

**T.C.
ERCIYES ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
YÜKSEK LİSANS TEZİ
(Yüksek Lisans Tezi)**

**MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA HAKSIZ FİİLLER
VE UYGULANACAK HUKUK**

**Tezi Yöneten
Prof. Dr. Yavuz KAPLAN
Prof. Dr. İsmail KAYAR**

**Tezi Hazırlayan
Ashhan KAYIK**

**Haziran 2011
KAYSERİ**

**T.C.
ERCIYES ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA HAKSIZ FİİLLER
VE UYGULANACAK HUKUK**

**Tezi Yöneten
Prof. Dr. Yavuz KAPLAN
Prof. Dr. İsmail KAYAR**

**Tezi Hazırlayan
Aslıhan KAYIK**

(Yüksek Lisans Tezi)

**Haziran 2011
KAYSERİ**

BİLİMSEL ETİĞE UYGUNLUK

Bu çalışmadaki tüm bilgilerin, akademik ve etik kurallara uygun bir şekilde elde edildiğini beyan ederim. Aynı zamanda bu kural ve davranışların gerektirdiği gibi, bu çalışmanın özünde olmayan tüm materyal ve sonuçları tam olarak aktardığımı ve referans gösterdiğimi belirtirim.

Aslıhan KAYIK

“Milletlerarası Özel Hukukta Haksız Fiiller ve Uygulanacak” adlı Yüksek Lisans tezi, Erciyes Üniversitesi Lisansüstü Tez Önerisi ve Tez Yazma Yönergesi’ne uygun olarak hazırlanmıştır.

Tezi Hazırlayan

Aslıhan KAYIK

Danışman

Prof. Dr. Yavuz KAPLAN

Prof. Dr. İsmail KAYAR

Prof. Dr. İsmail KAYAR

ABD Başkanı

Prof. Dr. İsmail KAYAR danışmanlığında Aslıhan KAYIK tarafından hazırlanan “Milletlerarası Özel Hukukta Haksız Fiiller ve Uygulanacak Hukuk” adlı bu çalışma jürimiz tarafından Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalında Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

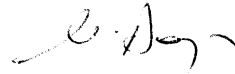
17.06.2011

JÜRİ:

Danışman : Prof. Dr. İsmail KAYAR

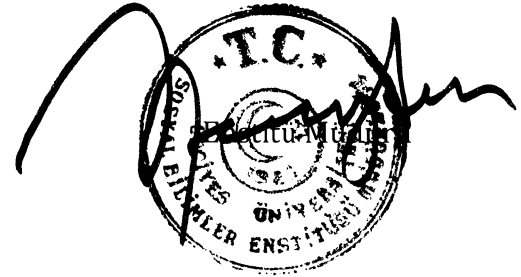
Üye : Prof Dr. Murat DOĞAN

Üye : Yrd. Doç. Dr. Burak ADIGÜZEL



ONAY:

Bu tezin kabülü Enstitü Yönetim Kurulu'nun 22.2.2011 tarih ve 15 sayılı kararı ile onaylanmıştır.



ÖNSÖZ

Milletlerarası Özel Hukukta Haksız Fiiller ve Uygulanacak Hukuk adlı bu çalışmamın, milletlerarası hukuk alanında araştırma yapan tüm hukukçulara yardımcı olmasını ümit ederim.

Bu çalışmamda bana kıymetli zamanlarını ayıran ve desteklerini esirgemeyen değerli hocalarım Prof. Dr. Yavuz KAPLAN ve Prof. Dr. İsmail KAYAR'a teşekkür ederim.

Bu çalışmam ve tüm hayatım boyunca desteklerini esirgemeyen başta babam Av. Yaşar KAYIK olmak üzere tüm aileme ve manevi desteğini esirgemeyen arkadaşım Sibel AKŞAHİN'e teşekkürü bir borç bilir, sevgi ve saygılarımı sunarım.

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA HAKSIZ FİLLER VE UYGULANACAK HUKUK

Aslıhan KAYIK

**Erciyes Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı
Yüksek Lisans Tezi, Haziran 2011**

Danışman: Prof. Dr. Yavuz KAPLAN, Prof. Dr. İsmail KAYAR

ÖZET

Haksız fiiller, borcun en temel kaynaklarından birini oluşturmaktadır. Milletlerarası Özel Hukuk açısından baktığımız zaman haksız fiillerin işleniş şekilleri ve hangi ülke hukukunun uygulanacağı konusu açıklanmaya çalışılmıştır.

Mülga 2675 sayılı Kanun’u yürürlükten kaldıran 5718 sayılı MÖHUK’na, mülga Kanun’da mevcut olmayan iki fıkra eklenmiştir. Bunun yanı sıra bazı özel nitelikli haksız fiillere de ayrı maddeler halinde yer verilmiştir.

Akit dışı borç ilişkilerine uygulanacak hukuk alanındaki kanunlar ihtilafı kurallarının yeknesaklaştırılması amacı ile 31.07.2007 tarihli Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Topluluğu Tüzüğü (Roma II) kabul edilmiştir. Tüzük AB’ ye üye devletlere uygulanacak olup, Türkiye açısından şu an itibariyle uygulama alanı bulmamaktadır. Ancak Türkiye’nin AB’ye üye olması durumunda, Türkiye açısından da doğrudan uygulama alanı bulacaktır. Söz konusu Tüzük’te de, MÖHUK ile aynı şekilde özel nitelik taşıyan haksız fiiller ayrı maddeler halinde düzenlenmiştir.

Tez iki ana bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde genel olarak Borçlar Hukuku alanında haksız fiiller, ikinci bölümde ise detaylı olarak Milletlerarası Özel Hukuk alanında haksız fiiller anlatılmıştır. Konunun daha iyi anlaşılabilmesi adına öncelikle Borçlar Hukuku alanında haksız fiillere kısaca yer verilmiş, daha sonra haksız fiillere uygulanacak hukuk konusu MÖHUK ve Tüzük’te yer alan kurallar karşılaştırmalı olarak incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Haksız fiil, MÖHUK, Roma II Tüzüğü, akit dışı borç.

TORTS AND THE APPLICABLE LAW IN INTERNATIONAL PRIVATE LAW**Ashhan KAYIK****Erciyes University, The Institute of Social Sciences Private Law****Master's Thesis, June 2011****Consultant: Prof. Dr. Yavuz KAPLAN, Prof. Dr. İsmail KAYAR****ABSTRACT**

Tort is one of the most important sources of obligations. This study aims to explain the ways torts are committed in International Private Law and the law applicable to them.

The International Private Law Act no 5718 which replaced the prior Law no 2675 has added two new articles. Moreover some special torts were foreseen in separate articles.

In order to uniform the conflicts of laws rules which will be applied to non contractual obligations, EC Regulation 864/2007 on the Law Applicable to Non-contractual Obligations, also known as the Rome II Regulation, has been accepted. This regulation binds European Union members, but for the moment does not bind Turkey. But if Turkey becomes a European Union member, this regulation will also bind Turkey. In this regulation, like in the International Private Law Act, special torts are written in separate articles.

This thesis contains two parts. In the first part, torts in law of obligations are explained. Then, in the second part torts in International Private Law is analyzed in details. In order to make the subject more understandable, first torts in law of obligations are briefly explained, then the law which will be applied to torts according the International Private law Act and the Rome II Regulation is studied in a comparative way.

Keywords: Torts, International Private Law, Rome II Regulation, non contractual obligations.

İÇİNDEKİLER

BİLİMSEL ETİĞE UYGUNLUK SAYFASI.....	
YÖNERGEYE UYGUNLUK SAYFASI	
ONAY.....	I
ÖNSÖZ.....	II
ÖZET.....	III
ABSTRACT	IV
İÇİNDEKİLER.....	V
KISALTMALAR.....	IX
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM GENEL OLARAK HAKSIZ FİİLLER

I. HAKSIZ FİİLİN TANIMI.....	3
II. HAKSIZ FİİLİN UNSURLARI	5
A. FİİL.....	5
1. Fiilin Tanımı ve Unsurları	5
2. Fiilin Çeşitleri	8
a. Olumlu Fiil.....	8
b. Olumsuz Fiil.....	8
B. ZARAR	9
1. Genel Olarak Zarar Kavramı	9
2. Maddi Zarar, Tanımı ve Unsurları	11
a. Malvarlığı.....	11
b. Malvarlığının Eksilmesi.....	12
c. Azalmanın İrade Dışı Meydana Gelmesi	13
3. Manevi Zarar.....	14
4. Doğrudan Zarar- Dolaylı Zarar	16
5. Yansıma Yoluyla Zarar	17
6. Fiili Zarar	18
7. Yoksun Kalınan Kâr.....	18
8. Malvarlığına Verilen Zarar- Şahsa Verilen Zarar	20
9. Menfi Zarar- Müspet Zarar	20

C. UYGUN İLLİYET BAĞI.....	21
1. İlliyet Bağı Kavramı.....	21
2. Uygun İlliyet Bağı Teorisi.....	21
3. Sebeplerin Çokluğu.....	23
a. Ortak İlliyet.....	23
b. Yarışan İlliyet.....	24
c. Seçimlik İlliyet.....	24
4. Birden Çok Sebepten Yalnız Birinin Zararı Doğurması.....	25
5. Farazi İlliyet (Önüne Geçilen İlliyet).....	26
6. İlliyet Bağının Kesilmesi.....	26
a. Mücbir sebep.....	27
b. Zarar Görenin Kusuru.....	28
c. Üçüncü Kişinin Ağır Kusuru.....	29
D. KUSUR.....	29
1. Kusurun Tanımı.....	29
2. Kusurun Çeşitleri.....	31
a. Kast.....	31
b. İhmal.....	32
3. İhmalin Dereceleri.....	34
a. Ağır ihmal.....	34
b. Hafif ihmal.....	35
c. Orta ihmal.....	35
E. HUKUKA AYKIRILIK.....	35
1. Hukuka Aykırılığın Tanımı.....	35
2. Hukuka Aykırılığın Unsurları.....	36
3. Hukuka Uygunluk Nedenleri.....	36
a. Kamu Yetkisinin Kullanılması.....	37
b. Özel Hukuktan Doğan Bir Hakkın Kullanılması.....	37
c. Zarar Görenin Zarara Razi Olması.....	38
d. Meşru Müdafaa.....	40
e. Zaruret Hali.....	41
f. Vekâletsiz İş Görme.....	43
g. Kendi Hakkını Korumak İçin Kuvvet Kullanma.....	43
4. Yapmama Fiillerinde Hukuka Aykırılık.....	44

İKİNCİ BÖLÜM

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA HAKSIZ FİİLLER VE UYGULANACAK HUKUK

I. HAKSIZ FİİLLER VE ROMA II TÜZÜĞÜ.....	45
A. GENEL OLARAK.....	45
B. TÜZÜĞÜN UYGULAMA ALANI.....	47

C. ROMA II TÜZÜĞÜNE GÖRE HAKSIZ FİİLLERE UYGULANACAK HUKUK.....	49
1. Genel Kural.....	49
a. Zararın Meydana Geldiği Yer Hukuku.....	49
b. Tarafların Müşterek Mutad Mesken Hukuku	50
c. İka Yerinin Emniyet-Asayiş ve Yürütme Kuralları.....	51
d. İstisna Hükmü	53
e. Hukuk Seçimi İmkânı	54
 II) 5718 SAYILI MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK VE USUL HUKUKU HAKKINDA KANUN UYARINCA UYGULANMASI SÖZ KONUSU OLAN BAĞLAMA KURALLARI.....	55
A. GENEL OLARAK	55
1. Haksız Fiilin İşlendiği Ülke Hukuku.....	56
a. 2675 sayılı MÖHUK Dönemi	56
b. 5718 sayılı MÖHUK Dönemi	57
c. İka Yeri Kuralının Benimsenmesinde Rol Oynayan Nedenler	58
d. İka Yerinin Saptanması Sorunu	60
e. Birden Fazla Memleketlerle İlgili İka Yeri.....	64
f. İka Yeri Kuralına Getirilen Eleştiriler.....	64
2. Zararın Meydana Geldiği Ülke Hukuku.....	66
a. Genel Olarak	66
b. Fiilin İşlendiği Yer ile Zararın Meydana Geldiği Yerin Birden Fazla Olduğu Hallerde İka Yerinin Saptanması Sorunu	68
c. Kuralın Kapsamı Dışında Kalan Haller	69
aa. Daha Sıkı İlişkili Hukuk.....	69
bb. İka Yeri Hukukunun Belirlenememesi	70
cc. Kamu Düzeni	71
3. En Sıkı İlişkili Ülke Hukuku	71
 B) 5718 SAYILI MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK VE USUL HUKUKU HAKKINDA KANUN İLE GETİRİLEN YENİLİKLER.....	75
1. Haksız Fiile veya Sigorta Sözleşmesine Uygulanan Hukukun İmkân Vermesi Halinde Zarargörenin Yetkisi	75
2. Tarafların Uygulanacak Hukuku Açıkça Seçmeleri.....	77
a. Taraf İradesinin Açıklanma Şekli.....	79
b. Hukuk Seçiminin Zamanı	80
c. Seçilen Hukukun Niteliği.....	81
d. Maddi Hukuk Seçimi.....	81
e. Hukuk Seçimin Sınırları	82
aa. Doğrudan Uygulanan Kurallar.....	82
bb. Özel Akit Dışı Borç İlişkileri İçin Getirilmiş Kurallar	83
aaa. Kişilik Haklarının İhlalinde Sorumluluk	83

bbb. İmalatçının Sözleşme Dışı Sorumluluğu.....	84
ccc. Haksız Rekabet ve Rekabeti Sınırlandıran Eylemler	84
ddd. Fikri Hakların İhlaline Uygulanacak Hukuk	85
cc. Kamu Düzeni	86
dd. Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu.....	86
3. Kişilik Haklarının İhlalinde Sorumluluk	87
a. Genel Olarak	87
b. Birden Çok Zarar Yerin Bulunması Hali.....	89
c. Medya Yoluyla Kişilik Haklarının İhlali	90
d. Medya Yoluyla Kişilik Haklarının İhlalinde Sorumluluk	91
e. Medya Yoluyla Kişilik Hakkı İhlallerinde Uygulanacak Hukuk.....	92
4. İmalatçının Sözleşme Dışı Sorumluluğu	93
a. Genel Olarak	93
b. Akit Dışı Borçlara Uygulanacak Hukuka İlişkin Tüzükte (Roma II) Ürün Sorumluluğu.....	99
aa. Sorumluluğun Kapsamı.....	99
bb. Tüzüğe Göre uygulanacak Hukukun Belirlenmesi.....	100
cc. Ürün Sorumluluğuna İlişkin Bağlama Kuralı.....	101
aaa. Hukuk Seçimi.....	101
bbb. Müşterek Mutad Mesken Hukuku	101
ccc. Tüzüğün 5/1 Maddesinde Yer Alan Bağlama Kuralı	102
ddd. Tüzük m. 5/1 Hükmünün Uygulanabilmesi İçin Gerekli Ortak Şartlar..	102
aaaa. Piyasaya Sürülme Şartı.....	102
bbbb. Öngörülebilir Olma Def'inin İleri Sürülmemiş olması	103
eee. İstisna Kuralı	103
5. İnternet Ortamındaki Haksız Fiillere Uygulanacak Hukuk	103
a. Genel Olarak	103
b. Kişilik Hakkı, Şeref ve Haysiyet Kavramı	105
c. İnternet Yolu ile İletişimi Cazip Kılan Nedenler	105
d. İnternet Yolu ile İşlenen Haksız Fiile Uygulanacak Hukukun Tespiti Meselesi	107
e. İnternette Fiil Yeri	109
aa. İnternete Yükleme/ Gönderme İşleminin Yapıldığı Yer.....	109
bb. Aktarılan Serverin Bulunduğu Yer.....	110
cc. Verilerin Tasarlandığı ve Geliştirildiği Yer.....	111
dd. Fiil Yeri Olarak Verilerin Okunduğu Yer.....	111
f. İnternette Zarar Yeri.....	114
SONUÇ.....	116
KAYNAKÇA.....	118
ÖZGEÇMİŞ	122

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AET	: Avrupa Ekonomik Topluluğu
AT	: Avrupa Toğluluğu
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BK	: Borçlar Kanunu
bkz.	: bakınız
C.	: Cilt
E.	: Esas
EHVK	: Memaliki Osmaniyede Bulunan Tab'ayı Ecnebiyenin Hukuk ve Vezaifi Hakkında Muvakkat Kanun
e-posta	: elektronik posta
E.T.	: Erişim Tarihi
f.	: fıkra
GSM	: Global System for Mobile Communications
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi
HD	: Hukuk Dairesi
K.	: Karar
m.	: madde
MHB	: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun

RG.	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
s.	: sayfa
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TRT	: Türkiye Radyo Televizyon
vd.	: ve devamı
Y.	: Yargıtay
YHD	: Yargıtay Hukuk Dairesi
YKD	: Yargıtay Kararlar Dergisi

İÇİNDEKİLER

BİLİMSEL ETİĞE UYGUNLUK SAYFASI.....	I
YÖNERGEYE UYGUNLUK SAYFASI.....	II
ONAY	III
ÖNSÖZ.....	IV
ÖZET.....	V
ABSTRACT.....	VI
İÇİNDEKİLER.....	VII
KISALTMALAR.....	XI
 GİRİŞ	 1

BİRİNCİ BÖLÜM GENEL OLARAK HAKSIZ FİİLLER

I. HAKSIZ FİİLİN TANIMI.....	3
II. HAKSIZ FİİLİN UNSURLARI.....	5
A. FİİL	5
1. Fiilin Tanımı ve Unsurları	5
2. Fiilin Çeşitleri.....	8
a. Olumlu Fiil	8
b. Olumsuz Fiil.....	8
B. ZARAR	10
1. Genel Olarak Zarar Kavramı	10
2. Maddi Zarar, Tanımı ve Unsurları	11
a. Malvarlığı	11
b. Malvarlığının Eksilmesi	12
c. Azalmanın İrade Dışı Meydana Gelmesi	13
3. Manevi Zarar	14
4. Doğrudan Zarar- Dolaylı Zarar	16
5. Yansıma Yoluyla Zarar	17
6. Fiili Zarar	18
7. Yoksun Kalınan Kâr	18
8. Malvarlığına Verilen Zarar- Şahsa Verilen Zarar	20
9. Menfi Zarar- Müspet Zarar	20

C. UYGUN İLLİYET BAĞI.....	21
1. İlliyet Bağı Kavramı	21
2. Uygun İlliyet Bağı Teorisi.....	22
3. Sebeplerin Çokluğu.....	23
a. Ortak İlliyet	23
b. Yarışan İlliyet.....	24
c. Seçimlik İlliyet.....	24
4. Birden Çok Sebepten Yalnız Birinin Zararı Doğurması	25
5. Farazi İlliyet (Önüne Geçilen İlliyet)	26
6. İlliyet Bağının Kesilmesi.....	26
a. Mücbir sebep	27
b. Zarar Görenin Kusuru.....	28
c. Üçüncü Kişinin Ağır Kusuru.....	29
D. KUSUR	30
1. Kusurun Tanımı	30
2. Kusurun Çeşitleri	31
a. Kast	32
b. İhmal	33
3. İhmalin Dereceleri	34
a. Ağır ihmal.....	34
b. Hafif ihmal	35
c. Orta ihmal.....	35
E. HUKUKA AYKIRILIK	35
1. Hukuka Aykırılığın Tanımı	35
2. Hukuka Aykırılığın Unsurları	36
3. Hukuka Uygunluk Nedenleri	36
a. Kamu Yetkisinin Kullanılması.....	37
b. Özel Hukuktan Doğan Bir Hakkın Kullanılması.....	38
c. Zarar Görenin Zarara Razi Olması	38
c. Meşru Müdafaa	40
d. Zaruret Hali	41
e. Vekâletsiz İş Görme.....	43
f. Kendi Hakkını Korumak İçin Kuvvet Kullanma.....	43
4. Yapmama Fiillerinde Hukuka Aykırılık.....	44

İKİNCİ BÖLÜM

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA HAKSIZ FİİLLER VE UYGULANACAK HUKUK

I. HAKSIZ FİİLLER VE ROMA II TÜZÜĞÜ.....	45
A. GENEL OLARAK.....	45
B. TÜZÜĞÜN UYGULAMA ALANI.....	47

C. ROMA II TÜZÜĞÜNE GÖRE HAKSIZ FİİLLERE UYGULANACAK HUKUK	49
1. Genel Kural	49
a. Zararın Meydana Geldiği Yer Hukuku.....	49
b. Tarafların Müşterek Mutad Mesken Hukuku	50
c. İka Yerinin Emniyet-Asayiş ve Yürütme Kuralları	51
d. İstisna Hükümü	53
e. Hukuk Seçimi İmkânı.....	54
 II) 5718 SAYILI MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK VE USUL HUKUKU HAKKINDA KANUN UYARINCA UYGULANMASI SÖZ KONUSU OLAN BAĞLAMA KURALLARI.....	55
A. GENEL OLARAK	55
1. Haksız Fiilin İşlendiği Ülke Hukuku	56
a. 2675 sayılı MÖHUK Dönemi	56
b. 5718 sayılı MÖHUK Dönemi	57
c. İka Yeri Kuralının Benimsenmesinde Rol Oynayan Nedenler	58
d. İka Yerinin Saptanması Sorunu	60
e. Birden Fazla Memleketlerle İlgili İka Yeri	64
f. İka Yeri Kuralına Getirilen Eleştiriler.....	64
2. Zararın Meydana Geldiği Ülke Hukuku.....	66
a. Genel Olarak	66
b. Fiilin İşlendiği Yer ile Zararın Meydana Geldiği Yerin Birden Fazla Olduğu Hallerde İka Yerinin Saptanması Sorunu	68
c. Kuralın Kapsamı Dışında Kalan Haller.....	69
aa. Daha Sıkı İlişkili Hukuk.....	69
bb. İka Yeri Hukukunun Belirlenememesi.....	70
cc. Kamu Düzeni.....	71
3. En Sıkı İlişkili Ülke Hukuku.....	71
 B) 5718 SAYILI MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK VE USUL HUKUKU HAKKINDA KANUN İLE GETİRİLEN YENİLİKLER.....	75
1. Haksız Fiile veya Sigorta Sözleşmesine Uygulanan Hukukun İmkân Vermesi Halinde Zarargörenin Yetkisi.....	75
2. Tarafların Uygulanacak Hukuku Açıkça Seçmeleri	77
a. Taraf İradesinin Açıklanma Şekli	79
b. Hukuk Seçiminin Zamanı.....	80
c. Seçilen Hukukun Niteliği	81
d. Maddi Hukuk Seçimi.....	81
e. Hukuk Seçimin Sınırları	82
aa. Doğrudan Uygulanan Kurallar	82
bb. Özel Akit Dışı Borç İlişkileri İçin Getirilmiş Kurallar	83
aaa. Kişilik Haklarının İhlalinde Sorumluluk.....	83

bbb. İmalatçının Sözleşme Dışı Sorumluluğu	84
ccc. Haksız Rekabet ve Rekabeti Sınırlandıran Eylemler.....	84
ddd. Fikri Hakların İhlaline Uygulanacak Hukuk	85
cc. Kamu Düzeni.....	86
dd. Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu.....	86
3. Kişilik Haklarının İhlalinde Sorumluluk.....	87
a. Genel Olarak	87
b. Birden Çok Zarar Yerinin Bulunması Hali	89
c. Medya Yoluyla Kişilik Haklarının İhlali.....	90
d. Medya Yoluyla Kişilik Haklarının İhlalinde Sorumluluk.....	91
e. Medya Yoluyla Kişilik Hakkı İhlallerinde Uygulanacak Hukuk.....	92
4. İmalatçının Sözleşme Dışı Sorumluluğu	93
a. Genel Olarak	93
b. Akit Dışı Borçlara Uygulanacak Hukuka İlişkin Tüzükte (Roma II) Ürün Sorumluluğu	99
aa. Sorumluluğun Kapsamı	99
bb. Tüzüğe Göre uygulanacak Hukukun Belirlenmesi	100
cc. Ürün Sorumluluğuna İlişkin Bağlama Kuralı	101
aaa. Hukuk Seçimi.....	101
bbb. Müşterek Mutad Mesken Hukuku.....	101
ccc. Tüzüğün 5/1 Maddesinde Yer Alan Bağlama Kuralı	102
ddd. Tüzük m. 5/1 Hükmünün Uygulanabilmesi İçin Gerekli Ortak Şartlar..	102
aaaa. Piyasaya Sürülme Şartı	102
bbbb. Öngörülebilir Olma Def'inin İleri Sürülmemiş olması	103
eee. İstisna Kuralı	103
5. İnternet Ortamındaki Haksız Fiillere Uygulanacak Hukuk.....	103
a. Genel Olarak	103
b. Kişilik Hakkı, Şeref ve Haysiyet Kavramı.....	105
c. İnternet Yolu ile İletişimi Cazip Kılan Nedenler	105
d. İnternet Yolu ile İşlenen Haksız Fiile Uygulanacak Hukukun Tespiti Meselesi	107
e. İnternette Fiil Yeri.....	109
aa. İnternete Yükleme/ Gönderme İşleminin Yapıldığı Yer	109
bb. Aktarılan Serverin Bulunduğu Yer.....	110
cc. Verilerin Tasarlandığı ve Geliştirildiği Yer	111
dd. Fiil Yeri Olarak Verilerin Okunduğu Yer.....	111
f. İnternette Zarar Yeri.....	114
SONUÇ.....	116
KAYNAKÇA.....	118
ÖZGEÇMİŞ	122

GİRİŞ

Hukuka aykırı bir davranışta bulunan kimse başkasına vermiş olduğu zararı tazmin ile mükelleftir. Başkasına verilmiş olan zarar taraflar arasındaki bir akdi ilişkiden doğabileceği gibi akit dışı bir borç ilişkiden de doğabilir. Birinci hale akdi sorumluluk; ikinci hale ise haksız fiilden doğan sorumluluk yani akit dışı sorumluluk denilmektedir. Bizim çalışmamızın konusunu akit dışı borç ilişkilerinden doğan genel sonuç olan haksız fiil sorumluluğu oluşturmaktadır.

Uluslararası hukukta haksız fiiller alanında en eski bağlama kuralı olan “haksız fiilin ika yeri” kuralı halen varlığını sürdürmektedir. Ancak son yıllardaki teknoloji ve bilimsel alanda meydana gelen gelişmeler, haksız fiiller ve bunların meydana geliş şekillerinde artış olmasına neden olmuştur. Buna bağlı olarak da genel bağlama kuralı olan “haksız fiilin ika yeri” kuralının uygulanması, her haksız fiilin yapısına uygun düşmemekte ve adil olmayan sonuçlara götürmekte idi. Bunu önleyebilmek için, 5718 sayılı Kanun’da söz konusu haksız fiillerin yapısına uygun düşecek yeni bağlama kuralları kabul edilmiştir.

Özellikle günümüzde, elektriğin bulunması gibi bir sıçrama noktası yaratmış olan internetin bulunması ile haksız fiiller de çeşitlenmiş ve işlenebilmesi daha kolay hale gelmiştir. Zira internet yolu ile işlenen haksız fiillerin işlenmesi, internetin yapısı gereği çoğu zaman zarar verenin tespitinin mümkün olmaması ve haksız fiilin işlenmesinin bir tuş kadar yakın olması sebepleriyle, kolay olmaktadır. Bu ise insanlarda ki zarar verme eğilimini artırmakta, özellikle çok sayıda kişilik hakkı ihlalleri gerçekleşmektedir. Bu fiillerin iki farklı ülke vatandaşı arasındaki mesafeyi ortadan kaldırması nedeniyle, uygulanacak hukuk konusunda Milletlerarası Özel Hukuk’u devreye sokmaktadır. Yine aynı şekilde imalatçının sorumluluğu, haksız rekabet gibi özel nitelikli haksız fiiller için farklı bağlama kuralları kabul edilmiştir.

Son zamanlarda gelişmekte olan, haksız fiiller alanında da, tıpkı akdi ilişkilerde olduğu gibi, uygulanacak hukuk konusunda taraf iradelerine öncelik tanınması fikri gerek uluslararası alanda, gerekse iç hukuk mevzuatımızdaki düzenlemelere baktığımız zaman meyvesini vermiş durumdadır.

Akit dışı borç ilişkilerine uygulanacak olan hukuk konusunda uluslararası temel bir düzenleme olan Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Topluluğu Tüzüğü (Roma II) ile iç hukuk düzenlememiz olan 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun mevcuttur. Gerek Roma II Tüzüğü'nde gerekse iç hukuk düzenlememiz olan 5718 sayılı MÖHUK' ta haksız fiiller genel olarak ikili bir ayrıma tabi tutularak ele alınmıştır. Öncelikle genel nitelikte haksız fiillerden bahsedilmiş, sonra ise özellikli durum arz etmekleri nedeni ile özel nitelikteki haksız fiillere yer verilmiştir. Biz de çalışmamızı bu yapıya uygun olarak yapmış bulunmaktayız.

Vasıflandırma açısından, hangi hallerin bir haksız fiil teşkil edeceğini tespit edebilmek adına öncelikle iç hukuk mevzuatımız açısından haksız fiiller konusu detaylı bir şekilde ele alınacaktır. Daha sonra akit dışı borç ilişkilerine uygulanacak olan hukuk konusunda uluslararası temel bir düzenleme olan Akit dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Topluluğu Tüzüğü (Roma II) ile iç hukuk düzenlememiz olan 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun anlatılacak olup, yer yer ikisi arasındaki farklara değinilecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK HAKSIZ FİİLLER

I. HAKSIZ FİİLİN TANIMI

Haksız fiil sorumluluğu borç ilişkisinin en önemli kaynaklarından birisini oluşturmaktadır. Haksız fiil adından da anlaşılacağı üzere, hukuka aykırı olarak, başkasının şahıs varlığı ya da malvarlığı değerlerine zarar verilmesidir¹.

Bir kişinin uğradığı zararın her zaman bir başkası tarafından karşılanması zorunluluğu bulunmayıp, hangi hallerin haksız fiil sorumluluğu doğuracağını kanun belirlemektedir².

Akdi sorumlulukta taraflar arasında önceden kurulmuş olan bir sözleşmenin ihlali söz konusu iken; haksız fiil sorumluluğunda, hukuk düzeninin herkese yüklemiş olduğu genel ve objektif bir ödevin ihlali söz konusudur. Yani akdi sorumlulukta zarar veren ile zarar gören arasında önceden kurulmuş olan bir borç ilişkisi mevcut iken, haksız fiil sorumluluğunda bu ilişki haksız fiilin gerçekleşmesinden sonra ortaya çıkmaktadır. Akdi sorumlulukta, borcunu yerine getirmeyen borçlunun kusuru karineten varsayılır iken, haksız fiil sorumluluğunda zarar gören, kusurun varlığını kanıtlamalıdır. Akdi sorumluluk ile haksız fiil sorumluluğunun aynı olayda yarışması mümkündür. Bu halde, alacaklıyı kusuru ispat külfetinden kurtardığı ve zamanaşımı için daha uzun bir süre öngördüğünden dolayı akdi sorumluluğa dayanılması faydalı olacaktır.

¹ Mehmet **Ayan**, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Mimoza Yayıncılık, 5. Baskı, Konya 2007, s. 181.

² Nami Haluk **Nomer**, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yayıncılık, 7. Baskı, İstanbul 2009, s. 71.

Haksız fiil, haksız bir fiil olması nedeniyle başka yasal yollara başvurma olanağı da verir. Ancak haksız fiile ilişkin, tazminat davası dışındaki diğer yasal yollar başka hukuk dallarında ele alınmıştır. Örneğin, haksız bir fiil ile kişilik haklarının ihlal edilmesi durumunda yasal yollar ve dava olanakları Medeni Kanun'da düzenlenmiştir. Yine haksız bir fiil haksız rekabet şeklinde meydana gelmiş ise bunun hüküm ve sonuçları da Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiştir³.

Haksız fiil, ceza hukuku anlamında suç teşkil ettiği için aynı zamanda ceza davasına da konu olabilir. Haksız fiile maruz kalan kişi, kusur aranmaksızın failden hukuka aykırı duruma son vermesini isteyebilir⁴. Kişinin hukuka aykırı fiili üç özellik gösterebilir; hukuka aykırı fiil sadece haksız fiil veya sadece suç teşkil edebilir ya da hem suç hem haksız fiil oluşturabilir⁵. Bir haksız fiilin aynı zamanda suç teşkil etmesi, Borçlar Hukukunda şu açılardan önem taşımaktadır:

- Aynı zamanda suç teşkil eden fiil nedeniyle sanık hakkında ceza davası açılmışsa, ceza mahkemesinin vermiş olduğu karar, hukuk hâkimi açısından bağlayıcı olup olmadığı konusunda önem taşımaktadır (BK. m. 53).
- Suç teşkil eden fiil nedeniyle Ceza Kanunlarında daha uzun bir zamanaşımı öngörülmüşse, tazminat davası da söz konusu uzun olan zamanaşımına tabi olacaktır⁶.

Genel olarak haksız fiil sorumluluğu BK m. 41/I'de⁷ düzenlenmiştir. Buna göre hukukun cevaz vermediği bir fiille ve kusurlu olarak bir başkasına zarar veren kimse, vermiş olduğu zararı gidermekle yükümlüdür⁸.

³ “Haksız rekabet, aldatıcı hareket veya iyiniyet kurallarına aykırı sair suretlerle ekonomik rekabetin her türlü kötüye kullanımıdır” (Sabih **Arkan**, *Ticari İşletme Hukuku*, 7. Baskı, Ankara 2005, s. 297); Ahmet Mithat **Kılıçoğlu**, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 11. Baskı, Ankara 2009, s. 198.

⁴ Nomer, s. 71.

⁵ Hakan **Hakeri**, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Baskı, Ankara 2011, s. 43.

⁶ Kılıçoğlu, s. 199.

⁷ 11.01.2011 tarih, 6098 sayılı Yeni BK'nin yürürlük tarihi 01.07.2012 olarak belirlenmiştir. Bu nedenle çalışmamızı yürürlükte olan 22.05.1926 tarih ve 818 sayılı BK'na göre yapacağız. 6098 sayılı BK'nda haksız fiiller konusu m. 49 vd. düzenlenmiştir.

⁸ Nomer, s. 72.

Milletlerarası Özel Hukuk'ta haksız fiillere uygulanacağı kabul edilen haksız fiilin ika yeri hukuku ile ika yeri ile zarar yeri farklı ise, zarar yeri hukuku şeklindeki temel kural, haksız fiilin meydana geliş şartlarına, haksız fiil ehliyetine, haksız fiilde kast ve ihmale ilişkin hükümlere, tazminat ve kapsamına uygulanır. Bu nedenle öncelikle iç hukukta haksız fiil konusu incelenip daha sonra MÖHUK'taki bağlama kuralları incelenecektir⁹.

II. HAKSIZ FİİLİN UNSURLARI

- Fiil
- Zarar
- Uygun İlliyet Bağ
- Kusur
- Hukuka Aykırılık

A. FİİL

1. Fiilin Tanımı ve Unsurları

Haksız fiil nedeniyle bir borcun doğması için öncelikle bir fiilin varlığı gerekmektedir. Fiil, insanın bir şey yapmaya veya yapmamaya ilişkin bilinçli irade ürünü, hareket tarzıdır¹⁰. İradi fiil, bedeni hareket ettirmek suretiyle gerçekleşebileceği gibi, yapılması gereken bir hareketten kaçınma şeklinde de gerçekleşebilir¹¹.

⁹ Gülören **Tekinalp**, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, 10. Bası, İstanbul 2009, s. 439.

¹⁰ Fikret **Eren**, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2009, s. 468; “Davacı idarenin yaptığı köy yolundan (6 ton dingil tahdit levhası bulunmasına rağmen) yüksek tonajlı vasıtaların geçmesi nedeniyle yolun bozulduğu ve bundan dolayı idarenin eski hale getirilebilmesi için 67 milyon lira civarında zararı olduğu, davalı şirketin ve başka firmaların yüksek tonajlı araçlarının buradan geçtiği dosya içeriği delillerle anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca davalı şirketin de zarara sebebiyet verdiği ortadadır. Davacı idare davalı şirketten 25.000.000 liranın tahsilini istemiş ve mahkemece başka şirketlerinde kullandığı ve yolun umumi olduğu ve zararda oran kurmanın mümkün olmadığı gerekçesiyle dava reddedilmiştir. Oysa zararlı eyleme davalının da katıldığı anlaşıldığına göre, hâkimin BK m. 42 gereğince davalı şirketin sorumlu olacağı tazminat miktarını belirlemesi ve buna göre istem hakkında hüküm kurması mümkünken yazılı gerekçe ile davayı tümünden reddetmesi yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir. Bozma kararı hukuka uygundur. Zira davalının, davacı idarenin yaptığı köy yolu için koyduğu “tahdit levhasına” karşın, yüksek tonajlı aracını bu yoldan geçirmesi hukuka aykırı olup zarardan sorumlu tutulması gerekir. Davalı şirketin fiili, yapmama kuralını ihlal niteliindedir”, Y. 4. HD, 5.5.1994, E. 797, K. 4339 (Mustafa Reşit, **Karahasan**, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler Notlandırılmış Yasa Maddeleri ve Yargıtay Kararları*, C. 3, İstanbul 2004, s. 787).

¹¹ Nomer, s. 72.

Fiil maddi ve psikolojik olmak üzere iki unsurdan oluşmaktadır. Maddi unsuru, menfi veya müspet şekilde dışa yansıyan vücut hareketleri oluşturmakta iken psikolojik unsuru, bu hareketin dışa yansımalarının irade unsuru oluşturmaktadır. Fiil dediğimiz insan davranışının, herhangi bir şekle tâbi olması gerekmeyip, düşünce aşamasından çıkıp somut bir şekilde vücuda gelmesi yeterlidir¹².

Fiilin psikolojik unsurundan ne anlaşılması gerektiği doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, fiilin irade ürünü olmasından amaç, failin zararlı sonucu da istemesi, göz önünde tutmasıdır. Eren'e göre ise bu görüş, fiilin iradiliği unsuru ile kusur unsurunu birbirine karıştırmakta olup, bir fiilin insan davranışı olabilmesi için, failin sadece bu fiili istemesi yeterli olup, ayrıca sonucu da istemesi veya öngörmesi yeterli değildir. Fiilin irade ürünü olmasından kastedilen ise; fiilin failin iradesinin yönetim ve denetimi altında bulunması yani iradenin fiile egemen olması, onu yönlendirmesidir. Bu nedenle insan fiilinin ortaya konulması için bir araç ya da bir başka kişi ya da eğitilmiş bir hayvanda kullanılmış olabilir¹³.

Hukuki işlem ehliyetine sahip olunabilmesi için tarafların, ayırt etme gücüne sahip, ergin olması ve kısıtlı bulunmaması gerektiği halde, haksız fiil ehliyeti için failin fiilini ortaya koyduğu sırada ayırt etme gücüne sahip olması yeterlidir¹⁴. Haksız fiilin borç doğurabilmesi için, failin, fiili işlediği sırada ayırt etme gücüne sahip olması gerektiği koşulunun istisnasını BK m. 54¹⁵ oluşturmaktadır. Hükme göre, haksız fiil faili, fiili işlediği sırada, ayırt etme gücüne sahip olmasa dahi hakkaniyet gerektiriyorsa zararı tazmin borcu altına girmektedir. “Zengin delinin fakir birinin evini yakması” şeklindeki meşhur örnek de durumu net bir şekilde anlatmaktadır. Türk hukukundaki bu tip sorumluluk halleri de bağlama kuralı ile belirlenen uygulanacak hukuka tâbidir. Ayrıca belirtmek gerekir ki,

¹² Hakeri, s. 136; Eren, s. 468; Kılıçoğlu, s. 199.

¹³ Eren, s. 469; Kılıçoğlu, s. 199.

¹⁴ Kemal **Oğuzman** ve Turgut **Öz**, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 1995, s. 508; “Reşit olmayan fakat mümeyyiz bulunan kişi haksız eylemin tazmininden sorumludur. Dava açıldığı günde M.E.T. 17 yaşında ise de dava görülürken erginliğini kazanmıştır, tanık sözleriyle sabit olduğu üzere, kendisinin tazminle sorumlu tutulması gerekirken davacının, reşit olmadığından söz edilip davanın husumetten reddi yasaya aykırıdır. Sonuç olarak; ergin olmayan fakat mümeyyiz bulunan kimse, haksız eyleminden dolayı sorumlu tutulacaktır”, Y. 4. HD., 12.11.1974, E. 9944, K. 15632 (Karahasan, s. 827).

¹⁵ Hakkaniyet sorumluluğu 6098 sayılı BK’nda m. 65’de düzenlenmiştir.

MÖHUK m. 34/ 4'te düzenlenmiş olan zarar görenin, zarar verenin sigortacısına doğrudan başvurusu imkânı, tüm haksız fiiller için uygulanır. Zarar verenin sigortacısına doğrudan başvurma imkânı genel haksız fiil kuralında düzenlenmekle beraber, bu kuralın getiriliş gerekçesi dikkate alındığında öncelikle özel haksız fiil halleri için geçerli olacağı konusunda tereddüt edilmez. Çünkü özel haksız fiil kuralları, zarar görenin zayıf olduğu ve daha çok korunmaya ihtiyacı bulunduğu kabul edilen haller için düzenlenmiştir. Bu nedenle genel kuralda zarar gören yararına yer alan hükümler, özel haksız fiiller için de tereddütsüz uygulanır¹⁶.

Kural olarak haksız fiil nedeniyle sorumluluk bu fiilin sahibine aittir¹⁷. Ancak BK'da bu kuralın istisnalarına yer verilmiştir. Kusursuz sorumluluk halleri ile akitten doğan borçlarda başkasını fiili nedeniyle sorumluluk hali söz konusu olabilir. Yardımcı şahsın fiilinden sorumluluk olarak adlandırılan kurum BK m. 100'de, istihdam edenin sorumluluğu ise BK. m. 55'de düzenlenmiştir. Bir başkasının fiilinden dolayı sorumluluk ancak borç ilişkilerinde söz konusu olup, Anayasal ve evrensel bir ilke olan “ suçların ve cezaların şahsiliği” doğrultusunda Ceza Hukuku alanında uygulanması mümkün değildir¹⁸.

Milletlerarası Özel Hukuk'ta haksız fiiller; hukuka aykırı biçimde işlenmiş fiillerden doğan zararlar nedeniyle ortaya çıkabilir. Sorumluluk kusura dayalı veya kusursuz sorumluluk şeklinde olabilir. Haksız fiil zarar veren ile zarar gören arasında bir akdin ihlali olabileceği

¹⁶ Tekinalp, s. 440.

¹⁷ Oğuzman ve Öz, s. 511; “Davacı yarı payına malik bulunduğu tarlanın diğer yarı payının davalının babasından kiralayıp pamuk ektiğini, davalı Y.K.’nin üçüncü el mahsulü toplamadan tarlayı sürüp, mahsule zarar verdiğini iddia ile mahsul bedelinin ödetilmesini istemiştir. Davalı babasının emri ile bu yeri sürdüğünü, davalı ile babası arasında geçerli bir kira sözleşmesi bulunmadığını savunmuş, mahkemece davalının babası adına hareket ettiğinden söz edilerek husumet yönünden davanın reddine karar verilmiştir. Dava haksız fiil nedenine dayanılarak açılmış tazminat istemidir. İstek delil tespiti ile belirlenen rapora dayanılarak dava edilmiş, davalı da tarlayı sürdüğünü kabul etmiştir. İleri sürülüşe göre henüz mahsulü toplanmamış tarlanın sürülüşü haksız eylemdir. Haksız eylemde vekâleten hareket ettim savunması muteber bir savunma olarak kabul edilemez, başak bir deyişle haksız fiilde vekâlet cari olmaz. Haksız fiili işleyen, eylemin zarar verici sonucundan sorumlu olur. Davacı ile davalının babası arasında geçerli bir kira sözleşmesi bulunup bulunmaması sorumluluğu kapsamını tayin bakımından göz önünde bulundurulması gereken bir husus olup sorumluluğu bir bütün olarak kaldıran bir sebep olamaz. Bu hususlar gözetilerek gerekli inceleme yapıp tespit edilecek yasal zarar miktarına hükmetmek gerekirken, haksız fiilde vekâlet cari olmadığı düşünülmezsizin davanın husumet yönünden reddine karar verilmesi bozmayı gerektirir”, Y. 4. HD., 28.03.1979, E. 3589, K. 4193 (Karahasan, s. 817).

¹⁸ Kılıçoğlu, s. 201.

gibi kişilik haklarına tecavüz, haksız rekabet yoluyla tecavüz, trafik kazası ve imalatçının sorumluluğu şeklinde de kendini gösterebilir. Yine adam çalıştırının, ev reisinin, hayvan idare edenin sorumlulukları, bina ve inşa edilen eser sahiplerinin ve taşınmaz malikinin sorumluluğu da kuralın kapsamı içerisindedir¹⁹.

2. Fiilin Çeşitleri

İnsan fiili çeşitli yönlerden tasnife tabi tutulabilir. Tasnife esas alınan kaynağa göre insan fiili; olumlu fiil ve olumsuz fiil olmak üzere ikiye ayırabiliriz.

a. Olumlu Fiil

Özellikle kusur sorumluluğunda insan fiili bir şey yapma, yani olumlu fiil şeklinde gerçekleşir. Olumlu fiilde, fiilin maddi unsuru olan vücut hareketi aktif bir şekilde tezahür eder. Bu tip davranışlar için “icabi fiiller” terimi de kullanılmaktadır²⁰.

b. Olumsuz Fiil

Haksız fiilin diğer bir işleniş şekli olan olumsuz insan fiili, yapılması gereken bir hareketi yapmama olarak tanımlanır. İhmal ya da selbi fiil adı da verilmekte olup “hiçbir şey yapmama” değil, “bir şey yapmama” söz konusudur²¹. Bir kimsenin olumsuz fiilini, hukuka

¹⁹ Aysel **Çelikel** ve Bahadır **Erdem**, *Millîterarası Özel Hukuk*, 10. Baskı, İstanbul 2010, s. 390; Tekinalp, s. 439.

²⁰ Ayan, s. 184; Türk hukuku’nda ihmal ve icrayı kapsayan üst kavram olarak hareket, fiil kavramı kullanılmaktadır. İhmali ifade etmek üzere, olumsuz, menfi, negatif hareket; icrayı ifade etmek üzere olumlu, müspet, pozitif hareket terimlerine rastlanılmaktadır, (Hakeri, s. 147).

