük ölçüde kolaylaştırılmış ve yeknesak bir sisteme kavuşturulmuştur.

Oysa uygulamaya baktığımızda, taraf olduğumuz tebligat ile ilgili uluslararası anlaşmaların uygulanmasından mümkün olduğu ölçüde kaçınıldığı ve çok zaman alan ve Tebligat Kanunu çerçevesinde öngörülen diplomatik yöntemin tercih edildiği görülmektedir. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşmaları kanun hükmünde kabul eden Anayasa'nın 90. maddesi karşısında, Tebligat Anlaşması'nın, yaklaşık kırk yıldır yürürlükte olmasına rağmen halen gerektiği gibi uygulanmamasının, adeta yok sayılmasının gerekçesini ortaya koymak mümkün görünmemektedir.

⁷⁸ SAKMAR, s. 26; NOMER-ŞANLI, s. 526; ŞANLI, s. 176.

Hukuki değil ama pratik bir gerekçe olarak ifade edilen, uygulamada anlaşmaların yeterince bilinmemesi, özümsememesi, yanlış bir uygulama yapılacağı konusunda endişe duyulması gibi hususlar ise bu konuda uygulamada yer alan kişilerin bilgilendirilmesine duyulan ihtiyacı ortaya koymaktadır. Ancak, Adalet Bakanlığı tarafından belirli aralıklarla yayımlanan genelgelere bu anlaşmaların uygulanmasına yönelik bilgilere yer verildiği; her yıl yayımlanan tebliğlerde de bu genelgelere referans yapıldığı dikkate alındığında asıl sıkıntının bu bilgilerin hayata geçirilmesi aşamasında olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Bunu gidermek için, Bakanlık bünyesinde, tebligat ile ilgili uluslararası anlaşmaların uygulanmasına yönelik eğitim seminerlerinin düzenlenmesi, özellikle hâkimlerimizin bu konudaki bilgi eksikliklerini gidermek açısından yararlı olacaktır.

Teorik ve pratik bilgiler ışığında düzenlenecek bu tür seminerler sayesinde, diplomatik yöntemle en iyi ihtimalde altı ayda yapılan bir yurt dışı tebligat işleminin birkaç haftalık süreler içinde gerçekleşmesi, böylece yargılamanın çok daha hızlı bir şekilde gerçekleştirilmesi yolunda önemli adımlar atılabilecektir.

Mukayeseli Hukukta Gemi Tasnif Kuruluşlarının Bilgi Vermeden Dolaylı Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu ve Türk Hukuku Bakımından Genel Bir Değerlendirme

Yrd. Doç. Dr. Serap AMASYA*

GİRİŞ

1- Günümüzde üretilen mal ve hizmetlerin belirli standartlara uygun, kaliteli ve güvenilir olduklarının bir belgeye bağlanması, serbest rekabet düzenine dayalı piyasa koşulları karşısında hemen hemen bütün ticarî ilişkilerde zarurî bir ihtiyaç teşkil ettiği gibi kamunun sağlığı ve güvenliği bakımından da bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır. Belirli standart ve kuralların oluşturulması ve üretilen hizmetlerin bu standart ve kurallara uygunluğunun belgelenmesi, gerek ekonomik gerekse de kamusal boyutuyla deniz ve gemi güvenliğinin sağlanması bakımından denizcilik sektöründe de büyük bir önem taşımaktadır. Denizcilik sektöründe bu ihtiyacı gemi tasnif kuruluşları karşılamaktadır. Başlangıçta tekne ve yük sigortacılarının ihtiyaç duydukları bilgileri sağlamak üzere kurulan gemi tasnif kuruluşları, kısa bir zaman içinde ortaya çıkış amaçlarını aşarak faaliyetlerini zenginleştirmişlerdir. Gemi tasnif kuruluşları bilhassa “bağımsızlık, tarafsızlık ve uzmanlık”¹ özellikleriyle bir güven kuruluşu haline gelmişlerdir.

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Deniz Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

¹ KOYUNCU, İ.S.: Gemi Sınıflama Kuruluşlarının Faaliyetleri ve Sorumluluğu, İstanbul 2008 (Gemi Sınıflama Kuruluşları), sh.32. Gemi tasnif kuruluşlarının tarihi gelişim ve özellikleri hakkında bk. Koyuncu, Gemi Sınıflama Kuruluşları, sh. 13 vd.

Gemi tasnif kuruluşlarının iki ana faaliyeti vardır:

- klaslama (sınıflama) faaliyeti ve
- belgeleme faaliyeti.

(a) Klaslama faaliyetleri, “gemilerin tekne, makine, genel donanım ve fizikî durumlarıyla ilgili diğer hususların, (gemi tasnif kuruluşlarının kendi hazırladığı ve yayınladığı) kural kitaplarında belirlenen asgarî standart ve şartlara uygunluğunun denetlenmesi ile bunlara uygunluğun tespit edilmesi halinde sınıflama belgesi (klas belgesi) düzenlenmesi, aksi durumda ise geminin sınıfının askıya alınması veya sınıfından çıkarılması sonucuna yönelik değerlendirmenin yapılmasıyla ilgili faaliyetleri kapsar.”² Buna göre klaslama faaliyetleri; (1) kural kitaplarının hazırlanması; (2) gemilerin denetlenmesi (sörvey)³ ve (3) denetlemelerden elde edilen bilgiler çerçevesinde gemilerin klası hakkında yapılan değerlendirmeden⁴ oluşmaktadır⁵.

Gemi tasnif kuruluşları donatanlarla ya da tersanecilerle yaptıkları sözleşme uyarınca gemileri farklı nitelikte ve kapsamda çeşitli sörveye tâbi tutarlar. Yapılan sörveyeler sonunda bir sörvey raporunu hazırlanır ve daha sonra gemi klas belgesi düzenlenir. Geminin durumuna ilişkin en önemli bilgi kaynağı olan sörvey raporunda, gemide tespit edilen eksiklik ve hasarlar ile yapılan kontrol, muayene ve testlerin sonuçlarının yanı sıra sörveyörlerin tavsiye, görüş ve değerlendirmeleri de bulunur. Sörvey raporu, geminin durumuyla ilgili en yeni bilgileri içerdiğinden, geminin klası hakkında verilecek kararlarda bu rapor esas alınır⁶. Ancak klas kararını verecek olan klaslama komitesi bu raporla bağlı değildir, komite sörvey raporunu esas almakla birlikte geniş bir takdir yetkisine sahiptir⁷.

² Koyuncu, Gemi Sınıflama Kuruluşları, sh.58.

³ Denetleme (sörvey) faaliyeti hakkında geniş açıklamalar için bk. Koyuncu, Gemi Sınıflama Kuruluşları, sh.58 vd.

⁴ Değerlendirme faaliyeti hakkında geniş açıklamalar için bk. Koyuncu, Gemi Sınıflama Kuruluşları, sh.58. vd. 68 vd.

⁵ BASEDOW,J.- WURMNEST, W.: Third-Party Liability of Classification Societies. A Comparative Perspective, Berlin Heidelberg 2005 (Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability), sh.9-10.

⁶ Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh.13; Koyuncu, Gemi Sınıflama Kuruluşları, sh.68-69.

⁷ Koyuncu, Gemi Sınıflama Kuruluşları, sh.69-70.

Sörvey raporunun türüne göre⁸; yani klasa (sınıfa) kabul (admission to class) veya klas (sınıf) yenileme (renewal survey) sörvey raporu hakkında yapılan değerlendirmelerin olumlu sonuçlanması halinde, geminin “klasa kabulü” ya da “klasın yenilenmesi” kararı verilir ve bu karar üzerine geminin klas belgesi düzenlenir⁹. Hakkında klas belgesi düzenlenen gemiler aynı zamanda gemi tasnif kuruluşu tarafından tutulan sicile kaydedilirler¹⁰. Bu sicilde, geminin klas durumu ile teknik özellikleri hakkında ayrıntılı bilgiler yer alır. Gemi tasnif kuruluşu tarafından tutulan sicilde yer alan bilgiler sürekli güncellenerek düzenli aralıklarla yayınlanır, ayrıca internet aracılığıyla da duyurulur¹¹.

Klas yenileme sörvey raporunda, gemide kurallara ve standartlara bir aykırılık ya da eksiklik tespit edilmişse, bir süre verilerek bunların giderilmesi “tavsiye” olarak adlandırılan bir bildirimle donatana bildirilir. Eksiklik ya da aykırılıkların tavsiye ile verilen süre içinde giderilmemesi halinde geminin klası askıya alınır. Ancak eksiklik ya da aykırılık geminin klasını korumasına engel teşkil edecek surette önemli ise, tavsiye bildirimini yapılmakla birlikte aynı zamanda klası askıya alma kararı da verilebilir. Klası askıya alma kararı da gemi tasnif kuruluşu tarafından tutulan sicile kaydedilir ve gerek yayınlanarak gerekse de internet vasıtasıyla duyurulur. Tavsiye ile bildirilen süre içinde gemideki eksiklikler tamamlanır ve aykırılıklar giderilirse askıya alma yaptırımını kaldırılır ve mevcut klas belgesi kullanılmaya devam olunur. Gemideki eksiklik ya da aykırılığın pek önemli olması halinde verilen süre beklenmeden gemi sınıftan çıkarılabilir¹².

(b) Belgeleme faaliyetleri ise, geni tasnif kuruluşlarının deniz ve gemi güvenliğinin sağlanmasına yönelik ve amacı deniz kamu düzenini korumak olan faaliyetleri ifade eder. Bu faaliyetler, geminin teknik ve fizikî durumunun, uluslararası sözleşmeler ve iç hukukta yer alan emredici düzenlemelerde bulunan asgari standart ve şartlara uygunluğunun denetlenmesi ve mevzuata uygunluk halinde gerekli zorunlu belgele-

⁸ Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh.9-10.

⁹ Koyuncu, Gemi Sınıflama Kuruluşları, sh.70.

¹⁰ Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh.13, Koyuncu, Gemi Sınıflama Kuruluşları, sh.71

¹¹ Koyuncu, Gemi Sınıflama Kuruluşları, sh.71.

¹² Koyuncu, Gemi Sınıflama Kuruluşları, sh.71 vd.

rin¹³ düzenlenmesi işlemlerini kapsar¹⁴. Belgeleme faaliyetleri de, klaslama faaliyetlerinde olduğu gibi denetleme (sörvey) ve değerlendirme aşamalarından oluşur. Belgeleme faaliyetlerinin icrasında bayrak devleti yetkili ve aynı zamanda görevlidir. Ancak söz konusu faaliyetlerin özel hukuk kişisi olan gemi tasnif kuruluşları vasıtasıyla yürütülmesinin bu husus üzerinde bir etkisi bulunmamaktadır¹⁵.

Belgeleme ve klaslama faaliyetleri gemi tasnif kuruluşları ile donatan arasında akdedilen sözleşme kapsamında yürütülmektedirler. Bununla birlikte belgeleme faaliyetleri bakımından sözleşmenin kapsamı deniz kamu düzeninin sağlanmasına ilişkin hukukî düzenlemelerle belirlenmektedir¹⁶.

2- Bir ticaret gemisinin işletilmesiyle ilgili olarak donatan tarafından akdedilen hemen hemen tüm sözleşmelerde geminin uygun bir klas belgesine sahip olması ve sözleşme boyunca da klasını koruması bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır. Geminin sahip olduğu klasın deniz ticaretindeki önemi “klas yoksa para da yok” (no cash without class)¹⁷ deyişiyle özetlenebilir. Gemi satın alacak kişilerin satın alma kararlarında geminin klası belirleyici bir faktör oynadığı gibi, ister zaman çarteri ister yolculuk çarteri sözleşmeleri söz konusu olsun bu sözleşmelerde de gerek sözleşmenin başlangıcında gerekse de sözleşme boyunca geminin uygun bir klasa sahip olması ve bunu koruması bir şart olarak öngörülür. Keza, tekne sigortacıları ve P&I Kulüpleri ile gemi ipoteği karşılığında kredi veren bankalar bakımından da geminin klas belgesi sözleşmenin kurulması ve yürürlüğü bakımından belirleyici bir rol oynamaktadır. Aynı şekilde taşıyanlarla sözleşme yapan yükle ilgililer için de geminin sahip olduğu klas belgesi yük sigortacıları ile aralarındaki sözleşme bakımından büyük önem taşımaktadır.

Görüldüğü üzere gemi tasnif kuruluşlarının düzenlediği belgelerde bulunan bilgilere dayanarak tasarrufta bulunan üçüncü kişilerin çevresi

13 Zorunlu belgelerden bazıları şunlardır: uluslararası yükleme sınırı belgesi, uluslararası tonaj belgesi, yolcu gemisi emniyet belgesi, yük gemisi inşa emniyet belgesi, güvenli yönetim belgesi, uluslararası gemi güvenlik belgesi, uluslararası petrolle kirlenmenin önlenmesi belgesi, denize elverişlilik belgesi. Ayrıntılı açıklamalar için bk. Koyuncu, Gemi Sınıflama Kuruluşları, sh.87 vd.

14 Koyuncu, Gemi Sınıflama Kuruluşları, sh.83.

15 Koyuncu, Gemi Sınıflama Kuruluşları, sh.106 vd.

16 Koyuncu, Gemi Sınıflama Kuruluşları, sh.84.

17 Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh.7.

oldukça geniştir. Uygun klas belgesine sahip olmayan bir geminin ticarî olarak işletilmesi mümkün değildir. Tasnif kuruluşları tarafından düzenlenen belgelerde kayıtlı ya da tasnif kuruluşu tarafından yayınlanarak duyurulan geminin teknik ve fizikî durum ve özelliklerine ilişkin bilgiler, deniz ticaretinin özelliği gereği üçüncü kişiler tarafından da kendilerine güven duyulan, itibar edilen bilgi niteliğindedirler. Buna göre meslekî konumları dikkate alındığında gemi tasnif kuruluşlarının bilgi veren¹⁸ uzman kuruluşlar oldukları söylenebilir.

3- Kavram olarak bilgi verme¹⁹, belirli bir durumun varlığını objektif olarak tespit edip, bildirmeyi ifade eder ve bir konu hakkında, doğruluk veya yanlışlık şeklinde bir değer yargısına varılmasına imkân sağlar²⁰. Bilgi kavramına fizikî davranışlar dahil edilmemektedir. Bununla birlikte, sövreyörün gemiyi incelemesi ve denetlemesi (fizikî davranış) sonucunda düzenlenen sövrey raporu ve gemi klas belgesi, hem fizikî bir davranışı hem de yazılı bilgiyi içerdiğinden bilgi verme olarak kabul edilmelidir²¹. Öğüt verme ya da tavsiyede bulunma ise “bir kişinin karşısındaki kişiye yapması gerekeni söylemek veya onun yerine olsaydı yapacağı şeyin ne olduğunu ifade etmek”²² olarak tanımlanmaktadır. Bu kavramlar, bilgi verme ile aynı anlamı taşımamakla birlikte, bir kişinin öğüt ya da tavsiyelerde bulunması ile bilgi vermesi arasında hukukî sonuçları bakımından bir fark bulunmadığı için bilgi kavramının öğüt ve tavsiyeyi de kapsadığı kabul edilmektedir²³. Bu çerçevede, gemideki eksikliklerin ya

18 Bilgi veren kavramı için bk. KIRCA, Ç.: Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiyeye Karşı Sorumluluk, Ankara 2004/X (Kırca, Bilgi Vermeden Dolayı Sorumluluk), sh.1vd.

19 Anglo-Amerikan hukukunda bilgi, öğüt verme kavramları, information (bilgi) ve advice, recommendation (öğüt) kavramları ile değil, misrepresentation (yanlış bir görünüm sunma) kavramıyla ifade edilmektedir. Bk. Kırca, Bilgi Vermeden Dolayı Sorumluluk, sh.4, dn.6.

20 Kırca, Bilgi Vermeden Dolayı Sorumluluk, sh.4.

21 Bu yönde karşı. Kırca, Bilgi Vermeden Dolayı Sorumluluk, sh.5.

22 Kırca, Bilgi Vermeden Dolayı Sorumluluk, sh. 5.

23 Kırca, Bilgi Vermeden Dolayı Sorumluluk, sh. 5. Bilgi verme kavramı geniş bir şekilde anlaşıldığında, örneğin, bir işletmenin kâr-zarar durumunun, bir taşınmazın değerinin tespit edilip bildirilmesi; bir denetçinin veya malî müşavirin ortaklığın bilançosunun usulüne uygun tutulduğunu veya içerdiği bilgilerin doğru olduğunu bildirmesi veya onaylaması, bir yatırım danışmanının bir kişiye hangi ortaklığa yatırım yapması veya hangi hisseleri alması konusunda tavsiyelerde bulunması bilgi verme kavramına dahil olacaktır. Bk. Kırca, Bilgi Vermeden Dolayı Sorumluluk, sh. 5.

da aykırılıkların giderilmesi için donatana yapılan bildirim niteliğindeki tavsiyeler de, bilgi kavramı içinde düşünülmelidir.

4- Gemi tasnif kuruluşu, verdiği bilgilerden dolayı sözleşme ilişkisi içinde bulunduğu donatana (ya da tersaneciye) karşı sözleşmeden doğan sorumluluk hükümleri uyarınca sorumludur. Ancak gemi tasnif kuruluşunun verdiği bilginin eksik, yanlış ya da hatalı olmasından dolayı zarar gören sadece tasnif kuruluşunun karşı sözleşeni olan donatan (ya da tersaneci) değildir.

Gemi tasnif kuruluşların edimlerini gerektiği gibi ifa etmedikleri vakt, bundan dolayı üçüncü kişiler de zarar görebilmektedir. Böyle bir halde gemi tasnif kuruluşunun üçüncü kişilere karşı sorumluluğu gündeme gelmektedir.

Burada hukukî sorun şu şekilde ortaya çıkmaktadır. Zarar gören kişiler, gemiye ilişkin belgelerin düzenlenmesi konusunda gemi tasnif kuruluşu ile bir sözleşme kurmamışlardır. Gemi tasnif kuruluşu ile sözleşme donatan arasında yapılmıştır. Donatan, üçüncü kişi ile hukukî işlemlerde bulunmak amacıyla gemi tasnif kuruluşunun verdiği klas belgesini kullanmaktadır. Üçüncü kişi, gemi tasnif kuruluşu tarafından düzenlenen belgede kayıtlı bilgiye dayanarak tasarrufta bulunmaktadır. Ancak klas belgesindeki bilgi eksik ya da yanlış olduğunda üçüncü kişi zarara uğramaktadır.

Anlaşılabacağı üzere burada cevaplanması gereken hukukî sorun, gemi tasnif kuruluşunun, kusuruyla verdiği yanlış bilgiden dolayı saf malvarlığı zararına uğrayan üçüncü kişiye karşı sorumlu tutulmasının mümkün olup olmadığıdır.

Türk Borçlar Hukuku sisteminde sorumluluk sebepleri, sebepsiz zenginleşmeden doğan sorumluluk dışında esas olarak, sözleşmeden ve haksız fiilden sorumluluk olarak ikiye ayrılmaktadır. Yanlış bilgi vermeden dolayı meydana gelen zararlar, kural olarak, kişiye ve mala verilen zararlar dışında diğer zararlardır. Bu zararlar doktrinde **saf malvarlığı zararı** (pure economic loss) olarak adlandırılmaktadır. Bu çalışmada gemi tasnif kuruluşu tarafından düzenlenen belgelerde kayıtlı bilgiler ya da bunlar tarafından verilen bilgiler sebebiyle tasnif kuruluşu ile arasında sözleşme ilişkisi bulunmayan üçüncü kişilerin uğradıkları saf malvarlığı zararlarının tazmininin mümkün olup olmadığı doktrindeki bilgiler ışığında genel olarak değerlendirilecektir.

I. ANGLO-AMERİKAN HUKUKUNDA GEMİ TASNİF KURULUŞLARININ ÜÇÜNCÜ KİŞİYE KARŞI SORUMLULUĞU

Gemi tasnif kuruluşlarının üçüncü kişiye karşı sorumluluğunda Anglo-Amerikan hukukunda verilmiş çok sayıda karar mevcuttur. Anglo-Amerikan hukuk sisteminde sözleşme dışı sorumluluğun (tort) dayandığı birçok temel bulunsa da, davacılar uğradıkları zararın tazmini için taleplerini esas olarak kusura dayalı haksız fiil sorumluluğuna (“tort of negligence”) dayandırmaktadırlar. Aşağıda önce Anglo-Amerikan hukukunda kusura dayalı haksız fiil sorumluluğu hakkında açıklamalarda bulunulduktan sonra, gemi tasnif kuruluşlarının üçüncü kişilere karşı sorumluluğuna ilişkin kararlara yer verilecektir.

A-ANGLO-AMERİKAN HUKUKUNDA KUSURA DAYALI HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞU

1- Genel olarak

Haksız fiiller hukukunun tanziminde iki sistemin mevcut olduğu görülmektedir²⁴:

Birincisi, tazminat borcu doğuran haksız fiil vakıalarını teker teker saymak ve münferit olarak tesis etmektir. Bu sistemde, “tâdat olunanların dışında” haksız fiilin mevcudiyeti tanınmamaktadır. Bu itibarla bu sistem “**münferit vakıalar sistemi**” olarak anılmaktadır²⁵. Anglo-Amerikan hukuku, “münferit vakıalar sistemi”ni kabul etmiştir. Keza Roma hukukunda, müşterek hukukta ve hattâ Mecellede de aynı esasın mevcut olduğu ifade edilmektedir²⁶. Münferit vakıalar sisteminde iki yaklaşım söz konusu olabilmektedir²⁷. Bunlardan birincisinde; bütün sorumluluk tesis edici vakıalar kanun tarafından tayin edilmektedir. Mecellede durum böyledir. Diğerinde ise, bunun tespiti mahkeme içtihatlarına bırakılmıştır. Anglo-Amerikan hukuk sistemi, bu sonuncu tarza dayanmaktadır.

²⁴ İMRE, Z.: Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri (İngiliz, Sovyet Rusya, Alman, Fransız ve İsviçre Hukuklarının Mukayesesi ile), İstanbul 1949 (İmre, Kusursuz Mesuliyet Halleri), sh. 103.

²⁵ İmre, Kusursuz Mesuliyet Halleri, sh.103.

²⁶ İmre, Kusursuz Mesuliyet Halleri, sh.103.

²⁷ İmre, Kusursuz Mesuliyet Halleri, sh.103-104.

Haksız fiiller hukukunun tanziminde görülen ikinci sistem ise; genel bir hüküm vazederek uygulamada ortaya çıkacak bütün hadiselerin bu genel hükme ithal edildiği sistemdir.²⁸ Burada tazminat hukuku sistemi genel bir prensipten hareket etmektedir. Kara Avrupası hukuklarında genellikle bu sistem hâkimdir.

Anglo-Amerikan hukuku, bir meseleler hukukudur (Case Law veya Judiciary law), yani yargıç tarafından yaratılan bir hukuk düzenidir. Anglo-Amerikan hukuk düzeninin kaynakları esas itibariyle müşahhas “case”lere (mesele) ilişkin yargıç kararlarından oluştuğundan bu hukuk sisteminde mahkeme kararları hukukun büyük bir kısmının kaynağını teşkil etmektedir. Anglo-Amerikan hukukunda Common Law’ın hemen hemen tamamı ve Equity Law²⁹ mahkeme otoritesinin bağlayıcı gücüne (binding authority of precedents) veya “binding force of decided cases”e dayanır. Bu son prensibe göre mahkeme kararları bağlayıcı kuvveti haiz olup hukukun kaynağını teşkil etmektedir³⁰.

Anglo-Amerikan hukukunun bu hususiyetinin, haksız fiiller (torts)³¹ alanında yarattığı tesir, sorumluluk ve tazminat mükellefiyeti doğuran bütün haksız fiillerin kazüist bir şekilde teker teker zikredilmiş olmasıdır. Bu hukuk sisteminde, işlenen haksız fiillerin tazmin mükellefiyeti doğuracağı hakkında genel ve soyut bir kural mevcut değildir. Anglo-Amerikan hukukunda tazminata hükmedilebilmesi için bir emsal (precedents) bu-

28 İmre, Kusursuz Mesuliyet Halleri, sh.103.

29 Equity (hakkaniyet) hukuku (Equity Law) da anlam ve gücünü mahkeme kararlarından almaktadır. Equity hukuku, Common Law’ın yanında, kendine has kurullarla özel bir düzenin konusunu teşkil etmektedir. Burada “kanun hukukunun” lâfzî ve sert yorumu yerine, münferit hallerde şahsî etkenlerin nazara alındığı bir anlayış mevcuttur. Equity mahkemeleri, diğer mahkemelere nazaran daha serbest bir sisteme dayanır ve “judge of conscience” olarak tavsif edilmektedir. Bk. İmre, Kusursuz Mesuliyet Halleri, sh.81.

30 İmre, Kusursuz Mesuliyet Halleri, sh. 104. Anglo-Amerikan hukuk sisteminin faydası “katiyet, emniyet ve daimilik (uniformity and certainty) vasfını temin etmesi” olarak izah edilirken, değişmez sertliği (rigidity) bu sistemin sakıncası olarak zikredilmektedir. Bk. İmre, Kusursuz Mesuliyet Halleri, sh.105.

31 Schwarz, İngiliz hukukundaki “tort” mefhumunu şöyle açıklamaktadır: “İngiliz hukukunda “tort” kelimesi haksız fiillerin heyeti umumiyesini ifade eden bir mânâyı haizdir, ve borçlar hukukunda “law of contract” (akit hukuku) ve “law of torts” (haksız fiiller hukuku) tefrik edilmekte, ve birbirinden müstakil bir branş mahiyetini almaktadır”. Bk. İmre, Kusursuz Mesuliyet Halleri, sh.105, dn.7’den naklen.

lunması, yani daha önce benzer bir meselede verilmiş bir mahkeme kararının mevcut olması lâzımdır³². Davacının tazminat talebini kabul ettirebilmesi için, bunun daha önce tanınmış bir meseleye, bir haksız fiile (torts) ait olduğunu ispat etmesi gerekir³³. Burada “*Teknisyen için, mesele, hakkı olmadan bir zarara sebebiyet verilmiş olup olmadığı değildir; fakat bir tazmin tarzının (remedy) mevcut olup olmamasıdır*”³⁴. Davaya ait bir emsal bulunmazsa, yeni bir dava sebebi kabul ettirilmesi gerekir ki, bu da oldukça güçtür.

Anglo-Amerikan hukukunda haksız fiiller (torts) kazüist olarak sayıldığı için, bu hukuk sisteminde hukuka aykırılık, kusur, illiyet bağı, bariz bir şekilde ayrılmış değildir. Keza kusur ve kusursuz sorumluluk halleri de yeterli açıklıkla tanzim edilmiş değildir.

Bu hukuk sisteminde “tort of negligence” (kusura dayalı haksız fiil sorumluluğu) kavramı, yakın sayılabilecek bir zamanda, XIX. yüzyılda mahkeme kararlarının bir ürünü olarak ortaya çıkmıştır³⁵. Anglo-Amerikan hukukunda kusura dayanan sorumlulukta kusurun ispat edilmesi gereken haller dahi genel bir kural altında toplanmış olmayıp muhtelif mahkeme kararlarıyla, case’lerle oluşmuştur³⁶. Sorumluluk ehliyeti de, bu hukuk sistemde açık olarak cevaplandırılmamıştır³⁷. Bununla birlikte Anglo-Amerikan hukukunda önceden tespit edilmiş hukukî esasların bulunmaması, yargıca birçok imkânlar arasında, hakkaniyete uygun olmayan sonuçları önlemek hususunda bir hal tarzı bulma imkânı verdiği belirtilmektedir³⁸.

32 Roma hukukunun Anglo-Amerikan haksız fiiller (torts) hukukuna ne doğrudan doğruya ne de dolayısıyla bir tesiri olmadığı; Anglo-Amerikan haksız fiil hukukunun İslam hukukunda ve Mecellede olduğu gibi, tamamen kendiliğinden, kendi güç ve kaynaklarıyla oluştuğu ifade edilmektedir. Bk. İmre, Kusursuz Mesuliyet Halleri, sh.106.

33 İmre, Kusursuz Mesuliyet Halleri, sh.104.

34 İmre, Kusursuz Mesuliyet Halleri, sh.104-105.

35 XIX. yüzyılda mahkemeler, tazminat borcu doğuran haksız fiil vakıalarını münferit olarak tesis etmeye başladılar. Haksız fiil sorumluluğunu doğuran vakıalar olarak bilhassa karayolu, demiryolu ve denizde meydana gelen kazalar tespit edilmişti. Bk. MARKESINIS, B.S.-DEAKIN, S.F.: Tort Law, Oxford, 3 th ed., 1994, sh.78.

36 İmre, Kusursuz Mesuliyet Halleri, sh.106.

37 İmre, Kusursuz Mesuliyet Halleri, sh.106.

38 İmre, Kusursuz Mesuliyet Halleri, sh.106-107.

2- Kusura dayalı haksız fiil sorumluluğunun (tort of negligence) doğumu için gerekli şartlar

Anglo-Amerikan hukukunda kusura dayalı haksız fiil sorumluluğunun (tort of negligence) doğması için mevcudiyeti gerekli şartlar şunlardır³⁹:

- Zarar gören (davacı) ile zarar veren (davalı) arasında özen yükümlülüğü (duty of care) ilişkisi bulunmalıdır. Diğer bir anlatımla, belli bir durumda, zarar verenin (davalının) zarar görene (davacıya) karşı bir özen yükümü bulunmalıdır.
- Zarar veren (davalı), zarar görene (davacıya) karşı bulunan özen yükümünü kasten veya ihmâl sonucu ihlâl etmiş (breach of duty) olmalıdır.
- Özen yükümünün ihlâli neticesinde bir zarar doğmuş olmalıdır (damage).
- Özen yükümünün ihlâli ile zararlı netice arasında illiyet bağı mevcut olmalıdır (causation).

Anglo-Amerikan hukukunda, kusura dayalı haksız fiil sorumluluğunda, hukuka aykırılık özen yükümünün ihlâline bağlı olduğundan önce özen yükümü, daha sonra özen yükümünün ihlâli (kusurlu davranış) ve saf malvarlığı zararları konusundaki yaklaşımı tesbit etmek bakımından da kısaca zarar kavramına değinilecektir.

a) Özen yükümü (duty of care)

Zarar gören (davacı), kendisine karşı davalının uyması gereken genel dikkat ve özen yükümünün mevcut olduğunu ispatlamalıdır. Bu ispat külfeti, yüküm (duty) kavramına ilişkin olarak mahkeme kararlarıyla sürekli gelişen hukukî bir olgunun ortaya konulmasına dayanmaktadır⁴⁰. Davacı ayrıca özen yükümünün ihlâl edildiğini de ispatlamak zorundadır. Aksi halde davalının sorumlu tutulması mümkün değildir.

Anglo-Amerikan hukukundaki özen yükümü kavramı Kara Avrupası hukuk sistemindeki özen yükümü ile aynı değildir. Bu hukuk sisteminde özen yükümü kavramının, kusur sorumluluğunun sınırlarının tayininde

³⁹ ROGERS, W.V.H.: Winfield and Jolowics on Tort, London, 14 th ed., 1994 (Rogers, Winfield and Jolowics), sh.78.

⁴⁰ Markesinis- Deakin, Tort Law, sh.68.

mahkemeler tarafından kullanılan birden çok kriterin bir arada toplandığı bir sentezi ifade ettiği söylenebilir⁴¹. Buna göre Anglo-Amerikan hukuk sisteminde özen yükümü (duty of care), “**hukuk düzeni tarafından uyulması konusunda kendisine hukukî bir sonuç bağlanan, bir kimseye karşı özel bir standarda uyum olarak özenli davranma yükümlülüğü**”⁴² olarak tanımlanabilir. Bir özen yükümünün mevcut olup olmadığı meselesi **hukukî bir vakıa olup fiilî bir vakıa değildir** ve mahkeme içtihatlarıyla farklı ödevler tesis edilmek suretiyle “kusur” (negligence) kategorilerinin genişletilmesi ya da daraltılması mümkündür⁴³. Anglo-Amerikan hukukunda özen yükümünün tesisine komşuluk prensibi (neighbour principle) ile yakınlık (proximity) prensibi dayanak teşkil etmektedir. ancak bu kavramlar zaman içinde yargı kararlarıyla gelişmiş ve nihayet özen yükümünün varlığı için zorunlu unsurların neler olduğu tespit edilmiştir.

aa) Komşuluk prensibi (neighbour principle)

Komşuluk prensibi, komşuluk kavramından da çıkartılabileceği gibi muayyen bir kategorideki kişiye yönelik özen yükümü öngörmektedir. Özen yükümünü tesis eden ilk karar 1883 tarihli “*Heaven v. Pender*”⁴⁴ kararı olmakla birlikte, genel bir özen yükümünün ifade edildiği en önemli karar ünlü “*Donoghue v. Stevenson*”⁴⁵ davasında verilmiştir. Bu karar (şişelenmiş) bira üreticisinin sorumluluğuna ilişkindir. Lordlar Kamarası yargıç Lord Atkin davada kararın verilmesinde etkili olan düşünceyi şöyle açıklamıştır:

⁴¹ Markesinis- Deakin, Tort Law, sh.68.

⁴² PROSSER, W.L.-KEATON, J.: Handbook on The Law of Tort, Minnesota, 5 th ed., 1984 (Prosser-Keaton, Law of Tort), sh.330; FERRER, M.: La Responsabilité des Sociétés de Classification, Aix-Marseille, 2004 (Ferrer, Sociétés de Classification), sh.237.

⁴³ Ferrer, Sociétés de Classification, sh.237.

⁴⁴ “*Heaven v. Pender*”, (1883), Q.B.D. (Queen’s bench division (Law Reports)) 11, sh.503 (karar için bk. Prosser-Keaton, Law of Tort, sh.330). Bu davada Yargıç Brett özen yükümünün kapsamını şöyle açıklamıştır: Özen yükümü, ortak anlayışa sahip bütün insanların, belli bir durumda, makûl bir özen ve dikkat göstermediği takdirde bir başkasını ya da başka birinin mülkiyetini tehlikeye sokacağını ya da bunlara zarar vereceğini kabul edeceği bir pozisyonda bulunan bir kimsenin, buna uygun olarak muhatabına karşı göstereceği davranıştır. Özen yükümünün kapsamını çok geniş belirleyen bu formül kabul görmemiştir.

⁴⁵ “*Donoghue v. Stevenson*”, (1932), A.C. (Appeal Case (Law Reports)), sh.592 (karar için bk. Ferrer, Sociétés de Classification, sh.237).

“Komşunuzu sevmeniz gerektiğini söyleyen kural, hukukta, komşunuza zarar vermemeniz gerektiği kuralına dönüşür; ‘komşunuz kimdir’ sorusunun cevabı kısıtlıdır. Komşunuza zarar verebileceğini makûl olarak öngörebileceğiniz fiillerden ya da eylemsizliklerden (ihmallerden) kaçınmak için makûl bir özen göstermek zorundasınız. ‘Hukukta benim komşum kimdir?’ Bu sorunun cevabı, zihnimi zarar verici fiile ya da eylemsizliğe (ihmal) odakladığımda, dikkat etmem gereken fiilimden (ya da eylemsizliğimden) en sıkı ve en doğrudan etkilenecek olan kişidir.”

Davaya konu olayda genç bir kadın, koyu renkli camlı bir şişeden biranın çoğunu içtikten sonra şişenin içinde kokuşmuş bir salyangoz olduğunu fark eder. Şok geçiren müşteri bu nedenle hastalanır ve bira üreticisine karşı dava açar. Lordlar Kamarası, tüketicinin bira şişesini perakendeciden satın alması nedeniyle tüketici ile üretici arasında sözleşmesel bir bağ bulunmaması, bu yüzden de tüketicinin sözleşmenin nisbîliği (privity) gereği doğrudan üreticiye karşı sözleşmeden doğan garanti (warranty) sorumluluğuna dayanarak talepte bulunamayacak olması nedeniyle, bu engeli aşmak üzere üreticinin tüketiciye karşı uyması gereken bir özen yükümünün mevcut olduğunu kabul eder.

Mahkemeler, Lordlar Kamarası tarafından verilen kararı izleyerek özen yükümü (duty of care) kavramının, üreticiler hakkında sınırlı bir şekilde⁴⁶ uygulanacağını düşünmüşlerse de, doktrinde “*Donoghue v. Stevenson*” kararı, üretici bakımından, nihaî (son) tüketiciye karşı bir “özen yükümü” tesis eden içtihat olarak kabul edilmiştir⁴⁷.

İngiliz kararları yavaş yavaş gelişmiş ve nihayet 1970 yılında “*Dorset Yacht Co.Ltd. v. Home Office*”⁴⁸ davasında kusura dayalı sorumluluk kabul edilmiştir. 1978 yılında ise Lordlar Kamarası ünlü “*Anns v. Moerton London Bourough Council*”⁴⁹ davasında, **saf malvarlığı zararları**

46 “Donogue v. Stevenson” kararı sonrasında verilen içtihatlarda, bu karar, kişiye verilen zararlar ile eşya zararlarının tazminini kabul eden bir karar olarak emsal alınmıştır. Bu yöndeki (“Farr v. Butters Bros. & Co.”, (1932), 2 K.B.(King Bench (Law Reports)), sh.606; “Haynes v. Harwood”, (1935), 1 K.B., sh.146) kararlar için bk. Ferrer, Sociétés de Classification, sh.238, dn.929.

47 Markesinis- Deakin, Tort Law, sh.77; Ferrer, Sociétés de Classification, sh.238.

48 “Dorset Yacht Co. Ltd. v. Home Office”, (1970), A.C., sh.1004. Bu kararda, “Donogue v. Stevenson” kararında kullanılan gerekçelere birden fazla kez yer verilmiştir.

49 “Anns v. Moerton London Bourough Council”, (1978), A.C., sh.728.

nın (**pure economic loss**) tazmini yolunu zımnen⁵⁰ açtığı gibi özen yükümlülüğünün uygulama alanını da oldukça genişleten bir karar vermiştir. Bu davada Lordlar, inşa edilmekte olan bir evi, statüleri icabı denetlemekle görevli olan eksperlerin özenle yerine getirmeleri gereken görevlerini ifa ettikleri sırada işledikleri kusurdan dolayı, bu eksperleri istihdam eden belediyenin haksız fiil temelinde sorumlu tutulmasına karar vermişlerdir. Kararda, hatalı inşaat sebebiyle evin kullanılamaz halde bulunmasından dolayı, evin sakinlerine karşı ihlâl edilmiş bir özen yükümünün mevcudiyeti kabul edilmiştir. Lordlar, özen yükümünün kapsamını genişleten şu gerekçeleri öne sürmüşlerdir:

“Bir olayın farklı olgularını, özen yükümünün varlığını kabul eden başka bir karara konu olan olayın vakıaları ile karşılaştırmaya ihtiyaç yoktur; ancak iki aşamalı bir değerlendirmenin yapılması gerekir: İlk aşamada; failin makûl mülâhazasına göre kendisine isnat edilecek bir özen eksikliğinin, mağdurun zarar görmesine yol açabileceğini bilebilecek surette fail ile mağdur arasında yeterli **komşuluk** ya da **yakınlık ilişkisinin** mevcut olup olmadığı incelenmelidir. Bu soruya olumlu yanıt verilmesi halinde *prima facie* özen yükümünün bulunduğu kabul edilir ve ikinci aşamaya geçilir. Bu aşamada; özen yükümünü ya da kendisine özen yükümü terettüp eden kişilerin çevresini sınırlamak ya da genişletmek için sebepler bulunup bulunmadığı ve nihayet tazmin borcunun kapsamının genişletilip genişletilmemesi gerektiği araştırılmalıdır.”

“*Anns v. Moerton London Bourough Council*” (1978) davasında özen yükümü (duty of care) kavramına getirilen bu yeni yaklaşım, kavramın uygulama alanını, “*Donoghue v. Stevenson*” kararında dile getirilen “yakın komşuluk” yakınlığının ötesine genişlettiği gibi bilhassa **saf malvarlığı zararlarının** tazmini imkânını zımnen dahi olsa öngörmek suretiyle de tazminat borcunun kapsamını genişletmiştir. Oysa “*Donoghue v. Stevenson*” davasında özen yükümünün ihlâlinde sadece kişiye verilen zararlar ile eşya zararlarının tazmini kabul edilmişti. “*Anns v. Moerton London Bourough Council*” davasını takiben 1983 yılında verilen “*Junior Boks Co. Ltd. v. Veitchi Co.*” davasında ise açıkça saf malvarlığı zararlarının tazminine hükmedilmiştir⁵¹.

⁵⁰ Ferrer, Sociétés de Classification, sh.239.

⁵¹ “Junior Boks Co. Ltd. v. Veitchi Co.”, (1983), A.C., sh.520.

Mahkemelerce komşuluk prensibine oldukça geniş bir uygulama alanı tanınması, İngiliz doktrini tarafından, bunun, sınırsız bir sorumluluğa ve haksız yere çok sayıda tazminat davası açılmasına yol açacağı ve ayrıca sözleşmelerin nisbîliği ile haksız fiiller arasındaki geleneksel ayırımı bozulmasına da sebep olacağı gerekçeleriyle eleştirilmiştir⁵². Daha sonraki tarihlerde İngiliz mahkemeleri komşuluk prensibinin geniş uygulamasına karşı bir reaksiyon gösterirler ve “duty” kavramı, “yakınlık” (proximity) kavramı ile daraltılmaya çalışılır.

bb) Yakınlık (proximity) prensibi

1978 tarihli “*Anns v. Moerton London Bourough Council*” kararında kabul edilen çözüm, İngiliz yargıçlar tarafından benimsenmemiştir. Daha sonraki yıllarda verilen içtihatlarda özen yükümünün tesisinde **yakınlık** (proximity) kavramına başvurulmaya başlanmış ve yakınlık kavramı “özen yükümü”nün tanımında merkezî bir rol oynamaya başlamıştır.

Yakınlık kavramının kapsam ve anlamı “*Yuen Kun Yeu v. Attorney General of Hong Kong*”⁵³ (1988) davasında tespit edilmiştir. Bu davada Lord Keith of Kinkel, yakınlık kavramının ifade ettiği anlamı açıklamak üzere iki yaklaşım getirmiştir:

- ilk yaklaşıma göre yakınlık kavramı; **zararın öngörülebilir olması** ya da **makûl bir değerlendirme ile zarar olasılığını tahmin etme** ile eş anlamdadır.

- İkinci yaklaşıma göre ise yakınlık kavramı “*Donoghue v. Stevenson*” davasında kabul edildiği gibi **davacı ile davalı arasında varlığı gerekli global bir ilişkiye dayanır**.

cc) Özen yükümünün mevcudiyeti için varlığı zorunlu unsurlar

Yukarıda yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere, İngiliz yargı kararlarındaki gelişme neticesinde, belli bir durumda “özen yükümü”nün mevcudiyetini kabul için, “**yakınlık ilişkisi**” (proximity) ile “**zararın öngörülebilir**” olması (foreseeability of damages) - ki bu unsur aynı zamanda yakınlık ilişkisinin de kurucu unsurlarından biri olabilmektedir- varlığı zorunlu unsurlar olarak ortaya konmuşlardır. Ancak daha sonra İngiliz

⁵² Markesinis- Deakin, Tort Law, sh.79; Rogers, Winfield and Jolowics, sh.87, dn.71.

⁵³ “*Yuen Kun Yeu v. Attorney General of Hong Kong*”, (1988), A.C., sh.175.

yargıçlar bir kimseye belli bir durumda bir özen yükümü terettüp edip etmediğini tâyin etmek üzere bu iki unsurun yanına tamamlayıcı olarak üçüncü bir unsur ilâve etmişlerdir: Bir kimseyi, belli bir durumda başka bir kimseye karşı bir özen yükümü yüklemek “**haklı, adil ve makûl**” (**just, fair and reasonable**) sayılmalıdır.

Şu halde İngiliz hukukuna göre⁵⁴ özen yükümünün varlığından söz edebilmek için belli bir durumda;

- davacı ile davalı arasında “**yakınlık ilişkisi**”⁵⁵ bulunmalı,
- “**zarar öngörülebilir**” olmalı ve
- davalıya özen yükümü yüklemek “**haklı, adil ve makûl**” sayılmaktadır.

İngiliz yargı kararlarında ortaya konan özen yükümünün varlığı için zorunlu unsurlar, Amerikan hukuku açısından da kusura dayalı haksız fiil sorumluluğunun (tort of negligence) tesisinde aynı şekilde geçerlidir⁵⁶.

Somut bir olayda özen yükümünün varlığının ortaya konulması yeterli değildir, davacı ayrıca davalının özen yükümünü ihlâl ettiğini ispatlamak zorundadır.

b) Özen yükümünün ihlâli (kusurlu davranış)

Somut bir olayda özen yükümünün ihlâl edilip edilmediği tâyin edilirken, davranış standardının değerlendirilmesinde hangi ölçünün kullanılacağı önemlidir. Anglo-Amerikan hukukunda **objektif genel davranış standardı** benimsenmiştir.

⁵⁴ Ferrer, Sociétés de Classification, sh.240; Basedow, Third-Party Liability), sh.16.

⁵⁵ Bununla birlikte yakınlık ilişkisinin özen yükümünün kurucu bir unsuru sayılmak bakımından gerekli kesinliği taşımadığı İngiliz yargı kararlarında ifade edilmektedir. Nitekim “*Caparo Industries plc v. Dickman* (1990, 1, A.C., sh.605) davasında Lord Oliver; birbirinden ayrı şart olarak ele alınan bu üç unsurun, birçok olayda, gerçekte aynı şeyin görünüşleri olarak ortaya çıktığını; öyle ki bazı durumlarda yakınlık ilişkisinin mevcut olup olmadığının ancak ve sadece zararın öngörülebilirliği ölçüsünden çıkartılabileceğini; bazı hallerde de sadece mahkemenin davalıyı sorumlu tutmanın adil ve makûl olmayacağı yönündeki kanaati doğrultusunda davanın tarafları arasında temel bir ilişki bulunmadığı sonucuna ulaşılabileceğini ifade etmiştir.

⁵⁶ Basedow, Third-Party Liability), sh.27.

Anglo-Amerikan hukukunda özen yükümünün ihlâl edilip edilmediği tayin edilirken, Kara Avrupası hukukunda soyut “iyi bir aile babası” (bonus paterfamilias) kavramı ile kabul edilen ölçü gibi, objektif bir ölçü kullanılmaktadır.

İngiliz yargı kararlarında tespit edilen genel davranış standardı **normal vasat vatandaşın**⁵⁷ (ordinary citizen) davranışdır; davalının kendi sübjektif hâl ve davranış tarzı değildir. Diğer bir anlatımla, bilgi, beceri ya da bilinci çok yüksek olan bir kimse, bir olayda kendisinden beklenen normal ölçü seviyesinde hareket ettiği halde, sırf ferdî vasıf ve becerisinin altında bir seviyede davranış gösterdiği için kusurlu sayılmayacaktır. Buna karşılık bilgi veya becerisi eksik olan bir kimse normal, vasat bir vatandaşın mutâd bilgi veya becerisinin altında bir seviyede hareket ettiğinde kusurlu kabul edilecektir.

Anglo-Amerikan hukukunda normal vasat vatandaşın soyut ölçü olarak kabul edilmesinde hâkim olan anlayış kısaca şöyle özetlenebilir⁵⁸: Fiillerin ve insanların sonsuz çeşitliliği vardır ve tasavvur edilebilecek bütün insan faaliyetleri için önceden genel bir ölçü tespit edilmesi mümkün değildir. Herkesin kendine ait fikrî ve fizikî vasıf ve özellikleri vardır. Hüküm tesis edilirken her davalının somut davranışıyla ilgili sübjektif durumunu, gerçek niyetini anlamak ve bulmak, bu hususta araştırmalar yapmak son derece güçtür.

Normal vatandaş tipi, makûl ve vasatî ölçüde ihtiyat sahibi soyut bir kavramı ifade etmektedir. Bu soyut ölçü ile akli başında, heyecan ve tepkileri normal, vasatî dikkat ve özen gösteren bir adam tipi anlaşılmalıdır⁵⁹.

Normal vatandaş tipinin standart olarak alınması, sorumluluğun tespitinde failin sübjektif maksadını bulmak için önemli bir kolaylık sağlamakla birlikte, bu ölçünün kullanılması da bazı sınırlamaya tâbi tutulmaktadır. Şöyle ki, normal vasat bir vatandaştan, daha fazla bilinç, bilgi ve beceriye sahip olan bir profesyonelin göstereceği özen ya da tecrübe beklenemez. Diğer bir anlatımla, herkesin yaşı, mesleği, yaşam seviyesi farklı-

57 Markesinis- Deakin, Tort Law, sh.147.

58 Markesinis- Deakin, Tort Law, sh.176; PROSSER, W.L.: Law of Torts, Minnesota, 3 rd ed., 1964, sh.453; Ferrer, Sociétés de Classification, sh.241.

59 Rogers, Winfield and Jolowics, sh.125.

dır. Dolayısıyla bütün insanlar için aynı ve sabit tek bir ölçü kullanılması mümkün değildir. Bu nedenle mahkemeler, gene soyut bir ölçü kullanarak, muayyen bir durum karşısında, ifa edilen edimin özellik ve şartlarını dikkate alarak, normal vatandaş tipinden daha yüksek bir standart aramaktadırlar: Bir profesyonel, genel olarak her işe daha özel bir dikkatle girişen kimsedir ve bu kimseden **sadece yaptığı işte makûl bir özen göstermesi değil, aynı zamanda bu işe ait asgari özel bilgi ve ehliyeteye de sahip olması beklenir**⁶⁰. Şu halde bir profesyonel için davranış standardı, normal bir vatandaşın davranış standardından daha yüksektir.

Anglo-Amerikan müşterek hukukunda (common law), ölçü olarak alınacak standardın ispatında ve uygulanmasında, esas olarak, eğer söz konusu olan kimse bir profesyonel ise, **ilgili mesleğe ait davranış kuralını tanımlayan genel kurallar ve teamüller** nazara alınmaktadır. Davacı, uyuşmazlık konusu duruma benzer hallerde uygulanmakta olan **genel kabul gören davranış kurallarının ya da teamüllerin** varlığını ispatla yükümlüdür. Muayyen bir durum karşısında nazara alınacak olan davranış kuralları; **failin bilmesi gereken ve zararlı fiili işlerken normal olarak bilebilecek durumda olduğu, söz konusu meslek çevresinde kabul gören teknik bilgi ve düzeyi ortaya koyan kurallardır**⁶¹. Profesyonellere uygulanan objektif standart ölçünün, bu düzey çok yüksek dahi olsa, sınırlanarak uygulanması mümkün değildir, yargıçlar bir profesyonelin muayyen bir durumda kusurlu olup olmadığını tâyin etmek için, onun, edimini ifa ettiği sırada, tâbi olduğu meslek kural ve teamüllerine göre sahip olması gereken bilgi düzeyini nazara almak zorundadırlar⁶².

c) Saf malvarlığı zararlarının tazmini

“Donoghue v. Stevenson”⁶³ davasında, insanların sağlığı ve güvenliği ile mağdurların mülkiyet hakkından doğan menfaatlerini korumayı hedefleyen genel bir özen yükümü kabul edilmiştir⁶⁴. Daha sonraki yıllarda verilen kararlarda yakınlık ilişkisi daha dar yorumlanmaya başlanmışsa

⁶⁰ Rogers, Winfield and Jolowics, sh.184.

⁶¹ Ferrer, Sociétés de Classification, sh.241.

⁶² Ferrer, Sociétés de Classification, sh.242.

⁶³ Bk. yuk. dn.45.

⁶⁴ Markesinis- Deakin, Tort Law, sh.83.

da bu husus, durumda bir değişiklik yaratmamıştır. İngiliz doktrininde, genel bir özen yükümü mevcut olduğu halde, meydana gelen maddî zararın tazmin talebinin illiyet bağının ispatlanamaması sebebiyle reddedilebileceğine işaret edilmektedir. Ancak, **prensip**, maddî bir zarara yol açan kimseye özen yükümü yüklenmesidir⁶⁵.

“*Yuen Kun Yeu v. Attorney General of Hong Kong*”⁶⁶ (1988) kararında yakınlık kavramına getirilen yeni yaklaşım, zarar türlerine göre daha dar ya da esnek uygulanmıştır. **Kişiye** ya da **eşyaya verilen zararlar** söz konusu olduğunda mahkemeler yakınlık şartının varlığını daha kolay kabul etme eğilimi içinde olup, bir yakınlık ilişkisinin bulunmasını, özen yükümünün varlığı için yeterli görmektedirler. Ayrıca kazanç mahrumiyeti de tazminatın kapsamına dahildir⁶⁷.

Buna karşılık, **saf malvarlığı zararları** (pure economic loss), diğer bir anlatımla kişiye verilen zarardan veya bir eşyanın zıya veya hasarından kaynaklanmış olmayan ekonomik kayıplar söz konusu ise, genel prensip tersine dönmektedir. Bu durumda, zarar failinin sorumlu tutulması istisnaî bir durum teşkil etmekte; saf malvarlığı zararlarının tazmini talebi ancak, üçüncü kişi (davacı) ile davalı arasında apaçık, doğrudan, sıkı bir ilişkinin, diğer bir anlatımla “**sözleşme ilişkisine benzer**” (**akin to contract**) bir temas bulunduğunun ispatlanması halinde kabul edilmektedir⁶⁸. Bu tür zararların tazmini bakımından üçüncü kişi (davacı) ile arasında dolaysız bir ilişki bulunmayan davalının sorumluluğuna hükmedilmesi pek mümkün görünmemektedir.

Mahkemelerin saf malvarlığı zararları konusundaki yaklaşımlarının sebepleri şu şekilde açıklanmaktadır⁶⁹: Saf malvarlığı zararları ile ilişkili “sonsuz bir özen ödevi”, gerek davaların sayısı gerekse de tazminat miktarları bakımından sınırsız olacak belirsiz bir sorumluluk yaratılmasına yol açacaktır. Saf malvarlığı zararlarından davalının sorumlu tutulmaması, farklı ekonomik menfaatleri korumak üzere akdi sorumluluktan yana

⁶⁵ Markesinis- Deakin, Tort Law, sh.83.

⁶⁶ Bk. yuk. dn.53.

⁶⁷ Markesinis- Deakin, Tort Law, sh.84.

⁶⁸ Bk. yukarıda dn.53 ve ilgili metinde zikredilen *Yuen Kun Yeu v. Attorney General of Hong Kong*, (1988) davası; Markesinis- Deakin, Tort Law, sh.84-85; JOLOWICZ, J.A.: *Droit Anglais*, 2ème éd., Paris 1992, sh.203.

⁶⁹ Markesinis- Deakin, Tort Law, sh.85.

net bir tercihi ortaya koymaktadır. Taraflar rizikoları nasıl paylaşacaklarını sözleşmede kararlaştırmış olduklarına göre, saf malvarlığı zararlarının tazmini konusunda farklı ifa standartları ve sorumluluk rejimi öngörmek için ikna edici yeterli bir dayanak bulunmamaktadır. Kaldı ki bütün işlerden ötürü blok olarak saf malvarlığı zararlarının varlığını kabul etmek mümkün değildir.

B- GEMİ TASNİF KURULUŞLARININ ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE KARŞI SORUMLULUĞU

1- İngiliz hukuku

Kusura dayalı haksız fiil sorumluluğunda özen yükümünün bulunup bulunmadığını tespit etmek için başvuru olan **yakınlık** ilişkisi; **zararın ön-görülebilirliği** ve özen yükümü yüklemenin “**haklı, adil ve makûl**” olması şartları, aynı şekilde gemi tasnif kuruluşuna karşı üçüncü kişiler tarafından açılan davalarda da uygulanmıştır.

Aşağıda İngiliz hukukunda gemi tasnif kuruluşlarının üçüncü kişilere karşı sorumluluğuna ilişkin olarak verilmiş önemli kararlara yer verilecektir.

a) Özen yükümünün bulunmadığını tespit eden kararlar

aa) Yakınlık ilişkisinin bulunmaması

“*Mariola Marine Corporation v. Lloyd’s Register of Shipping - The Morning Watch*”⁷⁰ (1990) davasına konu olayda; “Morning Watch” isimli yat inşa edildiği sıradan itibaren Lloyd’s Register of Shipping (LR) tarafından denetlenmiştir. Satışı gündeme gelen yat bu amaçla Southampton’da özel bir sürveye tâbi tutulur⁷¹. Bu denetim neticesinde hazırlanan sürvey raporunda, geminin sınıfını (tasnif) muhafaza edebilmesi için bazı onarımların yapılması tavsiyesinde bulunur ve geçici tasnif belgesi dü-

⁷⁰ “*Mariola Marine Corporation v. Lloyd’s Register of Shipping - The Morning Watch*”, (1990), 1 Lloyd’s L. Rep. (Lloyd’s Law reports) sh.547 (QBD); karar için ayrıca bk. Basedow, Third-Party Liability), sh.19.