²¹ Oğuzman ve Öz, s. 470; “Her şeyden önce, Milli Eğitim Bakanlığı Yayınlar ve Eğitim Araçları Satış İşleri Yönetmeliği m. 11 uyarınca bir kimseye satıcılık izni verilebilmesi için o kimsenin m. 12’de öngörülen yükümlülükleri yerine getirmesi ve böylece fotoğraflı ve onaylı satıcılık işleminin tamamlanıp kitapların alıcıya teslim edilmesi için de, Devlet Kitapları Mütedavil Sermayesi Müdürlüğünün 4.8.1982 gün ve 5137 sayılı Genel Talimatı uyarınca, banka dekontunu inceleyen bölge şefinin depoya ait fatura nüshasının sağ alt köşesini imzalaması, bölge şefinin imzası olmadan depodan kitap çıkartılmaması, faturanın depo nüshasının kitap bayii ve kitabı teslim eden görevli tarafından imzalanması zorunlu bulunmaktadır. Oysa kitapların depodan çıkışına ilişkin olup S.K. adına düzenlenen faturada bölge şefinin kontrol ve imzası mevcut değildir. Aynı faturanın altında “kitapların satıcının kendisine teslimi” emredildiği halde, söz konusu kitaplar sahte dekont ibraz eden ve kimliği bilinmeyen bir şahsa teslim edilmiştir. Hiç kuşkusuz, inceleme memuru S.Y. ve depo sorumlusu F.D. işlemleri yaparken ve kitapları depodan teslim ederken,

aykırı sayabilmek için o kimseye yapma görevini yükleyen bir hukuk kuralının bulunması gerekmektedir. Sadece hareketsiz kalma, sorumluluğu meydana getirecek bir haksız fiil olarak nitelendirilemez. Yapma görevi kanundan ya da işin niteliğinden kaynaklanabileceği gibi dürüstlük kuralından da kaynaklanması mümkündür²². Kişiye yapma yükümlülüğü yükleyen kurallara örnek verecek olursak; bilgi verme yükümlülüğü, ihbar yükümlülüğü, hesap tutma yükümlülüğü, sigorta ettirme yükümlülüğü, yardım etme yükümlülüğü gibi²³.

Yapılması mümkün olan bir fiilin yapılması durumunda, zararlı sonuç önlenebilecekse, yapmama fiili, zararlı sonuç için fiil değeri taşıyacaktır. Örnek verecek olursak; yolcuların gelip geçtiği kaldırımda belediyenin kanalizasyon tadilatı için açmış olduğu çukuru, işi bitince kapamaması ya da etrafına uyarıcı levhaları koymamış olması gibi. Gerekli tedbirler alınmamasından dolayı çukura düşmüş olan kişinin vücut bütünlüğünün zarara uğraması durumunda, yapmamadan kaynaklanan bir haksız fiil söz konusu olup belediyenin sorumluluğu meydana gelecektir²⁴. Yine gerekli müdahaleyi yapması durumunda hasta iyileşebilecekken, kasıtlı olarak müdahalede bulunmayan doktorun hastayı ölüme sevk etmesi halinde de yapmamadan kaynaklanan bir haksız fiil söz konusudur. Yapmama fiili aynı zamanda Ceza Hukuku alanında bir suç teşkil ediyorsa cezai yaptırımlar da devreye girecektir.

bölge şefinin kontrol ve imzasını aramış ve özellikle adına fatura düzenlenen izinli satış bayii S.K.'nin, dekontu ibraz ve kitapları teslim eden şahıs veya onun vekili olup olmadığını tespit için kimlik belgesi ya da vekâletname istemiş olsalardı, kitaplar kimliği meçhul bir şahsa teslim edilmeyecek ve dolayısıyla idare zarara uğramayacaktı. O halde, davalıların bu ihmali davranışları hukuka aykırı bir eylem niteliğini taşımakta ve “menfi davranış” biçiminde gerçekleşen bu eylemleriyle zararlı sonuç arasında da uygun illiyet bağı bulunmaktadır”, Y. 4. HD, 13.06.1989, E. 4164, K. 5352 (Karahasan, s. 799); Eren, s. 470; Ayan, s. 184.

²² Ayan, s. 184.

²³ Kılıçoğlu, s. 200.

²⁴ Eren, s. 472.

B. ZARAR

1. Genel Olarak Zarar Kavramı

Sorumluluk hukukunda tazminat borcunun doğabilmesi için; haksız fiillerde hukuka aykırı bir fiil, tehlike sorumluluğunda tipik tehlikenin gerçekleşmesi, olağan sebep sorumluluğunda objektif özen yükümünün ihlali sonucunda, belirli bir zararın gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Zira zarar olmayan yerde hukuki sorumluluk da olmayacaktır²⁵. Haksız fiilin borç doğurmasının sebebi, doğan bir zararı, eksilmeyi giderme yükümlülüğünden kaynaklanmaktadır. Haksız fiil faili buradaki zararı tazmin yükümlülüğü altına girmiştir. Zararı tazmin yükümlülüğü ile elde edilmek istenen amaç ise zarardan önceki halin sağlanmaya, yani aradaki farkın kapatılmaya çalışılmasıdır. Yargıtay’a göre, farkın belirlenmesinde prensip itibariyle olay anı esas alınmaktadır²⁶. Bu nedenle tazmin borcunun üst sınırını doğan zararlar oluşturmaktadır.

²⁵ Selahattin Sulhi **Tekinay**, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 1985; Oğuzman ve Öz, s. 491; “Dava YSE. 14. Bölge Müdürlüğüne ihalesi yapılan Bitlis-Ahlat-Oltuyazı-Merkez Ilıcak Köprüsü İnşaatından dolayı 1,2 ve 3 numaralı ara hak edişlerle fazla ödenen (53.756,40) lira istihkakın davalılardan yüklenici Mustafa Çınar ile birlikte kontrol mühendisi diğer davalılar Nuri ve Vahdettin’den müştereken ve müteselsilen ödetilmesinden ibarettir. Mahkeme, bilirkişi raporu ile saptanan meblağın yüklenici Mustafa ve Vahdettin Uçan’dan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar vermiştir. Olayda Vahdettin Uçan’ın sorumluluğu, görevini gereği gibi yerine getirmemek suretiyle yükleniciye ara hak edişlerle fazla ödeme yapılmasına neden olduğu esasına dayandırılmıştır. Gerçekten bu eylem, hukuka aykırılığı dolayısıyla tazminat ödeme yükümlülüğünü doğurur. Ancak her şeyden önce buna bağlı olarak zararın meydana gelmesi, başka bir deyimle, zarar unsurunun da oluşması gerekir. Buna karşılık bilirkişi raporunda da belirtilmiş olduğu üzere, dava konusu ödemeler ara hak edişlerle ilgili olup, sözleşmenin eki bulunan Bayındırlık İşlemleri Genel Şartnamesi m. 33 gereğince “alelhesap sureti ile tavsiye” olunmaktadır. Yani, aynı şartnamenin m. 34’de açıklandığı üzere “müteahhidin hesaplarının görülmesi için münhasıran kati sitüasyonlardaki rakamlar arasındaki farklara bakılmayacaktır. Böylece ara hak edişlerle yükleniciye fazla ödeme yapılmış ise, teminat mektuplarından mahsubu yapılacak ve sonuçta arta kalanın ödetilmesi yoluna gidilecektir. Görülüyor ki, sözleşme ya da haksız eylemden doğan zarar unsuru ancak bu aşamada söz konusu olabilir. O halde mahkemece davacı idarenin eser sözleşmesi ile ilgi kesin hesabı çıkarmış olup olmadığı yapılan ödemeler ile hak edişler arasında bir fark meydana gelip gelmediği, davacı lehine ortaya çıkan alacağın yüklenicinin idarede bulunan teminatlarına mahsup edilip edilmediği araştırılmalı ve yukarıda belirtildiği gibi davanın açıldığı tarihte gerçekleşen bir zarar varsa ödetme kararı verilmelidir. Mahkemenin bu olguları gözden uzak tutarak eksik inceleme ile sonuca varması doğru görülmemiş ve davalılardan Vahdettin Uçan’ın buna ilişkin temyiz itirazları yerinde bulunmuştur”, Y. 15. HD, 16.04.1980, E. 739, K. 999 (Karahasan, s. 814); Eren, s. 472.

²⁶ Oğuzman ve Öz, s. 492; “Deprem sonrası bir bina diğerinin üzerine yıkılmıştır. Yıkılma gerçekleşmeseydi dahi zarar görenin binası depremde hasar görecekti. Dolayısıyla zarar, şimdiki durumla binanın varsayımı dayanan hasarlı durumu arasındaki farka göre belirlenir”, Y. 4. HD, 31.01.2005, E. 6859, K.515 (YKD 2005/5, 681).

Zararı dar ve geniş anlamda zarar olmak üzere ikiye ayıracak olursak; dar anlamda zarar malvarlığında istem dışı ortaya çıkan eksilmeyi anlatır; geniş anlamda zarar ise, maddi zarara ek olarak manevi zararı da içine alır²⁷.

2. Maddi Zarar, Tanımı ve Unsurları

Malvarlığı zararı da denilen maddi zarar, bir kimsenin iradesi dışında meydana gelen eksilmeyi ifade etmektedir. Başka bir ifadeyle, malvarlığının, zarar verici fiilin gerçekleşmesinden önceki hali ile söz konusu fiilin gerçekleşmesinden sonraki hali arasındaki fark zarardır²⁸.

a. Malvarlığı

Malvarlığı, ekonomik anlamda bir değer arz eden, para ile ölçülebilen hukuki değerlerin meydana getirdiği bir bütün olup, pasif yönünü borç ve mükellefiyetlerin oluşturduğu, aktif ve pasiflerden oluşmaktadır.

Malvarlığının, sorumluluk hukukunda yansması ise daha geniş bir şekilde karşımıza çıkmaktadır. Malvarlığının kapsamına sorumluluk hukukunda, taşınır ve taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklar, nispi nitelik taşıyan alacak hakları, gayri maddi mallar üzerindeki

²⁷ Ayan, s. 202.

²⁸ Tekinay, s. 736; Oğuzman ve Öz, s. 492; “Davacı vekili; müvekkilinin davalılar Gökhan ve İlker tarafından verilen 1.000.000 liralık bonoyu tahsil edilmek üzere davalı bankaya tevdi ettiğini, ancak bononun zayi edildiğini, bu konuda iptal kararı alındığını ileri sürerek işlemiş faiziyle birlikte toplam 1.550.000 liranın ticari faiziyle beraber davalılardan tahsilini talep ve dava etmiştir. Davalı Gökhan vekili, müvekkilinin bono bedelini ödeyebileceğini beyan etmiştir. Davalı banka vekili, davacının öncelikle borçlulardan tahsil yoluna gitmesi gerektiğini, bu yol tüketilmeden bankanın sorumlu tutulamayacağını savunarak davanın reddini talep etmiştir. Mahkemece, davacının alacaklısı olduğu bononun davalı banka nezdinde iken zayi olduğu, ihtara rağmen bir ödeme yapılmadığı gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir. Kararı davalı banka vekili temyiz etmiştir. Davacı tarafından, davacı bankaya tahsil için verilen bononun kaybından dolayı talepte bulunabilmesi için davacının zararın gerçekleşmiş olması gerekir. Bunun için davacı, öncelikle senet borçlularından talepte bulunmalı, eğer bundan bir sonuç alamaz ise o zaman zararı gerçekleşmiş olacağından senedin zayiine sebebiyet veren davalı bankadan talepte bulunmalıdır. Davacı, henüz borçlulara karşı bir girişimde bulunmadan, dolayısıyla zararı gerçekleşmeden bankaya başvuramaz. Bu durumda, mahkemece, davacı banka yönünden zamansız açılan davanın reddine karar verilmesi gerekirken aksi düşünce ile yazılı olduğu şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir”, Y. 11. HD., 01.10.1992, E. 2382, K. 9393 (Karahasan, s. 912).

haklar, malvarlığının en önemli unsurlarını oluşturmaktadır. Bunlara ek olarak malvarlığı kapsamına, zarar görenin ekonomik geleceğini de dâhil edebiliriz. Kişilik hakkı veya bu hakkı oluşturan hukuki varlıklar, kural olarak malvarlığı hakkı kapsamına girmemekle beraber, ihlali neticesinde zarar görenin malvarlığını ekonomik yönden olumsuz etkilemesi durumunda, kişiliği oluşturan hayat vücut bütünlüğü, sağlık, şeref, ekonomik itibar gibi hukuki değerler, malvarlığı kapsamına dâhil edilebilir²⁹. Örneğin; hakkında ortaya çıkan asılsız haberler neticesinde, ekonomik itibarı zedelenen kişinin, malvarlığındaki zararlarının tazmin edilmesi gerekmektedir. Eğer ki söz konusu ihlal, malvarlığının zarara uğramasına neden olmamışsa, manevi zarar saklı kalmak kaydıyla, maddi anlamda bir zarar söz konusu olmayacaktır.

Maddi zararın manevi zarara göre somut olarak kanıtlanması mümkündür. Kişinin malvarlığı ve bunda meydana gelen eksilmeler elle tutulabilir ve gözle görülebilir niteliktedir. Manevi zararda ise, kişinin duygu ve yaşamında uğradığı zararın elle tutulur ve gözle görülür kanıtlara dayandırılması düşünülemez. Bundan dolayı, manevi zarar ancak duygu yaşamındaki kaybın, dışa yansıyan görüntülerine dayanılarak kanıtlanabilir³⁰.

b. Malvarlığının Eksilmesi

Zarar, malvarlığındaki bir azalma olup, malvarlığını oluşturan aktif değerlerin eksilmesi ya da pasiflerin artması şeklinde kendini gösterir. Sorumluluk hukukunun amacının, zarar verici olay meydana gelmeden önceki durum ile sonraki durum arasındaki farkın karşılanması olduğunu belirtmiştik. Buradaki amaç malvarlığında meydana gelen eksilmeyi, yani zararı anlatmaktır. Buradan hareketle zararın tespiti için öncelikle zarar görenin malvarlığındaki iki durum arasındaki farkın tespit edilmesi gerekmektedir. Bu anlamda zarar, zarar görenin zarar verici olayın meydana gelmemesi durumundaki çıkarlarından ibarettir³¹.

²⁹ Eren, s. 473.

³⁰ Kılıçoğlu, s. 214.

³¹ Yargıtay'a göre de "BK. m. 41 anlamında zarar, malvarlığı zararıdır. Bu, haksız eylemin yapılmasından sonra meydana gelen mamelek durumu ile haksız eylem vuku bulmasaydı mevcut olacak olan mamelek durumu arasındaki farktır", YHD. 12.3.1974, E. 15684. K. 1223 (Karahasan, s. 254). Böylece, Alman ve

Zarar kavramı sübjektif değerlendirmeyi beraberinde getirmektedir. Yani malvarlığının gösterdiği iki durum arasındaki fark tespit edilirken, ihlal edilen malvarlığı değerinin, hem zarar gören için taşıdığı ekonomik önem, hem de bunun malvarlığının diğer unsurlarıyla birlikte meydana getirdiği bütünlük dikkate alınmalıdır. Örneğin; bir yemek takımının iki tabağı kırılmışsa sadece iki tabağın piyasadaki değeri tespit edilip bu miktarın malvarlığı eksikliği olarak kabul edilmesi hakkaniyete uygun düşmeyecektir. Burada iki tabaktan ziyade bozulan yemek takımının piyasa değeri tespit edilip, bulunan miktar malvarlığı eksikliği olarak kabul edilmelidir. Buna karşılık objektif ve genel değer teorisine göre, ihlal edilen malvarlığı veya malvarlığı değerinin sadece piyasada arz ettiği objektif değer esas alınır. İhlal edilen değer diğer malvarlığı değeriyle ilişkisi göz önünde tutulmaz³².

Maddi zarar; fiili zarar ve yoksun kalınan kâr olmak üzere ikiye ayrılmakta olup bu zarar çeşitlerini ileri de ayrı bir başlık altında inceleyeceğiz.

c. Azalmanın İrade Dışı Meydana Gelmesi

Zarar görenin malvarlığında meydana gelen azalma irade dışı yani, zarar görenin hilafına ya da rızası olmaksızın meydana gelmelidir. İrade doğrultusunda azalmaya temlik, tüketim veya gideri örnek olarak verebiliriz. Ancak temlik, tüketim ve gider, korkutma veya aldatma sonucunda yapılmışsa, bu durumdaki azalma irade dışı olacağından zarardan bahsetmek mümkündür.

Avusturya Hukuklarında tartışmalara yol açan “normatif zarar” kavramı Türk İsviçre Hukuklarında reddedilerek “tabi zarar” kavramı kabul edilmektedir. Alman hukukunda zarara uğrayan bir şeyin, özellikle bir arabanın yeniden temini veya tamiri esnasında aynı nitelikte bir şey veya arabanın kiralanması için yapılan giderlerin niteliği ve kapsamı tartışmalara yol açmaktadır. Şeyin ticari değerinin eksilmesi veya şeyin kullanıma imkânından yoksun kalınması, bu hukuk çerçevesinde mameleki bir değer ve kayıp sayılmakta ve bu nedenle malvarlığı içinde yer almaktadır. Alman Hukukunda tartışmalı olan diğer bir konu da tatil sürelerinin veya boş zamanların bir haksız fiil sonunda katlanılmaz hale gelmesi durumunda, bunun malvarlığı olarak kabul edilip, maddi bir zarara yol açıp açmayacağıdır. EREN’e göre bu imkânlardan yoksun kalan kimselerin, şartların gerçekleşmesi halinde manevi tazminat davası açması mümkün olup, maddi zararın ise çok istisnai hallerde vuku bulacağı, özellikle yol, otel vs. giderlerin ödenmesi haliyle sınırlı olacağını düşünmektedir (Eren, s. 475).

³² Eren, s. 476.

3. Manevi Zarar

Manevi zarar maddi zararın karşısı olmakla birlikte doktrinde bu konuda ileri sürülmüş iki farklı anlayış vardır. Sübjektif anlayışa göre, manevi zarar, kişilik değerleri hukuka aykırı bir saldırıya maruz kalan kişinin, bu saldırı nedeniyle hissettiği acı ve ıstıraplar ile yaşama sevincini yitirmesidir. Objektif anlayışa göre ise, manevi zarar, bir kişinin şahıs varlığında iradesi dışında meydana gelen bir eksilmeyi ifade eder. Manevi zarar da üç unsurdan oluşmaktadır. Bunlardan ilki; şahısvarlığının bir kişinin iradesi dışında eksilmiş olmasıdır. Diğer bir unsur ise, zarar gören bu eksilmeler dolayısıyla ayrıca manevi acı, elem ve ıstırap da duyulabilir. Bu acı, elem ve ıstırap onun manevi dengesini bozup, ruhsal bütünlüğü içinde bir eksilme meydana getirebilir. Vücut bütünlüğü, fiziki bütünlük yanında, ruhsal bütünlüğü ve sağlığı da içerir. Bu eksilme irade dışında meydana gelmiş olmalıdır³³.

Manevi zarar, haksız fiilin kişinin şahıs varlığına yönelmesi halinde ortaya çıkmaktadır. Kişinin şahıs varlığı ise maddi ve maddi nitelikte olmayan kişisel değerlerden oluşur. Kişinin maddi kişisel değerlerini bedensel bütünlüğü oluştururken, maddi nitelikte olmayan kişisel değerlerini kişinin şeref ve haysiyeti, özel yaşamı, ismi, resmi gibi değerler oluşturmaktadır. Birinci halde BK m. 47, ikinci halde ise BK m. 49 devreye girecektir. Manevi zarar, maddi zarar da olduğu gibi kişinin malvarlığı ya da şahıs varlığına yönelik haksız fiil sonucu ortaya çıkabilen bir zarardır. Örneğin anı değeri çok yüksek bir eşyanın zarara uğratılması durumunda malvarlığına yönelik bir haksız fiil sonucu ortaya çıkan bir manevi zarar söz konusudur³⁴.

Bir haksız fiil hem maddi hem de manevi zarara sebep olabileceği gibi bu zararlar ayrı ayrı da gündeme gelebilir³⁵. Örneğin; bir mankenin yüzüne kezzap atılması durumunda

³³ Tekinay, s. 735; Oğuzman ve Öz, s. 493; “Özel haller göz önünde tutularak cismani zarara uğrayan kimseye adalete uygun bir manevi tazminat verilmesi BK. m. 47 gereğidir. Madde hükmünden açıkça anlaşılacağı üzere cismani zarara uğrayan kimsenin bu olaydan dolayı acı ve üzüntü duymuş olması asıldır. Hastalığın iyileşmesi veya sakat kalınmaması davanın tamamen reddine bir neden olamaz. Ancak değinilen bu haller tazminat miktarının belirlenmesinde etken teşkil eder”, Y. 10. HD., 14.04.1977, E. 7476, K. 2863 (Karahasan, s. 1518); Eren, s. 486.

³⁴ Kılıçoğlu, s. 215.

³⁵ Şaban **Kayhan**, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, s. 173.

ekonomik geleceği sarsıldığından dolayı maddi bir zarar söz konusu olabileceği gibi yüzündeki izden dolayı acı ve ıstırap çekmesi sonucu manevi zarar da söz konusu olabilir.

Yukarıda bahsi geçen doktrinde kabul edilmiş olan sübjektif ve objektif anlayışları etkisini, tüzel kişilerin ve temyiz kudretinden mahrum kalanların manevi tazminat isteyip isteyemeyecekleri hususunda göstermektedir³⁶. Sübjektif manevi zarar anlayışı kabul edilirse; acı ve ıstıraptan bahsedilemeyeceği için bunların istenilmesi de söz konusu olmayacaktır. Bunun yanı sıra hukuk düzeninin açıkça öngördüğü istisnai haller dışında manevi tazminat isteme hakkının sağlararası ve ölüme bağlı tasarruflar ile el değiştiremeyeceği ve miras yoluyla intikal edemeyeceği de kabul edilir. EREN'e göre bu teori eşitlik anlayışına aykırıdır. Zira buna göre, ağır bir beyin lezyonu sonucunda şuurunu kaybeden kimse, acıyı hissetme yeteneğini kaybettiği için, ona manevi tazminat hakkı tanınmazken daha hafif bir ihlale uğrayan kimseye, acı duyduğu için manevi tazminat isteme hakkı tanınacaktır. Bunun yanı sıra “acıyı hissetme, ıstırapı yaşama”, muğlâk keyfi ve son derece sübjektif bir unsurdur. Kimin hangi oranda böyle bir acıyı duyup yaşadığını tespit ve takdir etmek objektif kriterlere göre belirlenemez. Objektif manevi zarar anlayışı kabul edilirse; ister gerçek kişi ister tüzel kişi olsun, her şahsın kişilik hakkı vardır ve haksız saldırı yüzünden kişisel değerlerde ortaya çıkan eksilmelerin tazmini gerekmektedir. Bu anlayış, maddi tazminat isteme hakkı gibi manevi tazminat isteme hakkını da malvarlığı hakları içinde değerlendirmektedir. Dolayısıyla diğer malvarlığı hakları gibi, söz konusu hakkın da el değiştirmesi mümkündür³⁷.

³⁶ Manevi tazminat isteme hakkının sağlararası işlemlerle el değiştirmesi ve miras yolu ile intikali, 743 sayılı eski Medeni Kanun zamanında özellikle nişanın bozulmasından kaynaklanan talepler açısından belli şartlara bağlanmıştı. Buna göre, söz konusu istemin devredilememesi ve mirasçılara intikal etmemesi kuraldı. Mirasçılara intikal edebilmesi için, ya karşı tarafça kabul edilmiş olması ya da miras bırakan tarafından dava açılmış olması gerekirdi. 4721 sayılı Kanun ile getirilen yeni düzenlemeye göre, “ Manevi tazminat istemi, karşı tarafça kabul edilmiş olmadıkça devredilemez; mirasbırakan tarafından ileri sürülmüş olmadıkça mirasçılara geçemez”. Kanun koyucu yeni düzenlemeyle, manevi tazminat istemlerinin karşı tarafça kabul edilmiş olması şartıyla devredilebileceği, mirasbırakan hayatında ileri sürmüş olmak şartıyla da mirasçılara intikal edebileceği esasını benimsemiştir. Nişanın bozulması hakkındaki özel düzenlemeye de yer verilmediği için, eski Medeni Kanun zamanında yapılan tartışmaların da anlamı kalmamıştır. Zira, kaynağı ne olursa olsun, bitin tazminat istemleri Medeni Kanun'un 25 inci maddesinin dördüncü fıkrasına tabi tutulmuştur (Bkz., Ayan, s. 206).

³⁷ Eren, s. 486; Ayan, s. 205.

Hangi anlayış kabul edilirse edilsin manevi zarar, gerçek, teknik anlamda bir zarar sayılmaz. Gerçek anlamda zarar, malvarlığında istem dışı ortaya çıkan eksilmedir. Manevi zararda daha çok, saldırı yüzünden ortaya çıkmış acı ve ıstırapların saldırgana belli bir meblağ ödettirilerek, dindirilmesi, hafifletilmesi söz konusudur. Manevi zarar adı altında yapılacak ödemeler “zararın tazmini” niteliğinde değildir. Bu tür ödemelerde bir “manevi tatmin” söz konusudur. Kişilik hakkına yönelik herhangi bir saldırının bulunmadığı hallerde ise manevi tazminat istenemeyecektir³⁸.

4. Doğrudan Zarar- Dolaylı Zarar

Doğrudan zarar haksız fiilin, doğrudan sebep vermiş olduğu zarardır. Yani burada kişinin doğrudan uğramış olduğu zarar söz konusudur. Söz konusu haksız fiil, doğrudan zararlar yanında dolaylı olarak başka zararlar da sebebiyet vermiş ise, bunlar da dolaylı zararlar olarak adlandırılmaktadır. Başka bir anlatımla dolaylı zarar, doğrudan doğruya haksız fiili yaratan haksız fiilden değil, söz konusu haksız fiil nedeniyle eklenen başka bir sebepten kaynaklanan zararlardır.

Burada genellikle borçlu veya failin, zarar görenin hukukça korunan bir varlığına yönelen ihlal fiilinden doğan ilk zararlar buna bağlı olarak sonradan ortaya çıkan zararlar söz konusudur. Kötü ifa nedeniyle meydana gelen sonraki zararlar da kötü ifa fiiliyle uygun illiyet bağı içindeyse; doğrudan doğruya zararı oluşturacaktır³⁹.

Haksız fiil sonucunda dolaylı zararlardan dolayı sorumluluğun doğup doğmayacağı illiyet bağı ile ilgili bir sorundur. Bir haksız fiil nedeniyle yaralanan kişinin, tedavi giderlerinin, sakat kalması nedeniyle çalışma gücü kaybı ve ekonomik geleceğinin sarsılması dolayısıyla uğradığı zararlarının doğrudan doğruya zararlar olarak tazmin edilmesi gerektiğinde

³⁸ Safa **Reisoğlu**, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yayıncılık, 20. Baskı, İstanbul 2008, s. 149; Ayan, s. 206.

³⁹ Tekinay, s. 755; Oğuzman ve Öz, s. 495; “Gelecekteki zararın tazmininin istenebilmesi, zarar verici olayın meydana gelmiş ve sona ermiş bulunmasına bağlıdır. Eylem sonunda yalnız dava gününde gerçekleşen zarara hükmedilip ileride gerçekleşebileceği umulan zarara hükmedilemez”, Y. 4. HD., 23.12.1974, E. 7498, K. 17208 (Karahasan, s. 962); Eren, s. 480.

herhangi bir duraksama yoktur. Dolaylı zararlarda ise tazminin gerekip gerekmediğini tespit etmek için illiyet bağına bakmak gerekecektir⁴⁰.

Zararın tazminini isteme hakkı, doğrudan doğruya zarar görene tanınmış bir haktır. Üçüncü kişilerin, alacaklının koruma alanı içinde bulunan yakınları ve özellikle aile üyeleri hariç olmak üzere, bu hususta zarar verenden tazminat isteme hakları yoktur⁴¹.

5. Yansıma Yoluyla Zarar

Haksız fiile maruz kalan kişilerin dışındaki kişilerin haksız fiil nedeniyle uğramış oldukları zarara “yansıma yoluyla zarar” adı verilir⁴². Failin yansıma zararlardan sorumlu tutulabilmesi için, hem haksız fiil ile sonuç arasında illiyet bağı bulunması, hem de ihlal edilen normun koruma amacına girmesi gerekmektedir. BK m. 45/ 2’ye göre, destekten yoksun kalma tazminatı konusunda söz konusu şartların bulunduğu kabul edilmiştir. Burada aynı fiilden yani sözleşme veya borç yükümünün ihlalden birden çok kişinin zarar görme ihtimali söz konusu iken, “takip eden zarar” halinde aynı fiilden birden fazla zararlı sonucun doğması ihtimali söz konudur⁴³.

Haksız fiil failinin, fiil ile uygun illiyet bağı içinde bulunan ya da hukuka aykırılık bağı içinde yer alan ister doğrudan ister dolaylı olan zararlardan sorumlu olacağı; yansıma yoluyla zarar görenler karşısında ise, ilke olarak sorumlu olmayacağı kabul edilmektedir. Lâkin burada önemli olan husus, zarara uğrayan kişinin haksız eylem nedeniyle doğrudan zarar gören kişi mi yoksa yansıma yoluyla zarara uğrayan kişi mi olduğunun tespit edilmesidir. Bunu tespit edebilmek için de sorumluluk sebebi olan kuralın amacının koruduğu kişiden hareket edilecektir. Kuralın koruduğu kişilerin uğradığı zarar haksız fiil

⁴⁰ Kılıçoğlu, s. 216.

⁴¹ Eren, s. 481.

⁴² Mehmet **Remzi** ve Sezer **Aydın**, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İkinci Sayfa Yayıncılık, 3. Baskı, İstanbul 2010, s. 401.

⁴³ Tekinay, s. 756; Ayan, s. 204.

nedeniyle doğrudan doğan zarardır. Haksız fiil faili, bu zarara uğrayanların zararından sorumlu olacaktır⁴⁴.

6. Fiili Zarar

Zarar göreninin iradesi dışında meydana gelen malvarlığının mevcut net durumundaki fiili azalmaya fiili zarar denilmektedir. Fiili zarar kendisini değişik şekillerde gösterebilir. Fiili zarar mevcudunun aktif kısmının azalması şeklinde ortaya çıkabileceği gibi pasif kısmının artması şeklinde de ortaya çıkabilir.

Fiili zarara örnek verecek olursak; trafik kazası neticesinde hasara uğrayan otobüsün tamiri ve yeniden sefere konulması için yapılan harcamalar, bu kaza nedeniyle araçta meydana gelen değer kaybı, bir hakkın yitirilmesi, adam öldürülmesi halinde cenaze masrafları, vücut bütünlüğünün ihlalinde bakım ve tedavi giderlerinin ödenmesi gibi.

7. Yoksun Kalınan Kâr

Haksız fiil sonucu, fiilen gerçekleşmeyen, elde edilmesi muhtemel kazanç kaybına yol açan zararlara yoksun kalınan kâr denir. Diğer bir ifadeyle; olayların normal akışına, genel hayat tecrübelerine göre malvarlığında meydana gelebilecek artışların zarar verici fiil nedeniyle kısmen veya tamamen önlenmesi sonucu meydana gelen azalmayı ifade eder⁴⁵.

⁴⁴ Kılıçoğlu, s. 217.

⁴⁵ Tekinay, s. 752-755; Oğuzman ve Öz, s. 493; “Davacının aday olarak katıldığı belediye başkanlığı seçimini, sandık kurulu başkanı olan davalıların hukuka aykırı eylemleri sonucu kaybettiği dosya içerisindeki delillerden anlaşılmaktadır. Burada üzerinde durulması gereken sorun, davacının maddi zararlarının gerçekleşip gerçekleşmediğidir. Mahkeme, davacının yüksek düzeyde bir gelire sahip olduğundan, belediye başkanı seçilmekle zararı gerçekleşmeyeceğini benimseyerek bu isteği reddetmiştir. Bilindiği üzere zarar, hukuka aykırı fiil olmasaydı kişinin malvarlığının bulunacağı durum ile hukuka aykırı fiilin gerçekleşmesi ile malvarlığının bulunacağı durum arasındaki farktır. Davacı, davalıların hukuka aykırı eylemleri gerçekleşmemiş olsaydı belediye başkanlığı görevini yüklenmiş ve onun karşılığında da bir ücret alacağı tartışmasızdır. İşte burada davacının malvarlığında bir artma meydana gelecektir. Bu ücretin davalıların eylemiyle onun malvarlığına girmemesi zararı oluşturan bir eksilme olarak kabul edilmelidir. Çünkü davacının özel gelirlerinin bulunması gerçekleşen zararı ortadan kaldıracığı düşünülemez. Kişinin farklı nedenlerle malvarlığına giren gelirleri tazminat hesabında denkleştirmeye konu yapılmamalıdır. Davalıların hukuka aykırı eylemleri özel gelirlerinin uygun nedeni ve sonucu değildir. O halde davacının malvarlığında gerçekleşen somut bir zararın varlığı kabul edilmelidir. Mahkemenin aksi görüşle maddi tazminat isteğini reddetmesi usul ve yasaya aykırıdır. Mahkemece yapılacak iş; davacının, belediye başkanı

Yoksun kalınan kâr sonucunda, malvarlığının safi durumu bir değişiklik göstermemekte, aynı kalmaktadır. Ancak, söz konusu olay malvarlığının gelecekteki muhtemel artışını önlemektedir. Örneğin; yaralanma neticesinde hastanede yatmaktan dolayı çalışamama halinde gelirin elde edilememesi yoksun kalınan kâra örnek olarak gösterilebilir. Yani burada yaralama neticesinde direk malvarlığında azalma meydana gelmemekte, yaralamadan dolayı çalışamamanın neticesi olarak elde edilecek olan gelir elde edilememektedir. Fiili zararda zarar görenin hali hazırda sahip olduğu şeyler yani mevcudu azalmakta iken, yoksun kalınan kârda ileride elde etmesi muhtemel olan kazançtan yoksun kalma söz konusudur. Aynı olayda fiili zarar ile yoksun kalınan kârın birlikte gerçekleşmesi mümkündür.

Zarar görenin, yoksun kalınan kâr çerçevesinde istisnai bir kazancı talep edebilmesi, ancak bu kazancın elde edilebilmesinin çok muhtemel olmasına bağlıdır. Bu nedenle burada öncelikle ispat edilmesi gerekenler; zarar verici fiil olmasaydı bir gelir edileceği ve söz konusu fiilin bu gelirin elde edilmesini engellediğidir. Elde edilecek kazançla zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması yeterlidir.

Fiili zararda olduğu gibi yoksun kalınan kâr da ya zarar göreninin aktifinin azalması ya da pasifinin artması şeklinde kendini gösterebilir. Fiili zararda da yoksun kalınan kârda da zarar verenin zararı öngörmüş olması şart değildir.

Yoksun kalınan kârın hukuk ve ahlâka uygun bir gelir olması gerekir. Hukuk ve ahlâka uygun olmayan gelir, yoksun kalınan kâr olarak kabul edilmeyecektir⁴⁶.

olması halinde özel nitelikte işlerinin aksamadan yürütülmesi için bir adam tutma zorunluluğu bulunup bulunmadığını tespit edip; adam tutma zorunluluğu varsa buna ödenecek ücret de belediyeden alacağı maaş arasında bir fark bulunursa bunu, şayet adam tutma zorunluluğu yoksa görev nedeniyle malvarlığına girecek olan ücret toplamını isteği ile gözeterek hüküm altına almaktan ibarettir”, Y. 4. HD., 20.06.1983, E. 4487, K. 6299 (Karahasan, s. 922); Eren, s. 478; Kılıçoğlu, s. 217.

⁴⁶ Tekinay, s. 753; “Davacı arsasına davalının yapı yaparak yararlandığından beş yıllık işgal tazminatının ödenilmesini istemiş, mahkemece yapının getireceği gelir ecrimisil olarak hesaplanmak suretiyle tazminata hükmedilmiştir. Oysa başkasının arsasına işgal ve üzerinde yapı yapılması hukuki nitelikçe haksız eylemdir. Haksız eylemlerde bu eylemlerden sağlanan yarar değil, uğranılan zararın ödenilmesi istenebilir. Davacının bu olaydaki zararı ise arsasının getireceği gelirden yoksun kalmaktan ibarettir. O halde arsa üzerine yapı yapıp yararlanıldığına göre arsaya düşen işgal tazminatı tutarının hesaplanması ve hüküm altına alınması

8. Malvarlığına Verilen Zarar- Şahsa Verilen Zarar

Haksız fiilin yönelmiş olduğu hakka bakılarak hangi tür zarar olduğu tespit edilir. Haksız fiil malvarlığına yönelmişse malvarlığına verilen zarar, haksız fiil şahıs varlığına yönelmişse şahıs varlığına verilen bir zarar söz konusudur⁴⁷.

Şahıs varlığı zararı, kişinin maddi ve manevi nitelikte olan haklarına yönelik olarak haksız fiiller sonucu ortaya çıkan zarardır. BK’da şahıs varlığına yönelik zararlar, malvarlığına yönelik zararlardan farklı olarak, nelerden oluşabileceği düzenlenmiştir.

Malvarlığına yönelik zararlar, maddi malların ihlali dolayısıyla doğan zararlardır. Zarar, tahrip, hasar ve kaybın, zarar görenin malvarlığında meydana getirdiği azalmadır.

9. Menfi Zarar- Müspet Zarar

Bu tür zarar ayrımı sözleşme sorumluluğunda söz konusu olup, menfi zarar, sözleşmenin kurulmamasından ya da geçerli olmamasından; müspet zarar, sözleşmenin ifa edilmemesinden doğan zararları ifade etmektedir⁴⁸.

Milletlerarası Özel Hukuk açısından zarar kavramına baktığımızda haksız fiile uygulanacak hukuku belirleyen “zarar”, manevi zarar değil, maddi zarardır; kâr mahrumiyeti değil, fiili zarardır; dolaylı veya yansıma zarar değil, doğrudan zarardır; müstakbel veya muhtemel zarar değil, mevcut zarardır⁴⁹.

gerekmektedir. Bu gözetilmeden binanın sağladığı gelirin işgal tazminatı olarak hüküm altına alınması usul ve yasaya aykırıdır”, Y. 4. HD., 23.01.1973, E. 5828, K. 503 (Karahasan, s. 828).

⁴⁷ Kılıçoğlu, s. 213.

⁴⁸ Eren, s. 482.

⁴⁹ Ergin **Nomer** ve Cemal **Şanlı**, *Devletler Hususi Hukuku*, Beta Yayıncılık, 18. Baskı, İstanbul 2010, s. 344.

C. UYGUN İLLİYET BAĞI

1. İlliyet Bağı Kavramı

İlliyet bağı sorumluluğun asli şartı olup bu şart olmadan sorumluluk düşünülemez. İlliyet kavramı, zararlar söz konusu fiil veya olay arasında bir sebep sonuç bağıdır. Hukukta, gerçekleşen zararlar sorumluluğun bağlandığı olay veya fiil arasındaki sebep- sonuç ilişkisine, genel anlamda illiyet bağı denir⁵⁰. Buna göre zarar dediğimiz sonuç, buna sebep olan fiilden kaynaklanmaktadır. Haksız fiil faili ancak kendi fiilinin sonucu olan zararlardan sorumlu tutulabilir. Zarar, bu fiilden değil, başka sebeplerden kaynaklanıyorsa sorumluluk söz konusu olmayacaktır⁵¹.

Hukuki sorumlulukta sorumluluk; ister sözleşme dışı sorumluluğa, ister sözleşme sorumluluğuna, ister kusur sorumluluğuna, ister sebep sorumluluğuna dayansın, illiyet bağının varlığı mutlaka aranır. Sorumluluğun bir şartı olarak illiyet bağının gereği, BK m. 41’de öngörülmüştür⁵².

⁵⁰ Tekinay, s. 762; Oğuzman ve Öz, s. 496; “Davalı vekili, Batı Almanya uyruklu olan davacının, tatil için geldiği Almanya’da 1989 yılında davalı ile tanıştığını davalının kendisini dul olarak tanıtır davacıya evlenme vaat ettiğini; davacının evlenmek üzere Batı Almanya’dan işinden, evinden ayrıldığı, evlenmek üzere Türkiye’ye geldiğini ve evlenmek için iyiniyetle pek çok masraf yaptığını, bilahare davalının evli ve çocuklu olduğunu öğrendiğini, davalının haksız davranışları nedeniyle davacının halen işsiz, evsiz kaldığını ve maddi-manevi zarara uğradığını bildirerek 48.754 DM maddi, 10.000 DM manevi tazminatın dava tarihindeki mevcut kur üzerinden karşılığı 91.068.700 TL tazminat istemiştir. Mahkeme, toplanan delillerden davacının uğradığını ileri sürdüğü zararlar ile davalının fiili arasında illiyet bağı yoktur; davalı davacının ileri sürdüğü zararlardan sorumlu tutulamaz gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. Dosya içinde mevcut delillerden Batı Almanya uyruklu olan davacının tatil için geldiği Türkiye’de davalı ile tanıştığı, davalının kendisini bekar olarak tanıttığı, davacının evlilik hazırlıklarına girerek, işinden ve Almanya’da ayrılarak evlenmek için Türkiye’ye geldiği sabittir. Davalının evlenme vaadinde bulunarak davacıya dürüst davranmadığı, davacıyı bir takım masraflar yapmaya zorladığı açıktır. Davalının fiili ile davacının uğradığı zarar arasında uygun illiyet bağı mevcuttur. Mahkemenin davacının davalının evlenme vaadi nedeniyle yaptığı masraflar ve uğradığı zarar kalemleri yönünden araştırma yaparak sonuca göre karar vermesi gerekirken, eksik inceleme ile davanın reddine karar vermesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir”, Y. 4. HD., 29.03.1994, E. 3778, K. 2825 (Karahasan, s. 983); Eren, s. 487.

⁵¹ Kılıçoğlu, s. 218.

⁵² Eren, s. 488.

2. Uygun İlliyet Bağı Teorisi

İsviçre ve Türk Hukuk Doktrinde ve uygulamada “hukuki illiyet”e ilişkin olarak “uygun illiyet teorisi” benimsenmiştir⁵³. Bu teoriye göre, zarar ile haksız fiil arasında hukuki açıdan illiyetin varlığını kabul edebilmek için, söz konusu haksız fiilin, genel hayat tecrübesine, olayların normal akışına göre böyle bir zarara sebep olabilmesi gerekir⁵⁴. Yani mantıki açıdan sebep sayılabilecek her şart hukuki açıdan sebep sayılmaz. Şartlar arasında bir eleme yapılmalıdır. Hâkim, önüne getirilen olayın, normal hayat tecrübelerine göre böyle bir sonucu gerçekleştirmeye elverişli olup olmadığını tartmalı, elverişliyse illiyet bağının bulunduğunu kabul etmeli, aksi takdirde reddetmelidir⁵⁵.

Bir zarara sebebiyet veren birden fazla fiil varsa, bunlar arasında en uygun olanıyla illiyet bağı kurulmalı ve sorumluluk tespit edilmelidir. Buradan da anlaşılacağı üzere, uygun illiyet teorisinin hareket noktası, zorunlu şart kavramı yani tabii illiyet bağıdır. Bu nedenle, faile isnat edilen fiil veya olayın, her şeyden önce zararlı sonucun zorunlu şartı olması gerekir. Zararlı sonucun zorunlu şartı olmayan fiil ve olaylar göz önünde tutulmaz. Tabii illiyet bağının varlığından sonra, bu fiilin aynı zamanda zararlı sonucun uygun sebebi olup olmadığı araştırılır. Buradaki uygunluk ise, doktrinde müspet ve menfi olmak üzere iki şekilde ifade edilmektedir. Müspet formüle göre sorumluluğu doğuran olay veya hareket, gerçekleşen türden bir zararın meydana gelme ihtimalini genel olarak ve önemli ölçüde artırmış ise, söz konusu olay veya hareket ile gerçekleşen zarar arasında uygun illiyet bağı mevcuttur. Menfi formüle göre ise; sorumluluğu doğuran olay veya fiil, niteliği itibariyle gerçekleşen türden bir zararı meydana getirmeye elverişli değilse, uygun illiyet bağı ve dolayısıyla sorumluluk söz konusu olmayacaktır⁵⁶.

⁵³ İsviçre Federal Mahkemesine göre “...bir olayla sonuç arasında uygun illiyet bağının bulunması, olayların olağan akışına ve hayat tecrübesine göre, olayın o tür bir sonuç yaratmaya elverişli bulunmasına, bu yüzden de bu olaydan o sonucun doğmasına genel olarak uygun görülmesine bağlıdır”. Yargıtay da kökleşmiş kararlarında, “ bir olay hayattaki genel denemelere ve olayların tabi akışına göre diğer bir olayı meydana getirmeye elverişli bulunur, diğer deyimle, olayın ortaya çıkması görünüşte söz konusu diğer bir olayın meydana gelmesiyle kolaylaşmış bulunursa, ilk olay, uygun sebep ve sonuç ölçüsüne göre, ikincisinin nedeni sayılır” demektedir (Eren, s. 492).

⁵⁴ Reisoğlu, s. 154.

⁵⁵ Ayan, s. 207.

⁵⁶ Eren, s. 493; Kılıçoğlu, s. 219.

Uygun illiyet bağı sorumluluğu kurmanın yanı sıra sorumluluğu sınırlandırmaktadır. Zira sorumluluğu doğuracak olaylar sadece uygun nitelik taşıyanlardır. Bunlar sorumluluğu kurma yönünden, “sorumluluğu kuran illiyet”, sorumluluğu sınırlama yönünden de “sorumluluğun çevresini sınırlayan illiyet” adını almaktadır. Fiili ile zarar arasında bir uygun illiyet bağı mevcut olsa dahi, dolayısıyla zarar gören, diğer bir deyişle “aykırı davranılan hukuk normunun korumayı amaçladığı şahısların dışında kalan kişiler” tazminat talebinde bulunamazlar. Zira burada doktrin tarafından hukuka aykırılık bağı olarak adlandırılan, zararın tazminini sadece haksız fiilden doğrudan zarar gören kişilerin isteyebilmesi durumu, bağ mevcut değildir⁵⁷.

Haksız fiil ile zarar arasında “uygun illiyet bağı”nın varlığını ispat külfeti tazminat isteğinde bulunan davacıya aittir.

3. Sebeplerin Çokluğu

Zararlı sonucu birden fazla sebebin meydana getirmesi durumunda, sonuç birden fazla sebebe bağlı olup bu duruma sebeplerin toplanması veya bir araya gelmesi de denir. Burada gerçekleşen türden bir zararı meydana getirmeye nitelikleri itibariyle genel olarak elverişli birden çok sebep bir araya gelmiş, zararlı sonucun doğmasına katkıda bulunmuştur. Sebeplerin toplanması durumunda üç ihtimal devreye girer. Bunlar; ortak illiyet, yarışan illiyet ile seçimlik illiyet halleridir⁵⁸.

a. Ortak İlliyet

Zarar, birden çok kimsenin aralarında anlaşarak birlikte yaptıkları bir haksız fiil sonucu meydana gelmişse ortak illiyet söz konusudur. Başka bir anlatımla; hiçbiri tek başına yeterli olmayıp, ancak bir araya gelmek suretiyle zararlı sonucu doğuran, hukuken önem arz eden

⁵⁷ Reisoğlu, s. 155; Ayan, s. 207; Eren, s. 493.

⁵⁸ Eren, s. 506.

sebepler topluluğuna denilmektedir. Ortak illiyetin en belirgin şekli, zararlı sonucun birden çok kişinin kusurlu davranışıyla meydana gelmesinde görülür⁵⁹.

Zararlı sonucu meydana getiren kusurlu davranışlar, kasti olabileceği gibi, ihmali de olabilir. Ortak kast halinde iradeler zararlı sonuca yönelmekte ve bu zararlı sonuç istenmektedir. Ortak ihmalde ise, taraflar birbirlerinin davranışlarından haberdar olmakla birlikte zararlı sonucu istememektedirler.

b. Yarışan İlliyet

Zararlı sonucu meydana getiren birden çok sebepten her biri tek başına zararlı sonucu meydana getirecek güce sahip olması durumunda yarışan illiyetten söz edilir⁶⁰. Yani burada sebeplerden her biri tek başına zararlı sonucu meydana getirmeye elverişlidir⁶¹. Yarışan illiyetten söz edebilmek için tek başına yeterlilik koşulunun yanında, sebeplerden her biri aynı anda gerçekleşmiş yani zararlı sonucu aynı anda meydana getirmiş olmalıdır⁶².

Yarışan illiyet halinde de müteselsil sorumluluk söz konudur. Örneğin; A ve B birbirinden habersiz olarak C'ye ateş eder ve her ikisinin attığı kurşunun da tek başına öldürücü nitelikte olduğu anlaşılırsa, gerek A ve gerekse B, C'nin ölümünden sorumlu olacaktır⁶³.

c. Seçimlik İlliyet

Zararlı sonucu birden çok sebepten yalnız biri fiilen meydana getirmekle beraber, somut olayda bu sebebin hangisi olduğu tespit edilemiyorsa seçimlik illiyet söz konusudur. Örneğin aynı anda üç silahtan çıkan mermilerden yalnız birinin isabet etmesi ve bu

⁵⁹ Karahasan, s. 1015; Kılıçoğlu, s. 222; Eren, s. 506; Reisoğlu, s. 157.

⁶⁰ Kılıçoğlu, s. 222.

⁶¹ Tekinay, s. 767; Oğuzman ve Öz, s. 502; Örneğin, birden fazla fabrikanın atıkları aynı anda aynı göle dökülmekte ve her atık tek başına göldeki canlıları öldürmek için yeterli zehiri bünyesinde taşımaktadır. Bu nedenle, yarışan illiyetin söz konusu olduğu hallerde failer arasında müteselsil sorumluluğun geçerli olduğu kabul edilir (Ayan, s. 208).

⁶² Eren, s. 508.

⁶³ Reisoğlu, s. 157.

merminin hangi silahtan çıktığının tespit edilememesi halinde seçimlik illiyet söz konusu olur. Örneğin; birden çok kimse köy düğününde ateş etmiş ve bu arada bir kişi yaralanarak ölmüştür. Ölümün kimin kurşunuyla meydana geldiği tespit edilememiş ise, kural olarak zarardan hiç kimse sorumlu olmaz⁶⁴.

Seçimlik illiyet halinde delil yetersizliğinden dolayı yani hangi sebepten ileri geldiğinin kesin olarak bilinmemesinde dolayı ilke olarak sorumluluk söz konusu olmaz. Ancak istisnai hallerde seçimlik illiyet halinde de sorumluluğa gidilebilmektedir. Bu halin söz konusu olabilmesi için sebeplerin birlik manzarası göstermesi ve bunların haksız fiil teşkil etmesi gerekmektedir. Bu duruma örnek olarak kavgayı örnek olarak verebiliriz. Kavga durumunda zarara kimin sebebiyet verdiği tespit edilmezse, kavgaya katılan şahısların müteselsil olarak sorumlu olacakları kanun ile düzenlenmiştir⁶⁵.

Seçimlik illiyetin temelinde asıl sorumlunun tespit edilememesi ve bunun sonucu olarak tüm iştirak edenlerin asgari ölçüde sorumlu tutulması oluşturmaktadır. Şüphesiz ki kişi zararlı sonuca sebebiyet vermediğini ispat ettiği takdirde onu sorumlu tutmak mümkün olmayacaktır⁶⁶.

4. Birden Çok Sebepten Yalnız Birinin Zararı Doğurması

Burada mahiyetleri itibariyle zararı meydana getirmeye elverişli birden fazla sebep mevcut olmakla birlikte, zararlı sonucu somut olayda sebeplerden birinin gerçekleştirmesi durumu söz konusu olur. Diğer sebepler ise zararın gerçekleşmesine fiili bir katkıda bulunmuştur. Bu durumda iki kurum mevcut olup bunlar “farazi illiyet” ve “illiyet bağının kesilmesi”dir. Bu kurumları ayrı birer başlık altında göreceğiz.

⁶⁴ Reisoğlu, s. 157.

⁶⁵ Eren, s. 511.

⁶⁶ Tekinay, s. 768; Oğuzman ve Öz, s. 502; Örneğin; A karayolunda ölü olarak bulunmuş, ama bulunma anına kadar aynı yoldan geçmiş araçlardan hangisinin kazayı gerçekleştirdiği kesinlikle tespit edilmemiştir. Böyle bir durumda, delil yetersizliği nedeniyle kural olarak sorumluluk söz konusu olmaz (Ayan, s. 209).

5. Farazi İlliyet (Önüne Geçilen İlliyet)

Farazi illiyette, zararı yaratabilecek sebeplerin sayısı birden fazla olup, somut olayda sebeplerden sadece biri zararlı sonucu meydana getirmiş, diğer sebepler etkisini göstermekte geç kalmıştır. Bununla birlikte, eğer bu sebep, somut olayda gerçekleşen zararı fiilen meydana getirmemiş olsaydı, diğer sebep aynı zararı kesin olarak meydana getirebilecek nitelikte olmalıdır⁶⁷.

Burada gerçek sebep, zararlı sonucu somut olayda meydana getiren sebep, farazi sebep ise, gerçek sebep mevcut olmasaydı, aynı zararı meydana getirmeye niteliği itibarıyla elverişli olan sebeptir. Bu durum, farazi illiyetle yarışan illiyet arasındaki farkı meydana getirmektedir⁶⁸. Yarışan illiyette birden çok sebep; aynı zararı aynı zamanda meydana getirirken, farazi illiyette, farazi sebep ile gerçek sebep aynı zamana rastlamamaktadır⁶⁹.

Farazi illiyette, sorumluluk önde gelen sebebi yaratan kişiye aittir. Farazi sebep, gerçek sebepten önce mevcut olabileceği gibi, sonra da ortaya çıkabilir.

6. İlliyet Bağının Kesilmesi

Sonucu doğuran etkenlerden birinin o sonucu doğurmaya elverişlilik derecesi, diğer etkenleri önemsiz kılıyorsa, o takdirde diğer etkenler ile sonuç arasında illiyet bağının

⁶⁷ Ayan, s. 209; Eren, s. 510.

⁶⁸ Eren, s. 511; Hakeri, s. 177.

⁶⁹ Tekinay, s. 765; Oğuzman ve Öz, s. 499; Örneğin; A ve B'nin tabancalarından çıkan mermiler aynı zamanda A'nın kalbine ve beynine rastlamakta ve bunun sonucunda C ölmektedir. Burada yarışan illiyet söz konusudur. Buna karşılık, A'nın tabancasından çıkan mermi önce C'nin kalbine rastlayıp onun ölümüne sebebiyet vermekte, 5 dakika sonra durumdan haberdar olmayan B'nin tabancasından çıkan mermi, C'nin beynine isabet etmektedir. Bu ikinci misalde, B'nin davranışı farazi bir sebep olup, zaman itibarıyla A'nın davranışından sonra meydana gelmiştir. Keza A ve B'nin C'nin köpeğine birbirlerinden bağımsız olarak her biri öldürücü dozda olmak üzere zehir verdiklerini ve köpeğin öldüğünü farz edelim. Burada yarışan illiyet söz konusudur. Zira zarar verici davranışlardan her biri diğerlerinden bağımsız olarak tek başına öldürücü nitelikte olup aynı zaman rastlamaktadır. Buna karşılık, A önce öldürücü dozda zehir verdikten sonra, B de aynı dozda zehir vermiş olsa, ikinci sebep farazi sebep niteliğindedir. Aynı şekilde A ve B'nin fabrikalarından C'nin balık gölüne akan zehirli sular aynı zamanda balıkların ölümüne sebebiyet vermişlerse, yarışan illiyet, buna karşılık A'nın fabrikasından akan zehirli suların balıkları öldürdükten sonra, B'nin fabrikasından çıkan suların aynı göle aktığı kesinlikle tespit edilebilirse, farazi illiyet söz konusu olur (Eren, s. 511).

kesilmesinden söz edilir. BK'muz haksız fiil sorumluluklarında illiyet bağıını kesen sebeplere ilişkin olarak özel bir hüküm getirmemiştir. Buna karşılık, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nda bu sebepler hükme bağlanmıştır⁷⁰. İlliyet bağıını kesen sebepler üç başlık altında toplanmış olup bunlar; mücbir sebep, zarar görenin ağır kusuru ve üçüncü şahsın ağır kusurudur. Aynı zamanda sorumluluktan kurtulma sebebi olan bu üç sebep, yalnız tehlike sorumluluğunda değil, olağan sebep sorumluluğu ile kusur sorumluluğunda da kabul edilmektedir⁷¹.

a. Mücbir sebep

Kişinin kendisi ve işletmesi dışında gelişen, öngörmesi, önlem alması mümkün bulunmayan olaylardır⁷². Unsurları, tabii, beşeri veya hukuki nitelik taşıyan bir olay, işletme dışılık, öngörülemezlik, kaçınılmazlık, bir davranış normunun veya borcun ihlali ve illiyet bağı şeklinde sıralanır. Söz konusu unsurları taşımaları kaydıyla, zelzele, kasırga, ihtilal, savaş, salt politik amaç taşıyan yasadışı genel grevler, ithal ve ihraç yasakları mücbir sebep olarak değerlendirilebilir⁷³.

Mücbir sebep ile umulmayan hal arasındaki ilk fark, nitelik yönünden olmayıp sadece nicelik yönündedir. Mücbir sebep teşkil eden olay, umulmayan hale oranla daha büyük bir şiddet ve mutlak bir kaçınılmazlık arzeder. Bu iki kurum arasındaki diğer bir fark da, mücbir sebep teşkil eden olayın, sorumlu kişinin işletme ve faaliyetine yabancı dış bir olay olmasına karşılık, umulmayan halin, işletme veya faaliyet içi bir olay da olabilmesidir. Son bir fark ise; mücbir sebep daima illiyet bağıını kestiği halde, umulmayan hal illiyet bağıını her zaman tek başına kesmeyebilir. Bu takdirde umulmayan hal, zararlı sonucu doğuran ortak sebeplerden birini teşkil eder⁷⁴.

⁷⁰ Kılıçoğlu, s. 223; Nomer, s. 80.

⁷¹ Remzi ve Aydın, s. 408.

⁷² Kılıçoğlu, s. 223.

⁷³ Ayan, s. 210.

⁷⁴ Eren, s. 518.

Mücbir sebepten söz edebilmek için bulunması gereken unsurlar şunlardır; bir olay, haricilik, bir davranış normunun veya borcun ihlali, illiyet bağı, kaçınılmazlık, öngörülmezlik.

Bu gün hâkim olan görüşe göre mücbir sebep tabiat olayları ile sınırlanmamaktadır. Mücbir sebebi teşkil eden olay, tabii, sosyal veya hukuki bir olay olabileceği gibi, insana bağlı bir olay fiil de olabilir. Bu olayın tek bir olaydan ibaret olması şart olamayıp, birden çok olaylar grubu da mücbir sebep teşkil edebilir.

Mücbir sebebi teşkil eden olay, zarar verenin faaliyet ve işletmesi dışında kalan bir olay olup, bu olay nedeniyle zarar veren, bir davranış normunu veya sözleşmeden doğan bir borcu kaçınılmaz bir şekilde ihlal etmiş olmalıdır. Aynı zamanda bu olay, davranış normunun ihlalinin veya borca aykırılığın uygun sebebi olmalıdır. Mücbir sebep teşkil edebilmesi için aynı zamanda olayın sonuçlarının öngörülememesi gerekir. Somut olayda mücbir sebebin varlığının ispatlanması durumunda sorumluluk söz konusu olmayıp, ispat yükü faile aittir⁷⁵.

Mücbir sebep illiyet bağına kesen ve dolayısıyla zarar vereni veya borçluyu sorumluluktan kurtaran bir sebep olup, zarar veren ispat ettiği takdirde zarardan sorumlu olmaz. Mücbir sebebin, zarar vereni sorumluluktan kurtarmasının temelinde yatan neden ise; sorumlu kişinin kusurunu bertaraf etmesidir. Kusurun başladığı yerde mücbir sebep, mücbir sebebin başladığı yerde kusur sona erer⁷⁶.

b. Zarar Görenin Kusuru

İllyet bağına kesen diğer sebep de zarar görenin kusuru olup, burada zarar görenin herhangi bir kusur değil, kast ya da ağır ihmal derecesindeki ağır kusuru söz konusudur⁷⁷. Zarar görenin eşya veya işletmesinden kaynaklanan tehlikeler ile yardımcı şahısların fiilleri de

⁷⁵ Ayan, s. 210.

⁷⁶ Eren, s. 523.

⁷⁷ Kılıçoğlu, s. 223.

illiyet bağına kesebilir⁷⁸. Böyle bir durumda failin sorumluluğu illiyet bağına kesildiği ana kadar gerçekleşmiş zararlarla sınırlıdır. Eğer zarar görenin kusuru illiyet bağına kesmemiş, sadece zararlı sonucun doğumuna diğer sebeplerle birlikte katkıda bulunmuşsa, ortak illiyetten bahsedilir ki, bu takdirde sorumluluktan kurtulma değil, tazminattan indirim söz konusu olur⁷⁹.

c. Üçüncü Kişinin Ağır Kusuru

İlliyet bağına kesen üçüncü bir hal de üçüncü kişinin ağır kusurudur⁸⁰. Üçüncü kişinin kusurunun belli bir yoğunlukta olması gerekip, burada üçüncü kişiden kasıt; zarar gören ile zarar veren ile bunların davranışlarından sorumlu olduğu kişiler dışında kalan kişilerdir. Örneğin; B'nin aracını durdurup binen C, B'yi etkisiz hale getirmek isterken, B direksiyon hâkimiyetini kaybedip, yoldan geçen A'ya çarpmışsa, A'nın uğradığı zararlar B'nin fiili arasındaki illiyet bağı üçüncü kişi olan C'nin ağır kusuru nedeniyle kesilmiştir⁸¹.

⁷⁸ Tekinay, s. 765; Örneğin, işyerinde hareket eden bir kamyonu, zarar gören görevi icabı bindiği bir motosikletle giderken çarpmış ve yaralanmıştır. İşyerinde kullanılan demir yolu üzerine işçi, intihar etmek kastıyla tren gelirken kendini atmış ve ölmüştür. İlk bakışta olayların normal akışına göre, işverene ait kamyon ve demiryolu işletmesiyle zarar arasında uygun illiyet bağına mevcut olduğu her türlü şüphenin dışındadır. Zira örnekte olduğu üzere, hareket eden bir trenin, rayların üzerine yatmış bir kişiyi ezerek öldürmesi, hayat tecrübelerine ve hayatın olağan akışına uygun olup, olayda da bu elverişlilik gerçekleşmiştir. Ancak, işveren, işçinin davranışını ileri sürerek, sorumluluktan kurtulabilir. Zira bütün bu olaylarda, işçinin kusurlu davranışı kadar yoğundur ki, zararlı sonucun yegâne uygun sebebinin teşkil etmekte, işverene yüklenecek olayı ikinci plana atmakta, böylece ilk sebeple zararlı sonuç arasındaki uygun illiyet bağına kesmektedir. Aynı şekilde A tarafından kaçırılan ve işgal edilip ağır şekilde yaralanan B'nin intihar etmesi olayında da B'nin bu davranışı, A'nın davranışı ile B'nin ölümü arasındaki illiyet bağına kesmiştir. Bu olayda da niteliği itibarıyla ilk uygun sebep, ondan bağımsız olarak ortaya çıkan ikinci uygun sebeple kesilmiştir (Eren, s. 524); Kılıçoğlu, s. 223.

⁷⁹ Eren, s. 523; Ayan, s. 210.

⁸⁰ Remzi ve Aydın, s. 408.

⁸¹ Kılıçoğlu, s. 223.

D. KUSUR

1. Kusurun Tanımı

Kusur, hukuka aykırı bir davranışta bulunan kimse hakkında yürütülen değer yargısıdır⁸². Başka bir anlatımla kusur, bir kimsenin hukuk düzeni tarafından tasvip edilmeyen ve uygun bulunmayan davranış biçimi olup, kişinin ortaya koymuş olduğu ve fiil olarak adlandırdığımız davranışı hukuk düzeni tarafından tasvip edilmemesi nedeniyle kusurlu sayılmaktadır⁸³.

Doktrinde kusur kavramını anlatmaya çalışan iki anlayış söz konusu olup bunlar; “sübjektif kusur teorisi” ile “objektif kusur teorisi” dir.

Sübjektif kusur teorisine göre, kusur, faildeki bir irade zayıflığı, bir irade eksikliği olup zarara sebebiyet veren kişi, davranışının zararlı sonucunu önceden görüp bundan kaçınma ve başka türlü davranma imkânına sahip olmasına rağmen gerekli iradi çabayı sarf edip bunu gerçekleştirmediği için kusurludur. Bir davranışın faile kusur olarak yükletilebilmesi için, onun haksız fiili işlerken içinde bulunduğu psikolojik ve fikri şartları, kişisel ferdi yeteneklerini, yetişme, eğitim ve öğrenim düzeyini, fiziki güçlerini, meslek becerilerini göz önünde tutmak gerekir⁸⁴.

⁸² Nomer, s. 80.

⁸³ Tekinay, s. 663; Oğuzman ve Öz, s. 504; “Davacı DDY, idareye ait depodan davalı ambar müdürü H.K.’nin özensizliği sonucu diğer davalının satım dışında kalan hurda malzemeleri de aldığını ileri sürerek zararın tazminini istemiştir. Mahkeme, beraatle sonuçlanan ceza mahkemesinde belirlenen olgulardan hareketle “davacı idarede görevli olan davalı ile diğer davalıya mal teslimi evrak üzerinden yapıldığı ve fiilen bir teslimin olmadığı, bu nedenle noksan teslim edilen ve davalının almadığı mallardan sorumlu olunamayacağı” gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. Dava konusu hurda malzemenin sorumluluğu davalı H.K.’ye ait olduğu ve diğer davalıya yapılan satışın depoda yapılacak tartı ile gerçekleştirileceğinde bir uyuşmazlık bulunmaktadır. Ancak gerek ceza mahkemesinde gerekse bu davanın yargılaması sırasında dinlenen kamyon sürücülerini tanıklar H.E., M.U. “depodan tartı yapılmadan mal çıkarıldığını” açıklamışlardır. Ceza mahkemesinde tartı dışı mal çıkarılmadığı olgusu kabul edilmediğine göre bu tanıkların açıklamaları değerlendirilmemiş olması hatalı olmuştur. Depo açığı olduğu yolunda kanıtlarla birlikte bu tanıkların açıklamaları değerlendirildiğinde davalı H.’nin kendisine teslim edilen malın depodan tartı dışı çıkarılmasında özensizliği ve kusuru kabul edilmelidir; diğer davalının da tartı dışı malları bilerek almasında ortak kusuru vardır”, Y. 4. HD., 14.02.1994, E. 7843, K. 1120 (Karahasan, s. 841); Kılıçoğlu, s. 223.

⁸⁴ Eren, s. 530.

Objektif kusur teorisine göre, kusur, benzer durum ve şartlar altında bulunan makul, dürüst ve güvenilir bir insandan beklenen ortalama davranış biçimine uymayan, ondan sapan davranış biçimidir, yani burada zarar verenin kişisel durumu, bireysel yetenekleri, fizik gücü ve mesleki becerileri yerine, benzer şartlar altında objektif bir insan tipinin yetenek, durum, mesleki beceri, fizik ve fikri gücünün esas alınmasını temel alır⁸⁵. Başka bir anlatımla aynı meslek, aynı yaş grubundaki insanların normal şartlarda somut olay karşısındaki muhtemel davranışları esas alınıp bu davranışlardan sapma kusur olarak kabule edilir⁸⁶.

Ayırt etme gücü bulunmayan bir kişinin kusurlu davranması söz konusu olmayacağı için, hukuk düzeninin öngördüğü istisnalar dışında, sorumluluğu yoluna gidilemeyecektir. Çünkü kusur ister objektif ister sübjektif açıdan ele alınsın iradeyi gerektiren bir kavramdır⁸⁷. Kural bu olmakla beraber hakkâniyet gerektiriyorsa hâkim, ayırt etme gücüne sahip olmayan kişiyi dahi, sorumluluk için aranan diğer şartların mevcut olması halinde, verdiği zararı kısmen veya tamamen tazmine mahkûm edebilir⁸⁸.

2. Kusurun Çeşitleri

Sorumluluk hukuku açısından kusur kast ve ihmal olmak üzere ikiye ayrılmış olup, bu ayrımın sorumluluk hukukundaki önemi ceza hukukundaki kadar büyük olmamakla beraber, tazminin belirlenmesi noktasında, sorumluluğun kapsamının belirlenmesi noktasında kendisini gösterir. Ceza hukukunda bazı suçlardan sorumlulukta kusurun derecesi suçun unsurlarının oluşması bakımından önem taşır; zira bazı suçlar ancak kast derecesinde bir kusur varsa sorumluluğa yol açabilir. Borçlar hukukunda ise haksız fiilden sorumluluk için kusurun derecesi önem taşımaz.

⁸⁵ Ayan, s. 199.

⁸⁶ Nomer, s. 81.

⁸⁷ Ayan, s. 199.

⁸⁸ Nomer, s. 81.

a. Kast

Kusurun çeşitleri incelenirken yapılan ayrımın dayanağını hukuka aykırı sonucun istenip istenmemesi oluşturmaktadır. Haksız fiili yapan kimse, hukuka aykırı sonucu görmüş ve bunu istemişse “kast” söz konusudur. Hukuka aykırı fiili doğrudan doğruya istemeyen, fakat hukuka aykırı bir sonucun doğma ihtimalini gördüğü halde, buna razı olarak fiili yapan kimse de kasten hareket etmiş sayılır⁸⁹. Kastın varlığı halinde fail bu davranışı ile hukuk düzenini ağır bir şekilde ihlal etmektedir. Bu nedenle kusuru ağırdır⁹⁰.

Tanımdan da anlaşılacağı üzere kast, tasarlama ve irade olmak üzere iki unsurdan oluşmaktadır. Kastta fail hem fiili hem de zararlı sonucu istemektedir. Hukuka aykırı sonucun mutlaka istenmesi şart olmayıp, tasvip ve kabul edilmesi ve göze alınması da yeterlidir.

Fiili hata halinde kasttan bahsedilemez, zira hata ve kast yan yana bulunmaz. Hata kastı bertaraf eder. Hatayı geniş anlamda gerçeği bilmeme olarak ifade edebiliriz. Kast ise bilmeyi gerektirdiğinden, maddi ve fiili durumlarda hata eden failin, kastından bahsedilemez. Ancak şartları varsa ihmalin varlığı söz konusu olabilir. Failde, bir hukuk normunu veya yükümlülüğünü ihlal bilinci kastın varlığı için şart olduğundan dolayı, zarar verenin, davranışının hukuka aykırı bir nitelik taşıdığını bilmemesi, kastı ortadan kaldıracaktır. Kast, hukuk normuna aykırılık, yükümlülüğe aykırı davranış bilincini gerektirir. Hukuka aykırılık bilincinin olmadığı yerde kasttan söz edilemez. Fail, zararlı sonucun bilincinde olduğu kadar, hukuka aykırılık bilincinde de olmalıdır⁹¹.

⁸⁹ Reisoğlu, s. 150.

⁹⁰ Tekinay, s. 665; Oğuzman ve Öz, s. 505; “Kast, hukuka aykırı bir sonucun doğmasını düşünme ve isteme olarak olayda gerçekleşmelidir”, Y. 4. HD., 08.07.1966, E. 8647, K. 7471 (Karahasan, s. 882); Kılıçoğlu, s. 225.

⁹¹ Eren, s. 536-537.

b. İhmal

Burada kişinin kusurlu sayılmasının sebebinin, zararlı sonucun doğmaması için dikkatsiz, tedbirsiz, özensiz davranması, mesleğinin gerektirdiği özeni ortaya koymaması oluşturmakta olup, zararlı sonucu bilme ve isteme unsurları yoktur⁹². İhmalin kıstası objektiftir. Objektiflikten kasıt failin somut olaydaki davranışı değil, objektif tipin aynı şartlar altındaki örnek davranışının esas alınmasıdır⁹³. Belli bir olayda ihmalin bulunup bulunmadığını belirlerken, ölçü olarak, normal ve tedbirli bir insandan o olayda ve koşullarda beklenen davranışı dikkate almak gerekir. Kanunlar veya diğer hukuk kuralları tarafından alınmaları emredilmiş olan bazı önlemlerin alınmamış olması ihmali meydana getirmektedir. Hukuk kurallarının öngördüğü tedbirlerin alınmış olması her zaman yeterli olmayıp, koşullar tedbirli bir insanın daha fazla dikkat ve özen göstermesi gerektiği kabul ediliyorsa, bu dikkat ve özen gösterilmediğinde de ihmal ortaya çıkacaktır⁹⁴. Bu nedenle hâkim, önüne gelen problemi çözerken, makul bir failin fiziki, fikri, ahlaki güç ve yeteneklerini, teknik ve mesleki becerilerini göz önünde tutmak zorundadır. Böylece, failin makul yani örnek bir kişinin yetenek ve becerilerinde olmayan beceri, yetenek ve fiziki gücü nedeniyle onun davranışından farklılaşan her davranışı, ihmal olarak nitelenecektir. Yani bir toplumda yaşamının gereği olarak herkes, makul bir kişinin sahip olduğu ahlâki,

⁹² Kılıçoğlu, s. 225.

⁹³ Oğuzman ve Öz, s. 506; “Dava, haksız fiilden doğan tazminat davasına ilişkindir. Davalı şirket tarafından kullanılan hızar atölyesinde çıkan yangının evine sirayet etmek suretiyle 493.000 liralık maddi hasara sebebiyet verdiğini iddia eden davacı, ayrıca 50.000 lira manevi tazminatında söz konusu şirketten tahsilini istemiş, mahkeme ise yangının başladığı atölyenin daha önce boşaltılmış olduğu ve şirketin herhangi bir kusurunun bulunmadığı gerekçesiyle istemin reddine karar vermiştir. Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasaya uygun gerektirici nedenlere, delillerin takdirinde bir yolsuzluk görülmemesine, özellikle antika veya büyük bir manevi değer taşıdığı kanıtlanamayan eşyaya karşı işlenen haksız fiilden doğan zarar için ayrıca manevi tazminata da hükmedilmesinin mümkün olmaması nedeniyle buna yönelik temyiz itirazlarının reddi yerinde olacaktır. Yine dava doyası kapsamında, davalı şirket tarafından boşaltılan ve içinde yanmaya müsait hızar talaşı vs. bulunan ahşap atölyesinin, şirket temsilcisi A.C.’nin hazırlık tahkikatındaki beyanına göre kendi gözetimlerinden bulunmasına rağmen muhafazası için bir önlem alınmadığı ve çocukların oyun yeri haline geldiği anlaşılmaktadır. Zarara neden olan hukuka aykırı bir fiilin sorumluluk yaratabilmesi için o eylemin “kasti” nitelikte olması zorunlu değildir. İhmali bir fiil de, BK. m. 41 anlamında tazmin sorumluluğunu yaratan bir nitelik taşır. Açıklanan bu maddi ve hukuki esaslar dikkate alınmadan, boşalttığı hızar atölyesindeki yanmaya müsait talaş vs. kalıntıyı temizlememek ve içeriye yabancıların ve özellikle çocukların girmesini önleyici tedbirler almamak biçiminde gerçekleşen ihmali davranışından dolayı davalı şirketin sorumlu tutulmamasında isabet bulunmamaktadır”, Y. 4. HD., 02.05.1988, E. 3028, K. 4544 (Karahasan, s. 854); Eren, s. 538.

⁹⁴ Reisoğlu, s. 151; Örneğin, bir operatörün basit bir ameliyatta göstermesi gereken özen ile önemli bir ameliyatta göstermesi gereken özen farklıdır. Aynı şekilde bir şoför, kalabalık bir yolda giderken تنها yollara göre daha dikkatli davranmalıdır (Ayan, s. 201).

fikri ve ruhi niteliklere, bedeni becerilere, belirli bir işle uğraşması halinde bu iş için gerekli olan mesleki becerilere orta düzeyde sahip olmalı, bunu sağlamalıdır. Hukuk düzeninin öngördüğü istisnalar dışında failin sübjektif özellikleri dikkate alınmaz. Örneğin, çocuğu ölen bir kişinin, bu durumun vermiş olduğu elem ve keder hali içinde iken vermiş olduğu zararlarda, onun bu durumu mazeret sebebi sayılmaz, aynı şekilde yorgun bir kişinin durumu da kusuru ortadan kaldıran bir sebep olarak kabul edilemez⁹⁵.

İhmalde zararı borçlunun veya failin bizzat öngörmesi şart olmayıp, zararın doğmasının objektif olarak öngörülebilmesi yeterlidir. Aynı şekilde, zararın sonradan gerçekleşen tam miktarının da öngörülmesi gerekmeyp, bunun öngörülebilmesi yeterlidir⁹⁶.

3. İhmalin Dereceleri

Kastın tek türü ve derecesi olduğu halde ihmalin değişik dereceleri olabilir. Zira yukarıda da değinildiği üzere, bir haksız fiilde gösterilmesi gereken dikkat, tedbir ve meslekte özen farklılıklar gösterebilir⁹⁷.

İhmal ağırlık derecesine göre, ağır ihmal, hafif ihmal olmak üzere ikiye ayrılabilceği gibi, bu iki ihmal çeşidi arasındaki kalan durumu belirtmek üzere bunlara orta ihmali de eklemek mümkündür. Buradaki ayırımın temelinde yatan esas nitelik ölçütü olmayıp, nicelik ölçütüdür.

a. Ağır ihmal

Aynı şartlar altında bulunan, aynı statüdeki makul, dürüst ve güvenilir bir insanın alması gerekli en basit tedbirin alınmamış olmasıdır.

⁹⁵ Ayan, s. 201.

⁹⁶ Eren, s. 539.

⁹⁷ Karahasan, s. 854.

Burada ağır ihmali tespitini tayinde, göz önünde tutulması gerek ideal davranış türünün tayininde benzer hal ve koşullar altında özenli kişiler ölçü olarak dikkate alınacaktır. Bu esasa göre, ne haksız fiil failinin davranışı ne de olağanüstü özenli kişilerin davranışı dikkate alınacaktır. Yani kusur ve ihmali tayininde, “kusurun objektifleştirilmesi” adı verilen fail ya da olağanüstü özenli kişilere özgü sübjektif ölçüler yerine, objektif ölçü ve esaslar göz önünde tutulacaktır⁹⁸.

b. Hafif ihmal

Ağır ihmal derecesine ulaşmayan ihmal olup ancak dikkatli kişilerin gösterebileceği özenin gösterilmemiş olması halinde vücut bulur. Örnek verecek olursak; çok tehlikeli bir ameliyatı başarıyla yapan bir doktorun bir kısım ameliyat dikişlerini eksik yapması nedeniyle hastanın kanamasının olması ve bu kısımların yeniden dikilmesinde; şirketin zarara uğramaması için her türlü dikkat ve özeni gösteren yöneticinin, bir ihaleye katılmakta geç kalıp bu ihaleyi kaçırmaması gibi⁹⁹.

c. Orta ihmal

Ağır ihmal ile hafif ihmal arasında kalan ihmal derecesini gösteren ihmal türüdür.

E. HUKUKA AYKIRILIK

1. Hukuka Aykırılığın Tanımı

Hukuka aykırılık eyleme ilişkin bir nitelendirme olup hukuken cevaz verilmemiş olan bir fiilde bulunmak, hukuka aykırılık teşkil eder. Genel olarak mevcut bir hukuki ilişkiden doğan borçlara aykırı fiiller de hukuka aykırılık teşkil etmekte olup, bizim burada incelediğimiz mevcut bir ilişki dışında, genel davranış kurallarına aykırı olan fiillerdir¹⁰⁰.

⁹⁸ Kılıçoğlu, s. 225-226.

⁹⁹ Eren, s. 541

¹⁰⁰ Nomer, s. 73.

Başka bir anlatımla hukuka aykırılık, hukuka uygunluk nedenlerinden birisinin bulunmaması veya başkalarına zarar vermeyi yasaklayan ya da zararlı sonucu önlemek amacıyla belirli bir davranışı emreden hukuk kurallarına aykırılıktır¹⁰¹.

Fiilin hukuka aykırı olup olmadığını tespit edebilmek için bütün hukuk sistemine bakmak gerekecektir. Buradan yola çıkarak hukuka aykırılığı sadece kanunlara aykırılık olarak değil, hukukun kaynaklarından herhangi birine aykırılık olarak kabul etmek gerekmektedir. Burada önemli olan, failin bu kuralın varlığından haberdar olması zorunlu olmaksızın, emredici bir hukuk kuralının ihlal edilmesidir. Yani emredici nitelikte olmayan kurallara aykırılık durumu hukuka aykırılığa sebep vermeyeceği için sorumluluk doğmayacaktır. Hukuka aykırılık geniş anlamda ahlâka aykırılık hallerini de kapsar. Bir fiilin ahlâka aykırılık nedeniyle haksız fiil sorumluluğuna yola açabilmesi için sadece ahlâka aykırılık yeterli olmayıp, “zarara bilerek sebebiyet verme” kastını da içermesi gerekir¹⁰².

2. Hukuka Aykırılığın Unsurları

Haksız fiil sorumluluğunun, ilk ve asli unsuru olumlu unsur olarak da adlandırılan hukuka aykırılıktır. Hukuka aykırılık, başkasına zarar vermeyi yasaklayan veya zararı önleme amacı güden bir davranış normunun ihlalidir.

3. Hukuka Uygunluk Nedenleri

Bazı hallerde görünüşte genel davranış kurallarına aykırı bir eylem söz konusu olsa dahi, eylem hukuka aykırı olmayabilir. Hukuka aykırılığı önleyen belli başlı bazı sebepler mevcuttur ki biz bunlara hukuka uygunluk halleri diyoruz. Bunlar; zarar görenin rızası, kamu hukukuna veya özel hukuka dayanan bir yetkinin kullanılması, meşru müdafaa, zorunluluk hali, kendi hakkını korumak için kuvvet kullanmadır.

¹⁰¹ Tekinay, s. 642; Oğuzman ve Öz, s. 471; “Haksız eylemin varlığının söz konusu olabilmesi için ortada karşı tarafça çiğnenmiş bir kanun hükmünün bulunması gerekir. Davalının, davacıyı dükkâna sokmaması, herhangi bir yasa hükmüne değil, ancak sözleşmeye aykırı davranma olur. Bu durum karşısından bir kanun hükmünün çiğnenmesi ve dolayısıyla bir haksız eylemin varlığından söz edilemez”, YHGK., 24.06.1964, E. 4, K. 489 (Karahasan, s. 835); Eren, s. 548.

¹⁰² Kılıçoğlu, s. 201.

Hukuka uygunluk nedenlerinin bulunduğu bir durumda davranış, her zaman, yani başından itibaren hukuka uygun bir davranış olup, böyle bir davranış hiçbir zaman hukuka aykırı olmaz.

Hukuka uygunluk sebepleri, çatışan hukuki varlık ve menfaatlerin ve dolayısıyla iki koruma normunun karşılaştırılmasının, dengelenmesinin bir sonucu olup burada iki koruma normundan birinin üstün tutulması söz konusudur. Üstün tutulan varlık veya menfaat zarar verenin menfaatidir¹⁰³.

a. Kamu Yetkisinin Kullanılması

Kamu hukukundan doğan bir yetkinin, ilgili memur veya kamu görevlisi tarafından kanuni şart ve sınırlar içinde kullanılması, hukuka aykırılık teşkil etmez¹⁰⁴. Ancak bu yetkinin gerçekten hak sahibi tarafından kullanılması ve ayrıca sınırlarının aşılmamış olması gerekmektedir. Yani söz konusu yetkilerin yetkisiz bir kişi tarafından kullanılması veya sahibi tarafından kullanılmakla birlikte yasanın öngördüğü sınırların aşılması durumunda, artık fiilin hukuka uygunluğundan söz edilemez. Örneğin; polisin basit bir müdahale ile dağıtabileceği bir topluluğa karşı orantısız güç kullanılmasında hukuka uygunluk hallerinden olan kamu yetkisinin kullanılması durumu aşılmış olmaktadır. Kamu yetkisinin kullanılması halinde, kamu menfaati, özel menfaate üstün tutulduğu için, özel menfaat, hukuki korumadan yoksun kalmaktadır¹⁰⁵.

¹⁰³ Reisoğlu, s. 144.

¹⁰⁴ Eren, s. 563.

¹⁰⁵ Tekinay, s. 662; Oğuzman ve Öz, s. 481; Yargı mercileri önünde “hak arama hürriyetinin”, bu çerçevede şikâyet ve savunma hakkının kötüye kullanılması, “fikir ve tenkit hürriyetinin” kötüye kullanılması halinde de, kamu yetkisinin kullanıldığından bahisle hukuka uygunluk nedeninden yararlanılamayacaktır. Zira bu hallerde hukuka uygunluk hallerinde sınır aşılmıştır (Ayan, s. 188).

b. Özel Hukuktan Doğan Bir Hakkın Kullanılması

Özel hukuktan doğan bir yetkinin kullanılması da fiili hukuka uygun kılacaktır¹⁰⁶. Kamu yetkisinin kullanılması durumunda sınırın aşılması halinde olduğu gibi burada da sınırın aşılması durumunda artık hukuka uygunluk nedeninin varlığından söz edilemeyecektir. Bu konuda dikkate alınması gereken en önemli sınır “dürüstlük ilkesi”dir.

c. Zarar Görenin Zarara Razi Olması

Zarar gören kimsenin fiile önceden rıza göstermesi, rıza göstermenin hukuken mümkün olduğu durumlarda, fiilin haksız niteliğini ortadan kaldırır. Rızanın sonradan gösterilmiş olması ise; fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaz¹⁰⁷.

Hak bir anlamda hukuk düzeni tarafından bireylere tanınmış olan bir yetki olduğu için her fert kural olarak kendisine tanınmış olan bu yetkiden vazgeçebilir. Hâkim görüşe göre zarara rıza göstermek, niteliği itibarıyla tek yönlü bir hukuki işlem olduğu için, bunun geçerlilik şartlarına sahip olması gerekir. Geçerlilik şartları arasında fiil ehliyeti, irade sakatlığının bulunmaması, vazgeçmenin hukuka ve ahlâka uygun olması gerekir. Rızadan her zaman rücu etmek mümkün olduğu gibi rıza açık veya kapalı da olabilir¹⁰⁸.

Rıza her durumda hukuka uygunluk nedeni sayılmayıp, rızanın hukuka uygunluk nedeni sayılabilmesi için taşınması gereken şartlar vardır. Bunları şöylece sıralayabiliriz:

¹⁰⁶ Oğuzman ve Öz, s. 482; Ana babanın tedip hakkını kullanmasını, malikin mülkiyet hakkından doğan yetkilerini, kiralayanın hapis hakkını, zilyedin savunma hakkını kullanması hukuka uygunluk sebebine örnek teşkil etmektedir (Ayan, s. 189).

¹⁰⁷ Tekinay, s. 660; Oğuzman ve Öz, s. 478; “Dava haksız fiile dayanan tazminat isteğini kapsamaktadır. Bilindiği gibi hukuka aykırılık, sorumluluğun kurulmasında önemli bir husustur. Diğer taraftan da zarar görenin rızası hukuka aykırılığı ortadan kaldıracaktır. Olayımızda hemen tüm davalı tanıkları, davalının, davacıya ait bakımsız kalan bağı onun rızası ve isteği ile sökerek tarla haline getirdiğini açıkça beyan etmişlerdir. Bağın bakımsız durumu ve davalının durup dururken bağı söküp ekin ekmesinin kötüniyete dayandığının dahi ileri sürülmemesi tanıkların beyanlarının gerçeği yansıttığının kabulünü gerektirir. O halde mahkemenin, davaya konu olay içinde gerçekleşen maddi olguları ve özellikle davacının rızasını değerlendirmeden tazmin kararı verilmesi usul ve kanuna aykırıdır. Diğer taraftan, davacıya ait bağın bakımsız olduğu tartışmasızdır. Oysa bilirkişiler, bağın gerçek durumunu gözetmeden ve tartışmadan gelir getirebilecek olasılığını gözeterek zararı belirlemişlerdir. Mahkeme kararı bu nedenle usul ve kanuna aykırı olmuştur”, Y. 4. HD., 27.02.1986, E. 1189, K. 1860 (Karahasan, s. 807); Reisoğlu, s. 144.

¹⁰⁸ Eren, s. 564.

Rıza öncelikle hukuka ve ahlâka uygun olmalıdır. Başka bir ifadeyle Medeni Kanunun m. 23' de yer alan sınırlamalara uygun olmalıdır. Kişinin üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği değerlere yönelik saldırı olmalıdır. Örneğin; kişinin yaşam hakkına son verilmesine rıza göstermesi, üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir değer olmadığı için, fiili hukuka uygun hale getirmeyecektir. Yine aynı şekilde kişi saçlarının kesilmesine rıza gösterebilirken, böbreklerinin alınmasına rıza göstermesi fiili hukuka uygun hale getirmeyecektir. Kişinin yaşam hakkı ve bedensel bütünlüğünü oluşturan maddi kişisel değerleri dışında maddi nitelikte olmayan değerlerine yönelik fiillere rıza da söz konusu olabilir¹⁰⁹. Aynı zamanda verilen rızanın sınırlarının aşılmamış olması gerekmektedir. Mesela teslim edilen hatıralardan yayınlanmaması kararlaştırılan kısımlar da yayınlanmışsa, artık kişilik hakkına saldırı da bulunulmuş demektir ve failin sorumlu tutulması gerekir¹¹⁰.

Rızanın hukuka uygunluk nedeni sayılabilmesi için gerekli olan diğer bir şart da, rızanın bunu açıklamaya yetkili bir kişi tarafından verilmiş olmasıdır. Bunun için de kişilik hakkı saldırıya uğrayan kişinin tam ehliyetli olması gerekir. Ehliyetsiz kişi adına, yasal temsilcisinin rızası ise, ancak ehliyetsiz kişinin yararına yönelik olan müdahaleler için söz konusu olabilir. Buraya özellikle tıbbi müdahaleler için verilen rıza girer¹¹¹.

Rızanın hukuka uygunluk nedeni sayılabilmesi için söylenecek olan son şart da, rızanın fiilin gerçekleşmesinden sonra verilmiş olmasıdır. Zararın ortaya çıkmasından sonra verilecek olan rıza, fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaz. Sonradan verilen rıza, bazı sözleşmelerde olduğu gibi, geçmişe etkili sonuçlar doğurmaz. Burada zarar görenin icazeti, sadece, tazminatı talep hakkını ortadan kaldırılabılır. Zira bu durumda doğmuş olan bir haktan vazgeçme veya bir ibra söz konusudur¹¹².

¹⁰⁹ Kılıçoğlu, s. 209.

¹¹⁰ Ayan, s. 195.

¹¹¹ Kılıçoğlu, s. 210.

¹¹² Eren, s. 566.

Hukuken geçersiz bir rıza, fiilin hukuka aykırılığını gidermese de, BK m. 44 çerçevesinde tazminatın indirilmesine veya tümüyle ortadan kaldırılmasına yol açabilir¹¹³.

c. Meşru Müdafaa

Meşru müdafaa, bir kişinin, kendisinin veya başkasının şahısvarlığı veya malvarlığı değerlerine yönelik, başlamış veya başlaması kuvvetle muhtemel bir saldırı fiilini defetmek için kuvvet kullanılmasıdır¹¹⁴.

Meşru müdafaa evrensel bir ilke olduğundan dolayı, her hukuk düzeninde kişilere haksız saldırılar karşısında savunma yetkisi verilmesi doğaldır.

Meşru müdafaanın haksız fiil sorumluluğuna yol açmaması için belli bazı koşulların gerçekleşmesi gerekir. Meşru müdafaanın doğabilmesi için öncelikle, faile veya üçüncü bir kişiye yönelik bir saldırı olmalıdır. İfadeden de anlaşılacağı üzere üçüncü kişi lehine meşru müdafaa da mümkündür. Müdafaa edilen üçüncü kişinin failin yakını olması gerekmez. Failin hiç tanımadığı bir üçüncü kişiye yönelik saldırıya karşı üçüncü kişiyi müdafaa etmesi de mümkündür. Saldırı ihtimali savunma için yeterli değildir. Saldırı gerçek bir saldırı olmalıdır. Bu sebeple önleyici nitelikte meşru müdafaa olmaz¹¹⁵.