⁷¹ Davaya konu olayda, LR, 19 Ekim 1984 tarihinde yat malikinin temsilcisi tarafından gönderilen bir yazı alır. Yazıda, geminin gelecek sezonun başında satılacak olması nedeniyle Akdeniz’e götürüleceği, bu nedenle gemi malikinin hareketinden önce geminin bir denetimden geçmesini talep ettiği belirtilmektedir.

zenlenir, bu belge sınıflama komitesi tarafından da onaylanır. Klas belgesi, gemiyi satın alacak alıcı için düzenlenmemiştir. Müstakbel alıcı sadece geminin özel bir sörveye tâbi tutulduğunu bilmektedir. Gemi genel vaziyeti itibarıyla iyi durumda bulunmakla birlikte, satışından sonra bazı onarımlardan geçmek zorundadır.

LR sörveyörü, Gibraltar'da gerçekleştirilen onarımlar sırasında, gemide bazı kötüleşme izleri tespit eder, bununla birlikte geminin yapısal olarak sağlam durumda olduğuna karar verir. Ancak daha sonra yapılan sörveyeler esnasında geminin elverişliliğini olumsuz olarak etkileyen yapısal eksiklikler bulunduğu anlaşılır ve klasını koruyabilmesi için yeni onarımlar yapılması gerektiği neticesine varılır. Bu onarımların gerçekleştirilmesinden sonra gemi yeni bir limana hareket eder ve orada gemiyi inceleyen sörveyör gemide önemli bir kötüleşme bulunduğunu belirtir ve gemi tekrar onarım görür. Bunun üzerine gemiyi satın almış olan yeni malik Mariola Marine Corporation, LR tarafından yanlış düzenlenen belgeye güvenmesi nedeniyle saf malvarlığı zararına (pure economic loss) uğradığı iddiasıyla LR'ye karşı dava açar.

Olayda hukuki sorun, LR sörveyörünün gemideki eksikliklerin tespit edilmesinde kusurlu davranmış olup olmadığı; LR sörveyörüne kusurlu bir davranış yüklenmesi halinde bu kusurlu fiil nedeniyle LR'in gemiyi satın alan yeni malikin uğradığı zararı tazmin etmekle yükümlü tutulup tutulmayacağına ilişkindir.

Olayda mahkeme önce tasnif kuruluşunun gemiyi satın alan kişiye karşı özen yükümünün bulunup bulunmadığını inceler. İngiliz yargıç, özen yükümünün kurucu şartlarını ele alarak önce tasnif kuruluşu tarafından düzenlenen belgeye olan **güvenin öngörülebilirliği** (foreseeability of reliance) hususu üzerinde durmuştur. Yargıç, tasnif kuruluşunun, geminin klasının, geminin satış bedeli üzerinde ve hatta alıcının gemiyi satın alma kararında doğrudan etkili olacağını bildiğini ya da bilmesi gerektiğini; gemi alıcılarının özel sörveye tespit edilen sonuçlardan etkilenebileceklerini öngörmenin makûl olduğunu, dolayısıyla özen yükümünün **öngörülebilirlik** şartının olayda mevcut olduğu sonucuna ulaşır.

Özen yükümünün kurucu ikinci unsuru ise, en önemli şart olan **yakınlık ilişkisidir**. Olayda davacı yakınlık ilişkisinin mevcut olduğunu ispatlamak üzere, tasnif kuruluşu LR ile bu kuruluş tarafından klaslanan gemiyi satın almak isteyen alıcılar arasındaki ilişkinin – olaydaki olgula-

rın ortaya koyduğu gibi- tasnif kuruluşuna bir özen yükümlülüğü yükleyecek kadar yakın olduğunu; gemiyi satın almak isteyen alıcıların tasnif kuruluşu tarafından düzenlenen belgelere güvendiklerini, dolayısıyla kusurlu olarak gerçekleştirilen sörveyin ziya ya da hasara yol açabileceğini ileri sürmüştür.

Mahkeme, tasnif kuruluşunun statüsüne ve yanlış bir görünüm sunmaya dayalı haksız fiil sorumluluğunda (negligent misrepresentation) saf malvarlığı zararlarının (pure economic loss) tazminine ilişkin içtihatlarla⁷² dayanarak, olayda yakınlık ilişkisinin mevcut olduğu iddiasına itibar edilemeyeceğine karar verir. Mahkeme; mevcut uyumsuzlukta tasnif kuruluşunun faaliyet amacının öncelikli olarak gemiyi satın alan kişinin menfaatlerini korumak olmadığını, geminin alıcısı ile tasnif kuruluşu arasında sözleşme ilişkisine benzer (akin to contract) özel bir bağlantı bulunmadığını ve bilhassa tasnif kuruluşu ile potansiyel bir gemi alıcısı arasında, tasnif kuruluşu ile gemi ipoteği karşılığında kredi verecek olan banka arasındaki yakınlık ilişkisi kadar bir yakınlığın bulunmadığına karar verir.

Davacı ayrıca, tasnif kuruluşunun, özel sörvey öncesinde “Morning Watch”ın satılacağını ve geminin klas belgesinin alıcının satın alma kararını etkileyecek olduğunu bildiğini ileri sürmüştür. Yargıç bu iddiayı da, taşınmaz inşaatında faaliyet gösteren teknik denetçilere ilişkin içtihadı dayanarak şu gerekçelerle reddeder: Özel sörvey, teknik denetçilerin ifa ettikleri edimin aksine, kimliği belli muayyen bir alıcının menfaatine yönelik olarak gerçekleştirilmemiştir. Sörvey talimatı verildiği sırada (davacı) Mariola şirketinin kimliği gemiyi satın almak isteyen alıcı olarak he-

⁷² İngiliz hukukunda, kusurlu rapor tanziminden dolayı saf malvarlığı zararlarının tazminine karar veren kararlar da mevcuttur. “*Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller and Partners Ltd.*”, (1964) (bk.A.C., sh.465) davasında; Lordlar Kamarası, malî durumu hakkında bilgi verdiği ve tavsiyelerde bulunduğu bir şirketin iflas etmesi nedeniyle önemli malî kayıplara uğrayan şirket müşterilerine karşı bilgi verenin, sorumsuzluk şartına rağmen, özen yükümü altında bulunduğunu kabul edilmiştir. Lord Morris’e göre; bir kimse bilgi ya da tavsiyede bulunmayı ya da bu bilgi ve tavsiyelerin üçüncü kişilere duyurulmasını taahhüt ettiğinde, onun, söz konusu bilgi ve tavsiyelere güvenen üçüncü kişilere karşı özen yükümüyle yükümlü olduğu kabul edilmelidir. Bu ödev, onun kendi rızasıyla sorumluluk üstlenmiş olmasından (voluntary assumption of responsibility) ve düzenlenen raporlardaki bilgilere duyulan güvenden doğmaktadır. Doktrinde, bilgi veren, verdiği bilgilere güvenen kimselere karşı, özen yükümüne benzer bir meslekî bir yükümlülük altında olduğundan, bilgi verenin üçüncü kişilere karşı sorumlu tutulması için onun kendi rızasıyla sorumluluk üstlenmiş sayılmasına ihtiyaç olmadığı belirtilmektedir. Bk. Markesinis-Deakin, Tort Law, sh.87.

nüz bilinmemektedir. Diğer bir anlatımla bu sırada Mariola şirketi, bir grup belirsiz gemi alıcısından sadece birisidir.

Buna karşılık, gemi tasnif kuruluşu gemiyi satın alacak alıcıyla görüşerek ve geminin durumu hakkındaki bilgileri onunla paylaşmak suretiyle faal bir biçimde donatanla işbirliği yapmış olsaydı durumun farklı olacağı, böyle bir halde, klas belgesinin belirli bir alıcı için düzenlenmiş olduğu izlenimi ortaya çıkacağından, yakınlık şartının gerçekleşmiş sayılabileceği belirtilmektedir⁷³.

“*The Morning Watch*” kararı, özü itibariyle, saf malvarlığı zararlarının (pure economic loss) tazmini bakımından, yakınlık ilişkisi şartının gerçekleşmesini son derece dar ve kısıtlayıcı hallere inhisar ettirmesi bakımından önem taşımaktadır. “*Donoghue v. Stevenson*” kararından beri özen yükümünün varlığını kabul için zorunlu şart olarak aranan yakınlık ilişkisi, saf malvarlığı zararlarının tazmini talebi söz konusu olduğunda son derece katı uygulanmakta ve üçüncü kişi ile davalı arasında yakın bir temasın, “**sözleşme ilişkisine benzer**” (akin to contract) temasının bulunması mutlaka gerekli görülmektedir. Bu çerçevede; özen yükümünün varlığı, bir grup insan ya da tasnif kuruluşu tarafından düzenlenen belgeye güvenen muhtemel alıcılar gibi belirsiz üçüncü kişiler bakımından kabul edilmemektedir. Yapı inşasındaki teknik denetçilerin edimleri ile tasnif kuruluşunun sövreyörlerinin edimleri benzerlik arzetsede, mahkemeler, sorumluluğu sınırlamak için, özen yükümünün varlığını belirli bir üçüncü şahsa karşı kabul etmektedirler.

bb) “Haklı, adil ve makûl” olma şartının bulunmaması

Lordlar Kamarası, saf malvarlığı zararının tazmini talebine dayalı “*The Morning Watch*” davasında, üçüncü kişi ile tasnif kuruluşu arasında özel bir yakınlık ilişkisinin bulunduğu kanıtlanamadığı için “**haklı, adil ve makûl**” kriterlerini incelememiştir. Buna karşılık Lordlar Kamarası aşağıda yer verilen “*Nicolas H*”⁷⁴ davasında zarara uğrayan yük ma-

⁷³ Basedow-Wurmnest, Third Party Liability, sh.19-20.

⁷⁴ “*Marc Rich and Co.A.G. and others v. Bishop Rock Marine Co. Ltd. and others - The Nicholas H*”, (1992) 2 Lloyd’s L.Rep. sh.488; (1994) 3 All ER (All England Law Reports), sh.686; (1995), 3, All ER, sh.307; karar için ayrıca bk. Basedow-Wurmnest, Third Party Liability, sh.16-19.

likine karşı tasnif kuruluşunun özen vecibesi altında tutulmasını, haklı, adil ve makûl olmayacağı gerekçesiyle reddetmiştir.

Davaya konu olayda, 1986 yılının başında, Nicolas H gemisine, Peru Calão limanında, Karadenize taşınmak üzere, 19 Ocakta düzenlenen iki konişmento tahtında çelik ve konsantre çinko yüklenir. Gemiye Şili Antofagasta limanında da 6 Şubat tarihinde düzenlenen bir konişmento tahtında İtalya'ya taşınmak üzere yükleme yapılır. Yolculuk sırasında geminin teknesinde yarıklar tespit edilir ve gemi Puerto Rico'da San Juan yakınlıklarında demirler. Gemi burada Japon tasnif kuruluşu Nippon Kaiji Kyokai (N.K.K.) tarafından sörveye tâbi tutulur. Sörveyör hazırladığı 25 Şubat tarihli raporda, geminin havuza alınarak derhal esaslı bir onarım gerçekleştirilmesini tavsiye eder. Havuzlama işlemi yükün gemiden boşaltılmasını gerektirmektedir. Havuzlama işlemine donatanın itiraz etmesi üzerine sörvyör değerlendirmesini değiştirir ve geçici onarımı kabul eder; donatan geçici tamirata derhal gerçekleştirir.

Geçici onarımın yapılmasından sonra gemi, tasnif kuruluşu N.K.K. tarafından 1 ve 2 Mart tarihlerinde tekrar sörveye tâbi tutulur; sörvyör, yapılan geçici onarımların İtalya'da boşaltma limanında tekrar incelenmesini ve onarım işleminin yapılması gerektiğini belirtir, ancak geminin sınıfını koruduğunu belirten belge tanzim etmekten de kaçınmaz. (Lordlar Kamarasına göre sörvyörün düzenlediği bu belge, "gemi yola çıkabilir" anlamına gelmektedir.) Gemi 2 Mart'ta İtalya'ya doğru yola çıkar. 9 Mart'ta geçici onarımın yapıldığı kısımlarda tekrar yarıklar ortaya çıkar ve gemi içinde bulunan 6 milyon ABD doları değerindeki yüküyle birlikte batar.

Yük sahipleri uğradıkları zarardan ötürü donatana, çarterere ve tasnif kuruluşuna karşı dava açarlar. Çarterere karşı açılan dava takip edilmez, donatana karşı açılan dava da, donatanın yük sahiplerine karşı sorumluluğunun La Haye Visby kuralları çerçevesinde sınırlı olmasına ve ayrıca tonaja bağlı sınırlı sorumluluk ilkesine dayanması nedeniyle geminin tonaj sınırı miktarına göre çözüme bağlanır ve donatan 500.000.-ABD Doları tazminat ödemeye mahkûm edilir. Yük sahipleri zararlarının karşılanmayan 5,5 milyon ABD Dolarlık kısmı için tasnif kuruluşuna yönelik davalarını sürdürürler.

Ticaret Mahkemesi, tasnif kuruluşunun yük sahiplerine karşı özen yükünün bulunduğu karar verir. Ticaret mahkemesine göre, tasnif ku-

ruluşu N.K.K. sörveyörü, donatanın gemiyi yola çıkartmasına engel olabilecek bir konumda bulunmamakla birlikte, gemiyi klasdan çıkarma/klasını askıya alma yetkisine sahip olduğundan gemi üzerinde fiili kontrol uygulama imkânına sahip idi. Ticaret mahkemesinin bu kararı bir üst mahkeme olan istinaf mahkemesi tarafından bozulur.

İstinaf mahkemesi, tasnif kuruluşu N.K.K.'nın özen yükümünü bulunmadığına karar vererek ticaret mahkemesi kararını bozar.

Lordlar Kamarası da, istinaf mahkemesi tarafından ortaya konulan gerekçeleri genel olarak benimseyerek istinaf mahkemesinin kararını bire karşı dört oyla onar. Lord Steyn tarafından kaleme alınan çoğunluk görüşünde etkili olan düşünceler şunlardır:

Yük sahiplerinin iddialarının aksine, doğrudan fiili zarar (direct physical loss) yoktur. Zira, geminin elverişliliğini sağlamak öncelikli olarak ve sadece donatana ait bir borçtur⁷⁵; bu bakımdan sörveyör ikinci derecede, tâli bir role sahip olup, onun gösterdiği özen eksiliği zararın doğmasında doğrudan bir etkiye sahip değildir.

Yük sahipleri sörveyör tarafından düzenlenen belgeye güvendiklerini ileri sürerek, kusurlu yanlış bir görünüm sunmaya dayalı haksız fiil sorumluluğuna (**negligent misrepresentation**) ilişkin yargı kararlarını dayanak göstermişlerse de, bu iddia, somut olayda yük sahibi ile tasnif kuruluşu N.K.K. arasında yakın bir temasın, “**sözleşme ilişkisine benzer**” (**akin to contract**) bir ilişkinin bulunmadığı gerekçesiyle itibar görme miştir. (İstinaf mahkemesine göre yük maliklerine, geminin tasnif kuruluşu N.K.K. tarafından sörveye tâbi tutulduğu bildirilmiş dahi değildir.)

Lordlar Kamarasında çoğunluk görüşünün verilmesinde etkili olan düşünce, istinaf mahkemesinde Yargıç Saville tarafından karara dayanak yapılan gerekçelerdir: Deniz yoluyla yük taşıma sözleşmelerine uygulanan Lahey Kuralları ve Lahey-Visby Kuralları haklara, yükümlülüklerle ve sorumluluklara ilişkin olarak (sorumluluk halleri- sorumluluktan kurtulma sebepleri ve sorumluluğun sınırlanması açısından) taşıyanlar ile

⁷⁵ Geminin denize elverişliliğini sağlamanın sadece donatana ait bir borç olduğu ve başkasına devredilemeyeceği yolundaki kabul, yerleşik bir içtihat niteliğini kazanmış olan New York Bölge Mahkemesi tarafından verilen “Great American Insurance Co. v. Bureau Veritas – Tradeways II” (338 F.Supp. 999 (S.D.N.Y.) 1972) kararının bir uygulamasıdır. Bk. Aşa.dn.78 ile 79 ve ilgili metin.

yük sahiplerinin menfaatleri arasında bir denge kuran kendine özgü bir sistem öngörmüştür. Yüke özen gösterme borcu öncelikle taşıyana yüklenmiştir. Gemi tasnif kuruluşlarını, sınırlı sorumluluktan yararlandırmadan özen yükümlülüğü altında olduklarını kabul etmek, yük zararlarından doğan sorumlulukta ilâve bir sorumluluk öznesi yaratılması demektir ki, bu da adil ve hakkaniyetli değildir.

Çoğunluk görüşün dayandığı ikinci temel düşünce sigorta sisteminin sonuçlarına yöneliktir: Lordlara göre, yük sahiplerinin haksız fiile dayanan tazminat taleplerinin kabulü, Lahey Kuralları ve Lahey-Visby Kurallarında öngörülen dengeli sistemin, yük sahipleri ve yük sigortacılarının lehine bozulmasına yol açacaktır. Deniz yoluyla taşımaya konu olan yükler bakımından sistem sigorta desteğiyle yürümektedir; yük sahipleri yük sigortası ile, donatanlar da sorumluluk sigortası ile kendilerini korumaktadırlar. Mevcut sigorta sistemi ise, donatanın yük sahiplerine karşı sorumluluğunun Lahey Kuralları ve Lahey-Visby Kuralları çerçevesinde sınırlı olmasına ve ayrıca tonaja bağlı sınırlı sorumluluk ilkesine dayanmakta olup, donatanların ödeyecekleri sigorta primleri de bu sınırlamalar dikkate alınarak belirlenmektedir. Yük sahiplerine (daha doğrusu yük sigortacılarına) sınırlı sorumluluğa tâbi olmaksızın yük zararlarını tazmin ettirmek hakkının tanınması, Lahey Kuralları ve Lahey-Visby Kurallarının ve tonaja bağlı sınırlı sorumluluk esasının getirdiği dengeyi bozacaktır.

Sigorta sisteminin işleyişine dayandırılan bu gerekçe; tasnif kuruluşlarının kamu menfaatini koruyan bir hakem rolü oynadıklarını belirten Lordlar Kamarasının bir kararına atıfta bulunmaktadır. Lord Steyn söz konusu karara yaptığı referansla, tasnif kuruluşlarını kamu menfaatine yönelik faaliyette bulunan tarafsız bir hakem rolü oynadıklarını belirttikten sonra şu hususları vurgulamıştır: Tasnif kuruluşları, amacı sadece kolektif esenliği, denizde can ve gemi güvenliğini sağlamak olan, kâr amacı gütmeyen, dernek ya da vakıf şeklinde bir hukukî yapı içinde varlık kazanmış organizmalardır. Bu müesseseler, yoklukları halinde, Devlet tarafından yerine getirilecek olan edimleri ifa etmektedirler.

Lord Steyn, tasnif kuruluşlarına özen yükümü yüklediği takdirde, bunların, şimdiki durumda donatanlara karşı dava açan üçüncü kişilerin hedefi haline gelecekleri, bu durumda artık verimli işlev görmelerinin zorlaşacağı hususunda duyduğu kaygıları da ifade etmiştir.

Nihayet Lordlar, olayda, özen vecibesinin gereklerine uygun davranmayı gerektiren şekilde yük malikleri ile N.K.K. arasında (sözleşme ilişkisine benzer özel bir ilişki kadar yakınlık bulunmamakla birlikte) **yeterli yakın bir ilişkinin bulunduğunu** kabul ederler, ne var ki tasnif kuruluşu N.K.K.'ya böyle bir özen yükümü yüklemenin **haklı, adil ve makûl olmayacağı** neticesine ulaşırlar.

Lordlara göre, aksi kabul edildiği takdirde, uluslararası andlaşmalar ile taşıyan ve yük sahipleri arasında kurulan sözleşme dengesi bozulacaktır. Lahey Kurallarının donatan/taşıyana yüklediği geminin elverişliliğini sağlama borcunun, muafiyetlerden ve sınırlı sorumluluktan yararlandırmadan, amacı sadece kolektif esenliği, denizde can ve gemi güvenliğini sağlamak olan tasnif kuruluşlarına devredilmesi haklı, adil ve makûl değildir.

Muhalif görüş

Çoğunlukla verilen bu karara muhalif kalan Lord Lloyd of Berwick ise, somut olayın özellikleri itibariyle yük sahiplerine karşı özen yükümünün varlığının kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Muhalif görüş şu düşünceleri ifade etmiştir:

Gemi ile ilişkili olarak yük sahipleri ile donatan arasında yakınlık apaçık ortada olduğuna göre taraflar arasında yakın bir ilişki bulunmaktadır. Sörveyör, geminin yola çıkmasını engelleme yetkisine sahip değilse de, gemi üzerinde fiilî bir kontrol uygulayabilme mevkiinde bulunmaktadır. Sörveyör, ilk sörvey neticesinde verdiği tavsiyeyi değiştirmemiş olsaydı, gemi denize açılmayacaktı. Sörveyör ile gemi ve mürettebatı arasında mevcut olan ilişkiden daha yakın veya daha doğrudan başka bir ilişki tahayyül etmek güçtür. Taraflar arasında yakınlık ilişkisinin mevcudiyeti yük bakımından da kabul edilmelidir, zira İngiliz hukukundaki yaklaşıma göre gemi ve yük bir adî ortaklık (joint venture- ortak girişim) ilişkisi içinde bulunurlar. Tasnif kuruluşları gerçekleştirdikleri faaliyetler neticesinde önemli bir kazanç elde etmektedirler ve dolayısıyla sorumluluk sigortası ile kendilerini koruyabilirler.

Tasnif kuruluşlarının kusurlu olarak gerçekleştirdikleri sörveyler nedeniyle yük sahiplerine karşı sorumlu tutulmaları, elbette bunların gerçekleştirdikleri bütün sörveyler bakımından geçerli genel bir kural olarak kabul edilemez. Burada, yük sahipleri ile tasnif kuruluşları arasında ya-

kınlık ilişkisinin varlığının kabul edilmesini gerektiren belirleyici faktör, sörveyin yük gemiye yüklendikten sonra (yükli gemiye ilişkin olarak) yapılmış olmasıdır. Yük gemide yüklenmiş vaziyette iken, (gemi ile yükün birlikteliğinden oluşan) ortak girişimin (joint venture) tehlikeye düştüğü bir durumda, rutin sörvey dışı özel bir muayene için çağrılan tasnif kuruluşu sörveyörü ile yük sahipleri arasında açık yakın bir ilişkinin mevcut olduğu yadsınmaz. Bu durumda taraflar (tasnif kuruluşu ile yük sahipleri) arasında bulunması gereken yakınlık şartının gerçekleştiği kabul edilmelidir.

Muhalef Lord'a göre, bu tür olaylarda müşterek menfaat (common interest) kavramı özen vecibesinin varlığını kabul için yeterlidir. Oysa periyodik, programlı sörveyler sırasında normalde gemide yük bulunmaz. Yük sahipleri, rutin sörveyler bakımından, tasnif kuruluşu ve onun sörveyörü açısından bir grup soyut insandan ibarettir; bir grup insan ile tasnif kuruluşu arasında yakın bir ilişkinin varlığından söz edilemez; dolayısıyla rutin sörveyler bakımından gemi tasnif kuruluşunun belirsiz yük sahiplerine yönelik özen vecibesi mevcut değildir.

b) Özen yükümünün varlığını kabul eden karar

İngiliz mahkemelerinin, ölüm halinde ya da cismanî zararlar bakımından özen yükümünün varlığını daha kolay kabul etme eğilimi içinde oldukları gözlenmektedir.

Ancak bu yöndeki "*Perrett v. Collins*"⁷⁶ davasına konu olay, gemi tasnif kuruluşu tarafından düzenlenen bir belgeye değil, küçük uçakların uçuş izni alabilmeleri için gerekli olan ve Popular Flying Association" (PFA) tarafından düzenlenen uçuşa elverişlilik belgesine ilişkindir.

"*Perrett v. Collins*" davasında, bir uçak kazasında davacının yaralanmasından doğan zarardan dolayı sadece pervaneli uçağın yapımcısının değil, aynı zamanda hava taşıtı için elverişlilik belgesi düzenleyen kuruluşun ve onun çalışanının da sorumlu olduğuna karar verilmiştir. Davaya konu olayda, Collins isimli bir kişi, montajı yapılmak üzere pervaneli uçak seti (kit) satın almıştır. Uçağın montaj işlemi 2 yıl sürmüş ve bu süre boyunca PFA denetçisi, her aşamada uçağı kontrol ve muayene etmiş-

⁷⁶ "Perrett v. Collins and others", (1998) 2 Lloyd's Rep, sh.255; karar için ayrıca bk. Basedow-Wurmnest, Third Party Liability, sh.20.

tir. 4 Ocak 1993’de aynı denetçi, dişli kutusuna uymayan bir pervaneye sahip olduğu halde, 1 ay süreyle geçerli geçici uçuş elverişlilik belgesi düzenlemiştir. İki hafta sonra, ikinci uçuşu sırasında uçak yere düşmüş ve içinde bulunan tek yolcu yaralanmıştır. Ağır yaralanan yolcu, pilotu, PFA’yı ve bunun çalışanı olan denetçiyi dava etmiştir.

İlk derece mahkemesi uçakta bulunan yolcuya yönelik özen yükümünün varlığını kabul etmiştir. Kararın temyiz edilmesi üzerine istinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesinin kararını onanmıştır. Davada Lordlar, “Nicholas H” kararına referansta bulunarak, bu kararın belge düzenleyen kuruluşun sorumlu tutulmasına engel bir karar olmadığını belirtmişlerdir. Lordlar, “Nicholas H” kararına yaptıkları referansta iki önemli farka vurgu yapmışlardır:

- (a) Bu dava, saf malvarlığı zararının tazmini talebine değil, yaralanmadan doğan zararın tazmini istemine dayanmaktadır.
- (b) Gemi tasnif kurulu tarafından düzenlenen klas belgesinin aksine, hava taşıtı denetçisinin düzenlediği belge, tek başına uçuş elverişliliği tevsik eden belgedir.

Lordlar’a göre, geminin denize elverişliliğini sağlamak donatana ait bir borçtur. Oysa bir amatör pilot -montajı yapan- uçuş elverişliliği kendi başına değerlendirebilecek bilgiye sahip olmadığı gibi böyle bir konumda da bulunmamaktadır. Ayrıca, hava taşıtı denetçilerinin rolü talî değildir, bu denetçiler uçuş elverişlilik belgesi düzenlemekle yetkili ve görevlidirler. Bu belge olmadan uçağa uçuş izni verilmesi mümkün değildir. Buna göre, yolcular belgenin doğruluğuna güvenmekte haklıdırlar.

Bu çerçevede mahkeme, olayda özen yükümünün varlığının kabulünün, **haklı, adil ve makûl** olduğuna karar verir.

“*Perrett v. Collins*” kararında, hava taşıtı elverişlilik belgesi düzenleyen kuruluşun faaliyeti ile gemi tasnif kuruluşunun faaliyet arasındaki farklılığa vurgu yapılmışsa da, bu karar mahkemelerin ölüm halinde ya da cismanî zararlar bakımından özen yükümünün varlığını daha kolay tespit etme eğiliminde olduğunu göstermektedir⁷⁷.

⁷⁷ Basedow-Wurmnest, Third Party Liability, sh.20; Ferrer, Sociétés de Classification, sh.260.

2- Amerikan Hukuku

a) Genel olarak

Amerika Birleşik Devletleri'nde gemi tasnif kuruluşlarının üçüncü şahıslara karşı sorumluluğuna ilişkin olarak açılmış çok sayıda dava bulunmaktadır. Bu davalarda mahkemeler genellikle talepleri reddetme eğilimi göstermişlerdir. Davaların birçoğu ABD vatandaşı olmayan kişiler tarafından açılmıştır. ABD mahkemeleri bu davaları reddetmek için yetkisiz yargı (*forum non conveniens*) doktrinini uygulamışlardır.

Örneğin, Liberya bayrağı taşıyan "Marika" gemisine ilişkin davaya konu olayda, geminin açık denizde batması neticesinde yaşamını kaybeden Yunan gemi personelinin mirasçıları donatana ve gemi tasnif kuruluşu American Bureau of Shipping'e (ABS) karşı Açık Denizlerde Ölüm Yasası (Death on the High Seas Act- DOHSA) ve genel deniz hukuku hükümleri kapsamında tazminat davası açmışlardır. Bölge Mahkemesi, geminin son seferinden önce, ABS'nin Yunanistan bürosunda çalışan bir sörveyörün nezaretinde gerçekleştirilen onarım gibi Marika gemisinin batmasına sebep olduğu iddia olunan tüm kritik olayların Yunanistan'da vuku bulmasından dolayı mahkemenin yargı yetkisinin bulunmadığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir. Hatta kararda, bir Liberya bayrağı altında sefere çıkan ve münhasıran ABD dışındaki limanlara ve ABD dışındaki limanlardan yük taşıyan bir geminin, bir Yunan şirketi tarafından istihdam edilen Yunan gemi adamları adına açılmış bir dava için mahkemenin yargı yetkisinin bulunduğunu kabul etmekte ABD'nin bir menfaatinin olmadığı dile getirilmiştir.

Bununla birlikte davaların çoğunda ABD hukuku uygulanmıştır. Mahkemeler özen yükümlülüğünün ihlali ve ihmalden kaynaklanan yanlış beyan şeklindeki haksız fiil kapsamında sınıflandırmanın sorumluluğunu değerlendirmiştir. Daha eski davalarda mahkemeler özen yükümlülüğünün ihlaline dayanırken, daha yakın tarihlerde mahkemeler hükümlerini büyük oranda ihmalden kaynaklanan yanlış beyan şeklindeki haksız fiile dayandırmaktadır.

b) Kusura dayalı haksız fiil sorumluluğu

ABD hukukunda gemi tasnif kuruluşlarının sorumluluğu, İngiliz hukukunda olduğu gibi özen yükümünün ihlâline dayalı haksız fiil sorumlu-

luğu kapsamında ele alınmaktadır. İngiliz hukukunda özen yükümünün varlığı için gerekli şartlar ABD hukuku açısından da aynı şekilde geçerlidir. Bu şartlar şunlardır:

- zarar öngörülebilir olmalı
- taraflar arasında yakınlık ilişkisi bulunmalı ve
- davalıya özen yükümü yüklenmesi haklı, adil ve makûl sayılmalıdır.

“Great American Insurance Co. v. Bureau Veritas” ile “Steamship Mutual Underwriting Association Ltd. v. Bureau Veritas” – Tradeways II- kararları

“Tradeways II” isimli geminin konu olduğu olayda, çartererin sigortacıları “Great American Insurance Co. ve diğeri”⁷⁸ ile donatanın sigortacısı “Steamship Mutual Underwriting Association Ltd”⁷⁹ sigortalılarına ödedikleri tazminat nedeniyle gemi tasnif kuruluşu Bureau Veritas’a karşı birbirinden bağımsız rücu davası açmışlardır.

Olayda 1965 yılının Eylül ayında 20 yaşındaki “Tradeways II” gemisi “World Tradeways Shipping Ltd. tarafından satın alınmıştır. Satın alma işlemleri sırasında gemiyi klaslayan tasnif kuruluşu Bureau Veritas tarafından yıllık sörvey yapılmış ve geminin sınıfını koruduğu sonucuna varılmıştır. Bu sırada gemi zaman çarteri sözleşmesine konu edilmiştir. Sözleşme gereği gemiye on-hire sörveyi uygulanmıştır. Çarterer adına tasnif kuruluşu Bureau Veritas tarafından icra edilen bu sörveyde, kısa bir süre önce yapılan yıllık sörveyde tespit edilmemiş olan önemli ayıpların bulunduğu rapor edilmiştir. On-hire sörveyi kapsamında tespit edilen eksiklikler nedeniyle geminin sınıfı askıya alınmıştır. Gerekli onarımların yapılmasından sonra askıya alma işlemi sonlandırılmıştır. “Tradeways II” gemisi Ekim ayında çıktığı seferde kötü hava ve deniz koşulları mevcut iken içinde bulunan 11 gemi adamı ve yüküyle birlikte batmıştır.

⁷⁸ Great American Insurance Co. et all others v. Bureau Veritas” – Tradeways II”, 338 F.Supp. (Federal Supplement) 999 (S.D.N.Y.-United States District Court for the Southern District of New York) 1972. Karar için ayrıca bk. Basedow-Wurmnest, Third Party Liability, sh.28-29.

⁷⁹ “Steamship Mutual Underwriting Association Ltd. v. Bureau Veritas”, 380 F. Supp. 482 (E.D.La.- United States District Court for the Eastern District of Louisiana-1973). Karar için ayrıca bk. Basedow-Wurmnest, Third Party Liability, sh.29.

“*Great American Insurance Co. ve diğerleri*” davasında davacılar, zararın, gemi tasnif kuruluşunun, uzmanlığının gerektirdiği şekilde işini ifa etmeyerek sözleşmeden doğan (örtülü) garanti borcunu (implied warranty) ihlâl etmesinden dolayı meydana geldiğini ileri sürmüşlerdir.

Mahkeme, gemi tasnif kuruluşlarının başlıca iki yükümlük altında olduğunu vurgulamıştır:

- Bu yükümlülüklerden ilki, gemiyi kendisi tarafından konulan ve yayımlanan kurallara ve standartlara göre muayene etmek ve sınıflandırmaktır.
- İkinci yükümlülük ise geminin muayene ve kontrolü sırasında sınıfla ilgili ayıpların tespitinde gerekli özeni göstermek ve donatana bu ayıpları bildirmektir.

Kararda, ilk yükümlülüğün ihlâlinden dolayı bir tazminata hükmetmenin hukuken mümkün olmadığı, yerleşik prensip uyarınca donatanın geminin elverişliliğini sağlama borcunun devredilemez nitelikte bir borç olduğu; tasnif kuruluşunun gemide tespit ettiği ayıpları donatana bildirmekle yükümlü olmasının, denize elverişliliği sağlama borcunun devri anlamına gelmediği, klas belgesinin geminin denize elverişliliğini garanti eden bir belge mahiyetinde olmadığı; söz konusu yükümlülüğün ihlâlinden dolayı gemi tasnif kuruluşlarının sorumlu tutulmalarının istenmeyen sonuçlara yol açacağı; donatanın aslî borcunun, gemiyle her yıl sadece kısa dönemler boyunca temasda bulunan bir kuruluşa yüklenmesi halinde, gemi ile ilişkisi bakımından her zaman “mevcut-hazır” (present) olan donatanın birçok durumda sorumluluktan kurtulabileceği; dahası üçüncü kişilere gemi tasnif kuruluşuna karşı dava hakkı tanınmanın, bu kuruluşları belge düzenledikleri her geminin sigortacısı konumuna sokacağı; kaldı ki, söz konusu yükümlülük bakımından tasnif kuruluşlarına bir sorumluluk yüklemenin bu müessesenin gemi üzerinde uyguladığı kontrolle orantılı olmayacağı gibi aynı zamanda tarafların ortak arzusuna, iş karşılığı alınan ücrete ve ifa edilen edime de uygun düşmeyeceği ifade edilmiştir.

Kararda gemi tasnif kuruluşlarının ilk yükümlülüğü ile ilgili olarak ayrıca, somut olayda olduğu gibi tasnif kuruluşlarını açık denizlere giden neredeyse tüm gemilerin fiilî sigortacıları haline getirmek isteyen tekne sigortacıların, esasen -hiç öngörmedikleri bir şekilde- kendi işlerini balta-layacakları düşüncesi de dile getirilmiştir.

Bu nedenlerle mahkeme gemi tasnif kuruluşlarının ikinci yükümlülüğünün, yani sınıfla ilgili ayıpların tespitinde gerekli özeni göstermek ve donatana bu ayıpları bildirmek yükümlülüğünün ihlâlinin, haksız fiil sorumluluğunun temeli bakımından daha sağlam bir hukuki sebep oluşturacağı sonucuna varmıştır. Ancak, olayda davacının, özen yükümlülüğünün ihlâli ile geminin batması arasında gerekli illiyet bağının mevcudiyetini kanıtlayamaması nedeniyle dava reddedilmiş olduğundan, kararda gemi tasnif kuruluşunun hangi üçüncü kişilere karşı böyle bir özen yükümlülüğü altında bulunduğu meselesi üzerinde durulmamıştır.

“*Great American Insurance*” kararından çok kısa bir süre sonra verilen “*Steamship Mutual Underwriting Association Ltd*” kararında da özen yükümlülüğünün mevcudiyeti için gerekli şartlar hiçbir suretle tartışılmamıştır. Bu dava da “*Great American Insurance*” davasında olduğu gibi tekne sigortacısı tarafından açılmış ve benzer şekilde bu dava da gerekli illiyet bağının ispatlanamaması sebebiyle reddedilmiştir.

Özetle, ABD hukukunda, gemi tasnif kuruluşlarının gemiyi kendi sınıflandırma kurallarına uygun olarak kontrol ve muayene etmekle yükümlü oldukları yerleşik bir prensiptir. Ancak geminin denize elverişliliğini sağlamaktan dolayı tek sorumlu kişi donatandır. Genel olarak, ABD mahkemelerinin gemi tasnif kuruluşlarına karşı saf malvarlığı zararlarının tazminine ilişkin talepler hakkında özen yükümünün varlığını kabul etmekte son derece mütereddit oldukları gözlenmektedir. Buna karşılık Amerikan mahkemelerinin de İngiliz mahkemeleri gibi ölüm halinde ya da cismani zararlar bakımından özen yükümünün varlığını daha kolay kabul etme eğilimi içinde oldukları ifade olunmaktadır⁸⁰.

c) Yanlış bir görünüm sunmaya dayalı haksız fiil sorumluluğu

Yakın bir tarihte mahkemeler, davacıların güven sorumluluğu esasına dayalı olarak gemi tasnif kuruluşlarına yönelttikleri talepleri, yanlış bir görünüm sunmaya dayalı haksız fiil sorumluluğu (liability under the tort of negligent misrepresentation) kapsamında ele almışlardır. Anglo-Amerikan hukukunda uzman kişilerin hazırladığı belge veya raporlardan dolayı üçüncü bir kişinin zarara uğradığı hallerde mesele yanlış bir görünüm sunmaya dayalı haksız fiil sorumluluğu kapsamında çözüme bağlanmaktadır. Buna göre, meslekî sıfatını kullanarak ticarî işlemlerinde üçüncü ki-

⁸⁰ Basedow-Wurmnest, Third Party Liability, sh.30.

şeye kılavuzluk eden uzman kişi, verdiği yanlış bilgiden dolayı üçüncü kişi bir zarara uğradığı takdirde, üçüncü kişinin verilen bilgiye haklı olarak güven duyması ve uzman kişi tarafından bilginin elde edilmesinde veya iletilmesinde makûl bir özenin gösterilmemiş olması şartıyla üçüncü kişinin bu yüzden uğradığı zarardan sorumludur⁸¹.

“Sundance Cruises Corp. V. American Bureau of Shipping” kararı

Gemi tasnif kuruluşunun yanlış bir görünüm sunmaya dayalı haksız fiilden kaynaklanan sorumluluğuna ilişkin başlıca dava, “Sundance Cruises Corp. V. American Bureau of Shipping”⁸² davasıdır. Bu dava donatan ile gemi tasnif kuruluşu arasındaki sözleşmeden kaynaklanan taleplere ilişkin olmakla birlikte, üçüncü kişiler tarafından güvene dayalı sorumluluk temelinde gemi tasnif kuruluşuna yöneltilebilecek talepler bakımından da önem taşımaktadır.

Davaya konu olayda, araba vapuru olarak kullanılan “Sundancer” gemisi, 1984 yılının başlarında “Sundance Cruises Corp.” tarafından satın alındıktan sonra gerekli tadilat yapılarak lüks bir yolcu gemisine dönüştürülmüştür. Gemi tâdil edildikten sonra Bahama gemi siciline tescil edilmiştir. Bu nedenle Bahama Devletinin taraf olduğu deniz ve gemi güvenliğine ilişkin uluslararası sözleşmeler uyarınca gemide bulunması gereken belgeler ve bu arada klas belgesi gemi tasnif kuruluşu American Bureau of Shipping (ABS) tarafından düzenlenmiştir. Belgelerin düzenlenmesinden kısa bir süre sonra 29 Haziran 1984’te gemi kayalara bindirerek batmış, içindeki yolcu ve mürettebattan bazısı yaralanmıştır. Gemi, hasar gören gövdeden giren deniz suyu tahliye edilemediği için batmıştır. Olayda tahliye sistemine ilişkin planlar geminin yolcu gemisine dönüştürülmesi sırasında ve sonrasında ABS’ye sunulmamıştır.

Davacı, ABS’nin geminin denetlenmesinde gerekli özeni göstermediğini, düzenlediği belgeler yanlış bir görünüm sunmamış olsa idi geminin batmayacak olduğunu ileri sürmüştür.

İstinaf mahkemesi, donatanın, klas belgesine, geminin inşasının gerektiği gibi yapıldığını garanti eden bir belge olarak güvenmekte haklı olmadığını belirterek davayı esastan reddetmiştir.

81 Basedow-Wurmnest, Third Party Liability, sh.30-31.

82 “Sundance Cruises Corp. V. American Bureau of Shipping”, 7 F. 3d (Federal Reporter, Third Series) 1077 (2nd Cir.1993). Karar için ayrıca bk. Basedow-Wurmnest, Third Party Liability, sh.31.

Mahkeme ayrıca, gemi tasnif kuruluşuna ödenen ücret (85.000 ABD Doları) ile donatan tarafından talep edilen tazminat miktarı (264.000.000 ABD Doları) arasındaki muazzam farkın, gemi tasnif kuruluşunun bir garanti sorumluluğu üstlenme iradesine sahip olmadığını ortaya koyduğu gibi böyle bir sorumluluk üstlenmeleri halinde gemi tasnif kuruluşlarının varlıklarını sürdüremeyeceklerine sağlam bir delil de oluşturduğu gözleminde bulunmuştur.

Mahkeme, gemideki faaliyetlerin kontrolü ve geminin tamirat ve bakımının donatana terettüp ettiğini ve bu işlerden dolayı gemi tasnif kuruluşunun değil donatanın sorumlu olduğunu; donatanın geminin kontrol ve bakımına ilişkin bu sorumluluğunun, devredilemez nitelikteki denize elverişli gemi sağlama yükümlülüğü ile de teyid olduğunu, gemi tasnif kuruluşunun gemiyi denetlemeyi ve belge düzenlemeyi kabul etmekle geminin denize elverişliliğini sağlama sorumluluğunu da üstlenmiş sayılmayacağını belirtmiştir. Mahkeme ayrıca, klas belgesinin güvenliği garanti eden bir belge değil, sadece klaslı gemiler bakımından uygulanan sigorta primlerinden yararlanma imkânı veren bir belge olduğu düşüncesini de dile getirmiştir.

“Somarelf v. American Bureau of Shipping”⁸³ davasında mahkeme, tasnif kuruluşunun, düzenlediği tonaj belgesinin (zorunlu belge), alınacak vergi, resim, ücretler gibi külfetler dışında geminin yük taşıma kapasitesini de tespit eden bir belge olması nedeniyle sadece donatanın değil, çartererlerin de güven duyacağı bir belge olduğunu, gemi tasnif kuruluşunun bu belgenin deniz ticaretinde gerçekleştirilen ticarî işlemlerde dayanak teşkil edeceğini bilebilecek durumda olduğunu belirterek, yanlış bir görünüm sunmaya dayalı haksız fiil sorumluluğu temelinde tasnif kuruluşunun üçüncü kişiye karşı sorumluluğuna karar vermiştir.

“Otto Candies, LLC v. Nippon Kaija Kyokai Corp.”⁸⁴ davasında da mahkeme, olayın taşıdığı özelliklerden dolayı gemiyi satın alan alıcının klas belgesine olan güvenini koruyarak gemi tasnif kuruluşunu sorumlu

83 “Somarelf v. American Bureau of Shipping”, 720 F. Supp.441 (D.N.J. 1989- United States District Court for the District of New Jersey); karar için ayrıca bk. Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability,sh.33.

84 “Otto Candies, LLC v. Nippon Kaija Kyokai Corp.”, 2002 WL (Westlaw Document) 1798767, 1 (E.D.La.2002- United States District Court for the District of Louisiana); karar için ayrıca bk. Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh.32.

tutmuştur. Karara konu olayda gemi tasnif kuruluşu geminin satışından haberdar olup alıcı ile sürekli temas halinde bulunmaktaydı. Geminin yeniden klase alınması satış sözleşmesinin bir şartını teşkil etmekteydi ve alıcı gemiyi bizzat denetlettirme imkânına sahip değildi.

II- ALMAN HUKUKU

A. BİLGİ VERMEDEN DOLAYI ÜÇÜNCÜ KİŞİYE KARŞI SORUMLULUK

Alman hukukunda, uzman kişilerin verdikleri yanlış, eksik veya yanıltıcı bilgi veya tavsiyelerde dolayı sorumlulukları, sorumluluğun dogmatik temeli üzerinde görüş birliği henüz sağlanmış olmamakla birlikte giderek genişlemiştir.

Alman hukukuna göre⁸⁵ genel prensip, öğüt ya da tavsiyede bulunan kimsenin makûl özen göstermemesinden dolayı mamelekî (parasal) zarara (pecuniary loss) uğrayan kimse, taraflar arasında bir sözleşme mevcut olmadıkça, uğradığı zararın tazminini talep edemez. Bu prensibin dayanağı, Türk-İsviçre hukukunda olduğu gibi Alman hukukunda da hâkim olan objektif hukuka aykırılık teorisidir. Bu teoriye göre, ancak mutlak hukukî değerlerin ihlâli hukuka aykırıdır; malvarlıksal menfaatlerin ihlâli, özel bir koruma normu bulunmadıkça haksız fiil olarak nitelendirilemez.

Bu çerçevede saf malvarlığı zararlarının (pure economic loss) Alman haksız fiil hükümlerine göre tazmini ancak, zarar kasıtlı ve ahlâka aykırı bir davranışla verilmiş (BGB § 826)⁸⁶ (BK.m.41/2) ya da özel bir koruma normu ihlâl edilmiş (BGB § 823/II) olduğu takdirde mümkün olabilir.

⁸⁵ Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh. 39.

⁸⁶ Alman yargısında özellikle mesleki sorumluluk alanında haksız fiil ve sözleşme sorumluluğunun uygulanmadığı durumlarda BGB § 826'da aranan şartların hafifletilmesi yoluna başvurulduğu; bu çerçevede, bazı Alman kararlarında, genelin beklediklerinin ağır kusurla ihlâlinin, ahlâka aykırı, hafif, düşüncesiz bir davranış olarak değerlendirildiği; düşüncesiz bir davranış sadece ahlâka aykırılık oluşturmayıp aynı zamanda dolaylı (ihtimalî) kastın varlığını da gösterdiğinden, düşüncesizce bilgi verilmesi durumunda BGB § 826'ya dayanan bir sorumluluğun ortaya çıktığı ifade edilmektedir. Bu durum avukatların müşterisi olmayan kişilere karşı verdiği bilgiler, malî denetçilerin verdikleri raporlar veya yaptıkları tasdikler için de geçerlidir. Bk. Kırca, Bilgi Vermeden Dolayı Sorumluluk, sh.58-59.

mektedir. Ayrıca, BGB § 675/II⁸⁷ uyarınca “Her kim bir başkasına öğüt ve tavsiyelerde bulunursa, bu öğüde veya tavsiyelere uyulmasından doğan zararı, sözleşme veya haksız fiil ya da bir başka kanunî düzenleme dolayısıyla sorumluluk söz konusu değilse, tazmin etmekle yükümlü değildir.”⁸⁸ Bu hükme göre, bilgi ve tavsiye vermeden doğan zararın tazmin edilmemesi esas, edilmesi ise istisnadır.

Alman mahkemeleri, bilgi verenlerin sorumluluğunda yasa koyucunun benimsediği yaklaşımı sürekli olarak yumuşatma eğilimi içine girmişler ve bilgi verenin sorumluluğunu, üçüncü kişilere karşı da sorumlu olacak şekilde giderek genişletmişlerdir⁸⁹. Bu gelişme, Alman haksız fiil hukukunun bazı yönlerden yetersiz koruma sağladığı yolundaki genel görüşten beslenmektedir.

Mahkemelerin bilgi verenin sorumluluğunu genişletme eğilimi şu sebeplerden kaynaklanmaktadır. Evvelâ, Alman haksız fiil hukukunun temel hükmü olan BGB § 823/1 hükmü saf malvarlığı zararlarının tazminine imkân sağlamamaktadır. İkinci ve daha önemli sebep BGB § 831’de düzenlenen “çalıştırılan kişilerin eyleminden sorumluluk”a ilişkin hükümdür. Bu hüküm kapsamında adam çalıştırana sorumluluktan kurtuluş imkânı sağlanmış olmasının, işbölümüne dayalı bir ekonomide bir sorumluluk alanı öngörmek suretiyle yasal bir boşluk yarattığı söylenmektedir.

Özel teknik veya meslekî bilgisi nedeniyle bilgi verenlerin üçüncü kişilere karşı sorumluluğunun dogmatik temelleri halen netleşmiş değildir. Alman yargısı üçüncü kişilerin tazminat taleplerini kabul etmek için geniş bir hukukî dayanak yelpazesinden yararlanmaktadır. Ancak, bugüne dek bilgi verenin üçüncü kişiye karşı sorumluluğunun dogmatik temeli açık bir şekilde ortaya konulmuş değildir. Bu çerçevede bazı yargı karar-

87 BGB hazırlanırken, § 675/II hükmünün (1900 tarihli BGB’de madde numarası 676’dır), haksız fiil hukukunun düzenlendiği kısma konulması düşünülmüş, fakat neticede bilgi veya tavsiye vermenin tek başına bir akdî ilişkiye yol açmadığı hususunu netleştirmek amacıyla sözleşme hukukuna ilişkin kısımda düzenlenmesi uygun görülmüştür. Alman Borçlar Kanununda yapılan reformda § 676 hükmü bazı değişiklikler yapılmak suretiyle ve yeni madde numarası 675/II olarak yeniden düzenlenmiştir. Ancak Reform sırasında, orijinal hükmün genel kapsamında bir değişiklik yapılmamıştır. Bk. Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh.40.

88 Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh. 39.

89 Bu konuda bk. Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh. 40 vd.

larında “*zımnem kurulan bilgi verme sözleşmesi*” görüşü; bazen BGB § 826’ya (Türk BK.m.41/II) dayalı “*haksız fiil sorumluluğu*” görüşü ve nihayet “*üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme*” görüşü, bilgi verenin üçüncü kişiye karşı sorumluluğunun hukuki niteliğini açıklamak üzere ileri sürülmüştür⁹⁰. Bu görüşlere ilâve olarak, birçok davada da bilgi verenin üçüncü şahıslara karşı sorumluluğu “*culpa in contrahendo*”dan *sorumluluk* (BGB § 311/II, III) olarak kabul edilmiştir⁹¹.

Sonuç olarak bilgi verenin üçüncü kişilere karşı sorumluluğunun hukukî temeli Alman hukukunda açık değildir. Bu çerçevede, bir meslek grubunun üçüncü kişiye karşı sorumluluğunun hukuki dayanağını açıklamak için kabul edilen bir sorumluluk rejiminin, bir diğer meslek grubu hakkında da aynı şekilde geçerli kabul edilmesinin isabetli olmayacağı vurgulanmaktadır. Bu doğrultuda, belirli bir uzman grubuyla ilgili olarak verilmiş meslekî sorumluluğa ilişkin yargı kararlarının, uluslararası gemicilik endüstrisinin özellikleri ve bilhassa sorumluluk sınırlamaları göz önünde bulundurulmaksızın gemi tasnif kuruluşlarının üçüncü kişilere karşı sorumluluğu hakkında da dayanak kabul edilmelerinin sınırlı sorumluluk rejimiyle kurulan dengenin ve sigorta sisteminin bozulmasına yol açacağı ifade edilmektedir⁹².

1- Gemi tasnif kuruluşlarının üçüncü kişilere karşı sorumluluğunun dogmatik temelleri

a) Zımnem kurulan bilgi verme sözleşmesi

aa) Görüşün Açıklanması

Bu görüş, belli bir meslekî konumda olan kişinin, üçüncü kişinin tasarruflarında kullanılacağını öngörerek yanlış bilgi vermesi durumunda, onunla üçüncü kişi arasında zımnem bir bilgi verme sözleşmesinin kurulduğunu öne sürmektedir⁹³. Alman Federal Mahkemesi bazı kararlarında bilgi verenlerin (uzman kuruluşların) üçüncü kişiye karşı sorumluluğunu, zımnem kurulmuş bilgi verme sözleşmesine dayandırmıştır⁹⁴. Alman yar-

⁹⁰ Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh.41.

⁹¹ Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh.42.

⁹² Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh.42-43.

⁹³ Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh.44. Görüş hakkında geniş açıklamalar için bk. Kırca, Bilgi Vermeden Dolayı Sorumluluk, sh.61 vd.

⁹⁴ Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh.44.

gısı zımnen kurulan bilgi verme sözleşmesini genellikle bilgi veren ile muhatap arasında doğrudan doğruya temasın bulunduğu hallerde kabul etmiştir. Bilginin üçüncü kişiye aktarımı halinde ortaya çıkan zararlarda, diğer bir anlatımla dolaylı temasın bulunduğu durumlarda bu yola daha az başvurulmuştur. Alman Federal Mahkemesine göre, bilgi veren ile alan arasında bir sözleşme ilişkisinin bulunmaması, zımnen kurulan bilgi verme sözleşmesinin varlığını engellemez. Ayrıca bilgi verilmesinin ücret karşılığında yapılması da zorunlu değildir.

Bilgi veren uzman kuruluş ile bilgi alan arasında doğrudan doğruya temasın bulunduğu durumlarda, Federal mahkemesinin kararlarına göre, bilgi veren ile bilgi alan arasında zımnen kurulan bilgi verme sözleşmesini kabulü için şu şartlar aranmaktadır⁹⁵:

- a) Bilginin, bilgi verenin uzmanlık alanına girmesi veya bilgi vermenin onun için ekonomik menfaat taşıması.
- b) Bilginin, bilgi alan için önem taşıması ve bu bilgiyi önemli kararlarında ve tasarruflarında esas alması.
- c) Bilginin, bilgi alan için önem taşıdığı ve malvarlığına ilişkin düzenlemelerde esas alınacağı bilgisi bilgi veren tarafından öngörülebilir olması.

bb) Değerlendirme

Zımnen kurulan bilgi verme sözleşmesi görüşü, bilgi alan ile veren arasında doğrudan doğruya bir sözleşme ilişkisi bulunmadığından, bu kişilerin irade açıklamalarının yorumundan hareket etmekte, irade açıklamalarının yorumunu yaparken de BGB § 675/II⁹⁶ hükmünü dikkate almaktadır. Bu görüş; BGB § 675/II'nin yorumu sonucunda, açıkça bilgi vermeye ilişkin bir sözleşme bulunmasa bile, bazı şartların gerçekleşmesi ve bilgi veren ile bilgi alan arasında doğrudan doğruya temasın bulunduğu durumlarda, zımnen bilgi verme sözleşmesinin kurulduğunu kabul etmektedir⁹⁷.

⁹⁵ Kırca, Bilgi Vermeden Dolayı Sorumluluk, sh.63; Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh.44.

⁹⁶ Bk. yuk. dn.87

⁹⁷ Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh.45; Kırca, Bilgi Vermeden Dolayı Sorumluluk, sh.62.

Zımnem kurulan bilgi verme sözleşmesi görüşü, Alman doktrininde de, bunun tamamen bir varsayım olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir. Zımnem kurulan bilgi verme sözleşmesi, taraf iradesinde temelini bulmamakta, sadece yargı tarafından tazminat talebinin sebebi olarak varsayılmaktadır⁹⁸.

Üçüncü kişiler çoğu zaman gemi tasnif kuruluşlarından bilgi talebinde bulunurlar. Örneğin gemi alıcıları ile kurdukları sözleşme uyarınca gemiyi muayene edecek olan sömreyörler, çoğu kez geminin mevcut durumu hakkında bilgi edinmek için gemiyi klaslayan kuruluşla temas kurmak isterler. Ya da üçüncü kişiler, gemi tasnif kuruluşlarına, yayınladıkları bültende geminin klasına ilişkin verilen bilginin yanlış olduğu itirazından bulunmak isterler. Bu tür hallerde gemi tasnif kuruluşları genellikle bir yanıt vermektten, üçüncü kişi ile temasa geçmektten kaçınırlar. Hukukî işlem iradesinin bulunmadığı karşı taraf (üçüncü kişi) açısından tereddütsüz anlaşılmaktadır. Dolayısıyla üçüncü kişi ile gemi tasnif kuruluşu arasında bir sözleşmenin kurulduğundan söz edilmesi mümkün değildir⁹⁹.