Meşru müdafaa, ancak başlamış veya başlaması çok yakın olan saldırı fiillerine karşı söz konusu olur. Önleyici nitelikte meşru müdafaa mümkün olmadığı gibi, misilleme niteliğinde meşru müdafaa da mümkün olmaz. Saldırının zarara yol açması zorunlu değildir. Yakın bir zarar tehlikesi doğurması mümkündür. Zaten meşru müdafaanın esas amacı zararı değil, zarar tehlikesini önlemektir. Zarar doğmuş ve saldırı tamamlanmış ise artık müdafaadan söz edilemez¹¹⁶.

¹¹³ Oğuzman ve Öz, s. 553; “Meşru müdafaa için ortada, mala ve cana bir saldırı olması ve saldırıya uğrayanın o anda yakın bir tehlike ile karşı karşıya bulunması ve saldırının gerçek ve ciddi olması ve saldırının hukuka aykırı olması ve savunmanın gerekli ölçüyü aşmaması gerekir.”, Y. 4. HD., 06.10.1977, E. 8347, K. 9213 (Karahasan, s. 823); Ayan, s. 196; Reisoğlu, s. 144.

¹¹⁴ Ayan, s. 189.

¹¹⁵ Eren, s. 567; Reisoğlu, s. 145.

¹¹⁶ Kılıçoğlu, s. 204.

Saldırı hukuka aykırı olmalıdır. Zira hukuka uygun olarak, kanunların verdiği bir yetkiyi kullanan kişiye karşı meşru müdafa olmaz. Meşru müdafaaya karşı meşru müdafa olmaz. Saldırı fiilinin kusurlu bir fiil olması gerekmediği için temyiz kudreti olmayan bir kişiye karşı da meşru müdafaada bulunmak mümkündür. Keza, saldırıda bulunan faili tahrik eden kişi de meşru müdafaada bulunabilir¹¹⁷.

Müdafa ile saldırı arasında uygun bir orantı olmalıdır. Bu oranın aşılması durumunda aşkın müdafa ya da meşru müdafaanın aşılması denen durum ortaya çıkar ki; bu durumda fiil hukuka aykırı bir fiil olduğu için, bu fiile karşı meşru müdafaada bulunulabilir¹¹⁸.

d. Zaruret hali

Zaruret hali, bir kişinin, kendisinin veya başkasının şahısvarlığı veya malvarlığı değerlerine yönelik derhal meydana gelecek bir tehlikeyi ilgisi bulunmayan üçüncü kişinin mallarına zarar vermesidir¹¹⁹. Örneğin; soğuk bir kış günü dağ başında mahsur kalan bir kişinin donmaktan kurtulmak için, başka bir kişinin evinin kapısını kırarak içeriği sığınması durumu. Zaruret halinde sadece malvarlığına zarar verilebilir. Hukuk düzeni zaruret halinde başka bir kişinin kişilik haklarına, özellikle vücut bütünlüğü veya yaşama hakkına saldırıyı kabul etmemiştir¹²⁰. Zaruret halinin bir hukuka uygunluk nedeni sayılabilmesi için gereken şartlar şunlardır:

- Faile ya da üçüncü bir kişiye yönelik zarar tehlikesinin bulunması; üçüncü kişiyi tehlikeden kurtarma amacıyla işlenen fiiller de hukuka uygunluk nedeninden

¹¹⁷ Reisoğlu, s. 145.

¹¹⁸ Eren, s. 569; Örneğin, A, B'yi bıçaklamak isterken, B onu etkisiz hale getirip elinden bıçağı alırken, kolunun kırılmasına yol açmış olabilir; ancak bu amaç gerçekleştiği halde, B, A'yı dövmeye devam etmiş ya da A kaçmaya başlarken, arkasından kovalayıp bıçakla onu yaralamışsa, artık bu fiil hukuka aykırıdır (Kılıçoğlu, s. 205).

¹¹⁹ Ayan, s. 191.

¹²⁰ Eren, s. 569.

yararlanacaktır¹²¹. Tehdit edilen hukuki varlık, hayat, vücut bütünlüğü, şeref, kredi gibi şahıs varlıkları veya mülkiyet, zilyetlik gibi malvarlıkları da olabilir¹²².

- Failin kendisine ya da üçüncü kişiye yönelik zarar tehlikesini önlemesi için başkasına zarar vermenin zorunlu olması; burada üçüncü şahsın malına yapılan tecavüz karşısında ortaya çıkan zarara bilerek ve istenerek sebep olunmaktadır. Yani kasıtlı bir zarar verme hali mevcut olup ihmal ile işlenemez¹²³. Zarar veya tehlikeden kurtulmak için üçüncü kişinin malına zarar vermek zorunlu olmalıdır. Kişi sırf kendi ihmali yüzünden böyle bir duruma sebebiyet vermişse artık zaruret halinden yararlanamaz¹²⁴. Üçüncü kişiye verilen zarar, failin kendisini ya da üçüncü bir kişiyi bir zarar tehlikesinden kurtarma amacına yönelik olmalı ve bu amaçla sınırlı kalmalıdır. Sınır aşıldığı takdirde sorumluluk ortaya çıkacaktır¹²⁵.
- Zararın, zarar tehlikesinin yaratılmasıyla ilgisiz bir üçüncü kişiye karşı verilmiş olmalıdır; bu unsur zaruret halini meşru müdafaadan ayıran en önemli husustur. Yani meşru müdafaada zarar saldırıda bulunan kişiye karşı verilmekte iken, zaruret halinde zarar tehlikesinin yaratılmasıyla ilgisi bulunmayan üçüncü kişiye karşı verilmektedir.
- Üçüncü kişinin malvarlığına zarar verilmiş olması; sakınılmak istenen tehlikeyle ilgisi bulunmayan üçüncü kişinin sadece malvarlığı değerlerine zarar verilmelidir. Onun şahısvarlığı değerlerine verilecek zararlar için zaruret hali kabul edilemez¹²⁶.

Zaruret halinde hukuka uygun fiilden doğan sorumluluk halinden bahsedilmektedir. Zaruret hali sonunda üçüncü kişinin malına verilen zarar, zarar vereni mutlak olarak sorumluluktan kurtarmaz. Burada hâkim takdir yetkisini kullanarak zarar veren kişiyi tam veya kısmi bir tazminata mahkûm edebilir. Burada bir nevi hakkaniyet sorumluluğu veya fedakârlığın

¹²¹ Kılıçoğlu, s. 205.

¹²² Eren, s. 570; örneğin, trafik kazası sonucu yanmaya başlayan aracını kurtarmak için, yakında bulunan bir aracın bagaj anahtarlığını kırarak “yangın söndürme cihazını” kullanmada zaruret hali vardır (Kılıçoğlu, s. 205).

¹²³ Reisoğlu, s. 147; Eren, s. 571.

¹²⁴ Ayan, s. 192; Hakeri, s. 342.

¹²⁵ Kılıçoğlu, s. 206.

¹²⁶ Ayan, s. 192; Reisoğlu, s. 146; Eren, s. 570.

denkleştirilmesi ilkesi söz konudur¹²⁷. Sorumlu tutulan kısım için failin fiili hukuka aykırı kabul edilecektir. Bunun temelinde de olayla hiçbir ilgisi bulunmayan bir kişinin uğramış olduğu zararın karşılanmaması durumunda adalet anlayışının zedeleneceği görüşü yatmaktadır¹²⁸.

e. Vekâletsiz İş Görme

Vekâleti olmadan başkası adına iş gören kişinin fiilinin hukuka uygun olabilmesi için, vekâletsiz iş görenin başkasının işini görmek niyetiyle hareket edip, o kişinin çıkarına ve muhtemel iradesine uygun davranışta bulunması gerekmektedir¹²⁹.

f. Kendi Hakkını Korumak İçin Kuvvet Kullanma

Bir kimsenin kuvvet kullanarak kendi hakkını koruma yasağının istisnasını teşkil etmektedir. Belirli şartlar bir araya geldiğinde kişinin kendi hakkını korumak için kuvvet kullanması için yapılan fiil hukuka uygun kabul edilmiştir. Kuvvet kullanabilmek için gerekli olan şartlar şunlardır;

- Failin bir hakkının bulunması: Hak yoksa hakkın korunması da söz konusu olmayacaktır. Bu nedenle öncelikle hukuk düzenini tarafından korunan bir hakkın bulunması gerekir. Meşru müdafaa ve zaruret halinden farklı olarak burada üçüncü bir kişinin hakkını korumak için kuvvet kullanmak yoluna gidilemez. Kişiler söz konusu hüküm gereğince ancak kendi haklarını korumak için bu yola gidebilirler¹³⁰.
- Failin, hakkını elde etmek için devlet kuvvetlerinin yetişmesi ve müdahalesi mümkün olmamalıdır: Yetkili organdan maksat; mahkeme, icra memuru, polis, jandarma gibi devlet organlarıdır. Hakların aranması ve elde edilmesinde ana kural bu konuda yetkili devlet kuvvetlerine başvurulmasıdır. Hak sahibinin bizzat kuvvet kullanmak suretiyle bunları elde etmesi; ancak, bu organlara başvurulmasının zaman

¹²⁷ Eren, s. 571.

¹²⁸ Kılıçoğlu, s. 206.

¹²⁹ Örneğin; bilincini kaybetmiş bir hastaya hekimin yapmış olduğu müdahale, evinin duvarları yıkılmak üzere olan bir kimsenin duvarlarını tamir ettirmek gibi (Eren, s. 566).

¹³⁰ Ayan, s. 193.

veya yer itibariyle mümkün olmaması halinde söz konusu olabilir. Bu nedenle bu hal devlet kuvvetlerine başvurma imkânının olmadığı istisnai hallerde söz konusu olabilir¹³¹.

- Failin kuvvet kullanmaması halinde hakkını elde etmenin mümkün olmaması ya da güçleşmesi gerekir: Örneğin; kısa bir süre önce saatini kaybeden bir kimsenin, bu saatini تنها bir yerde başka birinde görmesi halinde, polis veya jandarmaya haber verinceye kadar o kişinin kaçması söz konusu ise, saatin zor kullanılarak alınması durumunda yapılan fiil hukuka aykırılık teşkil etmeyecektir¹³².
- Kuvvet kullanma hakkın korunması amacına yönelik olmalı ve bunun sınırları içinde kalmalıdır: Korunmak istenen değer kuvvet kullanma sonucu çiğnenen değerden daha üstün olmalıdır¹³³. Öç alma ve cezalandırmaya yönelik fiiller hukuka aykırı olup, zarar verenin sorumluluğunu gerektirir¹³⁴.

Sayılan şartların gerçekleşmiş olması halinde kuvvet kullanma yoluna başvurulması halinde, fiil hukuka uygundur. Bu nedenle de kuvvet kullanan, doğmuş olan zararı tazmin zorunda değildir¹³⁵.

4. Yapmama Fiillerinde Hukuka Aykırılık

Yapmama fiilinin hukuka aykırı olabilmesi için faile hukuk düzeni tarafından bir yapma borcu yüklenmiş olması gerekmektedir. Aksi halde böyle bir hukuk normu olmaksızın hiç kimse bir şey yapmaya zorlanamaz¹³⁶.

¹³¹ Kılıçoğlu, s. 207.

¹³² Eren, s. 572.

¹³³ Ayan, s. 194.

¹³⁴ Oğuzman ve Öz, s. 486; Örneğin; kaçan hırsız yakalayan kişinin amacı, hırsızın kimliğinin ve malını çaldığının tespitine, koşulları varsa malını geri almaya yönelik olmalıdır. Hırsız yakalanmış ve etkisiz hale getirilmiş olduğu halde ayrıca dövülmüş ise, bu eylem hukuka aykırıdır (Kılıçoğlu, s. 208).

¹³⁵ Eren, s. 572.

¹³⁶ Tekinay, s. 653.

İKİNCİ BÖLÜM

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA HAKSIZ FİLLER VE UYGULANACAK HUKUK

I. HAKSIZ FİLLER VE ROMA II TÜZÜĞÜ

A. GENEL OLARAK

Milletlerarası Özel Hukuk'ta haksız fiillere ilişkin olarak uluslararası alanda yapılmış olan düzenlenmelerin başında “Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Topluluğu Tüzüğü (Roma II)” yer almaktadır. Roma II Tüzüğü sadece akit dışı borç ilişkilerine uygulanacak olup, akitten doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuk hakkında, Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma I Tüzüğü¹³⁷ mevcuttur.

AB'de Milletlerarası Özel Hukuk alanında ortak kuralların oluşturulmasına, ilişkin AET'nin kurulmasından kısa bir süre sonra başlamıştır. Bu doğrultuda kanunlar ihtilafı alanında uygulanmak üzere Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki 1980 tarihli Konvansiyon (AET- Roma Sözleşmesi) hazırlanmıştır¹³⁸. 2000 yılından itibaren

¹³⁷ Ayrıntılı bilgi için Bkz., Nuray **Ekşi**, *Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu (Roma Konvansiyonu)*, İstanbul 2004, s. 53-74; Zeynep Derya **Tarman**, Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk (İş Akdi), *AÜHFD* Yıl 2010, S. 59, C. 3, s. 523.

¹³⁸ Roma Sözleşmesinin dayanağı AT Antlaşması'nın 220. maddesidir. AT Antlaşmasının 220. maddesi hükmü altında, bugüne kadar dört tane sözleşme imzalanmıştır. Bunlar; 1968 tarihli Hukuk ve Ticaret Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tenfizi Hakkındaki Sözleşme, 1968 tarihli Tüzel Kişilerin ve Ortaklıkların Tanınması Hakkındaki Sözleşme, Akitten Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Sözleşme ve Ortak Pazar için Avrupa Patenti Sözleşmesidir. Sözleşme, tüm üye ülkelerde kabul gören irade muhtariyetini benimsemiştir. Taraflar akde uygulanacak hukuku serbestçe

konvansiyon şeklinde düzenleme yapma uygulamasına son verilmiş ve ATA m.65 kapsamında Milletlerarası Özel Hukuk alanındaki çalışmalar tüzük şeklinde sürdürülmüştür. Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma II Tüzüğü bu alanda yeni bir hukuk metni iken, AET-Roma Sözleşmesinin bir tüzüğe (Roma I) dönüştürülmesi çalışmaları da tamamlanmıştır. Toplam yirmi dokuz maddeden oluşan Roma I Tüzüğü, 17.12.2009 tarihi itibarıyla AT Anlaşması m. 249/ 2 uyarınca Danimarka dışında tüm üye ülkelerde doğrudan uygulama alanı bulmaktadır. Türkiye'nin AB'ye tam üye olması halinde AB tarafından Milletlerarası Özel Hukuk alanında hazırlanan Tüzükler, Türkiye açısından herhangi bir işlem yapılmasına gerek kalmaksızın bağlayıcılık kazanacaktır. Türkiye'nin söz konusu Tüzükleri iç hukukuna aktarmasına veya bunları parlamentonun onay prosedüründen geçirmesine gerek kalmayacaktır¹³⁹.

Akit dışı borç ilişkilerine uygulanacak hukuk alanındaki kanunlar ihtilafı kurallarının yeknesaklaştırılması çabaları Avrupa'da otuz yıldır gündemdedir. Bu amacı taşıyan AT Tüzüğü (Roma II) 31.07.2007 tarihli RG'de yayımlanmış, 11.01.2009 tarihinde ise yürürlüğe girmiştir. Bu tüzüğün amacı haksız fiil, sebepsiz zenginleşme gibi akit dışı borç ilişkilerine uygulanacak hukuk kanunsundaki kanunlar ihtilafı kurallarını uyumlaştırmaktır. Haksız fiiller hakkında Roma II Tüzüğünde yer alan hükümler genel kural olup, imalatçının sorumluluğu, haksız rekabet ve çevre zararları gibi akit dışı borç ilişkileri bakımından ise özel bağlama kuralları kabul edilmektedir¹⁴⁰.

taayin edebilirler. Sözleşme farazi irade beyanı ile hukuk seçimini kabul etmediği halde, açık ve zımni irade beyanı ile hukuk seçimine izin vermiştir. Sözleşmede tarafların akde uygulanmak üzere açık veya zımni olarak bir hukuk seçimi yapmadıkları zaman, akde sıkı irtibatlı hukukun uygulanacağını benimsemiştir. Sözleşmede gerek tamamlayıcı gerekse zayıf tarafı koruyucu hükümlere de yer verilmiştir. Akitten Doğan Borç İlişkilerine uygulanacak Hukuk Hakkındaki Sözleşme'ye göre; genel akit tipleri ile özel akit tipleri hakkında farklı düzenlemeler yer verilmiştir. Roma II Tüzüğünde de aynı sistemden benimsenmiş olup, orada da genel nitelikli haksız fiiller ile imalatçının sorumluluğu gibi özel nitelikli haksız fiillere ilişkin yarı düzenlemeler getirilmiştir. Sözleşme akdin şekliyle ilgili, favor negotii ilkesinden hareketle ayrıntılı bir düzenleme getirmiş olup şekil eksikliği yüzünden akitlerin veya hukuki muamelelerin geçersizliğini önlemek istemiştir. Bu sözleşme ile akit devletler alanındaki kanunlar ihtilafı kuralları birleştirilmiştir (Musa **Aygül**, "Avrupa Topluluklarında Akitten Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma Sözleşmesi", *SÜHFD*, Yıl 2001, C. 9, S. 3-4, s. 224-264; Nuray **Eksi**, Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler ve Bu Akitlerin AT Roma Konvansiyonu'na Göre Anlamı (MHB), *MHB* Yıl 12, S. 1-2 1992, s. 2.

¹³⁹ Zeynep Derya **Tarman**, "Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma I Tüzüğü (Roma I)", *BATİDER* Yıl 2009, C. XXV, S. 2, s. 300.

¹⁴⁰ Zeynep Derya **Tarman**, "Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Topluluğu Tüzüğü (Roma II)", *AÜHFD* Yıl 2008, C. 57, S. 2, s. 194.

Bu Tüzük'ün amacı, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme, vekâletsiz iş görme ve sözleşme müzakereleri sırasındaki kusur gibi akit dışı borç ilişkilerini içeren kanunlar ihtilafı kurallarını uyumlaştırmaktır. Yani Tüzük'ün başlıca amacı üye devletler arasında bu konulara ilişkin bağlama kurallarını birleştirerek tek bir hukuk düzenlemesine bağlamaktır. Bu nedenle haksız fiillere ilişkin tüm konular bu tüzük dâhilinde düzenlenmiştir. Tüzükte belirlenen bağlama kurallarının kapsamı haksız fiilin tüm unsurlarına ve aynı şekilde sebepsiz zenginleşme ve vekâletsiz iş görme gibi konuların tüm unsurlarına uygulanır¹⁴¹. Tüzükte genel ve özel bağlama kuralları yer almaktadır. Bu tüzük, üye devletler tarafından, Danimarka hariç, doğrudan uygulama alanı bulacak yani düzenlemiş olduğu konularda milli hukuklarının önüne geçecektir.

B. TÜZÜĞÜN UYGULAMA ALANI

Tüzük üye devletler arasındaki akit dışı borç ilişkilerinden doğan kanunlar ihtilafı meselelerine uygulanacaktır. Ancak üye devlet olmakla beraber Birleşik Krallık İrlanda ve Danimarka tarafından belirli koşullar gerçekleştikten sonra uygulanacaktır.

Birleşik Krallık'ın ROMA II Tüzüğünü kendi iç hukuk bünyesine intikal ettirebilmesi için adaptasyon ve uygulama katılım prosedürünün tamamlanması gerekir. Birleşik Krallık'ın bünyesinde Tüzüğün uygulanmasını sağlayacak yasal düzenlemelerin gecikme nedenlerinden birisi ise, İngiliz hukukunun haksız fiillere uygulanacak hukuku tespit ederken izlemiş olduğu metodun Kara Avrupası hukuk sistemlerinden farklı olmasıdır. Genel olarak iç maddi hukukunun ve kanunlar ihtilafı düzenlemelerinin farklı sistem ve metoda dayanması bu adaptasyonu haklı olarak geciktirmektedir¹⁴².

Birleşik Krallık hukukuna adaptasyonun sağlanması adına yapılan değişikliklere bakacak olursak; genel kural haksız fiili oluşturan olayların meydana geldiği yer hukukunun uygulanmasıdır. Bu uygulamanın benimsenmesinde, öngörülen kuralın İngiliz hukukunun

¹⁴¹ Günseli **Öztekin-Gelgel**, *Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Avrupa Birliği Düzenlemesi*, İstanbul 2006, s. 14.

¹⁴² Günseli-Öztekin, s. 20.

mevcut sistemini aksettirmesi ve Avrupa ülkelerinin çoğundaki sistemle uyum sağlaması, dolayısıyla bu yeknesaklığın büyük ölçüde “forum shopping”¹⁴³ i önlemesi gibi düşüncelerin göz önünde tutulduğu ifade edilmiştir¹⁴⁴.

Vergi, gümrük, idari meseleler ve devletin sorumluluğu veya kamu otoritesinin kullanılması ile ilgili akit dışı fiillerden doğan sorumluluk Tüzüğün uygulama alanına girmemektedir. Tüzüğe göre zarar kavramı haksız fiil, sebepsiz zenginleşme, vekâletsiz iş görme ve sözleşme müzakereleri sırasındaki kusurun sonuçlarını içermektedir. Bunun yanı sıra tüzük bazı özel akit dışı borç ilişkilerine de yer vermiştir.

Tüzüğün kapsamına dâhil olmayan durumlar sayma yolu belirtilmiştir. Bunlar; nafaka yükümlülüğü dâhil olmak üzere aile hukukuna ilişkin konular, evlilik mal rejimine ve mirasa ilişkin ait dışı borç ihtilafları, kıymetli evrak hukukundan kaynaklanan ihtilaflar ile şirketler, dernekler ve tüzel kişiler hukukundan doğan ihtilaflardır. Tüzük taslağında kişilik haklarının sadece medya yoluyla ihlali halinde Tüzüğün uygulanacağına karar verilmiş ancak sonradan kişilik hakları tamamen tüzüğün uygulama alanından çıkarılmıştır¹⁴⁵.

Acaba Tüzükte yer alan kurallar sadece AB üyesi ülke ile ilişkili olaylara mı uygulanacak, yoksa üçüncü bir ülke ile bağlantılı olaylara da uygulanacak mıdır? Roma II Tüzüğü, Birlik üyesi olsun olmasın farklı devletlerin hukuku, ilgili akit dışı borç ilişkilerine uygulanacaktır; dolayısıyla yabancılik unsuru taşıyan hukuki bir olayın, bir üye ülke ile temas halinde bulunuyor olma zorunluluğu olmaksızın uygulama alanı bulacaktır. Ayrıca Tüzüğün 3. maddesi, Tüzük uyarınca uygulanacak hukukun mutlaka Birlik üyesi bir ülke

¹⁴³ Tarafların, ortak iradeleriyle aralarındaki uyuşmazlığı istedikleri mahkemeye götürebilmeleri ile davacının davasını yetkili mahkemelerden birinde gördürebilmesi birbirinden farklı şeylerdir. Davacının davası için bir çok yetkili mahkeme arasından münhasıran kendi menfaatini düşünerek seçim yapabilmesi imkanı, İngiliz ve Amerikan dilindeki kullanımıyla “forum shopping” olarak ifade edilir. Milletlerarası olaylarda forum shopping çeşitli sebeplere dayanabilir. Özellikle davacının başvurduğu mahkemenin kanunlar ihtilafı kurallarından istifade ile uyuşmazlığının belirli bir maddi hukuka tabi tutulmasını temin edebilmesi veya seçtiği devlet mahkemesinden alacağı kararı kolaylıkla icra ettirebilmesi, bu sebeplerin en önemlilerinden biridir (Nomer ve Şanlı, s. 463).

¹⁴⁴ Nihal **Uluocak**, “Milletlerarası Haksız Fiiller Konusunda Avrupa Birliğindeki Son Gelişmeler ve Birleşik Krallığın Yeni Düzenlemesi (Birleşik Krallık)”, *Ünal Tekinalp’ e Armağan*, İstanbul 2003, s. 1119.

¹⁴⁵ Öztekin-Gelgel, s. 241; Tarman, Roma II, s. 197.

hukuku olması gerekmediğini, yeri geldiğinde üçüncü bir ülkenin hukukunun da uygulama alanı bulabileceğini ifade etmiştir¹⁴⁶.

C. ROMA II TÜZÜĞÜNE GÖRE HAKSIZ FİİLLERE UYGULANACAK HUKUK

Haksız fiillerden doğan kanunlar ihtilafı alanında teklif edilen bağlama kuralları, çeşitli zaman dilimleri ve hukukçular için de farklılık göstermiştir. Uzun yıllar akit kanunu, Fransız hukukçular tarafından savunulmuş ve buna göre yabancı ülkede işlenmiş olan bir haksız fiilin aynen akitlerde ve akit benzerlerinde olduğu gibi, önceden taraf iradeleri ile saptanmış olan bir kanuna tâbi kılınması aranmıştır. Bazı Alman hukukçuları ise haksız fiilden doğan kanunlar ihtilafı alanında şahsi kanunun uygulanmasını savunmuşlardır. İka yeri kuralı ile birlikte uygulanması en fazla teklif edilen kural ise, hâkimin hukukunun uygulanması olmuştur. Haksız fiilden doğan kanunlar ihtilafı alanını en fazla etkilemiş olan bağlama kuralı ise “ika yeri hukuku” kuralı olmuştur¹⁴⁷.

Tüzük haksız fiillere uygulanacak olan hukuku genel nitelikte haksız fiiller için uygulanacak hukuk ve özel nitelikte haksız fiiller için uygulanacak hukuk olmak üzere ikiye ayırmıştır. Biz öncelikle genel kuralları inceledikten sonra özel nitelikte kuralları inceleyeceğiz.

1. Genel Kural

a. Zararın Meydana Geldiği Yer Hukuku

Akit dışı borç ilişkilerine uygulanacak genel bağlama kuralı Tüzüğe göre zararın meydana geldiği yer hukukudur. Türk hukukunda ise, bu genel kuraldan ayrılmış olup asıl bağlama kuralı haksız fiilin ika yeri hukukudur. Ancak haksız fiilin ika edildiği yer ile zararın meydana geldiği yer farklı ülkeler ise, o zaman zararın meydana geldiği yer ülke hukuku devreye girecektir.

¹⁴⁶ Tarman, Roma II, s. 198.

¹⁴⁷ Öztekin- Gelgel, s. 85.

Fransız içtihadındaki milletlerarası yetki konusundaki ilk gelişmeler, Lautour Kararı olarak bilinen, Fransız Yargıtay'ının bir trafik kazası nedeniyle verdiği kararla oluşmuştur. Burada ilk olarak haksız fiilin meydana geldiği ülke yasası kuralı, etkin doktrin tarafından da savunulmuştur¹⁴⁸.

Zarar kavramı ile kastedilen hukuken korunan menfaatin doğrudan zarar görmüş olduğu yer olup, dolaylı zararın meydana geldiği yer önem taşımamaktadır. Zarar yeri kriterinin benimsenmiş olmasının nedeni taraflar arasındaki menfaat dengesinin sağlanmasıdır.

b. Tarafların Müşterek Mutad Mesken Hukuku

Yukarıda anlatıldığı üzere Tüzük, genel bağlama kuralı olarak zararın meydana geldiği yer kriterini benimsemişti. Ancak bu durumun, her zaman adil sonuçlara yer vermeyeceği düşüncesi ile Tüzükte bu ana kurala istisna teşkil eden durumlara da yer verilmiştir. Bunlardan birisi de tarafların mutad mesken hukukudur¹⁴⁹. Buna göre; failin ve zarar görenin müşterek bir yerde ikamet etmeleri halinde, zarar nerede meydana gelmiş olursa olsun, olaya tarafların müşterek mutad mesken yeri hukuku uygulanacaktır. Örneğin; bir seyahat acentesi ile bayram tatillerini geçirmek için Mısır'da bulunan fakat İstanbul'da ikamet eden kişiler arasındaki haksız fiilden kaynaklanan borç ilişkisine uygulanacak hukuk, müşterek mutad mesken yeri hukuku olan Türk hukukuna göre tayin edilecektir. Müşterek mutad mesken yeri hukuku ile getirilmiş olan bu istisnai durum, sadece genel haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen durumlarda değil aynı zamanda imalâtçının sorumluluğu, vekâletsiz iş görme ve sebepsiz zenginleşme gibi konularını düzenleyen maddelerdeki özel nitelikteki kurallara da istisna teşkil etmektedir¹⁵⁰.

¹⁴⁸ Nihal **Uluocak**, "Milletlerarası Haksız Fiil İhtilaflarında Fransız İçtihadındaki Yeni Gelişmeler (Fransız İçtihadı)", *MHB Prof. Dr. Ergin NOMER' e Armağan*, Yıl 22, S. 2/2002, s. 951.

¹⁴⁹ Bilhassa Amerikan uygulamasında tercih edilen istisnadır (Öztekin-Gelgel, s. 101).

¹⁵⁰ Tarman, Roma II, s. 200.

Genel kuralın zarar yeri hukuku olmasından hareketle, bu kural istisnai olarak uygulanacaktır. Müşterek hukukun uygulanması, genel kuralın çok tesadüfî olduğu durumlarda, daha adil çözümlere ulaşmak için devreye girecektir¹⁵¹.

c. İka Yerinin Emniyet-Asayiş ve Yürütme Kuralları

Zarara neden olayın meydana geldiği yer ve zamandaki emniyet-asayiş ve yürütme kuralları dikkate alınmalıdır. Emniyet-asayiş ve yürütme kuralları uygulanacak hukuk değil, hukuk uygulanırken dikkate alınması gereken hususlardır. Emniyet-asayiş kuralları, fiilin ika tarihinde öngörülebilir olmalı ve zararın meydana geldiği yer veya tarafların müşterek mutad mesken hukukuna bağlı olmamalıdır. Örneğin; iki Türk turistin tatillerini geçirdikleri Fransa'da kiraladıkları arabalar ile bir trafik kazası geçirmeleri durumunda uygulanacak hukuk müşterek mutad mesken hukuku olan Türk hukuku olmasına rağmen, kusur sorunu Fransa'da geçerli olan trafik kurallarına göre tespit edilecektir¹⁵².

Milletlerarası kamu düzeninin haksız fiil ihtilaflarına uygulanmasına ilişkin olarak, mevcut kuralların oluşmasına zemin hazırlayan Fransız Yargıtayı'nın kararları mevcuttur. 1948 tarihli Lautour olayında, tarafları Fransız vatandaşı olan bir kaza, İspanya'da vuku bulmuştur. Davacı Fransa'da açmış olduğu davada, Fransız yasası hükümlerine dayanarak tazminat talebinde bulunmuştur. Davalı ise davada savunmasını, haksız fiilin ve zararın gerçekleştiği yer olan İspanyol yasasının uygulanması gerekliliğine dayanarak yapmıştır. Savunma İstinaf yargıçları tarafından reddedilmesine rağmen Fransız Yargıtay'ı kararı milletlerarası kamu düzenine dayanarak bozmuştur¹⁵³. *Kieger* davasında, Federal Almanya'da meydana gelen trafik kazasında davacı, maddi ve manevi tazminat talebinde bulunmuş, yetkili haksız fiil yasası olan Alman Yasası ise, manevi tazminata yer vermemektedir. Paris İstinaf Mahkemesi, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin yasaların amacının zarar göreni korumak olması nedeni ile Fransız Medeni Kanunu'nda yer alan emniyet ve asayiş yasası vasfı ile Fransız milletlerarası kamu düzeninden sayıldığı

¹⁵¹ Öztekin-Gelgel, s. 104.

¹⁵² Tarman, Roma II, s. 200.

¹⁵³ Pierre **Mayer** ve Vincent **Heuzé**, *Droit International Privé*, 8e édition, Paris 2004, s. 500.

esasından hareketle, manevi tazminatı reddeden haksız fiil yeri yasasının, Fransız hukukunun temel prensipleri yerine ikâme edilemeyeceğine ilişkin kararını Fransız Yargıtay'ı şu gerekçe ile bozmuştur: “ Yetkili yasanın manevi tazminata yer vermemiş olması, iç haksız fiil kurallarına uygun olmasa da, bu durumun, milletlerarası kamu düzeni anlamında, kamu düzenine aykırılığı mütalaa edilemez, dolayısıyla normal yetkili yasayı bertaraf edemez”¹⁵⁴.

Fransız içtihadının diğer kararları, zararın tazmin miktarının saptanması ve 1971 tarihli Lahey Sözleşmesinin¹⁵⁵ re'sen uygulanmasının milletlerarası kamu düzeni kavramının uygulanmasına önderlik etmiştir. Trafik kazasının söz konusu olduğu diğer bir davada Fransız Yargıtay'ı, yetkili hukukun re'sen uygulanmasında Lahey Sözleşmesi'ni uygulamıştır. Söz konusu olayda, Fransa'da tescil edilmiş bir otomobilin yolcusu olan Fransız bayan, aracın İspanya'da bu ülkede tescil edilmiş diğer bir araçla çarpışması sonucu yaralanıyor. Açılan tazminat davasında Fransız İstinaf Mahkemesi tazminata hükmetmek için, Trafik Kazalarına dair 1971 tarihli Lahey Sözleşmesi m. 3'te gösterilen yetkili yasanın, aynı Sözleşmenin m. 10'a göre, “şayet kamu düzeni ile bağdaşmıyorsa bertaraf edilebileceğine” dair kuralını dikkate alarak, olayda uygulanan 5 Temmuz 1985 tarihli Fransız Trafik Yasası'nın kamu düzeni karakterli olmasının ciddi herhangi bir itirazla karşılaşmaması nedeniyle, Fransız yasasının uygulayarak karşı tarafı ve İspanyol sigortacısını tazminata mahkûm ediyor. Yargıtay ise “Bu kararın, İspanyol yasasının yegâne yetkili yasa olmasına karşın, esas yargıçların ileri sürdükleri gerekçeler ile bu yasanın milletlerarası anlamda kamu düzenine ne ölçüde aşikâr olarak aykırı bulunduğunu yeterince araştırmadan karar vermiş olmaları nedeniyle öngörülen metinler muvacehesinde kararın hukuki dayanaktan yoksun olduğunu” kararlaştırmıştır¹⁵⁶.

¹⁵⁴ Uluocak, Fransız İctihadı, s. 960.

¹⁵⁵ <http://search.toolbars.alexa.com/?ver=alxf2.01&src=ab&aid=5OR0d1e1q900yt&q=Conclue+a%CC%80+La+Haye+le+4+mai+1971,E.T:19.04.2011, 09:06.>

¹⁵⁶ Uluocak, Fransız İctihadı, s. 963.

d. İstisna Hükümü

Halin icabından akit dışı borç ilişkisinin başka bir ülke ile daha sıkı ilişkili olduğu anlaşılır ise, akit dışı borç ilişkisine yukarıda anlatılan hukuklar değil, daha sıkı ilişkili olan ülkenin hukuku uygulanır. Bu istisna hükmü, haksız fiiller ile ilgili olarak getirilmişse de sebepsiz zenginleşme ve vekâletsiz iş görme konularının düzenlendiği maddelerde de aynı hükme yer verilmiştir¹⁵⁷. Yine Fransız içtihadında “principe de proximité”¹⁵⁸(yakınlık) ilkesine dayalı olarak verilmiş olan kararlar mevcuttur¹⁵⁹. Daha sıkı ilişkili hukukun şunlardan biri olması muhtemeldir:

- Zarar veren veya kayba sebep olduğu iddia edilen kişi ile mağdurun müşterek mutad meskenleri,
- Taraflar arasında daha önce mevcut olan kanuni veya fiili ilişki,
- Daha sıkı ilişkili hukuku belirlerken tüm bu ihtimaller dışında sıkı ilişki kesin görülebilir, belirlenebilir ve en önemlisi yeknesak bir sonuç yaratabilir olması,
- Aşırı yetkiyi önlemek amacıyla kanuni beklentilerin korunması amacına hizmet edebilecek bir hukukun olması,

¹⁵⁷ Tarman, Roma II, s. 202.

¹⁵⁸ Mayer ve Heuzé, s. 350.

¹⁵⁹ Karara konu olay şöyle gelişmiştir: Bir İngiliz şirketinin, Kuzey Denizi’nde petrol sondajı için kullandığı platformun batması sonucu, Fransız imalatçı şirket aleyhine, Fransa’da açtığı akdi sorumluluk davası, “sözleşmenin tabi olduğu ve İngiliz hukukundaki zamanaşımının usule ilişkin olması nedeniyle, vasıflandırmadan kaynaklanan atfın, akitlerde irade muhtariyetine dayalı yasanın münhasır yetkisinin her türlü atfı dışladığı gerekçeleri ile reddedilmiştir. İngiliz şirketi bu sefer başvurusunu haksız fiil sorumluluğuna dayandırarak, diğer bir İngiliz şirketine karşı, imalatçılara İngiliz hukukunun öngördüğü sertifikaları tevdi etmeden sonuncular nezdinde yükümlü bulunduğu kontrol görevini kötü kullandığı gerekçesiyle tazminat davası açıyor ve denetimin kısmen Fransa’da icra edildiği gerekçesinden hareketle, Fransız hukukunun uygulanmasını talep ediyor. Paris istinaf yargıçları ise daha sıkı ilişkili olan İskoç hukukunu uyguluyor. Yapılan temyiz başvurusu ise şu gerekçelerle reddediliyor: “Davalı İngiliz şirketi denetim görevini, Fransa’da olduğu gibi aynen Londra, Belçika ve Almanya’da yapmakta olup, zarar doğuran olayın birden çok ülkede vuku bulması dolayısıyla, olayın en sıkı ilişki içerisinde bulunduğu ülke hukukunun gözetilmesi gereğinden hareketle, tarafların çoğunlukla İngiliz şirketi oluşu, akitlerinde bu hukuka yer vermiş olmaları ve davalı şirketin denetim sertifikası verebilmesi için Britanya Vergi Bakanlığı tarafından yetkilendirilmiş bulunduğu gibi faktörler göz önünde tutulduğunda, Britanya dışında meydana gelen haksız fiil unsurlarının bazılarının sonucu saptamaya yeterli bulunmadığı dolayısıyla İstinaf yargıçlarının İskoç yasasını zararın meydana geldiği yer olarak doğru saptadığı, diğer yandan, davalı şirketin haksız fiil sorumluluğunun dolayısıyla tazminat yükümlülüğünün yetkili hukuk tarafından “taraflar arasında yeterli yakınlığın bulunması” (proximite ilkesi) gibi bir koşula bağlayan hükmünün Fransız milletlerarası kamu düzenine aykırı bulunmadığı göz önünde tutularak” İstinafin kararının onaylanması uygun görülmüştür.” Bu karar ile haksız fiile ilişkin olayın birden çok ülkede meydana gelmesi durumunda zarar doğuran olayın en sıkı ilişkili olduğu ülke bağlantısının saptanmasında “en sıkı ilişki içinde bulunma” (proximite) kavramı Fransız içtihadında ilk kez kullanılmış oldu” (Uluocak, Fransız İçtihadı, s. 957).

- Tarafların sigorta poliçesine ekledikleri yabancı hukuk haksız fiil ilişkisine de uygulanabilir¹⁶⁰.

e. Hukuk Seçimi İmkânı

Hukuk seçimi imkânı sınırsız olmayıp bu hakka getirilmiş olan iki sınırlama nedeni mevcuttur. Buna göre, taraflar ihtilafın meydana gelmesinden sonra veya taraflardan her biri ticari bir faaliyet ilişkisi içerisinde ise ihtilafın meydana gelmesinden önce de serbestçe müzakere etmek şartıyla akit dışı borç ilişkilerine uygulanacak olan hukuku seçebilirler. Buradaki seçimin sınırlı tutulmasının amacı ise güçsüz konumda olan kişinin korunarak, taraflar arasındaki menfaat dengesinin sağlanmasıdır.

Akdi borç ilişkilerini düzenleyen Roma I Tüzüğü'nde de doğal olarak serbest hukuk seçimi imkânı getirilmiş olup, herhangi bir sınırlamaya tâbi tutulmamıştır. Taraflar, AB üyesi olsun olmasın, diledikleri devletin hukukunu seçebilirler. Burada hukuk seçiminin yapılışı için belirli bir şekil şartı da aranmamıştır. Hukuk seçiminin mutlaka esas sözleşmeye konulacak bir hükümle yapılması zorunlu değildir. Esas sözleşmeden ayrı olarak, sadece hukuk seçimine ilişkin bir anlaşmayla da yapılabilir. Sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk açıkça seçilebileceği gibi zımni olarak da seçilebilir. Yine sözleşmenin esasına uygulanacak olan hukuk, sözleşme yapılırken veya sözleşmenin yapılmasından önce seçilebileceği gibi sözleşmenin yapılmasından sonra da seçilebilir¹⁶¹.

Tarafların hukuk seçimine getirilmiş olan diğer bir sınırlama ise; haksız fiilin unsurlarından birinin veya hepsinin, seçim yapılmamış olsaydı yetkili olacak ülkenin emredici kurallarının, hukuk seçimi ile bertaraf edilemeyecektir. Haksız fiil ile ilgili unsurlardan birinin veya hepsinin AB üyesi devletlerden birinde gerçekleşmesi halinde, taraflar hukuk seçimi ile Topluluk hukukunun hükümlerinin uygulanmasına engel olamazlar. Bu durum,

¹⁶⁰ Öztekin- Gelgel, s. 114.

¹⁶¹ Tarman, Roma I, s. 310.

tarafların AB üyesi olmayan bir ülkenin hukukunu seçmeleri ihtimalinde önem taşıyacaktır. Seçilen hukuk, üçüncü kişilerin hak ve borçları üzerinde etkili değildir¹⁶².

Türkiye AB'ye üye olmadığından dolayı gerek Roma I Tüzüğü, gerek Roma II Tüzüğü uygulama alanı bulmayacaktır. 5718 sayılı MÖHUK hazırlanıp yürürlüğe girdiği tarihte henüz Roma II Tüzüğü uygulama alanı bulmamış idi. Bu nedenle bu iki düzenleme arasında farklar mevcuttur. Türkiye'nin AB'ye dâhil olma çabaları göz önünde bulundurulduğunda, iç hukuk düzenlememiz olan 5718 sayılı MÖHUK'u Tüzük ile uyumlu hale getirmeliyiz. Zira Roma II Tüzüğü AB'ye üye olsun olmasın, ülkeler açısından akit dışı borç ilişkileri ile ilgili temel bir metin olarak görülmektedir.

II) 5718 SAYILI MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK VE USUL HUKUKU HAKKINDA KANUN UYARINCA UYGULANMASI SÖZ KONUSU OLAN BAĞLAMA KURALLARI

A. GENEL OLARAK

5718 sayılı MÖHUK'un 2. maddesinde kabul edilen kural, kanunda yer alan neredeyse bütün bağlama kuralları üzerinde etkili olduğundan, haksız fiiller bakımından bir değişikliği temsil etmektedir. Söz konusu maddenin 3. fıkrasında atıf, kişinin hukuku ve aile hukuku alanı dışında reddedilmiş olduğundan, 5718 sayılı kanunun 34 vd. maddelerinde yer alan haksız fiiller ile ilgili kurallar bakımından atıf ortaya çıkmayacaktır. Dolayısıyla haksız fiillerle ilgili bağlama kuralları, hangi hukukun uygulanmasını gösteriyorsa, o hukukun maddi hukuk kuralları uygulanacaktır¹⁶³.

¹⁶² Tarman, Roma II, s. 203.

¹⁶³ Bilgin **Tiryakioğlu**, "Genel Olarak Haksız Fiillere, Haksız Rekabete ve Rekabetin Engellenmesine Uygulanacak Hukuk (Haksız Fiiller)", *Avrupa da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri-Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi DR. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi Konferans Yayınları Dizisi-2*, İstanbul 2010, s. 211; Çelikel ve Erdem, s. 132; Nomer ve Şanlı, s. 151.

Haksız fiillere nerede ika edilirse edilsin hâkimin hukukunu yani lex fori'yi uygulamak, haksız fiile ilişkin kuralların emniyet ve asayiş kuralları olmasına dayandırılmaktadır. Haksız fiil anılan ülkede ifa edilmese bile, orada davanın açılmış olması hâkimin hukukunun uygulanması için yeterli olmaktadır. Ancak bu durumda da mahkemenin kötü niyetli olarak seçilmesi ve bu mahkemenin hukukunun uygulanması sağlanarak keyfi ve adil olmayan sonuçlara varılabilir¹⁶⁴.

MÖHUK'ta haksız fiiller m.34'te düzenlenmiştir. Bu madde altındaki fıkraları ayrı ayrı inceleyecek olup, bir bütün halinde söz konusu maddeye bakacak olur isek;

“(1) Haksız fiilden doğan borçlar haksız fiilin işlendiği ülke hukukuna tâbidir.

(2) Haksız fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yerin farklı ülkelerde olması halinde, zararın meydana geldiği ülke hukuku uygulanır.

(3) Haksız fiilden doğan borç ilişkisinin başka bir ülke ile daha sıkı ilişkili olması halinde bu ülke hukuku uygulanır.

(4) Haksız fiile veya sigorta sözleşmesine uygulanan hukuk imkân veriyorsa, zarar gören, talebini doğrudan doğruya sorumlunun sigortacısına karşı ileri sürebilir.

(5) Taraflar, haksız fiilin meydana gelmesinden sonra uygulanacak hukuku açık olarak seçebilirler.”

1. Haksız Fiilin İşlendiği Ülke Hukuku

a. 2675 sayılı MÖHUK Dönemi

2675 sayılı Kanun kabul edilene kadar yürürlükte olan EHVK¹⁶⁵ yapısal eksiklikleri nedeniyle ihtiyaçlara cevap verebilecek nitelikte değildi. 2675¹⁶⁶ sayılı Kanun'un kabul edilmesinden önceki hazırlık aşamasında, birbirinden farklı üç tane öntasarı hazırlanmıştır. Bunlar sırasıyla, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından hazırlanan “Milletlerarası Özel Hukuk ve Milletlerarası Usul Hukuku Hakkında Öntasarı”, Ankara Üniversitesi

¹⁶⁴ Tekinalp, s. 429.

¹⁶⁵ Türkiye’de Bulunan Ecnebilerin Hak ve Vazifeleri Hakkında 1930 tarihli Muvakkat Kanun.

¹⁶⁶ RG, 22.5.1982-17701.

Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi Prof. Dr. Erdoğan GÖĞER tarafından hazırlanan “Devletler Hususi Hukuku Yasa Öntasarısı” ile Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan “Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Kanunu Öntasarısı”dır. Bu öntasarılar incelendiği zaman EHVK’dan farklı olarak her üç tasarıda da haksız fiilden doğan kanunlar ihtilafı alanı düzenlenmiştir. Ayrıca GÖĞER tasarısı dışında kalan iki tasarıda da, haksız fiilden doğan kanunlar ihtilafı alanında, ika yeri kuralının benimsendiği görülmektedir. Yürütülen kanunlaştırma çalışmaları sırasında, TBMM’ne sevk edilecek metni hazırlama görevi Adalet Bakanlığı’na verilmiştir. Bakanlık ise, İstanbul tasarısını esas alıp, diğer tasarılarıdaki düzenlemelerden de faydalanmak suretiyle bir metin hazırlanmış ve bu metin 2675 sayılı MÖHUK’un temelini oluşturmuştur¹⁶⁷.

2675 sayılı MÖHUK haksız fiillere uygulanacak hukuk konusunu m. 25’te üç fıkra halinde düzenlenmiştir. 2675 sayılı MÖHUK’u yürürlükten kaldıran 5718 sayılı Kanun¹⁶⁸ da ise aynen bu üç fıkra muhafaza edilmiş olup, bu üç maddeye değişik fıkralar eklenmiştir. Fakat haksız fiillerin ayrı bir madde halinde ilk kez düzenlemeye kavuşması, 2675 sayılı Kanun ile gerçekleşmiş ve haksız fiiller konusunda ika yeri kuralı benimsenmiştir.

b. 5718 sayılı MÖHUK Dönemi

2007 yılında yürürlüğe giren 5718 sayılı MÖHUK, esas itibarıyla 2675 sayılı Kanunun yapısını muhafaza etmekle beraber, daha ayrıntılı ve daha fazla bağlama kuralı ihtiva içermektedir. 5718 sayılı Kanun, 2675 sayılı Kanun gibi başlıca üç kısımdan meydana gelmektedir. 5718 sayılı Kanunun birinci kısmının başlığı “Milletlerarası Özel Hukuk”, ikinci kısmının başlığı “Milletlerarası Usul Hukuku” ve son olarak üçüncü kısmının başlığı ise “Son Hükümler” şeklindedir. Haksız fiillere uygulanacak hukuk ise birinci kısmın içinde yer alan ikinci bölüm olan “Kanunlar İhtilafı” bölümünde yer almaktadır. 5718 sayılı Kanun ile ikinci bölümde ciddi değişiklikler yapılmış ve yeni maddeler kanuna eklenmiştir.

¹⁶⁷ Turgut **Turhan**, *Haksız Fiilden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında İka Yeri Kuralı (İka Yeri)*, Ankara 1989, s. 345.

¹⁶⁸ RG, 12.12.2007-26728.

Özellikle eşya hukuku ve borçlar hukuku alanındaki bağlama kurallarının sayısı artırılmıştır.

Haksız fiillerle ilgili yetkili hukuk konusunda çeşitli hukuk sistemlerinde değişik yöntemler kabul edilmiş olmakla birlikte, bunlar içinde en çok benimsenmiş olan kural haksız fiilin ika yeri hukukudur (lex loci delicti commissi)¹⁶⁹. Yukarıda da anlatıldığı üzere 2675 sayılı Kanun döneminde de benimsenmiş olan kural “haksız fiilin ika yeri hukuku”dur. Yani haksız fiilin ika edildiği yer ile bu fiilin sebebiyet verdiği zararın tazmin edilmesi nedeniyle açılan davaya bakan mahkemenin bulunduğu devletin aynı olması halinde meseleye uygulanacak olan hukuk konusunda bir ittifak mevcut olup, bu ittifak da “lex loci delicti commissi” kuralına dayanmaktadır¹⁷⁰. Bunun temelinde de haksız bir fiil gerçekleştiğinde bunun, gerçekleşen yer kamu düzenini ilgilendirdiği ve bu nedenle de haksız fiilin gerçekleştiği yer hukukunun en ilgili hukuk olduğudur. Diğer bir anlatımla ika yeri devletin hukuku uygulanarak orada bozulan kamu düzeni ve emniyet ve asayişin yerine getirilmesi amaçlanmaktadır¹⁷¹.

Özet olarak; Haksız fiilin ika yeri hukuku, Türk Hukuku’nda gerek 1330 tarihli EHVK, gerekse 2675 sayılı Kanun ve şu an yürürlükte olan 5718 sayılı Kanunumuz ile benimsenmiş olan bir bağlama kuralıdır.

c. İka Yeri Kuralının Benimsenmesinde Rol Oynayan Nedenler

İka yeri kuralının benimsenmesine yol açan nedenlere baktığımız zaman, ika yeri kuralının uygulanması ile gerçekleşeceği savunulan ilk değer “hukuki kesinlik ve güvenliğin sağlanması” olmuştur. Hukuki kesinlik ve güvenliği, önemli bir kanunlar ihtilafı değeri olarak gören Türk hukukçularına göre, kanunlar ihtilafı kuralları, hukuki muameleye giren taraflara verdiği güven ölçüsünde adaleti gerçekleştirmiş olur. Şüphesiz ki, güvenin

¹⁶⁹ Nomer ve Şanlı, s. 342; Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk (Haksız Fiiller)*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010, s. 323; Çelikel ve Erdem, s. 389.

¹⁷⁰ Erdoğan Göger, “Haksız Fiilden Doğan Borçların Tabi Olduğu Kanun (Haksız Fiil)”, *AÜHFD*, Yıl 1965-1966, C. 22-23, S. 1-4, s. 453.

¹⁷¹ Tekinalp, s. 315; Çelikel ve Erdem, s. 390; Doğan, Haksız Fiiller, s. 324.

bir şartı da, tarafların, kendilerine uygulanacak hukuku önceden bilmeleridir. Bu anlamda, kanunlar ihtilafı kurallarının konulmasına hâkim olan temel prensibin, kuralların taraflarca önceden bilinmesi ve dolayısıyla hukuki kesinlik ve güvenliğin sağlanması olduğunu söylemek mümkündür. Kişilerin davranışlarını bulundukları yere göre ayarlamaları “işlem güvenliği” için gereklidir. Kişiler, yapıldığı yerde haksız olmayan bir fiil için sorumlu tutulmamalıdır. Ama ika edildiği yerde haksız olan bir fiil için de sorumluluk kabul edilmelidir¹⁷².

İka yeri kuralının benimsenmesine yol açan diğer bir neden ise, milletlerarası karar uyumunun sağlanması olmuştur. Bir hukuk düzeninde mahkeme kararları arasında ahengin sağlanması esastır. Hukuk düzeninin sağlıklı işlemesi ve kişi haklarının teminatı, mahkeme kararları arasında bir ahengin kurulmasını gerektirir. Milletlerarası Özel Hukuk açısından da bir kararlar ahenginin sağlanması bu hukukun gereğidir. Bu uyumu sağlayacak olan ilk ve en önemli yol ise, kanunlar ihtilafı kurallarının birleştirilmesidir¹⁷³.

Bir diğer neden ise, tarafların haklı çıkar ve beklentilerine uygun olmasıdır. Kanunlar ihtilafı kuralları, tarafların eşit çıkar ve beklentisi olan özel hukuk ilişkilerinde, bu çıkar ve beklentileri gerçekleştirecek olan iç maddi hukuk kurallarının belirlenmesini sağlamak için getirilen gösterici hukuk kurallarıdır. Bu nedenle, tarafların eşit çıkar ve beklentisi olan özel hukuk ilişkilerinde, her iki taraf içinde objektif olan ve eşitlik esasına dayanan bağlama kurallarının getirilmesi, Milletlerarası Özel Hukukta adaletin sağlanması için esastır. İka yeri kuralı ise hem mağdurun hem de failin çıkar ve beklentilerine gerçekleştirecek bir yapıya sahiptir. İnsanlar, belli bir eylem veya işleme girişirlerken, bu eylem veya işleme giriştikleri yerde geçerli olan hukuk kurallarını dikkate alırlar. Bu nedenle belli bir eylemi veya işlemi nedeniyle kendisine karşı sorumluluk iddiasında bulunan kişinin de kendisine, bu eylem veya işlemi gerçekleştirdiği yerdeki hukuk kurallarının uygulanmasını beklemesi en doğal hakkıdır. Bu açıdan zarar verenin lehinedir. Aynı şekilde zarar gören açısından baktığımızda, haksız fiilden doğan kanunlar ihtilafı alanında mağdurun haklı çıkar ve beklentisi, meydana gelen zararın, içinde yaşadığı toplumu çevreleyen hukuk

¹⁷² Tekinalp, s. 430; Turhan, İka Yeri, s. 351.

¹⁷³ Turhan, İka Yeri, s. 352.

kurallarına göre tazmin edilmesidir. Zarar görenin bu haklı çıkar ve beklentisinin ise, ika yeri olarak, zararın meydana geldiği yer kanunlarının uygulanması ile gerçekleşebilecektir¹⁷⁴.

Son olarak ika yeri kuralının benimsenmesinde önemli rol oynayan neden, ika yeri kuralının uygulanmasının, ika yerindeki toplumsal düzeni koruduğu iddiasıdır. Devletlerin getirecekleri hukuk kuralları ile ülkelerinde hüküm sürmekte olan toplumsal düzeni korumakla görevli oldukları genellikle kabul edilen bir husustur. Türk doktrinde bu görüşü savunan hukukçulara göre, devlet ülkesinde yaşayan herkesin hakkını; şiddet, kötünîyet ve ihmale karşı korumakla mükelleftir. Haksız fiiller de ika edildikleri yerdeki toplumsal düzeni bozacakları için, bozulan toplumsal düzenin düzeltilmesi ve meydana gelen zararın giderilmesi, fiilin ika edildiği yerde yürürlükte bulunan hukuk kurallarının uygulanmasını gerektirir. Bu nedenle ne gibi fiillerin haksız fiil sayılacağı ve bu fiillerin ne gibi müeyyidelere tabi kılınacağı meselesi, fail ile mağdurun vatandaşlıkları dikkate alınmaksızın ika yeri kanunlarının uygulanmasını gerektirir¹⁷⁵.

d. İka Yerinin Saptanması Sorunu

İka yerinin saptanmasını güçleştiren ve saptama işlemini bir sorun haline getiren haller temelde üç tanedir. Bu haller; fiilin işlendiği yerle zararın meydana geldiği yerin birbirinden farklı olması, fiilin işlendiği yer ile zararın ortaya çıktığı yerin birbirinden farklı olması, haksız fiilin işlendiği yerin hiçbir devletin egemenliğine girmemesi halidir¹⁷⁶.

¹⁷⁴ Tekinalp, 430.

¹⁷⁵ Turhan, İka Yeri, s. 355.

¹⁷⁶ “5718 sayılı MÖHUK’da haksız fiiller alanında kabul edilen bağlama kuralları dikkate alındığında, fiil yeri ve zarar yerinin belli bir ülkenin egemenlik alanı dışında olması halinde, uygulanacak hukukun tespitine imkân tanıyan bir çözüm yolu kabul edilmiştir. Bu çözüm şekli, açık hüküm olmayan hallerde de kabul edilen, sıkı ilişkili yer hukukudur. Gemi ya da hava gemilerinin sebep olduğu ya da gemi veya hava gemilerinin açık denizlerde olduğu esnada araç içinde meydana gelen haksız fiiller bakımından hâkim, önceki dönemde doktrinde savunulan bayrak kuralı veya sicil yeri kuralını sıkı ilişkinin tespitinde bir veri olarak nazara alarak, haksız fiilin sıkı ilişki içinde bulunduğu yer hukukunu tespit edecek ve ihtilafa bu yer hukukunu uygulayarak maddi çözüme kavuşturacaktır. İka yerinin tespitinde güçlük olan hallerde de, tabîî ki, taraflar haksız fiilin işlenmesinden sonra aralarında anlaşarak uygulanacak hukuku tespit edebilirler”, (Doğan, Haksız Fiiller, s. 328).

İnternet yolu ile işlenen haksız fiilleri de bunlar arasında sayabiliriz¹⁷⁷. Zira internetin yapısı itibariyle zararın nerede doğduğunu ve uygulanacak hukuku tespiti etmek çoğu zaman problem teşkil etmektedir.

Fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yerin birbirinden farklı olması hali yabancı doktrinde olduğu gibi Türk doktrininde de etraflıca tartışılmış ve MÖHUK m.34/ 2 tarafından düzenlenmiştir. Bu durumda ika yerinin saptanması için üç ayrı sistemin uygulanması teklif edilmiştir. Bunlar; fiilin işlendiği yer, zararın ortaya çıktığı yer ile ika yerinin bizzat mağdur veya mahkeme tarafından yine mağdur lehine yapılacak olan seçimle saptanması halidir.

Fiilin işlendiği yeri ika yeri olarak kabul eden sistemi eleştiren Türk hukukçuları, fiilin işlendiği yeri ika yeri olarak kabul etmekle haksız ve gereksiz yere failin korunmuş olduğunu iddia etmektedirler. Oysaki burada eleştirilmesi gereken husus failin korunduğu iddiası değildir. Haksız fiilin en önemli kurucu unsuru zarar unsuru olup, zararın ortaya çıktığı yer kanunlarına göre haksız sayılmayan bir fiili, fiilin işlendiği yer kanunlarına göre haksız saymak, müessesenin mahiyetine aykırıdır¹⁷⁸. Sonuç olarak unutmamak gerekir ki, özellikle fiilin birden ziyade devlet ülkesinde işlendiği hallerde, fiilin işlendiği yeri ika yeri olarak kabul eden sistemden hareketle ika yerini saptamak güçtür¹⁷⁹.

İka yerinin bizzat zarar gören veya mahkeme tarafından yine zarar gören lehine yapılacak olan seçimle saptanması sistemine getirilmiş olan eleştiriler ise, sistemin haksız yere zarar göreni korumuş olmasıdır. Herhangi bir haksız fiil ilişkisi içinde, tarafların hak ve borçlarını, mağdurun tek yanlı olarak seçeceği yer kanunlarına tabi kılınmasını haklı gösterecek hiçbir gerekçe yoktur. Aynı zamanda, mağdurun lehine olan kanun ister bizzat

¹⁷⁷ Yavuz **Kaplan**, *İnternet Ortamında Fikri Hakların Korunmasına Uygulanacak Hukuk*, Ankara 2004, s. 24.

¹⁷⁸ “Esasen haksız fiil ika yeri kuralı, fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yerin aynı ülkede olması faraziyesinden güç almaktadır. Bazı hallerde fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği ülke farklı olabilir. Bu durumda da her zaman haksız fiil ilişkisine haksız fiilin ika yeri hukukunu uygulamak adil sonuçlara ulaşmayı engelleyecektir”, (Çelikel ve Erdem, s. 390).

¹⁷⁹ Doğan, *Haksız Fiiller*, s. 324; Tekinalp, s. 431; Turhan, *İka Yeri*, s. 359.

mağdur, ister mahkeme tarafından saptansın, böyle bir seçim işleminin hem mağdura hem de mahkemeye aşırı yük yükleyeceği ortadadır¹⁸⁰.

Fiilin işlendiği yeri ika yeri olarak kabul eden sistemle seçimin mağdur lehine olarak mağdura veya mahkemeye bırakan sisteme eleştirel olarak bakan hukukçuların hemen hepsi “zararın meydana geldiği yerin” ika yeri olarak kabul edilmesini savunmuşlardır. Zarar unsurunun haksız fiil ilişkisinin en önemli kurucu unsuru olması, zararın meydana geldiği yerin ika yeri olarak kabul edilmesinde en önemli rolü oynamıştır. Haksız fiil ilişkisinin meydana gelmesi ve mağdurun tazminat talebinde bulunabilmesi için zararın meydana gelmiş olması şarttır. Bu nedenle zarar unsurunu haksız fiil ilişkisinin en önemli unsuru saymak ve yabancı unsur içeren haksız fiilleri de zararın meydana geldiği yer kanunlarına tâbi kılmak doğru olacaktır. Zira bu görüş MÖHUK m. 34/ 2 hükmünün, zararın meydana geldiği yeri ika yeri olarak kabul etmesinde de önemli rol oynamıştır. Zararın ortaya çıktığı yerin ika yeri olarak kabul edilmesini savunan Türk hukukçularına göre, haksız fiilin faili, hareketini yalnız içinde yaşadığı memleketinin şartlarına göre değil, meydana getirdiği zararlar ihlal ettiği başka ülkelerin hukuk düzenlerine de uydurmakla mükelleftir. Bu nedenle, haksız fiil sonunda bozulan toplumsal düzen ve özellikle taraflar arasındaki menfaat dengesi fiilin işlendiği yerde değil, fakat zararın ortaya çıktığı yerde bozulmuş sayılmalı ve zararın ortaya çıktığı yer ika yeri olarak kabul olunmalıdır¹⁸¹.

Fransız hukukunda sonuç yeri hukuku esas alınmaktadır. Aynı düşünceden hareketle Amerikan hukukunda da “son olay yeri kavramı” benimsenmiştir. Alman hukukunda ise, ika yeri ve sonuç yerinin alternatif olarak zarar görenin menfaatine uygun bir şekilde bağlamada esas alınması eğilimi hâkim bulunmakta idi. Almanya’da müstakil bir MÖHUK bulunmamakla birlikte kanunlar ihtilafı kuralları, EGBGB olarak adlandırılan, Alman Medeni Kanunu’nun Tatbikat Kanunu’nda düzenlenmiştir. 1.6.1999’da yürürlüğe giren ve daha önce 1986’da haksız fiile ilişkin hükümleri düzenlenmemiş olan EGBGB’e eklenen m. 40’ta ise, yukarıda bahsedilen alternatif uygulama eğilimi terk edilerek zarar görene bir

¹⁸⁰ Turhan, İka Yeri, s. 359.

¹⁸¹ “Türk hukukunda zararın meydana geldiği yer tercih edilmiştir. Haksız fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yerin birbirinden farklı olması halinde, zararın meydana geldiği ülke hukuku esas alınıp uygulanacaktır”, (Nomer ve Şanlı, s. 343); Turhan, İka Yeri, s. 360.

seçim hakkı tanınmaktadır. Zarar gören, esas kural olan ika yeri hukuku yerine sonuç yeri hukukunu seçebilir. Ancak tarafların müşterek mutad meskeni varsa o hukuk uygulanır. İsviçre hukukunda (IPRG), taraflara, mahkemenin hukukunu seçme imkânı tanınmaktadır. Eğer bu yapılmamışsa, tarafların müşterek mutad mesken hukuku, bu müşterek hukuk söz konusu değilse ika yeri hukuku uygulanacaktır. Fakat sonuç yeri farklı ise sonuç yeri hukuku, zarar görenin, fiilin burada sonuçlanacağını hesaba katması beklenebilirse, uygulama alanı bulacaktır¹⁸².

İka yeri hukuku uygulanarak orada haksız fiil sonucu bozulan toplumsal denge sağlanmalıdır. İka yerinde elde edilen tazminat hakkı da müktesep hak olarak, ika yeri hukukunun uygulanmasını gerekli hale getirir. Diğer yandan ika yeri hukuku tarafların adalet hissine ve menfaatine uygundur ve bir haksız fiil ika edilince taraflar ika yeri hukukunun uygulanacağını önceden bilebilirler¹⁸³.

Kişilerin davranışlarını bulundukları yere göre ayarlamaları “işlem güvenliği” için gereklidir. Kişiler yapıldığı yerde haksız fiil teşkil etmeyen bir fiilden dolayı sorumlu tutulmamalıdır. Ama yapıldığı yerde haksız fiil teşkil eden bir fiilden dolayı da tarafların sorumluluğu söz konusu olmalıdır¹⁸⁴.

Bu bağlama kuralının benimsenmesinde etkili olan bir diğer etken ise haksız fiilin işlendiği yer hukukunun ayrıca o fiil ile en sıkı ilişkili hukuk olmasıdır. Her ne kadar en sıkı ilişkili ülke hukukunun uygulanması ayrı bir fıkra halinde düzenlenmiş olsa da, çoğu zaman bu iki fıkranın aynı olayda birleşmesi söz konudur¹⁸⁵.

¹⁸² Haksız fiilden doğan borçlar alanında haksız fiilin ika yeri hukuku prensibi, Fransa ve İtalya’da olduğu gibi, Türkiye’de de mutlak kural niteliğindedir. Zarar gören ve zarar verenin aynı tabiiyette olmaları, haksız fiillerden doğan borçlar alanında, Türk hukuku bakımından, daha sıkı irtibatlı ülke olmadığı müddetçe, önem taşımamaktadır. Aynı zamanda kamu düzeni haricinde Lex Fori yani hâkimin hukukunun uygulanmasının da ika yeri kurallarının uygulanması konusunda herhangi bir etkisi söz konusu olmayacaktır (Göğer, Haksız Fiiller, s. 483); Tekinalp, s. 432.

¹⁸³ Çelikel ve Erdem, s. 390.

¹⁸⁴ Tekinalp, s. 315.

¹⁸⁵ Doğan, Haksız Fiiller, s. 324; Çelikel ve Erdem, s. 390.

e. Birden Fazla Memleketlerle İlgili İka Yeri

İka yeri olarak, neticenin meydana geldiği yerin mi yoksa ilk harekete girilen yerin mi kabul edilmesi gerektiği hususunun tayini, özellikle bir ülkede başlayıp başka bir ülkede sonuçlanan haksız fiiller bakımından çok önemlidir. Örneğin; ABD'nin West Virginia eyaletinde, yol yapımı sebebiyle dinamit patlatılmıştır. Bu patlamanın tesiri ile Ohio'da bulunan bir dükkânın camları kırılmıştır. West Virginia kanunları mı yoksa Ohio kanunları mı tazminatta yetkilidir? Ukrayna'da silahlı yaralama eylemi gerçekleşmiş fakat zararlı sonuç, kişi Polonya'ya geçtikten sonra gerçekleşmiş ise, eylem hangi ülkede gerçekleşmiş sayılacaktır?

MÖHUK m.34/ 2'ye baktığımız zaman Türk Hukuku'nda zararın meydana geldiği yerin tercih edildiği anlaşılmaktadır. Yani haksız fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yerin farklı ülkelerde olması halinde, zararın meydana geldiği ülke hukuku uygulanır. Yukarıdaki örneğimizi cevaplayacak olursak, silahla yaralama eylemi Ukrayna'da gerçekleşmiş olmasına rağmen sonuç Polonya'da gerçekleştiği için, zararın meydana geldiği yer olan Polonya hukuku uygulanacaktır.

f. İka Yeri Kuralına Getirilen Eleştiriler

Haksız fiillere uygulanacak hukuk konusunda fiilin ika yeri kanununun uygulanması, hayatın fiili ihtiyaçları karşısında tereddütleri üzerine çekmektedir. Bu tereddüt, özellikle turist olarak kara nakil vasıtaları ile seyahat etmekte olan aynı tabiiyetteki kimseler arasında meydana gelen trafik kazaları ve bunun neticesinde ortaya çıkan zararlar ilgili dava halinde kendini açıkça göstermektedir. Böyle bir davaya bakan mahkemenin fiilin ika yeri hukuku kuralında ısrar etmesi olaya uygun düşmeyecektir. Bu tür bir haksız fiilde, tarafların menfaati, ika yeri hâkiminin mensup olduğu devletin emniyet ve asayişinin korunması

fikrinden daha ağır basmaktadır. Bu nedenle, ika yeri esasının kaynağı olan, memleketin emniyet ve asayişini koruma düşüncesinin burada artık bir faydası kalmayacaktır¹⁸⁶.

Haksız fiil yeri kuralı, fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yerin aynı ülkede olması faraziyesinden güç almaktadır. Ancak bazı hallerde haksız fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yerin farklı ülkelerde meydana gelmesi mümkündür. Örneğin Fransa'dan İsviçre'ye doğru havalanan bir uçakta, henüz Fransa hava sahası içinde iken işlenen bir haksız fiil neticelerini İsviçre'de meydana getirmiş ise uygulanması gereken hukuk hangisi olacaktır? Zira haksız fiilin ika yeri ile zararlı sonucun meydana geldiği yer birbirinden farklıdır. Bu gibi durumlar haksız fiilin ika yerinin neresi olduğu konusunda tereddütler meydana getirmektedir. Sadece bu fıkra ile bu gibi durumlara açıklık getirmek mümkün olmamaktadır. Bu nedenle bu açığı kapatmak, MÖHUK m.34/ 2'ye düşmüştür.

Yapmama fiilinin ihlal edilmesi sonucunda, ika yerinin nasıl tespit edileceği problemi karşımıza çıkmaktadır. Burada yapmama fiilinde bulunan kişinin, o esnadaki yerleşim yeri veya bulunduğu yer hukukunun uygulanması gerekliliği ileri sürülmüştür. Fakat yapmama halinde, genellikle kabul edilen bağlama kuralı “yapma mükellefiyetinin doğduğu yer hukuku”dur¹⁸⁷.

¹⁸⁶ “Bu fikri gelişmeye uygun olarak, yeni literatürde haksız fiillerden doğan borçlara uygulanacak hukuk probleminin çözümünü genel bir kurala bağlamaktansa, her müstakil olay için bir çözüm aranması eğilimi güçlenmektedir. Bu eğilim, özellikle aynı devlet vatandaşı olan şahıslar arasındaki haksız fiil olaylarında, belirli şartlar altında, tarafların ortak şahsi statülerini tatbik etmek isterken haklılık kazanacaktır. Ortak şahsi statü, zarar veren ile zarara uğrayan arasında, ika yerine nazaran, devamlılık arz eden ve gözden kaçırılmayacak bir bağlama unsuru olarak ortaya çıkmaktadır. Eğer iki Türk vatandaşı yabancı ülkede seyahat ederken arabalarıyla çarpışmışlarsa, tazminat probleminin, tarafların içerisinde yaşadıkları ortak Türk hukuku yerine, yabancı bir hukuk çerçevesinde çözümünü tercih ettirecek bir sebep bulmak kolay değildir. Buna karşılık, tarafların müşterek oturma yerinin tek başına haksız fiil yeri kaidesini bertaraf etmesini kabul etmek kolay değildir. Mahkemelerin ve doktrinin haksız fiil yeri hukukunu bertaraf etme çabaları maddi hukuk hakkaniyetini ve hukuk güvenliğini temin edebilecek genel bir bağlama kaidesine ulaşamadı” (Nomer ve Şanlı, s. 346); Göğer, Haksız Fiiller, s. 458.

¹⁸⁷ “Sonuç yerinin tercih sebebi, “hukuken korunan menfaatin zarara uğradığı yer” kurallarının, zarar gören tarafından göz önünde tutulmasıdır”, (Tekinalp, s. 432, 433).

2. Zararın Meydana Geldiği Ülke Hukuku

a. Genel Olarak

MÖHUK m. 34/ 2’de “fiilin işlendiği yerle zararın meydana geldiği yerin farklı ülkelerde olması halinde zararın meydana geldiği yer hukuku uygulanır” denmiştir. Fakat zararın meydana geldiği yerin neresi olduğu konusunda bir açıklama getirilmemiştir. Doktrinde genel kabul edilen görüşe göre, zararın meydana geldiği yer ile kastedilen husus, sonucun ortaya çıktığı yerdir. Burada tespit edilmesi gereken husus, hukuken korunması gereken menfaatin ihlali nedeniyle ortaya çıkan “sonucun nerede ortaya çıkmış olduğu”dur. Yani zararın meydana geldiği yerin tespit edilmesi sırasında dikkate alınması gereken yer, hukuken korunan menfaatin hukuka aykırı fiilden etkilenmeye başladığı yer olmayıp; bu menfaatin, hukuka aykırı fiilden etkilenmesi suretiyle “sonucun ortaya çıktığı” yerdir¹⁸⁸.

Fiili zararın, fiili takiben tek bir ülkede ortaya çıkması halinde zarar (=sonuç) yerinin saptanması zor olmamasına rağmen, maddi zararın bir ülkede, manevi zararın ise fiili takiben diğer bir ülkede ortaya çıkması halinde, ika yerinin saptanması güçleşmekte ve hatta bazı hallerde haksızlıklara dahi yol açabilmektedir. Örneğin, Türkiye’de kayıtlı olan otomobiline, hayattaki tek yakını olan yeğenini de almak suretiyle Almanya’ya doğru yola çıkan bir Türk iş adamının, Avusturya’da yine Türkiye’de kayıtlı ve sigortalı olan ve bir Türk vatandaşı tarafından kullanılmakta olan tırın çarpması sonucu, otomobili kullanan kişinin öldüğünü varsayalım. Mirasçısı olan yeğeni, zarara yola açan tır şoförü aleyhine Türk mahkemeleri önünde maddi ve manevi tazminat davası açmıştır. Burada hâkimin yapacağı ilk iş MÖHUK m. 34’ten hareketle ika yerinin neresi olduğunu saptamak olacaktır. Büyük olasılıkla, hâkim, kazanın Avusturya’da ortaya çıkmış olması ve meydana geldiği iddia olunan manevi zarar ile kaza arasında uygun illiyet bağı bulunduğu gerekçesinden hareketle, ika yerinin Avusturya olduğunu kabul edecek ve olaya Avusturya Kanunlarını uygulamak yoluna gidecektir. Olaya Avusturya iç maddi hukuk kurallarının uygulanması durumunda, hâkim maddi tazminat talebini kabul etmek, buna karşın manevi

¹⁸⁸ Doğan, Haksız Fiiller, s. 324; Çelikel ve Erdem, s. 392; Turhan, İka Yeri, s. 365.

tazminat talebini reddetmek durumundadır. Zira Avusturya Medeni Kanununa göre sağ kalan yeğenin mirasçı sıfatıyla manevi tazminat talep etmesi mümkün değildir. Maddi tazminat konusunda problem yoktur. Fakat sağ kalan yeğenin, amcasının ölümünden dolayı duyacağı elem veya kederi, geçici olarak bulunduğu Avusturya’da değil devamlı olarak ikamet ettiği Türkiye’de hissedeceği açıktır. Bu nedenle, Avusturya’da meydana gelen kazanın doğrudan bir sonucu olarak ortaya çıkan manevi zararın Avusturya’da değil, Türkiye’de ortaya çıktığını kabul etmek ve manevi zarar açısından ika yerinin Türkiye olduğunu söylemek daha doğru olacaktır. Böyle bir düşüncenin izlenmesi halinde, hâkimin maddi ve manevi tazminat talebine uygulanacak kanunu bölmesi ve maddi tazminat talebine Avusturya, manevi tazminat talebine ise, Türk kanunlarını uygulama yoluna gitmesi mümkündür. Ancak burada hâkimin yapması gereken hem Avusturya hem Türk kanunlarını ayrı ayrı uygulamaktan ziyade MÖHUK m. 34/ 3’te yer alan en sıkı ilişkili kanunu uygulamak olacaktır. Nitekim yukarıdaki örnekte, haksız fiilden doğan borç ilişkisinin, Avusturya’dan ziyade Türkiye ile daha sıkı ilişki içinde bulunduğunu söylemek mümkündür. Bu nedenle hâkimin, hem maddi hem de manevi tazminat talebini Avusturya kanunlarına tabi kılmasına veya maddi tazminat talebini Avusturya kanunlarına tabi kılmasına gerek yoktur. Burada hâkim, en sıkı ilişki bağından hareketle her iki tazminat talebine de Türk kanunlarını uygulayabilecektir¹⁸⁹.

Maddi hukukta fiil yeri ile neticenin, yani zararın doğduğu yer ayrımı önem taşımadığı halde kanunlar ihtilafı hukuku bakımından önemi ortaya çıkmaktadır. İster kusur sorumluluğu ister tehlike sorumluluğu söz konusu olsun, zararın meydana geldiği yer, özel hukuk açısından bağlama noktası olarak ele alınmaktadır. Burada sorumluluğun belirleyicisi, hukuki değer taşıyan bir varlığın zarara uğramasıdır. Buradaki zarar, haksız fiilin meydana geldiği anda mevcut olan zarardır. Haksız fiilin meydana geldiği anda meydana gelmiş olan zarar, maddi ve fiili bir zarar olması şartıyla, haksız fiilin işlendiği ülkeden farklı bir ülkede ortaya çıkmış ise, zararın meydana geldiği ülke hukuku haksız fiil hukuku olarak uygulanır. Zarar yeri, hem zarar veren hem de zarara uğrayan bakımından tesadüfî bir yer olsa dahi, tarafların şahsi hukuklarına göre, tarafsız ve objektif bir

¹⁸⁹ Çelikel ve Erdem, s. 391; Nomer ve Şanlı, s. 347; Turhan, İka Yeri, s. 367.

bağlanma noktası olarak zararın meydana geldiği yerin kullanılması tarafların daha da menfaatinedir¹⁹⁰.

b. Fiilin İşlendiği Yer ile Zararın Meydana Geldiği Yerin Birden Fazla Olduğu Hallerde İka Yerinin Saptanması Sorunu

Fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yerin birden fazla olması durumunda ika yerini tespit açısından karşımıza üç ihtimal çıkmaktadır.

İlk ihtimal, fiilin birden fazla devlet ülkesinde işlenmesine rağmen, zararın tek bir devlet ülkesinde ortaya çıkmış olması halidir. Burada herhangi bir sorun söz konusu olmayıp, Türk hâkimi, fiilin birden fazla devlet ülkesinde işlendiği, fakat zararın tek bir devlet ülkesinde ortaya çıktığı hallerde, zararın meydana geldiği yeri ika yeri olarak kabul edecektir¹⁹¹. Birkaç ika yeri fakat bir sonuç yeri bulunuyorsa ve mesela, Alman hukukundaki gibi zarar görene bir tercih imkânı tanınıyorsa, ika yerlerinden birini veya sonuç yerini seçmek mümkündür. Ancak EGBGB m. 40'ta bu alternatif imkân ortadan kaldırılmış ve sıkı ilişkili yerin belirlenmesi gerekli hale gelmiştir. Sonuç yerine ağırlık veren sistemlerde ise, sonuç yeri hukuku uygulanarak çözüme varılabilir. Eğer, ika yeri esas kabul ediliyorsa, ika yerlerinden biri seçilebilir¹⁹².

Diğer bir ihtimal ise, fiilin tek bir devlet ülkesinde işlenmesine rağmen, zararın birden fazla devlet ülkesinde ortaya çıkmış olması halidir. Bu halde ise, Türk hâkiminin, zararın meydana geldiği yerlerden birisini ika yeri olarak kabul etmesi mümkündür. Aslında sorumluluk hukukunun amacı, meydana gelen zararın tazmin yollarını açarak mağduru

¹⁹⁰ Bununla beraber, milletlerarası alanda yayın yapan medya yoluyla şahsiyet haklarının ihlalinde olduğu üzere, birçok ülkede gerçekleşen haksız fiillerde, zarar yerine bağlanmadan vazgeçilerek, fiil yerine bağlanma tercih edilmelidir. Bu tip haksız fiil olaylarında, fiil yeri hukukunun uygulanması meydana gelen bütün zararlar hakkında tek bir hukuka göre karar verilmesi gibi bir kolaylığı beraberinde getirir. E-posta yoluyla yapılan haksız fiillerde zarar yeri (mesajın okunduğu yer hukukunun, ancak bunun dışında internet aracılığıyla yapılan haksız fiillerde de aynı şekilde fiil yeri, yani haksız fiil failinin bilgisayarını kullandığı) yer hukuku geçerli olacaktır. Böylece aynı zamanda haksız fiil failinin, şahsına ilişkin bir bağlanma noktası tercih edilmektedir (Nomer ve Şanlı, s. 344).

¹⁹¹ Turhan, İka Yeri, s. 368.

¹⁹² Tekinalp, s. 434.

korumak olduğuna göre, Türk hâkiminin, mağdurun ikametgâhının bulunduğu yerle iç içe geçmiş olan zarar yerini ika yeri olarak kabul etmesi isabetli olacaktır. Mesela internet yoluyla kişisel haklara tecavüz halinde böyle bir sonuç ortaya çıkabilir.

Son olarak karşımıza çıkabilecek ihtimal ise, hem fiilin işlendiği, hem de zararın meydana geldiği yerin birden fazla olması halidir. Bu ihtimalde ise, her bir hukuka aykırı fiil ile bu fiilin doğrudan bir sonucu olarak ortaya çıkan zarar tespit edilebiliyorsa, her bir zarar için zararın meydana geldiği yeri ika yeri olarak kabul etmek mümkündür. Daha açık bir ifadeyle, her bir sonuç yeri hukuku o sonuçlar için uygulanır. Bunlar belirlenemiyor ise her bir fiil hakkında ika yeri bağlama kriteri olur. Aksi halde, ika yerinin tespit edilemediği gerekçesinden hareketle, uyuşmazlığı MÖHUK m. 34/3 gereğince en sıkı ilişkili kanuna tabi kılmak en doğru yol olacaktır. Bu durum ise daha çok radyo, televizyon ve basın yoluyla işlenen haksız fiillerde söz konusu olur¹⁹³.

c. Kuralın Kapsamı Dışında Kalan Haller

Haksız fiillerde bağlama kuralı olarak tespit edilen fiilin ika yeri, zarar ve sonuç yeri farklı ise; zarar yeri hukuku bazı hallerde uygulanmamaktadır. Bu haller hakkaniyet, imkânsızlık ve kamu düzeni gibi genel esaslara dayanmaktadır.

aa. Daha Sıkı İlişkili Hukuk

Haksız fiili ika eden ile kendisine haksız fiil yapılan taraf aynı vatandaşlığa sahip bulunursa ve fiilin ika yeri ile irtibat az olursa, haksız fiille sıkı ilişkiyi sağlayan hukuk olarak müşterek milli hukukun uygulanması durumlarında söz konusu olmaktadır.

¹⁹³ Kaplan, s. 224; Nomer ve Şanlı, s. 347.

bb. İka Yeri Hukukunun Belirlenememesi

İka yerinin hiçbir devletin hâkimiyeti altında bulunmayan bir yer olması halinde, ika yeri hukukunun tespit edilmesi mümkün olmamaktadır. Örnek verecek olursak; kutuplarda, açık denizlerde veya uzayda meydana gelen haksız fiillerde, ika yeri hukuku söz konusu uygulanamamaktadır. Bu hallerde milli hukuk, bayrak hukuku, sicil yeri hukuku, haksız fiil işleyen hukuku, haksız fiile maruz kalanın hukuku veya lex fori'nin uygulanması düşünülebilir¹⁹⁴.

Haksız fiil olayının, hiçbir devletin hâkimiyetine tabi olmamakla beraber gemi veya uçak gibi araçlar içinde meydana gelmesi halinde geminin veya uçağın bayrağı veya sicil yeri bir çeşit ika yeri anlamında uygulanacak hukuk olarak ileri sürülebilmektedir. Yine aynı şekilde, kişilerin müşterek milli hukukları veya yerleşim yeri veya mutad mesken hukukları veya haksız fiili yapan kişi ile fiile maruz kalan kişinin veya hâkimin hukuku da aynı şekilde teklif edilebilir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken nokta, olayın araç içinde geçmesi sebebi ile bir çeşit ika yerinin varlığının söz konusu edilebilmesidir. İka yeri sicile bağlı olarak ve onun yokluğu halinde bayrak esas alınarak tespit edilirse, daha sıkı ilişkili hukukun bulunmadığı hallerde uygulama alanı bulur¹⁹⁵.

Yine hiçbir devletin hâkimiyeti altında olmayan açık deniz veya havada meydana gelen çatışmalarda, bir milletlerarası anlaşmanın olmaması halinde, müşterek bayrak veya sicil yeri hukuku uygulanır. Müşterek hukukun bulunmaması halinde uygulanacak hukuk olarak, kusurlu aracın sicil yeri veya bayrak kanunu yahut da hâkimin hukuku bir çeşit ika yeri olarak ileri sürülebilir. Hatta zarara uğrayan geminin donatanının, alternatif olarak, zarara uğrayan veya kusurlu gemilerden birinin bayrağı hukukunun seçilebileceği de düşünülebilir. Karşılıklı kusur halinde her iki kusurun duruma göre birlikte uygulanması teklif edilebilir. Ancak bu gibi hallerde, belki de içinden çıkılmaz hukuki sorunları önlemek lex fori'nin uygulanması ile sağlanır, denilmektedir¹⁹⁶.

¹⁹⁴ Tekinalp, s. 444.

¹⁹⁵ Doğan, Haksız Fiiller, s. 328.

¹⁹⁶ Nomer ve Şanlı, s. 372; Tekinalp, s. 445; Çelikel ve Erdem, s. 395.

cc. Kamu Düzeni

Haksız fiiller alanında da, bağlama kuralı ile belirlenen hukuk, hâkimin kamu düzenine (ordre public) açıkça aykırı düşüyorsa uygulanmaz. Aynı şekilde Fransız hukukunda da kamu düzeninin (loi de police) söz konusu olduğu hallerde, aykırılık teşkil eden ülke hukuku uygulanmayacaktır¹⁹⁷.

3. En Sıkı İlişkili Ülke Hukuku

Türk hukukçuları, MÖHUK m. 34/1'in haksız fiilden doğan kanunlar ihtilafı alanında asli bir bağlama kuralı olarak kabul ettiği ika yeri kuralını eleştirmekten kaçınmamışlar. Özellikle ika yerinin rastlantıya bağlı olduğu ve dolayısıyla ika yeri kanunlarının olayla ve taraflarla sıkı bir ilişki içinde bulunmadığı hallerde, ika yeri kuralının uygulanmasının doğru ve adil sonuçlar doğurmayacağını vurgulanmıştır. Bu nedenle, aralarına “hiçbir ayırım yapılmadan” her türlü haksız fiilin, mutlak olarak ika yeri kanunlarına tabi kılınmasının doğru olmadığını savunan Türk hukukçuları, bazı hallerde, ika yeri kanununun yerini bir başka devlet hukukuna bırakmasının daha doğru olabileceğini ifade etmişlerdir¹⁹⁸.

Haksız fiiller alanında bütün haksız fiillere uygun düşecek genel bir kuralın belirlenmesi güçtür. Ancak, her olayda, hâkimin o olay için en sıkı ilişki noktalarını araştırması ve ona göre belirleyeceği hukuku uygulaması en adil çözüm yolu olacaktır. Burada lex loci commissi prensibi tamamen reddedilmektedir. Fakat her hale uygulama imkânı olan daha geniş kapsamlı bir kural aranmaktadır. Böyle bir kural, ancak olayla ilgili her devletin menfaatlerinin araştırılıp en sıkı ilişkinin bulunması ile ortaya konulabilir.

Türk Hukuku'nda kanun koyucu ika yeri ile zarar yerinin birden fazla olması veya haksız fiilin ika edildiği yer ile ilişkinin geçici nitelikte olması halinde haksız fiilin sıkı ilişki içinde olduğu yer hukukunun haksız fiil statüsü olarak nazara alınacağı kabul edilmiştir. Kanun koyucu burada ika yeri ile zarar yeri ayrımı yapmadan haksız fiilin üçüncü bir ülke

¹⁹⁷ Mayer ve Heuzé, s. 88.

¹⁹⁸ Nomer ve Şanlı, s. 347; Tekinalp, s. 435; Doğan, s. 325; Turhan, İka Yeri, s. 373.

ile sıkı ilişkisinin olması halinde, bu ülke hukukunun haksız fiil statüsü olarak uygulanacağını kabul etmiştir¹⁹⁹.

Mülga MÖHUK'ta haksız fiilden doğan borç ilişkisinin başka bir ülke ile daha sıkı ilişkili olması halinde bu ülke hukukunun uygulanması hâkimin takdirine bırakılmış iken, 5718 sayılı MÖHUK'ta bu takdir yetkisi kaldırılmış olup, haksız fiilden doğan borç ilişkisinin başka bir ülke ile daha sıkı ilişkili olması halinde, hâkime bu hukuku uygulama yükümlülüğü getirilmiştir²⁰⁰. 2675 sayılı MÖHUK m. 25'te, "uygulanabilir" ifadesi yer almakta olup, maddenin zorunlu olmayıp yargıcın takdirine göre uygulanacağını düzenlemişken, 5718 sayılı MÖHUK, "uygulanır" demek suretiyle, fıkranın uygulanmasını zorunlu hale getirmiştir. 2675 sayılı Kanunda hâkime böyle sınırsız bir takdir yetkisi verilmesi tenkit edilmiştir. Bunu dikkate alan kanun koyucu ise artık bu kuralı, hâkimin takdir yetkisinden çıkarıp uyulması zorunlu bir kural haline getirmiştir. Yani artık hâkim takdir yetkisine sahip değildir. Daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde bu hukuk, haksız fiilden doğan ihtilafa uygulanacaktır²⁰¹.

Kanunda sıkı ilişkinin nasıl tespit edileceği hususunda açıklık bulunmadığından dolayı, daha sıkı ilişki tespit edilirken, sadece tarafların ortak vatandaşlığı göz önüne alınmayıp haksız fiille alakalı diğer bağlanma noktaları da dikkate almak gerekmektedir. Örnek

¹⁹⁹ "Haksız fiil, zarar veren ile zarara uğrayan arasında zaten mevcut bulunan bir hukuki ilişkiyi de ihlal etmiş bulunuyorsa, bu hukuki ilişkinin tabi olduğu hukukun haksız fiile de hâkim olması uygun bulunmaktadır. Burada haksız fiilin fer'i bağlama noktasından söz edilmektedir. Örneğin, bir nakliye sözleşmesini, iş akdini veya istisna akdini ihlal eden bir haksız fiil olayı ortaya çıkabilir. Tazmin talebi, bu akitlerin tabi olduğu hukuka göre karara bağlanacaktır. Aynı şey aile hukuku içinde geçerlidir. Eşler arasındaki haksız fiil olayı evlenme statüsüne, eşlerin küçük çocuklarına karşı işledikleri haksız fiil olayları nesep statüsüne tabi tutulur. Bu, şüphesiz haksız fiil teşkil eden fiilin evlilik ilişkisinde ve ebeveyn ile çocuk arasındaki ilişkilerde taraflara yüklenilmiş bir mükellefiyetin ihlaline de sebebiyet vermiş olmalıdır. Böylece, birlikte yapılan bir seyahat esnasında meydana gelen haksız fiil sebebiyle, eşlerden birinin diğerine tazminat talebi, haksız fiilin işlendiği yere bakılmaksızın, doğrudan eşlerin evlilik statüsüne tabi tutulacaktır. Bu tip haksız fiil olaylarında, zarar veren ile zarara uğrayan arasındaki mevcut hukuki ilişkide fiil yeri ve hatta varsa ortak şahsi statü bağlanma noktası olarak ağırlığını kaybetmektedir. Sonuç olarak, kanunlar ihtilafı hakkaniyet bakımından doğru bulunan, haksız fiillerde fer'i bağlanma, güven prensibi ve hukuki emniyet bakımından da savunulmaktadır. Türk hukukunda da bu eğilime uygun olarak, haksız fiilden doğan borç ilişkisinin haksız fiil yerine nazaran başka bir ülke ile daha sıkı ilişkili olması halinde bu ülkenin hukukunun uygulanacağı hükmünü getirmiştir", (Nomer ve Şanlı, s. 346-347); Doğan, Haksız Fiiller, s. 325.