Somut olayda mevcut şartlardan bilgi verenin bu gibi bir sözleşme ilişkisi içine girmek istediğinin anlaşılabilmesi gerekir. Oysa böyle bir çıkarım özellikle gemi tasnif kuruluşları bakımından çok zordur. Çünkü gemi tasnif kuruluşları, normal şartlarda sözleşeni olan donatan dışındaki kişilerle ayrıca sözleşme ilişkisi içine girmeye yönelmezler ve bu yolda herhangi bir temasta, açık veya örtülü herhangi bir irade beyanında da bulunmazlar. Klas belgesi düzenlenmesi veya üçüncü kişiye klas kayıtlarını inceleme imkânının tanınması da bu gibi bir sözleşmenin kurulduğuna delâlet etmez; bunlar tamamen teknik nitelikte bilgi içerirler, irade beyanının varlığı için aranan şartları taşımazlar. Burada irade beyanının beyan unsuru eksiktir. Dolayısıyla ilgili için kendisine yöneltilmiş bir icap söz konusu değildir. Gemi tasnif kuruluşunun, bilginin doğru olmaması halinde, üçüncü kişiye karşı sorumluluk üstlenme taahhüdü de bu belge ya da kayıtlarda yer almaz¹⁰⁰. Bu bakımdan bu bilgiler sadece bilgi açıklaması¹⁰¹ niteliğinde sayılmalıdırlar. Kaldı ki, gemi tasnif kuruluşunun düzen-

⁹⁸ Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh.44; Kırca, Bilgi Vermeden Dolayı Sorumluluk, sh.67.

⁹⁹ Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh.44.

¹⁰⁰ Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh.45.

¹⁰¹ Bilgi açıklaması için bk. Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukukuna Giriş, § 9, N.7, sh.86.

lediği belgelerde “sadece sözleşşenine karşı sorumlu olacağına dair” açıklama bulunmakta ise, hukuki işlem iradesinin bulunmadığı, bilgi veren açısından herhangi bir kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde anlaşılmalıdır¹⁰².

b) Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Görüşü

aa) Görüşün açıklanması

Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme görüşü Alman haksız fiiller hukukunun saf malvarlığı zararının (kişiyeye verilen zarara veya eşya zararına bağlı olmaksızın meydana gelen ekonomik kayıplar) tazminini öngörmemesinden ve başkasının eyleminden sorumluluğa ilişkin kurallarında da üçüncü kişi lehine oldukça zayıf koruma öngörüyor olduğundan kaynaklanan olumsuzlukları bertaraf etmeye çalışılmıştır. Bu görüş çerçevesinde, sözleşşenin taraflarına belirli ölçüde yakın olmakla birlikte, sözleşmeye doğrudan doğruya dahil olmayan, diğer bir anlatımla ne sözleşşenin tarafı, ne de kendi lehine üçüncü kişi yararına sözleşme yapılmış olmayan kişilerin, haksız fiil sorumluluğunun sözleşme sorumluluğuna oranla elverişsiz sonuçlarına tâbi tutulması engellenmek istenmiştir¹⁰³.

Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kavramı kısaca şu şekilde özetlenebilir¹⁰⁴: Bir sözleşmeden doğan yükümlülükler, ana edim yükümlülükleri ve yan yükümlülükler (çoğu halde koruyucu yükümlülükler) olmak üzere iki ana grupta toplanır. Bir sözleşşenin üçüncü kişiyeye yönelik koruyucu etkisi sadece yan yükümlülükler bakımındandır. Diğer taraftan, bu yükümlülükler bütün üçüncü kişilere karşı değil sadece o

¹⁰² Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh.45.

¹⁰³ Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh.47; Kırca, Bilgi Vermeden Dolayı Sorumluluk, sh.70 vd; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N.: Borçlar Hukukuna Giriş Hukukî İşlem Sözleşme (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı Borçlar Hukuku Genel Bölüm), B.4, İstanbul 2008 (Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukukuna Giriş), § 2, N.32 vd, sh.20 vd.; AKYOL, Ş.: Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, İstanbul 2008, sh.47 vd.; AKYOL, Ş.: Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, B.2, İstanbul 2006 (Akyol, Dürüstlük Kuralı), sh.9; OĞUZMAN, M.K.-ÖZ, T.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.5, İstanbul 2006 (Oğuzman-Öz, Borçlar Hukuku), sh.824; TANDOĞAN, H.. Mukayeseli Hukuk, Hususiyeye Türk-İsviçre ve Alman Hukuku Bakımından Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, Ankara 1963 (Tandoğan, Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini), sh.367.

¹⁰⁴ Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh.47.

sözleşmenin koruma alanına dahil sayılması gereken kimselere karşı mevcuttur.

Taraf olmadığı, bununla birlikte sözleşmenin tarafları ile belli bir yakınlık ilişkisi içinde bulunan ve sözleşmenin ihlâl edilmesi dolayısıyla zarar gören üçüncü kişilerin zararının, sözleşme hükümleri esas alınarak borçludan tazmin edilmesini kabul eden görüşün hukukî temeli tartışmalıdır¹⁰⁵. Ancak Alman Federal Mahkemesinin artık bir hukukî dayanak bulma meselesini önemsiz addettiği ve bu tür taleplerin teamül hukukunca tanındığını kabul ettiği ifade edilmektedir¹⁰⁶.

bb) Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin uygulanma şartları

Üçüncü kişinin sözleşmenin koruma alanına girebilmesi için gerekli şartların tespiti büyük önem arz etmektedir. Bu, koruyucu etkiden faydalanacak olan üçüncü kişilerin dar tutulması, bu kişilerin sınırlandırılması gereğini ifade etmektedir. Gerçekten de bir sözleşmenin ifası nedeniyle zarar gören her kişinin, sözleşmenin üçüncü kişiyi koruyucu etkisi kapsamında korunması, kanunun haksız fiil sorumluluğu ile sözleşmesel sorumluluk arasında çizmiş olduğu sınırın belirsizleşmesine yol açacak ve genel bir (sözleşme dışı) sorumluluk hükmü tesis edilmiş olacaktır¹⁰⁷. Koruyucu etkiden faydalanacak olan üçüncü kişilerin sınırlandırılması zorunluluğu, ayrıca borçlunun sorumluluğunun sınırını öngörebilmesi bakımından da önemlidir.

Genel olarak mahkemeler üçüncü bir kişinin sözleşmenin koruma alanına girip girmediğini belirlemek için şu dört şartın mevcudiyetini aramaktadırlar¹⁰⁸:

- i) Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeden kaynaklanan edimin alacaklısı, yani bu sözleşmeden doğan koruyucu yükümlülüklerin

¹⁰⁵ Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh.47; Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin hukukî temeline ilişkin görüşler hakkında bk. Kırca, Bilgi Vermeden Dolayı Sorumluluk, sh.84 vd.

¹⁰⁶ Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh.48.

¹⁰⁷ Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh.48.

¹⁰⁸ Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh.48-50.

ihlâlınden dolayı uğradığı zararın tazminini talep etme hakkına sahip olan alacaklı ile üçüncü kişi arasında **yakın bir ilişki** bulunmalıdır. Bu şart genellikle “**edime yakınlık**” olarak ifade edilmektedir.

Edimin gerektiği gibi ifa edilmemesinden kaynaklanan tehlikeler, üçüncü kişiyi de en az alacaklı kadar güçlü biçimde tehdit ediyorsa, bu şart gerçekleşmiş sayılmaktadır¹⁰⁹.

ii) Alacaklının, üçüncü kişinin korunmasında **haklı bir menfaati** bulunmalıdır.

Diğer bir anlatımla, edim alacaklısının üçüncü kişinin korunmasında **ilgisi** bulunmalıdır. Alman Federal Mahkemesinin eskiden (tamamlayıcı yorum görüşünü¹¹⁰ benimsemeyen önce) kullandığı bir formülle, “alacaklıya o derecede yakın bazı kişiler söz konusu olmalıdır ki, alacaklı, bunların güvenliğinin sağlanması için, borçludan en az kendisine (bizzat alacaklıya) karşı gösterdiği özen ölçüsünde özenli ve dikkatli davranmasını beklemekte, buna güvenmekte haklı sayılabilmelidir.”^{111,112}

¹⁰⁹ Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukukuna Giriş, § 2, N.35, sh.22.

¹¹⁰ Alman Federal Mahkemesi 1959 yılında verdiği kararla, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmede BGB § 328’de düzenlenen üçüncü kişi yararına sözleşmenin söz konusu olmayacağını kabul etmiş ve üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin hukukî temelini sözleşmenin tamamlanması (tamamlayıcı yorum) olduğuna karar vermiştir. Bugüne kadar Alman Federal Mahkemesi üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeyi, sözleşmenin tamamlanması kurallarına göre dayandırmıştır. (Bk. Kırca, Bilgi Vermeden Dolayı Sorumluluk, sh.91).Bu görüşe göre, sözleşmede boşluk, sadece tarafların bir konuyu düzenlemedikleri zaman değil, ayrıca boş bırakılan nokta nedeniyle sözleşmenin amacına ya hiç, ya da tarafların istedikleri biçimde ulaşamaması durumunda da söz konusudur. Alman Federal Mahkemesine göre, hâkim öncelikle tarafların üçüncü kişinin sözleşmenin koruma alanına dahil edilmesi konusunda iradelerinin bulunup bulunmadığını araştırmalıdır. Tarafların bu konuda irade açıklamaları veya davranışları bulunmasa da, sadece objektif menfaatler gereği üçüncü kişi yararına koruma yükümlülüğü zımnen kabul edilebilir ve sözleşmenin amacına göre dürüstlük kuralı da dikkate alınarak sözleşme tamamlanır. Böylece psikolojik bir irade araştırması değil, objektif ölçülerle mantıklı bir menfaat dengelemesi yapılır. Bk. Kırca, Bilgi Vermeden Dolayı Sorumluluk, sh.92-93.

¹¹¹ Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukukuna Giriş, § 2, N.35, sh.22.

¹¹² Alman Federal Mahkemesi, daha önce verdiği kararlarda, üçüncü kişinin sözleşmenin koruma alanına girebilmesi için, alacaklının üçüncü kişiye karşı aile veya iş hukukundan doğan bir bakım ve koruma ile yükümlü olması şartının zorunlu olduğunu belirtirken, 1977 yılında verdiği “borç kaydı kararı” ile bu şarttan vazgeçmiştir. Federal Mahkeme bilirkişilerin sorumluluğuna ilişkin verdiği 1983 tarihli bir kararında, alacaklı üçüncü kişinin korunması ile

- iii) Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeden kaynaklanan edimin borçlusu, yani bu sözleşmeden doğan koruyucu yükümlülükleri ihlâl etmesinden dolayı kendisinden tazminat talep edilebilecek olan borçlu, sözleşme ilişkisi sırasında, **o sözleşmenin koruyucu etkisi altında olacak kişileri önceden öngörebilmelidir.**

Diğer bir anlatımla, üçüncü kişinin hem edimin arz ettiği tehlike alanı içinde yer aldığı (birinci şart), hem de alacaklının ilgi alanına dahil bu-

yükümlü olmamakla birlikte, alacaklının menfaati ile korunan üçüncü kişinin menfaatinin aynı yönde olduğunu belirlemiştir. Nihayet Federal Mahkeme alacaklı ile üçüncü kişinin menfaatlerinin zıt olduğu durumlarda da üçüncü kişinin sözleşmenin koruma alanına girdiğini kabul etmiştir. (Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin Alman hukukunda gelişimi hakkında bk. Kırca, Bilgi Vermeden Dolayı Sorumluluk, sh.70 vd.). Bu çerçevede verilen ve “çatı katı kararı” olarak anılan davada Federal Mahkeme, satıcı ile (potansiyel) alıcının, yani sözleşmenin tarafı (satıcı) ile korunan üçüncü kişinin (alıcı) menfaatlerinin zıt olmasını önemsememiştir. Davaya konu olayda, evini satmak isteyen bir kişi, değerinin tespiti konusunda bir mimar-bilirkişi ile bilirkişi sözleşmesi yapmıştır. Bilirkişi değerlendirme sonucunun evin satımında önem taşıyacağını bilmektedir. Bilirkişi incelemesi sırasında, satıcının oğlu, harap durumda olduğu halde evin çatı katının iyi durumda olduğunu söyleyerek çatı katında inceleme yapmaması hususunda bilirkişiyi ikna etmiştir. Bilirkişi hazırladığı raporda, önemli bir tamiratın gerekli olmadığı, evin kullanım durumunun “iyi” olduğu yönünde belirlemelerde bulunmuştur. Satıcı ile alıcı arasındaki sözleşme görüşmelerinde evin değeri konusunda hazırlanan rapor alıcıya sunulmuş ve alıcı evi satın alırken bu bilgiyi göz önünde bulundurmamıştır. On ay sonra evin çatısında nemden kaynaklanan önemli zararların doğması karşısında alıcı, evin durumunun doğru belirlenmemiş olduğuna dayanarak, ortaya çıkan zararın tazminini bilirkişiden talep eder. Alıcı, bilirkişinin raporunu hazırlarken evin çatısında önemli bir ayıp bulunduğu halde bunu raporuna yazmadığını, bu kusuru bilse idi evi satın almayacak olduğunu ileri sürer. Bilirkişi, satıcının oğlunun ayıbı kasten gizlemiş olması nedeniyle bunu raporunda belirtmediği savunmasında bulunur. Federal Mahkeme, satıcı ile alıcı arasındaki bilirkişi sözleşmesinin, alıcı için koruyucu etki taşıdığını kabul eder. Olayda satıcı ile alıcının menfaatleri tereddüt duyulmayacak surette birbirine zıttır. Satıcı raporda evin mümkün olduğu kadar iyi durumda gösterilmesini ve yüksek bir değer belirlenmesini isterken, alıcı evin gerçek durumunu öğrenmek ve evi düşük bedelle satın almak arzusunda. Federal Mahkeme, korunan üçüncü kişinin, zarar verenin (bilgi verenin) sözleşme ilişkisi içinde bulunduğu karşı sözleşmeninden daha geniş haklara sahip olamayacağı ilkesini benimsemiş olmakla birlikte, “çatı katı” kararında bu ilkeye sözleşmenin yorumu yoluyla bir istisna getirmiştir. Çünkü Federal Mahkemeye göre, raporda yazılı bilginin yanlış olmasına raporun hazırlanmasını talep eden kişinin kusuru sebep olsa da, verilen bilgiye güven, bilirkişinin kendisiyle sözleşme yaptığı tarafa sorumlu olmasından bağımsız olarak önem taşır. Bu durum bilirkişi tarafından önceden görülebilecek niteliktedir. “Çatı katı” kararı için bk. Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh.49; Kırca, Bilgi Vermeden Dolayı Sorumluluk, sh.82-83.

lunduğu (ikinci şart), borçlu tarafından **bilinmeli veya bilinebilir olmalıdır**. Üçüncü kişilerin adlarının ve sayılarının borçlu tarafından bilinmesine gerek olmamakla¹¹³ birlikte, korunacak kişiler grubu **objektif ölçütlerle tasvir edilebilir** (description by objective standards) olmalıdır¹¹⁴. Bu yerleşik bir hukuk kuralıdır¹¹⁵. Bu şart, borçluya ileride doğabilecek sorumluluğunu önceden değerlendirebilme ve kendisine yöneltilebilecek tazminat taleplerini karşılayacak bir sorumluluk sigortası yaptırma imkânı vermesi bakımından önemlidir¹¹⁶.

iv) Üçüncü kişi **korumaya lâyık** bulunmalıdır.

Üçüncü kişi talep hakkına esas teşkil eden olgular sebebiyle (alacaklı dahil) herhangi bir kimseye karşı **sözleşme sorumluluğu hükümlerine dayalı aynı içerikte bir talep hakkına** sahipse, onun artık üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kavramı içinde ayrıca korunmasına ihtiyaç ve gerek bulunmadığı kabul edilmektedir¹¹⁷.

Özellikle bu son şart, bilhassa gemi tasnif kuruluşlarının üçüncü şahıslara karşı sorumluluğu bakımından, **hangi üçüncü kişilerin** tarafı olmadıkları klaslama sözleşmesinin koruyucu etkisinden yararlanabileceğinin belirlenmesinde özel bir önem taşımaktadır. Bu son şarta göre, üçüncü kişi, uğradığı zarar için alternatif tazminat imkânlarına sahip ise, üçüncü kişiyi (kendisini) koruyucu etkili sözleşmeye dayanarak istemde bulunamayacaktır. Alternatif tazminat isteminden maksat, zararın giderimini sağlamak üzere yararlanılabileceği **aynı veya eşdeğer nitelikteki taleplerdir**. Alman hukukunda, **sözleşme dışı tazminat talepleri “eşdeğer” sayılmamaktadır**. Çünkü, yukarıda daha önce de belirtildiği üzere haksız fiil hükümleri, saf malvarlığı zararına uğrayan talep sahibine –sözleşmeye dayanan taleplere kıyasla- daha zayıf bir koruma sağlamaktadırlar. Öte yandan, **sözleşme sorumluluğu hükümlerine dayalı talep hakkı** üçüncü kişiye **daha zayıf bir koruma sağlıyorsa**, üçüncü kişinin korunma ihtiyacı varlığını sürdürür ve o, üçüncü kişiyi

¹¹³ Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukukuna Giriş, § 2 N. 35, sh.23; Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh.67-68.

¹¹⁴ Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh.49, 68.

¹¹⁵ Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh. 68.

¹¹⁶ Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh.50.

¹¹⁷ Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukukuna Giriş, § 2, N.35, sh. 23.

(kendisini) koruyucu etkili sözleşmeye dayanarak tazminat talep edebilir¹¹⁸.

Bununla birlikte, üçüncü kişinin sözleşmenin koruyucu etkisinden yararlanabilip yararlanamayacağı belirlenirken, onun eşdeğer nitelikte talep hakkına sahip olmaması, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme ilkesinin uygulanma koşullarından sadece biridir. Neticede mahkemeler, somut bir olayda ilgili kişilerin menfaatlerini kapsamlı bir biçimde değerlendirmekteler ve borçluya yönelik bir talep hakkının üçüncü kişiye tanınması gerektiğini uygun gördükleri nisbette de korumayı genişletmektedirler¹¹⁹.

cc) Üçüncü Kişinin Tazminat Edebilmesi İçin Lüzumlu Olan Diğer Şartlar

Üçüncü kişi, bir sözleşmenin koruma alanına girdiği takdirde, onun tazminat talep edebilmesi için lüzumlu olan diğer şartlar BGB § 280 (I)¹²⁰ hükmünde ortaya konmuştur. Bu şartlar şunlardır¹²¹:

- Borçlu koruma yükümünü ihlâl etmiş olmalıdır.
- Bu ihlâl zarara yol açmış bulunmalıdır.
- İhlâl, borçlunun sorumluluğunu gerektirmelidir (borçlu kusurlu ise durum böyledir (BGB § 276 (I)).

dd) Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin gemi tasnif kuruluşunun akdettiği sözleşmeler bakımından uygulanması

Üçüncü kişinin, gemi tasnif kuruluşlarının akdettiği sözleşmelerin koruma alanına girip girmediğini belirlemek için yukarıda belirtilen genel şartlar tatbik edilirken, gemi tasnif kuruluşlarının denizcilik endüstrisinde sahip oldukları özel önem ve rolün de dikkate alınması gerekir¹²². Gemi

¹¹⁸ Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh.50.

¹¹⁹ Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh.50.

¹²⁰ Özen yükümüne aykırılıktan sorumluluğu düzenleyen BGB § 280 (1) şöyledir: “Borçlu, üstlendiği borçtan doğan bir yükümü ihlâl ederse, alacaklı bu ihlâlden kaynaklanan zararın tazminini isteyebilir. Borçlunun ihlâl sebebiyle sorumlu tutulamayacak olduğu hallerde bu hüküm uygulanmaz”.

¹²¹ Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh.50.

¹²² Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh.50.

tasnif kuruluşlarının akdettiği sözleşmelerin koruyucu etkisinin bu sözleşmelere taraf olmayan üçüncü kişilere teşmil edilip edilemeyeceği hususunda Alman hukukunda şu gözlemler yapılmaktadır:

(a) Gemi tasnif kuruluşlarının faaliyetleri ile uzman kişilerin sorumluluğuna ilişkin ilkelerin ortaya çıkmasına vesile olan faaliyetler aynı mahiyette değildir¹²³.

(b) Uzman sorumluluğunun kabul edildiği hallerle kıyaslandığında, gemi tasnif kuruluşlarının düzenlediği klas belgesiyle (sertifikasıyla) **temas halinde bulunan** kişilerin sayısının çok daha fazla olduğu görülmektedir: klas belgesi donatan ile sözleşme ilişkisine giren sigortacılar, chartererler, bankalar, taşıyanlar, yük sahipleri tarafından dikkate alınmaktadır; ayrıca SOLAS gibi uluslararası sözleşmeler uyarınca güvenlik standartlarını kamu yararı dolayısıyla araştırmakla yükümlü olan Devletlerin bu görevi kamu kurumu niteliğinde olmayan özel kuruluşlara devretme imkânı sebebiyle Devletler de belli işlevleri bakımından klas sertifikasını göz önünde tutmaktadırlar¹²⁴.

Alman Hukukunda denetim (audit) firmalarının zorunlu denetimden doğan hukukî sorumluluğu sadece denetlenen ortaklık ve bağlı işletmelere karşı söz konusudur. Bankalar ve denetlenen ortaklığın kendileriyle iş yaptığı firmalara (üçüncü kişilere) karşı ise sorumluluk yoktur (HGB m. 323 (1)). Denetim firmaları, ancak (belirli bir işle ilgili pazarlıklar gibi) özel durumlar nedeniyle bir ortaklıkla yaptığı sözleşme uyarınca hazırladıkları ortaklığın finansal uygunluğuna ilişkin raporları dolayısıyla üçüncü kişilere karşı sorumlu tutulabilmektedirler. Ancak bu halde de, denetim firmasının raporun sunulacağı **üçüncü kişilerin çevresini sınırlandırması** mümkündür. Genellikle, denetim raporunun sadece belirli bir yatırımcıya veya alacaklıya sunulabileceği şekilde sınırlama öngörülmektedir. Eğer denetlenen firma bu sınıra uymaz ve başka üçüncü kişilere de denetim raporunu inceleme imkânı verirse, denetim firması bu üçüncü kişiye karşı sorumlu olmamaktadır¹²⁵.

Gemi tasnif kuruluşlarının faaliyetlerinde ise durum farklıdır. Klas belgeleri tasnif kuruluşlarınca sözleşme yaptıkları donatanlara herhangi

¹²³ Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh.51.

¹²⁴ Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh.51.

¹²⁵ Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh.51-52.

bir sınırlama yapılmaksızın verilmektedir. Donatanlar da bu belgeyi bütün işlemlerinde kullanmakta serbestliğe sahip bulunmaktadır. Esasen aksi de pek mümkün değildir. Çünkü donatanlar, hemen daima iş yaptıkları kişilere karşı geminin sınıflı olduğunu kanıtlamakla yükümlü tutulmaktadır. Bu sebeple donatanların klas belgesinin üçüncü kişilere ibrazına getirilecek herhangi bir sınırlamayı kabul edebilmeleri de söz konusu olmaz¹²⁶.

(c) Her ne kadar donatanla iş ilişkisi içinde olan herkesin gemi tasnif kuruluşu ile donatan arasındaki sözleşmenin koruma alanı dahilinde sayılması gerektiği fikri ortaya atılmış ise de, bu fikrin kabulü “sözleşmenin sadece taraflar arasında bağ meydana getirdiği” ilkesine ters düşecektir. Eğer bu geniş görüş kabul edilir ve gemi tasnif kuruluşuyla donatan arasındaki sözleşmenin koruyucu etkisi denizcilik sektöründeki bütün oyunculara yaygınlaştırılırsa, sadece taraflar arasında hüküm doğurması icap eden bir sözleşmesel sorumluluk, herkese karşı hüküm ifade eden bir sözleşme dışı sorumluluğa dönüştürülmüş olacaktır¹²⁷.

Dünyada da bu husus dikkate alınarak gemi tasnif kuruluşlarının herkese karşı sorumlu olması uygun görülmemektedir. Örneğin, İngiltere’de Lordlar Kamarası yük sahiplerinin gemi tasnif kuruluşuna başvuramaya çağına hükmetmiştir¹²⁸. A.B.D’nde de mahkemeler sigortacıların gemi tasnif kuruluşundan talepte bulunmasına “aksi halde tasnif kuruluşlarının güvenlik örgütü olmaktan çıkıp sigortacı konumuna gelecekleri” gerekçeyle izin vermemişlerdir¹²⁹.

(d) Kaldı ki, geminin güvenliğinden ve elverişliliğinden birinci derecede sorumlu olan kişi donatandır. Gemi tasnif kuruluşlarının sorumlu tutulması donatanın bu sorumluluğundan kurtulması anlamına gelebilecektir. Bu yön dikkate alınarak Fransa, Avustralya ve Yeni Zelanda’da gemi tasnif kuruluşlarının üçüncü kişilere karşı sorumluluğuna bazı sınırlar getirilmektedir¹³⁰.

¹²⁶ Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh.52.

¹²⁷ Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh.52.

¹²⁸ “Nicholas H.” Kararı için bk. yuk. dn.74.

¹²⁹ “Great American Insurance Company” kararı için bk. yuk.dn.78 ve 79.

¹³⁰ Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh.53.

(e) Deniz hukukunda aslolan “sınırlı sorumluluk” rejimidir. Denizcilik alanındaki oyuncuların büyük çoğunluğu sınırsız sorumluluğa tâbi kılınmamışlardır. Bunun anlamı, meydana gelen zararın öngörülen sınırlanmayı aşan kısmının bizzat zarar görenin üzerinde kalmasıdır. Bizzat zarar görenin üzerindeki bu yük ise, tekne-makine sigortası, yük sigortası ve diğer sigortalar aracılığıyla yeniden denizcilik endüstrisi içinde dağıtılarak karşılanmaktadır. Büyük gemi kazalarında ise zaman zaman Devlet de zarar görenlere tazminat ödeyebilmektedir¹³¹. Sınırlı sorumluluk sayesinde sigorta primleri karşılanabilir düzeyde kalmaktadır. Sınırlı sorumluluğu aşan zararların zarar görenler üzerinde kalmasının hakkaniyete aykırı olduğu düşünülebilir. Bu düşünceye karşı “genellikle zarar görenlerin denizcilik camiası dahilindeki kişiler oldukları ve başka hallerde de onların sınırlı sorumluluktan yararlanmaları sayesinde bir denge kurulduğu; kaldı ki ilgilinin sigorta yaptırarak kendisini ayrıca koruyabileceği” argümanları dile getirilmektedir. Bu çerçevede sadece katastrofik olaylarda (facia mahiyetini taşıyan büyük kazalarda) Devletin ilâve kaynakları devreye koyması gerekecektir¹³².

Sonuç olarak, denizcilik alanında kendi içinde bir dengenin mevcut olduğu ve gemi tasnif kuruluşlarının da uzun seneler boyunca kamu yararına çalışan ve bütün denizcilik camiasına hizmet eden kuruluşlar olarak kabul edilip, herhangi bir tazminat talebine muhatap olmadıkları görülmektedir. Bu kuruluşların üçüncü kişilere karşı sorumlu tutulmaları ve sınırsız sorumluluğa tâbi bulunmaları, mevcut dengeyi bozabilecektir; çünkü sınırsız sorumluluk kabul edilirse, özellikle yük sahipleri ve diğer bazı ilgililer zararlarını tamamen giderme imkânına kavuşacaklardır¹³³.

(f) Gemi tasnif kuruluşlarının sorumluluğu bağlamında ele alınması icap eden bir diğer husus da, “saf malvarlığı zararlarının” tazminine hukuken imkân olup olmadığı meselesidir. Bu mesele, kimlerin donatan ile gemi tasnif kuruluşu arasındaki sözleşmenin koruyucu alanı içinde kaldıkları meselesiyle de yakından bağlantılıdır. Gemi tasnif kuruluşlarının asıl işlevinin denizde güvenliği sağlamak olduğu, bu itibarla sadece kişiye verilen zararlarda veya kişiye verilen zararların yanında ayrıca eşya zararlarında sorumlu olacakları, fakat denizcilik camiasına mensup bazı ki-

131 Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh.55.

132 Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh.56.

133 Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh.56.

şilerin saf malvarlığı zararları için gemi tasnif kuruluşundan talepte bulunamayacağı ileri sürülmüştür¹³⁴. Bu husustaki (normun koruma amacının hangi zararları kapsadığına ilişkin) çözüm, mahkemelerin takdiri ile belirgin hale gelebilecektir.

ee) Denizcilik camiasına mensup bazı kişilerin (üçüncü kişilerin) saf malvarlığı zararlarının tazmini bakımından gemi tasnif kuruluşu ile donatan arasındaki sözleşmenin koruma alanına girip girmediğine ilişkin olarak doktrinde ileri sürülen görüşler

Aşağıda denizcilik camiasına mensup bazı kişilerin (üçüncü kişilerin) gemi tasnif kuruluşu ile donatan arasında akdedilen sözleşmenin koruyucu etkisine dahil olup olmadığına ilişkin olarak Alman doktrininde ileri sürülmüş olan görüşlere yer verilmiştir.

i. Gemi satın alan kişiler

Mukayeseli hukukta gemi tasnif kuruluşlarına karşı davaların büyük bir çoğunluğunun gemi satın alan kişiler tarafından açıldığı gözlenmektedir. Genellikle, geminin genel olarak haiz olması gereken ya da sözleşmede kararlaştırılan özelliklere sahip olmadığı, geminin satın alan kişiye teslim edilmesinden sonra anlaşılır. Bu durumda alıcı satın sözleşmesine aykırılık nedeniyle uğradığı zararının, örneğin tamirat ya da bozuk parçaların yenisi ile değiştirilmesinden kaynaklanan masraflarının tazmin edilmesini ister. Çoğu kez satıcının malî durumu yetersiz olduğu için, gemi satın alan kişiler uğradıkları zarardan dolayı tazminat taleplerini gemi tasnif kuruluşlarına yöneltmeyi tercih ederler. Alman hukukunda gemi satın alan kişilerin gemi tasnif kuruluşlarına yönelttikleri tazminat taleplerinin –bugüne kadar- mahkemelerce kabul görmediği ifade edilmektedir¹³⁵.

(a) Genel olarak, gemi satın alan kişilerin gemi tasnif kuruluşu ile donatan arasındaki sözleşme bağlamında korunmamaları gerekir; çünkü gemi satın alanlar birçok halde eş değer nitelikte başka taleplere sahip bulunmaktadır. Eş değer nitelikte taleplere örnek olarak gemi satımına ilişkin sözleşmeden kaynaklanan talepler gelir. Gemideki gizli ayıplar

¹³⁴ Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh.56 vd.

¹³⁵ Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh.59.

için tazminat, fiyat indirimi veya satışı iptal gibi talepler söz konusudur. Bu talepler gemi tasnif kuruluşuna yöneltilebilecek taleple aynı korumayı sağladıkları takdirde, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeye dayanarak istemde bulunma hakkı ortadan kalkmaktadır¹³⁶.

(b) Diğer taraftan, üçüncü kişinin bir sözleşmenin koruyucu etkisinden yararlanabilmesi için, borçlunun sözleşme akdedildiği sırada, kendisinden talepte bulunabilecek kişilerin çevresini önceden görebilmesi ve hesaba katabilmesi gerektiği de kabul edilmektedir. “Önceden bilinmeyecek kadar çok sayıda” üçüncü kişinin sözleşmenin koruma alanına dahil edilmesi mümkün görülmemektedir. Bu konuda daha ziyade, sözleşme taraflarının “denetimin [sadece alacaklı için değil fakat] belirli bir üçüncü kişi yararına da gerçekleştirildiği hususunda anlaşmaya vardıkları”nı ispatlayan olguların varlığının ortaya konulması gerektiği vurgulanmaktadır. Bu yolda bir ispatın yerine getirilip getirilmediği mahkeme tarafından değerlendirilecek bir husustur¹³⁷. Yargı kararlarında yapılan bu tespitler, gemi tasnif kuruluşlarının yaptıkları sözleşmelerin koruyucu alanına girecek üçüncü kişiler bakımından değerlendirildiğinde şu gözlemlerde bulunulmaktadır¹³⁸:

- Donatan malik olduğu gemiyi satışa çıkarmadan önce, sadece kendi işletmesi bakımından bilgi sahibi olmak amacıyla klas belgesi düzenlenmesini istediğinde, gemi tasnif kuruluşu, donatan ile sözleşme ilişkisine girdiği sırada donatanın gemiyi satma niyetinde olduğunu bilse dahi, gemiyi daha sonra satın alan alıcı gemi tasnif kuruluşundan herhangi bir talepte bulunamayacaktır.

- Buna karşılık, müstakbel bir alıcı ile geminin satış müzakerelerinin yürütüldüğü sırada klas belgesinin tek bir potansiyel alıcı için düzenlendiği hallerde hukukî durum somut olayın şart ve özelliklerine göre değişebilecektir: Gemi tasnif kuruluşunun potansiyel alıcının kim olduğunu ve düzenlediği klas belgesinin alıcının gemiyi satın alma kararında belirleyici olduğunu bildiği ve kayıtlarını bu üçüncü kişinin incelemesine açık tuttuğu ya da belki de alıcının geminin muayenesine katılmasına veya kendisiyle her-

¹³⁶ Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh.59.

¹³⁷ Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh.62-63.

¹³⁸ Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh.63.

hangi bir biçimde doğrudan temas kurmasına izin verdiği hallerde gemi tasnif kuruluşu, üçüncü kişiye (gemiye satın alan kişiye) karşı sadece, teknik sörveyin, alıcıyı saf malvarlığı zararlarına karşı korumak amacıyla değil, denizde güvenliği temin etmek için yapıldığı (normun koruma amacı) savunmasını ileri sürebilecektir.

- Yukarıdaki durumun aksine, gemi tasnif kuruluşunun, gemiyi satın alacak üçüncü kişilerle temas kurmadığı ve onlara bilgi vermekten kaçındığı; düzenlediği belgelerde de üçüncü kişilere karşı sorumlu olmayacağı kaydına açıkça yer verdiği ve klas belgesinin üçüncü kişilere ibraz edilmesi halinde bunun sadece karşı sözleşenini (donatanı) bağlayacağını açıkça beyan ettiği hallerde, gemiyi satın alan kişinin, donatan ile tasnif kuruluşu arasındaki sözleşmenin koruyucu etkisinden yararlanabilmesi mümkün görülmemektedir.

(c) Yukarıda yapılan genel gözlemler çerçevesinde gemi tasnif kuruluşunca düzenlenen klas belgelerinin taşıdığı özelliklere göre şu ihtimaller üzerinde de durulmaktadır.

Klas belgesinin mevcut kayıtlara dayalı olarak düzenlenmesi halinde:

Gemi tasnif kuruluşunun, mevcut kayıtlara dayanarak klas belgesi düzenlemesi halinde, rutin sörveylerin gereği gibi yapılmış olması koşuluyla, üçüncü kişilere karşı herhangi bir sorumluluğunun doğmaması icap eder. Donatanın mevcut kayıtlar çerçevesinde klas belgesi düzenlenmesini istediği hallerde, gemi tasnif kuruluşu, donatan herhangi bir hasar veya bozukluk bildirmiş olmadıkça, sörvey yapmakla yükümlü değildir. Böyle bir durumda gemi tasnif kuruluşu sadece, son sörveyin geminin sınıfını etkileyen bir ayıbı ortaya çıkarmadığını tasdik etmiş olacaktır. “Dosyamızdaki veriler ışığında” gibi bir açıklamaya yer verilerek belge düzenlenmesi geminin sınıf açısından bütün kriterleri yerine getirdiğinin tasdik edilmesi anlamına gelmez; sadece mevcut verilere göre sınıfın korunduğu anlamına gelir¹³⁹.

¹³⁹ Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh.63-64.

Özel sörveyden sonra geminin sınıfını koruduğunu belirten belge düzenlenmesi halinde

Gemi satış öncesinde özel (special) sörveye tâbi tutulmuş ve klas kuruluşunun sörveyörü donatanca da bilinmeyen bazı noksanları veya bozuklukları keşfetmeyi ihmal etmiş veya hatalı değerlendirmişse, bu takdirde dahi gemi alıcısının, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme doktrini kapsamında donatanla gemi tasnif kuruluşu arasındaki sözleşmeye dayanarak talepte bulunamayacağı kabul edilmektedir. Zira¹⁴⁰,

- her ne kadar satıcı-donatandan tazminat istemek için gerekli olan donatanın kusurlu olması şartı burada gerçekleşmemekte (dolayısıyla zarar gören alıcının satış sözleşmesinden kaynaklanan satıcıya yönelik eşdeğer bir talebi bulunmamakta) ise de,
- alıcı gemiyi kendisi inceleme veya inceletme imkânına sahip olduğundan (ve bu imkânı kullanmak yerine satıcının elindeki klas belgesine itibar ettiğinden) korunmaya değer bir pozisyonda sayılmayabilecek ve bundan başka
- teknik sörvey, denizde güvenliği sağlamak amacıyla yapılmış olduğundan gemi tasnif kuruluşuyla donatan arasındaki sözleşmenin koruyucu etkisinin (normun koruma amacının), gemiyi satın alan kişinin maruz kaldığı saf malvarlığı zararını kapsamadığı kabul edilebilecektir.

Rutin sörveyelerde hatalı belge düzenlenmesi

Yukarıda yer alan gerekçeler, gemi tasnif kuruluşunun rutin sörveyi kusurlu şekilde gerçekleştirmiş olması halinde de geçerlidir¹⁴¹.

ii. Tekne Sigortacıları

Tekne sigortacıları, teminat kapsamındaki bir rizikonun gerçekleşmesi halinde sigortalının uğradığı zararı tazmin ederler. Sigortalısına tazminat ödeyen tekne sigortacısı gemi tasnif kuruluşuna karşı iki hukukî yola başvurabilir: ya tasnif kuruluşu ile donatan arasındaki sözleşmenin kuru-

¹⁴⁰ Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh.64-65.

¹⁴¹ Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh.65.

ma alanına giren üçüncü kişi olduğunu ileri sürer ya da halefiyet esasına dayanarak talepte bulunabilir. Bu son halde, sigorta sözleşmesi uyarınca sigortalısına (donatana) tazminat ödeyen sigortacının, ödediği sigorta tazminatı miktarınca, vaki zarardan dolayı sigortalının sorumlu kişiye (gemi tasnif kuruluşuna) karşı haklarına halef olması söz konusudur.

Burada incelenen mesele, tekne sigortacısının, gemi tasnif kuruluşu ile donatan arasındaki sözleşmenin üçüncü kişiyi koruyucu etkisi ilkesi uyarınca tasnif kuruluşundan bir talepte bulunabilip bulunamayacağıdır. Bu bağlamda, gemi tasnif kuruluşu ile tersaneci arasında yapılan sözleşme de hatırlanmalıdır. Yeni inşa edilmiş bir gemi söz konusu ise, tasnif kuruluşu ile sözleşme yapan taraf genellikle tersanecidir. Geminin teslim edilmesinden sonra donatan gemi tasnif kuruluşu ile sözleşme yapmaktadır.

Her ne kadar donatanla iş ilişkisi içinde olan herkesin gemi tasnif kuruluşu ile donatan arasındaki sözleşmenin koruma alanı dahilinde sayılması gerektiği fikri ortaya atılmış ise de, gemi tasnif kuruluşu ile sözleşme, ister tersaneci ister donatan tarafından yapılmış olsun, her iki durumda da tekne sigortacısının bu sözleşmelerin koruyucu alanına girmediği ileri sürülmektedir. Zira, tekne sigortacısı gemi tasnif kuruluşuna karşı eşdeğer nitelikte talebe sahip bulunduğundan ayrıca korumayı hak etmemektedir. Sigortacı meydana gelen zarar için donatana tazminat ödedikten sonra donatanın üçüncü kişilere karşı sahip olduğu tazminat talep haklarına kanunen halef olur. Buna göre, donatan gemi tasnif kuruluşu ile sözleşme yapmışsa, bu sözleşmeden doğan her türlü tazminat talep hakkı sigortacıya intikal eder. Bu tür talepler eşdeğer niteliktedir ve dolayısıyla donatan ile gemi tasnif kuruluşu arasında yapılan sözleşmenin koruma alanının tekne sigortacısını kapsayacak şekilde genişletilmesine ihtiyaç da bulunmamaktadır¹⁴².

Donatanın gemi tasnif kuruluşu ile sözleşme akdetmesinden önce bir deniz kazası meydana gelmesi halinde, tekne sigortacısının, tersaneci ile gemi tasnif kuruluşu arasında yapılmış olan sözleşmenin koruyucu etkisinden yararlanabileceği ileri sürülebilir. Ancak burada da, donatanın uğradığı zarar tekne sigortacısı tarafından tazmin edildikten sonra, onun üçüncü kişilere karşı tazminat talep hakkı, örneğin tersaneci ile yaptığı

¹⁴² Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh.66.

eser sözleşmesinin ihlâlinden doğan tersaneciye karşı talep hakları halefiyet yoluyla sigortacıya intikal edeceğinden, sigortacının tersaneci ile gemi tasnif kuruluşu arasında yapılmış olan sözleşmenin koruma alanına dahil edilmesi kabul edilmeyecektir¹⁴³.

Bu noktada ayrıca, donatanın üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme ilkesi uyarınca tersaneci ile gemi tasnif kuruluşu arasında yapılan sözleşmenin koruyucu alanına girip girmediği; sözleşmenin koruma alanına dahil olduğu kabul edildiği takdirde de bu sözleşmeden doğan talep haklarının halefiyet yoluyla sigortacıya intikal edip etmeyeceği meselesi üzerinde de durulmalıdır. Donatan, tersaneci ile gemi tasnif kuruluşu arasında yapılan sözleşme kapsamında gemi tasnif kuruluşuna karşı ancak, bu sözleşmenin koruma alanı içine girmesi halinde talep hakkına sahip olabilir. Ancak donatan, tersaneci ile arasındaki eser sözleşmesinden kaynaklanan eş değer nitelikte taleplere sahip olduğundan, bu talepler gemi tasnif kuruluşuna yöneltilebilecek taleple aynı korumayı sağladıkları nisbette donatanın üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeye dayanarak tasnif kuruluşundan istemde bulunma hakkı da ortadan kalkacaktır. Böyle bir halde donatanın sözleşmenin koruyucu ilkesi uyarınca gemi tasnif kuruluşuna karşı bir talep hakkı bulunmadığına göre, sahip olmadığı bir hakkın halefiyet yoluyla sigortacıya intikal etmesi de hukuken mümkün olmayacaktır¹⁴⁴.

Tekne sigortacısının gemi tasnif kuruluşu tarafından yapılan sözleşmelerin koruma alanına dahil edilmesine ekonomik mülâhazalarla da itiraz edilmektedir. Bu bağlamda, sorumluluk doğuran risklerin, kendisine en ucuz fiyatla sigorta himayesi temin edebilen tarafa yüklenmesinin en etkili yol olduğu, böylece rizikoların denizcilik sektöründe en uygun şekilde dağıtılarak karşılanabileceği, gemi tasnif kuruluşlarının donatan veya taşıyana nazaran daha ucuz sigorta himayesi elde edebilecek bir konumda bulunmadıkları; ayrıca gemi tasnif kuruluşlarının geminin carî değeri hakkında, donatanın sigortalı sıfatıyla gemiye ait tüm bilgileri düzenli olarak aktarmakla mükellef olduğu tekne sigortacılarına nazaran daha az bilgi sahibi oldukları, dolayısıyla tasnif kuruluşlarına bir sorumluluk yüklendiği takdirde risk havuzu oluşturulurken gemi tasnif kuruluşlarının da bir risk taşıyıcı olarak aktüerya hesabında nazara alınmalarının gerekeceği, bunun da sigorta maliyetlerinin artmasına yol açacağı, oysa geminin mevcut durumu

¹⁴³ Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh.66.

¹⁴⁴ Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh.66-67.

ve carî değeri hakkında en doğru bilgiye sahip kişi olan donatanın bu bilgiyi aktardığı tekne sigortacısının sigorta maliyetini en uygun şekilde hesaplama imkânına sahip olduğu şeklinde itirazlar ileri sürülmektedir¹⁴⁵.

Nihayet, gemi tasnif kuruluşları tarafından gerçekleştirilen teknik sörvey ile izlenen amacın saf malvarlığı zararlarının doğmasını önlemek olmadığı, dolayısıyla tekne sigortacılarının uğradıkları saf malvarlığı zararlarının sözleşmenin üçüncü kişiyi koruyucu etkisi ilkesi uyarınca tazmin edilemeyeceği belirtilmektedir¹⁴⁶.

iii. Taşıtanlar ve taşıma işleri komisyoncusu

Bir tarafta donatan diğer tarafta taşıtan (shipper) veya taşıma işleri komisyoncusu (freight forwarder) arasında akdedilen sözleşmelerde genellikle geminin belirli bir sınıfa sahip olması gerektiği hususunda anlaşmaya varılır. Bu durum, doktrinde donatanla sözleşme ilişkisi içine giren yükle ilgililerin geminin klas belgesine güvenerek sözleşme akdettikleri, dolayısıyla bunların donatan ile gemi tasnif kuruluşu arasındaki sözleşme kapsamında korunması gereken üçüncü kişiler olarak kabul edilmeleri gerektiği düşüncesinin ileri sürülmesine yol açmıştır¹⁴⁷.

Ancak bu düşünceye karşı ilk itiraz, gemi tasnif kuruluşunun donatanla sözleşme yaptığı sırada talepte bulunabilecek potansiyel üçüncü kişileri öngörebilmesinin mümkün olmadığı şeklinde olmuştur¹⁴⁸. Gemi tasnif kuruluşunun, korunan üçüncü kişilerin kesin sayısını ve bunların kimler olduğunu bilmesine gerek bulunmamakla birlikte, sözleşmenin koruyucu etkisinden yararlanabilecek kişiler grubu objektif ölçütlerle tasvir edilebilir (description by objective standards) olmalıdır. Bu yerleşik bir hukuk kuralıdır¹⁴⁹. Bu şart, borçluya ileride doğabilecek sorumluluğunu önceden değerlendirebilme ve kendisine yöneltilebilecek tazminat taleplerini karşılayacak bir sorumluluk sigortası yaptırma imkânı vermesi bakımından önemlidir¹⁵⁰.

¹⁴⁵ Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh.67.

¹⁴⁶ Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh.67.

¹⁴⁷ Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh.67.

¹⁴⁸ Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh.67.

¹⁴⁹ Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh. 67-68.

¹⁵⁰ Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh.50, 68.

Ayrıca, gemi tasnif kuruluşu geminin genel tahsis gayesinden haberdar olmakla birlikte, bu durum, tasnif kuruluşunun fiilen geminin ne suretle kullanıldığı hususunda net bir bilgiye sahip olduğu anlamına gelmez. Bunun neticesi olarak gemi tasnif kuruluşunun yükülgiler grubunu önceden öngörebilmesi mümkün değildir; ayrıca onun, taşınan yükün değerini bilebilecek mevkiye bulunduğundan da söz edilemez. Dolayısıyla, gemi tasnif kuruluşunun kendisine yöneltilebilecek tazminat taleplerini önceden öngörebilmesi ve bu talepleri karşılayacak bir sorumluluk sigortası yaptırabilmesi hemen hemen imkânsızdır¹⁵¹.

Yükle ilgili kişilerin donatanla gemi tasnif kuruluşu arasındaki sözleşmenin koruma alanına dahil olması gerektiği düşüncesine karşı son itiraz; bu kişilerin, geminin denize elverişsiz olmasından ötürü meydana gelen yük zararlarından dolayı donatan/taşıyana karşı, onunla aralarındaki sözleşmeden kaynaklanan talep haklarına sahip bulunmaları nedeniyle ayrıca korunmalarına ihtiyaç olmadığı şeklinde yapılmıştır. Kaldı ki denize elverişli gemi sağlama yükümlülüğünün üçüncü bir kişiye devredilmesi mümkün değildir. Bu bakımdan da gemi tasnif kuruluşu ile donatan arasında yapılan sözleşmenin koruma alanının, taşıtanlara veya alt taşıyanları kapsayacak şekilde genişletilmesi kabul görmemektedir¹⁵².

Öte yandan, bu tür taleplerin kabul edilmesi özellikle uluslararası anlaşmalar tarafından tesis edilmiş olan sınırlı sorumluluk sistemini de bozacaktır. Donatan/taşıyanın sorumluluğu sınırlı sorumluluk rejimine tâbi olduğu halde, gemi tasnif kuruluşları bakımından kabul edilmiş bir sınırlı sorumluluk rejimi mevcut değildir. Gemi tasnif kuruluşlarının sorumluluğu sınırsız olacağından üçüncü kişiler dolaylı zararlarının (consequential losses) tazminini dahi talep etme imkânına kavuşmuş olacaktırlar¹⁵³.

Geçmişte, sorumluluk sınırlarının yükseltilerek taşıyanların sorumluluklarının arttırılması yönünde teklifler yapılmışsa da, bu düşünce, taşıyanın ağırlaşan sorumluluğunun sorumluluk sigortası maliyetlerini yükselteceği, artan bu maliyetin, taşıma sigortası fiyatlarında yapılacak bir indirimle dengelenemeyecek olduğu, buna karşılık navlun ücretinde genel bir

151 Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh.68.

152 Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh.68.

153 Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh.68.

artışa yol açacağı itirazıyla karşılanmıştır. Bu savlar bugüne dek dünyanın belli başlı denizci ülkeleri tarafından Hamburg Kurallarının tasdik edilmemesi sebebi olarak gösterilmiştir. Eğer bu iddialar taşıyanın sorumluluğu açısından ikna edici bulunuyorsa, gemi tasnif kuruluşlarının sorumluluğu bakımından da aynı şekilde kabul görmelidirler. Zira, gemi tasnif kuruluşlarının sorumluluğundaki bir artış orantısal olarak sorumluluk sigortalarının da daha yüksek bir fiyattan yapılması sonucuna yol açacaktır. Bu durumda da gemi tasnif kuruluşları sigortacılarına ödeyecekleri sigorta primi masraflarını karşılamak üzere, bunun maliyetini ücretlerine yansıtacaklar, neticede sigorta masraflarındaki artış tasnif kuruluşlarının müşterileri olan donatanlara yüklenmiş olacaktır. Buna karşılık donatanlar da navlun ücretlerini arttıracak ve taşıma masraflarında ortaya çıkacak artış ise taşıma sigortası maliyetinde yapılacak bir indirimle dengelenemeyecektir¹⁵⁴.

Özetle, deniz taşımacılığı sektöründe donatan ile gemi tasnif kuruluşu arasındaki sözleşmenin üçüncü kişiyi koruyucu etkisi ilkesine dayalı olarak gemi tasnif kuruluşuna karşı üçüncü kişilere talep hakkı tanınmasına ne ihtiyaç ne de imkân bulunmaktadır. Söz konusu potansiyel davacıların sözleşmenin koruyucu alanına dahil edilmemelerinin sebebi sadece, bu üçüncü kişilerin donatan/taşıyan ile aralarındaki sözleşmeden kaynaklanan talep haklarına sahip olmaları nedeniyle korunmaya ihtiyaçlarının olmaması değildir. Çünkü ayrıca, sözleşmenin koruyucu etkisinin üçüncü kişilere teşmili uluslararası düzeyde kabul edilmiş olan sınırlı sorumluluk sistemine ciddi bir müdahale anlamına gelecek ve taşıma maliyetlerinde de bir artışa yol açacak olması sebebiyle esasen böyle bir korumaya da imkân bulunmaktadır¹⁵⁵.

iv. Yük Sigortacıları

Yük sigortacılarının da tarafı olmadıkları gemi tasnif kuruluşu ile donatan arasındaki sözleşmenin koruyucu etkisinden yararlanmaları gerektiği öne sürülmüştür. Ancak bu düşüncenin de, yukarıda taşıtanlar ve alt taşıyanlar bakımından yer verilen gerekçeler ışığında kabul edilmesi mümkün görülmemektedir. İlkın, taşıtanlar tarafından gemi tasnif kuru-

¹⁵⁴ Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh.68.

¹⁵⁵ Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh.69.

luşlarına yöneltilebilecek talepler bakımından olduğu gibi, burada da gemi tasnif kuruluşunun kendisinden talepte bulunabilecek üçüncü kişileri objektif ölçütlerle tasvir edebilmesi mümkün olmadığından öngörülebilirlik şartının gerçekleşmesi şüphelidir. Dahası yük sigortacıları da tekne sigortacıları gibi riziko gerçekleştikten sonra sigortalının üçüncü kişiye tazmin ettirebileceği bir zararı tazmin ettiği takdirde üçüncü kişiye karşı sigortalının haklarına halef olacağından, taşıyana karşı sözleşmeden doğan talepleri ileri sürebilecektir. Bu tür talepler eş değer niteliktedir ve dolaşısıyla yük sigortacısı da korumaya lâyık değildir¹⁵⁶.

Bunlara ilâve olarak, tekne sigortacıları bakımından söylenen ekonomik gerekçeler de aynı şekilde yük sigortacıları bakımından geçerlidir ve bu gerekçeler muvacehesinde yük sigortacılarının gemi tasnif kuruluşlarına karşı talep hakları kabul görmemektedir. Gerçekten de gemi tasnif kuruluşu öngöremediği üçüncü kişilerin tazminat taleplerini karşılamak için yaptıracağı sorumluluk sigortası için yüksek prim ödeyecek olduğu halde, yük sigortacısı taşınan yükün değerini bildiği için sigorta bedeli de buna göre belirlenecek ve dolayısıyla sigortalının ödeyeceği prim miktarı da buna uygun şekilde kararlaştırılacaktır¹⁵⁷.

vi. Gemi adamları ve yolcular

Gemi tasnif kuruluşlarının gemi adamlarına ve yolculara karşı sorumluluğunda kişiye verilen zararlardan kaynaklanan talep hakları ile eşyaya verilen zararlardan kaynaklanan talep hakları arasında bir ayırım yapılmaktadır. Gemi adamlarına veya yolculara ait eşyaya gelen zararlar bakımından, yukarıda taşıtanlara ilişkin kısımda söylenenler aynen geçerlidir¹⁵⁸. Burada kişiye verilen zararlardan (damages to the person) –ölüm ve yaralanma) kaynaklanan talepler üzerinde durulacaktır.

Gemilerin teknik sörveyi deniz ve gemi güvenliğinin sağlanmasını hedefler. Deniz ve gemi güvenliğinin sağlanmasına ilişkin olarak uluslararası alanda hukukun birleştirilmesi çabaları LOADLINE, TONNAGE, MARPOL, SOLAS gibi uluslararası sözleşmelerin kabulü ile neticelenmiştir. Bu sözleşmelerden bilhassa SOLAS deniz ve gemi güvenliğinin

¹⁵⁶ Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh.69.

¹⁵⁷ Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh.69.

¹⁵⁸ Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh.69.

sağlanmasında özel bir önemi haiz olup gemilerin denetlenmesi, düzenlenecek belgelerle ilgili ayrıntılı bir düzenleme öngörmektedir.

Deniz ve gemi güvenliğinin sağlanması hiç şüphesiz denizde insan yaşamının korunmasına da hizmet eder. Bu durum, gemi adamları ve yolcuların gemi tasnif kuruluşu ile donatan arasındaki sözleşmenin koruyucu alanına dahil oldukları düşüncesini destekler mahiyettedir. Gemi tasnif kuruluşu ile donatan arasındaki sözleşmenin koruyucu etkisinin gemi adamlarına ve yolculara teşmil edilmek istenmesindeki temel düşünce, donatanın işveren olarak gemi adamlarını koruma ve bakım yükümü, taşıyanın da benzer şekilde yolcularına karşı koruma ve bakım yükümü altında bulunmasına dayanmaktadır. Taşıyanın yolculara karşı koruma ve bakım yükümlülüğü bilhassa gemi güvenliğine ilişkin hukuki düzenlemelere uygun davranma ödevini de içermektedir¹⁵⁹.

Gemi tasnif kuruluşları zarar görebilecek kişilerin sayısını soyut olarak (in abstracto) öngörebilecek durumdadır. Tasnif kuruluşu, gemideki gemi adamlarının ve yolcuların kimler olduğunu bilmemekle birlikte, geminin inşa plânından gemi adamları veya taşınacak yolcu sayısı hakkında bilgi sahibidir. Bu durum, yaşam ve sağlık hakkının özel olarak korunması ışığında, öngörülebilirlik şartının gerçekleşmiş sayılması bakımından yeterli sayılmalıdır¹⁶⁰.

Burada açıklığa kavuşturulması gereken esas mesele, gemi adamlarının ve yolcuların yaşam ve sağlık hakkının üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kavramı kapsamında korumaya lâyık olup olmadığıdır. Yaşam ve sağlık hakkı birer temel hak olarak anayasal teminat altında olduğundan kişi varlığına ilişkin bu mutlak hakların ilk bakışta sözleşmenin koruyucu alanı içinde bulunduğu düşünülebilir. Ayrıca iç hukukun ve uluslararası hukukun bazı hükümleri de korunan bu menfaatlere özel bir değer vermektedir¹⁶¹. Örneğin hafif kusurla kişiye verilen zararlardan ötürü sorumluluğu bertaraf eden sözleşme şartları geçersiz sayıldığı halde, eşyaya gelen zararlar bakımından bu kayıtlar geçerli kabul edilmektedir. 1976 tarihli Deniz Alacaklarına Karşı Sorumluluğun Sınırlanması hakkında uluslararası sözleşmede de alacağın doğumuna yol açan kişiye verilen zarar-

¹⁵⁹ Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh.70.

¹⁶⁰ Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh.70.

¹⁶¹ Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh.70.

lar bakımından sorumluluğu sınırlayan tutar, eşya zararlarından doğan sorumluluk sınırına nazaran daha yüksek tesbit olunmuştur.

Ancak insan hayatının ve fizik bütünlüğünün özel olarak korunması, ölenlerin yakınlarının veya fizik bütünlüğü ihlâl edilen kişilerin başka kişilere karşı talep edebilecekleri haklara ilâve olarak gemi tasnif kuruluşlarından da talepte bulunabilmeleri gerektiği yolundaki görüşü desteklemediği ifade edilmektedir¹⁶². Bu çerçevede cevaplanması gereken soru, kişiye verilen zararlardan dolayı hak sahibinin eşdeğer nitelikte talep hakkının bulunmaması nedeniyle korunması gerekip gerekmediğidir.

Donatan özen yükümlülüğünün ihlâlinden dolayı gemi adamının ölüm veya yaralanmasından doğan zarardan sorumlu olup, vâki zararı tazmin etmekle yükümlüdür¹⁶³. Bu tür kazalar genellikle iş kazası olarak kabul ediklerinden gemi adamları zorunlu kaza sigortaları kapsamında da zararlarını tazmin ettirme imkânına sahip bulunmaktadırlar. Gemi adamı, ancak zararın meydana gelmesine kasıtlı bir davranışıyla sebep olduğu takdirde işverenine ya da donatana karşı tazminat talep hakkını kaybetmektedir. Bununla birlikte her halükârda, zarar gören gemi adamı zorunlu sigorta kapsamında zararının tazminini elde edebilmektedir. Öte yandan bir iş kazasından kaynaklanan kişiye gelen zararlardan dolayı işveren kusursuz sorumludur. Buna göre çeşitli mevzuatta tanınmış olan talep haklarının, zarar gören gemi adamına, gemi tasnif kuruluşuna karşı sözleşmesel sorumluluk hükümleri çerçevesinde yöneltebileceği talep hakkından daha iyi bir koruma sağladıkları kabul edilmektedir¹⁶⁴.

Gemi adamları çeşitli mevzuatın kendisine tanıdığı talep hakları sayesinde daha avantajlı bir korumaya sahip bulduklarından, gemi tasnif kuruluşu ile donatan arasındaki sözleşmenin koruma alanının gemi adamlarına teşmiline ihtiyaç ve gerek de bulunmamaktadır¹⁶⁵. Öte yandan varılan bu netice; gemi tasnif kuruluşlarının ağır bir sorumluluk tehdidi altında bulunsalar idi, gerçekleştirdikleri sörveyelerde daha dikkatli ve özenli davranacak oldukları, bunun da bilhassa daha yüksek standartta bir gemi güvenliğinin sağlanmasına hizmet edeceği düşüncesi ile üzüntüyle kar-

162 Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh.71.

163 Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh.71.

164 Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh.71.

165 Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh.71.

şılabilir. Ancak bu noktada, gemideki ayıbı bilen ve bu ayıbı derhal giderebilecek durumda olan gemi adamına, yasa koyucu tarafından donatana veya işverene karşı talepte bulunma hakkı tanınmamışken, mahkemelerce gemi tasnif kuruluşlarının gemi adamlarına karşı sorumlu tutulmasının çelişkili bir durum yaratacağına işaret edilmektedir¹⁶⁶.

Yolcular açısından da benzer bir hukukî durum söz konusudur. Taşıyan yolcuyu sağ ve salim olarak taşıma yükümlülüğünün ihlâlinden dolayı yolcunun ölüm veya yaralanmasından doğan zararlardan sorumludur. Yolcunun yolcu taşıma sözleşmesi uyarınca ileri sürebileceği talepler eş değer nitelikte talepler olduğundan, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kavramı içinde ayrıca korunmasına ihtiyaç ve gerek bulunmadığı kabul edilmektedir¹⁶⁷.

Bununla birlikte taşıyanın yolcuların hem ölüm ve yaralanmalarından hem onların bagajının zıyaından veya hasarından doğan zararlara ilişkin sorumluluğu, her bir zarar türü için belli miktar ile sınırlandırılmıştır. Bu noktada, sınırsız sorumluluğa tâbi gemi tasnif kuruluşlarını, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme hükümlerine dayalı olarak yaralanan yolcuların ya da ölen yolcu yakınlarının tazminat talepleriyle baş başa bırakmanın, taşıyan tarafından ödenecek tazminat miktarını, her bir zarar türü için maktû olarak tayin edilmiş belli bir bedelle sınırlandırmak isteyen yasa koyucunun iradesine aykırılık teşkil edeceği ve ayrıca sınırlı sorumluluk sistemi çerçevesinde oluşturulan dengenin bozulmasına yol açacağı ileri sürülmektedir¹⁶⁸.

ff) Sonuç

Gemi tasnif kuruluşu ile donatan arasındaki sözleşmenin koruma alanının denizcilik sektöründe rol oynayan gemiyi satın alan kişiler, tekne ve yük sigortacıları, taşıma işleri komisyoncuları, taşıtanlar ve yük sahiplerine teşmili kabul edilmediği gibi, yolcu veya gemi adamlarının (ya da ölüm halinde bunların yakınlarının) da ölüm ya da yaralanmadan doğan zararlardan dolayı sözleşmenin koruyucu etkisinden yararlanabilmeleri kabul görmemektedir.

¹⁶⁶ Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh.71.

¹⁶⁷ Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh.71.

¹⁶⁸ Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh.72.

cc) Culpa in Contahendodan sorumluluk

aaa) Alman hukukunda gemi tasnif kuruluşunun sorumluluğunun “culpa in contrahendo”ya dayandırılmasının mümkün olup olmadığı tartışılmaktadır. Bu bağlamda, evvela “prospektüs sorumluluğu” (satış broşürü sorumluluğu) olarak adlandırılan hal ile mukayese yapılmakta ve gemi tasnif kuruluşlarının da aynı gerekçe ile sorumlu tutulmasının mümkün olup olmadığı araştırılmaktadır¹⁶⁹. Almanya’da prospektüs sorumluluğu (satışa arzedilen unsurlara ilişkin olarak hazırlanan broşürlerde yer alan açıklamalardan kaynaklanan sorumluluk) özel yasalarla ayrıca düzenlenmiş olmadıkça, mahkemeler tarafından culpa in contrahendo’ya dayandırılmıştır. Mahkeme uygulamasında, sadece bu prospektüsü umuma sunan ilgili şirket değil, fakat onun arkasındaki profesyonel uzman da (mesela denetim şirketi) de sorumlu tutulmuştur. Bundan hareketle, gemi tasnif kuruluşu tarafından düzenlenen belgenin (umuma yönelik olduğu ve üçüncü kişilerin buna güvenerek işlem yaptıkları öne sürülmek suretiyle) prospektüs gibi kabul edilmesi önerilmektedir.

Bu görüşe, prospektüsü hazırlayan kişinin zarar görenle iş ilişkisi kurmak istiyor olmasına karşılık gemi tasnif kuruluşunun klas belgesinin kendilerine sunulacağı kişilerle iş ilişkisi içinde olmak gibi bir amaç izlemediği, prospektüsün ilgililere yönelik yegâne bilgi kaynağı olduğu, halbuki gemilerde durumun tamamen farklı bulunduğu ve donatanla sözleşme ilişkisine giren herkesin gemiyi serbestçe inceleyebileceği ve gemi satın alacak kişilerin, chartererlerin ve sigortacıların bu imkândan sık sık yararlandıkları vurgulanarak karşı çıkılmaktadır¹⁷⁰.

bbb) Gemi tasnif kuruluşunun, sözleşme müzakerelerine taraflardan birinin yanında katılan yüksek derecede güvenilirliğe sahip temsilci sıfatıyla (Sachwalterhaftung) sorumlu tutulabileceği de ileri sürülmüştür. Bu görüş çerçevesinde¹⁷¹, diğer tarafta güven uyandıracak şekilde özel mesleki bilgiye sahip bir kişi, sadece temsilci olarak müzakerelerde yer almış olsa dahi sorumlu olur. Gemi tasnif kuruluşu, düzenlediği belge ile, donatan ile sözleşme ilişkisi içine giren kişilerde, geminin teknik standardı bakımından güven yaratmaktadır. Gemi tasnif kuruluşunun donatan ve donatanla sözleşme kuracak kişi arasındaki müzakerelere fiilen donatan ya-

¹⁶⁹ Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh.73.

¹⁷⁰ Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh.73-74.

¹⁷¹ Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh.74.

nında katılmış bulunması da şart değildir. Donatanın klas belgesini üçüncü kişiye ibraz etmiş olması yeterlidir.

Bu görüşe karşı şu düşünceler dile getirilmiştir¹⁷²: Gemi tasnif kuruluşlarının düzenlediği klas belgesinin donatan ile üçüncü kişiler arasındaki müzakerelerde oynadığı rolü abartmamak gerekir. Bu belge üçüncü kişilerin dikkate aldıkları yegâne husus değildir. Üçüncü kişiler diğerleri yanında navlun tutarı, donatanın inanılabilirliği, izlenecek rotanın emniyetli bir rota olup olmadığı gibi başka birçok hususu göz önünde bulundurmaktadırlar. Klas belgesi sadece bilgilendirmeye yaramaktadır. Eğer bunu düzenleyen gemi tasnif kuruluşu sorumlu tutulursa, okullar, üniversiteler, sınav yapmakla görevli merciler ve işverenler gibi belge düzenleyen birçok kişiyi, düzenledikleri belgelerden dolayı sorumlu tutmak icap ederdi.

dd) Sözleşme dışı sorumluluk hükümleri

Sözleşme dışı sorumluluk Alman Hukukunda evvela BGB 823II'e dayanmaktadır¹⁷³. Buna göre, hukuka aykırı şekilde ve kusurla başkasının bu zikredilen maddede sayılan menfaat ve haklarına saldırıda bulunan kimse sorumlu olur. Maddenin saydığı hak ve menfaatler hayat, vücut bütünlüğü, sağlık, özgürlük, mülkiyet ve sair eşdeğer haklardır.

Geminin tasnif kuruluşu tarafından öngörülen standartlara uygun olmaması onun "emniyetsiz" sayılmasına yol açar. Bu gibi "emniyetsiz" bir gemi kişilerin sağlığına, hayatına veya mallarına zarar verebilir. Tasnif kuruluşu, yürüttüğü faaliyet dolayısıyla başkalarına zarar verme tehlikesini taşımaktadır. Bundan dolayı sorumlu tutulması mümkündür.

Gemi tasnif kuruluşunun yöneticilerinin kişisel sorumluluğu da söz konusu olabilir. Yöneticiler, kuruluşun faaliyetlerinin üçüncü kişilere zarar vermeyecek şekilde yapılandırılmasından (bu bağlamda kuruluşta çalışanların mesleki yeterliliklerinin sağlanmasından ve devam ettirilmesinden) sorumludur. Bunda ihmal gösterdikleri takdirde BGB 823/I uyarınca kişisel sorumlulukları ortaya çıkabilecektir.

Sözleşme dışı sorumluluk alanında üzerinde durulması gereken ikinci hüküm BGB 823/II'dir¹⁷⁴. Buna göre, bir kimse, başkalarını koruma

¹⁷² Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh.74-75.

¹⁷³ Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability,sh.75-76.

¹⁷⁴ Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability,sh.77.

amaçlı bir kurala aykırı davranırsa bundan dolayı sorumlu olur. Ancak Alman Hukukunda sınıflama kurallarının özel hukuk tüzel kişilerince geliştirilen kurallar oldukları ve BGB 823/II kapsamında koruma amaçlı sayılamayacakları belirtilmektedir.

Nihayet, BGB 826 uyarınca ahlâka aykırı şekilde kasten verilen zararlardan sorumluluk da söz konusu olabilecektir¹⁷⁵. Bu hüküm uyarınca saf malvarlığı zararlarının da tazmini mümkündür. BGB § 826’da da kasıtlı ve ahlâka aykırı bir davranışla zarar vermek arandığı halde, bazı Alman yargı kararlarında özellikle meslekî sorumluluk alanında haksız fiil ve sözleşme sorumluluğunun uygulanmadığı durumlarda § 826’daki şartların hafifletilmesi yoluna başvurulmuş ve bu çerçevede ağır kusurla ihlâl, ahlâka aykırı, hafif, pervasız bir davranış olarak kabul edilmiştir. Bu görüşe göre “pervasız” bir davranış sadece ahlâka aykırılığı oluşturmaz, aynı zamanda dolaylı (ihtimalî) kastın varlığını gösterir. Dolayısıyla bu görüş “pervasızca” bilgi verilmesi durumunda § 826 hükmüne dayalı sorumluluğun doğduğunu kabul etmektedir.

Uzman kuruluşların sorumluluğu söz konusu olduğunda, mahkemeler kastın ispatında sert davranmamaktadırlar. Failin davranış biçimine dayanarak ispatlama kabul edilmektedir. Eğer fail cüretkâr biçimde davranmış ise, zararın meydana gelmesini istemiş sayılabilmektedir. Bu sebeple gemi tasnif kuruluşu, geminin emniyetini ortadan kaldıran en önemli hususları cüretkâr bir davranışla nazara almamış veya gemi incelenmeden söryey raporu düzenlenmiş ise kastın varlığı kabul edilebilecektir.

BGB 831’de düzenlenen “çalıştırılan kişilerin eyleminden sorumluluk”¹⁷⁶ hükümleri de klas kuruluşunun sorumluluğuna dayanak oluşturabilir. Fakat, Alman hukukunda adam çalıştıran –tıpkı bizde olduğu gibi- kurtuluş kanıtı getirebilmektedir. Çalıştırılan kişiyi seçmede veya çalıştırılan kişiye işin görülmesi için aygıt veya malzeme verilmesi yahut çalıştırılan kişiye nezaret edilmesi gerekmekte ise, aygıt veya malzeme vermede yahut nezarete gereken özenin gösterildiği kanıtlanarak sorumluluktan kurtulmak mümkündür. Klas kuruluşlarının çoğu halde bu kusursuzluk kanıtını getirebileceklerine işaret edilmektedir.

¹⁷⁵ Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh.77.

¹⁷⁶ Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh.78.

ee) Ürün sorumluluğu

Klas belgesinin “ürün” olarak kabulü halinde, gemi tasnif kuruluşunun ürün sorumluluğuna ilişkin (kusur şartına yer vermeyen) düzenleme uyarınca sorumlu olup olmayacağı da Alman hukukçularının tartıştıkları bir husustur¹⁷⁷. Özellikle “tip onayı” denilen “aynı tip makinelerin uygun olduğu” veya “malzeme onayı” denilen “belli bir malzemenin gemi inşa etmek bakımından uygun bulunduğu” şeklindeki tasnif kuruluşunun onayını içeren belgeler, hata içerdikleri takdirde, can (gemi adamları, yolcular) ve mal zararlarına yol açabilecektir. Ancak Alman hukukunda gemi tasnif kuruluşları tarafından düzenlenen belgelerin “ürün” sayılmayacakları ve ürün sorumluluğu hakkındaki yasal düzenlemeye tâbi olmayacakları belirtilmektedir. Buna gerekçe olarak özellikle, “uzman kuruluşların verdikleri bilgilerin yazılı olması halinde sorumluluğun tür değiştirip ürün sorumluluğuna tabi hale gelemeyeceği; gemi tasnif kuruluşunun belge düzenlemiş olması halinde de, sözlü bilgi aktarımı olasılığındaki gibi kusur sorumluluğu ilkesi çerçevesinde sorumlu tutulmasının lâzım geldiği” hususu zikredilmektedir.

ff) Müterafik kusur

Bizzat zarar görenin müterafik kusurunun tazminattan indirim sebebi oluşturacağı kuşkusuzdur. Sorun, zarar gören dışındaki bir üçüncü kişinin zarara etki eden davranışının hangi hallerde indirim sebebi olarak dikkate alınacağı noktasında ortaya çıkmaktadır¹⁷⁸. Eğer zarar gören ile zarara etki eden davranış sahibi arasında özel bir yakınlık varsa bu halin bir indirim sebebi oluşturacağı kabul edilmektedir. Buna göre, zarar gören eğer tasnif kuruluşu ile donatan arasındaki sözleşmenin koruyucu çevresi içinde kalan bir kişi ise, zarar gören ile donatan arasında özel bir yakınlık mevcut sayılabilecektir. Bununla birlikte, uzman kuruluşlarla ilgili bir içtihatla Alman Federal Mahkemesi, “üçüncü kişilere karşı uzman kuruluşun, müşterisiyle yaptığı sözleşmeden kaynaklanan savunmalardan feragat etmiş sayılacağına ve bu kuralın özellikle uzman kuruluşun müşterisi tarafından aldatılmış/yanıltılmış olduğu hallerde geçerli olduğuna” hükmetmiştir. Mahkeme uygulamasına göre, uzman kuruluş müşterisinin kendisine verdiği bilgi ve belgeleri dikkatle incelemekle yükümlüdür.

¹⁷⁷ Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh.79-80.

¹⁷⁸ Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh.84.

Üçüncü kişiler de özellikle uzman kuruluşun bu yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmiş olduğuna güvenirlir. Bu sebeple de, bu üçüncü kişiler, uzman kuruluşun müşterisinden daha geniş bir korumayı hak ederler. Uzman kuruluş ancak raporunda “değerlendirmesini sadece müşterisinin açıklamalarına dayanarak kaleme aldığı ve bunların doğruluğunu araştırmadığını” belirtmişse, sorumluluktan kurtulabilecektir¹⁷⁹. Bu içtihat çerçevesinde, sörveyörler, kendilerine donatan tarafından verilen ve gerçeğe uygunluğunu araştırmadıkları bilgileri doğru kabul etmemek ve en azından raporlarında doğruluklarına ilişkin herhangi bir araştırma yapmaksızın sadece donatan tarafından verilen bilgilere dayanarak görüş oluşturduklarını belirtmek durumunda olacaklardır.

Donatanın, gemi tasnif kuruluşu ile yaptığı sözleşmeden kaynaklanan “geminin emniyetini olumsuz yönde etkileyen bozuklukları derhal tasnif kuruluşuna bildirme” yükümlülüğüne aykırı davrandığı hallerde, bu yüzden üçüncü kişilerin maruz kaldıkları zararlardan tasnif kuruluşu sorumlu değildir. Çünkü bu durumda tasnif kuruluşu herhangi bir yükümlülüğüne aykırı davranmış sayılmaz.

Buna karşılık, sörvey sırasında ihmal yüzünden saptanamayan bir bozukluk sonradan gözle görülür hale gelmiş olmasına rağmen donatanın bunu bildirmemesi sebebiyle daha da kötü bir nitelik kazanmışsa, bu halde gemi tasnif kuruluşu zarar gören üçüncü kişiye karşı donatanın davranışını bir indirim sebebi olarak ileri sürebilecektir. Çünkü bu halde, donatanın davranışı, uzman kuruluşun davranışından tamamen bağımsız bir şekilde zararı ağırlaştırmış bulunmaktadır.

gg) Sorumsuzluk kayıtları- sorumluluğu sınırlayan kayıtlar

Donatanlarla gemi tasnif kuruluşları arasındaki anlaşmalarda yer alan sorumluluğu sınırlayan veya ortadan kaldıran kayıtlar belirli koşullar altında geçerlidirler.¹⁸⁰

Hafif kusurdan sorumsuzluk kaydı, yan borçlardan birine ilişkin olmak ve hayata, vücut bütünlüğüne ve sağlığa gelen zararlara ilişkin bulunmamak koşuluyla geçerlidir.

¹⁷⁹ BGH 10 November 1994, 127 BGHZ 378,387. Bk. Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh.84.

¹⁸⁰ Basedow-Wurmnest, Third-Party Liability, sh.84.

Asıl (ana) edimlerden birine ilişkin sorumsuzluk kaydı ise geçersiz sayılmaktadır. Gemi tasnif kuruluşları bakımından ana edim, gemileri, el-verişliliklerini sağlamak amacıyla, klas kuruluşunun benimsemiş olduğu kurallara uygun şekilde incelemektir.

Üçüncü kişilere (tasnif kuruluşu ile sözleşme ilişkisi içinde olmayan zarar gören kişilere) karşı ise, kural olarak, sorumluluğu sınırlayan veya kaldıran anlaşmalar ileri sürülemez. Bununla birlikte, eğer üçüncü kişi donatanın halefi olarak talepte bulunuyorsa veya üçüncü kişiye etkili sözleşme kuralları uyarınca talepte bulunabilecek olduğu kabul edilen hallerde, bu sınırlamalar üçüncü kişilere karşı da geçerlidirler. Üçüncü kişiye etkili sözleşme kurallarının uygulanacağı durumlarda, sözleşmeye dayanarak talepte bulunan üçüncü kişiyi, bizzat o sözleşmenin tarafı olan donatandan daha iyi bir konuma getirmek mümkün ve doğru değildir. Dolayısıyla donatana karşı ileri sürülebilen bütün talepler zarar gören üçüncü kişiye karşı da ileri sürülebilecektir.

III- TÜRK HUKUKU BAKIMINDAN GENEL DEĞERLENDİRME

A. GENEL OLARAK

Burada cevaplanması gereken hukukî sorun, gemi tasnif kuruluşunun, kusuruyla verdiği yanlış bilgiden dolayı saf malvarlığı zararına uğrayan üçüncü kişiye karşı sorumlu tutulmasının mümkün olup olmadığıdır. Anglo-Amerikan hukukunda ve Alman hukukunda kabul edilen çözümlerin, Türk hukukunda varılacak sonuç bakımından belirleyici değil, sadece fikir verici oldukları şüphesizdir.

Aşağıda önce kısaca saf malvarlığı zararı açıklanacak, daha sonra bu tür zararların haksız fiile ilişkin BK.41 vd. maddeleri uyarınca tazmin edilip edilemeyeceği belirtilecek ve nihayet Alman yargı kararlarıyla ortaya konan üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme görüşü çerçevesinde üçüncü kişilerin donatan ile gemi tasnif kuruluşu arasındaki sözleşmenin koruyucu alanı içine dahil edilmelerinin Türk hukuku açısından mümkün olup olmadığı üzerinde durulacaktır.

B. SAF MALVARLIĞI ZARARI KAVRAMI

Anglo-Amerikan hukukunda “**pure economic loss**” olarak ifade edilen **saf malvarlığı zararları**, “**diğer zararlar**” olarak da anılmakta

olup¹⁸¹, şahsa veya eşyaya verilen zararlar dışındaki zarardır. Burada ölüm, veya vücut bütünlüğünün ihlâli, veyahut bir eşyanın kırılması, bozulması, kayıp veya yok edilmesi söz konusu değildir, sadece malvarlığında bir eksilme ortaya çıkmaktadır¹⁸².

Türk-İsviçre hukukunda hukuka aykırılığın gerçekleşmesinde, normun koruma amacı teorisi kabul edilmiştir. Şu halde, üçüncü kişilerin uğradıkları saf malvarlığı zararlarının ihlâlinin hukuka aykırılık teşkil edip etmediği, diğer bir anlatımla saf malvarlığı zararlarının haksız fiil sorumluluğu alanında tazmininin mümkün olup olmadığı belirlenmelidir.

C. HAKSIZ FİİL HUKUKUNDA SAF MALVARLIĞI ZARARLARININ TAZMİNİ

1- Genel olarak

Türk hukukunda sözleşme dışı sorumluluğu düzenleyen genel hüküm, BK'nun 41. maddesinde yer almaktadır.

BK.m.41/I uyarınca “Gerek kasten, gerek ihmal ve teseyyüp yahut tedbirsizlik ile haksız bir surette diğer bir kimseye bir zarar ika eden şahıs, o zararın tazminine mecburdur.” Bu hükme göre haksız fiil sorumluluğunun şartları şunlardır¹⁸³:

- Hukuka aykırı bir fiil işlenmiş olması
- Bu fiille bir kişiye zarar verilmiş olması
- Fiilin işlenmesinde failin kusurlu olması.

ayrıca zarar ile fiil arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır.

2- Objektif hukuka aykırılık teorisi

Haksız fiil sorumluluğu için zarara sebep olan davranışın kusurlu ve “**haksız surette**” olması gerekir. BK.m.41/I’de kullanılan “haksız surette” ifadesi, haksız fiilin unsurlarından birinin **hukuka aykırılık** olduğunu

¹⁸¹ EREN, F.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.7, İstanbul 2001(Eren, Borçlar Hukuku), sh.580; Kırca, Bilgi Vermeden Dolayı Sorumluluk, sh.9.

¹⁸² Kırca, Bilgi Vermeden Dolayı Sorumluluk, sh.9.

¹⁸³ Oğuzman-Öz, Borçlar Hukuku, sh.492.

göstermektedir. Ancak maddede hukuka aykırılığın belirlenmesi bakımından bir kıstas verilmemiştir¹⁸⁴. Bu konuda sübjektif hukuka aykırılık teorisi ve objektif hukuka aykırılık teorisi olmak üzere başlıca iki görüş bulunmaktadır. Türk-İsviçre hukukunda **objektif hukuka aykırılık teorisi** hâkimdir¹⁸⁵.

Objektif teoriye göre¹⁸⁶, “zarar verici bir davranışın hukuka aykırılığı, sadece bu davranışın kendisine, niteliğine göre değerlendirilemez. Başka bir anlatımla, başkasına zarar verme olgusu tek başına hukuka aykırılığı oluşturamaz. Zira toplum halinde bir arada yaşamak zorunda olan kişilerin olağan hareket ve faaliyetleri çoğu zaman başkaları için zararlı sonuçlar doğurabilir. Bu sebeple hukuka aykırılığın belirlenmesinde **zarar verme olgusu değil**, failin davranışı esas alınmalıdır. Hukuk düzeni, herkese belirli şekilde davranma ödevi yüklemiştir. Bu ödev, başkalarına **zarar vermeme ödevidir**. Hukuk, kişilerin toplum halinde bir arada yaşamalarını genel davranış kurallarıyla düzenlemiştir. Bu bakımdan hukuka aykırılık, ancak başkalarına zarar vermeyi yasaklayan ya da zararlı sonucu önlemek amacıyla belirli bir davranışı emreden genel bir davranış kuralının ihlâli halinde gerçekleşir”.

Objektif teoriye göre **hukuka aykırılık**, kişilerin **mutlak hukukî değerlerine** (mal ve şahısvarlıklarına) zarar verme yasağının ihlâl edilmesidir. Zarar verenin, zarar görenin mutlak bir hakkını ihlâl eden her fiili, hukuka uygunluk sebeplerinin varlığını ispat edememesi halinde, hukuka aykırıdır¹⁸⁷.

Mutlak hukukî değerler hayat, vücut bütünlüğü, sağlık, eşya, fikrî ürünler gibi üzerinde mutlak hak bulunan değerlerdir. Bir kişi genel bir yükümlülüğü ihlâl eder, özellikle zarar görenin hayat, vücut bütünlüğü, sağlık veya sosyal kişiliği gibi kişisel hakkına ya da mülkiyet veya fikrî hakkına zarar verme yasağını ihlâl ederse, hukuka aykırı davranmış olur¹⁸⁸. Mutlak hakları, üçüncü kişilerin saldırıları ve müdahalelerine kar-

¹⁸⁴ Burada hakime hukuka aykırılığı belirleme konusunda geniş serbesti veren, genel bir kural söz konusudur. Bk. Tandoğan, Türk Me’uliyet Hukuku, sh.17.

¹⁸⁵ Oğuzman-Öz, Borçlar Hukuku, sh. 494, Eren, Borçlar hukuku, 569-570; Tandoğan, Türk Mes’uliyet Hukuku, sh.18.

¹⁸⁶ Eren, Borçlar Hukuku, sh.567-568.

¹⁸⁷ Eren, Borçlar Hukuku, sh.569.

¹⁸⁸ Eren, Borçlar hukuku, sh.570; Oğuzman-Öz, Borçlar Hukuku, sh.494; Tandoğan, Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, sh.477.

şı doğrudan doğruya korumayı amaçlayan davranış normlarına, “**temel koruma normları**”¹⁸⁹ denmektedir.

Temel koruma normlarından birine aykırı davranmak suretiyle mutlak hakları ihlâl eden her davranış, hukuka aykırıdır. Diğer bir anlatımla zarar verici davranış bizzat yasaklanmış olmasa bile, mutlak bir hakkın ihlâli, hukuka aykırılık teşkil etmektedir.¹⁹⁰ Burada mutlak hakkın niteliği icabı, mutlak hakkı ihlâl etmeme konusunda herkese düşen bir ödev söz konusudur¹⁹¹.

3- Normun koruma amacı teorisi ve saf malvarlığı zararlarının tazmini

a) Genel olarak

Objektif hukuka aykırılık teorisine göre, üzerinde mutlak hak bulunmayan diğer değerlere zarar verme ve böylece saf malvarlığı zararı oluşturma durumunda hukuka aykırılığın söz konusu olması için, bu değerleri koruma amacı güden bir normun ihlâl edilmesi gerekir. Diğer bir anlatımla, ihlâl edilen davranış kuralının koruma amacıyla, zarar gören hukukî varlık, mamelekî menfaat arasında bir bağ bulunmalıdır. Üzerinde mutlak hak bulunmayan diğer menfaatleri (mamelekî menfaat) koruyan davranış kurallarına **özel koruma normu** (koruma normu veya davranış normu) denmektedir¹⁹². Türk-İsviçre hukuk sisteminde hâkim olan ve Yargıtay tarafından da benimsenen görüş budur. Hukuka aykırılığın gerçekleşmesi için malvarlığını **özel olarak koruyan** bir normun ihlâlinin aranması “**normun koruma amacı teorisi**”¹⁹³ veya “**hukuka aykırılık bağı**”¹⁹⁴ olarak nitelenmektedir¹⁹⁵.

¹⁸⁹ Eren, Borçlar hukuku, sh.575-576. Temel koruma normları; (a) başkasını öldürme yasağını; (b) başkasının vücut (ruh ve beden) bütünlüğünü; (c) kişiliğini; (d) aynî hak (özellikle mülkiyet hakkı) ve zilyedliğini ihlâl yasağını içeren normlardır. Doktrinde bu 4 temel norma dürüstlük kuralına aykırı davranma yasağını içeren normları da ilâve eden görüş bulunmaktadır (bu yönde kabul için bk.Eren, Borçlar Hukuku, sh.577). Ancak dürüstlük kuralına aykırılığın hukuka aykırılık oluşturup oluşturmayacağı tartışmalıdır.

¹⁹⁰ Eren, Borçlar hukuku, sh.576.

¹⁹¹ Oğuzman-Öz, Borçlar Hukuku, sh.495.

¹⁹² Eren, Borçlar Hukuku, sh.578-579.

¹⁹³ Eren, Borçlar Hukuku, sh.581.

¹⁹⁴ TANDOĞAN, H.: Hukuka Aykırılık Bağı, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu (Ankara 21-22/Ekim/ 1977), İstanbul 1980 (sh.5-27), sh.9.

¹⁹⁵ Normun koruma amacı teorisi ya da hukuka aykırılık bağı teorisinin, haksız fiilin hukuka aykırılık unsuru içinde mi yoksa ayrı bir unsur olarak mı değerlendirilmesi konusu tartışmalıdır. Bk. Eren, Borçlar Hukuku, sh.581; Tandoğan, Hukuka Aykırılık Bağı, 23, 27.

Malvarlığını *erga omnes* koruyan bir norm yoktur¹⁹⁶. Çünkü malvarlığı mutlak bir hukukî değer değildir. Bir kimsenin malvarlığı üzerinde mutlak bir hakkı olmadığı için, bunun ihlâli mutlak bir hakkın değil, ekonomik bir menfaatin ihlâli sonucunu doğurur. Sadece malvarlığına zarar vermek tek başına hukuka aykırılık oluşturmaz. Malvarlığına zarar verme, ancak hukuk düzeni tarafından cezalandırıldığı durumlarda hukuka aykırılık oluşturur. O halde bir davranış kuralının ihlâlinin BK.41/I'e göre hukuka aykırılık teşkil edebilmesi için, bu kuralın zarar görenin mutlak bir hakkını veya ekonomik bir menfaatini korumaya yönelmiş olması gerekir¹⁹⁷.

b) Saf malvarlığı zararlarının tazmini için malvarlığını koruyan özel bir koruma normu bulunmalıdır

Saf malvarlığı zararları açısından özel koruma normlarının bulunması, hukuka aykırılığın kurucu unsurudur. Özel koruma normuna aykırılık yoksa, malvarlığının korunması söz konusu değildir¹⁹⁸.

Objektif hukuka aykırılık teorisine göre saf malvarlığı zararları, kural olarak, haksız fiil korumasından yararlanmaz¹⁹⁹. Saf malvarlığı zararları-

¹⁹⁶ Kırca, Bilgi Vermeden Dolayı Sorumluluk, sh.16.

¹⁹⁷ Eren, Borçlar Hukuku, sh.581.

¹⁹⁸ “Haksız fiil hukukunun konusu; serbest faaliyet alanlarının, genel hukuka aykırılık veya ahlâka aykırılık ile bulunan etik minimum ölçüsü ile sınırlandırılmasıdır. Bu ölçü, Anayasa’da yer alan mutlak hakları ihlâl ederek zarar verme halinde, hukuka aykırılığın kural olarak kabul edilmesi; buna karşılık mutlak haklar dışındaki hakları ihlâl sonucu verilen saf malvarlığı zararlarında ise, istisnaen, yani bu konuda özel bir koruma normunun bulunduğu durumlarla sınırlandırılması suretiyle belirlenmiştir.”Bk.Kırca, Bilgi Vermeden Dolayı Sorumluluk, sh.217.

¹⁹⁹ Objektif hukuka aykırılık teorisine göre, saf malvarlığı zararlarının haksız fiil hükümlerine göre tazmininin kural olarak reddedilmesinin sebepleri şöyle özetlenebilir: “Malvarlığı bir mutlak hak değildir, mutlak olarak korunan değerler arasında da bulunmamaktadır. Mutlak olarak korunan hukukî değerler Anayasada güvence altına alınmış ve ihlâlleri ceza kanununda daha ağır yaptırımlara bağlanmıştır. Bu hakların neler olduğunun sınırlı bir şekilde belirlenmesi, potansiyel zarar verecek olan kişilerin bunların ihlâlinin tehlike doğuracağını daha iyi görmelerine ve böylece bu tehlikeyi engelleyebilmelerine imkân verir. Saf malvarlığı zararlarının genel haksız fiil korumasından yararlanamamasının temelinde, zarar vereni önceden görülemeyecek ve sınırları belli olmayan tazminat talepleri ile karşı karşıya kalmaktan korumak bulunur. Bir hukuk düzeni, kişinin kendi varlığını serbestçe geliştirmesini en önemli amaçları arasında sayıyor ve rekabet ilkesine birçok alanda özel bir önem veriyorsa, bunun sonucunda malvarlığına sınırsız bir haksız fiil koruması getiremez”.Bk. Kırca, Bilgi Vermeden Dolayı Sorumluluk, sh.18-19.

nın BK.m.41/I'e göre tazmin edilebilmesi için mutlaka zarar verenin, zarar görenin malvarlığını somut olayda gerçekleştiği gibi bir zarar vermeden korumayı amaçlayan bir **koruma normunu** (davranış normunu) ihlâl etmesi gerekir²⁰⁰.

Malvarlığını koruyan normların kamu hukukunda ya da özel hukukta yer alması fark etmez. Bununla birlikte mutlak haklar açısından koruma normlarının mutlaka yazılı olması gerekmezken²⁰¹, malvarlığının korunması açısından, **yazılı olmayan hukukun** ihlâl line dayanan tehlike ilkesi (veya genel davranış yükümleri)²⁰² koruma normu olarak kabul edilmemektedir²⁰³. Ay-

²⁰⁰ SEROZAN, R.: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm), C.3, B.4, İstanbul 2006, (Serozan, İfa), § 23, N.I, sh.286; Kırca, Bilgi Vermeden Dolayı Sorumluluk, sh.20.

²⁰¹ Eren, Borçlar Hukuku, sh.573.

²⁰² Kendi davranışları ile tehlikeli bir durum yaratan veya tehlikeli durumun devam etmesine sebep olan kişilerin, bu yüzden diğer kişilerde meydana gelebilecek zararları önleyici tüm tedbirleri almaları gerekir. Başkalarına zarar verebilecek tehlikeli durumları yaratan kişilerin zararın doğmasını engellemek için gerekli tüm tedbirleri alma zorunluluğuna "tehlike ilkesi", bu konuda kişilere düşen yükümlere "tehlikeyi önleme yükümü" denilmektedir. Tehlike ilkesinden doğan sorumluluk, olumlu davranışlardan değil, kaçınma, yapmama gibi olumsuz davranışlardan kaynaklanır. "Genel davranış yükümleri", tehlikeyi önleme yükümlerini de içine alan daha geniş bir kavram olup, sadece zararın meydana gelmesini önlemekten kaçınma değil, zararın meydana gelmesine dolaylı davranışlarla da sebep olmama yükümlerini ifade etmektedir (bk.Kırca, Bilgi Vermeden Dolayı Sorumluluk, sh.46). İsviçre-Türk hukukunda hâkim görüşe göre; tehlike ilkesi (genel davranış yükümlerine aykırılık) hukuka aykırılığın belirlenmesinde değil, kusurlu olup olmamanın belirlenmesinde önem taşır. Tehlike ilkesi mutlak hukukî değerlerin kaçınma yoluyla ihlâli durumunda bir anlam ifade eder. Oysa mutlak hukukî değerlerin ihlâli halinde hukuka aykırılık, kural olarak, sadece aktif davranışlarla yapıldığı takdirde kabul edilir. Başkalarını zarardan korumak için davranışta bulunma yükümü, genel olarak kabul edilmemiştir. Kaçınma yoluyla hukuka aykırılık, sadece kanun (başkalarını zarardan korumak için) davranışta bulunma konusunda koruma hükümleri içerdiği takdirde kabul edilmektedir. İsviçre-Türk hukukundaki tehlike ilkesi, Alman hukukunda tehlikeyi önleme yükümlerine tekabül etmektedir. Bu yükümler, Alman hukukunda BGB § 823/I'de sınırlı olarak sayılmış hukukî değerlerin (mutlak hukukî değerler) kaçınma veya dolaylı davranışlarla (örneğin, çocuklara havai fişek satılması, sıçraması muhtemel bir ateş yakılması) ihlâli halinde sorumluluğun kabul edilmesini sağlayan bir fonksiyona sahip olup, BGB § 823/I'de yer alan kusurla, hukuka aykırı hareketle zarar vermenin somutlaştırılmasına hizmet ederler. BGB § 823/II'ye göre ise, § 823/I'de sayılan değerler dışındaki değerlerin ihlâlinin hukuka aykırı olması için, özel koruma normları ile bu değerlerin korunmasını amaçlaması gerekir.Bk. Kırca, Bilgi Vermeden Dolayı Sorumluluk, sh.47-49.

²⁰³ Kırca, Bilgi Vermeden Dolayı Sorumluluk, sh.20, 47.

rıca koruma normu ya sadece bireysel korumayı amaçlamalı ya da amaçlarından en azından biri zarar görenin korunması olmalıdır. Diğer bir anlatımla sadece genelin korunmasını hedefleyen bir koruma normu söz konusu ise, saf malvarlığı zararlarının tazmini mümkün değildir²⁰⁴. Bu anlamda bir normu koruma normu olarak kabul etmek için, malvarlığının birinci derecede ve doğrudan doğruya söz konusu normun korunan değeri olarak kabul edilmesi gerekir. Malvarlığının sadece tesadüfen korunuyor olması, bir normun koruma normu olarak kabul edilmesi için yeterli değildir²⁰⁵.

c) Saf malvarlığı zararlarının BK.m.41/II uyarınca tazmini mümkündür.

Saf malvarlığı zararlarının BK.m.41/II uyarınca tazmin edilmesi mümkündür²⁰⁶. Ancak bunun için zararın ahlâk kurallarına aykırı bir davranışla kasten verilmiş olması aranır. Ahlâka aykırı ve kasıtlı olarak zarar verilmesi halinde, ihlâl edilen değer ve meydana gelen zararın türüne bakılmaksızın, haksız fiil sorumluluğu ortaya çıkar.

4- Üçüncü kişilerce gemi tasnif kuruluşlarına yöneltilebilecek saf malvarlığı zararlarının tazmin talebi bakımından değerlendirme

Türk haksız fiil hukukuna göre, saf malvarlığı zararı söz konusu olduğunda,

- malvarlığını koruyan özel bir koruma normu bulunmadığı veya,
- kasıtlı ahlâka aykırı bir zarar verme söz konusu olmadığı sürece haksız fiil sorumluluğu gerçekleşmez.

Gemi tasnif kuruluşlarının üçüncü kişilerin uğradıkları saf malvarlığı zararlarının tazminini öngören özel bir koruma normu bulunmamaktadır.

²⁰⁴ Kırca, Bilgi Vermeden Dolayı Sorumluluk, sh.20.

²⁰⁵ Örneğin ceza hukukunda bulunan yaşamın, sağlığın veya mülkiyetin korunmasına yönelik normlar, doğrudan doğruya malvarlığının korunmasına yönelik olmadıklarından bu normların ihlâli saf malvarlığı zararlarının tazminine yol açmayacaktır. Bk.Kırca, Bilgi Vermeden Dolayı Sorumluluk, sh.21.

²⁰⁶ Kırca, Bilgi Vermeden Dolayı Sorumluluk, sh.20; Serozan, İfa, § 23, N.I, sh.286-287. BK.m.41/II hükmü Alman Medeni Kanun BGB § 826'dan esinlenerek alınmıştır. Bk. Eren, Borçlar Hukuku, sh. 853.

Bu bakımdan BK.m.41/I hükmüne göre saf malvarlığı zararlarının tazmini mümkün değildir.

Gemi tasnif kuruluşlarının düzenledikleri belgelerde kayıtlı bilgiler sebebiyle üçüncü kişilerde meydana gelen saf malvarlığı zararlarının tazmini ancak BK.m. 41/II hükmündeki şartlar gerçekleştiği takdirde haksız fiil hükümlerine dayanılarak talep edilebilir. Çünkü saf malvarlığı zararlarının, yukarıda işaret edildiği üzere, BK.m.41/II hükmüne göre tazmini mümkündür. Ne var ki bu madde hükmünde aranan nitelikli, özel kastın varlığını kanıtlamak ise hemen hemen olanaksızdır²⁰⁷. Kaldı ki gemi tasnif kuruluşlarının vermiş olduğu yanlış veya yanıltıcı bilgi, genellikle tasnif kuruluşunun kusuruyla meydana gelmektedir. Bu durumda esasen BK.m.41/II açısından haksız fiil hükümlerinin şartları gerçekleşmemiş olacağından, haksız fiil sorumluluğuna da başvurulamayacaktır.

IV- SAF MALVARLIĞI ZARARLARININ TAZMİNİ AÇISINDAN GEMİ TASNİF KURULUŞUNUN ÜÇÜNCÜ KİŞİYE KARŞI SORUMLULUĞUNUN SÖZLEŞME SORUMLULUĞU HUKUKUNA TABİ KILINMASI

Gemi tasnif kuruluşlarının sözleşme dışı sorumluluğu Türk hukukunda, yukarıda belirtildiği gibi BK m.41 vd. uyarınca söz konusu olabilir. Tasnif kuruluşu sövreyörünün eylemlerinden dolayı da BK m.55 uyarınca (adam çalıştıran sıfatıyla) sorumlu tutulabilir. Ancak sözleşme dışı sorumluluk halinde, can zararları ve eşya zararlarının tazmini söz konusu olursa da, saf malvarlığı zararlarının tazmini, -BK.m.41/II hali dışında- hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmiş sayılmayacağı için mümkün olmayacaktır.

Üçüncü kişinin, uğradığı zararın tazminini elde edebilmek için, taraf olmadığı bir sözleşmeye dayanarak, sözleşmeden doğan sorumluluk hükümlerine (BK.m.96 vd.) başvurabilmesi de, – üçüncü kişi lehine sözleşme hükmü (BK.m.111) saklı kalmak üzere- sözleşmenin nisbîliği ilkesi uyarınca imkân dahilinde değildir.

Şüphesiz ki, haksız fiil sorumluluğu ve sözleşme sorumluluğu şartlarının gerçekleşmemesi sebebiyle ortaya çıkan, yanlış veya yanıltıcı bilgi

²⁰⁷ Serozan, İfa, § 23, N.I, sh.287.

veren üçüncü kişiye karşı sorumlu olmaması, zarar gören üçüncü kişinin zarara katlanması gerektiği şeklinde bir sonucun adil ve haklı görülmesi mümkün değildir. Bu bakımdan “meslekî konumu veya bilgi ve tecrübesi ile güvenilir bir durum yaratan ve yarattığı bu güven dolayısıyla üçüncü kişinin kendisine zarar verebilecek tasarruflarda bulunabileceğini öngören ve buna rağmen, gerekli özeni göstermeyerek zarara sebep olan kişi, üçüncü kişinin uğradığı zararları tazmin etmelidir”²⁰⁸ düşüncesi ekseninde bilgi verenlerin üçüncü kişiye karşı sorumlu olması gerektiği hususunda genel bir görüş birliği oluştuğu gözlenmektedir.

Bilgi verenlerin üçüncü kişiye karşı sorumlu olduğu kabul edilmekle birlikte bu sorumluluğun hukukî temelini Alman hukukunda da tartışmalı olduğu anlaşılmaktadır.

Gemi tasnif kuruluşunun, “Culpa in contrahendo” veya “ürün sorumluluğu” hakkındaki kurallar uyarınca sorumlu tutulması pek mümkün görünmemektedir. Tasnif kuruluşlarının culpa in contrahendo uyarınca sorumlu tutulmaları, Alman hukukunda dahi çok tartışmalıdır ve bu çözüm lehinde ileri sürülen gerekçelerin Türk hukukunda da geçerli olabileceğini ileri sürmek pek mümkün görünmemektedir. Klas belgesini ürün kabul edip, klas kuruluşunu ürün sorumluluğuna ilişkin kurallara tâbi tutmak ise yapay bir çözümdür.

Gemi tasnif kuruluşlarının üçüncü kişiye verdikleri bilgiden dolayı meydana gelen saf malvarlığı zararlarının tazmini konusunda Türk hukuku açısından uygulanması mümkün görüş, kanaatimizce, “üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme” görüşüdür. Bu görüş Yargıtay tarafından da kabul görmüştür²⁰⁹. Bu karar doktrinde de isabetli ve olumlu karşılanmıştır²¹⁰. Eğer mahkemeler gemi tasnif kuruluşlarının üçüncü kişilere karşı sorumluluğu bakımından da bu yola gittikleri takdirde, davacının eşdeğer bir zarar giderim imkânına sahip olup olmadığı, korumaya değer sayılıp

²⁰⁸ Kırca, Bilgi Vermeden Dolayı Sorumluluk, sh.218.

²⁰⁹ HGK, 6.5.1992, E.12-13, K.1992/315, Yargıtay Kararları Dergisi 1992, C.18, S.8, sh.1176. Karara konu olayda, tüp satıcısı olan davalının sattığı tüpün bozuk olması ve gaz kaçırması nedeniyle alıcının talebi üzerine eve gelen davacı, gerekli önlemleri almak isterken gaz kaçağı sonucu tüp patlamış ve davacı yaralanmıştır.

²¹⁰ ATAMER, Y.: Üçüncü Kişinin Uğradığı Zararların Sözleşmesel Sorumluluk Kurallarına Göre Tazmini, Yargıtay Dergisi, 1996, S.1-2, sh.99 vd; ŞENOCAK, Z.: Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu, Ankara 1995, sh.289.

sayılmayacağı gibi üçüncü kişiye etkili sözleşme uyarınca talepte bulunma şartlarının varlığının dikkatle araştırılması lâzım gelmektedir. Bu hususta görev ve sorumluluk ve takdir şüphesiz bütünüyle mahkemelere ait bulunmaktadır.

Gemi tasnif kuruluşlarının üçüncü kişiye karşı sorumluluğunda “üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme” hükümleri uygulandığında, sözleşme sorumluluğu hükümleri kıyasen uygulanır (BK.m.96 vd.) Kusur karine olarak kabul edilir, yardımcı kişilerin sorumluluğunda BK.m.100, zamanaşımında BK.m.125 esas alınır.

SONUÇ

Mukayeseli çalışmamızdan gerek İngiliz hukukunda gerekse de Alman hukukunda baskın eğilimin, gemi tasnif kuruluşlarının üçüncü kişiler karşısındaki sorumluluğunu genişletmeme yönünde olduğu gözlemlenmektedir. İngiliz hukukunda, özen yükümünün varlığını kabul için zorunlu yakınlık ilişkisi ve zararın öngörülebilir olma şartları gerçekleştiğinde dahi, özen yükümü yüklemenin “haklı adil ve makûl” olmayacağı gerekçesiyle üçüncü kişilerin tazminat taleplerinin reddedildiği görülmektedir. Şüphesiz son unsur, mahkemelere geniş bir takdir yetkisi tanımaktadır.

Alman hukukunda da doktrinde üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin şartları gerçekleştiğinde dahi, - bilhassa gemi satın alan kişinin tasnif kuruluşu ile doğrudan temasta bulunduğu hallerde - bu kez donatan ile gemi tasnif kuruluşu arasındaki sözleşmenin amacının gemi güvenliğini sağlamak olduğu öne sürülerek, saf malvarlığı zararlarının tazmin yolunu açmamak yönünde eğilimin bulunduğu gözlenmektedir.

Gemi tasnif kuruluşlarına karşı üçüncü kişilerce yöneltilen taleplerin esasen geminin elverişliliğini sağlamanın donatanın devredilemez aslî borcu olduğu, gemi tasnif kuruluşlarını da sınırlı sorumluluk sisteminden yararlandırmadan üçüncü kişilere saf malvarlığı zararlarının tazmini için dava hakkı tanımının tasnif kuruluşlarının sorumluluğunu aşırı ölçüde ağırlaştıracağı, sorumluluk sigortasıyla kendisini koruyacak olan tasnif kuruluşunun sigorta masraflarını donatan ile arasındaki sözleşmeye yansıtacağı, bunun da navlun piyasasında ücretlerin artmasına sebep olacağı şeklindeki ekonomik gerekçelerle reddedildiği görülmektedir.

Neticeten, gerek İngiliz hukukunda özen yükümünün uygulanma şartları gerekse de Alman hukukunda üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme şartları gerçekleşse dahi, neticede üçüncü kişilerin saf malvarlığı zararlarının tazmin taleplerinin kabul etmeme yönündeki eğilim açıkça saptanmaktadır.

Buna karşılık Amerikan hukukunda; gemi tasnif kuruluşlarının üçüncü kişiye karşı sorumluluğunun, İngiliz hukuktan farklı olarak, yanlış bir görünüm sunmaya dayalı haksız fiil sorumluluğu temelinde kabul edildiği gözlenmektedir.

Yargıtay üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeyi kabul etmiştir. Ancak karara konu olayda cismani bir zarar meydana gelmiştir. Ayrıca uyumsuzlukta, tüp satıcısının, karşı sözleşeni (alacaklı) ile arasındaki sözleşmeden doğan koruma yükümünün tüpün bozuk olması ve gaz kaçırması nedeniyle eve gelen davacıya teşmili söz konusudur. Dolayısıyla bu kararın gemi tasnif kuruluşlarının verdikleri bilgi sebebiyle ortaya çıkan saf malvarlığı zararlarının tazmini bakımından emsal teşkil edebileceği şüphelidir.

İsveç Parlamentarizminde Koalisyonların Dinamikleri

Arş. Gör. Şule SÖKÜCÜ*

GİRİŞ

Günümüzde var olan hükümet sistemlerinden hangisinin daha demokratik olduğu tartışılacaktır¹ parlamenter sistemlerin sayıca üstün olduğunu belirtmek mümkün görünmektedir. Bu sistemlerin yaygın olarak görülmesinin muhtemel bir nedeni de parlamenter sistemlerin formülünün açık bir biçimde ortaya konamamış olmasıdır. Zira bu sistemlerin temeli, yasama ve yürütme arasında ılımlı kuvvetler ayrılığına ve bir anlamda kuvvetlerin işbirliğine dayanır². İktidarı bu şekilde paylaşma, yayılmayı ve yaygınlığı ifade etmekte ve kimin neyi, kiminle, ne şekilde ve ne dereceye kadar paylaşacağı sorusunu gündeme getirmektedir³. Bu iktidar paylaşımı ise uygulandığı ülkelerdeki tarihi gelişmeler, toplumun sosyo-kültürel ve ekonomik yapısı gibi unsurların üzerine inşa edildiğinde çok geniş bir çeşitlilik yelpazesine imkan vermektedir.

* Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

1 Parlamenter sistemlerin başkanlık sistemlerinden daha demokratik olduğu yönündeki bazı görüşler için bakınız: Bruce Ackerman, "The New Separation of Powers", **Harvard Law Review**, Cilt.113, Sayı.3 (Ocak 2000), ss.633-642; Hiroi Taeko ve Sawa Omori, "Perils of Parliamentarism? Political Systems and Stability of Democracy Revisited", **Democratization**, Cilt.16, Sayı.3 (Haziran 2009), ss.485-507. Karşı görüş için bakınız: Steven G. Calabresi, "The Virtues of Presidential Government: Why Professor Ackerman is Wrong to Prefer the German to U.S. Constitution?", **Constitutional Commentary**, Cilt.18, Sayı.1 (Ocak 2001), ss.51-54.

2 Erdoğan Teziç, **Anayasa Hukuku Genel Esaslar**, 1.Basım, İstanbul: Beta yayınları, 2005, s.405.

3 Giovanni Sartori, **Anayasa Mühendisliği Yapılar, Özendiriciler ve Sonuçlar Üzerine Bir İnceleme**, Ergun Özbudun (çev.) Ankara: Yetkin Yayınları, 1997, s.139.

Bu çeşitlilik, nisbi temsil sisteminin de seçim sistemi olarak kabul edilmesi neticesinde daha da girift bir hale gelmiştir. Her ne kadar nisbi temsil sisteminin siyasal sistemlerin aktörü olan siyasal partilerin sayısını etkileyen tek faktör olduğu söylenemez⁴ ise de çoğunlukçu seçim sistemlerinden daha fazla sayıda partiyi parlamentoya getirdikleri ortadadır. Çoğunlukçu seçim sistemlerindeki kaybedenin her şeyi kaybetmesi kuralına karşılık; 20.yüzyılın bir normu olarak karşımıza çıkan çok partili siyasal hayatın ve tercih edilen nisbi temsil sisteminin etkisiyle, bazen sadece birkaç yüzdelik dilim kaybeden yani aslında çok sayıda kazananın olduğu seçim sonuçları gündeme gelecektir ki bu durum, hiçbir partinin ülkeyi tek başına yönetecek çoğunluğa sahip olamaması sorununu doğuracaktır. Bu noktada, yasama ve yürütme ortaklıkları olan koalisyon ihtimali ile karşılaşmaktayız. Hatta daha da ileri giderek, parlamenter sistemlerin bir kısmında bu ihtimalin kural, tek parti iktidarlarının istisna olduğunu söylemek pek abartılı görünmemektedir.

Bu çalışmamızda koalisyon hükümetlerinin veya azınlık hükümeti dahi olsalar parlamentoda gerekli çoğunluğa sahip olmak için bir tür işbirliğinin sıklıkla görüldüğü, ayrıca parlamenter sistemlerin en eski uygulamalarından birine de sahip olan İsveç örneğinde, koalisyonun parametrelerinden sonuçlarına doğru bir inceleme yapmaya çalışacağız. İsveç'i değerlendirirken önemli anayasa değişikliklerinin tamamlandığı 1975 yılından sonraki gelişmeleri esas alacağız. Ayrıca, parametreler üzerinde yapacağımız inceleme sadece koalisyonlara yapacakları muhtemel etkiler ile sınırlandırılmıştır. İncelememize başlamadan önce temel alacağımız İsveç'in anayasal düzenlemelerini belirtmek yararlı olacaktır. İsveç Anayasası sayılan dört düzenlemeden biri olan Hükümet Senedi 1.Bölüm 3.maddesine göre; *Hükümet Senedi, Veraset Kanunu, Basın Özgürlüğü Kanunu, İfade Özgürlüğü Hakkındaki Kanun; ülkenin en önemli kanunlarıdır.* Bu maddede sayılan kanunlar İsveç Anayasası'nı oluşturmaktadır. Bunlar dışında İsveç parlamentosunun adını taşıyan *Riksdag Kanunu*'nun anayasal belge olmamakla birlikte diğer kanunlardan daha üstün bir konumda olduğu belirtilmektedir⁵.