²⁰⁰ Tiryakioğlu, s. 213.

²⁰¹ Tekinalp, s. 318; Çelikel ve Erdem, s. 393.

verecek olursak; yabancı ülkede gezi turuna çıkmış olan aynı ülke vatandaşlığına sahip olan kişiler arasındaki haksız fiil ilişkisine haksız fiilin ika yeri hukuku değil, daha sıkı ilişkili olan müşterek milli hukukları uygulanacaktır. Yine bir hava limanında olmamak kaydıyla hava nakil vasıtalarında meydana gelen haksız fiiller içinde hava nakil vasıtasının bağlı bulunduğu devletin hukuku tercih edilebilir²⁰².

Daha sıkı ilişkili ülke hukuku tespit edilirken, normal hayat tecrübelerinden ve milletlerarası alanda kabul gören menfaatlerden hareketle haksız fiilin ika yeri veya zarar yerinden başka üçüncü bir ülke ile sıkı ilişki halinde bulunup bulunmadığına, uygulayıcılar karar verecektir. Uygulayıcı kanun koyucunun objektif olarak tespit ettiği bağlama kuralının uygulanmasından vazgeçer ve sıkı ilişki kuralından hareketle üçüncü bir ülke hukukunu olaya uygularsa, bunun gerekçesini de kararında açıkça ifade etmelidir²⁰³.

Türk hukukunda da müşterek milli hukukun, kişilerin ika yerinde geçici olarak bulunmaları halinde, haksız fiil statüsü olarak uygulanması kabul edilebilir. Müşterek mutad mesken kriterinin, müşterek milli hukuk yerine uygulanması bazen daha adil olsa bile, doktrin ve uygulamanın hemen bu bağlama noktasını da göz önünde tutacağı konusunda bir eğilim henüz tespit edilememiştir. Bununla beraber, Milletlerarası Özel Hukuk'ta, özellikle müşterek mutad meskenin yükselen bir değer olması böyle bir beklentiyi güçlendirmektedir. Buna karşılık, haksız fiilin tarafları arasında sözleşme ilişkisi varsa ve haksız fiil de bu ilişki ile irtibatlı ise haksız fiil hakkında sözleşme statüsünün uygulanması kabul edilmelidir. Böylelikle haksız fiiller alanında sözleşmenin kuruluşunda hukuk seçimine dolaylı da olsa yer verilecektir. MÖHUK'taki ilgili hüküm, uygulamanın

²⁰² Nomer ve Şanlı, s. 345.

²⁰³ Doğan, Haksız Fiiller, s. 325; Doktrinde kabul edilmiş olan sıkı irtibat noktaları olarak şunları sıralayabiliriz; zararın meydana geldiği yer, fiilin işlendiği yer, tarafların vatandaşlığı, tarafların ikametgâhlarının veya mutad meskenlerinin bulunduğu yer, haksız fiil öncesi hukuki ilişkinin ağırlık merkezinin bulunduğu yer (Turhan, İka Yeri, s. 383-388); Müşterek tabiiyet ve ikametgâha sahip kimseler arasında meydana gelen haksız fiiller, fiilin işlendiği yerden ziyade tarafların tabiiyetinin bulunduğu yerde kökleşmiş bulunmaktadır. Haksız fiil, kendisinin kökleştiği yerdeki kurallara aykırılık halidir. Haksız fiilin kökleştiği yerden başka bir yerde meydana gelmesi halinde mutlaka ika yeri kuralının uygulanacağı konusunda ısrarcı olmak olaya uygun düşmeyecektir (Göğər, Haksız Fiiller, s. 459).

ihtiyaçlarını karşılayacak ve bu yönde gelişmelere imkân verecek niteliktedir. Çünkü hâkim her olayda “daha sıkı ilişkiyi” kanun hükmü gereği deęerlendirecektir²⁰⁴.

Kanaatimizce 5718 sayılı MÖHUK ile “daha sıkı ilişki” olması halinde hâkime bu yönde bir takdir yetkisi değil de, bir zorunluluk getirilmesi yerinde olmuştur. Zira uygulama noktasında, hâkimin hukukundan farklı fakat daha sıkı ilişkili bir ülke hukukunun bulunması durumunda, bu hukukun uygulanması hâkim tarafından ciddi emek sarfını gerektirecektir. Bu noktada hâkime tanınmış olan bir takdir yetkisi neticesinde, hâkim yabancı ülke hukuku yerine aşına olduğu kendi ülke hukukunu uygulama yoluna gidecektir. Bu ise adil olmayan sonuçlara neden olabilecektir. Bu nedenle 5718 sayılı MÖHUK ile 2975 sayılı MÖHUK’un aksine, hâkime takdir yetkisi yerine bir yükümlülük getirilmiş olması yerindedir.

Trafik kazalarında ise araçların ruhsat yeri, tarafların müşterek şahsi statüsünden daha sıkı ilişkilidir. Ruhsatı veren ülkenin kolaylıkla belirlenebildiği ve trafik sigortasını yapan sigorta şirketinin merkezinin de kural olarak bu devlette bulunması sebebiyle işlemlerde kolaylık ve basitlik ve temin ettiği, bu nedenle bu bağlama kuralının hukuki güvenlik bakımından önem taşıdığı söylenebilir. Tabi ki trafik kazalarında her zaman ruhsat yeri hukuku en sıkı ilişkili ülke hukuku olmamaktadır. Örneğin; Kayseri’de ikamet eden bir Türk vatandaşı, Fransa’da kiraladığı bir otomobil ile Fransa’da seyahat etmektedir. Gaziantep’te yaşayan bir Fransız vatandaşı, aynı tarihlerde ailesini ziyaret maksadıyla otomobili ile gittiği Fransa’da bulunmaktadır. Tarafların kullandıkları otomobiller çarpışıyor. Bu trafik kazasında, Türk vatandaşı ile Fransız vatandaşının mutad oturma yeri daha sıkı ilişkili yer konumundadır. Burada Türk vatandaşının kiraladığı otomobilin ruhsat yerinin ve trafik sigortasını yapan şirketin merkezinin Fransa olması önemli olmadığı gibi tarafların vatandaşlığının da rolü yoktur²⁰⁵.

Özetleyecek olursak, daha sıkı ilişkili hukukun uygulanabilmesi için, haksız fiilden doğan borç ilişkisinin olay ve taraflar açısından ika yeri ile sıkı bir ilişki içinde olmaması gerekir.

²⁰⁴ Tekinalp, s. 443.

²⁰⁵ Nomer ve şanlı, s. 348.

Yani haksız fiilin kurucu unsurlarının maddi olarak ika yerinde ortaya çıkmış olmasına rağmen, haksız fiilden doğan borç ilişkisinin sosyolojik açıdan ika yerine bağlanmasının mümkün olmadığı hallerde, söz konusu ilişkinin, ika yeri ile sıkı ilişki içinde olmadığını kabul etmek gerekir. Aynı zamanda bu fıkranın uygulanabilmesi için haksız fiilden doğan borç ilişkisinin ika yeri dışında bir başka ülke ile daha sıkı ilişki halinde olması gerekir. Daha sıkı ilişki yerinin nasıl saptanacağı konusunda kanun koyucu bir düzenleme getirmediği için aslında bir boşluk söz konusudur. Ancak burada hâkim, sıkı ilişki yerinin saptanmasında mutlak bir takdir yetkisine sahip değildir. Burada hâkim kanunda yazılı olmasa bile, yukarıda belirttiğimiz bazı irtibat noktalarının varlığı ile sınırlıdır.

B) 5718 SAYILI MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK VE USUL HUKUKU HAKKINDA KANUN İLE GETİRİLEN YENİLİKLER

5718 sayılı Kanunla haksız fiilden doğan kanunlar ihtilafı alanında yapılmış olan değişikliklerin, ika yerinden ayrılmayı gerektirecek özel haksız fiil türlerine ve özellikle söz konusu kuraldan ayrılmayı gerektirecek haklı nedenlere vurgu yaptığını söylemek mümkündür²⁰⁶.

1. Haksız Fiile veya Sigorta Sözleşmesine Uygulanan Hukukun İmkân Vermesi Halinde Zarar görenin Yetkisi

Kanun koyucu, haksız fiilden zarar gören kişinin menfaatlerini koruma düşüncesi ile zarar görene maddi hukuk bağlamında bir imkân daha tanımış ve zarar verenin sigorta şirketine başvurabilme imkânını kabul etmiştir. Zarar verenin sigorta şirketine başvurabilmesi için, haksız fiile uygulanacak hukuk olarak ika yeri veya sıkı ilişki halinde bulunan ülke hukukunun ya da sigorta sözleşmesine uygulanan ülke hukukunun, zarar görene doğrudan

²⁰⁶ 80’li yıllarda yapılan araştırmalar, “imalatçının sorumluluğu”, “taşıyıcının ve özellikle tehlikeli madde taşıyanın sorumluluğu”, “basın yayın yoluyla işlenen haksız fiillerden doğan sorumluluk” gibi özel haksız fiil tiplerine uygulanacak hukukun saptanması konusuna yönelmişlerdir. Belli bazı haksız fiil tipleri açısından ika yeri kuralından ayrılmayı haklı kılacak nedenlerin var olup, olmadığını belirlemeye yönelik bu araştırmaların önümüzdeki yıllarda artacağına ilişkin tespit yapılmıştır (Turgut **Turhan**, “Literatürden Hareketle Haksız Fiilden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanına İlişkin Bazı Genel Gözlemler (Gözlemler)”, *AÜHFD* 1989-90, C. 41, S. 1-4, s. 115).

sigorta şirketine müracaat edebilme imkânını tanımış olması gereklidir²⁰⁷. Esasen, MÖHUK m. 34/4'ün bu düzenlemesi, haksız fiile uygulanacak hukukun doğrudan başvuru imkânını zaten kabul ediyor olması halinde herhangi bir önem taşımamaktadır. Zira haksız fiile uygulanacak hukuk çerçevesinde zarar gören bu imkânı zaten kullanabilecektir. Söz konusu fıkranın asıl önemi, zarar görene doğrudan talepte bulunabilme hakkının, haksız fiile uygulanacak hukuk tarafından kabul edilmediği, ancak sigorta sözleşmesine uygulanacak olan hukukun söz konusu imkânı tanıdığı durumlarda, sigorta sözleşmesine uygulanacak hukukun etkili olması yolunu açmış olmasıdır. Bu durumda, zarar görenin haksız fiillerle ilgili bir talebi hakkında yine onun menfaatleri gözetilerek, haksız fiillere uygulanacak hukuktan vazgeçilerek, sigorta statüsünün uygulanmasına izin verilmiş olmaktadır²⁰⁸.

Sigorta şirketine müracaat için, haksız fiile uygulanacak hukuk veya sigorta sözleşmesine uygulanacak hukuktan²⁰⁹ birisinin zarar verenin sigorta şirketine başvurmasına müsaade ediyor olması gereklidir. İlgili hukuklarda, zarar görenin doğrudan sigorta şirketine başvurması kabul edilmiyor ise, zarar gören bu imkândan yararlanamayacaktır²¹⁰. Söz konusu başvuru imkânı haksız fiile uygulanan hukuka göre tanınmışsa haksız fiil statüsü, sigorta sözleşmesine uygulanan hukuka göre tanınmış ise sigorta statüsü uygulanacaktır²¹¹.

Söz konusu madde hükmünün amacı, zarar görenin, talebini ödeme gücü olan bir borçluya karşı da ileri sürebilmesini sağlamaktır. Şart olmamakla beraber, böyle bir talebin genel olarak zarar verenin sigorta etme yükümlülüğü olan alanlarda daha anlamlı olacağı ifade edilmektedir. Mesela, trafik sigortası, nükleer güç santralı kuracak şirketlerin yatırım

²⁰⁷ Sigorta sözleşmelerine uygulanacak hukuka ilişkin ayrıntılı bilgi için Bkz. Sedat **Sirmen**, “Türk Kanunlar İhtilafı Hukukunda Zarar Sigortaları Kapsamına Giren Milletlerarası Unsurlu Sigorta Akitlerine Uygulanacak Hukuk”, *BATİDER* C. 26, S. 3, Yıl 2010, s. 41-63.

²⁰⁸ Tiryakioğlu, Haksız Fiiller, s. 214.

²⁰⁹ MÖHUK’ ta milletlerarası unsurlu zarar sigortası kapsamına giren sigorta akitlerine uygulanacak hukuk konusunda getirilmiş olan bağlama noktaları; taraf iradelerine göre bağlama noktası ile en sıkı irtibatlı hukuktur. Burada da doğrudan uygulanan kurallar uygulama alını bulacaktır (Sirmen, s. 45-51).

²¹⁰ Doğan, Haksız Fiiller, s. 326.

²¹¹ Çelikel ve Erdem, s. 394.

sigortası yapma zorunlulukları veya petrol piyasasında faaliyet gösterecek lisans sahiplerinin zorunlu sigorta yükümlülükleri gibi²¹².

2. Tarafların Uygulanacak Hukuku Açıkça Seçmeleri

Tarafların uygulanacak hukuku açıkça seçebilmeleri imkânı, 5718 sayılı MÖHUK ile getirilmiş bir yeniliktir. Bu imkân ile Milletlerarası Özel Hukuk, taraf iradesine bir bağlama kuralı, yani maddi norm tesis etme özelliği taşır hale gelmiştir. Geçerli bir hukuk seçiminin varlığı durumunda, objektif statü gereğince uygulanacak hukuk, emredici ve yedek hukuk kuralları ile bertaraf edilmiş olur. Tarafların seçtikleri hukuk, bütün hükümleri ile yani gerek emredici gerek tamamlayıcı hükümleriyle birlikte hukuki ilişkiye uygulanır. Bu özelliğiyle de iç hukuktaki irade serbestîsinden ayrılmaktadır. Zira maddi hukukta sadece tamamlayıcı hükümlerde irade serbestîsi hâkimdir²¹³. Diğer bir anlatımla Milletlerarası Özel Hukuk alanındaki görünümü itibarıyla irade serbestîsi esası, iç hukuklarda yer alan ve taraflara sadece kanunun çizdiği sınırlar dâhilinde yapacakları sözleşmeleri düzenleyebilme yetkisi veren “sözleşme serbestîsi” esasıyla ayrılmakta, gerek emredici, gerekse yedek hukuk kuralları açısından taraflara seçtikleri hukuka tabi olabilme imkânı tanımaktadır²¹⁴.

Söz konusu madde ile getirilen hukuk seçme imkânı, sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde kabul edilmiş olan hukuk seçme imkânından bazı açılardan farklıdır. Bir kere haksız fiiller alanında hukuk seçme imkânı daha dar kapsamlıdır. Zira 5718 sayılı MÖHUK’da sözleşmeler alanında bazı özel sözleşme türleri bakımından sınırlı da olsa hukuk seçimi imkânı kabul edilmiş iken, haksız fiilin özel türleri ile ilgili getirilen düzenlemelerde hukuk seçimi imkânı kabul edilmemiş, tek taraflı bir seçim imkânı tanınmıştır. Yani haksız fiilin

²¹² Tekinalp, s. 438.

²¹³ Zeynep Derya **Tarman**, “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Yabancılik Unsuru Taşıyan Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi (Akit Dışı)”, *BATİDER*, C. 26, S. 2, Yıl 2010, s. 7.

²¹⁴ Cüneyt **Çilingiroğlu**, “Devletler Özel Hukuku Alanında Borç Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi: Sübjektif Bir Bağlama Noktası Olarak Taraf İradeleri”, *MHB* S. 2, Yıl 9-1989, s. 104; Zeynep Derya **Tarman**, “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) Uyarınca Yabancılik Unsuru Taşıyan Akdi Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi(Akdi)”, *BATİDER* C. 26, S. 1, Yıl 2010, s. 146.

özel türlerinde, iki tarafın uzlaşarak gerçekleştirdiği bir hukuk seçimi söz konusu olmayıp, sadece taraflardan birine tanınmış olan hukuk seçme hakkı söz konusudur²¹⁵.

MÖHUK m. 24, sözleşmeye uygulanacak hukuk konusunda taraf iradelerine öncelik vermekte, açık bir şekilde sözleşmeye uygulanacak hukukun tarafların seçtikleri hukuk olacağını ortaya koymaktadır. Sözleşmeler alanında geçerli olan hukuk seçimi serbestîsi, zayıf tarafın korunması amacıyla bazı sözleşme tiplerinde ve kamu düzeni düşüncesinden hareketle aile hukuku gibi alanlarda sınırlanmıştır. Akit dışı borç ilişkilerine uygulanacak hukuka ilişkin hukuk seçimi imkânı, mülga kanundan da anlaşılacağı üzere, sınırlı kalmıştır. Mülga kanunun yürürlükte olduğu süreçte, haksız fiile uygulanacak hukuku gösteren bağlama kuralının emredici nitelikte olduğu ve bu alanda irade serbestîsinin olmadığı kabul edilmekteydi. Yeni ortaya çıkan eğilim ise, maddi haksız fiil hükümlerinin hukuk seçimine izin veren normlar olduğu yönündedir. Maddi hukuk hükümleri ve korudukları değerler, ancak uluslararası kabul gördüğü veya kamu düzeni kapsamında değerlendirildiği ölçüde kanunlar ihtilafı alanında dikkate alınır. Haksız fiil hükümlerinin ne zararın karşılanması ne de zararı önleme fonksiyonu bu çerçevede değerlendirileceğinden haksız fiil alanında birinci derecede tarafların seçtikleri hukuk uygulanmalıdır. Yani taraf iradesi esas olan bağlama kuralıdır.

MÖHUK tarafından irade serbestîsinin kabul edilip, bu bağlama noktasına bu kadar önem verilmesinin iki nedeni vardır. İrade serbestîsi, yabancılık unsuru taşıyan haksız fiillerde hangi hukukun uygulanacağına ilişkin belirsizlikleri ortadan kaldıracığından ticari hayatta güven ve istikrarı sağlayacaktır. Zira uygulanacak kanunlar ihtilafı kurallarının ve buna bağlı olarak uygulanacak kanunlar ihtilafı kurallarının mahkeme aşamasına dek belirsiz olması hukuk güvenliğine aykırıdır. Fakat taraflar hukuk seçimi yoluna giderek bu belirsizliği bertaraf edebileceklerdir. Tarafların bir hukuk seçiminde bulunmaları, objektif statüyü ve özellikle en sıkı ilişkili hukuk istisnasını bertaraf eder. Yani tarafların hukuk seçimi yapmış olması halinde olayla daha sıkı ilişkili bir hukuk bulunsa dahi

²¹⁵ Tiryakioğlu, s. 213.

uygulanmayacaktır. Hukuk seçimi, kural olarak seçilen hukukun maddi hukuk hükümlerine yönelik olacağından mahkemeler atıf problemi ile karşılaşmaz.

İrade serbestîsinin kabul edilmesinin diğer bir sebebi ise, tarafların bildiği ve güvendiği hukuku seçmede menfaatleri olmasıdır. Kendi hukukunu bilme taraflara güven vereceğinden, taraflardan her biri kendi hukukunun uygulanmasını isteyecektir. Bunun yanı sıra, yetkili mahkemenin bulunduğu ülke hukuku ile uygulanacak hukukun aynı olmasını kararlaştırmak usul ekonomisine de hizmet edecektir. Zira her ne kadar hâkimin yabancı hukuku bildiği farz edilse de hâkim yabancı hukuku araştırması ve ortaya çıkarması gerekecek bunun neticesinde de çeşitli masraflar doğacaktır. Tarafların yetkili mahkemenin bulunduğu ülke hukukunun seçilmesine izin verildiği takdirde hâkim kendi hukukunu uygulamak konusunda daha az bir çaba içerisine girecektir²¹⁶.

a. Taraf İradesinin Açıklanma Şekli

Taraflar “açık hukuk seçiminde” bulunabileceklerdir. 5718 sayılı MÖHUK, milletlerarası akitten doğan borç ilişkisini düzenlerken taraflara tanımış olduğu “zımni hukuk seçimi” imkânını²¹⁷ akit dışı borç ilişkilerine tanımamıştır. Böylece 5718 sayılı MÖHUK, Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanan Hukuka İlişkin Avrupa Konseyi Tüzüğü’nde tanınan zımni hukuk seçimi imkânını da benimsememiş bulunmaktadır²¹⁸. DOĞAN’a göre ise burada “açık hukuk seçiminde bulunabilme” açık bir şekilde yer almadığı ve konuyu düzenleyen diğer metinlerde de açık bir şekilde seçilmesi konusu yer almadığı için, zımni hukuk seçimi de olabilir²¹⁹. Zımni hukuk seçiminde tarafların hukuk seçimi yönünde gerçek bir iradeleri mevcuttur; ancak bu irade açık olmayıp somut olayın şartlarından tereddüde yer vermeyecek şekilde genel olarak anlaşılmaktadır.

Kanaatimizce bu düşünceden hareketle ve Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Topluluğu Sözleşmesi (Roma II Tüzüğü)’nde tarafların açık bir

²¹⁶ Tarman, Akit Dışı, s. 8.

²¹⁷ Ayrıntılı bilgi için Bkz. Çilingiroğlu, s. 109-111; Tarman: Akdi, s. 149; Tekinalp, s. 439.

²¹⁸ Çelikel ve Erdem, s. 395.

²¹⁹ Doğan, Haksız Fiiller, s. 324.

şekilde hukuk seçmeleri zorunlu olmayıp, zımnen de hukuk seçebilmelerinin mümkün olmasından dolayı ve MÖHUK'ta da açık bir şekilde “açık hukuk seçimi zorunludur” tarzında bir ifadenin yer almamasına da dayanarak Türk hukukuna göre de tarafların zımnen hukuk seçmeleri mümkün olmalıdır.

b. Hukuk Seçiminin Zamanı

Tarafların hukuk seçimine getirilmiş olan bir diğer sınırlama ise zamanla ilgilidir. Söz konusu sınırlama, tarafların hukuk seçme imkânının ancak haksız fiilin meydana gelmesinden sonra mümkün olmasıdır. Haksız fiil gerçekleşmeden taraflar hukuk seçiminde bulunamayacaklardır²²⁰. Hukuk seçiminin zaman açısından sınırlandırılması, milletlerarası haksız fiil hukukunda, tarafların eşit düzeyde çıkarlarını koruma yeteneğine sahip olmadığı, dolayısıyla sınırsız bir hukuk seçimi imkânının saptanması durumunda zarara uğrayan tarafın istismar edilebileceği düşüncesine dayanmaktadır²²¹. Yani, akit dışı borç ilişkilerinde zarar göreni koruma endişesi, böyle bir sınırlamanın sebebi olmuştur. Hâlbuki maddi haksız fiil kurallarında, akit statüsünde olduğu gibi, öncelikle kişisel menfaatleri düzenleme anlayışı hâkimdir. Örneğin alt yapı projelerinde, çeşitli gösteri ve spor müsabakalarında olduğu üzere, sorumluluk riskinin değerlendirilmesi ve dolayısıyla uygulanacak hukukun önceden bilinmesi, çoğu defa hukuken de kabul edilebilen bir ihtiyaçtır. Bu bakımdan hukuk seçiminin, haksız fiilin meydana gelmesinden önce de, prensip olarak yapılabilmesi kabul edilmelidir²²². Amaç, bu yolla sorumluluk risklerini hesaplayarak hukuki bir güvence temin etmektir. Taraflar arasında sözleşmeden kaynaklanan veya başka bir hukuki ilişkinin bulunması halinde, anılan ilişkinin tâbi olduğu hukukun bazı şartların varlığı halinde haksız fiile de uygulanması mümkündür. Bu sonuca ise, MÖHUK m. 34/3'ten ulaşmaktayız. Çünkü mevcut sözleşme ilişkisi bizi daha sıkı ilişkili ülke hukukuna götürmektedir. Taraflar aralarındaki sözleşmeye uygulanacak hukuk konusunda bir seçim yapmışlarsa bu seçim fer'i nitelikte olan haksız fiil statüsüne de uygulanacaktır. Ancak bu fer'i bağlanma, her zaman ihtiyaçları karşılayacak bir çözüm

²²⁰ Çelikel ve Erdem, s. 395.

²²¹ Tarman, Akit Dışı, s. 11.

²²² Nomer ve Şanlı, s. 349.

yolu sunmamaktadır. Zira hâkim, hangi ülke hukukunun daha sıkı ilişkili olduğunu seçim konusunda bir serbestîye sahiptir. Bu sebeple, taraflar aralarındaki akdi ilişkiye uygulanacak hukukun her zaman ve mutlaka aralarındaki akit dışı ilişkiye de uygulanacağından kesin olarak emin olamazlar. Bunun yanı sıra, tarafların aralarında akdi bir ilişkinin²²³ olmadığı durumlarda da akit dışı ilişkiye uygulanacak hukuku önceden seçmek konusunda haklı bir menfaatleri söz konusu olabilir²²⁴.

c. Seçilen Hukukun Niteliği

Tarafların seçecekleri hukuka ilişkin herhangi bir sınırlamaya yer verilmemiştir. Tarafların seçecekleri hukuk ile haksız fiil arasında bir ilişki olması aranmaksızın taraflar diledikleri ülke hukukunu seçebilirler. Tarafların hukuk seçiminde haklı menfaatlerinin bulunması gerekmemektedir. Hâkim tarafların seçimi ile bağlı olup, haksız fiil ile daha sıkı ilişkili bir hukukun uygulanmasına karar veremez. Tarafların uygulanacak hukuku seçerken bir devlete ait olmayan hukuk kurallarını seçip seçemeyecekleri konusunda bir açıklık yoktur. Ancak yabancılık unsuru içeren sözleşmelerde, hukuk seçiminin geçerliliği, bir devlete ait hukukun seçilmiş olması şartına bağlıdır. Sözleşmeler hukukunda kabul edilen bu şartın haksız fiil alanında da geçerli olduğu kabul edilmelidir. Bunun sonucu, taraflarca seçilmesi söz konusu olan hukuk, belirli bir devlete ait hukuk nizamını ifade eder²²⁵.

d. Maddi Hukuk Seçimi

Atfın reddinin, hukuki ilişkilerde öngörülebilirliği artırdığı ve mahkeme kararlarında yeknesaklığı sağladığından dolayı, uygulanacak hukuku seçme imkânı verilen hallerde taraflarca aksi açıkça kararlaştırılmadıkça seçilen hukukun maddi hukuk hükümleri uygulanacaktır. Yani, akit dışı borç ilişkilerine uygulanacak hukuk taraflarca kararlaştırıldığı takdirde, kural olarak, seçilen hukukun maddi hukuk hükümlerinin

²²³ “Akdi ilişkilerden doğan borç ilişkilerinde hukuk seçimi, borç sözleşmesinin yapıldığı anda veya daha sonraki bir dönemde ve bu arada dava açıldıktan sonra dahi yapılabilmesi mümkündür”, ayrıntılı bilgi için bkz. Çilingiroğlu, s. 108; Tarman, Akdi, s. 150; Vahit **Doğan**, “5718 Sayılı Kanuna Göre İş Akdine Uygulanacak Hukukun Tespiti (İş Akdi)”, *GÜHFD* C. XI, S. 1-2, Yıl 2007, s. 152.

²²⁴ Tarman, Akdi Dışı, s. 13.

²²⁵ Nomer ve Şanlı, s. 348; Tarman, Akdi, s. 15.

uygulanacağı, seçim yapılmasındaki hukuk mantığı gereği kabul edilmelidir. Taraflar dilerse açık bir şekilde kararlaştırmak şartıyla, akit dışı borç ilişkisine uygulanacak hukukun, kanunlar ihtilafı kurallarıyla birlikte bir bütün olarak uygulanmasını kararlaştırabilirler²²⁶.

e. Hukuk Seçimin Sınırları

Hukuk seçiminin sınırlarını belirlerken, doğrudan uygulanan kurallar, özel akit dışı borç ilişkileri için getirilmiş kurallar, kamu düzeni ve üçüncü kişinin hukuki durumu konularını da göz önünde bulundurmak gerekir.

aa. Doğrudan Uygulanan Kurallar

Doğrudan uygulanan kurallar, bir hukuk düzeninde devletin temel organizasyonuna ilişkin olarak getirilmiş emredici nitelikteki kurallardır. Söz konusu emredici kurallar, düzenleme alanlarına giren yabancı unsurlu olan veya olmayan her türlü mesele hakkında uygulanır²²⁷. Doğrudan uygulanan kurallar, kanunlar ihtilafı kurallarından bağımsız olarak kendiliğinden uygulama alanı bulan kurallardır²²⁸. Doğrudan uygulanan kurallar mülga kanun olan 2675 sayılı MÖHUK’da düzenlenmemiştir.

Doğrudan uygulanan kurallar iki halde söz konusu olur. Bunlar; Türk hukukunun (lex fori) doğrudan uygulanan kuralları ve sözleşmeyle sıkı şekilde ilişkili üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarıdır. MÖHUK’ta, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınması sözleşmeler ile sınırlandırılmış olduğundan, daha çok Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralları üzerinde durulacaktır.

²²⁶ Çelikel ve Erdem, s. 132; Tarman, Akit Dışı, s. 15.

²²⁷ Feriha Bilge **Tanrıbilir**, “5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun Genel Hükümlerinde Yapılan Değişiklikler Üzerine (Değişiklikler9”, *TBB*, S. 87, Yıl 2010, s. 219.

²²⁸ Söz konusu kurallar sadece akit dışı borç ilişkilerine ilişkin olmayıp, akdi borç ilişkilerinde de uygulama alanı bulur (Çilingiroğlu, s. 119).

Doğrudan uygulanan kurallar, devletin sosyal, ekonomik ve siyasi düzenini korumak amacına hizmet eden ve uygulanacak hukuktan bağımsız olarak, doğrudan uygulanması gereken kurallardır. Hangi kuralların doğrudan uygulanması gereken kurallar olduğu açık bir şekilde düzenlenmemekle beraber, doktrinde hâkimin Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarını bildiği, dolayısıyla bu kuralları yabancı hukuka gitmeksizin uygulayacağı kabul olunur²²⁹.

bb. Özel Akit Dışı Borç İlişkileri İçin Getirilmiş Kurallar

Özel akit dışı borç ilişkileri için getirilmiş olan kurallar ise, kişilik haklarının ihlalinde sorumluluk, imalatçının sözleşme dışı sorumluluğu, haksız rekabet ve rekabeti sınırlayıcı eylemler ve fikri hakların ihlali konularında söz konusu olur²³⁰.

aaa. Kişilik Haklarının İhlalinde Sorumluluk

Kişilik haklarının ihlaline ilişkin sorumluluk Roma II Tüzüğünde düzenlenmemiş olmasına rağmen 5718 sayılı MÖHUK'ta düzenlenmiştir. Kişilik haklarının ihlaline ilişkin sorumluluğa uygulanacak hukukun MÖHUK m. 34/5'e göre taraflarca karşılıklı olarak anlaşılıp seçilmesi mümkündür. Bu durum genel olarak haksız fiillere uygulanacak bağlama noktalarından elde edilmektedir. Taraflarca karşılıklı bir hukuk seçimi yapılmadığı takdirde, özel hüküm niteliğinde olan ve kişilik hakkı ihlallerine uygulanacak hukuku düzenleyen MÖHUK m. 35 devreye girecektir. Burada kişilik hakları kitle iletişim araçları ile ihlal edilen tarafa tek taraflı ve sınırlı bir hukuk seçimi imkânı tanınmıştır. Kişilik hakkı ihlal edilen ve zarar gören mağdura tanınan bu seçim hakkı tek taraflıdır. Bu yönüyle, uygulanacak hukukun iradelerinin karşılıklı uyuşması ile belirlendiği hukuk seçiminden ayrılır²³¹.

²²⁹ Tarman, Akit Dışı, s. 17.

²³⁰ Sözleşmeden doğan ve bazı sözleşme tipleri de istisnayı oluşturacaktır. Bunlar; Gayrimenkullerin satılması-bağışlanması, sicile tescilli gemilerin satılması, Pazar ve borsa satışları ve resmi müzayede satışlarıdır (Çilingiroğlu, s. 120).

²³¹ Tarman, Akit Dışı, s. 21.

bbb. İmalatçının Sözleşme Dışı Sorumluluğu

MÖHUK m. 36 ile imal edilen şeylerden, imal edenin sözleşme dışı sorumluluğu konusunda yeni bir madde eklenmiştir. Bu düzenleme ile genel haksız fiil kuralının yetersiz kaldığı bu alanda imal edilen şeyden zarar görene, uygulanacak hukuku, maddedeki alternatifler arasından seçme hakkı tanınmıştır²³². Bunlardan birisi de hukuk seçimine ilişkindir.

Kişilik haklarının ihlalinden kaynaklanan sorumlulukta olduğu gibi, imalatçının akit dışı sorumluluğunda da MÖHUK m. 34/5 uyarınca tarafların hukuk seçimi yapma imkânı vardır. Tarafların hukuk seçimi yapmamaları durumunda ise MÖHUK m. 36 devreye girecektir. MÖHUK m. 36, bağlama kriteri olarak zarar gören kişinin iradesine öncelik vermiş, zarar göreni koruyup ona sınırlı bir hukuk seçimi imkânı tanımıştır. Burada tarafların iradelerin uyuşması aranmamış olup, tek taraflı olarak taraflardan birine hukuk seçimi imkânı verilmiştir. Zarar gören kişi, zarar verenin mutad meskeni veya işyeri ya da imal edilen şeyin iktisap edildiği ülke hukuklarından birini seçecektir²³³.

ccc. Haksız Rekabet ve Rekabeti Sınırlandıran Eylemler

MÖHUK m. 37, haksız rekabetle ilgili sınırlanmış olan rekabet ortamına göre farklı hükümler sevk etmiştir. Haksız rekabete ve rekabetin engellenmesine uygulanacak hukuk kuralında haksız fiilin etki alanı diyebileceğimiz “etkilenen piyasa” hatta “doğrudan etkilenen piyasa” kavramları ele alınmıştır. Her iki alanda da düzenlenen konu “rekabet” ile ilgili olmakla beraber her iki konu da varlığı kabul edilen kamu menfaati farklı yoğunluğa sahiptir. Ayrıca her iki madde de yer alan ikinci fıkralar tamamen farklı içeriklidir. Bu nedenlerle söz konusu alanda rekabete ilişkin bağlama kuralının ayrı maddelerde düzenlenmesi öngörülmüştür²³⁴.

²³² Tekinalp, s. 448.

²³³ Nomer ve Şanlı, s. 350; Tarman, Akit Dışı, s. 22.

²³⁴ Tekinalp, s. 450.

Maddenin ilk fıkrası haksız rekabet sonucunda bütün piyasanın etkilendiği durumları, ikinci fıkrası ise sadece belirli bir işletmenin haksız rekabet sonucu etkilenecek zarara uğraması halini düzenlemektedir. Piyasası etkilenen hukuk bağlama kuralı olarak hem haksız rekabetten hem de rekabetin engellenmesinden doğan taleplere uygulanacaktır²³⁵.

Ticaret Kanununda düzenlenmiş olan haksız rekabet türlerinin hepsi kuralın kapsamına girmektedir. Haksız rekabet kurallarının amacı piyasada yer alan tüm kişilerin menfaatine uygun olarak dürüst ve bozulmamış bir rekabetin sağlanmasıdır. Örneğin, dürüstlük kuralına aykırı reklâmlar ve satış yöntemleri kullanmak haksız rekabet fiilini oluşturur²³⁶.

ddd. Fikri Hakların İhlaline Uygulanacak Hukuk

MÖHUK m. 23/1'e göre fikri mülkiyet hakkının içeriğinin, kapsamının ve ihlal fiilinin şartlarının koruma yeri ülkesi tarafından tespit edilmesi söz konusudur. Buna göre, fikri mülkiyet haklarının ihlalden kaynaklanan akit dışı borç ilişkilerine koruma talebinde bulunulan devletin hukuku (lex loci protectionis) uygulanacaktır²³⁷. Her devletin fikri hak ihlallerine kendi ülkesinin sınırları içinde geçerli olan koruyucu hükümleri uygulayacağı esastan hareket edilmiştir. Taraflara sınırlı bir şekilde olmak üzere, mahkemenin hukukunu seçme konusunda hukuk seçimi imkânı tanınmıştır. Zira taraflar ancak bir haksız fiile bağlı talepler bakımından ve ancak zararın oluşmasından sonra hukuk seçiminde bulunabileceklerdir. Burada taraflar sadece mahkemenin hukukunu seçebileceklerdir. Roma

²³⁵ Nomer ve Şanlı, s. 353; Tarman, Akit Dışı, s. 24.

²³⁶ Arkan, s. 297.

²³⁷ “Fikri hakların korunması konusunda genel olarak kabul edilen “ülkesellik” esasının da etkisiyle, bir çok ülkenin hukuk sisteminde koruma ülkesi hukukunun (lex loci protectionis) uygulanacak hukuk olarak kabul edildiği söylenebilir. Avusturya Devletler Özel Hukuku Kanunu m. 34/1'e göre, “fikri hakların oluşması, içeriği ve sona ermesi hakkındaki kararlar bu hakların kullanıldığı veya ihlal edildiği ülkenin hukukuna tabidir”. İtalyan Devletler Özel Hukuku Kanunu m. 54'e göre, “gayri maddi mallar üzerindeki haklar kullanım ülkesi hukukuna tabidir”. İsviçre Devletler Özel Hukuku Kanunu m. 110/ 1'e göre de, “fikri hukuka ilişkin haklara bu hakların korunmasının talep edildiği ülkenin hukuku uygulanır”. Uluslararası fikri hukukla ilgili olarak “ülkesellik” ilkesi genellikle, belirli bir kişi değil, belirli bir yerle bağlama noktası oluşturmak amacıyla bağli olarak, bir fikir ve sanat eserin ilk defa yayımlandığı veya yeri ifade eder. Bu nedenle fikri mülkiyet hakları açısından ülkesellik prensibinin, bu haklarla bunların bulunduğu ülke arasındaki doğal bağı ifade ettiği söylenebilir. Fikri hakların mevcudiyeti, ortaya çıkması, içeriği ve sona ermesi münhasıran fikri hakkın korunmasının talep edildiği ülkenin, yani koruma ülkesinin hukuku tarafından belirlenecektir (Kaplan, s. 171-172).

II Tüzüğü fikri mülkiyet haklarının ihlalinde hukuk seçimi imkânına yer vermemiş ve bu yönüyle MÖHUK'un gerisinde kalmıştır²³⁸.

cc. Kamu Düzeni

Türk hukukunda kamu düzeni düşüncesinden hareketle, tarafların hukuk seçimi imkânına ve yabancı hukukun müdahalesine bir sınırlama getirilmiştir²³⁹. Kamu düzeninin müdahalesi sınırlı ve istisnai niteliktedir. Kamu düzeni müdahalesinin söz konusu olabilmesi için, yabancı hukukun olaya uygulanması neticesinde verilecek kararın Türk hukukunun temel prensiplerine açıkça aykırı olması gerekmektedir. Yabancı hukukun haksız fiil hükümleri ancak adalet duygumuzu zedeleyecek ölçüde Türk hukukunun temel ilkelerine aykırı ise Türk kamu düzeni devreye girecektir²⁴⁰. Genel nitelikte olan bu kamu düzenine ilişkin kuralın yanı sıra MÖHUK m. 38/2'de özel bir kamu düzeni hükmüne yer verilmiştir. Bu hükme göre, rekabetin engellenmesine yabancı hukukun uygulanması durumunda yabancı hukuka göre verilmesi gereken tazminat miktarı Türk hukukunun kabul ettiğinden daha fazla olamaz; aksi halde kamu düzenine aykırılık söz konusu olacaktır²⁴¹.

dd. Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu

Haksız fiile ilişkin borç ilişkilerinde zarar veren ile zarar görenin yanı sıra zaman zaman üçüncü kişilerde söz konusu olabilmektedir. Objektif statüyü değiştiren bir hukuk seçimi, üçüncü kişinin korunmaya değer menfaatini etkileyebilir. Bu nedenle üçüncü kişinin hukuki durumuna hukuk seçimi ile halel gelmesine izin verilmeyeceği kabul edilmektedir. Her ne kadar haksız fiiller alanında bu duruma ilişkin bir hüküm getirilememiş olsa da, sözleşmeler alanında geçerli olan sözleşmenin kurulmasından sonraki hukuk seçiminin üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla geriye etkili olarak geçerli olacağına ilişkin

²³⁸ http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_civil_matters/116_027_fr.htm, E.T: 16.05.2011; Tarman, Akit Dışı, s. 25.

²³⁹ Aynı şekilde akdi borç ilişkilerine dayanan haksız fiillerdeki hukuk seçimine de kamu düzeni istisna teşkil edecektir (Çilingiroğlu, s. 119).

²⁴⁰ Kemal **Dayımlarlı**, *Milli-Milletlerarası Kamu Düzeni ve Tahkime Etkisi*, Ankara 1994, s. 7, 81.

²⁴¹ Tarman, Akit Dışı, s. 26; Aynı yaklaşım sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde de uygulanmaktadır (Tarman, Akdi, s. 167).

hüküm, kıyasen uygulanacaktır²⁴². Hiç şüphesiz, hukuk seçimi üçüncü kişinin yararına ise veya üçüncü kişinin rızası söz konusu ise korunmasına ihtiyaç kalmayacaktır²⁴³.

3. Kişilik Haklarının İhlalinde Sorumluluk

a. Genel Olarak

Kişilik hakları, insana insan olması nedeniyle ve onun korunması için tanınan haklar topluluğudur. Öğretide ağır basan görüşe göre, kişilik hakları, kişinin kişi olmak nedeniyle sahip olduğu hak ve fiil ehliyetinin yanında, kişinin hayatı, sağlığı, bedeni bütünlüğü, şeref ve haysiyeti, itibarı, sırları, adı ve diğer değerleri üzerindeki haklarının tamamını kapsar²⁴⁴. Teknolojinin gelişmesi ile basın, medya, internet ve diğer kitle iletişim araçları vasıtası ile yapılan kişilik hakları ihlalleri ve bu ihlaller sonucunda zarar gören mağdurun zararının giderilmesi, tazmin edilmesi konusu gerek iç hukuk gerekse Milletlerarası Özel Hukuk bakımından, son yıllardaki en fazla gelişmekte olan hukuk konularından birisini oluşturmaktadır²⁴⁵. Kişinin özel hayatının ihlali, gizli bilgilerin ifşası, şeref ve haysiyete tecavüz gibi kişilik değerlerine saldırı, internet üzerinden çok kolay yapılmakta ve geniş kitlelere ulaşmakta olduğu için kişilik haklarının ihlali yolları arasında önemli bir yeri işgal etmektedir²⁴⁶.

Genel haksız fiil kuralının kişilik haklarının basın, yayın, televizyon, internet veya diğer kitle iletişim araçları ile ihlal edilmesi halinde yetersiz kalması sonucu kişilik haklarının ihlali ile ilgili özel kural konulmuştur. MÖHUK m. 35'te Türk hukukunda kişilik haklarının ihlaline ilişkin İsviçre MÖHUK m. 139'dan esinlenilen özel bir madde düzenlenmiştir. Bu maddede ayrıca cevap hakkı ve kişisel verilerin korunmasına ilişkin konularla ilgili iki

²⁴² Tarman, Akdi, s. 166.

²⁴³ Tekinalp, s. 435; Tarman, Akit Dışı, s. 28.

²⁴⁴ Bilge **Öztan**, *Medeni Hukukun Temel Kavramları*, 30. Bası, Ankara 2009, s. 274; İlknur **Serdar**, *Radio ve Televizyon Yoluyla Kişilik Hakkının İhlali ve Kişiliğin Korunması*, Ankara 1999, s. 34-47.

²⁴⁵ Çelikel ve Erdem, s. 398.

²⁴⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Sibel **Özel**, "İnternet Yoluyla Kişilik Hakkı İhlallerinde Uygulanacak Hukuk Meselesi (MHB)", *MHB* Yıl 24, S. 1-2, İstanbul 2004, s. 611.

hüküm yer almakta olup bunlar özel hükümdür. Yani bu maddede sayılanlar dışındaki kişilik haklarının ihlali halinde genel haksız fiil kuralı uygulanacaktır²⁴⁷.

Kişilik haklarının ihlalinin doğan haksız fiiller yürürlükten kalkan 2675 sayılı MÖHUK’ ta ayrı bir hükümle düzenlenmemiştir. Kişilik haklarının ihlali kapsamına dâhil olan kişisel verilerin korunması konusunda ise iç hukukta çıkarılan tek kanun, 09.10.2003 tarihli Bilgi Edinme Hakkında Kanun’dur. Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi, akit devletlerin kendi iç hukuklarında kişisel verilerin korunmasını sağladıktan sonra bu sözleşmenin geçerli olacağını düzenlemektedir.

Kişisel veriler ile kast edilen kişinin sağlığına ilişkin, sendikal görüşlerine ilişkin, dinine ilişkin, cinsel tercihiyle ilişkin, ailevi durumuna ilişkin çeşitli bilgilerdir. Bu bilgilerin gerek tutulması gerekse tutulan bilgilerin edinilmesinin gizliliği bakımından oluşabilecek ihlaller, haksız fiilden kaynaklanan borçların konusunu oluşturur. Haksız fiiller bakımından, kişinin kişilik haklarına ilişkin gizli bilgilerin, verilerin işlenmesi yani hazırlanması ve bu hazırlama esnasındaki ihlaller bu konudaki ilk safhadır. Veriler tutulduktan sonra bu bilgilerin gizliliği ve kişinin kişilik haklarına ilişkin bu gizli bilgilerin şahıslara ya da kamuya açıklanarak ihlal edilmesi ise ikinci safhadır. Diğer bir durum ise kişinin kendisinin, kendisi hakkında hazırlanan bu veriler hakkında bilgi edinme hakkı ve bu hakkın önlenmesinden dolayı oluşabilecek haksız fiil durumlarıdır²⁴⁸.

MÖHUK m. 35’ ten hareketle uygulanacak hukuk belirlenirken kitle iletişim araçları karşısında zayıf durumda bulunan zarar görene, kısıtlı da olsa bir hukuk seçim imkânı tanınmıştır. Anılan maddeye göre, zarar görenin seçimi sonucu uygulanacak olan hukuk, haksız fiille veya zarar verenle tamamen alakasız bir hukuk olmayıp, “zarar verenin işyeri” veya “mutad meskeni” ya da “kendi mutad meskeni” veya “zararın meydana geldiği ülke” hukukudur. Ancak zarar görenin kendi mutad meskenini ya da zararın meydana gelmiş olduğu ülke hukukunu seçebilmesi için, zarar verenin zararın söz konusu ülkelerde zararın meydana geleceğini bilecek durumda olması gereklidir. Zarar verenin bilecek durumda

²⁴⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz., Kaplan, s. 220-221; Tekinalp, s. 446.