4 Giovanni Sartori, "The Party Effects of Electoral Systems", Larry Diamond ve Richard Gunther (Ed.), **Political Parties and Democracy** içinde (90-105), Maryland: The Johns Hopkins University Press, 2001, s.101.

5 İsveç Parlamentosu Resmi Sitesi, http://www.riksdagen.se/templates/R_Page_5562.aspx (19.12.2009).

I. KOALİSYONUN PARAMETRELERİ

A. PARLAMENTER SİSTEMLERİN TANIMI

Parlamenter sistemler, uygulandığı ülkelerdeki siyasal uygulamalara, alışkanlıklara, anayasal teamüllere ve siyasi partilere büyük bir uyum yeteneği göstermektedir⁶. Bu nedenle, tanımı konusunda doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Kimi yazarlarca yürütme iktidarının yasama iktidarından kaynaklandığı, ona karşı sorumlu olduğu ve kabinenin kolektif, işbirliği içinde olduğu anayasal demokrasi tipi olarak adlandırılırken⁷ kimilerince, hükümetin yasamaya karşı siyasal sorumluluğunun var olması, yeterli bir kriter olarak görülmektedir⁸.

Yine de geleneksel olarak parlamenter sistemlerin gösterdiği dört özellik açısından İsveç'i değerlendirmek yerinde olacaktır. Bu özellikler; yürütmenin iki başlılığı, devlet başkanının siyasi açıdan sorumsuzluğu, bakanların, yasama organına karşı siyasal sorumlulukları ve yürütmenin yasamayı fesih yetkisidir⁹.

B. YASAMA

Parlamenter sistemlerin demokratik olması; seçimle yeni bir iktidarın gelmesi, yasamanın yürütmeden desteğini çekme hakkına sahip olması ve yerine yeni bir hükümeti getirebilecek olmasına bağlanır. Bu noktada yasamanın en önemli işlevi, adeta bir mahkeme gibi, yürütmenin yaptıklarını ve yapacaklarını sürekli denetlemek olarak göze çarpmaktadır¹⁰. İsveç örneğinde yasama organı, seçim sistemi ve parlamentonun denetim mekanizmaları bağlamında değerlendirilecektir.

⁶ Mehmet Turhan, **Hükümet Sistemleri ve 1982 Anayasası**, 1.Basım, Diyarbakır: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1989, s.45.

⁷ Arend Lijphart, **Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries**, New Haven: Yale University Press, 1999, s.117.

⁸ Kaare Strom, "Delegation and Accountability in Parliamentary Democracies", **European Journal of Political Research**, Cilt.37, Sayı.3 (Mayıs 2000), s.266.

⁹ Teziç, s.407.

¹⁰ Michael Laver ve Kenneth A. Shepsle (Ed.), **Cabinet Ministers and Parliamentary Government**, Cambridge: Cambridge University Press, 1994, s.3.

a. Nisbi Temsil ve Seçim Sistemi

Nisbi temsil sistemlerinde partilerin elde edecekleri milletvekili sayısını aldıkları oy oranına göredir. Nisbi temsilin orantılılığının sadece oyların sandalyelere dönüştürülmesi formülüyle belirlendiğini varsaymak yanlıştır. Bu nedenle, İsveç örneği, Lijphart'ın bize sunduğu beş unsur olan seçim formülleri, seçim çevrelerinin büyüklüğü, ek sandalyelere ilişkin kurallar, seçim barajları ve oy pusulalarının niteliği açısından incelenecektir¹¹.

İsveç'te demokratik sistemlerin çoğunda olduğu gibi, liste sistemi uygulanmaktadır. Buna göre; partiler çok isimli seçim çevrelerinde aday listeleri gösterirler, seçmelerin bu parti listelerinden birine oy vermeleri sonucunda sandalyeler partilerin topladıkları oy sayısı ile orantılı olarak bu listelere dağıtılır¹². Nisbi temsil sistemlerinde sandalyelerin paylaşılması kesirli sayılarla olamayacağından, bu ülkede Sainte Lague adı verilen yaklaşım yöntemini uygulamaktadır. Bu yöntem, d'Hont yöntemi-ne kıyasla küçük partiler lehine bir sonuç çıkarmaktadır¹³.

Seçim çevresinin büyüklüğü o çevreden seçilecek milletvekili sayısını ifade eder ve seçim çevresi büyüdükçe daha geniş bir orantılılık sağlanacak bu durum da küçük partiler için avantaj sağlayacaktır. Yani seçim çevresi ne kadar geniş olursa orantılılık da o kadar yüksek olacaktır¹⁴. İsveç yirmi dokuz seçim çevresine bölünmüştür. Aralık 2008 sayımlarına göre 9.256.347 nüfusa sahip İsveç'in, parlamento seçimlerinde yirmi dokuz seçim çevresine¹⁵ bölünmesinin orantılılığı sağlayamayacağı düşünülebilirse de hem milletvekili sayısının fazla olması hem de ek milletvekil-

11 Arend Lijphart, **Çağdaş Demokrasiler: Yirmibir Ülkede Çoğunlukçu ve Oydaşmacı Yönetim Örüntüleri**, Ergun Özbudun ve Ersin Onulduran (çev.), Ankara: Yetkin Yayınları, 1996, s.132.

12 Hükümet Senedi 3.Bölüm, 8.maddesine göre; Her seçim çevresindeki sonuçlar, seçim çevresinin sandalye sayısına göre, partiler arasında nisbi olarak dağıtılır.

13 Sartori, *Anayasa Mühendisliği Yapılar, Özendirciler ve Sonuçlar Üzerine Bir İnceleme*, s.21; aksi görüş için bkz. Teziç, s.288.

14 Sartori, *Anayasa Mühendisliği Yapılar, Özendirciler ve Sonuçlar Üzerine Bir İnceleme*, s.21; Lijphart, *Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries*, s.152.

15 İsveç Parlamentosu Resmi Sitesi, http://www.riksdagen.se/webbnav/index_en.aspx?nid=107053&ordID=379&sokord=&bokstav=C (15.12.2009).

leri¹⁶ ile seçim çevrelerinin küçüklüğü sonucu olarak orantılılıkta görülen sapmalar düzeltilmeye çalışılmaktadır. İsveç Hükümet Senedi 3.Bölüm 8.maddesine göre; seçim çevrelerinden alınan oyla orantılı olarak üç yüz on milletvekili dağıtılır, daha sonra tüm ülke bir seçim çevresi kabul edilerek partilerin aldıkları oylar hesaplanır ve buna göre ek milletvekillikleri tekrar dağıtılır. Daha sonra bu iki farklı oy dağılımı karşılaştırılır¹⁷. İsveç'in tek bir seçim çevresi olarak kabul edildiği dağılımda daha fazla sandalye sayısını elde eden parti ek milletvekilliklerini de almaya hak kazanır. Parti ek milletvekilliklerini en yüksek oy aldığı seçim bölgesindeki sabit sandalye sayısına göre dağıtır. Eğer parti hiçbir seçim bölgesinde sabit sandalye sayısı elde edememişse belirli seçim bölgelerinde aldığı oylara göre ek milletvekillikleri dağıtılır. Ayrıca, ek milletvekilleri yine partilerin listelerinden adaylarla doldurulur¹⁸. Uygulanan bu yöntemin amacı, küçük seçim çevrelerindeki seçmen ve aday arasındaki yakın ilişkilerin sağladığı avantaj ile özellikle bütün ülkenin tek bir seçim çevresi kabul edilerek sağlanan daha yüksek bir orantılılığı bir araya getirmektir¹⁹.

Nisbi temsil sistemi çok küçük partilerin dahi temsilini kolaylaştırma eğilimindedir. Bu nedenle parti sisteminin parçalanmasını önlemek ve küçük partilerin parlamentoya girişlerine bir engel getirmek için birçok ülkede seçim barajı uygulanmaktadır. Seçim barajı, seçim çevrelerinde kazanılacak asgari bir milletvekili sayısı ve/veya toplam ulusal oyun belli bir asgari yüzdesi olarak tanımlanır²⁰. İsveç'te baraj yüzde dört olarak belirlenmiş²¹ ancak

¹⁶ Hükümet Senedi 3.Bölüm 6.maddesine göre; Parlamento belirlenmiş seçim çevresinden gelen üç yüz on ve otuz dokuz ek milletvekilinden oluşur.

¹⁷ Hükümet Senedi 3.Bölüm 8.maddenin devamı, bir çıkmazın ortaya çıkmasını engellemek için, şu şekilde düzenlenmiştir: Eğer bir parti, belirlenmiş seçim çevrelerine göre yapılan dağılımda tüm ülkenin bir seçim çevresi olarak kabul edildiği dağılımdan daha fazla milletvekili sayısı elde ederse o parti ve belirli seçim çevrelerinde elde ettiği milletvekili sayısı ek milletvekillikleri dağıtılırken göz ardı edilir.

¹⁸ The Swedish Institute Web Sitesi, www.sweden.se/upload/sweden.se/english/factsheets (15.12.2009).

¹⁹ Lijphart, *Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries*, s.152.

²⁰ Lijphart, *Çağdaş Demokrasiler: Yirmibir Ülkede Çoğunlukçu ve Oydaşmacı Yönetim Örüntüleri*, s.136.

²¹ Hükümet Senedi 3.Bölüm 7.maddesine göre; bütün ülkede en az yüzde dört oy alan parti milletvekili sandalyesi dağılımına dahil edilir.

yerel halkın verdiği oyun genel oy içinde kaybolmaması için Hükümet Senedi 3.Bölüm 7.maddesi ile bir istisna getirilmiştir. Buna göre, bir partinin yüzde dörtten daha az bir oy almasına rağmen belli bir seçim çevresinde en az yüzde on iki oy oranına sahip olması halinde yine de sandalye dağılımına katılacağı düzenlenmiştir.

İsveç'te uygulanan seçim sistemi hakkında değerlendirilmesi gereken son husus; oy pusulasının niteliğidir. İsveç'te seçmen oyunu tek bir partiye verecektir ancak parti listesinin kısmen açık olması nedeniyle listede yer alan isimlerden birine de oy verebilecek böylece kapalı liste uygulamasıyla ortaya çıkan parti denetiminden de kısmen sıyrılmış olacaktır.

Nisbi temsil sisteminin siyasi partiler üzerinde de etkileri vardır. Diğer seçim sistemlerine göre çok partili sistemi teşvik edici bir rol oynar²². Nitekim İsveç'te 2006 seçimlerinde toplam %5.62 oy alan ve parlamentoda temsil edilmeyen partilerin sayısı otuz dördür²³. Bu sistemin çok partili siyasal yaşama imkan verdiği gerekçesiyle hükümeti istikrarsızlığa sürükleyeceği gibi bir sonuca varmadan önce ülkenin toplumsal ve siyasi durumunun değerlendirilmesi gerekir. İsveç gibi, sistem aleyhtarı ve aşırı uçlarda partilerin bulunmadığı, merkezci eğilimlerin güçlü olduğu ve parti tabanlarının toplumsal bölünmeleri yansıttığı ülkelerde, istikrarsızlığa neden olmayan aksine bir partinin sürekli iktidarda kalmasını engellerek menfaatleri dengeleyen bir sistemdir²⁴.

b. Parlamentonun Denetimi

Yasamanın birtakım geleneksel işlevlerinin²⁵ yanı sıra günümüzde hem siyasi partilerin hem de farklı sosyal kategorilerdeki bireylerin hükü-

²² Lijphart, *Demokrasiler: Yirmibir Ülkede Çoğunlukçu ve Oydışmacı Yönetim Örüntüleri*, s.136; Sartori, *Anayasa Mühendisliği Yapılar, Özendiriciler ve Sonuçlar Üzerine Bir İnceleme*, s.46.

²³ İsveç Seçim Kurulu Resmi Sitesi, <http://www.val.se/val/val2006/slutlig/R/rike/ovriga.html> (17.12.2009).

²⁴ Vernon Bogdanor, *Democracy and Elections: Electoral Systems and Their Political Consequences*, Londra: Cambridge University Press, 1983, s.258; Aktaran: Turhan, s.67.

²⁵ Teziç bu işlevleri şu şekilde belirtmiştir: kanunları oylama, mali işlevi, bazı ülkelerde yürütmenin iki kanadının ayrı ayrı seçimle belirlenmesi veya İsveç'te olduğu gibi başbakanın parlamento tarafından belirlenmesi sonucunda ortaya çıkan dolaylı denetimi, yürütmenin siyasi sorumluluğuna gidebilmesi sonucunda ortaya çıkan doğrudan denetimi.

meti eleştirdiği, isteklerini iletmediği ve hükümetin gerçekleştirdiği politikayı izleyen bir denetim işlevi bulunmaktadır²⁶. Sıklıkla uygulanan ve başarılı olan koalisyonlar ile parlamentonun denetim işlevi arasında doğrudan bir bağlantı kurulamayacaksa da bu ülkelerde demokrasinin yerleşmiş olması, koalisyon ortaklarının birbirlerini denetleme ihtiyacı gibi nedenlerle çok çeşitli denetim mekanizmalarının bulunduğu görülmektedir. İsveç Hükümet Senedi'nin 12. Bölümü *Parlamentonun Kontrolü* başlığı altında da yasamanın bu özelliğinden hareketle; güvensizlik oyu, soru veya gensoru önergesi, Anayasa Komitesi, Ombudsmanlık ve Ulusal Denetim Kurumu konularını düzenlemektedir.

İnceleyeceğimiz ilk konu; güvensizlik oyu mekanizmasıdır. Buna göre; parlamentonun onda birinin güvensizlik oyu çağrısı üzerine²⁷, bir bakan veya hükümet aleyhine çoğunluk oyu ortaya çıkmadığı sürece, hükümet iktidarda kalmaya devam edecektir²⁸. İsveç'te 1980, 1996 yıllarında görevde bulunan sağ koalisyonlara karşı, 1998 ve 2002 seçimlerinden sonra göreve gelen Sosyal Demokrat Partisi azınlık hükümetine karşı yeni dönemin ilk haftası içinde güvensizlik oyu önerisi sunulmuş ve reddedilmiştir²⁹. Kaldı ki, muhalefet partileri güvensizlik oyu yoluyla bir kazanım elde etmeyi de ummamaktadır. Bu araçla hedeflenen, herhangi bir bakan veya kabineye karşı memnuniyetsizliğin açığa vurulmasıdır. Bununla birlikte, bir bakan veya başbakan güvensizlik oyu alma ihtimalini fark ettiği anda bu oy alınmadan harekete geçerek istifa edecektir. Bu duruma örnek olarak, 1988 yılında eleştirileri önlemek isteyen Adalet Bakanının istifası verilebilir³⁰. Açıklamaya çalıştığımız gibi, İsveç'te bir hükümetin parlamentoda hükmetmek için gerekli çoğunluğa sahip olup olmadığını test edebilmesi hakkında bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Sonuç

26 Teziç, 2009, 13.Bası, s.407.

27 Hükümet Senedi 12.Bölüm 4.maddesine göre; güvensizlik oyu çağrısı parlamentonun onda biri tarafından yapılmadığı sürece dikkate alınmaz.

28 Hükümet Senedi 6.Bölüm 5.maddesine göre; Eğer parlamento başbakan veya herhangi bir bakana güveninin devam etmediğini açıklarsa, Meclis Başkanı ilgili bakanı görevinden alır.

29 İsveç Parlamentosu Resmi Sitesi, http://www.riksdagen.se/upload/Dokument/bestall/engelska/Faktablad_E13.pdf (20.12.2009).

30 Torbjörn Bergman, "Sweden: From Separation of Power to Parliamentary Supremacy—and Back Again?", Kaare Strom, Wolfgang Müller, Torbjörn Bergman (Ed.) **Delegation and Accountability in Parliamentary Democracies** içinde (595-619), Oxford: Oxford University Press, 2003, s.602.

olarak bir hükümet hükmedebilmek için gerekli çoğunluğu kaybederse ya erken seçim yoluna gidecek ya da istifa edecektir. Ancak 1971'den günümüze kadar ilk kez, 1990 yılında açık olarak güvenoyu yoklaması yapılmıştır. Sosyal Demokrat azınlık hükümeti enflasyon ve büyüyen bütçe açığıyla baş edebilmek için hazırladığı ekonomik tasarruf paketinin kabul edilmemesi halinde istifa edeceğini beyan ederek varlığını tehlikeye atmıştır³¹. Nitekim güvenoyu alamamış ve resmi olarak görevi sona ermiş ancak alternatif bir kabinenin oluşturulamaması nedeniyle bir kabine krizinden sonra göreve devam etmiştir.

Soru ve gensoru önergeleriyle, güvensizlik oyu mekanizmasına nisbeten, daha sık karşılaşılmaktadır. 12.Bölümün 5.maddesine göre, her milletvekili bir bakan hakkında soru veya soru önergesi yoluna başvurabilmektedir. Bu yöntem olağan olarak muhalefet partisi üyelerince kullanılmaktadır. Milletvekilleri bu yolla hem bakanın belli bir konu üzerinde yoğunlaşmasını sağlamış olmakta hem de konuya medyanın dikkatini çekmiş olmaktadır. Bu yöntem bakan için de faydalıdır çünkü ilgili konuda bakanlık çalışanlarınca bilgilendirilmekte böyle bilgiye asimetrik bir yolla ulaşılmıştır³².

Uzlaşma demokrasilerinde bakanlar kadar etkin olan ve üyelerine siyasi uzmanlık kazandıran komiteler yer almaktadır. Bu komiteler oldukça geniş bir soruşturma yetkisine sahip olmalarına rağmen yeni kanun teklifi sunma yetkisine sahip değildir. Ancak parlamentoya sunulan kanunlarda değişiklik önerisi getirebilmektedir. Komiteler, hem koalisyonu oluşturan partilerin, ortaklarının icraatlarını takip etmesine³³ hem de partilerin parlamentodaki sandalye sayılarıyla orantılı bir şekilde oluşturulduğundan muhalefet partilerinin siyasi kararları etkilemelerine imkan vermektedir. İsveç parlamentosu da komiteler halinde çalışır ve ifade ettiğimiz yetkileri ilgili kanunlarla düzenlenmiştir³⁴. Bu komiteler, Riksdag

31 Strom, Müller, Bergman, *Delegation and Accountability in Parliamentary Democracies*, s.603.

32 Strom, Müller, Bergman, *Delegation and Accountability in Parliamentary Democracies*, s.604.

33 Lann W. Martin ve Georg Vanberg, "Policing the Bargain: Coalition Government and Parliamentary Scrutiny", *American Journal of Political Science*, Cilt.48, Sayı.1 (Ocak 2004), s.17.

34 İsveç Parlamentosu Resmi Sitesi, http://www.riksdagen.se/templates/PageWFrame_6577.aspx (17.12.2009).

Kanununun 4.Bölümünde yer alan düzenlemelere göre; parlamentonun ilk toplantısından itibaren sekiz gün içinde ve en az on beş milletvekilinden oluşturulur. Bu bölümün 2.maddesine göre; *parlamento her yasama dönemi için üyelerinden bazılarını Anayasa Komitesi, Finans Komitesi, Vergi Komitesi ve makul sayıda olan diğer komiteler*³⁵ için atar. Bu komitelerin sadece yasal düzenlemelerden ibaret kalmayarak parlamento kararlarında önemli bir rol oynadığını, saydığımız özelliklerinin yanı sıra parlamentonun verdiği kararların hükümet tarafından yerine getirilip getirilmediğini takip etme işlevini de yerine getirdikleri görülmektedir³⁶. İlave-ten daha sonra değineceğimiz başbakanın her yıl yürüteceği politikalarla ilgili olarak bağlayıcı bildirisini de takip ettikleri söylenebilecektir. Anayasa Komitesi, bir anayasa mahkemesi kadar bağımsız ve sonuçları itibariyle etkin olmamakla birlikte anayasal bir kontrol mekanizması işlevini yerine getirir. Ayrıca saydığımız komitelerin içinde en geniş yetkilere ve önemli sorumluluklara sahip olması bakımından da dikkat çekmektedir. Bu komite; bakanların görevlerini nasıl yerine getirdiklerini değerlendirir ve aynı hataların tekrar yapılmaması için yıllık rapor hazırlar. Bu raporu hazırlarken hükümet görüşmelerini ve dokümanlarını inceleyebilir, herhangi bir bakana yazılı bir şekilde soru yöneltebilir ya da görüşmeye davet edebilir. Komite bu raporuyla, herhangi bir bakana karşı eleştiri yöneltebilir ama onu görevinden alacak kadar geniş yetkiye sahip değildir. Raporun parlamentoya sunulması üzerine tüm gün süren bir değerlendirme yapılır. Komiteyle ilgili son olarak değinilmesi gereken husus bir bakanın görevini yerine getirirken işlediği suçlardan dolayı İsveç Yüksek Mahkemesi'ne başvurma hakkına sahip olmasıdır. İncelediğimiz dönem itibariyle böyle bir başvurunun bulunmamaktadır³⁷. Komitenin görevi sadece yürütme organı ile ilgili değildir. Bunların yanı sıra, Riksdag Kanunu 8.Bölümde bulunan maddeler ışığında; Anayasa Komitesi, bu bölümün 11 ve 13.maddelerine göre, ombudsmanların ve Ulusal Denetim Organı üyeleri-

35 Riksdag Kanunu 4.Bölüm 4.2.1.maddesinde parlamento tarafından atanması gereken on beş komite sayılmıştır. Bunlar: Anayasa, Finans, Vergi, Sivil İlişkiler, Adalet, Dış İşleri, Güvenlik, Sosyal Güvenlik, Sağlık ve Sosyal Yardım, Kültür İşleri, Eğitim, Taşıma ve İletişim, Çevre ve Tarım, Endüstri ve Ticaret, İş Bulma Komiteleridir.

36 İsveç Parlamentosu Resmi Sitesi, http://www.riksdagen.se/templates/R_Page___11250.aspx (17.12.2009).

37 İsveç Parlamentosu Resmi Sitesi, http://www.riksdagen.se/templates/R_Page___5772.aspx (20.12.2009).

nin seçim sürecini hazırlamakta bununla birlikte 8.11.2 ve 8.12.1.maddelerine göre, görevlerini gereği gibi yerine getirmemeleri sebebiyle parlamento tarafından görevden alınmaları bu komitenin önerisi üzerine gerçekleşmektedir.

Parlamento, Anayasa Komitesi'nin önerisi üzerine, ulusal ve yerel idarelerin, başvuranın İsveç vatandaşı olması koşulunu dahi aramadan, İsveç kanunlarına uygun bir adil muamelede bulunup bulunmadığını denetlemek üzere biri başkan olmak üzere dört ombudsmanı tayin eder. Ombudsmanlık kurumunun ilk kez ortaya çıktığı ülke olan İsveç'te bu kişiler, zorunlu olmamakla birlikte genellikle hukuk eğitimi görmüş kişiler arasından seçilir ve bağımsızdırlar. Ombudsmanın, diğer ifadeyle kamu denetçisinin kararları tavsiye niteliğinde olmasına rağmen ilgili kamu kurumları tarafından dikkate alınır³⁸. Ombudsman yapılan şikayet üzerine bir görüş bildirmenin yanı sıra yıllık bir rapor hazırlayarak parlamentoya sunulmak üzere Anayasa Komitesi'ne iletir³⁹.

Parlamentonun Kontrolü başlığı altında son olarak, Ulusal Denetim Kurumu düzenlenmiştir. Bu kurum, parlamento hükümet ve kamu kurumlarının merkezi bütçeyi nasıl değerlendirdiklerine ilişkin bağımsız bir bilgi kaynağı sağlar. Bu özerk kurumun hazırladığı raporları milletvekillerinden oluşturulan bir komisyon inceleyerek hangi kararların alınması gerektiği hususunda parlamento bilgilendirir⁴⁰.

Hükümetlerin kurulmasını kolaylaştırması için, azınlık hükümetleri dikkate alınarak, İsveç Hükümet Senedi'nde negatif parlamentarizm öngörülmüştür. Negatif parlamentarizm, göreve gelen yeni hükümetin parlamento çoğunluğunun aktif desteğine değil sadece kabulüne gereksinme duymasını ifade etmektedir. Genellikle devlet başkanı başbakanı atamakta ve başbakan göreve gelirken meclisin güvenoyu aranmamaktadır⁴¹. Bu

38 Strom, Müller, Bergman, *Delegation and Accountability in Parliamentary Democracies*, s.606.

39 İsveç (Ombudsmanlık) Resmi Sitesi, <http://www.jo.se/Page.aspx?MenuId=12&ObjectClass> (20.12.2009).

40 İsveç Ulusal Denetim Kurumu Resmi Sitesi, http://www.riksrevisionen.se/templib/pages/NormalPage___1769.aspx (20.12.2009).

41 1982 Anayasası'nın 110.maddesinde, cumhurbaşkanınca atanan başbakanın belirlediği bakanlardan oluşan listeyi Meclis'e sunması hüküm altına alınmıştır. Negatif parlamentarizmin uygulandığı ülkelerde ise ülkemizde olduğu gibi kuruluş aşamasında bir liste sunulmamakta, yazılı veya teamüli kurallar gereği monarkın seçtiği başbakan atanmasıyla beraber göreve de başlamaktadır. E. 1996/19, K. 1996/13, G. 14.05.1996. Anayasa Mahkemesi kararı.

yöntemin uygulandığı ülkelerden biri olan Norveç'te monark tarafından yeni hükümet atandığında meclisin güvenoyuna sunulmaksızın göreve başlar. Bu noktada meclisin hükümetten desteğini çekmesi yani bir güvensizlik oyu önergesi üzerine hükümeti düşürme ihtimalinin her zaman var olduğunu belirtmek gerekir. İsveç mevzuatında düzenlenen negatif parlamentarizm bu tanımdan iki açıdan farklılık göstermektedir. Birincisi, 1975'te yapılan anayasa değişikliği ile devlet başkanı yani monark hükümetin kurulması sürecinin dışında bırakılmış, başbakanı belirleme görevi meclis başkanına verilmiştir. İkinci olarak ise hükümet, göreve atanabilmek için İsveç parlamentosunun *negatif* güvenoyuna ihtiyaç duyar⁴². Çünkü meclis başkanı belirlediği başbakan adayını atanması için parlamentoya sunar⁴³. Ancak hükümetin parlamentoya bir bütün olarak sunulması düzenlenmediğinden İsveç negatif parlamentarizmin uygulandığı ülkelerden biri olarak kabul edilmelidir. İlaveten, bu aşamada hükümetin kurulmasını daha da kolaylaştırmak için basit çoğunluk aranmıştır⁴⁴. Bununla hedeflenen parlamentodaki bir azınlığın Meclis Başkanı tarafından gösterilen adayı engellemesinin imkansız hale getirilmek istenmesidir⁴⁵. Nitekim hedeflenen sonuca da ulaşılmış ve 1975'ten bu yana meclis başkanı tarafından gösterilen ilk aday parlamento tarafından atanmıştır.

İsveç parlamentosu bölgedeki diğer parlamentolardan daha fazla milletvekili sayısına sahiptir. Norveç parlamentosunun yüz altmış dokuz, Danimarka parlamentosunun yüz yetmiş dokuz milletvekili olmasına ve nüfusları da birbirlerine yakın olmasına karşın, İsveç parlamentosunun üç yüz kırk dokuz üyesi vardır ki bu durum, tek etken olmamakla birlikte, yasamaya verilen önemin bir göstergesi olarak kabul edilebilir.

⁴² Strom, Müller, Bergman, *Delegation and Accountability in Parliamentary Democracies*, s.601.

⁴³ Flemming Juul Christiansen ve Eric Damgaard, "Parliamentary Opposition Under Minority Parliamentarism in Scandinavia", **The Journal of Legislative Studies**, Cilt.14, Sayı.1/2 (Mart-Haziran 2008), s.50.

⁴⁴ Hükümet Senedi 6.bölüm 2.maddesine göre, Meclis Başkanı atanmış başbakanı parlamentonun oyuna sunar ve eğer parlamentonun yarısından fazlası başbakan aleyhine oy kullanırsa reddedilir.

⁴⁵ Torbjörn Bergman, "Constitutional Design and Government Formation: The Expected Consequences of Negative Parliamentarism", **Scandinavian Political Studies**, Cilt.4, Sayı.4 (Aralık 2003), s.298.

C. YÜRÜTMENİN OLUŞUMU

Parlamentar hükümet veya kabine hükümetinin, kısaca, yasama iktidarından kaynaklanan ve ona karşı sorumlu olan anayasal demokrasi tipi olarak tanımlanabileceğini belirtmiştik. Bakanlar veya kabinenin ifade ettiğimiz siyasi sorumluluğu gereği parlamentonun güvenini yitirmeleri halinde görevden çekilmelerini gerektirir⁴⁶. Söz konusu siyasi sorumlulukla hem bireysel hem de kolektif olarak karşılaşılabılır. Bakanın icraatından hoşnut olmayan parlamento güvensizlik oyu ile kendisini çekilmek zorunda bıraktığında bireysel sorumluluğu gündeme gelecektir⁴⁷. Eğer parlamento hükümetin izlediği politikadan hoşnut değilse bu durumda hükümetin dayanışma halinde olması sebebiyle kolektif sorumluluğu doğacaktır. Bakanların da bu kolektif sorumluluktan ancak istifa etmeleri halinde kurtulmaları mümkündür. Kabine birlik halinde bir kuruluş olup bu birliği başbakan temsil etmektedir. Dolayısıyla başbakanın istifa etmesi ya da parlamentonun güvenoyunu kaybetmesi halinde bütün hükümetin çekilmesi sonucu doğar.

İsveç Hükümet Senedi'nde de bu yönde düzenlemeler bulunmaktadır. 6.Bölüm 5.maddesine göre; *Eğer parlamento başbakan veya bakanlardan birinin güvenini kaybettiğini açıklarsa meclis başkanı bakanı görevinden alır*. Bir bakana güvensizlik oyu verilmesi sonucunda başbakan, sorumluluğa konu olayın hükümet politikası olduğunu ileri sürerek bu güvensizliği hükümete yönelmiş sayarak ortak sorumluluğa dönüştürebilir⁴⁸. Bu ihtimale binaen söz konusu maddenin devamında; *Hükümet erken seçime gitmek isterse, bakanın görevinden alındığı açıklanmaz, hükümet güvensizlik oyunundan itibaren bir hafta içinde erken seçim çağrısında bulunur*; hükmü yer almaktadır. Aksi takdirde kendi kaderi ile baş başa bırakılan bakan başbakan tarafından feda edilmiş sayılır. Parlamentonun güvensizlik oyu dışında bir bakanın görevini yerine getirirken taşıdığı bir diğer risk, başbakanın birlikte çalışacağı bakanları seçme yetkisinin⁴⁹ paralelinde başbakanın istediğinde görevini sonlandırabilmesidir⁵⁰.

⁴⁶ Teziç, s.412.

⁴⁷ Teziç, s.414.

⁴⁸ Teziç, s.415.

⁴⁹ Hükümet Senedi 6.Bölüm 4.Maddesine göre; Parlamento yeni başbakan önerisini kabul ettikten sonra başbakan derhal atadığı bakanları parlamentoya bildirir.

⁵⁰ Hükümet Senedi 6.Bölüm 6.maddesine göre; Başbakan bakanı görevinden alabilir.

İsveç'te bakanların kolektif sorumluluğu ile ilgili şu noktalara değinilebilir. Başbakanın kabinenin birliğini temsil etmesi nedeniyle, 6.Bölümün 7 ve 8.maddelerine göre; hükümetin tüm üyelerinin görevden alınması veya sadece başbakanın görevden alınması hükümetin düşmesi sonucunu doğurmakta ancak hükümet düşse dahi yeni hükümet seçilene kadar var olan hükümetin görevine devam etme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bakanın bu kolektif sorumluluğuna Hükümet Senedi 7.Bölüm 6.maddesinde bir istisna getirilmiştir. Bu maddeye göre; hükümet toplantıları kayda geçirilir ve karşı oy yazıları da bu kayıtlarda yer alır. Bu maddeyle bakanların kolektif sorumluluktan kurtulmalarına imkan verilmiştir.

İsveç Anayasası kabine ile ilgili az sayıda düzenlemeye sahiptir. Bu düzenlemeler; Hükümet Senedi 7.Bölüm 1.maddesine göre; bakanlık yetki alanlarının kabine tarafından kolektif bir kararla belirleneceği, 3.maddeye göre; ulusal güvenlik gibi bazı konular hakkında bütün kararların kabine toplantılarında alınması gerektiği ve 4.maddesine göre; kabinenin resmi bir toplantı yapabilmesi için en az beş bakanın hazır bulunması hususları düzenlenmiştir.

Yürütmenin sorumlu kanadının başı olan ve koalisyon hükümetlerinin yürütülmesinde önemli bir etkisi bulunan İsveç başbakanının konumu Sartori'nin başbakanlar üzerinden yaptığı üçlü ayrımı kullanarak, ne olmadığından hareketle, şu şekilde değerlendirilebilir: İsveç başbakanının *eşitsizler üzerinde birinci* olmadığı açıktır. Zira bu kategorinin örneği İngiltere başbakanı; basit çoğunluk sistemi, iki parti sistemi ve güçlü parti disiplini gösterdiği domino etkisi üzerine hem yasamanın hem de yürütmenin hakimidir ve bu nedenle Amerikan başkanından bile daha etkin biçimde hükümet edebilecek konuma gelmiştir. Güçlü parti sistemi İsveç'te de bulunmaktadır ancak diğer iki unsurun bulunmaması bu bileşimi oluşturmaya yetmeyecektir. Alman Şansölyesi gibi *eşitsizler arasında birinci* olan bir başbakanı sonuçlayabilmesi için yine Sartori'nin ifade ettiği unsurları değerlendirmemiz gerekirse, burada da parlamentonun oyuyla düşürülmesi güç olan ve kabine üyelerini dilediği gibi atayan ve değiştiren bir başbakan bulunmaktadır. İsveç başbakanının kabine üyelerini dilediği gibi atayan ve değiştiren bir başbakan olarak değerlendirmek anayasanın bir parçası olan Hükümet Senedi'ne göre yerinde olsa da politik arena açısından çok da isabetli olmayacaktır. Zira parlamentonun güvensizlik oyunun sınırlayıcı rolü bununla birlikte koalisyon hükümetleri veya azınlık hükümeti bile olsa dışarıdan destekleyici rol oynayan hükümetlerin, belli

bir uzlaşma sonucu belirlenen bakanların başbakan tarafından dilediğince değiştirilmesinin ciddi sorunlara yol açması ihtimali İsveç başbakanının Hükümet Senedi 6.Bölüm 6.maddesinde yer alan kabine üyelerini atama veya değiştirme konusundaki kabiliyetini sınırlamaktadır. Ayrıca bir İsveç başbakanının parlamento oyuyla düşürülmesi herhangi bir bakandan daha güç koşullara bağlanmamıştır. İsveç başbakanının bu kategorilerden ikisine de girmediğini söylemek mümkündür. Sartori'nin bu ayrımında son kategorisi *eşitler arasında birincidir*. Bu sıfatı taşıyabilmesi için kabinesiy-le birlikte düşen, genellikle dayatılmış bakanlardan oluşan hükümet takımıyla işe girişmek zorunda olan ve takımı üzerinde fazla bir denetimi olmayan bir başbakan olması gerekir. İsveç başbakanı gerçekten, kabinesiy-le birlikte düşmektedir. Dayatılmış bakanlardan oluşan hükümet takımıyla işe girişmek zorunda olması da kısmen doğru bir ifade olarak değerlendirilebilir. Ancak takımı üzerinde denetimi olmaması hususuna şüpheyle yaklaşmak gerekir. Her ne kadar Avrupa Birliği üyesi bir devlet olması nedeniyle sınırlandırılmış olsa da siyasi gündemi başbakan belirlemekte, kalabalık bir çalışma ekibinin de tavsiye desteğini alarak kabineyi idare etmektedir⁵¹. Sartori'nin *bu ayrımın kriterlerinin açık olduğu ancak nüanslar üzerinde tartışılabileceği* yönündeki ifadesinin İsveç örneğini kastettiği düşünülebilir⁵². İsveç başbakanı Avrupa Birliği, partiler arası ilişkiler gibi nedenlerle sınırlandırılmış olsa da güçlü bir eşitler arasında birinci olduğunu söylemek mümkündür.

Devlet başkanının siyasi açıdan sorumsuzluğu İsveç Hükümet Senedi "Devlet Başkanı" başlıklı 5.Bölümün 7.maddesinde şöyle ifade edilmiştir: *Kral hakkında eylemlerinden dolayı soruşturma açılmaz. Kral vekili hakkında da Devlet Başkanı sıfatıyla yaptığı işlemlerden dolayı soruşturma açılmaz*. Bu bölümde kralın görevini yerine getiremeyecek durumda olması halleri sayılmış, her ne kadar kralın yetkilerinin çoğu meclis başkanına verilmiş olsa da, sistemin herhangi bir aksamaya uğraması için parlamentonun kral yerine *ad interim* vekil tayin etmesi ve onun da işlemlerinden dolayı siyasi sorumluluğu bulunmaması şeklinde düzenleme yapılmıştır.

Parlamente sistemlerde yasama organının yürütmeyi düşürmesinin paralelinde yürütmenin de yasamayı feshederek erken seçimlere gitme

⁵¹ Strom, Müller, Bergman, *Delegation and Accountability in Parliamentary Democracies*, s.608.

⁵² Benzer görüş için bakınız: Lijphart, s.114.

yetkisi bulunmaktadır. Çoğu parlamenter sistemlerde karşılaşılan fesih yetkisi başka bir Kuzey Avrupa ülkesi olan Norveç'te anayasal düzende yer almamaktadır. İsveç Hükümet Senedi'nin "Yasama" başlıklı üçüncü bölümünün dört ve devamı maddelerinde düzenlenmiş olsa da, zaman zaman yaşanan hükümet krizlerine ve bu dönemlerde erken seçimin tartışılmasına rağmen⁵³, 1971'den günümüze kadar bu yetkinin hiç uygulanmamış olması dikkat çekicidir.

D. Siyasi Partilerin Yapısı

Siyasi partilerin tanımı üzerinde doktrinde bir görüş birliğinden söz edilemese de⁵⁴, bir siyasi partinin; *merkezi ve yerel düzeyde kurulmuş, siyasi iktidarı elde etmeyi ve kullanmayı amaçlayan ve bunun için de sürekli halkın desteğini sağlamaya çalışan sürekli bir kuruluş olduğunu* söylemek mümkün görünmektedir⁵⁵. Bu tanımdan hareketle, siyasi partilerin koalisyon kurmaktaki amacının, seçmenleri oy vermeye teşvik eden ve ulaşmayı istedikleri hedeflerini, ortaklarının tutumlarını da dikkate almak kaydıyla, biraz olsun gerçekleştirmektir. Bir siyasi parti için bu gerekçeyi ileri sürmenin gerçekçi olmayan bir tarafı da bulunmamaktadır. Bununla birlikte koalisyonlar üzerine çalışan yazarların çoğunun da siyasi partilerin koalisyonların tek aktörü olduğu varsayımından hareket ettiklerini görülmektedir⁵⁶.

Parlamenter sistemlerde hükümetin göreve devamının parlamento- nun çoğunluğunun güvenine bağlı olmasının doğal sonucu olarak, siyasi parti disiplini karşımıza çıkmaktadır. Partiler koalisyon kurduklarında bu disipline bir kat daha fazla ihtiyaç duymaktadır. Aksi halde zor-

53 İsveç'in en tanınmış politikacılarından Sosyal Demokrat Parti Lideri Olof Palme'nin 1986'da öldürülmesi, daha sonra partinin başına geçen Ingvar Carlsson'un 1994 seçimlerinden sonra azınlık hükümeti kurmasının akabinde 1996'da görevinden istifa etmek istemesi hükümet krizlerine yol açmış ancak iki olayda da hükümetler ve parlamento yoluna devam etmiştir.

54 Giovanni Sartori, **Political Parties and Party Systems A Framework For Analysis**, Cambridge: Cambridge University Press, 1976 ss.52-62.

55 Teziç, s. 310; Ergun Özbudun, **Siyasal Partiler**, Ankara: Sosyal Bilimler Derneği Yayını, 1974, s. 2.

56 Michael Laver ve Norman Schofield, **Multiparty Government: The Politics of Coalition in Europe**, Michigan: University of Michigan Press, 1998, s.14.

lu bir pazarlık süreci sonunda ortaya çıkmış politikanın veya hedeflenen bir hukuki düzenlemenin gerçekleştirilememesi istikrarsızlığı tetikler. Koalisyonu oluşturan siyasi partiler, her şeyden önce, kendi atadıkları hükümeti destekleme konusunda bir araya gelen partilerdir⁵⁷. Dolayısıyla hükümet istikrarıyla siyasi parti sisteminin yakından ilgisi vardır.

İki partili sisteme benzer iki partiler bloğunun bulunması ve koalisyon hükümetleri arasında iki kutuplu değişimler, Sartori'nin ifadesiyle ılımlı çok parti sistemleri, parti tutarlılığına neden olmaktadır⁵⁸. Bununla birlikte iktidarın el değiştirmesi olasılığının yüksek olması bu sistemde de parti tutarlılığının ve disiplininin yüksek olmasını sonuçlar. Nihayet koalisyonu oluşturan partilerin tutarlı ve disiplinli olmaları hükümeti de o denli istikrarlı hale getirecektir.

İsveç için de ılımlı çok parti sisteminin adeta iki kutuplu bir sistem gibi işlediğini söylemek kısmen doğru görünmektedir. 1976 seçimlerinden sonra İlimli Parti, Liberal Parti ve Merkez Parti koalisyonu, 1991 ve 2006 seçimlerinden sonra bu koalisyona Hıristiyan Demokrat Partinin eklenmesi ile kurulan koalisyonlar bunun karşılığında azınlık hükümeti olan ancak Sol Parti veya Yeşiller Partisi'nin desteğini alan 1982, 1994 ve 1998 Sosyal Demokrat Parti hükümetlerini görmek mümkündür⁵⁹. Bu noktada görüşümüzü destekleyen bazı yazarların İsveç'teki azınlık hükümetlerini *sözleşme parlamentarizmi* olarak adlandırdıklarını belirtmek gerekir. Sözleşme parlamentarizmi kavramı; şeklen azınlık hükümeti olan ancak kabine dışında yer alan destekleyici partilerle kurumsallaşan bir hükümet sistemini nitelemektedir. Bu sistemde kabine dışında kalan partilerle destekleri karşılığında açık ve yazılı antlaşmalar yapılmış hatta söz konusu partilerin üyeleri bazı idari birimlerde görev almışlardır⁶⁰. Bu par-

⁵⁷ Sartori, *Anayasa Mühendisliği Yapılar, Özendiriciler ve Sonuçlar Üzerine Bir İnceleme*, s.138.

⁵⁸ Turhan, s.62; Özbudun, s.134; Sartori, *Anayasa Mühendisliği Yapılar, Özendiriciler ve Sonuçlar Üzerine Bir İnceleme*, s.61.

⁵⁹ İsveç Parlamentosu Resmi Sitesi, www.riksdagen.se/templates/R_Page___9629.aspx (12.12.2009).

⁶⁰ Tim Bale ve Torbjörn Bergman "Captives No Longer, But Servants Still? Contract Parliamentarism and the New Governance in Sweden and New Zealand", **Government and Opposition**, Cilt.41, Sayı:3 (Ocak 2006), s.424. Yazarların kullandığı tanım olan *contract parliamentarism, sözleşme parlamentarizmi* olarak Türkçeye çevrilmiştir.

tilerin azınlık hükümetlerinin politikalarını da etkilediklerine şüphe yoktur. Zira azınlık hükümetleri bu desteği kaybederse politikalarını uygulayacak güçlerini yitirecekler hatta güvensizlik oyu ile karşı karşıya gelebileceklerdir. Destekçi partiler ise, tek başlarına iktidara gelme kudretini haiz olmadıklarından, hedeflerine kısmen de olsa ulaşabilmek için söz konusu azınlık hükümetlerini destekleme yoluna gitmektedir. İsveç'te bir önceki yasama dönemi olan 1998-2002 yılları arasında Yeşiller Partisi'nin azınlık hükümeti olan Sosyal Demokrat Parti'yi desteklemiş ve aslında bu iki parti arasındaki stratejik ilişki nedeniyle, İsveç "temiz ve yeşil" unvanını elde etmiştir⁶¹. Sosyal Demokrat Parti azınlık hükümeti olduğu yıllarda⁶² sadece Yeşiller Partisi'nin değil Sol Parti'nin de desteğine ihtiyaç duymuştur. Sol Parti ise Sosyal Demokrat Parti yıllarını; feminizm yanlısı ve küreselleşme karşıtı söylemleriyle etkilenmiştir. Sonuç olarak o yıllarda ortaya çıkan politikayı tahmin etmek pek zor değildir: İsveç'in temiz ve yeşil unvanını sarsmadan, içeride makroekonomik istikrarı sürdürerek güçlü ihracat endüstrisinin menfaatleri gereği uluslararası ekonomiye açılmak⁶³. *Sözleşme parlamenterizmi* azınlık hükümetinin görev süresinin emniyetini sağlayarak, seçmenler için "yaramazları dışarı atma"nın kolay olmayacağı, politika ve politikacılarla ilgili var olan olumsuz düşüncelerinin daha da artacağı bir sistem haline gelebilecektir⁶⁴.

Bu bağlamda son olarak; İsveç'te etkin ve istikrarlı şekilde yürüyen bir parlamenter sistemin olması arka arkaya gelen Sosyal Demokrat Parti hükümetlerinin olmasından kaynaklandığı söylemek mümkündür. Sosyal Demokrat Parti hükümetleriyle daha sık karşılaşılmasının nedeni ise, sağ partilerin bölünmüş durumda olmaları ve uyumlarının az olması neticesinde zayıf kalmalarıdır⁶⁵.

61 Bergman ve Bale, s.426.

62 Sosyal Demokrat Parti 1971-1976, 1982-1988, 1988-1991, 1994-1998, 1998-2002 ve 2002-2006 yılları arasında azınlık hükümeti kurmuştur.

63 Bergman ve Bale, s.425.

64 Russel J. Dalton ve Steve A. Weldon "Public Images of Political Parties: a Necessary Evil?" *West European Politics*, Cilt.28, Sayı.5 (Kasım 2005), s.942.

65 David Arter, *Democracy in Scandinavia Consensual, Majoritarian or Mixed*, Manchester: Manchester University Press, 2006, s.238.

II. KOALİSYONLARIN KURULUŞU

A. Görüşmeler: Pazarlıklar

Demokrasinin vazgeçilmezlerinden olan seçim, bazı partilerin pazarlık gücüne sahip olmasını sağlar. Partiler seçimlerin ganimetini koalisyonla katılarak değerlendirirler. Bir partinin pazarlık gücünü iki şey belirler: parlamentodaki sandalye sayısı ve siyasi hayatta diğer partiler karşısındaki durumu⁶⁶. Partilerin pazarlık gücünü bu unsurlar belirlese de hükümeti kurmakla görevlendirilmiş olan partinin hangi özelliklerini dikkate alarak ortaklarını seçtiği hususu, hem koalisyon pazarlıklarının hangi partiler arasında geçeceğini hem de koalisyonun geleceğini tahmin etmeyi kolaylaştıracaktır.

Bu bağlamda, ilk olarak asgari çoğunluklu koalisyon teorisi ile karşılaşılmaktadır⁶⁷. Bu teoriye göre, hükümeti kurmakla görevlendirilmiş olan parti seçim ganimeti olan kabineyi mümkün olduğunca az sayıda partiyle paylaşılmak isteyecektir. İki veya daha çok siyasi parti bir araya gelerek parlamentonun çoğunluğunu elde etmişlerse başka bir partiyi içlerine almayacaklardır. Partilerin iktidarlarını azamileştirmek istemelerinden hareket eden bu teori akla yatkın görünmektedir ancak zayıf olan tarafı seçimlerden az ya da çok sandalye kazanan tüm partilerin birbirleri ile koalisyon kurabileceklerini öngörmesidir⁶⁸. Bir diğer teori, partilerin kendi görüş ve siyasal tercihlerine yakın olan partilerle koalisyon oluşturacaklarını öngören asgari uzaklıklı koalisyon teorisidir. Aksi halde hem parti programlarını yerine getiremeyecek hem de seçmenlerinin gözünde amaçlarından sapmış olacaklardır⁶⁹. Bu teorinin zayıf tarafı ise sadece partilerin politikalarını esas almasıdır. Bunun sonucu olarak partileri sağ-sol skalasında bir noktaya yerleştirme gereksinimi ortaya çıkmakta ve her ne kadar partilerin resmi programı veya parlamentodaki oylarından tarafı oldukları görüşü tespit etmek mümkün görünse de bu ölçütler yetersiz kalacak, bunların yanında partinin hükümete dahil olup olmadığı ve hangi

⁶⁶ Wolfgang Müller ve Kaare Strom (Ed.), *Coalitions in Western Europe*, Oxford: Oxford University Press, 2003, s.7.

⁶⁷ William H. Riker, *The Theory of Political Coalitions*, New Heaven: Yale University Press, 1962. ss:32-46, Aktaran: Turhan, s.63.

⁶⁸ Lijphart, *Çağdaş Demokrasiler: Yirmibir Ülkede Çoğunlukçu ve Oydaşmacı Yönetim Örüntüleri*, s.46.

⁶⁹ Turhan, s.64.

partilerle koalisyon oluşturmuş olduğunun da tespit edilmesi gerekecektir. Ayrıca kriz dönemlerinde ihtiyaç duyulan geniş çoğunluklu ve farklı görüşlerdeki partileri bir arada bulandıran koalisyonlar bu teori tarafından açıklanamamaktadır⁷⁰. Diğer bir teori ise bir anlamda bahsedilen iki teorinin bir bileşimi olan asgari çoğunluklu bağlantılı koalisyonlar teorisidir. Bu teoriye göre; hem politika skalasında birbirine yakın olan partilerden oluşan hem de gereksiz ortakların yer almadığı koalisyonların kurulacağı öngörülmektedir⁷¹. Bu teorinin diğer teorilerden daha doğru sonuçlar verdiği tespit edilmiştir⁷². Yapılan bu tespitlerde partilerin politika tercihlerine dayanan teorilerin tahmin gücünün daha yüksek olduğu ortaya çıkmıştır⁷³. Bu teorilerin tahmin gücünü arttırmak üzere, Lijphart iki ek öneride bulunmaktadır. İlk olarak, bir partinin antidemokratik olması veya koalisyon için ihmal edilecek kadar az sandalyesinin bulunması halinde koalisyon sürecinden dışlanabilecekleri, ikinci olarak ise seçim öncesinde belli partilerin koalisyon kurma yönündeki niyetlerini açığa vurmalarının, koalisyon potansiyelini etkileyeceği hususlarının göz ardı edilmemesi önerisinde bulunmuştur. Bu teoriler ışığında koalisyonlarda kabineyi oluşturmak üzere hangi partilerin bir araya geleceğini tahmin etmek mümkün görünmektedir. Asgari çoğunluklu bağlantılı koalisyon teorisi, İsveç'teki sağ koalisyon dönemlerinde doğru sonuç vermektedir. Bununla birlikte arka arkaya gelen Sosyal Demokrat Parti azınlık hükümetlerinin de desteğini diğer sol partilerden alıyor olması politikaları esas olan teorilerin daha doğru sonuç verdiği tespitini de doğrular niteliktedir.

İlaveten parti yapısından kaynaklanan bir takım özellikler koalisyonların oluşumunu sınırlamaktadır. Sistem karşıtlığı nedeniyle koalisyon pazarlıklarının dışında tutulan veya hiçbir koalisyona girmeme eğiliminde

⁷⁰ Lijphart, *Çağdaş Demokrasiler: Yirmibir Ülkede Çoğunlukçu ve Oydaşmacı Yönetim Örüntüleri*, s.52.

⁷¹ Robert Axelrod, *Conflict of Interest: A Theory of Divergent Goals with Applications to Politics*, Chicago: Markham Yayınları, 1970, s.165.

⁷² Abram De Swaan, *Coalition Theories and Cabinet Formations: A Study of Formal Theories of Coalition Formation Applied to Nine European Parliaments after 1948*, Amsterdam: Elsevier Yayınları, 1973, s.153; Michael Taylor ve Michael Laver, "Government Coalitions in Western Europe", *European Journal of Political Research*, Cilt.1, Sayı.3 (Eylül 1973), ss. 222-227.

⁷³ Lijphart, *Çağdaş Demokrasiler: Yirmibir Ülkede Çoğunlukçu ve Oydaşmacı Yönetim Örüntüleri*, s.49.

olan partilerin varlığı ile siyasi gündemin etkileri nedeniyle koalisyon ihtimalleri azalmaktadır⁷⁴. 1991-1994 arasında kısa bir süre için parlamentoya girmeyi başaran Yeni Demokrasi Partisi popülist tutumları nedeniyle söz konusu pazarlıklara dahil edilmemiştir. İsveç'te hiçbir koalisyona girmeme eğilimi gösteren partilere rastlanmamaktadır. Tarihi bağları bulunan Norveç'te ise İşçi Partisi koalisyonlara girmeme kararını seçim kampanyalarında dahi kullanmaktadır. Siyasi gündem ise geniş çoğunluklu koalisyonların kurulmasına neden olabilmektedir. Örneğin 1948 yılında Hollanda Endonezya'nın bağımsızlığı sorununu çözmek zorundaydı ve bu sorunun çözümü parlamentonun üçte ikisinin çoğunluğunu gerektirmekteydi⁷⁵.

İsveç'te var olan parti blokları nedeniyle görüşmelerin hangi partiler arasında yapılacağı seçim sonuçlarının açıklanmasından hemen sonra açıklığa kavuşmaktadır. İlaveten koalisyon tecrübesi, parlamentodaki siyasi partilerin birkaç istisnai parti dışında değişmemesi ve partilerin belirli sosyal sınıflardan destek aldığı için tutarlı davranışlar göstermesi neticesinde hükümeti oluşturma süreci kısa zamanda tamamlanır. Birkaç hafta içinde tamamlanan bu süreçte öncelikle genel politika programı belirlenir, daha sonra bakanlıklar dağıtılır ve son olarak koalisyon ortağı olan her parti tayin edecekleri isimleri belirler⁷⁶.

B. Koalisyon Antlaşmaları

Koalisyonu oluşturan partiler koalisyon antlaşması yaparak hem parti içinde hem de partiler arası güvensizliği ve tereddütleri azaltmaya çalışırlar. Söz konusu koalisyon antlaşmalarında farklı özelliklere sahip düzenlemelerle karşılaşmaktadır. Zorlu bir pazarlık sürecinin sonunda ortaya çıktıkları için maliyetli olan ancak genel itibarıyla sorunu çözümleneyen detaylı düzenlemeler –elbette koalisyon ortaklarının belli hususlarda görüşlerinin değişmesi ihtimali her zaman vardır-, ilk adımda maliyetsiz görünen ancak daha sonra anlaşmazlığa neden olabilecek muğlak ifadeler içeren düzenlemeler ya da uyuşmazlık halinde kabine dışında bir komitenin çözümlenmesi üzerine usuli düzenlemelerin koalisyon antlaşmalarında

⁷⁴ Müller ve Strom, *Coalition Governments in Western Europe*, s.569.

⁷⁵ Lijphart, *Çağdaş Demokrasiler: Yirmibir Ülkede Çoğunlukçu ve Oydaşmacı Yönetim Örüntüleri*, s.52

⁷⁶ Müller ve Strom, *Coalition Governments in Western Europe*, s.204.

yer aldığı görülmektedir⁷⁷. İsveç'te giderek daha uzun ve tartışmalı konularda özel kural veya yöntemler içeren antlaşmalar yapıldığı gözlenmektedir⁷⁸. Daha sonra değineceğimiz başbakanlık bünyesindeki koordinasyon birimi de usuli bir düzenleme olarak dikkat çekmektedir.

İktidarda kalabilmek için birbirlerine muhtaç olan partilerin bu antlaşmalara azami uyma çabası içinde olmaları gerekir. Aksi halde koalisyon dağılmak zorunda kalacak bu da siyasi kaosu sonuçlayacaktır. Bu durumun ortaya çıkmaması için Riksdag Kanunu 4.maddesinde her yıl parlamentonun göreve başladığı gün başbakanın özel durumlar haricinde yerine getirmekten kaçınmayacağı hükümetin politikasını açıklayacağı düzenlenmiştir. Bu bildiri kabinenin görevde kalacağı süre boyunca bağlayıcı niteliğini sürdürecektir. Dolayısıyla koalisyon antlaşmasının bir bölümü gibi görünen bu bildiri diğer bölümlerinden farklı bir özellik taşımaktadır.