²⁴⁸ Çelikel ve Erdem, s. 401.

olmasına örnek olarak; basılı periyodik eserin, belli bir ülkeye, basım evi tarafından gönderilememiş olması halinde, zarar verenin orada meydana gelecek zararları bilecek durumda olmadığı söylenebilir. Buna karşılık internet yoluyla işlenen haksız fiillerde, zarar veren zararın dünya çapında olabileceğini bilebilecek durumdadır²⁴⁹.

Milletlerarası Özel Hukuk doktrinde, genel olarak basının haksız fiillerinde basım yerinin, radyo ve televizyon yayınlarında yayın yapanın merkezinin, zarar farklı ülkelerde gerçekleşmiş olsa dahi, fiil yeri olarak kabul edilmesi uygun görülmektedir. Bununla beraber, zarara uğrayanın mutad oturma yeriyle aynı olması veya diğer sebeplerden en sıkı ilişki içerisinde bulunması halinde, seçimlik bir bağlanma noktası olarak, zarar yerinin kullanılması da uygun görülmektedir. Bu zarar yeri, özellikle farklı ülkelerde meydana gelmiş bulunan zararların tazmini talepleri ile bir uyum içerisinde düzenlenebilmekte ise, tercih edilen bir bağlama noktası haline gelmektedir²⁵⁰.

b. Birden Çok Zarar Yerinin Bulunması Hali

Burada da zarar görenin her bir zarar yeri ülkesi için farklı hukuka tabi olması yani her bir zarar için ayrılabilen zarar yeri hukukunu, “ortak bir yerin seçimi imkânı” veya “ağırlık noktası ilkesi” yani zarar yerlerinden birini veya ağırlıklı olanı seçmek şeklinde ifade edilebilir. İkinci imkânın tek bir hukukun uygulanması avantajını taşıdığı ve bu nedenle tercih edilebileceği de ifade edilmektedir. İsviçre MÖHUK’tan esinlenen MÖHUK m. 35’te, seçenekler arasında zarar verenin işyeri hukukunun uygulanmasına da yer vererek zarar gören açısından parasal tatmin için daha elverişli bir imkân yaratılması hedeflenmiştir²⁵¹.

Kişilik haklarına ilişkin maddede sadece süreli yayınlar açısından cevap hakkı konusunda uygulanacak hukuk belirlenirken zarar görenin yapacağı hukuk seçimi kısıtlanmıştır. Bu nedenle m. 35/1 hükmüne istisna getirilerek maddenin ikinci fıkrasında baskının yapıldığı

²⁴⁹ Kaplan, s. 192-193; Tekinalp, s. 446.

²⁵⁰ Nomer ve Şanlı, s. 350.

²⁵¹ Tekinalp, s. 447.

veya programın yayımlandığı yer hukuku kişilik haklarının ihlalinde uygulanacak hukuk olarak kabul edilmiştir. Bu istisnanın sebebi ise zarar verenin tek bir yayım için bile çok farklı ülke hukuklarına tabi olmasının yayım özgürlüğünü tehlikeye sokabilmesi düşüncesidir. Bundan dolayı, baskıyı yapan veya programı yayımlayanın bildiği ve tanıdığı yer olan baskının yapıldığı veya programın yayımlandığı yer hukukunun uygulanması esası kabul edilmiştir²⁵².

MÖHUK m. 35/3'te kişisel veriler konusunda, bunların işlenmesi veya bu konuda bilgi alma hakkının sınırlandırılması hakkında bir kural getirilmiştir. Burada herhangi bir kısıtlama söz konusu olmaksızın f. 1'in uygulanması söz konusudur. Nedeni ise, f. 3'te kişisel verilerin işlenmesi kapsamında, elde edilmesi, kaydedilmesi, değiştirilmesi, yok edilmesi ve yeniden düzenlenmesi gibi işlemler sırasında kişilik haklarının ihlali söz konusudur. Maddenin kapsamına, bu bilgilerin üçüncü kişilere aktarılması veya kullanılmasının sınırlandırılması sonucu kişisel hakların ihlali de girmektedir. Ayrıca, bilgi alma hakkının sınırlanması sonucu kişisel hakların ihlali de girmektedir²⁵³.

c. Medya Yoluyla Kişilik Haklarının İhlali

Kitle iletişimin gelişimi bilimin ve hukukun bir ürünü olarak ortaya çıkmaktadır. Bilim teknolojiyi insanların hizmetine sunarak haberlerin, düşüncelerin ve görüntülerin zamanı ve mekânı aşarak diğer insanlara ulaşmasını sağlamaktadır. Teknolojinin organize toplumlarda işlerlik kazanmasının yolu ise hukuk kurallarından geçmektedir. Bu toplumlar ifade özgürlüğünün serbestçe kabul edildiği ve her türlü iletişim imkânlarının tanındığı toplumlar olabileceği gibi, ifade özgürlüğünün bulunmadığı ve iletişim şekillerinin sıkı bir şekilde kontrol edildiği toplumlar da olabilir. Bu nedenle kitle iletişim imkânları, teknolojik gelişmelere paralel olsa da bunun kullanımı ve kitleselliğin ne şekilde sağlanacağı toplumların tercih edeceği hukuk kurallarıyla belirlenecektir²⁵⁴.

²⁵² Doğan, Haksız Fiiller, s. 330; Nomer ve Şanlı, s. 351; Tekinalp, s. 447.

²⁵³ Tekinalp, s. 448.

²⁵⁴ Sibel Özel: *Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması (Medya)*, Ankara 2004, s. 43.

Medya yoluyla kişilik haklarının ihlali yazılı basın veya işitsel ve görsel medya ile gerçekleşmektedir.

d. Medya Yoluyla Kişilik Haklarının İhlalinde Sorumluluk

Medya yoluyla kişilik hakkı ihlallerinde sorumluluk özel bir düzenlemeye tabi tutulmadığı için, bu alanda sorumluluk, kusur sorumluluğu olarak karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca kusursuz sorumluluk esasına dayanan istihdam edenlerin sorumluluğu, medyanın sorumluluğunda da belirleyici rol oynayacaktır. Kişilik haklarının ihlalinde medyanın sorumluluğu kusura dayanmayan koruyucu davalar, kararın yayınlanması, cevap ve düzeltme hakkı²⁵⁵ ile kusura dayanan tazminat davalarıyla şekillenmektedir²⁵⁶.

Medya yolu ile kişilik haklarının ihlali durumunda sorumlu olacak kişileri belirlerken yazılı basın ve işitsel ve görsel medya olarak ayrıma tabi tutabiliriz. Yazılı basında süreli yayınlarda, eser sahibi, sorumlu müdür ve süreli yayın sahibinin sorumluluklarına gidilebilir. Süreli olmayan yayınlarda ise eser sahibi, yayınlatan, basan ve satan-dağıtanın sorumlulukları söz konusu olacaktır. İşitsel ve görsel medyada sorumluluk tespit edilirken TRT yayınları ve özel radyo ve televizyon yayınları açısından bir ayrım yapmak gerekmektedir. TRT yayınları söz konusu olduğunda fiili işleyen kişi, birlikte bir yapım söz konusu ise hazırlayanlarının hepsinin sorumluluklarına gidilecektir. Özel radyo ve televizyon açısından ise sorumlu kişiler genel hükümlere göre tespit edilecek olup, yayının yapılmasına neden olan kişiler kusurlarına göre sorumlu olacaklardır. Sorumluluk doğduğunda başvurulabilecek olan hukuki yollar ise; önleme davası, durdurma davası, tespit davası, cevap ve düzeltme hakkı, maddi-manevi tazminat davaları, vekâletsiz iş görme davaları ve sebepsiz zenginleşme davasıdır²⁵⁷.

²⁵⁵ Adem **Sözüer**, “Cevap ve Düzeltme Metninin Yayınlanmasına İlişkin Yargı Kararı Cebri İcra Yoluyla İnfaz Edilebilir mi?”, *MHB* Yıl 17-18 1997-1998, s. 374.

²⁵⁶ Volkan **Sırabası**, *İnternet ve Radyo-Televizyon Aracılığıyla Kişilik Haklarına Tecavüz*, Ankara 2007, s. 204-212; Özel, Medya, s. 61; Davalar konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Serdar, s. 245-319; Erhan **Günay**, *Yayın Yoluyla Kişilik Haklarına Saldırı ve Basında Sorumluluk*, Ankara 1999, s. 113-116; Ömer Faruk **Tüfek**, *Basın Yoluyla Kişilik Haklarının İhlali ve Bu İhlale Karşı Özel Hukuk, Ceza Hukuku ve İ.H.A.S. Koruması*, Ankara 2007, s. 138-143; Doğan Bülent **Belli**, *Basın Yolu İle Kişilik Hakkına Saldırlardan Dolayı Hukuki Sorumluluk*, Ankara 2008, s. 77-98.

²⁵⁷ Özel, Medya, s. 62-65.

e. Medya Yoluyla Kişilik Hakkı İhlallerinde Uygulanacak Hukuk

Medya yoluyla kişilik hakkı ihlallerine uygulanacak hukuk tespit edilirken öncelikle uyuşmazlığın vasıflandırılmasının yapılması gerekmektedir. Kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanabilmesi için gerekli olan bağlama noktasının lex fori'ye göre vasıflandırılması konusunda gerek Türk, gerekse yabancı hukukta ihtilaf yoktur²⁵⁸. Buradaki uyuşmazlık kişisel statü olarak vasıflandırıldığında, uygulanacak hukuk kişisel statüde tercih edilen bağlama noktasına göre vatandaşlık veya ikametgâh olacak; kişisel değerlere yapılan tecavüz bir haksız fiil olarak vasıflandırıldığında, uygulanacak hukuk lex loci delicti veya bu kuralla bağlantılı bir bağlama noktasıyla tespit edilen hukuk olacaktır. Kısaca tekrar edecek olursak, kişisel statü olarak vasıflandırma sadece davacıyı esas alırken; haksız fiil olarak vasıflandırma, olayda davalı ve davacının davranışını da göz önünde bulundurmayı gerektirecektir. Kişilik hakkı ihlali Türkiye'de uzun zamandır haksız fiil olarak vasıflandırılmaktadır. Aynı şekilde common law sisteminin uygulandığı bütün ülkelerde gerek mahkeme kararları gerekse doktrin şeref ve haysiyet ihlalinin bir haksız fiil olarak kabul etmektedir. Vasıflandırmada esas alınan maddi hukuk kavramları lex foriye göre belirleneceği için, Türk hâkimi de içinde yabancılık unsuru bulunan bir kişilik hakkı ihlalinin Türk hukukunda kabul edildiği üzere haksız fiil olarak vasıflandıracaktır²⁵⁹.

Davalının yapmış olduğu açıklama ile başka bir ülkede bulunan davacının kişilik hakkının ihlal edilmesi mektup, telefon görüşmesi, teleks, faks veya telgraf yolu ile gerçekleşmektedir. Bu tür mesafeli haksız fiillerde davalı, şeref ve haysiyeti ihlal edici açıklamayı bulunduğu ülkede yapmakta ama açıklama davacı veya üçüncü kişinin bunu öğrenmesi ile sonuçlarını doğurmaktadır. Davacı veya üçüncü kişiye yapılan ileti teknik olarak yayım anlamına gelmekte ve yayım yeri kişilik hakkı ihlalinin meydana geldiği yeri belirlemede en önemli etken olmaktadır. Buradan hareketle açıklamayı başka bir ülkeye gönderen davalı, kaynak ülke hukukuna göre kişilik hakkı ihlalinin meydana gelmediğini iddia edemeyecektir. Zira postalama sadece bir hazırlık hareketidir. Kısaca basın yoluyla

²⁵⁸ Çelikel ve Erdem, s. 93.

²⁵⁹ Özel, Medya, s. 81-83.

işlenen kişilik hakkı ihlallerinde gazetenin satıldığı ve okunduğu yer ayayım yeri sıfatıyla haksız fiilin ika yeri olarak kabul edilmiştir²⁶⁰.

Tek bir açıklamayla gerçekleşen kişilik hakkı ihlallerinde, bir ülkeden gönderilen mektup, telgraf ya da edilen bir telefon ile başka bir ülkede bulunan kişinin kişilik hakkına tecavüz edildiği takdirde, mektubun, telgrafın, telefonun kaynağı olan yer hukuku ile açıklamaların yayım yeri yani karşı tarafa ulaştığı yer hukuku bağlama noktası olacaktır²⁶¹.

Medya yolu ile kişilik hakkı ihlallerinde yani bir açıklama birden fazla ülkede sonuç doğurduğunda, bu yerlerin her birinde haksız fiil meydana gelmiş olmaktadır. Fiil yeri tek bir ülke olmasına rağmen zararın meydana geldiği yer olan sonuç yeri birden fazladır. 2675 sayılı MÖHUK döneminde kişilik hakkı ihlallerine uygulanacak hukuku belirleyecek özel bir düzenleme mevcut olmadığı için haksız fiil sorumluluğuna uygulanacak hukuku belirleyen genel bir hüküm niteliğindeki MÖHUK m.25, kişilik hakkı ihlallerine de uygulanmaktaydı. MÖHUK m. 25 ise, lex loci delicti kuralını benimseyerek, haksız fiilden doğan borçların haksız fiilin işlendiği yer hukukuna tabi olduğu, ika yeri ile zararın ortaya çıktığı yerin farklı olması durumunda ise zararın meydana geldiği yer hukukuna tabi olacağı hükme bağlanmıştı. 5718 sayılı MÖHUK ile bu boşluk fark edilmiş ve kişilik hakkının ihlali konusu özellikli durumları nedeni ile ayrı bir madde ile hükme bağlanmıştır.

4. İmalatçının Sözleşme Dışı Sorumluluğu

a. Genel Olarak

Sanayinin gelişmesi ile imal edilen ürünler ve bu ürünlerin yol açmış olduğu zararlar artmış, uğranılan zararlar nedeni ile başvurulabilecek sorumlu olan imalatçının sorumluluğu

²⁶⁰ Çelikel ve Erdem, s. 399; Nomer ve Şanlı, s. 350-351; Hatice Özdemir-Kocasakal, “İnternet Aracılığıyla Kurulan Uluslararası Özel Hukuk İlişkilerinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Yetkili Mahkemenin Tespiti”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Kemal OĞUZMAN' a Armağan*, Yıl 1/2002, s. 501; Özel, Medya, s. 84.

²⁶¹ Doğan, Haksız Fiiller, s. 329; Özel, Medya, s. 89.

meselesi gündeme gelmiştir. Burada imalatçı ile imalatçının üretmiş olduğu üründen²⁶² dolayı zarara uğrayan kişi arasında hiçbir sözleşme bulunmamaktadır. Bu nedenle imalatçının²⁶³ sorumluluğu özel bir haksız fiil sorumluluğu olarak düzenlenmektedir. Haksız fiil sorumluluğu olarak düzenlenen imalatçının sorumluluğunun dayanmış olduğu neden ülkeden ülkeye değişmektedir. Bir ülkede söz konusu sorumluluk kusursuz sorumluluk hali olarak kabul edilmekte iken, diğer bir ülkede kusur sorumluluğu olarak kabul edilmiş bulunmaktadır²⁶⁴. Örneğin Alman Hukuku'na göre; her kim bir üründeki hatadan dolayı zarara veya maddi bir hasara uğrarsa, ürünün imalatçısı bu sebeple doğan zararları tazmin etmekle yükümlüdür. İmalatçının kusurlu olup olmadığı bu sorumluluk türünde dikkate alınmaz²⁶⁵.

Uluslararası alanda ticaretin gelişmesi, seyahatlerin artması ve teknoloji transferi ile birlikte imalatçının sorumluluğunun Milletlerarası Özel Hukuk içindeki yeri artmıştır. Küreselleşen dünyada yabancı arabalar, beyaz eşyalar, elektronik aletler, bilgisayarlar, yiyecekler, giyecekler vb kullanıyoruz. Daha da önemlisi kendi ülkemizde imal etmeyi düşündüğümüz pek çok ürünün bazı parçaları, yabancı ülkelerde üretilmekte ve burada monte edilmektedir. Bu durumda ayıplı bir ürünün neden olduğu zararlardan kaynaklanan hukuki sorumluluğun muhatabı kim olacaktır sorusu karşımıza çıkmaktadır. Burada uygulanacak hukuk sorunu bu alandaki iç hukuk hükümlerinin mağduru koruma noktasında farklı düzenlemeler getirmesi noktasında daha da karmaşık bir hal almaktadır. Zira haksız fiil sorumluluğu olarak ele alınan imalatçının sorumluluğu bazı hukuk sistemlerinde özel düzenlemelerle

²⁶² “ Her türlü menkul eşya, bir başka menkul veya gayrimenkul eşyanın parçasını da oluştursa, mamul sayılır, aynı şekilde elektrik enerjisi de mamul eşya sayılır. Mamul, bir başka eşyanın mütemmim cüzü de olsa bu özelliğini kaybetmez. Maddenin sıvı, gaz, buhar gibi halleri de bu kavramın tayininde rol almaz.”, (Şeref **Ertaş**, Prof. Dr. Şükrü **POSTACIOĞLU**'na Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, İzmir 1997, s. 50).

²⁶³ “Ürünü imal eden yani ürünü baştan itibaren yapan kişi ya da işletmelerin, tamamlayıcı parça üretenler, hammaddeyi temin edenler, ürünün yapılmasında faaliyet gösteren konstrüksiyon büroları, ürünü nihai olarak kontrol eden işletmeler de imalatçı olarak nitelendirilmektedir”, (Zübeyde Meltem **Üstün**, *Türk ve AB Tüketici Hukukunda İmalatçının Hukuki Sorumluluğu*, İzmir 2007, s. 38); “İmalatçı bir eşyayı nihai olarak imal eden veya eşyanın hatalı parçasını imal eden kişi olarak, tanımlanmaktadır. Bu gerçek imalatçının yanında, şu kişiler de imalatçı gibi sorumludur: bir mamulâtı piyasaya arz edip, imalatçısını belirtmeyenler. Bir mamulü satan satıcı, imalatçı değildir. Fakat imalatçısını açıklamaz ise imalatçı gibi sorumlu tutulur. Bir mamulâtı üçüncü ülkelerden AT içine ithal edenler de mamulât için imalatçı gibi sorumlu tutulmaktadırlar.”, Ertaş, s. 51.

²⁶⁴ Çelikel ve Erdem, s. 404.

²⁶⁵ Ertaş, s. 50.

kusursuz sorumluluk biçiminde düzenlenmiştir. Bu durumda imalatçı, kusuru olmasa da meydana gelen zarardan sorumlu olmaktadır. Buna karşılık imalatçının sorumluluğu konusunda özel bir düzenleme yapmayan ve genel haksız fiil sorumluluğu ile yetinen hukuk sistemlerinde kusur sorumluluğu esası gereği ayıplı ürünle zarar arasında illiyet bağı tazminat için yeterli olmayacak, ayrıca imalatçının kusurlu olduğunun ispatı gerekecektir²⁶⁶.

2675 sayılı MÖHUK'ta imalatçının sorumluluğuna dair özel bir madde bulunmadığı için haksız fiillere ilişkin genel bir madde niteliğinde olan m. 25 uygulanmakta idi. Fakat bu madde özellikli durum arz eden hallere uygulanması durumunda tam olarak olaya uygun düşmeyen ve adil olmayan sonuçlar ortaya çıkmakta idi. Bu ihtiyacı fark eden kanun koyucu 5718 sayılı MÖHUK ile bu açıklığı kapatmış ve imalatçının sorumluluğunu m. 36 ile düzenlemiştir.

Haksız fiil sorumluluğunun bir türü olarak kabul edilen imalatçının sorumluluğunda, mal belirli bir ülkede imal edildikten sonra diğer bir ülkede zarara sebep olmaktadır. Özellikle birleşik mallarda her bir parçanın farklı bir ülkeden gelebileceği düşünüldüğünde uygulanacak hukukun tespiti de problemleri beraberinde getirmektedir. Bu nedenle ürün çeşitleri nazara alınarak bağlama kuralı tespit edilmeli ve her tür ürün bakımından adil sonuçlara ulaşılabilecek bir hukuk tespit edilmelidir. Aynı zamanda, öncelik zarar görene verilmek kaydıyla, zarar gören ile zarar veren arasında da bir denge kurulmalıdır²⁶⁷.

İmal edilen şeylerin verdiği zarar konusunda imalatçının sorumluluğuna uygulanacak hukuk belirlenirken, mevcut zararların dikkate alınması gereği yanında potansiyel, gelecekte meydana gelebilecek olan zararlar da dikkate alınmalıdır. Bağlama kuralı

²⁶⁶ Nomer ve Şanlı, s. 349; Sibel **Özel**, “İmalatçının Sorumluluğu ve Kitle İletişim Araçları Yoluyla Kişilik Hakkının İhlalinde Uygulanacak Hukuk (İmalatçı)”, *Koç Üniversitesi Avrupa’da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri- Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi DR. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi Konferans Yayınları Dizisi-2*, İstanbul 2010, s. 220.

²⁶⁷ Doğan, Haksız Fiiller, s. 331; Nomer ve Şanlı, s. 350.

oluşturulurken imal edilen şey, zarar gören mağdur, bu zararın bir defa oluşan veya devam eden bir zarar olması gibi durumların hepsi dikkate alınması gereken hususlardır²⁶⁸.

Bir ürünün arz şekli, kullanım şekli ya da piyasaya sunuluş anı gibi konular bakımından kendisinden beklenen güvenilirliğe sahip olmaması hali üründe hata olarak nitelendirilir. Bir ürünün sonradan daha iyisinin piyasaya sürülmüş olması, imalat hatası olarak nitelendirilemez. Yine hata kendi içinde tasarım hatası, imalat hatası ve talimat hatası olmak üzere alt kategorilere ayrılabilir²⁶⁹.

İmalatçının sorumluluğu ile ilgili uluslararası alanda yer alan düzenlemeler Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma II Tüzüğü ile İmal Edilen Şeylerden Sorumluluk Hakkında 1973 Tarihli La Haye Sözleşmesinde yer almaktadır. Lahey Sözleşmesine on bir Avrupa Devleti taraf olmuştur. Günümüzde AB Hukuku'nda ürün sorumluluğu konusunda, iki tür kanunlar ihtilafı yürürlüktedir. Sözleşmeye taraf olan devletlerde Lahey Sözleşmesi uyarınca uygulanacak hukuk belirlenirken, diğer üye devletlerde Roma II Tüzüğü uyarınca yetkili hukuk tespit edilecektir. Her iki düzenleme de bağlama kurallarıyla gösterilen devlet hukukunun, sözleşmeye taraf olmayan veya AB üyesi olmayan bir devlete ait de olsa uygulanmasını öngörmektedir. Lahey Sözleşmesi, ürün sorumluluğuna uygulanacak hukuku şu şekilde tespit etmiştir: Öncelikle zararın meydana geldiği yer hukuku, daha sonra zarar görenin mutad meskeni hukuku, son olarak da davalının işyeri merkezinin bulunduğu yer hukuku, uygulanacaktır. Ayrıca davalıya ürünün zarar yeri devleti veya davacının mutad meskeni devleti piyasasına girmesini öngörmediği yolunda defî ileri sürme imkânı tanınmıştır²⁷⁰.

²⁶⁸ Çelikel ve Erdem, s. 406.

²⁶⁹ Ertaş, s. 51.

²⁷⁰ Feriha Bilge **Tanrıbilir**: Akit Dışı Borçlara Uygulanacak Hukuka İlişkin Tüzükte (Roma II) Ürün Sorumluluğu (Ürün), *GÜHFD*, C. XIV, Yıl 2010, S. 2, s. 135;
“Roma II Tüzüğü İmalatçının Sorumluluğu m. 5:

1. Roma II m.4/2 hâlel gelmeden, bir üründen kaynaklanan akit dışı sorumluluğa şu hukuklar uygulanacaktır:

- (a) Ürün o ülkede pazarlanıyorsa zararın meydana geldiği zaman zarara uğrayan kişinin mutad meskeninin bulunduğu yer hukuku,
- (b) Ürün o ülkede pazarlanıyorsa ürünün iktisap edildiği yer hukuku; yoksa
- (c) Ürün o ülkede pazarlanıyorsa zararın meydana geldiği yer hukuku, uygulanma imkânı bulacaktır.

Roma II Tüzüğü mağdura bir seçim imkânı vermeden üç bağlama noktası getirmiştir. Bunlar; mağdurun mutad meskeni hukuku, ürünün iktisap edildiği yer, zararın meydana geldiği yerdir. Türk Hukukunda ise, Lahey Sözleşmesi ve Roma II Tüzüğünde olduğu gibi basamaklı bir bağlama kuralı getirilmemiş olup, davacıya sınırlı da olsa bir hukuk seçimi imkânı sağlanmıştır. Bu üç bağlama noktasında da ortak şart olarak, ürünün o ülkede pazarlanmış olması şartı getirilmiştir. Bu daha çok imalatçıyı koruyucu bir düzenlemedir. Zira imalatçı piyasaya mal sürmediği, doğrudan ya da dolaylı olarak ürünlerin satışına rıza göstermediği bir ülkenin hukuku ile sorumlu tutulmayacaktır.

Zarar mağdurun mutad meskeninde meydana gelebileceği gibi mutad meskeni dışında başka bir ülkede de meydana gelebilir. Burada öncelik, ürünün o ülkede pazarlanmış olması şartıyla, mağdurun mutad meskeni hukukuna aittir. Bu durum gerçekleşmemiş ise, ürünün orada pazarlanmış olması şartıyla ürünün iktisap edildiği yer, bu da yoksa yine ürünün orada pazarlanması koşuluyla zararın meydana geldiği yer hukuku uygulanacaktır. Fail ürünün bu ülkelerde pazarlandığını öngörmemiş ise, o zaman failin mutad mesken hukuku uygulanacaktır. Eğer bu durumlarda ilişkiye uygulanacak daha sıkı ilişkili bir hukuk var ise bu hukuk öncelikle uygulanma imkânı bulacaktır. Taraflar arasında sözleşme ilişkisi gibi önceden bir ilişki varsa, bu ilişkiye uygulanan hukuk imalatçının sorumluluğuna da uygulanacaktır. İmalatçının sorumluluğu akit dışı bir sorumluluktur. Ancak imalatçı olarak sorumlu tutulabilecek kişiler arasında akit varsa akde uygulanan hukuk ile haksız fiile uygulanan hukukun farklı olması böylelikle önlenmiş olmaktadır²⁷¹.

Kanun koyucu bu düşünce ile 5718 sayılı MÖHUK ile zarar görenin iradesine bağlı kısmi hukuk seçimi imkânı tanımıştır²⁷². Ancak hiç şüphesiz ki bu seçim, akdi borç ilişkilerine uygulanacak hukuk seçimi gibi tarafların karşılıklı iradeleri ile oluşan bir hukuk seçimi

2. Olayın şartlarından açıkça başka bir ülke hukukun daha sıkı ilişkili olduğu anlaşılırsa, en sıkı ilişkili o ülke hukuku uygulanır. Başka bir ülke ile daha sıkı ilişki taraflar arasında sözleşme gibi daha önce mevcut bir ilişkinin varlığı halinde tesis edilebilir”; Tekinalp, s. 448.

²⁷¹ Özel, İmalatçı, s. 222; Nomer ve Şanlı, s. 350.

²⁷² Doğan, Haksız Fiiller, s. 195.

değildir²⁷³. Zarar görenin seçme hakkının bulunduğu üç hukuk mevcut olup, bunlardan ilk ikisini oluşturan zarar verenin mutad meskeni hukuku veya işyerinin bulunduğu ülke hukuku, zarar verenin zaten yakın ilişki içinde bulunduğu hukuklardır. Zarar gören, zarar verenin mutad meskeni veya işyeri hukuku ya da imal edilen şeyin iktisap edildiği ülke hukukunun uygulanabilmesi için zarar verenin, ürünün o ülkeye rızası dışında sokulduğunu ispat edememiş olması gerekir²⁷⁴.

Maddede zarar yeri hukuku ve davacının mutad meskeni hukukuna hiçbir şekilde yer verilmemiştir. Her ne kadar belirlenmiş olan bağlama noktaları sıkı ilişkili yer hukukuna bizi götürse de açık bir şekilde, sıkı ilişkili hukukun olması durumunda bunun uygulanacağını da öngörmemiştir. Dolayısıyla imalatçının sorumluluğunda davacı ya failin işyeri hukukunu seçecek ya da iktisap ettiği yer hukukunu seçecektir²⁷⁵. Ancak bahsedileceği üzere ürünün iktisap edildiği yer hukukunun uygulanabilmesi için failin o ülkeye ürünün rızası dışında sokulduğunu ispat edememiş olması gerekir²⁷⁶. Burada dikkat edilmesi gereken önemli nokta, malın üretildiği yerin değil, zarar verenin mutad meskeni hukukunun seçilmiş olmasıdır. İmalatçı kendi iş merkezine kıyasla daha az sorumluluk öngören bir ülkede üretim yapıyor ve bu ürünleri yine daha az sorumluluk öngören ülke pazarlarında satıyorsa, kendi ülkesinin sorumluluk hükümlerinden kurtulamayacaktır. Söz konusu hüküm ile bu durum önlenmeye çalışılmıştır²⁷⁷.

Şayet mal, iktisap yerine satıcının rızası dışında sokulmuş ise, bu yer hukuku olaya uygulanamayacaktır. İktisap yeri hukukunun uygulanabilmesi, malın, imalatçının rızası ile o ülkeye girmiş olmasına bağlanmıştır²⁷⁸. Bu kısıtlamanın temelinde yatan neden ise; zarar görene ürünün iktisap edildiği yer hukukunun seçimi yetkisi tanınmasına rağmen, imalatçının bu ülke ile hiçbir ilişkisinin bulunmaması ihtimalinin olmasıdır. Bu nedenle, iktisap ülkesi hukuku uygulanacaksa, en azından bu ülkeye malın imalatçının rızası ile

²⁷³ Çelikel ve Erdem, s. 407.

²⁷⁴ Aysel Çelikel ve Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku Örnek Olaylar- Mahkeme Kararları*, 9. Baskı, İstanbul 2008, s. 295.

²⁷⁵ Tekinalp, s. 455; Nomer ve Şanlı, s. 350; Özel, İmalatçı, s. 223.

²⁷⁶ Doğan, Haksız Fiiller, s. 331.

²⁷⁷ Tekinalp, s. 456; Özel, İmalatçı, s. 223.

²⁷⁸ Doğan, Haksız Fiiller, s. 331; Nomer ve Şanlı, s. 349.

sokulmuş olması gerekir. Bu kısıtlama ile zarar veren ile zarar görenin menfaatleri dengelenmeye çalışılmıştır.

5718 sayılı MÖHUK m. 37 ile imalatçının sorumluluğu ile getirilmiş olan düzenlemede Roma II Tüzüğünden farklı olarak “zararın meydana geldiği yer hukuku” ile “zarara uğrayan kişinin mutad meskeni hukukunu”, imalatçının sorumluluğuna uygulanacak hukuklar olarak düzenlememiştir. Aynı zamanda Roma II Tüzüğünde kabul edilmiş olan “daha sıkı ilişkili yer hukukunu” MÖHUK benimsememiştir²⁷⁹.

Ürünün iktisap edildiği yer hukukunun uygulanmadığı her durumda, uygulanacak hukuk davalının mutad meskeni veya işyeri hukukudur. Buradan hareketle acaba davalının işyeri ilişkisiyle hiçbir bağlantısı olmayan bir ülkede ise bu yer hukuku yine de uygulanacak mıdır? Örneğin bir şirket tamamen vergi avantajı nedeniyle veya kuruluş işlemlerinin ucuz olması nedeniyle bir ülkede kurulur ancak üretimini ve satışını başka ülkelerde yaparsa şirket merkezi hukuki ilişkisiyle sıkı ilişkili olmayacaktır. Ancak MÖHUK’ta imalatçının sorumluluğunda daha sıkı ilişkili hukuk uygulaması öngörülmediği için, böyle bir istisna olmayacak ve davalının işyeri hukuku uygulanacaktır²⁸⁰.

b. Akit Dışı Borçlara Uygulanacak Hukuka İlişkin Tüzükte (Roma II) Ürün Sorumluluğu

aa. Sorumluluğun Kapsamı

Konuyu düzenlemiş olan Tüzük m.5’e göre sorumluluğun kapsamı konusunda herhangi bir sınırlama getirilmemiş olup, bu sorumluluk kusurlu sorumluluk olabileceği gibi kusursuz sorumluluk olması da mümkündür. Sorumluluk konusu gibi Tüzükte ürün kavramı da tanımlanmamıştır. Zarar gören kavramı da, sadece tüketiciler şeklinde bir sınırlamaya tabi tutulmamıştır. Zarar gören kavramına, ürün dolayısıyla zarar gören herkes dâhildir. Aynı şekilde zarar veren kişi kavramı da sınırlandırılmamış, sadece nihai ürünü imal eden kişiler

²⁷⁹ Çelikel ve Erdem, s. 408.

²⁸⁰ Özel, İmalatçı, s. 224.

değil, hammaddeyi üretenler, tamamlayıcı parçanın yapımcıları, bir ürünün üzerine kendi ismini, ticari markasını koyarak kendi malı gibi piyasaya sürenler, ithalatçılar ve ürünü tedarik edenler de zarar veren kişi kavramına dâhil edilmiştir²⁸¹.

bb. Tüzüğe Göre uygulanacak Hukukun Belirlenmesi

Tüzük m. 5'te açıkça m. 4/2 hükmünün uygulanması saklı tutulmuştur. Tüzük m. 4, haksız fiillere uygulanacak genel kuralı ihtiva etmektedir. Anılan maddeye göre haksız fiiller hakkında haksız fiilin meydana geldiği yer hukuku uygulanmalıdır. Ancak yine aynı maddeye göre zarar gören ile zarar verenin mutad meskenleri aynı devlette bulunuyorsa, müşterek mutad mesken hukuku olaya uygulanmalıdır. Tüzükte belirlenmiş olan bu iki bağlama kuralına istisna olan hüküm, yine aynı madde de yer almıştır. Buna göre davanın bir başka devletle daha sıkı ilişkili olması halinde bu yer hukukunun uygulanmasını öngörmüştür. Dolayısıyla Tüzüğün m. 4/2 yer alan kural, ürün sorumluluğuna ilişkin kurala nazaran öncelikli uygulanacaktır. Ancak ürün sorumluluğuna uygulanacak hukuku düzenleyen madde ile genel kural karşılaştırıldığında m. 4/3'te yer alan istisna bağlama kuralının, m. 5/ 2' de tekrar edilmiş olduğu görülmektedir. Bunun yanı sıra Tüzüğün hukuk seçimini düzenleyen dördüncü bölümünde, ilgililere akit dışı borçlara uygulanacak hukuku belirleme yetkisi verilmiştir. Tüzüğün hukuk seçimini düzenleyen m. 14'te genel kurala göre öncelikle uygulanma kabiliyetine sahiptir²⁸².

Tüzüğe göre uygulanacak hukuk şu şekilde belirlenmiştir:

1. Seçilen hukukun uygulanması,
2. Müşterek mutad mesken hukukunun uygulanması,
3. Zarar görenin mutad meskeni hukukunun ürünün bu yerde piyasaya sürülmüş olması ve yapımcının bu durumu öngörebilir olması şartıyla uygulanması,
4. Ürünün iktisap edildiği yer hukukunun ürünün bu yerde piyasaya sürülmüş olması ve yapımcının bu durumu öngörebilir olması şartlarıyla uygulanması,

²⁸¹ Tanrıbilir, Ürün, s. 126.

²⁸² Öztekin- Gelgel, s. 220; Tanrıbilir, Ürün, s. 127.

5. Zararın meydana geldiği yer hukukunun ürünün bu yerde piyasaya sürülmüş olması ve yapımcının bu durumu öngörebilir olması şartlarıyla uygulanması,
6. Herhalde başka bir devletle yakın irtibatın bulunması halinde bu yer hukukunun uygulanması²⁸³.

cc. Ürün Sorumluluğuna İlişkin Bağlama Kuralı

aaa. Hukuk Seçimi

Taraflar haksız fiil meydana geldikten sonra aralarındaki ilişkiye uygulanacak hukuku seçebilirler. Bu husus akit dışı borç ilişkisinin olması durumunda uygulama alanı bulacaktır. Zira taraflar arasında akdi bir ilişki söz konusu ise, bu akitte aralarında meydana gelecek haksız fiillere uygulanacak hukuku, fiil meydana gelmeden önce de belirleyebilirler. Tarafların hukuk seçme imkânı sınırsız olmayıp bir sınıra tabi tutulmuştur. Akit dışı borç ilişkisinin tarafları, hukuk seçiminde bulunarak zarar verici fiilin meydana geldiği devletin emredici kurallarından kurtulamazlar. Yani tarafların herhangi bir devletin hukukunun uygulanmasını kararlaştırmış olmaları, fiilin meydana geldiği devletle olan irtibatını sona erdirmez ve bu hukukun uygulanmasına engel olmaz²⁸⁴.

bbb. Müşterek Mutad Mesken Hukuku

Tüzükte tarafların müşterek mutad meskeni bağlama noktasına özel bir önem verilmiş olup, tarafların aynı devlette mutad mesken sahibi olmaları halinde bu yer hukukunun uygulanacağını kuralını getirmiştir. İşin mahiyeti icabı, müşterek mutad mesken hukukunun, uygulanmasında, ürünün burada piyasaya sürülmüş olması veya öngörülebilirlik şartları dikkate alınmaz²⁸⁵.

²⁸³ Tanrıbilir, Ürün, s. 128.

²⁸⁴ Tanrıbilir, Ürün, s. 129, 449.

²⁸⁵ Çelikel ve Erdem, s. 406; Tanrıbilir, Ürün, s. 129.

ccc. Tüzüğün 5/1 Maddesinde Yer Alan Bağlama Kuralı

Tüzükte tarafların hukuk seçiminde bulunmamaları ve zarar verenle zarar görenin farklı devletlerde mutad mesken sahibi olmaları halinde artık devreye Tüzük m. 5/1 girecektir²⁸⁶. Söz konusu hüküm kademeli bir bağlama kuralı getirmiştir.

Kademeli olarak belirlenmiş olan bağlama kuralına göre öncelikle zarar görenin mutad meskeni hukuku uygulama alanı bulacaktır. Zarar görenin mutad meskenine ilişkin kademelinin uygulanmadığı hallerde ikinci kademe olan ürünün iktisap edildiği yer hukuku devreye girecektir. Bu bağlama noktasının uygulanmasında zarar görenin bu ürünü, sorumluluğu iddia edilen kişiden doğrudan satın almış olması veya ilk alıcı olarak ürünü iktisap etmiş olan kişiden edinmiş olması arasında herhangi bir ayrım söz konusu değildir. Bu iki halin de uygulanmasının söz konusu olmadığı hallerde zararın meydana geldiği yer hukuku uygulanacaktır²⁸⁷.

ddd. Tüzük m. 5/1 Hükümünün Uygulanabilmesi İçin Gerekli Ortak Şartlar

aaaa. Piyasaya Sürülme Şartı

Ürünün piyasaya sürülmüş olma şartının gerçekleştiğinin kabul edilebilmesi açısından, ürünün bizzat davalı tarafından piyasaya sürülmüş olması gerekli değildir. Ürünün dağıtıcı veya perakendeci tarafından da piyasa sürülmüş olması halinde bu şart gerçekleşmiş olacaktır. Ürünün piyasaya sürülmesi, ürünün dağıtıldığı, satışa çıkarıldığı, kiralandığı veya diğer yollarla kullanıcılara sunulduğu her devlette söz konusu olabilir. Zarara yol açan ürün birden fazla devlette piyasaya sürülmüş olabilir. Önemli olan zarar görenin mutad meskeninin bulunduğu devlette veya ürünün iktisap edildiği yahut zararın meydana geldiği devlette de o ürünün piyasaya sürülmüş olmasıdır. Bu durumda zarar gören malı, mutad meskeninin dışında bir başka devlette iktisap etmiş olabilir veya zarar iktisap edilen devletten başka bir devlette meydana gelmiş olabilir. Bu ihtimallerde ürün hem iktisap

²⁸⁶ Öztekin- Gelgel, s. 14.

²⁸⁷ Nomer ve Şanlı, s. 349; Çelikel ve Erdem, s. 406; Tanrıbilir, Ürün, s. 130-131.

edinilen hem de mutad mesken veya zararın meydana geldiği devlette piyasaya sürülmüş olmalıdır. Aksi halde söz konusu bağlama kuralının uygulanması mümkün olmayacaktır²⁸⁸.

bbbb. Öngörülebilir Olma Def'inin İleri Sürülmemiş olması

Davalı belirlenmiş olan her üç kademedede de hukuku uygulanacak devlette, bir ürünün veya aynı tipte bir ürünün piyasaya sürüldüğünü makul olarak öngörmediği takdirde davalının mutad meskeni hukuku uyuşmazlığa uygulanacaktır. Burada davalıya bir def'i ileri sürme imkânı verilmekte ve bu defiye göre kendi mutad mesken hukukunun uygulanmasını sağlamış olmaktadır. Dolayısıyla bu def'i ileri sürülmediği hallerde m. 5/1 hükmünün basamaklı bağlama kuralı uygulanabilecektir²⁸⁹.

eee. İstisna Kuralı

Söz konusu hükme göre somut uyuşmazlık zarar görenin mutad meskeni veya zararın meydana geldiği ya da ürünün iktisap edildiği yerin dışında başka bir devletle daha sıkı ilişkili olması durumunda bu devlet hukuku uygulanacaktır. Tüzüğün bu istisna hükmü yapımcı ve diğer davalılarla herhangi bir sözleşme ilişkisi olmayan ama üründen zarar gören kişiler bakımından da uygulanma kabiliyetine sahiptir²⁹⁰.

5. İnternet Ortamındaki Haksız Fiillere Uygulanacak Hukuk

a. Genel Olarak

İnternet, gerek yürürlükte olan hukuk gerekse ileride uygulanması söz konusu olabilecek nitelikte oluşmakta olan hukuk açısından, mutad şekilde çok sayıda hukuk düzeni ile ilgili hukuki sorunların doğmasına neden olabilir. Online hukuku, ağ hukuku ya da sibernetik hukuk olarak da nitelendirilen internet hukuku, internetin yaşama yansıyan değişik

²⁸⁸ Tanrıbilir, Ürün, s. 132.

²⁸⁹ Öztekın- Gelgel; s. 121.

²⁹⁰ Çelikel ve Erdem, s. 406; Tanrıbilir, Ürün, s. 133.

boyutları ile ceza hukuku, medeni hukuk, usul hukuku, ticaret hukuku gibi pek çok hukuk dalını ilgilendirmektedir.

Kitle iletişim aracı olarak internet faydaları yanında bir dizi sorunları da beraberinde getirmiştir. Bu sorunlara bakıldığında zaman bunlar sadece ekonomik, teknik ve idari sorunlar olmayıp, doğrudan doğruya kullanıcı ile alakalı etik ve hukuki sorunları da kapsamaktadır. İnternet, kesinlikle hukuk kurallarının geçerli olmadığı ve yasal düzenlemeye tabi tutulamayacak başboş bir alan değildir²⁹¹. İnternet ile ilgili mevcut düzenlemeler ise sorunların çözümünde yetersiz kalmaktadır. 4.5.2007 tarih 5651 sayılı “İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun²⁹²,” kabul edilmiş olmakla beraber, söz konusu kanun cezai boyutla ilgilenmektedir. Hukuki boyutu ile ilgili problemleri çözüme kavuşturabilmek adına, yeni gelişen bir hukuk dalıdır.

İnternet, ceza hukuku açısından değerlendirildiğinde zaman, siber suç kavramını irdelemek gerekecektir. Siber suç kavramı, ceza hukuku literatürüne internetin getirdiği bir kavram olma özelliğini taşır. Sibersuç olgusuna ilişkin olarak farklı tanımlamalar yapabilmek olanaklı olmakla birlikte, sibersuç internetin kullanılması suretiyle, siber uzay ortamında gerçekleştirilen ve suç teşkil eden eylem olarak nitelendirmek mümkündür²⁹³.

İnternet hukukunun kendi içinde gelişmemiş olması, Milletlerarası Özel Hukuk açısından ise, özel bir düzenlemeye yer verilmemiş olması, yetkili hukukun tespiti açısından sorunlar doğurmaktadır. İnternet kullanımında yaşanan hukuki sorunlar çoğunlukla ticari uyuşmazlıkların çözümü ve kişilik hakkı ihlalleri konusunda karşımıza çıkmaktadır. Bu başlık altında internet yolu gerçekleştirilmiş olan haksız fiiller ve daha çok kişilik hakkı ihlallerinin gerçekleşmesi durumunda uygulanacak hukuk üzerinde durulacaktır.

²⁹¹ Kaplan, s. 45.

²⁹² RG. 23.05.2007, S. 26530.

²⁹³ Hasan **Sınar**, “İnternetin Ortaya Çıkardığı Hukuki Sorunlara Bir Ceza Hukuku Yaklaşımı”, *Prof. Dr. Yılmaz ALTUĞ’ a Armağan MHB* Yıl 17-18, S. 1-2, 1997-1998, s. 356.

b. Kişilik Hakkı, Şeref ve Haysiyet Kavramı

Bir kimsenin manevi dünyası ile ilgili olan, malvarlığı hakları dışında kalan yani para ile ölçülemeyen haklara şahısvarlığı hakları diyoruz. Bir kimsenin hayatı, özgürlüğü, ismi, sırları, resmi gibi haklar ise şahıs varlığı haklarından “kişilik haklarına” girer²⁹⁴. Kişilik hakkı, kişiyi var eden, kişiliğini serbestçe geliştirmesini sağlayan, diğer kişilerden farklılığını temin eden bütün değerler üzerindeki bir haktır. Kişilik hakkının kapsamına kişinin maddi ve manevi kişisel değerleri dâhil olmaktadır.