Koalisyon antlaşmasının hem oluşturulması hem de yürürlüğü safhasında parti disiplini önem taşımaktadır. Bu disiplinle güçlü bir merkezi otorite yaratılır ve hiyerarşinin en üstünde de parti liderleri vardır. Parti disiplini bozulursa koalisyondaki merkezi otorite de bozulur bu da kabineyi dışarıdan gelecek etkilere açık hale gelebilecektir.

III. KOALİSYONLARIN YÜRÜTÜLMESİ

A. Davranışsal Faktörler

Kuzey Avrupa tipi parlamenter sistemlerde rastladığımız etkin koalisyon hükümetlerini de anlamak için politika çizgisini ve liderlerin becerilerini değerlendirmek gerekir⁷⁹. Zira yazılı olarak yapılan ve bütün ortaklarının uyacağı beklentisinin yüksek olduğu koalisyon antlaşmalarının uygulanma performansı dahi kabinede kaç uzlaşmacı bakanın bulunmasıyla ilgilidir⁸⁰. Bu noktada Sartori'nin *parlamenter sistemlerle uyumlu siyasi partilerine* bir ufak ilave yaparak *parlamenter sistemlerle uyumlu bakanları* da eklemeliyiz. Bu uzlaşmacı bakanlar sayesinde koalisyonlardaki en

⁷⁷ Arco Timmermans, "Standing Apart and Sitting Together: Enforcing Coalition Agreements in Multiparty Systems", *European Journal of Political Research*, Cilt.45, Sayı.2 (Mart 2006),s.268.

⁷⁸ Müller ve Strom, *Coalition Governments in Western Europe*, s.214.

⁷⁹ Sartori, *Anayasa Mühendisliği Yapılar, Özendiriciler ve Sonuçlar Üzerine Bir İnceleme*, s.146.

⁸⁰ Timmermans, s.273.

önemli risk olan siyasi tikanıklık giderilebilir. Hatta bu niteliğe sahip bakanların koalisyon ortaklarının üzerinde uzlaşmadığı konuları düzenlemekle yükümlü olan bakanlıklara getirilmesi koalisyonun geleceği açısından da önem taşır. Bu nedenle İsveç'te koalisyonun ortağı olan partiler diğerleri tarafından müsamaha gösterilmeyecek adayları çıkarmaktan kaçınmaktadır⁸¹. Bu uzlaşmacı tavrın bakanların itibarını da arttıracığı söylenebilir çünkü medya bu şahısları ortaya çıkaracaktır⁸². Bununla birlikte, bakanların sahip oldukları yetkiler neticesinde koalisyon politikalarının dışında hareket etmeleri de söz konusu olabilir. Hatta bu konudaki bazı çalışmalar koalisyon hükümetlerinin *bakancı hükümetler* olduklarını iddia ederler⁸³. Bu görüşe göre; koalisyon politikaları her bakanın sorumluluğundaki bakanlıklar aracılığıyla yürütülür. Bu yürütme mekanizması da kendi partilerinin doğrultusunda bir politika yürütme kapasitesine sahip olan bakanlardan oluşmaktadır. Ayrıca koalisyon üyelerinin bakanlara istediklerini yaptırabilecek etkin bir mekanizması bulunmamaktadır. Bu argümanın elbette doğruluk payı vardır. Bakanlıkların paylaşılması konusu koalisyon pazarlıklarının gündemini önemli ölçüde meşgul eder zira bakanlar kişisel ya da parti görüşleri doğrultusunda koalisyon politikalarını yönlendirebileceklerdir. Bu durum, koalisyon ortaklarının işbirliği yaparak istemedikleri bir politikanın ortaya çıkmaması için bakanları sınırlamalarına neden olacaktır⁸⁴. Kanımızca İsveç anayasal düzenlemelerinde bulunan başbakanın bir bakanı görevinden alma yetkisi, parti disiplini ve önemli bir kontrol aracı olan koalisyon antlaşmaları bu sorunu bertaraf edebilecektir. Bununla birlikte İsveç'te tamamen bakanlığın içişleriyle ilgili az sayıda istisna dışında, idari merciler bağlı buldukları bakanların değil kabinenin otoritesi altındadır. Elbette bu durum bakanların hedefledikleri uygulamaların hiçbirini gerçekleştiremeyeceği anlamına gelmemektir. Zira bakanlar rutin işlerin gerçekleştirilmesinde, bütçe üzerinde ve kabinede ortak karar alınması gereken hallerde önemli bir gündem belirleme gücüne sahiptir⁸⁵.

81 Müller ve Strom, *Coalition Governments in Western Europe*, s.211.

82 Timmermans, s.274.

83 Michael Laver ve Kenneth A.Shepsle, **Making and Breaking Governments: Cabinets and Legislatures in Parliamentary Democracies**, Cambridge: Cambridge University Press, 1996, s.32.

84 Müller ve Strom, *Coalitions in Western Europe*, s.18.

85 Torbjörn Bergman, "Sweden" Kaare Strom, Wolfgang Müller (Ed.) **Coalitions in Western Europe** içinde (192-231), Oxford: Oxford University Press, 2003, s.211.

Başbakanın gerek azınlık hükümeti gerekse koalisyonlarda, bir kapitan olarak, birlikte çalışmak istemediği bakanlarla birlikte bulunması muhtemeldir⁸⁶. Diğer bir açıdan yaklaşıldığında kabinedeki siyasi kararların verilmesinin temelinde hem mesleki işbirliği hem de uzlaşma yer almak zorundadır⁸⁷. Bu nedenle, 1991-1994 arasındaki sağ koalisyonda başbakanlık ofisinde, sivil memurlar ve başbakanın özel çalışanlarının yanı sıra dört koalisyon ortağından oluşan ayrı bir koordinasyon birimi oluşturularak ihtilafların çözümünde önemli rol oynamıştır⁸⁸. 2004 seçimlerinde iktidara gelen sağ koalisyon hükümetinin aynı yöntemi uygulamaya devam ettiği görülmektedir⁸⁹. İhtilafları çözmek için gösterilen azami gayretin, hükümetlerin etkin ve istikrarlı politika üretmelerini destekleyici bir rol oynadığını da söylemek mümkündür.

B. Hukuki Faktörler

Davranışsal faktörlerin yanı sıra hukuki faktörler olarak birtakım anayasal kurumların varlığı yönetimin etkinliğini ve meşruiyetini yitirmemesinde önemli rol oynar. Bu anayasal kurumlardan bazıları; siyasal iktidarın iradesine karşıt iradeler oluşturmaya ya da onun iradesini sınırlamaya, dengelemeye ya da denetlemeye yönelik işlevleri bulunan, seçimle veya atamayla işbaşına gelen *fren ve denge mekanizmalarıdır*⁹⁰.

İsveç hukuk düzeninde de bu mekanizmalara parlamenter demokrasi- nin hakim olduğu birçok ülkeden daha fazla yer verildiğini görmekteyiz. Ancak bunların neredeyse tamamı yasamanın yürütmeyi dizginlemek için sahip olduğu imkanlardır. Yasama bünyesinde bulunan çeşitli komiteler, Anayasa Komitesi, Ombudsmanlık ve Ulusal Denetim Kurumu birtakım özerk yetkilere sahip olmakla birlikte bunların hepsi ya milletvekillerinden oluşmakta ya da yasama organınca göreve getirilmektedir.

⁸⁶ 2006 seçimlerinden sonra kabine, 11 İlimli Parti, 4 Liberal Parti, 4 Merkez Parti ve 3 Hıristiyan Demokrat Partili bakandan oluşmaktadır.

⁸⁷ Strom, Müller, Bergman **Delegation and Accountability in Parliamentary Democracies** s.607.

⁸⁸ Strom, Müller, Bergman **Delegation and Accountability in Parliamentary Democracies** s.609.

⁸⁹ İsveç hükümeti Resmi Sitesi, <http://www.sweden.gov.se/sb/d/12082> (16.12.2009).

⁹⁰ Süheyl Batum, **99 Soruda Neden ve Nasıl Çağdaş bir Anayasa**, İstanbul: On iki Levha Yayınları, 2009, s.414.

İlaveten Hükümet Senedi 11.Bölüm 14.maddesinde yaygın anayasa denetimi kabul edilmektedir. Buna göre, tüm mahkemelerin anayasaya aykırı buldukları kanunları uygulamama hususunda otoriteleri bulunmaktadır. Tarihsel açıdan İsveç'te yargı ve devlet arasındaki ilişkinin zayıf olması nedeniyle yargıçların diğer demokratik parlamenter sistemlerin çoğunda muadillerinin anayasaya aykırı buldukları kanunlar karşısında gösterdiği dirayeti nadiren göstermektedirler⁹¹. Hükümet Senedi 8.Bölüm 18.maddesine göre kurulmuş, Emekli Yargıtay ve Danıştay yargıçlarından oluşan ve *önce denetim* yapabilen Hukuk Konseyi bulunmakta ancak kararları tavsiye niteliğinden öteye geçememektedir. Hükümet veya parlamentoda bulunan komitelerden biri yasa taslağının incelemesini isteyebilir. Konsey parlamentoya hükümetin yasa önerisinin anayasaya aykırı bulduğu bölümleri iletebilir. Böyle bir denetimin yasa yürürlüğe girdikten sonra yapılması daha önemlidir çünkü Hükümet Senedi 11.Bölüm 14.maddesine göre, mahkemeler anayasaya aykırı bir yasayı uygulamamak zorundadır. Bu noktada, mahkemelerin Hukuk Konseyi'nin anayasaya aykırı bulduğu bir yasayı parlamento kabul etse dahi uygulamaktan kaçınmaları ihtimali makul görünmektedir⁹².

Yasamanın üstünlüğü birçok yazar tarafından olumlu bir gelişme olarak algılanmamış, bu durumun ülkeyi yönetilemez bir yola soktuğundan söz edilmiştir⁹³. İsveç'te görülen mekanizmalar, yasama üstünlüğü konusunda şüpheye yer vermeyecek düzeydedir. Ancak devlet harcamalarının %70'inin yapıldığı özerkliğe sahip yerel ve bölgesel idarelerin yetkileri ile 1995 yılında İsveç'in ulusüstü bir yapı olan Avrupa Birliği'ne üye olması nedeniyle yürütme organının olduğu kadar yasama organının da yetkileri sınırlanmıştır. Bu hususların yanı sıra; Hükümet Senedi 8.Bölümünde, yasamanın yetkileri sınırlayan bir araç olan referandum tavsiye ve bağlayıcı nitelikte iki farklı şekilde düzenlenmiştir. Adı geçen bölümün 15.maddesine göre; anayasa değişikliği teklifine karşı, parlamentonun %10'unu oluşturan milletvekilleri bağlayıcı referandum yoluna başvurulması teklifinde bulunabilir. Parlamentonun üçte biri bu teklifi kabul eder-

91 Strom, Müller, Bergman **Delegation and Accountability in Parliamentary Democracies** s.614.

92 Strom, Müller, Bergman **Delegation and Accountability in Parliamentary Democracies** s.596.

93 Sartori, *Anayasa Mühendisliği Yapılar, Özendiriciler ve Sonuçlar Üzerine Bir İnceleme*, s.147.

se bir sonraki genel seçimlerde bağlayıcı referandum yapılıır. Referandum sonucunda anayasa değişikliğine karşı oylar fazla çıkarsa değişiklik reddedilmiş olur. Aksi halde parlamento bu değişikliği kabul edip etmeme konusunda serbesttir. Bu yola bugüne kadar hiç başvurulmamıştır⁹⁴. Tavsiye niteliğindeki referandum yoluna başvurmak için bağlayıcı referandum için aranan teklif ve kabul çoğunlukları aranmaktadır. Bu yola altı kez başvurulmuştur ve bağlayıcı olmasa da sandıktan çıkan sonuç doğrultusunda hareket edildiği gözlenmektedir.

Parlamentar sistemlerde monarkın veya devlet başkanlarının siyasi olarak sorumsuzluğu ve güçsüzlükleri tarihi süreç içerisinde ortaya çıkmıştır. Bununla birlikte genel olarak başbakanı atama yetkileri devam etmektedir. Başbakan adayı bir ittifakla belirlendiğinde önemli bir yetki olmasa da ani ölümü veya görevden alınması söz konusu olduğunda ya da çok partili parlamentolarda anlaşmaya varmak imkansız hale geldiğinde monarkın veya devlet başkanının başbakanın seçimi hakkında verdiği kararının etkisinin ihmal edilebilir olduğu söylenemez. İsveç Anayasası'nda 1975 yılında yürürlüğe giren bir değişiklikte monarkın rolü tamamen etkisiz hale getirilmiş ve başbakanı atama yetkisi monarktan alınarak meclis başkanına verilmiştir⁹⁵. Hükümet Senedi 4.Bölüm 2.maddesi ve Riksdag Kanunu 8.Bölüm 1.maddesi birlikte değerlendirildiğinde; parlamento her seçim dönemi için bir meclis başkanı ve üç meclis başkan vekilini ilk toplantısında seçeceği sonucuna ulaşılır ki bu da büyük oranda, yeni meclis başkanın baskın olan bloktan seçileceğini gösterir. 2006 seçimlerinde göreve gelen Meclis Başkanı Per Westerberg İıımlı Parti üyesidir. Meclis başkanının bu pozisyonu; şüphesiz bağımsız bir devlet başkanından farklıdır ve partiler arası çekişmeye de konu olabilecektir. Ayrıca bir parti üyesinin bu görevi kötüye kullanma ihtimali bağımsız bir devlet başkanından daha yüksek görünmektedir⁹⁶. Bu yetkinin yasama organınca seçilmiş bir kişiye verilmesi, yasama organının yürütme karşısında daha etkin bir konumda bulunduğunu göstermektedir. İlaveten 1994 yılına kadar üç yılda bir yapılan seçimlerin bu tarihte yapılan anayasa değişikliğinin

⁹⁴ İsveç Parlamentosu Resmi Sitesi, http://www.riksdagen.se/templates/R_Page_10872.aspx (20.12.2009)

⁹⁵ Lijphart, *Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries*, s.141.

⁹⁶ Vernon Bogdanor, **The Monarchy and the Constitution**, Oxford: Oxford University Press, 1997, s.174.

den sonra dört yılda bir yapılmaya başlanması, erken seçim yönünde bir uygulamanın incelediğimiz dönem itibariyle görülmediği İsveç'te, yasa- ma ve yürütme organlarının etkinliğini arttırdığı söylenebilir.

Bu bağlamda son olarak, daha önce açıkladığımız bir anayasal meka- nizma olan negatif parlamentarizm de İsveç'teki hükümetlerin kurulması- nı kolaylaştırmaktadır.

SONUÇ

Başarılı koalisyonlar, hükümet istikrarının anayasal kontrol ve denge mekanizmalarıyla desteklenmesi sonucu ortaya çıkar ve bu durum ise bir sonraki seçimlerde halkın iradesinin daha özgürce sandığa yansımaya neden olur. Zira arka arkaya gelen başarılı koalisyonlar çeşitli görüşleri bir arada tuttuğu için halkta da kutuplaşmayı engeller ve çoğulculuğun yerleşmesini sağlar. Etnik, dini ve kültürel açıdan genel olarak homojen görünen İsveç toplumunda bu görüşümüz sosyal sınıflar arasında kutup- laşmanın engellenmesi olarak da yorumlanmalıdır. Parlamenter sistemle- rin işleyişini, etkinliğini sağlayan unsurların siyasal uygulamalar, alışkan- lıklar ve anayasal teamüller⁹⁷ olmasından hareketle, başarılı koalisyonla- rın en önemli bileşenin davranışsal faktörler olduğunu söylemek yerinde olacaktır. Tek yönlü olmayan, sağ ve sol partiler arasında adeta iki partili bir sistem gibi görünen parti yapılarının da etkileri göz ardı edilemez. Seçmenlerin istikrarlı tutumu da bu yapıyı desteklemektedir. En başarılı koalisyon örneklerinden biri olan İsveç hakkında yaptığımız çalışma uz- laşma demokrasilerinin temsilde, diğer hükümet sistemlerine kıyasla da- ha başarılı olduğunu da ortaya koymaktadır.

Bu etkenlerin bulunmadığı koalisyonlarda hükümetlerin, radikal ka- rarlar alırken zorlanacağı açıktır bu nedenle siyasi gündemin sürekli ola- rak sarsıcı gelişmelerle değiştiği, demokrasinin kesintiye uğradığı ülke- lerde kaosa ve sadece seçimlere giden sürecin sorunsuz bir şekilde geçi- rilmesini bekleyen bir kanaatin ortaya çıkmasına neden olabilecektir. Zi- ra tek partinin iktidarda olduğu sistemlerde her ne kadar alınan kararlar, kolektif aklın ürünü olmayan her kararda olduğu gibi olumsuz taraflara sahip olsa da, daha hızlı uygulanabilme imkanına sahiptir. Ayrıca uyum- suz bir hükümetin kendi içindeki sorunları çözmek zorunda olması, bir

⁹⁷ Turhan, s.44.

yandan onu ülke yönetimiyle ilgili hızlı ve etkin kararlar almaktan alıko-
yar, öbür yandan muhalefetin kendisine yönelttiği eleştirilere gerektiği gi-
bi karşılık vermesini engeller. Ayrıca hükümetin seçimler dışında parla-
mentoda düşürülebilme olasılığı, seçimlerin önemini arka plana iter. Bu
ise muhalefetin sorumlu hareket ederek kamuoyundan destek sağlamak
için alternatif görüşler oluşturmasını gereksiz hale getirir. Parlamentoda
iktidarın her an değişebilir olması muhalefetin belirginliğini ve bütünlü-
ğünü bozar⁹⁸.

98 Turhan, s.57.

KAYNAKÇA

- Bruce Ackerman. "The New Separation of Powers", **Harvard Law Review**. Cilt.113, Sayı.3, Ocak 2000, ss.633-642.
- Arter, David. **Democracy in Scandinavia Consensual, Majoritarian or Mixed**. Manchester: Manchester University Press, 2006.
- Axelrod, Robert. **Conflict of Interest: A Theory of Divergent Goals with Applications to Politics**. Chicago: Markham Yayınları, 1970.
- Bale, Tim ve Torbjörn Bergman. "Captives No Longer, But Servants Still? Contract Parliamentarism and the New Governance in Sweden and New Zealand", **Government and Opposition**. Cilt.41, Sayı:3, Ocak 2006, ss.422-449.
- Batum, Süheyl. **99 Soruda Neden ve Nasıl Çağdaş bir Anayasa**. İstanbul: On iki Levha Yayınları, 2009.
- Bergman, Torbjörn. "Sweden: From Separation of Power to Parliamentary Supremacy—and Back Again?", Kaare Strom, Wolfgang Müller, Torbjörn Bergman (Ed.). **Delegation and Accountability in Parliamentary Democracies** içinde. Oxford: Oxford University Press, 2003, ss.595-619.
- Bergman, Torbjörn. "Sweden", Kaare Strom, Wolfgang Müller (Ed.). **Coalitions in Western Europe** içinde. Oxford: Oxford University Press, 2003, ss.192-231.
- Bergman, Torbjörn. "Constitutional Design and Government Formation: The Expected Consequences of Negative Parliamentarism", **Scandinavian Political Studies**. Cilt.4, Sayı.4, Aralık 2003, ss.285-299.
- Bogdanor, Vernon. **The Monarchy and the Constitution**, Oxford: Oxford University Press, 1997.
- Calabresi, Steven G. "The Virtues of Presidential Government: Why Professor Ackerman is Wrong to Prefer the German to U.S. Constitution?", **Constitutional Commentary**. Cilt.18, Sayı.1, ss.51-54.
- Christiansen, Flemming Juul ve Eric Damgaard, "Parliamentary Opposition Under Minority Parliamentarism in Scandinavia", **The Journal of Legislative Studies**. Cilt.14, Sayı.1/2, Mart-Haziran 2008, ss.46-76.

- Dalton, Russel J. ve Steve A. Weldon “Public Images of Political Parties: a Necessary Evil?”, **West European Politics**. Cilt.28, Sayı.5, Kasım 2005, ss.931-935.
- De Swaan, Abram. **Coalition Theories and Cabinet Formations: A Study of Formal Theories of Coalition Formation Applied to Nine European Parliaments after 1948**. Amsterdam: Elsevier Yayınları, 1973.
- Laver, Michael ve Norman Schofield. **Multiparty Government: The Politics of Coalition in Europe**. Michigan: University of Michigan Press, 1998.
- Laver, Michael ve Kenneth A. Shepsle. **Making and Breaking Governments: Cabinets and Legislatures in Parliamentary Democracies**. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.
- Laver, Michael ve Kenneth A. Shepsle (Ed.). **Cabinet Ministers and Parliamentary Government**. Cambridge: Cambridge University Press, 1994
- Lijphart, Arend. **Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries**. New Haven: Yale University Press, 1999.
- Lijphart, Arend. **Çağdaş Demokrasiler: Yirmibir Ülkede Çoğunlukçu ve Oydaşmacı Yönetim Örüntüleri**. Ergun Özbudun ve Ersin Onulduran (çev.). Ankara: Yetkin Yayınları, 1996.
- Martin, Lann W. ve Georg Vanberg. “Policing the Bargain: Coalition Government and Parliamentary Scrutiny”, **American Journal of Political Science**. Cilt.48, Sayı.1, Ocak 2004, ss.13-27.
- Müller, Wolfgang ve Kaare Strom (Ed.). **Coalitions in Western Europe**. Oxford: Oxford University Press, 2003.
- Özbudun, Ergun. **Siyasal Partiler**. Ankara: Sosyal Bilimler Derneği Yayını, 1974.
- Sartori, Giovanni. **Political Parties and Party Systems A Framework For Analysis**. Cambridge: Cambridge University Press, 1976.
- Sartori, Giovanni. **Anayasa Mühendisliği Yapılar, Özendiriciler ve Sonuçlar Üzerine Bir İnceleme**. Ergun Özbudun (çev.). Ankara: Yetkin Yayınları, 1997.
- Sartori, Giovanni. “The Party Effects of Electoral Systems”, Larry Diamond ve Richard Gunther (Ed.), **Political Parties and Democracy** içinde. Maryland: The Johns Hopkins University Press, 2001, ss.90-105.

- Strom, Kaare. “Delegation and Accountability in Parliamentary Democracies”, **European Journal of Political Research**. Cilt.37, Sayı.3, Mayıs 2000, ss.261-290.
- Taeko, Hiroi ve Sawa Omori, “Perils of Parliamentarism? Political Systems and Stability of Democracy Revisited”, **Democratization**. Cilt.16, Sayı.3, Haziran 2009, ss.485-507.
- Taylor, Michael ve Michael Laver, “Government Coalitions in Western Europe”, **European Journal of Political Research**. Cilt.1, Sayı.3, Eylül 1973, ss.222-227.
- Timmermans, Arco. “Standing Apart and Sitting Together: Enforcing Coalition Agreements in Multiparty Systems”, **European Journal of Political Research**. Cilt.45, Sayı.2, Mart 2006, ss.263-283.
- Teziç, Erdoğan. **Anayasa Hukuku Genel Esaslar**. 1.Basım, İstanbul: Beta Yayınları, 2005.
- Turhan, Mehmet. **Hükümet Sistemleri ve 1982 Anayasası**. 1.Basım. Diyarbakır: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1989.

ÇEVİRİ

Antik Roma'da Teşebbüs Problem ve Görüşler*

Yazar: Feliciano SERRAO

Kitabın adı: *Impresa e Responsabilità a Roma nell'Età Commerciale*
(Ticaret Devrinde Roma'da Teşebbüs ve Sorumluluk), ss. 15-46.

Yayın Evi: Pacini Editore

Yayınlandığı Yer: Pisa

Yayınlandığı Tarih: 2002

Çeviren: Başak KARAMAN**

1. Tarihi gelişim. – 2. *Negotiatio* ve *taberna instructa*. – 3. Tipoloji. – 4. Sınırlı sorumlu teşebbüsün yapısı. – 5. Teşebbüs grupları. – 6. İşletme ve teşebbüsün devri. – 7. Haksız rekabet ve markanın korunması. – 8. *Manager* kölelerden *negotiatores* azatlılara.

1. TARİHİ GELİŞİM

Antik Roma'daki teşebbüse yönelik problemler, benim görüşüme göre Roma toplumunun ikinci büyük ekonomik yapılanmasına denk gelen¹ ve ge-

* Esasen "Roma Hukukunda Sözleşme Sorunsalı" üzerine gerçekleştirilen bir seminer kapsamında 7 nisan 1987'de Milano Üniversitesi'nde verilen dersin ürünü olan bu çalışma, seminer metinlerinin yanı sıra, ithaf edilmiş olduğu Luigi de Sarlo'nun Anısına Armağan'da yayımlanmıştır.

** Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

¹ Roma toplumundaki bu ikinci büyük yapılanma süreci M.Ö. 3. yüzyıldan M.S. 3. yüzyıla kadar devam eder. Bu şekilde dönem ayırımı için bkz.: F. SERRAO, *Diritto privato, economia e società nella storia di Roma*, C. 1, Napoli, 1999, s. 9 v.d.

² **Çev. not.:** *Ager publicus*, devlete (Roma *populus*'una) ait olan arazidir. Bu toprakların başlıca ele geçiriliş tarzı askeridir, nitekim düşmanlardan ganimet olarak alınmaktadırlar. Devlet, bu toprakların bir kısmını tahsis (*adsignatio*, *ager adsignatus*) veya (mülkiyeti devlette

nel olarak klasik öncesi ve klasik olarak belirtilen devirde, yani yayılmacılık politikasıyla kendini gösteren ve bunu *ager publicus*'un² muazzam bir şekilde genişlemesi, tarım ekonomisinin değişimi, iş gücünü asli kaynağına dönüşen köleliğin büyük artışının izlediği zaman diliminde ileri sürülmüştür.

Bu dönemin yeni ve belirleyici olan niteliği, dolaşımın yayılması ve ticari sermayenin büyük gelişimidir; şu halde bu süreci Antik Roma'nın ticaret devri olarak nitelendirmek mümkün olabilecektir. Hatta büyük Fransız tarihçinin başka devirler için ürettiği ve Andrea Carandini'nin³ 'dünya-emperyalizm' şeklinde bir düzeltmeyle Roma hayatına intikal ettirmeyi tercih ettiği 'ekonomi-dünya'⁴ terimini Fernand Braudel'den⁵ ödünç alarak Pavia Üniversitesi'nce düzenlenen bir toplantıdaki bildirimde⁶ kullanmışım. Nitekim Roma, M.Ö. 3. yüzyılın ikinci yarısından itibaren ve ilk imparatorluk devrinin⁷ ilk iki asrınca, tüm Akdeniz'de ve Akdeniz'in ötesinde meydana gelen ticari işlerin lojistik merkezidir.

kalmak üzere) satımla (*ager quaestorius*, adını, satımı gerçekleştirenlerin *quaestor*'lar olmasından alırdı) özel mülkiyet konusu haline getirebilirdi. Diğer bir kısmı ise daimi veya kısa ya da uzun süreli olarak *vectigal* adı verilen bedel karşılığında fertlere kiralanabilirdi. Bu nevi arazilerin maliki devlet olsa da, fertlerin zilyedlikleri kuvvetle korunmuştu, temlik ve vasiyet edilebilmekteydiler (Z. UMUR, Roma Hukuku Lügatı, İstanbul, 1983, s. 22; A. BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, C. 43, 2. Kısım, 3. Bası, Philadelphia, 1991, s. 357).

Roma İmparatorluğunun ekonomik ve iktisadi durumu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: B. TAHİROĞLU, Roma Devletinin İktisadi Krizleri, İ.Ü.H.F.M., Atatürk'e Armağan, C. 45-46-47, S. 1-4, İstanbul, 1982, ss. 677-706.

- 3 A. CARANDINI, *Il mondo della tarda antichità visto attraverso le merci, Società romana e impero tardoantico*, Istituto Gramsci, Bari, 1986, C. 3, ss. 3-19.
- 4 **Çev. not:** Yazarın "*economia-mondo*" olarak kullandığı ve Fransızca aslında Braudel'in "*économie-monde*" olarak belirttiği kavram (F. BRAUDEL, *Civilisation matérielle, économie et capitalisme, XVe-XVIIIe siècle*, C. 3, *Le temps du monde*, Paris, 1979) aslen kendi başına bir dünya olan ekonomiyi ifade eder. Kavramın Türkçe karşılığı için bkz.: F. BRAUDEL, Maddi Uygarlık, Ekonomi ve Kapitalizm XV-XVIII. Yüzyıllar, C. 3, Dünyanın Zamani, (Çev.: M. A. Kılıçbay), İstanbul, 2004, s. 14.
- 5 F. BRAUDEL, *Civiltà materiale, economia e capitalismo*, C. 3, *I tempi del mondo*, (*Civilisation matérielle, économie et capitalisme*, Paris, 1979 basımlı Fransızca orijinalinden İtalyanca'ya çev.: C. Vivanti), Torino, 1982, s. 3 v.d.
- 6 26 ve 27 Nisan 1985'te "*La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana* (Roma hukuk deneyiminde hukukun kesinliği)" üzerine gerçekleştirilen seminer. Seminer metinleri için bkz.: *La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana. Atti del Convegno di Pavia del 26-27 aprile 1985*, Padova, 1987, s. 71 v.d. ve özellikle s. 89 v.d.
- 7 **Çev. not:** Genel kabul edilen görüşe göre İlk İmparatorluk (*Principatus*) Devri, M.Ö. 27'de Octavianus'un Augustus unvanını almasıyla başlamış ve M.S. 284 senesinde Diocletianus'un tahta geçmesiyle son bulmuştur (Bkz.: B. TAHİROĞLU/B. ERDOĞMUŞ,

Yukarıda bahsetmiş olduğum dönemde, *edictum*'ları⁸ ile *inter privatos* (özel kişiler) arasında yargılama yapan şehir ve yabancılar *praetor*'ları⁹, ki bu sonucusu belirtilen devirde tarih sayfasında yerini almıştır, bu ekonomi dünyasının ihtiyaçlarına gereken tüm hukuki yapıların oluşması için temel organları oluşturmaktadırlar. Özellikle bu zamanlarda, ve her halde kesin olarak M.Ö. 2. yüzyılın başlarında, ekonomi dünyasının yeni gereksinimlerinden yola çıkan *praetor*'ların çalışmaları sonucunda, zaten ekonomik hayatta gerçekleşmekte olan olaylara hukuki düzenleme ve şekil vermeye yönelik bir dizi dava doğar.

Roma Hukuku Dersleri, Tarihi Giriş-Hukuk Tarihi-Genel Kavramlar-Usul Hukuku, 3. Bası, İstanbul, 2003, s. 19; Z. UMUR, Roma Hukuku Ders Notları, Usul Hukuku-Borçlar Hukuku-Eşya Hukuku-Miras Hukuku, 3. Bası, İstanbul, 1999, s. 44).

- 8 **Çev. not.:** *Edictum*, Roma *magistra*'larının kendi yetkileri çerçevesindeki idari ve kazaî kararlarını halka duyurdukları önceleri şifahen, sonraları yazılı bir şekilde yayınladıkları beyanname'dir. Bir *magistra*'nın beyanname yayımlayabilmesi için *imperium*'a sahip olması gerekmektedir. *Magistra*, bir yıl zarfında takip edeceği prensipleri beyanname'de bildirir ve söz konusu *edictum*, yeni *magistra* göreve başlayana kadar yürürlükte kalırdı. *Praetor*'ların, yine kendi görev yılı başlarında yayınladıkları beyanname'de (*edictum praetoria*) *ius civile* tarafından tanıma bulmayan hukuki durum ve ilişkileri korumaya yönelik yeni davalar (*actiones praetoriae*) gösterilirdi (UMUR, Lügat, s. 63; BERGER, s. 448).

D. 1.1.8 (*Marcianus libro primo institutionum*): “*Nam et ipsum ius honorarium viva vox est iuris civilis.*”

D. 1.1.8 (*Marcianus*'un *Institutiones*'inin 1. kitabından): “Nitekim yine *ius honorarium*, *ius civile*'nin yaşayan sesidir.”

- 9 **Çev. not.:** *Praetor*, M.Ö. 367'de çıkarılan *lex Licinia Sextiae* ile ihdas edilen *magistra*'ya verilen isimdir. *Imperium*'a sahip olan *praetor*, Roma şehri içerisinde kalır ve Romalılar arasındaki ihtilaflara bakardı. Yabancılarla olan ilişkilerin artması, M.Ö. 242 yılında yeni bir *praetor*'luk makamının ihdasına yol açmış ve böylece *praetor urbanus*'un (şehir *praetor*'u) yanı sıra *praetor peregrinus* yani yabancılar *praetor*'u da göreve başlamıştır. *Praetor peregrinus*, yabancılarla yabancılar ve yabancılarla Romalılar arasındaki ihtilafları tetkik ederek hakime göndermekte ve zamanla sayıları on altıya kadar yükselen *praetor*'ların yayınladıkları beyannameler özel hukuk sahasında büyük etki göstererek *praetor* hukukunun (*ius honorarium*) yeni bir hukuk tabakası olarak Roma hukuk sisteminde yer etmesine neden olmuşlardı. M.S. 130 senesinde ünlü hukukçu *Salvius Iulianus* tarafından düzenlenerek kat'i hale gelen *praetor edictum*'u (*edictum perpetuum*) sonrasında *praetor*'ların yayınladıkları bu beyannamelerle hukuka yaptıkları yenilikçi katkıları son bulmuştur (UMUR, Lügat, s. 168; BERGER, s. 647).

D. 1.1.7.1 (*Papinianus libro secundo definitionum*): “*Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam. quod et honorarium dicitur ab honore praetorum sic nominatum.*”

D. 1.1.7.1 (*Papinianus*'un Tanımlar'ının 2. kitabından): “*Praetor* hukuku, kamu yararından dolayı *praetor*'ların *ius civile*'ye yardım etmek veya onu tamamlamak veya düzeltmek gayesi ile yarattıkları hukuktur. *Praetor*'ların şeref vazifelerine (*honor*) atfen binaen buna aynı zamanda *ius honorarium* da denilmektedir.”

Şu anki bilgilerimiz doğrultusunda bu farklı davaların kesin bir kronolojisini vermek imkansızdır. Yapısı ve fonksiyonu yalnızca *pater*¹⁰ ya da *dominus*'un¹¹ *potestas*'ı¹² dahilinde düzenlenmiş fiili bir ekonomik olay olarak *peculium*'un¹³ çok eski olduğu kesindir.

Büyük malvarlıklarının oluşumu ve ekonomik faaliyetlerin yayılımı bir yandan, köleliğin olağanüstü artışı diğer yandan, *pater* veya *dominus*'un kendi malvarlığının (büyük veya küçük olması önem arz etmez) bir kısmının idaresini bıraktığı, işte bu nedenle de onun doğrudan idaresine kalandan, yani *res domini* (veya *patris*)'den ayrı olan *peculium* ile

10 **Çev. not.:** *Pater*, burada *pater familias*'ı ifade etmek için kullanılmıştır. "Aile babası" şeklinde tercüme edilebilecek *pater familias*, aslen aile reisini ifade eder. Bu kavramın fiziki anlamından çok hukuki anlamı önem arz eder. *Pater familias*, Roma vatandaşı olmalı ve hiç kimsenin *patria potestas*'ı (baba hakimiyeti) altında bulunmamalıydı. Nitekim hukuki anlamda *pater familias*, *sui iuris* olan ve tüm aile fertleri üzerinde hakimiyet (*patria potestas*) icra eden kimseydi. Roma ailesinin içindeki tek *sui iuris*'in *pater familias* olduğu göz önünde bulundurulursa, bu durumun önemi daha iyi anlaşılır. *Pater familias*'ın ölümüyle evlatları *sui iuris* haline gelir, aile durumundaki (*status familiae*) bu değişikliğe aile evlatlarının yaşı etki etmezdi. *Pater familias*'ın ölümü, onun torunlarını, artık *sui iuris* haline gelmiş olan kendi babalarının hakimiyeti altına sokar, babaları kendilerinden önce ölmüş olduğu takdirde bizzat bunlar *sui iuris* olurlardı (UMUR, Lügat, ss. 152-153; BERGER, s. 620).

11 **Çev. not.:** *Dominus*, bir malın malikini, bir kölenin efendisini ifade eder. *Dominus*, bir şeyi elinde bulundurmakla birlikte onun maliki olmayan zilyed ve intifa hakkı sahibine karşılık kullanılmıştır. Akdi ve bilhassa ticari ilişkilerde *dominus*, başlıca muhataptır (UMUR, Lügat, s. 61; BERGER, s. 442).

12 **Çev. not.:** Özel hukukta *potestas*, bir kişinin diğeri üzerinde icra ettiği hakimiyeti ifade eder. Örneğin bir *pater familias*'ın aileye dahil kimseler üzerinde sahip olduğu hakimiyet *patria potestas* (veya malikin kölesi üzerindeki hakimiyeti *dominicia potestas*, veya kadınlar üzerinde *manus*) olarak adlandırılır (UMUR, Lügat, s. 164; BERGER, s. 640).

13 **Çev. not.:** Başlangıçta aile menfaatine ve malikin rızası altında köleler ve aile evlatlarına iş yapabilme imkanını vermek ihtiyacının sonucunda ortaya çıkan *peculium* kurumu, köle veya aile evlatlarının kendi kendilerine elde ettikleri bir sermaye idi. Fiilen köle ve aile evladı nezdinde kalan *peculium*'un maliki, aile reisiydi. Zamanla malik, aile evladı ve köleye kendi mamelekinden (*res domini*) ayırdığı bir *peculium* vererek bunu işletmelerine imkan sağlamaya başlamıştı. Amaçlanan, iktisapları aile reisine ait olmakla beraber borçları teminatsız olan köle ve aile evlatlarının iş yapabilmelerine imkan sağlamaktır. *Peculium*'un bu şekilde uygulanması, köle ve aile evlatlarıyla iş yapan kimselerin korunması ihtiyacını da beraberinde getirmiş ve hukuk ilmi ve *praetor*'ların çalışmalarıyla aile reisinin *peculium* nispetinde, köle ve aile evlatlarının yüklendikleri borçlardan bunlarla iş yapan üçüncü kişilere karşı sorumlu olduğu *actio de peculio* yaratılmıştı (UMUR, Lügat, s. 154; BERGER, s. 624).

Peculium'a ve *actio de peculio*'ya dair daha ayrıntılı bilgi için bkz.: Ö. KARADENİZ, Roma Hukukunda 'Peculium' Müessesesi, A.Ü.H.F.D., C. 25, S. 3-4, Ankara, 1968, ss. 179-194; G. TÜRKÖĞLU ÖZDEMİR, Roma Hukukunda Actio De Peculio, D.E.Ü.H.F.D., C. 7, S. 2, İzmir, 2005, ss. 103-136.

filius (aile evladı) veya *servus* (köle) ile ticari iş ve işlemler gerçekleştirilmiş olan üçüncü kişilere belirli bir korumanın verilmesi gereksinimi *praetor*'un; *filius* veya *servus* ile anlaşma akteden üçüncü kişinin, *peculium* ve/veya hakimiyet altında olan tarafından *ex causa peculiari* (*peculium* nedeniyle) verilmiş ve *pater*'in veya *dominus*'un şahsi malvarlığına (*res*) intikal etmiş olan artış sınırında, *pater* veya *dominus*'a karşı ileri sürebileceği *actio de peculio et de in rem verso*'yu¹⁴ yaratmasına

14 **Çev. not.:** *Actio de peculio et de in rem verso*, başkasının hakimiyetinde bulunmakla birlikte bir borç altına girip, borcu karşılığında elde ettiği menfaatleri kısmen veya bütünüyle aile babası veya efendinin mamelekine sarf etmiş olan aile evladı veya kölenin sarf ettikleri miktar oranında (yani *res domini*'ye aktarılan menfaat oranında ki "*in rem verso*" adı buradan gelir) sırasıyla aile babası ve efendiyi, bunların alacaklılarına karşı sorumlu tutan munzam davadır (UMUR, Lügat, s. 5; BERGER, s. 624).

Gai. 4.72a: "Keza *actio de peculio et de in rem verso* (*peculim*'a ve mameleke harcamana müteallik dava) da *praetor* tarafından ihdas edilmiştir. Filhakika, aile reisinin veya efendinin irade veya rızası olmadan aile evladı veya köle ile bir muamele aktedilmiş, fakat buna rağmen bu isten elde edilen para aile reisinin veya efendinin mamelekine harcanmamışsa, mameleke harcanan miktar nispetinde bir dava tanınmıştır.[Harcananın (*versum*) ne ifade ettiği tam bir tefsir ister]. Fakat mameleke hiç bir şey harcanmamışsa, *praetor peculim* nispetinde (*dumtaxat de peculio*) bir dava tanımıştır, beyanname bu kelimeler kullanılmıştır. Bu beyanname hile ile (*dolo malo*) *peculium*'u azaltandan da bahsedilmektedir. Eğer faraza senin kölen benden ödünç aldığı on bin *sesters*'in beş bini ile senin alacağını ödemiş veya bu beş bin ile ailene, yiyecek gibi lüzumlu bir şey satın almış, kalan beş bini de her hangi bir şekilde kendisine harcamışsa, sen ilk beş binin tamamından mesul olursun, diğer beş binden ise *peculium* miktarınca. Bundan anlaşılıyor ki, on binin hepsini senin mamelekine harcamış olsa idi, sen bu on bin *sesters*'in tamamı için takibedilebilirdin; filhakika, *peculium*'a veya aile reisinin veya efendinin mamelekine harcanana müteallik davanın bir tek *formula*'sı bulunmakla beraber, iki *condemnatio*'su vardır. Bu sebeple, bahsi geçen *formula* ile önünde dava açılan hakim, mutaden önce aile reisinin veya efendinin mameleki için bir şey harcanmış olup olmadığını araştırır ve eğer aile reisinin veya efendinin mamelekine hiçbir şey harcanmamış veya tamamı harcanmamışsa ancak o takdirdedir ki *peculium*'a kıymet takdir etmeye geçer." Metnin Latince aslı ve çevirisi için bkz.: *Gaius, Institutiones*, Borçlar Kısmı (çev.: T. Rado), İstanbul, 1953, ss. 113-115.

Gai. 7.73: "*Peculim*'un değerinin ne olduğunu tespitte gelince, evvela evladın veya kölenin aile reisini veya efendiye veya onun hakimiyeti altındaki kimseye olan borçları tenzil edilir ve yalnız geri kalan *peculium* olarak kabul edilir. Bununla beraber, bazen aile evladının veya kölenin, aile reisinin veya efendinin hakimiyeti altındaki kimseye olan borçları tenzil edilmez, ezcümle alacaklı olan bizzat onların *peculium*'una dahil bulunuyorsa." Metnin Latince aslı ve çevirisi için bkz.: *Gaius, Institutiones*, ss. 114-117.

Gai. 7.74: "Şüphesiz ki aile reisinin veya efendinin emri üzerine bir akit yapmış olan kimse veya keza kendisine *exercitoria* ve *institoria* davaları tanınmış olan, *de peculio* veya *de in rem verso* davalarını da açabilir; fakat hiç bir kimse bu davalarla tereddütsüz borcun tamamını takip edebilecekken, akit yaptığı kimsenin bir *peculium*'u olduğunu ve bunun kendi alacağını karşılayabileceğini veyahut da alacağının aile reisinin veya efendinin mamelekine har-

candığını ispat etmeye kalkacak kadar budala değildir.” Metnin Latince aslı ve çevirisi için bkz.: *Gaius, Institutiones*, ss. 116-117.

Inst. 4.7.4: “Bundan başka, *peculium*’a ve malikin elde ettiği menfaate müteallik bir dava it-hal etmiştir; bununla, malikin iradesi olmadan bir muamele yapılmış olsa bile, malik, bir menfaat elde etmiş ise bu menfaatin tutarı kadar, menfaat elde etmemişse *peculium* miktarı kadar borcu eda etmek zorunda kalır.” Metnin Latince aslı ve çevirisi için bkz.: *Iustinianus, Institutiones* (çev.: Z. Umut), İstanbul, 1968, ss. 334-335.

Inst. 4.7.4a: “Kölenin malikin malı için yaptığı zaruri masraflar, onun menfaatine geçmiş (*in rem versus*) sayılır: mesela, karz olarak para alıp onun alacaklarına tediyede bulunmuş, veya harap olan binalarını tamir için kullanmış, veyahut buğday, arsa veya herhangi bir zaruri eşya satın almışsa.” Metnin Latince aslı ve çevirisi için bkz.: *Iustinianus, Institutiones*, ss. 334-335.

Inst. 4.7.4b: “Mesela senin kölen *Titius*’tan on altın karz alsa, alacaklına beş altın ödeyip, diğer beş altını herhangi bir şekilde sarf etse, *de in rem verso* davası ile, bu beş altın tutarınca mahkum edilmen lazımdır; kalan beş için ise *peculium*’un tutarı ne ise o nispette mahkum edilirsin: bundan görülüyor ki, eğer on altının tamamı senin menfaatine geçmiş olsaydı, *Titius* senden on altının tamamını isteyebilecekti. Burada, her ne kadar, *peculium*’dan ve *de in rem verso*’dan mütevellit dava bir tek ise de, iki mahkumiyet vardır. Binaenaleyh, bu dava ile karşısına gidilen hakim, evvela muamelenin malikin menfaatine dönüp dönmediğini tespit edecek ve malikin menfaatine dönmemiş veya kısmen dönmüşse, *peculium*’a bir kıymet takdirine bakacaktır.” Metnin Latince aslı ve çevirisi için bkz.: *Iustinianus, Institutiones*, ss. 334-337.

Inst. 4.7.4c: “*Peculium*’un tutarı ne olduğu sorulduğu zaman, kölenin, malikine ve onun hakimiyeti altında bulunan kimselere karşı olan borcu tenzil edilir, ve kalan kısım *peculium*’un safi miktarı olarak kabul edilir. Fakat kölenin, malikin hakimiyeti altında bulunan kimseye olan borcu, bu kimse de *peculium*’a dahil ise, *peculium*’dan mahsup edilmmez: mesela köle, kendi *vicarius servus*’una bir şey borçlu ise, bu borç *peculium*’dan düşülmez.” Metnin Latince aslı ve çevirisi için bkz.: *Iustinianus, Institutiones*, ss. 336-337.

Inst. 4.7.5: “Şüphesiz ki malikin müsaadesi üzerine köle ile bir akit yapmış olup, *institoria* veya *exercitoria* davalarına sahip olan kimse, *de peculio et de in rem verso* davasını da kullanabilir; fakat, akit mucibince tamamını temin etmek kolaylıkla mümkün iken, malikin menfaat temin edip etmediğini, kölenin *peculium*’u olup olmadığını, ve varsa bunun, borcun tamamını tediye edecek miktarda olup olmadığını aramak gibi bir zorluğa kendini sevk etmesi çok manasız olurdu.” Metnin Latince aslı ve çevirisi için bkz.: *Iustinianus, Institutiones*, ss. 336-337.

Inst. 4.7.5a: “*Actio tributoria*’ya sahip olan kimse de, *actio de peculio et de in rem verso*’yu dermeyeran edebilir: fakat bu takdirde, bazen *actio tributoria* ile dava ikame etmek menfaatinedir. Malik tercih edilmediğinden, yani ona karşı olan borç *peculium*’dan mahsup edilmeyip, hukuki durumu diğer alacaklılarınkinin aynı olduğundan *actio tributoria*’yı dermeyeran etmek daha faydalıdır: gerçekten *actio de peculio*’da, evvela malike olan borç mahsup edilir ve malik, alacaklılara karşı, geriye kalan kısım nispetinde mahkum edilir. Buna mukabil *actio tributoria*, sadece ticaret mevzuu olmuş olan kısma taalluk ettiği halde, *actio de peculio*’da, *peculium*’un tamamı davaya mevzu teşkil ettiğinden, bazen bu sonuncu davaya müracaat etmek daha faydalı olur; köle, *peculium*’unun, mesela üçte birini veya dörtte birini, veya hatta daha az bir kısmını kullanmış olabilir, ve en büyük kısmı gayri menkullere, kölelere veya faize yatırılmış bulunabilir. Binaenaleyh, alacaklı, bu davalardan hangisi menfaatine uygun ise onu seçecektir: malikin bir menfaat temin ettiğini ispat edebilen kimse, şüphesiz, *de in rem verso* davaya müraca-

sebepl olmuştur¹⁵.

Ticari ihtiyaçların artmasıyla gelinen bir noktada ve hiç kuşku yok ki teşebbüs *peculium*'u olarak adlandırabileceğimiz, yani bir ticari teşebbüsün faaliyetine özgülennmiş (*res dominii*'den ayrı) malvarlığı anlamındaki *peculium* uygulamasını hukukenn teyid etme ve yaygınlaştırma gereksinininin büyük ölçüde hissedildiği zamanda *praetor*, ticari alanda *peculium*'un teşebbüse ilişkin kullanımının daha detaylı bir düzenlenmesine işaret eden ve her zaman için *servus*'un (veya *filius*'un) ticari bir faaliyette bulunmuş ve *dominus* veya *pater*'in haberdar yani *sciens* olmuş oldukları sınırda, *dominus*'un (veya *pater*'in) ve üçüncü kişilerin alacakları arasında bir *par conditio* (eşit koşul) belirlemeye yönelik *vocatio in tributum* ve *actio tributoria*'ya¹⁶ dair bir *edictum* yayımlar¹⁷.

at eder." Metnin Latince aslı ve çevirisi için bkz.: *Iustinianus, Institutiones*, ss. 336-337.

Inst. 4.7.6: "Köle ve maliki hakkında söylediklerimiz, kız ve erkek aile evladı veyahut aile torunu ile, bunlar üzerinde hakimiyet icra eden baba ve büyük baba için de caridir." Metnin Latince aslı ve çevirisi için bkz.: *Iustinianus, Institutiones*, ss. 337-339.

15 Gai. 4.72^a-74^a; D. 15.1; Inst. 4.7.4-7. Ayrıca krş.: LENEL, *EP*³, s. 273 v.d.

16 **Çev. not.:** *Actio tributoria, actio de peculio* sonucunda sorumlu olan efendi veya aile babasının, köle ya da aile evlâdına sağlamış olduğu *peculium* bir ticari işte kullanılmışsa ve bu işlerden kaynaklanan hukuki işlemler sonucu alacakları olan üçüncü kişiler ortaya çıkmışsa, *peculium*'u bu üçüncü kişiler arasında alacakları oranında bölüştürürken, bir haksızlık yapmış olması halinde açılırdı. Çünkü *peculium* alacaklılarının hiçbirinin, bir diğerinden önceliği bulunmamaktaydı (UMUR, *Lügat*, s. 13; BERGER, s. 345).

Gai. 4.72: "Bundan başka, evladın veya kölenin, aile reisinin veya efendinin malumatı dahilinde *peculium*'a ait sermaye ile ticaret yapması halinde, aile reisine veya efendiye karşı bir de *actio tributoria* ihdas edilmiştir; eğer bu ticaret dolayısıyla onunla bir akit yapılmışsa, *praetor*'un beyannamesinde koyduğu esasa göre aile reisi veya efendi, bu işe tahsis edilen malları ve bunlar vasıtasıyla elde edilenleri, eğer kendilerine karşı da borç varsa, kendileriyle diğer alacaklılar arasında, hisseleri nispetinde taksim edeceklerdir ve eğer alacaklılar kendilerine gerekenden daha az verildiği hususunda şikayette bulunurlarsa *praetor* onlara, eksik kalan kısım için, yukarıda söylediğimiz gibi, *tributoria* denilen *actio*'yu tanımıştır." Metnin Latince aslı ve çevirisi için bkz.: *Gaius, Institutiones*, ss. 110-113.

Inst. 4.7.3: "Bundan başka *Praetor, tributoria* denilen bir dava daha ithal etmiştir. Filhakika eğer bir köle, malikin malumatı tahtında *peculium*'unu kullanarak ticaret yapar ve bu münasebetle borçlandırıcı bir akit icra ederse, *praetor, peculium*'un ve elde ettiği şeyin, maliki ile –eğer ona karşı da borçlanılmış bir şey varsa–, diğer alacaklıları arasından muayyen bir nispet tahtında taksim edilmesini emreder. Burada taksimi yapmak hakkı bizzat malike verildiğinden, alacaklılardan birisi, kendi alacağına düşenden daha az bir hisse (*tributum*) aldığı iddia ederse, malike karşı, *actio tributoria* denen bu davayı açar." Metnin Latince aslı ve çevirisi için bkz.: *Iustinianus, Institutiones*, ss. 334-335.

17 Gai. 4.72; D. 14.4; Inst. 4.7.3. Ayrıca krş.: LENEL, *EP*³, s. 270 v.d.

Peculium'un teşebbüs kullanımıyla sıkı bir bağlantı içerisinde, belki de başlangıçta *de peculio* sınırlı sorumluluğunu -bugün kuvvetli alacaklılar denilebilecek- belirli alacaklılar için sınırsız sorumluluğa dönüştürerek normal *peculium* alacaklıları karşısında imtiyazlı alacaklılar yaratmaya yönelik (daima *actio de peculio* 'nun yanında ileri sürülen) *actio quod iussu*¹⁸ da doğmak durumunda kalmıştır¹⁹. Aynı zaman dönemecinde ve aynı ekonomik koşullarda, aslen sınırsız sorumlu ticari teşebbüsün düzenlendiği ve fiiliyatta oldukça yaygınlaşmış olsa da hukuk tarafından dikkate alınmamış olan bir ticari uygulamaya, yani kendi kölesini veya, duruma göre, kendi oğlunu, ancak her şey *dominus* veya *pater* tarafından iktisap edilebilmekle birlikte bunların üçüncü kişilere karşı sorumlu olması (topal veya eksik temsil) sonucuyla ticari işletmelerin başına getirme uygulamasına kesin şeklin verildiği *actio institoria*²⁰ yaratıldı. *Prae-*

18 **Çev. not.:** *Actio quod iussu*, köle ya da aile evlâdının, efendinin veya aile babasının onayı veya direktifleri (*iussum*) ile gerçekleştirdikleri hukuki işlemlerden doğan borçlardan dolayı sorumlu tutulmalarını sağlayan *praetor*'larca yaratılan munzam davadır (UMUR, Lügat, s. 11; BERGER, ss. 534-535).

Gai. 4.70: "Her şeyden evvel, eğer bir muamele aile reisinin veya efendinin emriyle (*iussu*) yapılmışsa, *praetor* borcun tamamı için (*in solidum*) aile reisine veya efendiye karşı kullanılmak üzere bir dava ihdas etmiştir, bu doğrudur, zira muameleyi yapan kimse, evlattan veya köleden ziyade aile reisinin veya efendinin itibarına güvenmiştir (*fidem sequitur*)." Metnin Latince aslı ve çevirisi için bkz.: *Gaius, Institutiones*, ss. 108-111.

Inst. 4.7.1: "Eğer, malikin müsaadesi üzerine, köle ile bir muamele yapılmışsa, *praetor*, malik aleyhine, muamelenin tamamına müteallik bir dava hakkı bahşeder (*actio quod iussu*), zira akti yapanın, malikin itibarına dayanmış olduğu kabul edilir." Metnin Latince aslı ve çevirisi için bkz.: *Iustinianus, Institutiones*, ss. 334-335.

19 Gai. 4.70; D. 15.4; Inst. 4.7.1. Ayrıca krş.: LENEL, *EP*³, s. 273 v.d.

20 **Çev. not.:** *Actio institoria*, bir köleyi veya aile evlâdını veyahut da hür bir kimseyi, dükkanını, ticari işletmesini yönetmekle görevlendiren kişiyi (*institor*), bu işletmeden kaynaklanan borçlardan sınırsız sorumlu tutmak amacıyla bu kişiye karşı açılan *praetor* davadır (UMUR, Lügat, s. 9; BERGER, s. 504).

Gai. 4.71: "...*Institoria* adlı *formula* ise bir kimse bir dükkanın veya ticarethanesinin başına evladını veya kölesini veya ister köle olsun, ister hür olsun dışarıdan birini koymuşsa, bu kimse ile başına getirildiği iş münasebetiyle akdedilen muamelede bahis mevzuu olur. Bu *actio*'nun *institoria* diye isimlendirilmesinin sebebi, dükkanın başına getirilene *institor* denilmesidir. Bu *formula* da keza borcun tamamına mütealliktir." Metnin Latince aslı ve çevirisi için bkz.: *Gaius, Institutiones*, ss. 110-111.

Inst. 4.7.2: "...Bir kimse köleyi, dükkanına veya başka herhangi bir ticarethanesine idareci tayin ederse ve bu iş münasebetiyle o köle ile bir akit yapılırsa, kendisine karşı *actio institoria* doğar; dükkan veya ticarethaneye idareci tayin edilen kimselere *institores* ismi verildiğinden bu davaya *institoria* denmektedir." Metnin Latince aslı ve çevirisi için bkz.: *Iustinianus, Institutiones*, ss. 334-335.

tor'un müdahalesi üçüncü kişilere karşı *dominus*'u (veya *pater*'i), bunların *servus* (veya *filius*) *institor*'la yaptıkları hukuki işlemlerden dolayı, doğrudan ve sınırsız bir şekilde sorumlu hale getirmekteydi. Bu şekilde *commoda*'ya (menfaatlere) sahip olan kişiye, *incommada* (zararlar) da yükleniyor ve tam organik temsil olan kurumsal temsil doğmuş oluyordu²¹.

Aynı devirde, ya da, Solazzi'nin²² belki de doğru olarak ileri sürdüğü gibi, daha öncesinde, deniz ve denizcilikle ilgili teşebbüs için aynı düzene belirleyen *actio exercitoria*²³ yaratıldı²⁴.

Böylece bir zaman, ve *Servius Sulpicius*²⁵ bununla oldukça ilgilendiğinden kuşkusuz M.Ö. 2. yüzyılda, hatta M.Ö. 2. yüzyılın başlarından iti-

Inst. 4.2.2a: "Bir kimse hür bir adamı veya başkasının kölesini...bir dükkan yahut ticarethanesinin idaresine memur etse, *praetor*, yine bu...davayı tanımıştır, zira hakkaniyet, bu takdirde de aynı şeyi icap ettirmektedir." Metnin Latince aslı ve çevirisi için bkz.: *Iustinianus, Institutiones*, ss. 334-335.

21 Gai. 4.71; D. 14.3; Inst. 4.7.2 ve 2^a. Ayrıca krş.: LENEL, *EP*³, s. 258 v.d.

22 S. SOLAZZI, *Scritti di diritto romano*, C. 4, Napoli, 1963, s. 243 v.d.

23 **Çev. not.:** *Actio exercitoria*, bir köleyi veya aile evladını veyahut da hür bir kimseyi kaptan sıfatıyla (*magister navis*) gemisini yönetmekle görevlendirmiş olan kimseye (*exercitor navis*) karşı, bu kimseyi, geminin yönetimi ve işletilmesine ilişkin bütün borçlardan sınırsız sorumlu tutmak amacıyla açılan munzam nitelikli *praetor* davasına denmekteydi (UMUR, Lügat, s. 6; BERGER, s. 462).

Actio exercitoria'ya dair daha ayrıntılı bilgi için bkz.: E. KÜÇÜK, Roma Hukukunda Donatanın -*Execitor Navis*'in *Actio Exercitoria*'dan Doğan Sorumluluğu, Ankara, Ekim 2007.

Gai. 4.71: "Aynı sebeple *praetor* iki dava daha ihdas etmiştir: *exercitoria* ve *institoria*. Eğer aile reisi veya efendi, evladını veya kölesini gemisine kaptan (*magister*) olarak koymuşsa ve onunla da başına getirildiği iş münasebetiyle bir muamele yapılmışsa *actio exercitoria* bahis mevzuu olur. Filhakika, bu muamele aile reisinin veya efendinin iradesiyle yapılmış telakki edildiğinden, ona karşı borcun tamamından (*in solidum*) dolayı dava tanınması hakkaniyete tamamen uygun görülmüştür; hatta gemisine kaptan olarak ister köle olsun ister hür olsun dışarıdan birini (*extraneus*) koyan kimseye karşı da *actio exercitoria* açılır. Bu davanın *exercitoria* diye isimlendirilmesinin sebebi de geminin gündelik gelirinden istifade edene *exercitor* denilmesidir..." Metnin Latince aslı ve çevirisi için bkz.: *Gaius, Institutiones*, ss. 110-111.

Inst. 4.7.2a: "Bir kimse hür bir adamı veya başkasının kölesini gemisine kaptan yap-sa,...*praetor*, yine bu...davayı tanımıştır, zira hakkaniyet, bu takdirde de aynı şeyi icap ettirmektedir." Metnin Latince aslı ve çevirisi için bkz.: *Iustinianus, Institutiones*, ss. 334-335.

24 Gai. 4.71; D. 14.1; Inst. 4.7.2 ve 2^a. Ayrıca krş.: LENEL, *EP*³, s. 257 v.d.

25 **Çev. not.:** *Actio institoria*'nın M.Ö. 43 yılında ölen *praetor Servius Sulpicius Rufus* tarafından çıkarıldığı kabul edilir (TÜRKOĞLU ÖZDEMİR, *Actio De Peculio*, s. 104, dn. no.:1).

baren de diyebiliriz, tüm Roma teşebbüs düzeninin çevresinde yapılanmaya başladığı- ve bu nedenle büyük önem arz eden- bu beş dava mevcuttu. Bu davalar sadece temsil problemini çözmeyen, bunun çok daha ötesine giden davalardır; bunlar sonrasında hukuk ilminin gelişimiyle sürekli olarak zenginleşip tamamlanacak olan teşebbüsün tüm hukuki sistemini yapısal ve işlevsel açıdan çizen davalardır. Di Porto'nun²⁶ tanınmış eserine ilişkin yaptığı bir değerlendirme esnasında Mayer Maly'nin²⁷ doğru bir şekilde tespit ettiği gibi –mütemadiyen ve yanlı olarak *adiecticiae qualitatis*²⁸ olarak adlandırılan- bu beş davayı sadece temsil vasıtaları olarak incelemek, bunların, hizmetlerine tahsis edilmek üzere yaratılmış oldukları Roma ekonomisi ve teşebbüs düzeni açısından sahip oldukları önemi göz önünde bulundurmamak demektir. Ve temsile ilişkin Roma rejiminin, teşebbüse ilişkin oluşumun dinamik hayatı içinde doğmuş ve gelişmiş olduğunu iddia etmeyi cüretkarca bulmuyorum. Zaman sınırı yüzünden maalesef sadece işaret etmekle yetindiğim tüm bunları göz önünde bulduğumuz zaman bir şey çok açıktır ki; Roma teşebbüs düzeni dört büyük esas etrafında döner. Ve bu esaslar şunlardır:

Birincisi: Roma ailesinin hakimiyete dayanan niteliği²⁹. Bu güçlü organizma zamanla devinim geçirse de, hakimiyete dayanan niteliğini korur ve, V. ve IV. yüzyıllarda sağlamlaşmakla birlikte yeni zamanların ihtiyaç-

26 A. DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo 'manager' in Roma antica (II sec. a.C.-II sec. d.C.)*, Milano, 1984.

27 M. MALY, *Recensione a A. DI PORTO, Impresa collettiva e schiavo 'manager' in Roma antica (II sec. a.C.-II sec. d.C.)*, Iura, 35, 1984, s. 115 v.d.

28 **Çev. not.:** *Actio adiecticiae qualitatis*, kölelerin (*servus*), aile evlâtlarının (*filius familias*) ve bazen de hür kimselerin üçüncü kişilerle yaptıkları hukuki işlemlerden dolayı efendilerine (*dominus*) ve aile babalarına (*pater familias*) karşı açılabilen munzam davaların toplamına (*actio de in rem verso*, *actio de peculio*, *actio exercitoria*, *actio institoria*, *actio quod iussu*, *actio tributoria*, *actio noxalis*) *glassator*'lar tarafından verilen isimdir (UMUR, Lügat, s. 13; BERGER, s. 462).

29 **Çev. not.:** Roma ailesine dair bkz.: K. AYİTER, *Roma Hukuku Dersleri*, Aile Hukuku, Ankara, 1960; Z. ÜSKÜL ENGİN/B. KARAMAN, *Roma İmparatorluğu ve Roma Hukukunda Ailenin Toplumsal Temelleri*, G.Ü.H.F.D., S. 2006/1, İstanbul, 2007, ss. 255-313 v.d.; H. LEVY-BRUHL, *Eski Roma Aile Hukukunda İki Cereyan* (çev.: Hüseyin Nail), İ.Ü.H.F.M., C. 6, S. 1, İstanbul, 1940, ss. 146-155; R. PARIBENI, *Roma Ailesi* (çev.: Ş. Talip), *Capitolium I*, İstanbul, 1935, ss. 1-99; P. SOMER, *Dar Anlamda Roma Aile Hukukunun Esasları*, M.Ü.H.F.D., S. 2002/2, İstanbul, 2002, ss. 155-180; G. PUGLIESE, *Roma Ailesine Tarihi Bir Bakış* (çev.: Z. Umur), İ.Ü.H.F.M., C. 22, S. 1-4, İstanbul, 1953, ss. 339-349.

larına uygun hale gelir; Roma ailesinin, ekonomi-dünya adı verdiğimiz yeni ticari ekonomiye tamamıyla adapte olmasıdır.

İkincisi: köleler ve onların menajerlik fonksiyonları.

Üçüncüsü: öncesinde ekonomik olay ve ardından hukuki biçimiyle *peculium*.

Dördüncüsü: *dominus*'un (ya da *pater*'in) basit bir *scientia*'dan (bilgiden) *voluntas*'a (iradeye), *praepositio*'ya (işin başına getirmeye, tayine) uzanan farklı aşamalardaki bilinç ve irade durumu (her halükarda manevi bir unsur).

Praetor'lar ve hukuk ilmi, tüm dördünün birden ya da sadece üç veya ikisinin mevcudiyetine göre, şu veya bu şekilde bu dört temel unsuru birleştirerek bütün teşebbüs organizasyonunu yaratır ve oluştururlar³⁰; bu dört temel unsuru göz önünde bulundurduğumuzda teşebbüs organizasyonunun tüm düzenleniş biçimlerini elde ederiz; bu unsurlarla farklı tipte teşebbüsler yaratılır; bu unsurlarla ticari ve endüstriyel her teşebbüs için temel ilke, yani üçüncü kişiler karşısında dış temsil, ve karşısında müteşebbisin bulunduğu üçüncü kişilerle olan ilişkilerin değişik aşamaları şu ya da bu şekilde belirlenir; bu ilkeler üzerine sınırsız veya sınırlı sorumluluk tipleri oluşturulur; yine bu ilkelere dayanarak ve tasvir ettiğimiz ekonomik iklimde bizim teşebbüs ve işletme adını verdiğimiz kavramlar ortaya çıkmaya başlar.

Ama sırasıyla gidelim; sonrasında bunun değişik tiplerine geçebilmek için öncelikle teşebbüs kavramı ve biçimi üzerinde duralım.

2. NEGOTIATIO (TEŞEBBÜS) VE TABERNA INSTRUCTA (İŞLETME)

Lenel'in farkına vardığı³¹ ve *Digesta*'da bize gelen hukuk alimlerinin metinlerinden çıkarıldığı gibi³² *De institoria actione edictum*'unda (*Actio ins-*

³⁰ **Çev. not.:** Klasik hukukçuların kullandıkları metodlara dair bkz.: E. SEIDL, Romalı Hukukçuların Metodlarına Dair (çev.: B. Erdoğan), İ.Ü.H.F.D., C. 35, S. 1-4'den Ayrı Bası, İstanbul, 1969, ss. 1-21; J. GAUDEMET, Eski Çağ Dünyasında Kanunların ve Hukuki Muamelelerin Yorumu (çev.: B. Tahiroğlu), İ.Ü.H.F.D., Ord. Prof. Dr. M. Reşit Belgesay'a Armağan, C. 36, S. 1-4, İstanbul, 1971, s. 500 v.d.

³¹ LENEL, *EP* ³, s. 263.

³² Krş.: D. 14.3.5.10 (Ulp. 28 ad ed.).

titoria'ya dair beyannamede) ya da hiç değilse *formula*'sında³³, *taberna instructa*'ya belirgin bir gönderme vardır; nitekim *Ulpianus edictum*'u şerh edip kelimelerin anlamlarını açıklarken şöyle der: *Instructam autem tabernam sic accipiemus, quae et rebus et hominibus ad negotiationem paratis constat* (D. 50.16.185 Ulp. 28 ad. ed./ *Ulpianus*'un *Edictum* Şerhinin 28. kitabından).

“Bir *negotiatio*'nun yani bir ticari teşebbüsün faaliyeti için organize olan mal ve insanlardan meydana gelenin (teçhizatlı) işletme olduğunu kabul ederiz”.

Taberna instructa ve *negotiatio* ile ifade edilen ve benim sırasıyla “işletme” ve “teşebbüs” olarak tercüme ettiğim bu iki terim ve iki hukuki kavram (terim ve hukuki kavram olarak) *edictum*'da doğar, hukuk ilmine geçer, hukuk alimleri tarafından yorumlanır, modern “Ders Kitaplarında” genelde bulunmazlar.

Medeni Kanunumuzun 2555. maddesine baktığımızda³⁴, işletmenin

33 **Çev. not.:** *Formula* usulü, olağan mahkemeler nizamında (*ordo iudiciorum privatorum*) yer alır ve en eski dava şekli olan *legis actio*'lardan sonra M.Ö. 110 civarında ortaya çıkıp *lex Aebutia* ile tanınmasının ardından *Augustus* zamanında çıkarılan *lex Iulia iudiciorum* ile olağan yargılama usulü haline gelir. *Formula*, *magistra*'nın (*praetor*) tarafından ve onun ağzından belirli şartların kanıtlanması halinde davalıyı mahkum etmesi, aksi takdirde beraat ettirmesine dair hakime yetki verdiği yazılı bir belgeydi (*si paret...condemnato, si non paret absolvito*). *Formula* çeşitli kısımlardan oluşurdu. *Formula*'ya tarafların seçtikleri hakim veya hakimlerin adlarının yazılmasıyla başlanır, *intentio* kısmında şartlı bir cümle ile davacının iddiası belirtilirdi, *condemnatio* adı verilen kısımda ise, hakime *intentio*'daki iddianın ispatı halinde davalıyı mahkum etmesi, aksi halde beraat ettirmesi emredilirdi. *Formula*'nın bu iki asli olanlarının yanında *demonstratio*, *audicatio*, *fictio* ve bazı durumlarda belirli şartların doğrulanması halinde davalının mahkum olmasını engelleyecek bir *exceptio* yani davalı lehine def'i imkanı gibi kısımları da bulunabilirdi (UMUR, Lügat, s. 75; BERGER, ss. 474-475). *Formula* usulünde dair ayrıca bkz. UMUR, Ders Notları, s. 245 v.d.; S. DI MARZO, Roma Hukuku (5. Bası'dan çev.: Z. Umur), 2. Bası, İstanbul, 1959, s. 118 v.d.; TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ, s. 213 v.d.; S. ÖZTEK, Roma Medeni Usul Hukukunun Ana Hatları, İ.Ü.H.F.D., C. 51, S. 1-4, İstanbul, 1986, s. 346 v.d.

34 **Çev. not.:** İtalyanların ülkemizde olduğu gibi ayrı bir Ticaret Kanunu bulunmamakta, Ticaret Hukukuna ilişkin düzenlemeler de Medeni Kanunları içerisinde yer almaktadır.

İtalyan Medeni Kanunu (*Codice Civile Italiano*)

V. Kitap/İşe Dair (Libro V/Del Lavoro)

VIII. Kısım/İşletmeye Dair (*Titolo VIII/Dell'azienda*)

I. Bölüm/Genel Hükümler (*Capo I/Disposizioni Generali*)

m. 2555 (*art. 2555*)

Kavram (*Nozione*): “İşletme, bir teşebbüsün faaliyeti için müteşebbis tarafından organize edilen mallar bütünüdür (*L'azienda è il complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa*).”

“müteşebbis tarafından teşebbüsün faaliyeti için organize edilen mallar bütünü” olarak tanımlandığını görürüz. Roma tanımıyla kıyaslandığında tek olmanın yanında bariz olan fark, *homines*'in (insanların) eksikliğidir; bizim işletmemizde bir yığın iş ilişkisi vardır ya da her halükarda olabilir, Roma işletmesinde köleler mevcuttur.

Ulpianus bir (veya “o”) *negotiatio* der. Ve, benim kesin olduğunu düşündüğüm gibi, *negotiatio* teşebbüs olarak tercüme edilirse, teşebbüs kavramına ve bilhassa ticari teşebbüs kavramına bile sahip olmaya başlarız. Tıpkı *taberna*'nın olduğu gibi bu da, *filius servusve in peculiari merce sciente patre dominove negotietur* (aile evladı veya kölenin aile babası ya da efendinin bilgisi dahilinde *peculium*'un bir kısmını ticari faaliyette kullanmaları) halinde *dominus*'un veya *pater*'in kendi alacakları için de (yani kendi alacaklarının orantısız ya da yüzdesel olarak ödenmesinde) *vocatio in tributum*'u ileri sürme borcunu belirleyen *praetor edictum*'una kadar gider³⁵.

Buna karşılık günümüzde, müteşebbisin tanımlandığı Medeni Kanunumuzun 2082. maddesinden³⁶, “malların ve hizmetlerin üretimi veya

Günlük kullanımda işletme ve teşebbüs çoğu kereler fark gözetilmeksizin kullanılmaktaysalar da, hukuken birbirlerinden kesin olarak ayırdırlar. Medeni Kanunun 2082. maddesinde belirtildiği gibi, teşebbüs faaliyet olarak, işletme ise 2555. maddede görüldüğü gibi malların bir bütünü olarak değerlendirilmeye alınır. İşletme ve teşebbüs arasında, aslen bir araç ve amaç birliği mevcuttur. İşletme kavramı, müteşebbisin üretim sürecinde faydalandığı araç ve fiillerdir (Bkz.: F. DEL GIUDICE, *Codice Civile Spiegato Articolo per Articolo, Costituzione, Adozione-Divorzio-Società, Tabela di Corrispondenza tra Vecchio e Nuovo Articolato del C.V. in Materia Societaria, Formulario*, 7. Bası, Napoli, 2004, ss. 1620-1621).

Türk Hukukunda ticari işletme için krş.: TTK. m. 11-12; Tic. Sic. Tüz. m. 14.

Türk Hukukunda Rekabet Kanunu açısından teşebbüs için krş.: RKHK. m. 3.

³⁵ Gai. 4.72 ve ayrıca krş.: LENEL, *EP*³, s. 270 v.d.

³⁶ **Çev. not.:** İtalyan Medeni Kanunu (*Codice Civile Italiano*)

V. Kitap/İşe Dair (*Libro V/Del Lavoro*)

II. Kısım/Teşebbüs İçerisindeki İşe Dair (*Titolo II/Del Lavoro nell'Impresa*)

I. Bölüm/Genel Olarak Teşebbüs (*Capo I/Dell'impresa in Genere*)

I. Ayırım/Müteşebbise Dair (*Sezione I/Dell'imprenditore*)

m. 2082 (art. 2082)

Müteşebbis (*Imprenditore*): “Müteşebbis, mal veya hizmetlerin üretimi ve mübadelesi için organize edilen bir ekonomik faaliyeti profesyonel olarak icra eden kimsedir (*È imprenditore chi esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi*).”

mübadelesi amacıyla düzenlenen ekonomik bir faaliyetin icrası” şeklindeki bir teşebbüs tanımı çıkarmaktayız. Kısacası kapitalizm ya da üretken sermaye evresinde, endüstri yani üretim ilk sıraya geçmiş, ticaret ikinci sıraya gerilemiştir. Üretken sermayenin ikinci sırada geldiği Roma’nın ekonomi-dünya döneminde büyük ölçüde yaygınlaştığı kabul olunan ticari sermaye, başlıca biçimdir; günümüzde üretken sermaye ilk sırada yer almakta ve ticari sermaye onu takip etmektedir. Şu halde, *Ulpianus* tarafından verilen *taberna instructa* tanımında ve *magister navis, institor* ve başkasının hakimiyetinde bulunanlarla (*cum magistro navis, institore eove, qui in aliena potestate est*) gerçekleştirilen *negotia*’dan doğan beş davaya ilişkin *edictum*’da bulunan temel unsurlara ilişkin bilgilerde, Medenî Kanunumuzda yer alan işletme ve teşebbüse ilişkin iki temel maddenin (2555 ve 2082), ne eksiğiyle ne de fazlasıyla, esaslarını buluruz.

Az önce söylemiş olduğum gibi, *negotiatio* ile ticari teşebbüs, *taberna instructa* ile ticari işletme kastedilir. Deniz ve denizcilikle ilgili teşebbüsler için bunların yanlarına *navis instructa* ve *exercitio navis* eklenir. Buna karşılık *Plinius*’ta, ayrıca *Digesta*’ya alınan hukukçuların bazı metinlerinde ve bize kadar gelen fabrika mühürleri ve damgalarındaki epigrafik dilde oldukça sıklıkla yinelendiği gibi endüstri kuruluşu, atölye, imalathane *officina* terimi ile belirtilir³⁷. Fakat bir zaman gelir ki terimler anlamlarını genişletirler ve bazen üretim kuruluşu, imalathane de hukukçular tarafından *taberna* olarak belirtilir: böylece *Ulpianus*’un (*Aristo*’yu naklettiği) bir metninde yağ, peynir imal edilen yeri göstermek için kullanılan *taberna casiaria* terimine rastlanır³⁸; şu halde her yerde olduğu gibi terminolojik bir genişleme mevcuttur; ben Romalıların teknik terminolojilerinin aşırılığına inanmıyorum, onlar her alanda, oldukça hakim olsa da hiçbir zaman tekel olmayan bir terminolojiye sahiptirler: ve bizim sektörümüzde de *taberna instructa* ticari işletmedir, fakat bunun yanında *taberna, officina* anlamında da kullanılmaktadır. Kimi seferler, tıpkı bugün olduğu gibi, ne biri ne diğeri kullanılmakta, ama belirli bir endüstriyi belirten terimlerden yararlanılmaktadır: örneğin *figlina* veya çoğul hal-

³⁷ *Plinius*, Nat. hist., 16.6.8.23 (*officinae aerariorum*); 9.38.62.133 (*officinae tingentium*); 36.22.47.165 (*officinae tonstrinarum*); 35.11.40.143 (*officinae fullonum*); 35.12.45.155 (*officinae platarum*); 18.10.20.89 (*officinae aerariae et chartariae*). D. 5.1.19.2 (Ulp. 60 ad ed.). Tuğlalar ve amforalar üzerindeki çok sayıda mühür için Dressel’in girişine gönderme yapmakla yetiniyorum (DRESSEL, *CIL*, XV, 4).

³⁸ D. 8.5.8.5 [Ulp. (*Aristo*) 17 ad ed.]. Yine aynı düşünceler bazında, D. 31.88.3’te *Scaevola* (3 resp.) *taberna ferraria* terimini, bence demir ustasının *officina*’sını belirtmek için kullanmaktadır.

de *figlinae*, seramik ve tuğla endüstrisini³⁹; *purpuraria*, purpura boyası fabrikasını (veya kumaş boyama atölyesini) belirtmek için kullanılır ve bu böylece gider; sonuç olarak öyle bir zaman gelir ki bugün de varolan terminolojik elastikiyet gerçekleşir. Ve bu elastikiyet kimi defalar *taberna* ve *negotiatio* terimlerinin kendileri için de, birincinin yerine ikincisinin kullanılması şeklinde yinelenir; nasıl ki bizim açımızdan dahi doktrinde, içtihatlarda ve bazen aynı kanun metinleri içerisinde ‘teşebbüs’ yerine ‘işletme’ ile karşılaşılmamasının mümkün olması gibi.

Sonucunda kesin olan bir şey vardır: *taberna* ve *negotiatio* terimleri ticari alanda doğarlar ve ticari sermayenin işaretleridirler, sonrasında üretken sermayede de yavaş yavaş belirli bir gelişimin gerçekleşmesiyle beraber *taberna* buradan endüstriyel alana da yayılmaya meyleder; buna karşılık *negotiatio* ticari ve finansal faaliyete daha sıkı bir biçimde demirlenmiş olarak kalır⁴⁰.

3. TİPOLOJİ⁴¹

Şimdi, Roma teşebbüsünün organizasyonunun dayandığı dört unsur ya da temelin tamamının veya birkaçının birleşimi vasıtasıyla asli “tiple- rin” nasıl oluştuğunu incelemeye geçelim.

³⁹ Yine bkz.: **DRESSEL**, *CIL*, XV, s. 3 v.d., ki bunun dışında orada mühürler üzerinde nasıl hem *ez figlinis* (kil madenine dair) hem (*officinator*’un yani zanaatkarın ismini izleyen) *ex officina* (atölye, fabrikaya dair) bilgilerinin bir arada görüldüğü, ilkiyle tamamı ve ikincisiyle bir kısmı belirtilmiş benzediğinden tek bir *figlinae*’de bir çok *officinae*’nin varolabileceği sonucunu çıkarmamızı da beraberinde getirerek gözler önüne serilmektedir. Ancak *figlinae* ile kil madenlerinin ve *officina* ile sahibinin veya müteşebbisinin *officinator* olduğu dar anlamda atölye veya fabrikanın kastedildiği ihtimalini de hariç tutmamaktayım.

⁴⁰ *Taberna*’nın anlamının genişlemesine dair bkz.: dn. no: 38. *Negotiatio, negotiator, negotiari*’nin üretim faaliyetine ilişkin kullanımına yönelik ne hukukçuların ne de hukuk dışı kaynakların verdikleri kaydadeğer örnekler bulunmamaktadır. Fakat D. 14.4.1.1 (Ulp. 29 ad ed.)’da su yüzüne çıktığı kadarıyla *Pedius*’un, *fullones* (kumaş boyacılarının) ve *textores*’in (dokuma işçilerinin) faaliyetlerini de *negotiatio* (ticari teşebbüs) olarak değerlendirdiği ve bununla üretim alanına girilmiş olduğu da göz ardı edilmemelidir.

⁴¹ **Çev. not.:** Modern ortaklıklar hukukunda tip, dar ve geniş olmak üzere iki anlamda kullanılmaktadır. Dar anlamda tip, yapısı kanun tarafından ve emredici hükümlerle belirlenmiş ticaret ortaklıkları biçimlerin belirtirken, geniş anlamda tip, kanuni tipi model olarak almakla birlikte kanunun izni çerçevesinde gerektiğinde ondan sapan uygulamanın yarattığı sınıflardır. Tipoloji öğretisi ise daha çok geniş anlamda tip kavramlarının sınırlarını araştırmakta, kanuni tipi saptamakta ve tipoloji, yöntem öğretisinin temel sorunlarından biri olarak varolmaktadır (Ayrıntılı bilgi için bkz.: R. **POROY/Ü. TEKİNALP/E. ÇAMOĞLU**, Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, Güncelleştirilmiş 9. Bası, İstanbul, 2003, ss. 125-126).

Bana ayrılan süre nedeniyle, Roma'da bireysel olanın bir türevi olarak varolmaktaysa da, daha uzun bir tartışmayı gerektireceğinden kolektif teşebbüs üzerinde durmayacağımı hemen belirteyim⁴².

Sınırsız sorumlu türler, daima belirli önemde bir teşebbüsün söz konusu olması halinde⁴³, *institores*'in tayini (kişilerin teşebbüs sahibi tarafından, bir ticari teşebbüsün başına getirilmesi) ve şu halde *actio institoria*'nın uygulanması ya da *magistri*'nin (kaptanların) tayini ve *actio exercitoria*'nın uygulanması vasıtasıyla oluşturulurlar. Bağlantı aile üzerindedir; *pater*'in *potestas*'ı, ailenin malvarlığı birliği olmasa tüm bunlar gerçekleşemeyecektir; işte sürekli daha önce bahsettiğim o dört unsura gelmekteyiz; hatta sınırsız sorumlu teşebbüsün oluşumu için bahsedilen dört unsurdan üçü, yani bir taraftan ailenin hakimiyete dayalı niteliği ve dolayısıyla *pater*'in *potestas*'ı, diğer taraftan köle veya aile evladının mevcudiyeti, üçüncü olarak da, olayda müteşebbis tarafından *magister* veya *institor*'un *praepositio*'su (başa geçirme, tayin) ile en büyük ifade şeklini bulan iradi unsur, yeterlidir. Dördüncü unsur yani *peculium* yoktur.

Ama en seçkin modern ticaret hukuklarıyla yarışabilecek kadar, ve tam da burada Romalıların kıvılcımlandırdıkları, mühim olan olay, sınırlı sorumlu teşebbüse ilişkindir. Onlar *peculium* olan o ayrı malvarlığı vasıtasıyla, belirli ilişkilerin *patronus*'un şahsi malvarlığı yani *res domini*'ye dahil olmasına veya köleye bırakılan malvarlığı içinde gerçekleşmesine göre süjenin sorumluluğunu ayırt edebilmeyi başarmışlardır. Ve köleden bahsediyorum çünkü, en yaygın olan durumdur: sayısız ve zengin kaynaklarda çok sayıda menajer köleye ve az miktarda aile evladına rastlarız. Şu halde, *res domini*'den ayrı bir malvarlığı olarak *peculium* aracılığıyla müteşebbisin sınırlı sorumluluğu yaratılır ve *peculium* tahsis edilen köle ile işlemler gerçekleştiren üçüncü kişileri korumak amacıyla yaratılmış olmakla birlikte *actio de peculio et de in rem verso* sınırlı sorumlu teşebbüsün oluşumu için temel vasıta haline gelir; ve nitekim hukuki kaynaklar üzerinde bir istatistik yapmaya kalkılırsa, davamızın yüzde elliyi aşan kereler *peculium*'un teşebbüs alanındaki kullanımına yönelik olarak zikredilmiş olduğu görülür. Bu yol izlenerek, köle (*dominus* tarafından

42 Bu nedenle Di Porto'nun "*Impresa collettiva e schiavo 'manager' in Roma antica*" adlı eserine gönderme yapmakla yetiniyorum.

43 Nitekim küçük aile teşebbüsü, üçüncü kişilere karşı şahsen ve sınırsız olarak sorumlu olan müteşebbis tarafından doğrudan işletilir ve yönetilir.

özel olarak talimat verilmeksizin) ekonomik ve hukuki faaliyetler icra ettiğinde bu faaliyetler ekonomik bir değer yaratmışlarsa, karşı âkid üçüncü kişileri korumak için, ister usulünce oluşturulmuş ister fiilen varolmuş olan *peculium*'un yokluğunda da, *actio de peculio et de in rem verso*'nun ileri sürülebilmesini kabullenmeye gelinir. Nitekim ikisinden biri gerçekleşmiştir: ya kölenin ticari işlemlere ilişkin faaliyetlerinden elde edilen kazanımlar onun elinde kalmış ve bununla, *actio de peculio*'nun yöneltilebilmesi doğal sonucunu da beraberinde getiren bir *peculium* oluşmuştur veyahut iktisap edilenler *dominus*'a verilmiştir ve bu takdirde sonuç, bir *condemnatio (dumtaxat) in id quod in rem domini versum sit* yani *res domini*'ye intikal ettirilen nispetinde(*dumtaxat*) bir *condemnatio*⁴⁴ ile *actio de peculio et de in rem verso*'nun her daim açılabilmesidir. Bu durum, hukuki metinlerin kusursuz bir değerlendirmesiyle meslektaşım Burdese⁴⁵ tarafından büyük bir usltalıkla gözler önüne serilmiş ve akabinde, benim tarafımdan, Muracine'deki bazı Pompei tabletleri ile bize ulaşan *negotia*'ya (ticari işe, faaliyete) dayanarak daha da açıklığa kavuşturulmuştur⁴⁶.

Bu suretle *servus* ile ticari ilişkiye girmiş üçüncü kişilere, *peculium* veya *versio in rem domini* sınırında her halükarda *dominus*'a başvurabilme yolunun açılmış olduğu ve bununla tek yönlü temsilin, köleler aracılığıyla iki görünüm altında ortaya çıkan temsile, hem de pasif taraf açısından sınırlı sorumluluk ile dönüştüğü göz önüne alındığında, iyice görülmelidir ki burada saptanan olay, hiç de az önemsenir değildir. Ve sonrasında (*institores* olarak bir ticari teşebbüsün başına geçirilmemiş, ne de usulüyle *peculium* verilmiş kölelerle iş ilişkileri gerçekleştiren üçüncü kişiler lehine) bu çözümün, *institores* veya *magistri* olarak tayin edilmiş, ne de usule uygun şekilde *peculium* tahsis edilmiş olmakla birlikte ekonomik ve ticari iş faaliyetlerinde kölelerin yaygın kullanımını açıkladığını eklemek zaten gereksizdir.

44 **Çev. not.:** *Condemnatio* için bkz.: dn. no.: 33.

45 A. BURDESE, *Considerazioni in tema di peculio c.d. profettizio*, Studi Sanfilippo, C. 1, Milano, 1982, s. 69 v.d.

46 F. SERRAO, *Minima de Diogneto et Hesico; gli affari di due schiavi a Pozzuoli negli anni 30 d.c.*, *Sodalitas*, Antonio Guarino'ya Armağan, C. 7, Napoli, 1984, s. 3605 v.d. ve özellikle 3615 v.d.; F. SERRAO, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, Pisa, 2002, ss. 47 v.d. ve 61 v.d.

Peculium'un tamamıyla veya kısmen ticari teşebbüs malvarlığı, yani, *edictum* ve hukuk ilminin terminolojisiyle *merx* olarak kullanımından, *vocatio in tributum* ve *actio tributoria*'ya dair zaten zikredilmiş olan *edictum*'a göre sadece ticari teşebbüs alanında uygulanabilen bir hukuki kurumun, daha doğrusu ticari faaliyete münhasır tipik bir kuralın teyidini gösteren bir diğer olay kaynaklanıyordu. Burada, *condemnatio de peculio et de in rem verso* amacıyla *peculium*'un, öncelikli olarak *dominus*'un alacakları çıkarılarak belirlendiğini hatırlatmaya gerek yoktur. Artık *dominus*, *servus* tarafından icra edilen faaliyetten haberdarsa, bundan böyle öncelikli olarak kendi alacaklarını düşmek hakkına sahip değildir; ancak tüm üçüncü kişi alacaklılarla birlikte, böylece *dominus* açısından da bir *par conditio creditorum* belirlenmiş olarak, *merx* yani ticari teşebbüs malvarlığı üzerinden (ya da diğer bir ifadeyle *merx*'in değeri sınırında) yarışmak zorundadır. Nitekim *dominus*, herkesin *vocatio in tributum*'u ile dava açmaya zorunludur, ve bunu yapmadığı zaman, usulsüz olarak önceden düştüğü alacakları *merx peculiaris*'e yeniden dahil etmeye ve iştiraken dava açmaya çağırıldığı özel bir iptal davası olan *actio tributoria*'nın ileri sürülebilmesinin muhatabı olur⁴⁷. *Scientia domini* açısından, bunun daha sonraları, *servus negotiator*'un *merx peculiaris*'ine (*peculium* sermayesine) ilişkin ona karşı ilk *actio (de peculio)* açıldığı anda işin içine dahil olmakla sonuçlanacağına dikkat edilmelidir. Demek ki bu asli unsur, davaların çok büyük bir kısmında var olmuş olmalıydı ve böylece *vocatio in tributum* ve *actio tributoria* sınırlı sorumlu ticari teşebbüsün tipik yapısal ögesine dönüşmüş ve aslen modern ticaret hukukunun temel prensiplerinden biri, yani *par conditio creditorum* ortaya konulmuş olmaktadır.

4. SINIRLI SORUMLU TEŞEBBÜSÜN YAPISI

Yapılarında ve işlevselliklerinde yani kendi dinamiklerinde değerlendirilen teşebbüs ve onun değişik tiplerinin incelemesi, buraya kadar taslağı çizilen kısa hatlara binaen olsa da, geniş bir sorunsala yön vermekte; farklı tartışmalar ve çok sayıda sorun ortaya koymakta; bir dizi düşünceyi tetiklemektedir. Burada, sadece en önemli problemler üzerinde bazı fikirler belirtmekle yetineceğim. Her şeyden önce, sınırlı sorumlu teşebbüs yani *peculium*'un teşebbüs malvarlığı olarak kullanımıyla gerçekleşen te-

⁴⁷ Krş.: D. 14.4.1pr. [Ulp. 29 ad ed.], ayrıca Gai. 4.74.

şebbüs (aslen=işletme) için temel soru ortaya konulur: müteşebbis kimdir? *Nomine proprio* (kendi namına) yani *negotiator* olarak çalışan *servus* mu, yoksa *servus* üzerinde *potestas*'a sahip ve tüm *peculium* malvarlığının maliki olan *dominus* mu?

Diğer seferlerde, öğrencilerime itibari müteşebbis ve gerçek müteşebbisden bahsetmiştim; itibari müteşebbis *negotiator* köle, gerçek müteşebbis *dominus* olacaktır. Ancak şimdi, belirli sınırlarda doğru olmakla birlikte bu sınıflandırmanın da düzeltilmesi ya da en azından hukuki açıdan belirginleştirilmesi ve çerçeveselendirilmesi gerektiğini düşünüyorum. Nitekim gerçek adını verdiğim müteşebbis yani *dominus*, her zaman için yalnızca gerçek değildir, daima sahne arkasında kalmaz, çünkü bir zamanda, ve aşağı yukarı *actio de peculio et de in rem verso* uygulandığında, veya duruma göre *actio tributoria* veya, yine, *merx peculiaris*'in (*peculium* sermayenin) alacaklılarının *vocatio in tributum*'una ilişkin dava açıldığı zaman, o sahneye girer; ve bunlar, *dominus*'un köle ile arasındaki *potestas*'a dayalı ilişkiler marifetiyle, örneğin *ex causa peculiaris* (*peculium* nedeniyle) yapılan ticari iş faaliyetinde köle tarafından iktisap edilen hakların sahibi olduğundan bizzat kendisinin *servus negotiator* ile ilişkiye girmiş olan üçüncü kişilere dava açmasında olduğu gibi, *negotiator* vasfını şeklen de üstlendiği bir çok başka hal de eklenmesizin gerçekleşenlerdir.

Şu halde iki basamak üzerinde yapılandırılmış bir teşebbüsten bahsetmek, bana daha doğru gelmektedir. Üst basamakta *dominus* vardır; alttakinde *negotiator* köle bulunur. İlki (maliki ya da intifa hakkına sahip olduğu⁴⁸) ikincisi üzerinde *potestas*'a sahiptir ve bu nedenle *ex causa peculiaris* tüm kazanımların sahibidir ve üçüncü kişilere karşı, bunların *servus* ile yaptıkları *negotia*'ya göre talep edebildikleri hakları için *peculium* malvarlığı sınırında sorumludur; ikincisi teşebbüsü yönetir ve dış ilişkilerde buna ilişkin tüm ticari faaliyetleri gerçekleştirir ve bu anlamda *negotiator* olarak görünür, ancak üçüncü kişilerle olan ilişkiler olası patolojik bir sürece girdiği ve mahkemede dava açmak

48 İntifa hakkı sahibi *ex re sua* (onun vasıtalarıyla) veya *ex operis servi* (kölelerin hizmetleriyle) iktisap eder; şu halde tüm *ex causa peculiaris* (*peculium* nedeniyle) gerçekleşen kazanımlar, *peculium*'un malikine geçer. Ve aynı prensip, iyiniyetle hakimiyetimiz altında bulundurduğumuz başkalarının kölesi veya özgür kimse için de geçerlidir. Bkz.: Gai. 2.91 ve 92.

veya karşı koymak gerektiği anda, *dominus*'un müdahalesi lüzumlu hale gelir.

Tüm bunlar göz önünde bulundurulduğunda, bana aşağıdaki sonuca varılması gerekir gibi geliyor. Buraya kadar tasvir edilen şekilde oluşturulan teşebbüs, iki temel direk üzerine oturmaktadır: a) müteşebbisin üçüncü kişilere karşı, bunun sınırlarında sorumlu olduğu (gerçek müteşebbisin şahsi malvarlığından yani *res domini*'den ayrı) bir teşebbüs malvarlığının bulunması (*peculium* kurumu ve hakimiyete dayalı köle-efendi ilişkilerinin ince hukuki oyunları aracılığıyla elde edilen bir buluş); b) bütünüyle kendine özgü bir biçimde, *servus*'un menajer olarak kullanımı. Bunlar, üçüncü kişilere karşı *dominus*'u sınırsız sorumlu olarak borçlandıran *institor* veya *magister navis* gibi *servus praepositus*'tan farklı olarak *negotiator* olarak bizzat kendileri dışarıya gözüdürler; ancak her zaman için hakimiyet frenlerine tâbidirler ve dış ilişkilerin, yargısal faaliyetlerin müdahalesiyle fizyolojik safhadan patolojik safhaya geçtiği her sefer, şeklen de atılacak adımı *dominus*'a bırakmaya mecburdurlar. Sonuç olarak, tek gerçek müteşebbis *dominus*'tur. O gizli veya açık, çok değişik şekillerde teşebbüsün yönetimine müdahale edebilir: teşebbüsü büyütür, küçültür, değiştirir, bir başkasıyla birleştirir; teşebbüs üzerinde her türlü denetimi icra eder; hatta keyfine göre, en uç çözüm *ademptio peculii*⁴⁹ aracılığıyla teşebbüs faaliyetlerini çökertebilir⁵⁰.

5. TEŞEBBÜS GRUPLARI

Temel hatlarıyla şimdiye kadar belirtilen yapı, ekonomik hayat ve hukuki çalışmalar açısından çok büyük öneme sahip başka durumların da ortaya çıkmasına imkan vermektedir; yani bu demektir ki: a) tek bir *dominus*'un başında bulunduğu ve biri diğerine bağımlı teşebbüs grupları (yani dikey ya da bir diğer ifadeyle zincir sistemine göre gerçekleşen grup-

⁴⁹ **Çev. not:** *Ademptio peculii*, *pater* veya *dominus*'un aile evladı veya köleye verdiği *peculium*'u geri alması durumudur. Nitekim *peculium*'un asil malikinin aile babası veya efendi olduğu düşünülürse, bu imkanın mevcudiyeti kuşku götürmez. *Ademptio peculii*'nin hakli bir sebep olmaksızın gerçekleşmesinin toplum içerisinde hoş karşılanmamasına dair bkz.: KARADENİZ ÇELEBİCAN, s. 188.

⁵⁰ Tüm bunlar hakkında bkz.: D. 15.1.4 pr. (Pomp. 7 ad Sab.), ayrıca HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon*, bkz.: *adimere*.

lar); b) tümü tek bir *dominus*'a, ama doğrudan bağlı, ve aynı basamakta bulunan teşebbüs grupları (yatay yönde ya da bir diğer ifadeyle ışın demeti sistemine göre oluşmuş gruplar); c) ilk ikisinin kombinasyonundan ortaya çıkan, yani yatay bir gruba dikey grubun dahil olduğu (veya başka bir ifadeyle bir ışın demeti sistemine zincir sisteminin entegre olduğu⁵¹) daha karmaşık durumlar; d) (daha önceki üç haldeki gibi *dominus*'un tek olduğu veya aynı basamakta birden çok konumun bulunduğu) tam bir ortak çatı ile birbirlerine bağlı olmayan, ancak sadece ortak menajer yani bir çok *domini*'ye ait bir *servus negotiator* ile birbirlerine bağlı teşebbüsler kendilerini gösterirler.

Yukarıda 'a' seçeneğinde bahsedilen ilk durum, gerçek müteşebbis ve *servus ordinarius*⁵² *negotiator*'un grubun çatısını oluşturduğu (tıpkı günümüzdeki 'holding' veya 'maliye kuruluşu' gibi) en yüksekteki iki basamağa oturmuş dikey yönde bir "gruptan" meydana gelmiştir; buna karşılık alt basamağa veya basamaklara yerleşmiş bağımlı teşebbüsler, şeklen *servi vicarii negotiatores* yani kendilerine tahsis edilen *peculium* ile birlikte *servus ordinarius*'un *peculium*'unun bir kısmını oluşturan köleler tarafından yürütülürler.

Demek ki, en basit haliyle (birçok karışıklığa elverişli olan) şu durum mevcuttur: malvarlığının tamamını, bizzat kendisinin işlettiği ve yönettiği şahsi malvarlığı (dar anlamda *res domini*) ve *servus ordinarius negotiator*'a verilen *peculium*'un oluşturduğu *dominus*; ve *peculium* tahsis edilmiş *servus negotiator* ki bazen bundan bir kısmını ayırır ve kendisine verilen *peculium*'un bir parçasını oluşturan köleye yani bir *vicarius*'a,

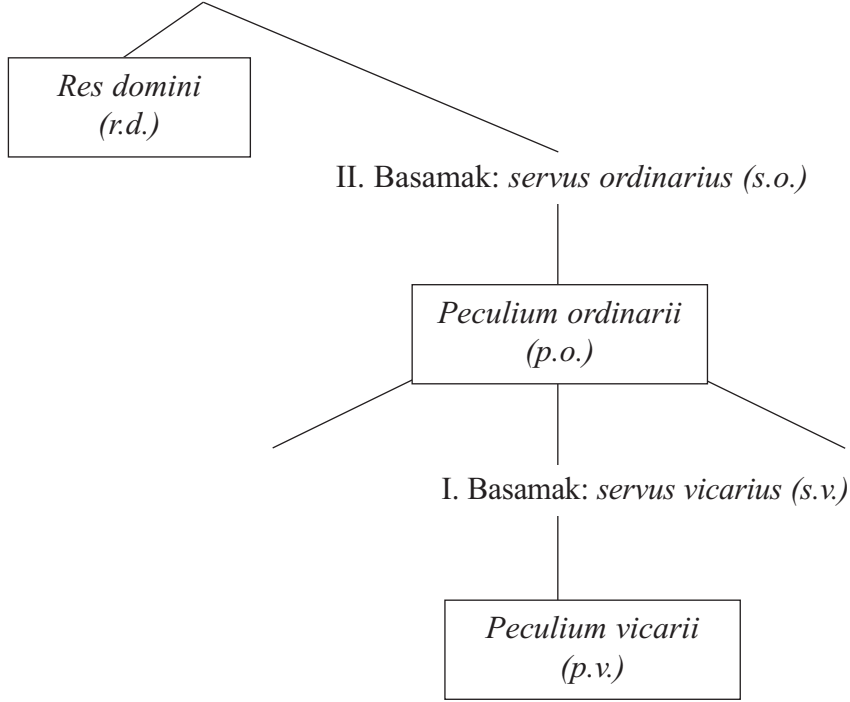
51 Modern ticaret hukukçuları (hepsi için bkz.: G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, 6. Bastı, Torino, 1986, s. 485) "zincir sistemi" ya da "ışın demeti sistemi"nden bahsetmeyi tercih ediyorlar. Ancak sınırlı sorumlu teşebbüsün iki basamak üzerinde olduğu Roma'nın hukuk gerçeği açısından yatay ve dikey sistem (ya da yatay ve dikey yönde gruplar) ayrımı yapmak bana daha uygun geliyor.

Pek tabiidir ki modern hukukta şirket gruplarından bahsedilmekteyken (FERRI, *Diritto commerciale*, s. 483), Roma hukukunda teşebbüs gruplarından söz etmek mümkün olmaktadır nitekim temel müteşebbisin (ya da, bir diğer ifadeyle "malikin") sorumluluğunun sınırlanması iki düzenlemede farklı şekillerde gerçekleşmektedir: modern dünyada şirket tüzel kişiliğinin yaratılması aracılığıyla; Roma dünyasında ise köle-*peculium* oluşturulması vasıtasıyla.

52 **Çev. not.:** *Servus ordinarius*'u olağan köle olarak çevirmek mümkündür, buna karşılık *servus vicarius*, yardımcı, ikame eden köle olarak düşünülebilir.

böylece malvarlığı o *peculium*'dan oluşan teşebbüs açısından bizzat kendisi de *negotiator* haline gelmiş olarak, verir. Bu durumdan aşağıdaki şema doğar:

III. Basamak: *DOMINUS (D)*



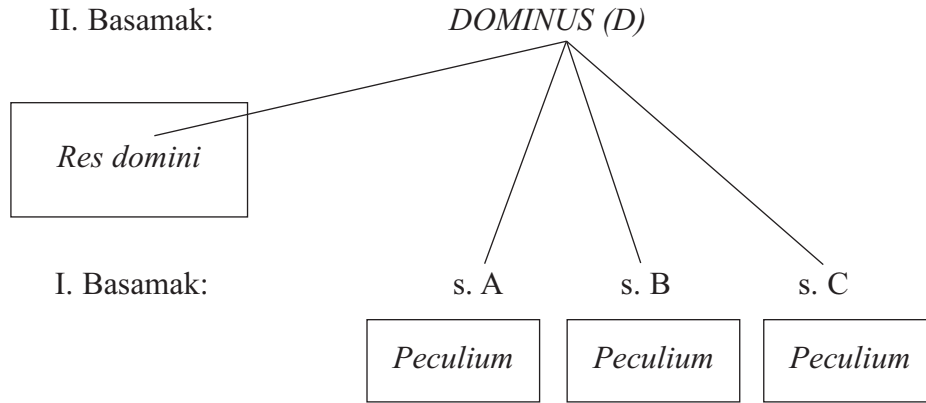
S.o.'un teşebbüsü iki basamaklı, *s.v.*'unki ise üç basamaklıdır. Yapı, en azından teorik olarak, burada çizilen modele göre gerçekleşen daha farklı karmaşıklıklara elverişlidir. Mesela *s.v.*'un *peculium*'unda, bir teşebbüsü yürütsün diye kendi *peculium*'unun bir kısmını verebileceği bir başka köle (*servus vicarius vicarii- s.v.v.*) varolabilir ve böylece artık üç basamaklı değil dört basamaklı bir diğer teşebbüs de meydana gelmiş olacaktır ve bu böyle gider.

Yukarıda tasvir edilen dikey grupta “ana teşebbüs”, *dominicia potestas*'ta ifadesini bulan değişik araç ve vasıtalarla kendine bağımlı tüm teşebbüslere hükmeder ve onları düzenler; buna karşılık her bağımlı teşebbüs, belirli sınırlar dahilinde (yani üst teşebbüs ya da *dominus* tarafından müsaade edilen sınırlarda) kendine tâbi (*vicarii*'nin *servi vicarii*'si muh-

temel *s.v.v.*'nin yürüttüğü) olası teşebbüslere hükmedebilecektir. Ancak grubun teşebbüslerinin tümünde, ve olayın tüm etaplarını dışarıdan da birleştiren kırmızı hat budur, sözleşmesel ilişkilerin patolojik bir safhaya girmesi halinde, her teşebbüsün yani her *peculium*'un malvarlığı sınırında da olsa, sonucunda üçüncü kişilere karşı sorumluluk açısından daima gerçek müteşebbis yüzeye çıkar. Bu teşebbüs grubunun özelliği, riskin dağılımı dikey yönde gerçekleştiğinden bağımlı teşebbüsün (örneğin *s.v.*'ninki) girdiği krizin hakim teşebbüsü (örneğin *s.o.*'nunki) etkilemesine karşılık hakim teşebbüsün krizinin bağımlı teşebbüsü etkilemesidir. Ancak bununla da kalmaz: *dominus*'un malvarlığındaki düzensizlik, bu şekilde oluşturulmuş teşebbüsler üzerinde yankı yapar, ve, en uç ihtimal, onları devirden ve bunu izleyen yönetimin yapısal değişiminden sonra ermeye kadar gidebilen değişik olaylara sebebiyet vererek beraberinde sürekliler.

İlkine karşılık yatay olarak nitelendirebileceğimiz diğer grup tipi (bkz.: yuk. b) her biri aynı *dominus*'un *servi (ordinarii) negotiatores*'ince yürütülen birçok teşebbüsten meydana gelir.

Şeması aşağıdaki gibidir:



Teşebbüslerden her biri yalnızca iki basamak üzerinde (*servus* ve *dominus*) gerçekleşir ve her biri A, B ve C *servi (ordinarii)* tarafından işletilen değişik teşebbüsler (ki verdiğimiz örnekte bunların sayıları üçtür), birinin sorumluluğunun ve girdiği krizin diğer hiçbirini etkilemesi sonucuyla, kendi aralarında birbirlerinden ayrı ve bağımsızdırlar. Sorumluluk ve

yargılama faaliyeti açısından bütün sonuçlarıyla beraber birbirlerinden ayrı (D-A; D-B ve D-C şeklinde) üç hakimiyet ilişkisinden izlendiği gibi, çatı hukuken ayrı olsa da fiilen tektir, ve demek ki *dominus*'un (D) malvarlığındaki bozulma, burada da A, B ve C *servi*'nin *peculium* teşebbüslerini etkiler.

Sonra doğal olarak, ilk ikisinden daha karmaşık olarak iki hal, ya da, daha doğrusu iki yapı birbirlerine karışabilir ve bir arada varolabilirler, ve böylece üçüncü grup örneğine (bkz.: yuk. c) sahip oluruz, yani aynı *dominus*'un *servi ordinarii negotiatores*'in çoğunun ya da bunlardan bazılarının (b grubu) bir ya da daha çok (*peculium* verilmiş) *vicarii negotiatores*'i (a grubu) bulunabilir. Burada “grup”, “salkım”a dönüşür, yatay ve dikey boyutlar gösterir (salkımın uzunluğuna göre, bir üzüm salkımını anımsatır), iki veya üç (veya duruma göre daha çok) basamaklı teşebbüsleri bir arada içerebilir. Bu karmaşık tipi düzenleyen hukuki prensipler, iki temel grubun (dikey yönde-bkz.: yuk. a - ve yatay olarak-bkz.: yuk. b) kendi düzenlemelerinden ve onların kombinasyonundan doğarlar⁵³.

Gruba ilişkin olmayıp safiyen teşebbüslerin menajerlik bağlantısından kaynaklanan bir durum, birden çok *domini*'nin sahibi olduğu ve tek *domini*'ye veya bunlardan bazılarına ait, ve her birinin kendi *peculium*'ları sınırlarında ve kendi alanlarına giren ilişkiler açısından üçüncü kişilere karşı sorumlu olduğu *peculia seperata* (ayrılmış *peculium*) verilmiş bir *servus negotiator*'ca temsil edilen (bkz.: yuk. d) haldir⁵⁴.

Burada tüm teşebbüsler için aynı olan *negotiator* ilk basamaktadır; ikinci basamakta, her bir teşebbüs için farklı olan bir *dominus* (yani gerçek müteşebbis) bulunur. Hukuken her şey ayrıdır; olası bir bağlantı ya tamamıyla fiilidir ya da bir şirket aktinde veya sadece *plures negotiatio-nes*'in (birden fazla ticari teşebbüs'ün) itibari sahibi ortak kölenin müşterek malikleri arasındaki iç ilişkiler açısından işlevsel olan ortaklık arası

⁵³ Dikey yönde gruplar için bkz.: D. 14.1.1.22 (Ulp. 28 ad ed.) ve D. 14.4.5.1 (Ulp. 29 ad ed.) ve bu metinler hakkında bkz.: **DI PORTO**, *Impresa collettiva*, s. 270 v.d. Yatay yönde gruplar açısından özel kaynakların gösterilmesine gerek yoktur, nitekim teşebbüslere ilişkin faaliyetlere tahsis edilmiş *peculia* ile donatılmış bir çok *servi*'ye sahip *dominus* (oldukça yaygın) örneğine gönderme yapmak yeterlidir. Ayrıca, ilk iki grubun mevcudiyetinden, “salkım”ın yani üçüncü tip grubun (bkz.: yuk. c) varolma olasılığı ortaya çıkar.

⁵⁴ Buna dair bkz.: *Ulpianus* 29 ad ed. D. 15.1.15. Krş.: **DI PORTO**, *Impresa collettiva*, ss. 266 ve 361 v.d.

anlaşmalarda yer alır. Bu yapı ortaklardan herhangi birinin mali durumunda bozukluk olması halinde kölenin *peculium*'a dayalı teşebbüsünün etkilenmesini engellemeye yarayabilirdi ki, belki de, bu nedenle kölenin tüm müşterek maliklerine ait olsa da, içlerinden yalnızca birinin “adına” gözükmekteydi.

Yukarıda ana hatlarıyla kısaca belirtilen sınırlı sorumlu teşebbüse ilişkin yapı ve tipoloji, bize kadar gelmiş olan *edictum* normlarından ve engin hukuk ilmi çalışmalarından tam olarak elde edilir. Bununla da kalmaz, bu şekilde çizilen bütün organizasyon sistemi, elimize geçen ve sayıları her gün artmakta olan arkeolojik ve epigrafik verilerce aynen doğrulanan teşebbüslere ilişkin uygulamada kesin kanıtını bulur. Hatta, hukuki araştırmalar ve maddi kültüre dair gözlemler arasındaki sonuçların sıkı uyumu gerçekten etkileyicidir.

Bu sonuçlara kanıt olarak bir çok olasılık arasından sadece, çok genç bir öğrencim tarafından Dressel'ce hazırlanan *CIL*'un XV. cildinde yayımlanan *lateres*'e dair damgalardan toplanarak yakınlarda gerçekleştirilen tuğla teşebbüsünün organizasyonu hakkındaki araştırmalardan aldığım bir örneği göstereceğim⁵⁵. Ve günümüzdeki plastik madde endüstrisi gibi, hatta ondan da fazla, her tür kap-kacak üretimine hakim olan ve neredeyse kendine mal eden, yapı işlerinin gelişimi veya seramik endüstrisi için temel olan tuğla endüstrisinin önemine dair birkaç kelime eklememin burada gereği yoktur.

Ve işte örneğimiz.