Şeref ve haysiyet, kişinin sahip olduğu temel değerlerden birisi olup, nispi bir kavramdır. Toplumda kabul edilen ahlâki değer hükümleri, bir kimsenin şeref ve haysiyeti konusunda bir kıstas olarak kabul edilir. Bir kimsenin toplumun kabul ettiği ahlâki değer ölçülerine göre hareket edip etmemesi, onun şeref ve haysiyete sahip olup olmadığı yolunda, diğer kişiler açısından bir kanaat yaratır. Diğer kişilerin, bir kimsenin şeref ve haysiyeti hakkında edindikleri kanaat, o kişinin geleceği açısından çok önemlidir. Bu nedenle kişinin şeref ve haysiyetine yapılacak haksız bir davranış, kişinin manevi varlığını zedeleyebilir. Şeref ve haysiyetin zedelenmesi onun özel hayatına ilişkin olabileceği gibi, mesleki faaliyetine de ilişkin olabilir²⁹⁵. Şeref ve haysiyet ihlali söz, yazı veya resimlerle meydana gelebilir.

c. İnternet Yolu ile İletişimi Cazip Kılan Nedenler

Siberuzaydaki²⁹⁶ iletişimin en çekici özelliklerinden biri kullanıcının anonimliğidir. Siberuzaydaki iletişimin içerisinde en önemli yeri ise internet almaktadır. Sanal âlemde gezinen kişiler, kişisel kod isimleri ile kimliklerini gizleyerek birbirleriyle iletişim kurma olanağına sahiptirler. Sanal ortamda kullanıcılar kimliklerini gizleyebilme olanağının vermiş olduğu bir rahatlık ve özgürlük içinde, çok rahat haksız fiil niteliğinde eylemlerde

²⁹⁴ Tan Tahsin **Zapata**, *Medeni Hukuk Altın Seri*, 6. Bası, Ankara 2009, s. 28.

²⁹⁵ Öztan, s. 279.

²⁹⁶ “Siberuzay, (orijinal anlamını karşılamasa da yaygın olan bir başka kullanımı ile sanal âlem, cyberspace) terimi bilgisayarların ve onu kullanan insanların internet ve benzeri ağlar içinde kurduğu iletişimden doğan sanal gerçeklik ortamını anlatan metaforik bir soyutlamadır.”, http://tr.wikipedia.org/wiki/Siber_uzay, E.T: 06.05.2011.

bulunabilmekte ve diğer insanların kişilik haklarını ihlal edebilmektedirler. Gerçekleştirilen haksız fiillerin ifşası ise çok geniş alanlara hitap edebilmektedir. Bunun zararları ise zaman zaman sahip olunan bir mevkiden istifa noktasına götürebilecek nitelikte olabilmektedir. Doğal olarak bu rahatlık içinde hareket eden kullanıcı, başkasının kişilik hakkını ihlal edici açıklamaları çok rahat bir şekilde yapabilmektedir. İnternet yolu ile kişilik hakkı ihlallerinin yaygın olmasının nedeni adeta saldırının bir tuşun ucunda olup, herhangi bir efor sarf etmeden gerçekleştirilebiliyor olmasıdır.

İnternette iletişimi cazip kılan bir diğer özellik ise diğer iletişim yollarına nisbeten daha ucuz olmasıdır. Bir GSM operatörü ile gerçekleştirilebilecek olan bir telefon görüşmesi dikkate alındığı zaman ve üstelik görüntülü konuşabilme imkânları da dikkate alındığında internet yolu ile iletişim daha cazip konumda yer almaktadır.

İnternet yoluyla şeref ve haysiyet ihlalinde, diğer medya araçlarıyla gerçekleşen ihlallerden farklı bazı yönler bulunmaktadır. Burada haksız fiilin meydana geldiği yerin saptanması, ihlalin meydana geldiği yerin belirli bir coğrafya ile sınırlı olmadığı ve failin kimliğinin saptanması konularında bazı güçlükler doğurabilir.

Bir e-posta²⁹⁷ gönderen, web sayfası açan ya da bir foruma mesaj gönderen kişi bu fiilleri yapması ile haksız fiil gerçekleşmiş olmamakta sadece haksız fiilin eylem unsuru tamamlanmış olmaktadır. Zararın meydana gelmesi için söz konusu mesaja erişim sağlanması ve açıklamanın okunması gerekmektedir. Bütün bu aşamaların farklı ülkelerde meydana gelmesi durumunda, mesajın okunduğu her yerde haksız fiil ika edilmiş olmaktadır²⁹⁸.

²⁹⁷ “E-posta, internete bağlı çok sayıdaki kullanıcının birbirleriyle haberleşebilmek için kullandıkları elektronik mesaj iletim sistemidir. İnternet hizmetleri içinde en çok kullanılan hizmet türü e-posta’dır. E-posta geleneksel posta sistemi ile aynı işleve sahip olan bir iletişim türüdür ve e-posta sayesinde kullanıcılar arasında pulsuz, zarfsız ve PTT’ye gitmeden hızlı bir haberleşme imkânı sağlanmaktadır”, (Sırabaşı, s. 135).

²⁹⁸ Özel, Medya, s. 160.

d. İnternet Yolu ile İşlenen Haksız Fiile Uygulanacak Hukukun Tespiti Meselesi

Haksız rekabet ile basın yayın yoluyla işlenen suçlar, fiilin birden fazla devlet ülkesinde işlenmesine rağmen, zararın tek bir devlet ülkesinde meydana geldiği haksız fiillerin en güzel örneğidir. Radyo ve televizyon gibi kitle iletişim araçları vasıtasıyla işlenen haksız fiiller ise, fiilin bir tek devlet ülkesinde işlenmesine rağmen, zararın birden fazla devlet ülkesinde ortaya çıktığı haksız fiillerin tipik örneğidir. İnternet ortamında gerçekleştirilen haksız fiillerde ise, fiil ve zarar birden fazla ülkede meydana gelebilmektedir²⁹⁹.

İnternet aracılığıyla işlenen haksız fiile Türk Kanunlar İhtilafı Hukukunun uygulanabilmesi için, olayın yabancı bir veya birden çok hukuk düzeni ile ilişki içinde bulunması, yani bir yabancılık unsuru taşıyor olması gerekmektedir. Ancak yabancılık unsurunun, uluslararası bilgi ağı anlamına gelen internette mutlaka bulunması gerekmemektedir. Kanunlar ihtilafı kuralının uygulama alanı bulabilmesi için gerekli olan yabancılık unsuru somut olayın içerisinde yer almalıdır. Diğer bir anlatımla, sadece internetin milletlerarası alanda yaygın işleve sahip olması, yabancılık unsurunu oluşturmamaktadır³⁰⁰.

İnternet yolu ile gerçekleşen haksız fiiller ve dolayısıyla kişilik hakkı ihlalleri ile ilgili özel bir bağlama noktası olmadığı için genel düzenlemelerden faydalanılmaktadır. Burada da öncelikli olarak haksız fiilin ika yeri, ika yeri ile zarar yeri birbirinden farklı ise zarar yeri ya da daha sıkı ilişkili bir yer söz konusu ise o yer hukukunun uygulanması söz konusu olacaktır.

İnternet yoluyla gerçekleşen kişilik hakları için geleneksel lex loci delicti kuralının uygulanmasını savunan görüş, internetin niteliği gereği bu kuralın uygulanmasında eylem veya zarar yerinden birini tercih etmekte; lex loci delicti kuralının uygulanmasını reddeden görüş ise bu alanda açık deniz rejimini örnek almaktadır. Haksız fiile uygulanacak hukuk olarak haksız fiilin ika yeri hukukunu kabul ettiğimiz takdirde; bilgisayara yüklemenin

²⁹⁹ Kaplan, s. 190.

³⁰⁰ Ayfer Uyanık-Çavuşoğlu, “İnternet Ortamında İşlenen Haksız Fiil Sorumluluğuna Uygulanacak Hukuk”, *Prof. Dr. Ergin NOMER’e Armağan MHB* Yıl 22 2002, Sayı 2, s. 974.

yapıldığı yer ile açıklamanın okunduğu yer kavramları karşımıza çıkmaktadır. Uygulanacak hukuk konusunda haksız fiilin ika yeri hukukundan başka servis sağlayıcısının³⁰¹ bulunduğu yer hukukunun uygulanması da savunulmaktadır. Servis sağlayıcısının bulunduğu yer hukukunun uygulanmasını savunan görüşün çıkış noktası ise, açık deniz rejiminin uygulanmasına ilişkindir. Bu iki görüşe ilişkin çıkarımda bulunmak gerekirse; interneti hiçbir devletin egemenliğinin söz konusu olmadığı açık denizlerle, kişilik hakkını ihlal eden açıklamaların internette yayınlanmasını da gemilerin çatışmasıyla kıyaslamak çok gerçekçi değildir. Çünkü internet ortamı her ne kadar fiziki dünyadan farklı olsa da, kişilik hakkı ihlalleri sanal ortamda değil gerçek dünyada vuku bulmaktadır. Gerek e-posta yoluyla gerekse forumlara bırakılan mesaj yoluyla olsun kişilik hakkı ihlalleri gerçek dünyada etkisini göstermektedir. Bu nedenle her ne kadar haksız fiil internet ortamında aracılığıyla işlenmiş olsa da haksız fiilin ika yeri fiziki dünyadır³⁰².

Fikri hak ihlalleri haksız fiil olarak kabul edildiği takdirde, internet yolu ile işlenen haksız fiillere uygulanacak hukuk konusunda çıkarımlarda bulunabiliriz. MÖHUK m. 34/1 çerçevesinde haksız fiilin ika edildiği yer hukukunun uygulanmaması halinde, MÖHUK m. 34/3'ten hareketle, en sıkı ilişki yer hukuku olarak, koruma ülkesi hukukunun uygulanacağı sonucuna varılabilir. Zira en sıkı ilişkili yer olarak, haksız müdahalenin yapıldığı ya da diğer ülkelere nazaran, daha fazla müdahale tehdit ve tehlikesinin söz konusu olduğu ülkenin hukuku uygulama alanı bulacaktır ki, bu da sonuç olarak koruma ülkesi hukuku olacaktır³⁰³.

³⁰¹ “İnternet servis sağlayıcılar, bilgisayar kullanıcılarının internete ulaşmasına aracılık eder. Bu araçlar bir ticari kuruluş olabileceği gibi, üniversite gibi akademik kuruluşlar da olabilir. İnternet servis sağlayıcıların çoğu, aynı zamanda ellerinde bulundurdıkları büyük çaplı sunucular (server) vasıtasıyla, depo (host) eden olarak da hizmet vermektedir. Ancak sunucuların aynı zamanda internet servis sağlayıcısı konumunda olmamaları halinde, ayrıca, bir internet servis sağlayıcısından destek alması gerekir. Buna karşılık, dijital bilgileri server cihazında saklayan ve depolayan sunucu, aynı zamanda internete erişimi de sağlayabiliyorsa, artık internet servis sağlayıcısı olmuş olur”, (Kaplan, s. 160).

³⁰² Özel, Medya, s. 171-174.

³⁰³ “Fikri haklara uygulanması genel olarak kabul edilen “lex loci protectionis” ile haksız fiillere uygulanması genel olarak kabul edilen “lex loci delicti commissi” nin çoğu zaman benzerlik gösterdiği söylenebilir. Hatta “lex loci protectionis” bağlama kuralının, haksız fiillere ilişkin “lex loci delicti commissi” bağlama kuralının fikri hukuk alınındaki görünüm şekli olduğunu ve onun özel bir bölümünü oluşturduğu ileri sürülmektedir”, (Kaplan, s. 180, 182, 183, 188).

e. İnternette Fiil Yeri

Haksız fiilin işlendiği yer açısından durumu incelediğimiz zaman, örneğin haksız fiil unsurlarını taşıyan bir web sayfası yabancı ülke çıkışlı ise, diğer bir deyişle bu web sayfası yurt dışında bir yerden yayınlanıyorsa, bu durumda haksız fiilin yurtdışında yayının yapıldığı ülkede mi yoksa yayının izlendiği ülkelerde mi işlenmiş sayılacağının belirlenmesi, bir zorunluluk olarak karşımıza çıkar. Bunun tespiti açısından aşağıda inceleneceği üzere değişik görüşler ortaya atılmıştır.

Milletlerarası Özel Hukuk alanında haksız fiil olaylarında genel olarak uygulanmakta olan bağlama noktası haksız fiilin ika yeri hukukudur³⁰⁴. İnternet yolu işlenen haksız fiillere ilişkin özel bir bağlama noktası söz konusu olmadığı için haksız fiillere uygulanacak olan genel kural niteliğindeki bağlama noktası yukarıda anlatıldığı üzere, internet aracılığıyla işlene haksız fiillerde de uygulanacaktır. Yani burada da öncelikli olarak haksız fiilin ika yeri önem taşımaktadır. Ancak internet aracılığıyla işlenen haksız fiillerde internetin özellikli bir duruma sahip olması nedeniyle ika yerini saptamak her zaman kolay olmamaktadır. Bu nedenle ika yeri tespit edilmeye çalışılırken değişik ihtimaller göz önüne alınarak bir çözüm yolu üretilmeye çalışılacaktır.

aa. İnternete Yükleme/ Gönderme İşleminin Yapıldığı Yer

Haksız fiil niteliğine sahip olan içeriğin internete yüklenmiş olduğu yer, yani yükleme yeri fiil yeri olarak kabul edilmektedir. Yükleme yerinin, fiil yeri olarak, uyuşmazlığı birden fazla sonuç yerine bağlama zorluğunu ortadan kaldırmak için öne sürülmektedir. Ancak açıklamanın bilgisayara yüklendiği yerin tesadüfî olabileceği, kötüye kullanılabileceği, hatta servis ağlayıcı ile içeriğin internet ortamına girdiğinin tespitinin güç olabileceği hususları bu bağlama noktasının uygulanabilme imkânını azaltmaktadır³⁰⁵.

³⁰⁴ Kaplan, s. 190.

³⁰⁵ Özel, MHB, s. 614; Kaplan, s. 191.

Bu yer zarar veren kişinin mutad meskeni veya ikametgâhı ile örtüşebilir. Yükleme işleminden sonra bilgiler kural olarak üçüncü kişiler için erişilebilir konumdadır. Web-serverler hafızalarındaki verileri, internetin milletlerarası niteliğe sahip olması nedeniyle, ülkenin herhangi bir noktasından geniş bir alana iletebilme fonksiyonuna sahiptir. Verilerin okunmaya hazır tutulduğu serverin fiziksel konumunun burada herhangi bir önemi söz konusu değildir. Çünkü verileri hafızaya veren kişi, bunu planlı olarak hedeflemediği müddetçe, serverin konumu hakkında söz sahibi değildir. Zaten kural olarak da yükleme yapan kişi serverin konumunu bilmek zorunda değildir. Durum böyle olunca, kişinin serverin bulunduğu yerin hukuk düzenine uygun davranmak zorunda da değildir³⁰⁶.

Haksız fiile yol açan içeriğin nerede hafızaya aktarıldığının tespiti kolay olmamakla beraber hafızaya aktarıldığı yerin tespit edilmesi durumunda da haksız fiili işleyen kişinin kimliğinin tespit edilmesi kolay olmayacaktır.

Kanaatimizce haksız fiilin ika yeri olarak yükleme yerinin kabul edilmesinin sakıncaları söz konusu olacaktır. Zira burada fiil yeri olarak yükleme yerinin kabul edilmesi ve buradaki bağlama kurallarının uygulanmasına imkân sağlanması halinde bir nevi haksız fiili işleyen kişiye hukuk seçimi imkânı tanınmış olmaktadır. Haksız fiili işleyecek olan kişi kendi çıkarlarına uygun düşeceğine inandığı herhangi bir ülkede, söz konusu haksız fiil içerikli bilgiyi yükleyerek o yer bağlama kurallarının uygulanmasını sağlamış olacaktır. Bu durum ise taraflar arasında bir denge sağlamaya çalışan Milletlerarası Özel Hukuk kaidelerinin temel ilkelerine uygun düşmeyecektir.

bb. Aktarılan Serverin Bulunduğu Yer

Örnek vererek anlatacak olursak; Fransa'da bulunan severe³⁰⁷ aktarılan bir verinin Almanya'da bulunan bir kullanıcı tarafından iki kere okunması durumunda, birincisinde

³⁰⁶ Uyanık- Çavuşoğlu, s. 978.

³⁰⁷ "Server belirli bir kapasitesi olan ve diğer bilgisayarlara hizmet sağlayan bir bilgisayar veya bir programdır. Bir ana bilgisayar olarak da düşünebileceğimiz server bir ya da daha çok ağa bağlanabilen bir aygıt olarak da ifade edilebilir. Server ayrıca dijital bilgilerin depo edildiği bir manyetik ortamdır. Serverin önemi internette yayınlanmakta olan bilginin server üzerinden yayınlanıyor olmasından kaynaklanmaktadır", (Sırabaşı, s. 143-144).

İngiltere, New York ve İsviçre’de, ikincisinde İtalya, İrlanda ve Danimarka’da bulunan serverler üzerinden gerçekleştirilmektedir. Yani ara iletişim yerlerinin bulundukları yerler tamamen tesadüfidir. Burada etkileme ve yönlendirme mümkün olmamaktadır. İşte etkileme ve yönlendirmenin mümkün olmaması sebebiyle, aktarılan serverlerin fiziksel konumları, Milletlerarası Özel Hukuk’ta herhangi bir öneme sahip değildir³⁰⁸.

cc. Verilerin Tasarlandığı ve Geliştirildiği Yer

Doktrinde haksız fiil niteliğine sahip verilerin yüklendiği yerin dışında, haksız fiil niteliğine sahip olan verilerin tasarlandığı ve geliştirildiği yer de haksız fiil yeri olarak nitelendirilmektedir. Durumu bir örnekle açıklamaya çalışırsak; Bir kişi A ülkesinde bir mektup yazıyor ve ardından komşu B ülkesine geçip oradan mektubu postaya veriyor. B ülke hukukuna göre mektubun içeriği – A ülke hukukundan farklı olarak- haksız fiil niteliği taşıyor. Bir kişi bir ülkede bir içerik hazırlayıp kasten onları başka bir ülkenin serverine yüklüyor. Burada fail her iki ülkede harekete geçmiştir ve birinci ülkenin hukukunun uygulanmaması için çaba göstermektedir. İlgili şahsın ulaşmak istediği sonuca engel olan bir (A ülkesinin) hukuk düzeninden kurtulmak amacıyla, diğer bir hukuk düzenine (B ülkesinin) tabi olmayı mümkün kılan bağlantı noktası tesis etme denemesinin başarıya ulaşmaması gerektiği görüşü ileri sürülmektedir. Burada teklifi sunan kişi, kullanılan serverin tespit edilmediği gerekçesinin arkasına saklanamaz. Yükleme/ gönderme yeri bilinçli olarak seçilebilir. Ancak veri yükleyenin böyle bir hukuk seçiminde başarılı olabilmesi için, seçimin mantıklı olması da gerekmektedir. Zaten hazırlık çalışmalarının yükleme yerinden başka bir ülkede gerçekleştiğinin ispat edilmesi de güç olmaktadır.

dd. Fiil Yeri Olarak Verilerin Okunduğu Yer

Serverlere depolanmış bilgilere erişimin gerçekleşmesi ile fiil yerinin tespit adına erişim yerinin dikkate alınıp alınamayacağı gündeme gelmektedir. Bu duruma göre fiil yeri, öncelikle bilgilerin erişime hazır tutulduğu serverin bulunduğu yerdir. Sorumluluk doğuran

³⁰⁸ Uyanık- Çavuşoğlu, s. 980.

fiil ise, burada erişim imkânının sağlanmış olmasıdır. Erişim imkânının sağlanması internete veri aktarmanın beklenen sonucudur. Burada içerik sağlayıcı, verilerin erişime hazır tutulması amacıyla yükleme işlemini yaparak aktif davranmaktadır. Verilerin serverda hazır tutulması sadece yükleme işleminin bir sonucudur. Ancak bilgilerin erişime hazır tutulduğu serverin bulunduğu yerin, fiil yeri olarak kabul edilmesi de doktrinde eleştirilere maruz kalmaktadır³⁰⁹.

İnternet üzerinden işlenen haksız fiilden doğan borç ilişkisi ile daha sıkı ilişkili bir hukuk tespit edilebiliyorsa, bu yer hukukunun uygulanmasına gitmek gerekmektedir. İnternet üzerinde işlenen haksız fiillerde tercihen taraflar arasında müşterek milli hukuk, ikametgâh veya mutad mesken hukuku, daha sıkı ilişkili hukuk olarak uygulanması mümkündür. Ancak, zarar veren şahsın³¹⁰ ve haksız fiile maruz kalanın ikametgâh veya mutad mesken meskeninin bulunduğu yer hukuku da daha sıkı ilişkili hukuk olarak dikkate alınabilir. Taraflar arasında önceden bir ilişki bulunması halinde, anılan ilişkinin tabi olduğu

³⁰⁹ Uyanık- Çavuşoğlu, s. 983.

³¹⁰ Ceza hukuku alanınca zarar veren şahsın tespiti konusunda üç süje belirlenmiştir. Bunlar; içerik sağlayıcı, erişim sağlayıcı ve servis sağlayıcıdır.

İçerik sağlayıcı, internetteki herhangi bir yayının içeriğini hazırlayan kimsedir. Web sayfasından yola çıkacak olursak, web sayfasında yer alan yazılar, resimler ve diğer materyaller içerik sağlayıcı tarafından hazırlanır, sayfa düzeni içerik sağlayıcı tarafından oluşturulur. İçerik sağlayıcının işlevi sadece sayfanın içeriğini hazırlamaktan ibarettir. Diğer bir antılımla, o sayfanın internete konulması ve tüm internet kullanıcılarına erişime hazır bir şekilde bulundurulmasından içerik sağlayıcı değil, diğer süjeler sorumludur. Suç teşkil eden içeriği bir internet yayını haline getiren onlardır.

Erişim sağlayıcı, doğrudan internet bağlantısına sahip olan fakat başkalarına ait verileri saklayabileceği, depolayabileceği bir ana bilgisayar olmayan internet süjesidir. Diğer bir antılımla erişim sağlayıcı, yalnızca başkalarına ait bilgilerin, verilerin internete aktarılmasına aracılık eder ve adeta bir köprü görevi görür. Buna karşın servis sağlayıcısı ise doğrudan internet bağlantısına sahip olmasının yanı sıra, başkalarına ait bilgileri depoladığı ana bilgisayarlara da sahiptir. Başkalarına ait bilgiler, aralarındaki sözleşme uyarınca servis sağlayıcısının ana bilgisayarında depolanır ve yine internet bağlantısı kullanılarak siber uzay ortamına aktarılır. Buradan hareketle erişim sağlayıcının, başkalarına ait bilgilerin internete aktarılmasına aracılık etmesi, bir başka deyişle yalnızca köprü durumunda olması nedeniyle, bu köprüden akan bilgi ve verilerin suç içerikli olup olmadığından haberdar olmasının ve haberdar olmasa bile bunu önlemesinin olanaklı olmadığı ve bu yüzden cezai sorumluluğunun söz konusu olmadığı görüşü genellikle kabul edilmektedir.

Servis sağlayıcılar ise, yukarıda değindiğimiz üzere sadece başkalarına ait bilgileri siber uzay ortamına aktarmakla kalmamakla, bunun yanı sıra başkalarına ait söz konusu bilgileri doğrudan internet bağlantılarını kullanarak siber uzay ortamına aktarmakta, diğer bir deyişle internet üzerinden erişilebilir kılmaktadır. Servis sağlayıcılarının sorumlu tutulabilmesi için, ana bilgisayarlarında depoladıkları, başkalarına ait suç içerikli bilgilerin bu niteliğinden haberdar olmaları ve ayrıca bu bilgilerin internet üzerinden erişilebilir kılınmasını teknik olarak önleme olanağına sahip bulunmaları gereklidir. Servis sağlayıcı bu koşullar gerçekleştiği halde, diğer bir ifadeyle bu bilgilerin suç niteliğinden haberdar olduğu ve bunu önleme olanağına sahip bulunduğu halde, bu bilgilere erişimi önlemese, bu takdirde belirtilen ihmali davranışından dolayı sorumlu tutulabilecektir.”, Sınar, s. 366-368.

hukukun, haksız fiile de uygulanabilmesi için, taraflar arasında özel ilişki bulunmalıdır ve haksız fiil ile bu özel ilişki arasında ilişki kurulabilmelidir³¹¹.

İnternet yoluyla kişilik hakkı ihlallerini diğer medya araçlarıyla gerçekleşen ihlallerden farklı görmeyen görüş burada da ika yerini sonuç yeri olarak kabul etmektedir. Dolayısıyla yayım yeri sonuç yerini belirleyen kıstas olarak varlığını sürdürmektedir. Kişilik hakkı ihlali söz konusu açıklamanın bilgisayara indirildiği veya alındığı yerde meydana gelmiş olmaktadır³¹². SINAR'a göre internetin dünya çapındaki karakteri göz önüne alınarak bir çözüm yoluna ulaşılır. Buna göre, bu tür suçlarda hareket bir yerde yapılmakla beraber, netice başka ülkelerde, daha doğru bir deyişle internete bağlı her ülkede ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle, hareket nerede yapılmış olursa olsun, netice yayının ulaştığı her ülkede ortaya çıktığı için, suçun, o yayına erişilebilen internete bağlı her ülkede meydana geldiğini kabul etmek gereklidir. Bu nedenle, artık o yayının izlenebildiği her ülke suçun işlendiği yer olarak benimsenebilecek ve kendi ulusal kuralları gereğince yargı yetkisine haiz olabilecektir³¹³. ÖZEL'e göre, önemli olan açıklamanın yayımlandığı yerdir. İnternet ortamında yayım mesajın gönderilmesi ile değil, bunun aleniyet kazanması ile yani kullanıcıların bu mesaja ulaşması ile meydana gelmektedir. Buradan hareketle bir e-posta ile kişilik hakkı ihlallerinde haksız fiilin ika yeri geleneksel mektuptan bir farklılık arz etmeyecektir. Elektronik postanın yazılıp, gönder tuşuna basıldığı yer eylem yerini, elektronik postanın okunduğu yer ise zarar yerini belirleyecektir. Gelen mesaj hanesinin açılıp, elektronik postanı okunduğu yerde ve anda haksız fiil meydana gelmiştir³¹⁴. KAPLAN'a göre ise, internet ağı üzerinden yapılan hak ihlalleri, ilgili internet ağı ile erişim sağlanabildiği ölçüde, dünyanın birçok farklı yerinde gerçekleşebilecek niteliktedir. Burada esas alınması gereken nokta ise, hakkı ihlal edilen kişinin mali ve manevi olarak nerede zarara uğradığının tespitidir. Burada hak sahibinin mali açıdan zarara uğradığı yer, mali kazanç elde etmek için muamelede bulunduğu yerdir. Manevi haklar açısından ise bağlama noktası olarak, kişilik hakkı ihlal edilen kişinin kişilik olarak tanındığı yerdir. Bu yer çoğu zaman hakkı ihlal edilen kişinin iş ilişkilerinin olduğu ve yaşamını sürdürdüğü

³¹¹ Uyanık- Çavuşoğlu, s. 985.

³¹² Özel, MHB, s. 615.

³¹³ Sınar, s. 370.

³¹⁴ Özel, MHB, s. 613.

ikametgâh veya mutad mesken olarak kendisini gösterir. Bu bağlama noktaları ise, “koruma ülkesi hukuku” nun yansımalarıdır³¹⁵

f. İnternette Zarar Yeri

İnternette fiil yerinin tespit edilmesi son derece güçtür. Bu gibi durumlarda zarar yeri hukukunun uygulanması gündeme gelmekte ve buna bağlı olarak da zarar yerinin tespit edilmesi gerekmektedir³¹⁶. Haksız fiillerde zarar yeri, hukuki değeri olan bir varlığın doğrudan ihlal edildiği yerdir veya hakkın konusu olan varlığın bulunduğu mahaldir. Ya da hukuken korunması gereken menfaatin ihlali nedeniyle sonucun ortaya çıktığı yerdir. İnternet üzerinden işlenen haksız fiillerde zarar yeri, kullanıcının bilgilere eriştiği yerdir. İnternete aktarılan bilgilere kural olarak dünyanın her ülkesinde erişim imkânı bulunduğu için, zarar teorik olarak dünyanın her yerinde doğabilir, hatta bu zarar aynı anda birçok yerde de doğabilir. Söz konusu zarar, korunan hukuki varlığın bulunduğu yerde, bilgiye ulaşılmasıyla doğmaktadır. Salt bilgilerin erişilebilir olması, bunlardan yararlanılmadığı müddetçe, kanunlar ihtilafı açısından herhangi bir öneme sahip değildir. Zarar yeri olarak hukuken korunan kişinin malvarlığının bulunduğu yerin kabul edilmesi, ileri sürülen görüşler arasında yer almaktadır. Bu yer de çoğu zaman, zarara uğrayan şahsın ikametgâh yeri olmaktadır³¹⁷.

Sonuç olarak, internet yoluyla kişilik hakkı ihlalleri, tıpkı diğer medya araçları gibi birden fazla sonuç yerinin mevcut olduğu haksız fiil türleridir. Bu nedenle açıklamanın aleniyet kazandığı yer sonuç yeridir. Bu durumda birden fazla sonuç yerinden birini seçmek gerekecektir³¹⁸. Seçilecek olan bu yer ise, doğal olarak kişinin tanınmadığı ve sosyal

³¹⁵ Kaplan, s. 231-232.

³¹⁶ Kaplan, s. 192.

³¹⁷ Uyanık-Çavuşoğlu, s. 987.

³¹⁸ “Aksi halde, internet kullanıcıları tarafından bu bilgilere ulaşılan ülkeleri sonuç ülkesi olarak kabul edecek olursak, neredeyse tüm dünyada bu haksız fiilin sonuç doğurduğunu kabul etmemiz gerekecektir. Bu durumda her bir ihlal için, o ihlalin yapıldığı yer hukukunun ayrı ayrı uygulanması gerektiği sonucuna ulaşılabacaktır. Bu durumda, farklı ülkelerde gerçekleştirilen haksız fiilden dolayı, tazminat davası açılan ülke mahkemesinin, kendisini bütün bu tazminat davaları konusunda yetkili görmesi ve bu ülkenin milletlerarası yetki kurallarının buna izin vermesi gerekir. Böyle bir olayda, küçük bir ihtimal dahi olsa, hâkimin aynı ihlal fiilinden doğan tazminat davalarına çeşitli ülkelerin hukukunu uygulaması gerekecektir.

ilişkilerinin olmadığı bir yer değil, ancak mağdurun tanındığı yer zarar yeridir. Bu yer de yukarıda bahsedildiği üzere çoğunlukla hayat ve iş ilişkilerinin olduğu ikametgâh ve mutad mesken hukukunun bulunmuş olduğu yerdir. Bu nedenle MÖHUK m. 34/3 uyarınca en sıkı ilişkili hukukun tespiti kapsamında en fazla zararın görüldüğü yer hukukunun tespit edilmesi gerekecektir. Kişinin yaşadığı, hayat ilişkilerini odakladığı bir yerden kişilik hakkını ihlal eden açıklamaya erişilebilir ise, söz konusu yer ilgilinin en fazla zarar gördüğü yer olmaktadır³¹⁹.

Bu şekilde bir yetki paylaşılması, beraberinde uygulama açısından büyük zorluklar getirmektedir. Hem farklı ülke hukukları açısından tazminat miktarının hesaplanması, hem de verilen mahkeme kararının tanınması ve tenfizi açısından önemli zorluklar kaçınılmazdır”, (Kaplan, s. 193).

³¹⁹ Özel, MHB, s. 617; Kaplan, s. 231.

SONUÇ

Haksız fiiller alanında uygulanacak bağlama kurallarını uyumlaştırmak adına Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Topluluğu Tüzüğü (Roma II) kabul edilmiştir. Topluluğa üye ülkelerde Tüzük doğrudan uygulama alanı bulacaktır. Bu nedenle yeknesaklığı sağlamak adına üye devletler mevcut düzenlemelerini Tüzük ile uyumlu hale getirmektedirler.

Türkiye Topluluğa üye olmamakla beraber, üye olduğu takdirde Tüzük Türkiye açısından da doğrudan uygulama alanı bulacaktır. 2007 yılında yürürlüğe giren 5718 sayılı MÖHUK' ta yer alan düzenlemeler yer yer Roma II Tüzüğü ile uyum içinde olmasına rağmen farklılıklar da mevcuttur. Örneğin kişilik hakkı ihlalleri Tüzükte ayrı bir madde halinde düzenlenmemişken, MÖHUK' ta genel haksız fiilin uygulama alanından çıkarılıp m.35' te müstakil bir madde ile düzenlenmiştir. Tüzükte haksız fiillere uygulanacak hukukta genel nitelikteki bağlama kuralı zarar yeri ülkesi iken, 5718 sayılı MÖHUK' ta haksız fiilin işlendiği yer yani ika yeri genel kural olarak kabul edilmiştir. Oysaki haksız fiilin ika yerini tespit etmek zaman zaman problemler doğurmaktadır. Kanaatimizce, iç hukuk düzenlememiz olan MÖHUK' ta gerekli değişikliklerin yapılıp, kavram karmaşasını da giderebilmek adına, zarar yerinin genel bağlama kuralı olarak kabul edilmesi yerinde olacaktır.

5718 sayılı Kanun, 2675 sayılı Kanun'dan farklı olarak, özel nitelikteki haksız fiiller için ayrı bağlama kuralları kabul etmiştir. Bu bağlama kurallarının kabul edilmesi, gerek Tüzükle uyum içinde olması, gerekse somut olay adaletini gerçekleştirmedeki katkıları açısından yerinde olmuştur.

5718 sayılı MÖHUK ile 2675 sayılı MÖHUK' ta da benimsenmiş olan "haksız fiilin ika yeri" kuralı benimsenmiştir. Yine aynı şekilde; ika yeri ile zarar yerinin farklı olması durumunda zarar yerinin ve haksız fiil ile daha sıkı irtibatlı ülke olmadı halinde o yer hukukunun uygulanacağına ilişkin kurallar aynen benimsenmiştir. Bunun yanı sıra 2675 sayılı MÖHUK' tan farklı olarak yeni iki maddeye daha yer verilmiştir. Bunlar, zarar

verenin sigortacısına başvurabilme imkânı ile hukuk seçimine ilişkin imkândır. Bunlardan tarafların haksız fiile uygulanacak hukuku seçme imkânı, uluslararası alanda da kabul görmüş bir hükümdür. Bu hak Roma II Tüzüğü' nde de kabul edilmiştir. Akdi borç ilişkilerine uygulanacak hukuk açısından benimsenmesinde herhangi bir tereddüt yaratmayan bağlama kuralı, akit dışı borç ilişkilerine uygulanma açısından çeşitli tereddütleri barındırmaktadır. Bu tereddütleri azaltmak adına, akit dışı borç ilişkilerinde uygulanması belirli şartlara bağlanmıştır.

İnternet yolu işlenen haksız fiillere uygulanacak hukuk konusunun gerek uluslararası alandaki sözleşmelerde, gerekse iç hukuk düzenlememiz olan 5718 sayılı MÖHUK' ta müstakil bir madde olarak yer almaması, pek çok boşluk oluşturmaktadır. Her ne kadar haksız fiilin genel nitelikteki bağlama kurallarından yola çıkılarak bir uygulamaya oluşturulmaya çalışılsa da, müstakil bir madde halinde düzenlenmesi daha yerinde olacaktır. Zira internet kullanımının yaygınlaşması haksız fiillerin artışını da beraberinde getirmektedir. Özellikle büyük kitlelere hitap eden sosyal paylaşım sitelerinin artması tehlikeyi de beraberinde getirmektedir. Bu konuda gerek uluslararası hukukta bağlama kurallarını tespit açısından, gerekse ceza hukuku alanında acilen spesifik düzenlemelerin yapılması ihtiyacı mevcuttur.

KAYNAKÇA

Arkan, Sabih, *Ticari İşletme Hukuku*, 7. Baskı, Ankara 2005.

Ayan, Mehmet, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Mimoza Yayıncılık, 5. Baskı, Konya 2007.

Aygül, Musa. “ Avrupa Topluluklarında Akitten Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk”, *SÜHFD*, Cilt 9, Sayı 3-4, Yıl 2001, s. 223-264.

Belli, Doğan Bülent, *Basın Yolu İle Kişilik Hakkına Saldırlardan Dolayı Hukuki Sorumluluk*, Ankara 2008.

Çelikel, Aysel ve Erdem Bahadır, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 10. Baskı, İstanbul 2010.

Çilingiroğlu, Cüneyt. “ Devletler Özel Hukuku Alanında Borç Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi: Subjektif Bir Bağlanma Noktası Olarak Taraf İradeleri”, *MHB*, Sayı 2, Yıl 1989, s. 103-120.

Dayınlarlı, Kemal, *Milli-Milletlerarası Kamu Düzeni ve Tahkime Etkisi*, Ankara 1994.

Doğan, Vahit. “ 5718 Sayılı Kanuna Göre İş Akdine Uygulanacak Hukukun Tespiti (İş Akdi)”, *GÜHFD*, Cilt XI, Sayı 1-2, Yıl 2007, s. 147-163.

Doğan, Vahit, *Milletlerarası Özel Hukuk (Haksız Fiiller)*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010.

Ekşi, Nuray, *Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu (Roma Konvansiyonu)*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2004.

Ekşi, Nuray. “Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler ve Bu Akitlerin AT Roma Konvansiyonu’ na Göre Anlamı (MHB)”, *MHB*, Sayı 1-2, Yıl 1992, s. 1-10.

Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2009.

Ertaş, Şeref. “ İmalatçının Sorumluluğu Avrupa Topluluğu Yönergesi ve Alman İmalatçının Sorumluluğu Kanunu”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları Prof. Dr. Şükrü Postacioğlu’ na Armağan*, İzmir 1997, s. 47-54.

Gelgel-Öztekin, Günseli, *Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Birliği Düzenlemesi*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2006.

Günay, Erhan, *Yayın Yoluyla Kişilik Haklarına Saldırı ve Basında Sorumluluk*, Ankara 1999.

Göğer, Erdoğan. “Haksız Fiilden Doğan Borçların Tabi Olduğu Kanun (Haksız Fiiller)”, *AÜHFD*, Cilt XXII-XVIII, Sayı 1-4, Yıl 1965-1966, s. 451-506.

Göğer, Erdoğan, *Kanunlar İhtilafı (İhtilaf)*, Ankara 1973.

Kaplan, Yavuz, *İnternet Ortamında Fikri Hakların Korunmasına Uygulanacak Hukuk*, Ankara 2004.

Karahasan, Mustafa Reşit, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler Notlandırılmış Yasa Maddeleri ve Yargıtay Kararları*, C. 3, İstanbul 2004.

Kayıhan, Şaban, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008.

Kılıçoğlu, M. Ahmet, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 11. Baskı, Ankara 2009.

Hakeri, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Baskı, Ankara 2011.

Mayer, Pierre ve Heuzé Vincent, *Droit International Privé*, 8e édition, Paris 2004.

Nomer, N. Haluk, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yayıncılık, 7. Baskı, İstanbul 2009.

Nomer, Ergin ve Şanlı Cemal, *Devletler Hususi Hukuku*, Beta Yayıncılık, 18. Baskı, İstanbul 2010.

Serdar, İlknur, *Radıo ve Televizyon Yoluyla Kişilik Hakkının İhlâli ve Kişiliğın Korunması*, Ankara 1999.

Sınar, Hasan. “ İnternet’in Ortaya Çıkardığı Hukuki Sorunlara Bir Ceza Hukuku Yaklaşımı”, *MHB*, Sayı 1-2, Yıl 1997-1998, s. 355-372.

Sırabaşı, Volkan, *İnternet ve Radıo- Televizyon Aracılığıyla Kişilik Haklarına Tecavüz*, Ankara 2007.

Sirmen, Sedat. “ Türk Kanunlar İhtilafı Hukukunda Zarar Sigortaları Kapsamına Giren Milletlerarası Unsurlu Sigorta Akitlerine Uygulanacak Hukuk”, *BATİDER*, Cilt XXVI, Sayı 3, Yıl 2010, s. 41-65.

Sözüer, Adem. “Cevap ve Düzeltme Metninin Yayınlanmasına İlişkin Yargı Kararı Cebri İcra Yoluyla İnfaz Edilebilir mi?”, *MHB Prof. Dr. Yılmaz ALTUĞ’a Armağın*, Sayı 1-2, Yıl 1997-1998, s. 373-386.

Özdemir-Kocasakal, Hatice. “İnternet Aracılığıyla Kurulan Uluslararası Özel Hukuk İlişkilerinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Yetkili Mahkemenin Tespiti”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Kemal OĞUZMAN’ a Armağın*, Sayı 1, yıl 2002, s. 484-514.

Özel, Sibel. “İmalatçının Sorumluluğu ve Kitle İletişim Araçları Yoluyla Kişilik Hakkının İhlalinde Uygulanacak Hukuk (İmalatçı)”, *Koç Üniversitesi Avrupada Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri- Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi DR. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi Konferans Yayınları Dizisi-2*, İstanbul 2010, s. 219-229.

Özel, Sibel. “İnternet Yoluyla Kişilik Hakkı İhlallerinde Uygulanacak Hukuk Meselesi (MHB)”, *MHB Prof. Dr. Sevin TOLUNER’e Armağan*, Sayı 1-2, Yıl 2004, s. 609-617.

Özel, Sibel, *Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması (Medya)*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004.

Öztan, Bilge, *Medeni Hukukun Temel Kavramları*, 30. Bası, Ankara 2009.

Reisoğlu, Safa, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yayıncılık, 20. Baskı, İstanbul 2008.

Remzi, Mehmet ve Aydın Sezer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İkinci Sayfa Yayıncılık, 3. Baskı, İstanbul 2010.

Tanrıbilir, Feriha Bilge. “Akit-Dışı Borçlara Uygulanacak Hukuka İlişkin Tüzükte (Roma II) Ürün Sorumluluğu (Ürün)”, *GÜHFD*, Cilt XIV, Sayı 2, Yıl 2010, s. 121-140.

Tanrıbilir, Feriha Bilge. “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun Genel Hükümlerinde Yapılan Değişiklikler Üzerine (MÖHUK)”, *TBBD*, Sayı 87, Yıl 2010, s. 195-227.

Tarman, Zeynep Derya. “ Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma I Tüzüğü (Roma I)”, *BATİDER*, Cilt XXV, Sayı 2, Yıl 2009, s. 299-332.

Tarman, Zeynep Derya. “ Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Topluluğu Tüzüğü (Roma II)”, *AÜHFD*, Cilt 57, Sayı 2, Yıl 2008, s. 193-222.

Tarman, Zeynep Derya. “ 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) Uyarınca Yabancılik Unsuru Taşıyan Akdi Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi (Akdi)”, *BATİDER*, Cilt XXVI, Sayı 1, s. 143-171.

Tarman, Zeynep Derya. “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) Uyarınca Yabancılik Unsuru Taşıyan Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi (Akit Dışı)”, *BATİDER*, Cilt XXVI, Sayı 2, s. 5-32.

Tarman, Zeynep Derya. “ Yabancılik Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk (İş Akdi)”, *AÜHFD*, Cilt 3, Sayı 59, Yıl 2010, s. 521-550.

Tekinalp, Gülören, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009.

Tiryakioğlu, Bilgin. “ Genel Olarak Haksız Fiillere, Haksız Rekabete ve Rekabetin Engellenmesine Uygulanacak Hukuk”, *Koç Üniversitesi Avrupada Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri- Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi DR. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi Konferans Yayınları Dizisi-2*, İstanbul 2010, s. 211-218.

Turhan, Turgut. “ Literatürden Hareketle Haksız Fiilden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanına İlişkin Bazı Genel Gözlemler (Gözlemler)”, *AÜHFD*, Cilt 41, Sayı 1-4, Yıl 1989-1990, s. 95-117.

Turhan, Turgut, *Haksız Fiilden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında İka Yeri Kuralı (İka Yeri)*, Dayınlarlı Yayıncılık, Ankara 1989.

Tüfek, Ömer Faruk, *Basın Yoluyla Kişilik Haklarının İhlali ve Bu İhlale Karşı Özel Hukuk, Ceza Hukuku ve İ.H.A.S. Koruması*, Ankara 2007.

Uluocak, Nihal. “ Milletlerarası Haksız Fiil İhtilaflarında Fransız İçtihadındaki Yeni Gelişmeler (Fransız İçtihadı)”, *MHB Prof. Dr. Ergin NOMER’e Armağan*, Sayı 2, Yıl 2002, s. 949-965.

Uluocak, Nihal. “Milletlerarası Haksız Fiiller Konusunda Avrupa Birliğindeki Son Gelişmeler ve Birleşik Krallığın Yeni Düzenlemesi (Birleşik Krallık)”, *Ünal Tekinalp’e Armağan*, İstanbul 2003, s. 1113-1126.

Uyanık-Çavuşoğlu, Ayfer. “ İnternet Ortamında İşlenen Haksız Fiil Sorumluluğuna Uygulanacak Hukuk”, *MHB Prof. Dr. Ergin NOMER’e Armağan*, Sayı 2, Yıl 2002, s. 965-997.

Üstün, Zübeyde Meltem, *Türk ve AB Tüketici Hukukunda İmalatçının Hukuki Sorumluluğu*, İzmir 2007.

Zapata, Tan Tahsin, *Medeni Hukuk*, Altın Seri, 6. Seri, Ankara 2009.

<http://search.toolbars.alexa.com/?ver=alxf2.01&src=ab&aid=5OR0d1e1q900yt&q=Conclue+a%CC%80+La+Haye+le+4+mai+1971,E.T:19.04.2011,09:06.>

http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_civil_matters/116027_fr.htm,

<https://nipronline.eu/%28S%281dfia455pvmmt554vmmln55%29%29/Static%20Pages/NiprEnglishArticles.aspx>,

http://tr.wikipedia.org/wiki/Siber_uzay.

ÖZGEÇMİŞ

Ad- Soyad : Aslıhan KAYIK
Uyruk : TC.
Doğum Tarihi ve Yeri : 06.04.1985-Kayseri
Tel : 0 342 211 67 75
e-mail : aslihan-kayik@windowslive.com
Yazışma Adresi : Zirve Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kızılhisar Kampüsü
Gaziantep

Eğitim

Derece	Kurum	Mezuniyet
Lisans	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi	2003-2007
Lise	Yeşilhisar Lisesi	1999-2003

İş Deneyimi

Yıl	Kurum	Görev
2007-2008	Kayseri Barosu	Stajyer Avukat
2009- Halen	Zirve Üniversitesi	Araştırma Görevlisi

Yabancı Dil

İngilizce