108 ve 115 yılları arasında üretilmiş olan iki kiremit üzerindeki bir fabrika mührü (*CIL*, XV, 263 ve 264) üzerinde şu yazı bulunmaktadır: “*Trophimi Agathobuli Domitiae Lucillae dol(iare) d(e) L(icinianis)*”, ki tercümesi şöyledir: “*Licinianus* topraklarından (ya da: *Liciniana* madenlerinden) *Domitia Lucilla*'nın *Agatobulus*'unun *Triphimus*'u”. *Triphimus* üretici yani *offinator*'dur, üretim teşebbüsünün (*officina*) sahibi ve diğer mühürlerden (krş.: *CIL*, XV, 265; 266; 270; 271) anlaşıldığı üzere *Domitia Lucilla*'nın diğer köleleri (123 yılından *Anicetus*, *CIL*, 265 ve 266, yine 123'ten *Myrtilus*, 270 ve 271) tarafından veya yine bu ayının başka azatlıları (123 yılından 267) veya onların köleleri (115-

⁵⁵ Burada bahsi geçen çalışma F. MUSCO'nun “*L'impresa laterizia in Roma antica sulla base dei dati epigrafici*” başlıklı, 1985-1986 akademik yılına ait bitirme tezidir.

120 yılları arasından 274) veyahut başkalarının azatlılarınca (123 yılından 272 ve 273) yürütülen diğer *officinae*'inde varolduğu *Licinianus* topraklarının (ve bu toprakların içinde yer alan kil madenlerinin) sahibi *Domitia Lucilla*'nın *servus orinarius*'u *Agatobulus*'un *servus vicarius*'udur⁵⁶.

Belirtilen mühürlerden kaynaklanan durumları saptamak için yeteri kadarı, ve *Domitia Lucilla*'nın *praedia Liciniana*'sındaki *officinae*'de bulunan *tegulae* (pişirme kapları) veya *lateres* (tuğlalar) üzerinde kalan tüm izler, kazuistik yargılamada ileri sürülen organizasyon modellerinin (üretim alanındaki) oluşumu elimizdedir. Ve mevcut durum tam olarak şöyledir: a) *servus vicarius officinator* olarak *Triphimus*'un ilk basamakta; *peculium*'unun bir kısmını *Triphimus*'un oluşturduğu *servus ordinarius* olarak *Agatobulus*'un ikinci basamakta; *Domitia Lucilla*'nın ilk ikisinin *domina*'sı ve gerçek müteşebbis olarak üçüncü basamakta olduğu üç basamaklı bir teşebbüs; b) *officinatores* olarak köleler *Anicetus* ve *Myrtilus*'un ilk ve *domina* olan *Domitia Lucilla*'nın ikinci basamakta olduğu iki basamaklı bir teşebbüs; c) *Domitia Lucilla*'nın çok sayıda *officinatores* kölelerinin varlığıyla kanıtlandığı gibi yatay yönde bir grup; d) son olarak da *domina Domitia Lucilla*'nın münhasıran başı oluşturduğu, iki veya üç basamaklı birçok teşebbüsün bir arada bulunduğu, büyük olasılıkla ve neredeyse kesin bir teşebbüs salkımı.

Teşebbüse ilişkin böyle bir ortamda, daha sonraları iyi bir menajerlik fonksiyonu göstermiş olan kölelerin azad edilmelerine ilişkin olumlu şartlar da oluşmaya başlayacaktır. Ve nitekim *Agatobulus* ve *Triphimus*'un durumlarında, incelemiş olduğumuz iki mührün ait olduğu tarihten birkaç yıl sonra, bunların artık *Domitia Lucilla*'nın köleleri değil, ama azatlıları oluklarını görürüz: ilki (*Agatobulus*), 115 ve 120 yılları arasına ait olduğu düşünülen üç mührüde (*CIL*, XV, 274; 275 ve 276) *Domitius Agatobulus* ve ikincisi (*Triphimus*), 123 yılına ait bir mührüde

⁵⁶ Son iki damga 115-123 yıllarına ait olsalar da, hiç kuşku yok ki önceki yıllara da tanıklık ederler.

Anne tarafından *Marcus Aurelius*'un (*Marcus Aurelius*'un babası *M. Annius Verus*'un karısı *Domitia Lucilla minor*'un annesi olduğundan) büyük büyükannesi *Domitia Lucilla maior* hakkında bkz.: *Der kleine Pauly*, bkz. *Domitius*, nnr. 23 ve 24.

Domitius'ların sayısız miktardaki tuğla fabrikaları ve hepsi için bkz.: T. FRANK, *An Economic History of Rome*, 3. Bası, Baltimore, 1927, s. 229 v.d. (= *Storia economica di Roma*, Florensa, 1924, s. 155 v.d.)

(CIL, XV, 269) *Domitius Triphimus* adını almıştır⁵⁷. Şu halde her ikisi de azatlı olarak teşebbüs faaliyetlerine devam ederler ve elimize geçen mühre göre *Triphimus* teşebbüsü doğrudan işletmekte ve *offinator* olarak gözükmekteyken; menajerlikteki önemi zaten *servus ordinarius* olduğu zamanlara ait mühürlerden anlaşılan *Agatobulus*, 115 ve 120 yılları arasındaki damgalarda azatlı durumda, *Roscianus* adlı kölenin *dominus*'u olarak *praedia Liciniana*'da *offinator* gibi belirlemekte, yani iki basamaklı bir teşebbüsün başı olmaktadır.

Ancak bunlarla ve diğer azatlılarla *patronus Domitia Lucilla* arasındaki ekonomik ve hukuki ilişki nedir? Az çok kural dışı bir şirket mi söz konusudur? *Locatio-conductio* mu mevcuttur⁵⁸? Efendilik ilişkisinin yeni temelleri üzerine oturtulmuş eski menajerlik ilişkisinin bir devamı mı vardır? Bunlar münferit bir duruma göre çözülebilecek sorunlar değildir; ancak *patronus* ve azatlılar arasındaki teşebbüs ilişkilerine dair, halihazırda eksik olan, geniş ve derin bir araştırma sonucunda aydınlığa çıkarılabileceklerdir⁵⁹.

6. İŞLETME VE TEŞEBBÜSÜN DEVRİ

Şimdi *Domitia Lucilla*'nın ve onun köle ve azatlılarının teşebbüslerini bir kenara bırakalım ve hızlıca bir gözden geçirme şeklinde de olsa, en azından belirtilmesi gereken diğer konulara geçelim.

Buraya kadar betimlenen fenomenoloji kapsamında, modern terminolojiyle belirtmek istemekteyse de zaten temelinde Roma ekonomisinin gerçeğiyle örtüşen kimi önemli problemler ortaya çıkmaktadır ki bunlar: a) işletmenin devri; b) teşebbüsün devri; c) haksız rekabetin engellenmesi; d) fabrika markalarının korunması'dır.

⁵⁷ **Çev. not:** Nitekim Roma'da köleler azat edildikten sonra eski efendilerinin adlarını kendi adlarıyla birlikte kullanırlardı.

⁵⁸ **Çev. not:** *Locatio conductio* taraflardan birisinin ücret (*merces*) ödemesi karşılığında diğerine karşı ya bir maldan istifade etmesini sağlamak (*locatio conductio rei*-kira akti); ya bir işi yapmak (*locatio conductio operis*-istisna akti) ya da hizmette bulunmak (*locatio conductio operarum*-hizmet akti) borcunu üstlenmesiyle ortaya çıkan ve dolayısıyla içinde bir çok akti barındıran rızai ve tam iki taraflı bir akit türüdür. Bu akitlerin tümünden iyi niyet davaları doğmaktadır (UMUR, Lügat, ss. 128-129; BERGER, s. 567; Inst. 3.24).

⁵⁹ Nitekim FABRE'nin (*Libertus*, Roma, 1981) yakın zamandaki monografisi dahi konuya yeni bir içerik taşımamaktadır. Her halükarda, mümkün olan değişik çözümler için bkz.: aş. § 8.

İlk nokta açısından bakıldığında (bkz.: yuk. a) hukuk ilminin sistemleştirilmesinde her ne kadar günümüz işletmesine denk olan *taberna instructa* tam olarak bir *universitas iuris* olarak değerlendirilmeye geline-miyse de, D. 50.16.185'ten elde ettiğimiz *Ulpianus*'un tanımına göre *res* ve *homines ad negotiationem parati*'nin (teşebbüs için organize edilen mal ve insanların) tek bir bütünü anlamında *taberna*'nın, rehin sorununun (*Scaevola* 27 dig. D. 20.1.34pr. ve 1) yanı sıra, mülkiyetinin (*Paulus* 22 dig. D. 33.7.7 ve *Neratius*'a gönderme yapılan *Paulus* 4 ad Sab. D. 33.7.13; *Papinianus* 7 resp. D. 32.91.2) veya intifa hakkının (*Ulpianus* 17 ad Sab. D. 7.4.12) miras bırakılması problemi ortaya konulacak kadar bir tek bütün olarak düşünmeye dair güçlü bir eğilim mevcuttur.

Ancak en önemli ve özel olan durum, sınırlı sorumlu teşebbüsün yani *peculium*'a sahip bir *servus* tarafından işletilen *negotiatio*'nun devredilmesi imkanından oluşur.

Bir *servus negotiator peculium* ile bir bütün olarak satıldığında veya her halükarda *inter vivos* bir işlem yada *mortis causa* miras nedeniyle başkalarına devrolduğunda teşebbüs, tıpkı günümüzde anonim veya sınırlı sorumlu ortaklık şeklinde organize olmuş kollektif teşebbüslerin mülkiyetinin, sırasıyla hisse veya pay çokluğu aracılığıyla devredilmesinde olduğu gibi, tüm yapısı ve fonksiyonuyla bir elden diğerine geçer.

Dar hukuki cephenin ötesine dikkatlice bakıldığında, temel ekonomik olayın nerdeyse aynı olduğu görülür: Roma teşebbüsünde (ister ferdi ister kollektif olsun) *servus negotiator cum peculio*'nun -yani *peculium*'u ile birlikte *servus negotiator*'un- devri halinde, *servus negotiator* üstündeki hakimiyet ilişkisinin verdiği güçle son tahlilde teşebbüsün varlığına ve işletilmesine dair her kararı verebilecek olan, yukarıda gerçek müteşebbis olarak belirttiğimiz yani (teşebbüs tipine göre 2. veya 3. veya daha yukarı basamakta bulunan) üst basamaktaki kişi değişir; sınırlı sorumlu modern teşebbüsteyse, hisselerin veya payların çoğunluğunun devri durumunda, şirket sermayesinin çoğunluğunu temsil eden ve şu halde, genel kurulda bizzat teşebbüsün yapısı, fonksiyonu ve varlığı üzerinde her türlü kararı belirleme gücüne sahip ortak (veya ortaklar) değişir. Roma'da teşebbüs üzerinde egemenliğin temeli *servus negotiator*'un mülkiyeti ve demek ki yine bu aynının üzerinde sahip olunan *potestas*'tır; günümüzdeyse egemen güç dayanağını, hisselerin ve payların çoğunluğunun mülkiyetinde (ya da her halükarda bunun elde edilebilirliğinde) bulur.

Hukuki tek gerçek temel fark, Roma'da devir halinde 3. kişilere karşı (daima teşebbüs malvarlığı sınırlarında) cevap vermesi gereken süjenin (*servus negotiator*'un *dominus*'unun) değişiminin gerekliliğidir; bugünse anonim ve sınırlı sorumlu ortaklıklar tüzel kişiliğe sahip olduklarından, devir durumundaki her değişim şirket organları dahilinde gerçekleşir ve 3. kişilere karşı sorumlu olan her zaman için aynı “maske” yani “şirket tüzel kişiliği”dir.

Teşebbüse ilişkin en farklı, ince ve karmaşık “oyunların” gerçekleştirilmesine elverişli ve uygun hukuki vasıta olan menajer kölenin *peculium* ile bir bütün halinde satımı (yani *peculium* teşebbüsün satımı); ticari ve endüstriyel faaliyetlerin yoğun bir şekilde geliştiği dönemde, teşebbüslerin ya da bir diğer ifadeyle teşebbüse ilişkin denetim ve güçlerin dolaşımının yanında bizzat *management*'i da teşvik eder. Yatay yönde geniş bağlantıların oluşumundan, grupların ve salkımların yapılanmasına, teşebbüs organizasyonlarının, coğrafi açıdan da, yayılmasına kadar teşebbüslerin yoğunlaşmasından kaynaklanan sonuçlar gün gibi ortadadır.

Bu engin fenomenoloji hukuki ve hukuk dışı olanların yanında epigrafik kaynaklarda da rahatlıkla kanıtlanır. Hukukçular sık sık *servus cum peculio*'nun satımını veya miras olarak bırakılmasını tartışırlar⁶⁰; *Varro*, kölelerin satımına ilişkin olarak *cum* ya da *sine peculio* satım ayırımını ileri sürer⁶¹; fabrika markaları, levhalar veya amforalar üzerindeki yazılar aracılığıyla *negotiatio* veya *officina*'larını oldukları gibi muhafaza ederek bir *dominus*'tan diğerine geçen köle *negotiatores* veya *officinatores* vakalarına hiç de az rastlanmaz. Teşebbüslerin bu geniş dolaşımının ve çok şekilli olaylarının en önemli göstergesi hukuki yöne özgü gerçekleşir ve sonrasında ölen, satılan, miras bırakılan veya azad edilen *servus*

⁶⁰ Satıma dair örnekler için bkz.: *Ulpianus 29 ad ed.* D. 15.1.11.7-8-9 ve 13; *Ulpianus 2 disputat.* D. 15.1.32.2; *Iavolenus 12 ex Cassio* D. 15.1.33. Miras için bkz.: *Ulpianus 29 ad ed.* D. 15.2.1.7.

⁶¹ *Varro (De re rustica, 2.10.5)*, açıkça istisna edilmediği takdirde kölenin satımına *peculium*'un dahil olduğunun kabul edilmesi gerektiğini teyid eder gibidir: *in horum (yani servorum) emptione solet accedere peculium aut excipi...Varro*'nun bahsettiği köleler *negotiatores* olanlar değil, tarım köleleridir; ancak *peculium*'u dahil veya hariç tutmaya dair teamüle ilişkin ilke genel bir niteliğe sahip olmuş ve mantıken *negotiatores* kölelerin satımında haydi haydi uygulanmış olmalıdır. Her halükarda bu durum, teşebbüse dair kavramlarla belirtecek olursak, *servus negotiator cum peculio*'nun devriyle sınırlı sorumlu teşebbüsü devretmeye yönelik yaygın uygulamaya tanıklık eder.

negotiator'un *peculium* alacaklılarına, belirli şartların yerine getirilmiş olması durumunda, devir veya azat etmeyi takriben bir yıl içerisinde, yeni *dominus*'un veya bizzat azad olanın yanı sıra onu satmış, veya azad etmiş olan *dominus*'a veya (miras durumunda) onun mirasçılara da dava açma imkanı veren *actio de peculio annalis*'in *praetor* tarafından yaratılır ve (kazuistik hukuk ilmince belgelendiği gibi⁶²) sıklıkla uygulanır⁶³. Ve her iki *domini*'nin (devreden ve devralan) veya *dominus* ve azatlığının sorumluluğuna ve *actio annalis*'in ileri sürülebilme şartlarına dair hukukçuların tartışmaları ve gerçekleştirdikleri dikkatli kazuistik inceleme, devirlerin öneminin ve yaygınlığının, ve daha geniş olarak gerek *inter vivos* veya *motris causa* devirlerden, gerek *servus negotiator*'un azad edilmesinden veya nihayetinde ölümünden kaynaklanan teşebbüsün mülkiyete dayalı, veya sadece organizasyona dair olaylarının en kesin kanıtlarıdır⁶⁴.

7. HAKSIZ REKABET VE MARKANIN KORUNMASI

Geriye daha önce belirtmiş olduğumuz (bkz.: yuk. c ve d) üçüncü ve dördüncü probleme değinmek kalıyor.

Haksız rekabet problemi, efendi ve azatlı ilişkisinin yanı sıra kölenin yolsuzluğu durumunda da hukuk kaynaklarında ortaya çıkar.

Servi institores ve *servi negotiatores* veya *officinatores*'in yaygınlığı ve çok değişik sebeplerle bu kölelerin azat edilmesi (bu konu üzerinde ile-

62 **Çev. not.:** *Iustinianus* dönemine kadar kazuistik metodun takip edildiğine dair bkz.: SEIDL, s. 7.

63 Nitekim *Digesta*'nın 15. kitabının 2. faslı, *actio de peculio annalis*'e atfedilen, yardımcı *edictum*'un aktarıldığı, *Ulpianus*'un (29 ad ed.) bir metni ile başlamaktadır. Bu konuya dair bkz.: LENEL, *EP*³, 277.

64 Tüm bunlar için bkz.: D. 15.2. Pek tabiidir ki *actio de peculio annalis*, aynı zamanda *filius*'un ölümünü veya *emancipatio*'yu takriben bir sene içerisinde *pater*'e karşı da açılabilirdi. *Servus*'un ölümü, teşebbüsün mülkiyet durumunu etkilememekte, ancak organizasyon durumunu değiştirmekteydi. Nitekim bu varsayım gerçekleştiğinde ya teşebbüs sona ermekte ve buna ilişkin malvarlığı yeniden *res domini*'ye dahil olmaktadır ya da *dominus* tarafından doğrudan işletilmeye başlanmakta ve böylece sınırsız sorumlu teşebbüs haline dönüşmekteydi veyahut da *peculium* olarak bir başka köleye bırakılmakta ve böylece teşebbüs eski yerinde kalmaya devam etmekle birlikte sözde müteşebbis ya da daha doğru bir ifadeyle birinci basamakta bulunan menajer değişmiş olmaktadır.

ride duracağım) söz konusu olduğundan⁶⁵, azatlı hale gelmiş olanların bir kısmının kendilerini ticari ve üretim faaliyetlerinin icrasına vermeleri, hatta çoğunlukla azatlıyken de, köle iken zaten faaliyet göstermiş oldukları yukarıda belirtilen pozisyonlardan birinde (*dominus*'un *institores*'i olarak veya bizzat ama *dominus* hesabına *negotiatores* olarak) bilhassa aynı ekonomik (ticari veya endüstriyel) faaliyeti devam ettirmeleri sıklıkla gerçekleşmekteydi⁶⁶. Bu gibi durumlarda, azatlılar eski efendilerine bağımlı olarak çalışmaya devam etmedikleri veya onunla ortak olmadıkları takdirde, çoğunlukla *patronus* ile aynı ekonomik faaliyeti icra etmeleri ve hatta onunla rekabet halinde olmaları söz konusu oluyordu. *Scaevola* ve *Ulpianus* tarafından, *Digesta*'nın bazı metinleriyle aktarılan (Scaev. 2 resp. D. 38.1.45; Scaev. 4 resp. D. 37.14.18; Ulp. 1 *opin.* D. 37.14.2), azatlının efendinin yasağına maruz kalmaksızın aynı şehir ve aynı yerde *patronus*'la aynı *negotiatio*'u icra etme imkanı hakkında ileri sürülen problemler bu çerçevede değerlendirilir, *Scaevola* sorunu olumlu yönde çözmüşe benzerken (yani D. 37.14.18'deki kesin olarak, ancak D. 38.1.45'te *si nullam laesionem ex hoc sentiat patronus* yani şayet *patronus* bundan hiçbir zarar görmezse kaydı ile⁶⁷); *Ulpianus* sadece bir *licita negotiatio*'nun (yasal bir ticari işin, faaliyetin) *patronus*'lar tarafından azatlılara yasaklanamayacağı prensibini ileri sürmüştür. Her halükarda durumun somut varlığını gözler önüne sermiş olmakla birlikte sorunlar, tartışmalar ve çözümler, kimi hukukçuların zarar veren ve hukuka aykırı ki bu nedenle de efendiler tarafından engellenebilir bir rekabet kavramını biçimlendirme eğilimini yeşertmeye imkan tanırlar. Bununla, efendi-azatlı ilişkisi sınırlarında ve şu halde hakimiyete dayalı eski ilişkilerin akışında, dönemin toplumsal ve ekonomik ölçeğine göre bir haksız rekabet kavramı kendini göstermeye başlamış olur.

⁶⁵ **Çev. not.:** Roma'da kölelerin azatlanma sistemine dair son derece yerinde görüşler için bkz.: L. CAPOGROSSI COLOGNESI, Roma Egemenliği: Yurttaşlık ve Kölelik (çev.: Ö. Çelebican), A.Ü.H.F.D., C. 43, S. 1-4, Ankara, 1993, s. 308 v.d.

⁶⁶ Ayrıca bkz.: FABRE, *Libertus*, s. 338.

⁶⁷ Ancak *Cuiacius* ile birlikte (krş. Dig. Mommsen baskısı, ad h.l.) D. 38.1.45'te getirilen sakınım, yine *Scaevola*'ya ait D. 37.14.18 ile çelişki oluşturduğu gerekçesiyle *interpolatio*'ya uğramış kabul edilirse, *Scaevola*'nın her tür kısıtlama ve yasağı dışarıda bıraktığı, *Ulpianus*'un ise sadece hukuka aykırı olarak gerçekleşen rekabet açısından bunu kabul ettiği sonucuna varılacaktır. *Iustinianus*'un derleyicilerinin *si nullam laesionem ex hoc sentiat patronus* sakınımını metne dahil etmekle, *Scaevola* ve *Ulpianus* arasındaki çelişkiyi, bu sonuncunun fikrine daha çok değer vererek düzeltmeye çalışmış olmaları gerekir. Ancak "Derleme"nin sisteminde, hiçbir sakınım olmaksızın yasaklama imkanına açıkça karşıt olan *Scaevola*'nın diğer metni (D. 37.14.18) her zaman için "dokunulmamış" olarak kalacaktır.

Bu kavramın ortaya çıktığı bir diğer alan da, yine değinmiş olduğum gibi, *servus praepositus* veya *negotiator cum peculio*'yu kışkırtarak belirli bir teşebbüsü krize sokmaya çalışan (toplum içindeki itibarını zedeleyerek, ekonomik açıdan onu güçsüz düşürerek, fabrika sınırlarını kaçırarak v.s.) rakiplerin faaliyetlerini önlemek için kullanılan, Arthur Schiller tarafından zaten belirtilmiş olan⁶⁸, *actio servi corrupti*'den (köleyi yoldan çıkarma davasından) müteşekkildir⁶⁹.

Edictum'da⁷⁰ *qui servum...alienum...persuasisse...quid ei dicitur dolo malo, quo eum...deteriorem faceret* (eğer denirse ki biri hile ile başkasının kölesini onun–ahlakını- bozmak için kışkırtırsa) olasılığı düşünülerek, bunu yapana karşı bir *iudicium in duplum* (davacının uğramış olduğu zararın iki mislini ödemeye mahkum eden dava) verilmiştir. Demek ki efendinin teşebbüsünde veya *peculium* teşebbüste *servus*'un ifasını veya davranışını bozmaya yönelik her hareket, köle'yi *facere deteriorem*'e (kölenin–ahlakını- bozmaya) girer. Ve *Ulpianus*, *servus alienus*'un –ahlakını- bozulmasının tipik örneklerini gösterirken onu *peculium*'un <idaresini> karıştırmaya (*intricare peculium*), efendisinin hesaplarına müdahale etmeye veya bunları tahrif etmeye (*intercidere* veya *adulterare rationes dominicas*), kendisine emanet edilen hesapları değiştirmeye (*turbare rationem sibi commissam*), borçluların yazılı ikrar senetlerini-*chirographum*⁷¹- bozmaya (*corrumpere chirographa debitorum*) kışkırtmış olmayı hatırlatır⁷².

⁶⁸ A. SCHILLER, *Trade Secrets and the Roman Law; the Actio Servi Corrupti*, *Colombia Law Review*, 30, 1929-1930, 837 vd., *An American Experientia in Roman Law*'da yeniden yayımlanmıştır (Göttingen, 1970, s. 1 v.d.).

⁶⁹ **Çev. not.:** Bu davada davacı (*actor*) *dominus*, yani kölesi yoldan çıkartılarak zarara uğramış olan efendi, davalı (*reus*) köleyi yoldan çıkarandır (*Actio servi corrupti*'nin özelliklerine dair ayrıntılı bilgi için bkz.: G. TÜRKÖĞLU ÖZDEMİR, *Roma Haksız Rekabet Hukukuna İlişkin Olarak Actio Servi Corrupti*, A.Ü.H.F.D., C. 54, S. 4, Ankara, 2005, s. 224 v.d.).

⁷⁰ *Ulpianus* (23 ad ed.) tarafından D. 11.3.1pr.'da aktarılmıştır. Krş.: LENEL, *EP*³, 175 ve oradaki diğer kaynaklar.

⁷¹ **Çev. not.:** *Chirographum* (el yazması anlamına gelir ve kurumun Yunan orijini gösterir), borçlu tarafından yazılıp alacaklıya verilen vaat mektubu, bir yazılı ikrar senedidir. *Gaius* kelimenin Yunanca aslı gönderme yaparak, *chirographum*'un yabancılara (*peregrinus*'lar) mahsus bir yazılı borç münasebeti (*litterarum obligatio*) olduğundan bahseder (Gai. 3. 134). *Chirographum*'da borçlu tarafından alacaklıdan muayyen bir miktar para alındığı veya alacaklıya bir malın mülkiyetini devretmek mecburiyetinde olduğu yazıyla beyan edilirdi. Tüm yazılı belgelerle aynı hukuki değere sahipti ve önceden yapılmış bir *stipulatio*'nun kanıtı olarak kabul edilirdi. *Exceptio non numeratae pecuniae* ile borcun bulunmadığı ileri sürülebilirdi (UMUR, *Lügat*, s. 36; BERGER, s. 388).

⁷² *Ulpianus* (23 ad ed.) D. 11.3.1.5 ve 11.3.11.1.

Şu halde *actio servi corrupti* muazzam bir genişlikteydi⁷³ ve Roma teşebbüs organizasyonundaki kölelerin menajerlik konumu dikkate alındığında, uygulamanın artan gerekleri karşısında hukuk ilmi tarafından daima daha genişleyen bu *actio* aracılığıyla, menajer *servus*'ların yoldan çıkarılmasına dair şikayetçi olan bu rakiplerin nasıl zarara uğratılabilmiş oldukları daha iyi anlaşılır.

Malların ve özellikle (tuğlalar, kiremitler, amforalar, çanaklar, yağ lambaları gibi) el yapımı pişmiş toprak veya seramiklerin, ayrıca kurşun veya çeşitli metallerin de üzerinde, ve çoğu kez üreticinin (ve eğer *servus negotiator* söz konusuysa, *dominus*'unun da ismi), üretim yerinin (ve kimi seferlerde ilk materyalin geldiği yerin) yanı sıra üretim ve ticaret safhaları arasında bir ayrılık varsa, gereğinde tüccarın ismine kadar oldukça detaylı değişik şekillerde damgaların istikrarlı mevcudiyeti, daha o zamanlarda malın güvenilirliğinin (malın iyiliği ve âri olması, imalatının mükemmelliği vs.) ötesinde, belki de, ayıplar ya da temel veya vaat edilen nitelikteki eksiklik için satıcının sorumluluğunun saptanması amacıyla markanın ya da diğer bir ifadeyle “imza”nın ya da Latince terimiyle “*signum*”un sahip olmuş olduğu önemi göstermektedir. Demek ki markanın korunması ihtiyacının bir şekilde hissedilmemiş olması mümkün değildir. Pek tabii konu hakkında (örneğin İtalyan Medeni Kanununun 2569. maddesine⁷⁴ öngörülene benzer tipte) kanuni bir düzenleme mevcut değildir ve belki de Tenney Frank'ı bir korumanın varlığını reddetmeye iten

73 **Çev. not.:** *Actio servi corrupti*'nin uygulama alanı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: **TÜRKÖĞLU ÖZDEMİR**, *Actio Servi Corrupti*, s. 220 v.d.

74 **Çev. not.:** İtalyan Medeni Kanunu (*Codice Civile Italiano*)

V. Kitap/İşe Dair (*Libro V/Del Lavoro*)

VIII. Kısım/İşletmeye Dair (*Titolo VIII/Dell'azienda*)

I. Bölüm/Markaya Dair (*Capo III/Del Marchio*)

m. 2569/1 (art. 2569/1)

Tekel hakkı (*Diritto di Esclusività*): “Her kim ki kanun tarafından belirlenen şekillerde ürün veya hizmetleri ayırt etmeye uygun yeni bir markayı tescil ettirirse, tescil ettirdiği ürün ve hizmetler için ondan münhasıran faydalanma hakkına sahiptir. (*Chi ha registrato nelle forme stabilite dalla legge un nuovo marchio idoneo a distinguere prodotti o servizi ha diritto di valersene in modo esclusivo per i prodotti o servizi per i quali è stato registrato*).”

m. 2569/2 (art. 2569/2)

“Tescilin yokluğunda marka 2571. madde hükmüne göre korunur (*In mancanza di registrazione, il marchio è tutelato a norma dell'articolo 2571*).”

m. 2571 (art. 2571)

de budur⁷⁵. Ancak özel bir düzenlemenin yokluğunda dahi bu problem, en azından kısmen ve kimi açılardan, değişik yollarla bazı çözümler bulmuş olabilir. Öncelikle haksız rekabetin en geniş çerçevesine girilmiş (tıpkı günümüzde “teşebbüs adı”, “işaret” ve “marka”ya dair özel düzenlemenin varlığına rağmen İtalyan Medeni Kanununun 2598. maddesince⁷⁶ gerçekleştirilen gibi) ve teşebbüse zarar vermeye yönelik fiillerin engellenmesi

Önkullanım (*Preuso*): “Tescil edilmemiş bir markayı kullanmış olan kimse, başkalarınca elde edilen tescile rağmen, önceden ondan faydalanmış olduğu sınırdan kullanmaya devam etme hakkına sahiptir (*Chi ha fatto uso di un marchio non registrato ha la facoltà di continuare ad usarne, nonostante la registrazione da altri ottenuta, nei limiti in cui anteriormente se ne è valso*).”

Tescil edilmemiş olan marka, tescil edilmiş olana nazaran daha az bir korumadan faydalanır. Tescile sahip olan kimse, hak sahipliğine yönelik karineden ve ülkenin bütününe yayılan bir korumadan yararlanır. Önkullanıma dayanan kişi ise, her şeyden önce bunu kanıtlamalı ve kanıtlayamazsa dahi elde ettiği koruma kullanımının gerçekleşmekte olduğu alanla sınırlı kalmaktadır (**DEL GIUDICE**, s. 1627).

⁷⁵ **FRANK**, *Economic History*, s. 219 v.d. (= *Storia economica*, s. 155 v.d.). Aynı yönde **M. ROSTOVZEV**, *Storia economica e sociale dell'impero romano*, (çev.: Gianni Sanna), Floransa, 1946, ss. 205 ve 210. Buna karşılık olumlu yönde bkz.: **SCHILLER**, *Trade Secrets and the Roman Law*, s. 844 (= *An American Experience*, s. 8 v.d.).

⁷⁶ **Çev. not.:** İtalyan Medeni Kanunu (*Codice Civile Italiano*)

V. Kitap/İşe Dair (*Libro V/Del Lavoro*)

X. Kısım/Rekabetin ve Konsorsiyumların Düzenine Dair (*Titolo X/Della Disciplina della Concorrenza e Dei Consorzi*)

I. Bölüm/Rekabet Düzenine Dair (*Capo I/Della Disciplina della Concorrenza*)

II. Ayırım/Haksız Rekabete Dair (*Sezione II/Della Concorrenza Sleale*)

m. 2598 (art. 2598)

Haksız Rekabet Yaratan Fiiller (*Atti di Concorrenza Sleale*): “Ayırt edici işaretlerin ve patent haklarının korunmasına dair düzenlemeler baki kalmak üzere, aşağıdaki fiilleri gerçekleştiren herkes haksız rekabet etmiş sayılır (*Ferme le disposizioni che concernono la tutela dei segni distintivi e dei diritti di brevetto, compie atti di concorrenza sleale chiunque*):”

1) “başkaları tarafından yasal olarak kullanılan adlar veya ayırt edici işaretlerle iltibasa elverişli adlar veya ayırt edici işaretler kullanır, ya da rakibinin ürünlerini kullanmak amacıyla taklit eder, ya da diğer herhangi bir yolla rakibinin ürünleri ve faaliyetleriyle iltibas yaratmaya uygun fiiller işlerse (*usa nomi o segni distintivi idonei a produrre confusione con i nomi o i segni distintivi legittimamente usati da altri, o imita servilmente i prodotti di un concorrente, o compie con qualsiasi altro mezzo atti idonei a creare confusione con i prodotti e con l'attività di un concorrente*);”

2) “rakibinin ürünlerine ve faaliyetine dair gözden düşmesine neden olmaya müsait bilgi ve fikirler yayar, ya da rakibinin ürünlerinin veya teşebbüsünün vasıflarını kendine mal ederse (*difonde notizie e apprezzamenti sui prodotti e sull'attività di un concorrente, idonei a determinare il discredito, o si appropria di pregi dei prodotti o dell'impresa di un concorrente*);”

aracılığıyla sık sık bir marka korumasına, dolayısıyla da olsa ulaşılmış oluyordu. Böylece, örneğin bir kimse *institor* veya *negotiator* köleyi teşebbüs damgasını (veya mührünü) vermeye, oradan ürünleri taklit etmeye ve karışıklık yaratmaya zorladığında *actio servi corrupti*'ye maruz kalıyordu. Ayrıca markaları tahrif veya taklit eden rekabet yasağına tâbi bir azatlıysa, markaların korunması yarı-bağımsızlık ilişkileri dahilinde gerçekleşiyor⁷⁷ ve belki de kimi kereler, özel olarak yapılmış *stipulatio*'larla *patronus*'a vad edilen maddi (malvarlıksal) cezaların uygulanmasına kadar gidiyordu.

Yine yakın zamanda genç bir araştırmacı bir kalıbın (veya damganın ya da her halükarda bir âletin) eşya üzerindeki *signa*'yı vurmak için kaçırıldığı veya taklit edildiği durumlara da *lex Cornelia de falsis*⁷⁸ uygulanırdı.

3) “mesleki dürüstlük prensiplerine uygun olmayan ve başkalarının işletmelerine zarar vermeye müsait diğer her yoldan doğrudan veya dolayısıyla istifade ederse (*si vale direttamente o indirettamente di ogni altro mezzo non conforme ai principi della correttezza professionale e idoneo a danneggiare l'altrui azienda*).”

Türk hukuku açısından krş.: TTK. m. 56 ve bilhassa TTK. m. 57.

77 **Çev. not.:** Azatlının eski efendisine karşı azatlama sebebiyle ortaya çıkan minnet (*officium*) borcuna dayanan, azatlıların efendilerine karşı üstlendikleri işlere klasik sonrası dönemde *operae officiales* adı verilmekteydi. *Operae officiales*'i konu edinen borçların bizzat azatlı tarafından ve doğrudan doğruya eski *patronus*'una karşı yerine getirilmesi gerekirdi. *Operae officiales*, *patronus*'a her hangi bir biçimde zarar verecek, onun hoşuna gitmeyecek faaliyetlerde bulunmamak gibi olumsuz bir yükümlülük şeklinde de ortaya çıkabilmekteydi. Örneğin D. 38.1.26pr.'de efendi, azatlayacağı kölesine hekimlik yapmayacağını taahhüt ettirmektedir (Ö. KARADENİZ, Iustinianus Zamanına Kadar Roma'da İş İlişkileri, Ankara, 1976, ss. 202-203; ve azatlının vaadettiği işlere dair ayrıntılı bilgi için yine bkz.: KARADENİZ, Roma'da İş İlişkileri, s. 197 v.d.).

78 **Çev. not.:** *Lex Cornelia de falsis*, M.Ö. 81 senesinde *Sulla* zamanında çıkarılan ve başlangıçta vasiyetnamede yapılan tahrifat veya vasiyetnamenin tahribi ile paralarda yapılan tahrifatı yasaklamak için çıkarılan ve bu nedenle *lex Cornelia testamentaria* veya *nummaria* adı ile de bilinen kanundur. Bu kanunun senato kararlarıyla (*senatus consultum Geminianum*, *Libonianum*, *Licinianum*) alanı genişletilmiştir. Ardından yargılama faaliyetiyle bağlantılı suçlar (örneğin kanunları ihlal etme niyetiyle haksız karar vermesi için hakime rüşvet verme veya hakimin rüşvet kabul etmesi, yalan yere şahitlik veya tanıkları etkileme gibi), ölçü ve ağırlıkların taklit edilmesi v.s. de bu kanununun kapsamında cezalandırılmaya başlanmıştır. *Lex Cornelia*'dan doğan cezalar çeşitlidir. Önceleri *acquae et ignis interdictio* (su ve ateşten mahrumiyet anlamına gelirdi, bir nevi sürgündü) uygulanmakta ve daha ağır suçlar için ölüm cezası söz konusu olmaktadır (UMUR, Lügat, s. 116; BERGER, s. 467).

Lex Cornelia'nin yorumlanmasında gerçekleştirilen genişletici yorum ile kanuna aykırılıkların bir çok kereler sunî bir şekilde *lex Cornelia de falsis*'e bağlanması ve yine kanun sadece *obsignatio* yani mühürlenmiş muameleleri öngörmekteyken genişletici yorum yardımıyla

masının teşmil edilmiş olabileceği ipotezini çarpıcı bir biçimde (ve ikna edici argümanlarla) göstermiştir⁷⁹. Böyle olmuş olduğu takdirde, bu gibi bir fiilin cezai yaptırıma tâbi tutulması aracılığıyla bir fabrika markasının dolaylı yoldan korunması elde edilmiş olacaktır. Ayrıca saf özel hukuk alanında, (*Ulpianus*'un *Edictum*'a dair 11. kitabından alınan D. 4.3.1.1'de nakledilmiş olduğu gibi *de his rebus* “*quae dolo malo facta esse dicentur* (hile ile yapıldığı söylenebilecek şeyler için)” başka bir çözümün olmadığı durumlarda, yardımcı niteliği nedeniyle, *actio de doli*⁸⁰ ileri sürebilme imkanının kalmış olduğunun kabul edilmesi gerekir.

Sonuç olarak haksız rekabeti önlemek ve teşebbüsün ayırt edici işaretlerini ve fabrika markalarını korumak için özel bir disiplin varolmamasıyla birlikte, yine de bir çok yoldan belirli bir korumanın gerçekleşmesine ulaşılmıştır.

Ancak burada, hukuki açıdan biçimlendirilmemiş, ticaret ve üretimin uygulamasında doğan olaylara dair özel bir düzenlemenin eksikliğinden de kaynaklanan, dolaylı bir koruma söz konusudur.

8. MANAGER KÖLELERDEN NEGOTIATORES AZATLILARA

Geldiğimiz bu noktada, kapanışı bir değerlendirme ile gerçekleştirmek isterim.

Tüm Roma teşebbüs sistemi, gerek ekonomik yapısında gerek huku-

mühürleme formalitesine tâbi olmayan sahte muamelelere de sahtecilik cezalarının uygulanması söz konusu olmuştur. Böylece hem *falsum* (sahte) kavramı genişletilmiş hem de yeni hukuki muameleleri kanuni korumadan yoksun bırakmamak amacıyla ceza hukuku alanına genişletici yorumla müdahale edilmiştir (GAUDEMET, ss. 503-504).

⁷⁹ F. MARINO, *Appunti sulla falsificazione del marchio nel diritto romano*, ZSS, S. 105, 1988, s. 771 v.d.

⁸⁰ **Çev. not.:** *Actio doli*, bir tarafın hilesine (*dolus*'una) düşen kimsenin, hile yapan tarafa karşı, yüklenmiş olduğu mükellefiyetlerden kurtulmasını sağlayan ve bir sene içerisinde açılması gereken *arbitraria* nitelikli dolayısıyla para veya malın iadesine mahkum edilen *in factum* bir *praetor* davasıdır. Verdiği söze riayet etmeyen kötünietli kimse aleyhine de açılabilen bu davadan mahkumiyetin zararın dört mislinin verilmesini ve *infamia*'yı (şerefsizliği) gerektirmesinden dolayı sonuçları oldukça ağırdır. Hile yapan taraf kararın verilmesinden önce, davanın her hangi bir safhasında neden olduğu zararı ödemekle *infamis* (şerefsiz) olmaktan kurtulma yoluna gidebilirdi. *Actio de doli*, başta sözleşmeden doğan olmak üzere, zararı başka bir himaye yoluyla telafi etmek imkanının kalmadığı zamanlar da açılabilmekteydi (UMUR, Lügat, s. 6; BERGER, s. 343; Inst. 4.16.2; Inst. 4.6.31).

ki biçimlerinde köleci üretim tarzıyla (ya da başka bir ifadeyle köleliğin geniş yayılımıyla) belirginleşmektedir. Denilebilir ki köle, Roma teşebbüsünün şu ya da bu yoldan etrafında dönüp durduğu esas unsurdur. Bununla birlikte *partonus*'un hizmetinde az ya da daha uzun bir dönem süresince ifa edilen menajerlik faaliyetinin kendisi, sonrasında köleleri özgürlüğe taşıyacaktır. Nitekim azat etmelerin büyük bir yüzdesinin, ticarete ve üretim faaliyetlerinde (endüstri, zanaatçılık) kullanılan köleler lehine gerçekleştiği üzerinde şüphe yoktur. Ve yine, bunların büyük bir kısmının köle iken çalışmış oldukları aynı ekonomik sektörde çalışmaya devam ettikleri de kuşku götürmez. Ve zaten bu durum hukuki, edebi ve epigrafik kaynaklarla da uyumlu gözüktür⁸¹. Ancak bunların ekonomik ve hukuki *status*'u hangisidir? Yukarıda belirtilen kaynaklara bakıldığında, azatlıların değişik çalışma alanları ve farklı menajerlik *status*'ları belirlemektedir ve bunlardan, azatlıların köle iken ulaştığı oldukları konum ve role göre izledikleri farklı yolları çıkarmamız mümkün olacaktır.

Dominus'un emrinde- ya da onunla birlikte- teşebbüs faaliyetine devam edenleri kendi aralarında ayırt etmek lazımdır:

A) Köleyken *institores* veya *magistri* olarak efendinin teşebbüslerine atanarlardan çoğu, yine aynı menajerlik faaliyetlerini yeni *status*'larında da gerçekleştirmeye devam ediyorlardı. D. 14.3.19.1'de *Papinianus* tarafından bu tür bir olay açıklanmıştır. Bu yeni konumda, hakimiyete dayalı eski köle-efendi ilişkisi yoktur ve yeni efendi-azatlı ilişkisi artık aktif taraf açısından hakimiyet ilişkisinden kaynaklanan veya pasif taraftan açısından *praetor*'ca yine aynı ilişki varsayımı üzerine yaratılan organik temsili gerektirmez. Zaten *magister* veya *institor*'a ilişkin olaylarda, *actio exercitoria* ve *actio institoria*'yı *servus alienus*'un ötesinde özgür kimseye de teşmil etme gereksinimini doğuran, teşebbüs alanında daima artan azat etmelerden kaynaklanan bu durumlar olsalar gerekir. Bu gelişmeler sürecinde, başlangıçta sadece *potestas* altındaki kimselerin (*filii* veya *servi*) *praepositio*'su (basa getirilmesi, tayini) için beyan edil-

81 Örnek olarak bkz.: *Gaius 1 rer. cott.* D. 40.9.10; *Scaevola 11 dig.* D. 26.7.58pr.; *Papinianus 3 res.* D. 14.3.19.1. Bu metinlere dair bkz.: **DI PORTO**, *Impresa Collettiva*, s. 387 v.d.

Edebî ve epigrafik kaynaklara yönelik daha fazla atıf için bkz.: **FABRE**, *Libertus*, s. 337 v.d. Son olarak da **KIRSCHENBAUM**, *Sons, Slaves and Freedmen in Roman-Commerce*, Jerusalem-Washington, 1987, s. 127 v.d.

miş olan (iki davaya dair) ilgili *edictum*'lar, tüm *praepositi* vakalarına (*servi alieni*/başkalarının köleleri ve *extranei*/yabancılar) teşmil edilmiş ve *Iulianus*'un *edictum*'u ile nail olunan ve *Gaius*'un *Institutiones*'inde bilgi verdiği kesin biçimlerini almış olmalıydılar⁸². Bununla 3. kişilere karşı sorumluluk açısından pasif taraf yönünden ilişkinin işlerliği temin ediliyordu ama, kazanımların doğrudan tayin eden hesabına işlerliğini imkansız kılmış olan hakimiyete dayalı köle-efendi zincirinin yokluğunda aktif taraf da keşfedilmiş oluyordu. Ve burada hukuk ilmi büyük ihtimalle bir *fictio*'yu yani faraziye (şayet *praepositus* yani tayin edilen, davacının *in potestate*'sinde olsaydı -ama bu sadece bir varsayımdır-) sezinlemekle, özgür bir kimseyi veya bir başkasının kölesini tayin edene, *institor* ile sözleşme akteden üçüncü kişilere karşı dava verdirdiği *Ulpianus*'un (D. 14.3.1) atıf yaptığı *Marcellus*'un ünlü bir cevabının yan kısı olan çözümü bulmak zorunluluğuna girmiştir.

B) Diğerleri, ve belki de *peculium* tahsis edilmiş *ex servi negotiatores*'in çoğunluğu *patroni*'nin (efendilerin) *socii*'si (ortakları) haline geliyorlardı ve bu çoğu kez ferdi teşebbüsün iki basamaklı teşebbüse (yani *servus*'un *peculium* teşebbüsüne) ve hatta, bir teşebbüs grubunun (dikey yönde- örneğin üç basamaklı- ve yatay yönde) sahip olduğu organizasyon yapısına göre (örneğin: *institor* olarak ortak bir kölenin veya bir yabancıların tayini veyahut hiçbir tayin işlemi gerçekleşmemiş olması) dışarıya yansıyan ya da yansımayan kolektif teşebbüse dönüşmesiyle sonuçlanıyordu ki ikinci olasılığın sonucunda efendi, temel olarak gizli müteşebbis figürünü üstlenerek üçüncü kişilerle ilişkiye girmiyor ve dışarıya gözüküyor, buna karşılık iç ilişkiler şirket akti ve *actio pro socio*⁸³ ile düzenleniyordu.

⁸² Gai. 4.71; Inst. 4.7.2 ve 2^a. Krş.: LENEL, *EP*³, 257 vd. (§§ 101 ve 102), ayrıca DI PORTO, *Impresa Collettiva*, s. 37 v.d.

⁸³ **Çev. not.:** Roma Hukukunda *actio pro socio* ve bu davanın Türk Hukukuna yansımalarına dair bkz.: N. BARLAS, *Âdi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri*, 2. Bası, İstanbul, 2008, ss. 49-50; Ş. AKINCI, *Roma Hukukunda Şirket Akti ve Bununun Türk Hukukuna Etkisi*, S.Ü.H.F.D., Prof. Dr. Şakir Berki'ye Armağan, C. 5, S. 1-2, Konya, 1996, s. 144 v.d.; O. H. ŞENER, *Roma Hukukunun Modern Ortaklıklar Hukukuna Etkisi*, Makaleler, C. 1, İstanbul, 2006, s. 113 v.d.; F. İ. GÖNENÇ, *Roma Hukukunda Şirket Akti*, İstanbul, 2004, s. 115 v.d.; B. TAHİROĞLU/B. ERDOĞMUŞ, *Roma Hukuku Meseleleri*, İstanbul, 2003, s. 169.

Bir *servus communis institor*'un tayini veya (şirket akti ile veya şirket akti olmaksızın) bir *servus communis negotiator cum peculio* veyahut, en basit haliyle, sadece iç ilişkilerde geçerli bir şirket ilişkisi üzerine oturtulmuş bir teşebbüse kadar giden aslen ortaklığa dair çözümlerin varlığı ve yayılmasına dair tanıklık edenler:

a) *Libertus* (azatlı) açısından bir çok satırı oldukça kıymetli olan eserde, hukuki açıdan her zaman için çerçevelendirilmemiş olmakla birlikte Fabre tarafından büyük bir kısmı zikredilen, en sonuncusu Cumhuriyet devri sonlarına kadar giden, engin bir epigrafik malzeme⁸⁴;

b) Teşebbüs organizasyonunda aynı biçimde mevcudiyete dair hukukçuların zengin çalışmaları aracılığıyla toplananlar⁸⁵;

c) “*Edixit se amplius non daturum patrono quam operarum et societatis actionem/kendisi patronus'a hizmet ve şirket aktinden daha fazlasını vermeyeceğini beyan etmiştir*” ile (*Servius*'a atıf yapılan *Ulpianus*'un *Edictum*'a dair 42. kitabından alınan D. 38.2.1) *praetor Rutilius*'un *edictum*'dan ortaya çıkan. Ne olursa olsun, efendi ve azatlının malvarlıksal ilişkilerinin düzenlenmesinin kısa bir tarihçesinin (*Servius*'tan alınarak) çizildiği *Ulpianus* metni yorumlandığında, *Rutilius*'un *edictum*'unun sıklıkla efendi ve azatlının bir şirket olarak çalıştıkları ve belki de, kimi kereler azat etmenin (başarılı ve uzman bir *negotiator* veya bir *institor*'un söz konusu olduğu hallerde) temelde şirket şeklinde beraberce çalışmanın devamı şartına bağlandığı, az çok yaygın ve varolmayı sürdüren bir uygulamayı yansıttığı kuşku götürmez. Ve *Rutilius*'un M.Ö. 118 yılında *praetor* olduğu göz önünde bulundurulursa, efendi ve azatlının değişik organizasyon modelleriyle de olsa bir teşebbüs faaliyetini beraberce ve bir şirket ilişkisine göre (kimi zaman her ikisi için de kendiliğinden ve üretken olarak, kimi zamansa biri tarafından karşı çıkılıp ve diğerince zorla kabulendirilerek) işletmeye yönelik eğilimin, hiç değilse M.Ö. 2. yüzyılın başlarında uygulamada varolduğu savunulabilir⁸⁶.

⁸⁴ FABRE, *Libertus*, 267 v.d. ve bilhassa 337 v.d.

⁸⁵ Burada yukarıda 15. ve 24. dipnottaki kaynakları belirtmek ve Di Porto'nun *Impresa Collettiva e Lo Schiavo Manager* adlı eserini aktarmakla yetineceğim.

⁸⁶ *Societas rutiliana*'ya dair en yeni olarak bkz.: FABRE, *Libertus*, s. 296 v.d. ve daha önceki bibliyografya için de yine aynı esere bkz.

Kaba hatlarıyla ve birkaç istisna dışında⁸⁷ dışa yansımaları olmadığından, üçüncü kişilere karşı sorumluluğun menajer *liberti* (azatlılar) tarafından münhasıran üstlenilmesine karşılık az çok sahne gerisinde kalan *patroni*'nin konumunu kolaylaştırmakla sonuçlanan Roma şirket aktinin kendine özgü nitelikleri dikkate alındığında buraya kadar tüm yapılan değerlendirmeler büyük bir güç kazanır. Sıklıkla aristokrasiden kişiler olduklarından kendi ticari faaliyetlerini göstermemeyi tercih eden efendiler⁸⁸ asli konumu, günümüz ifadesiyle gizli müteşebbis (veya *socii*) konumunu, üstlenmekteydiler ve iç ilişkiler, arkadaşça ve en basit haliyle, hem hakiyete dayalı önceki ilişkilerin kalıntılarına ve hem *fides*'e dayanan⁸⁹ ortaklık ilişkilerine göre düzenlenemedikleri takdirde, *actio pro socio*'ya ya da, *Ulpianus*'un *Rutilius*'un *edictum*'una atfen adlandırdığı şekilde *actio societatis*'e göre düzenlenmekteydiler⁹⁰.

⁸⁷ Buna dair bkz.: F. SERRAO, *Sulla rilevanza esterna del rapporto di società in diritto romano*, *Studi Volterra*, C. 5, s. 743 v.d.

⁸⁸ **Çev. not.:** *Artes liberales* (serbest meslekler) ve kölelik arasındaki bağlantıya dair bkz.: K. VISKY, *Roma Hukukunda Kölelik ve Serbest Meslekler* (çev.: B. Tahiroğlu), İ.Ü.H.F.D., C. 40, S. 1-4, İstanbul, 1974, ss. 689-700; Roma toplumunda *operae liberales-operae illiberales* ayırımında (yüksek hizmetler olarak *operae liberalis*- aşağı hizmetler olarak *operae illiberales*) sadece faaliyetin niteliğinin değil, o faaliyette bulunan kişinin toplumsal ve hukuki durumunun ölçüt alınmasına dair bkz.: KARADENİZ, *Roma'da İş İlişkileri*, s. 64 v.d., 111; *Cic. De Off.* 1. 150-15.

⁸⁹ **Çev. not.:** Roma hukukunun dört rızai aktinin –alım satım, kira (ki buna ücretli iş akti de dahildir), şirket, vekalet- *fides* ile ilişkisine dair bkz.: F. SCHULZ, *Roma Hukukunun Prensiplerinden Sadakat* (çev.: B. Erdoğan) İ.Ü.H.F.D., C. 48-49, S. 1-4, İstanbul, 1983, s. 390.

⁹⁰ Ne *Rutilius* tarafından verilen *actio societatis*'in *actio pro socio* ile aynı olduğunu ne de *Rutilius*'un *edictum*'unda öngörülen efendi-azatlı ilişkisinin şirket aktiyle tanımlanamayacağı savunan Arangio-Ruiz'in tezi [ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano*, Napoli, 1950, s. 28 dn. no.: 2 ki Pernice'ye kadar geri gider (PERNICE, ZSS, 3, 1882, S. 101)], *patronus* ve *libertus* ilişkisinin gözüktüğü tüm ilişkilerin ekonomik bütünüyle çelişki oluşturur; Albertario tarafından (ALBERTARIO, *Studi di diritto romano*, C. 1, s. 397 v.d.) başlatılarak diğerlerince de izlenen *Ulpianus*'un metninin efendi ve azatlı arasındaki şirket ilişkisine dair olan kısmının tamamının *interpolatio*'ya uğradığı teşhisi, Roma hukuku çalışmalarının artık çoktan aşılmış olan bir safhasına aittir. Haklı olarak her ikisinin de tezini eleştiren Fabre'dir (FABRE, *Libertus*, s. 297 v.d.); ancak o dahi, *Rutilius*'un *edictum*'unun ve buna ilişkin *Ulpianus*'un metninin, efendi ve azatlının teşebbüse dair ilişkilerinin tarihi için yol gösterici olarak bile olsa ne denli önemli bir değer arz ettiğini çıkarabilmiş değildir.

C) Son olarak da diğerleri, terimin tam anlamıyla gizli müteşebbis konumunda olan efendilerinin teşebbüsü ilgilendiren tüm işlerini kendi adlarına ve onun (gizli müteşebbis) hesabına yapmaktaydılar (inançlı müteşebbis). Efendi-azatlı ilişkileri, karşılıklı *fides*'te ve hakimiyete dayalı önceki ilişkinin kalıntılarında tatmin edici düzenleme bulamadıkları yerde, en uç ihtimal, *actio mandati* (vekaletten doğan dava) ya da *actio negotiorum gestio* (vekaletsiz iş görmeden doğan dava) ile yargısal yoldan düzenlenebilmekteydiler.

D) Yukarıda (bkz.: yuk. A, B ve C) belirtilen tüm “yollar” şu ya da bu şekilde bizzat kendi efendilerinin emrinde veya onunla beraber müteşebbis olarak çalışan ve faaliyet gösteren azatlılara ilişkindir. Ancak, bizzat kendileri ticaretle tek başlarına uğraşanların da çok sayıda oldukları kuşku götürmez. *Plautus* dahi, yarattığı karakterlerden birine “*Iam ubi liber ero/navibus magnis mercaturam faciam* (Özgür olacağım zaman/tacirlik yapacağım büyük gemilerle)⁹¹” dedirtmektedir. Hukukçuların eserlerinde de bu durum mevcuttur⁹². Buna tanıklık eden epigrafik malzeme ise muazzamdır⁹³. Rostovzev'in⁹⁴ dikkati çekmiş olduğu gibi, M.S. 1. ve 2. yüzyıldaki ticaret ve endüstrinin kayda değer bir kısmı azatlıların elindedir. Şimdiye kadar saptadıklarımız Roma ekonomisinin büyük tarihçisinin vardığı sonuçların geçerliliğini onaylamakta ve değerini taktir ettirmektedir.

91 *Rudens*, vv. 930 ve 931 ve krş.: **FABRE**, *Libertus*, s. 345 v.d.

92 Burada haksız rekabet bahsinde zikrettiğim (bkz.: yuk. § 7) metinleri hatırlatmakla yetiniyorum.

93 Cumhuriyet Devri için krş. Hepsi için **FABRE**, *Libertus*, 345 v.d. İmparatorluğun ilk üç asrı için *CIL*'un XV. cildine gönderme yapmak yeterli olacaktır.

94 **ROSTOVZEV**, *Storia economica e sociale dell'Impero romano*, ss. 64 v.d.; 120 v.d.; 175 v.d.; 227 v.d.; 232; 234; 338.