

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**İMALATÇININ SORUMLULUĞUNA
UYGULANACAK HUKUK**

DOKTORA TEZİ

Candan YASAN

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL

MAYIS 2015

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	ii
KISALTMALAR.....	vii
RÉSUMÉ.....	xii
ABSTRACT.....	xvii
ÖZET.....	xxii
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

Maddi Hukuk Sistemlerinde İmalatçının Sorumluluğu ve Bu Alanda Cezalandırıcı Tazminatın Uygulanması

D) İmalatçının Sorumluluğu Kavramı.....	5
A) Kavramın Gelişimi.....	5
1) Sözleşmesel Sorumluluk ve Kusura Dayalı Haksız Fiil Sorumluluğunun Yetersiz Çözümler Sunması.....	5
2) Bağımsız Bir Sorumluluk Türü Olarak İmalatçının Sorumluluğunun Düzenlenmesi.....	9
3) Türk Hukukundaki Durum.....	12
B) Sorumluluğun Şartları.....	16
1) İmalatçının Kusurunun Aranmaması.....	16
2) İmalatçının Sorumluluğunu Gerektiren Ürünler.....	20
3) Ürünün Hatalı Olması.....	22
a) Hata Kavramı.....	22
b) Hata Türleri.....	26
c) Ürünün Hatalı Olduğunun Tespit Edileceği An.....	27
ç) İspat Yükü.....	28
4) Hatalı Ürünün Piyasaya Sürülmüş Olması.....	29
5) Üründeki Hatanın Zarara Yol Açması.....	31
a) İmalatçının Maddi Zarardan Sorumluluğu.....	31
aa) Kişiyeye Yönelik Zararlar.....	31
bb) Malvarlığına Yönelik Fiillerden Kaynaklanan Zararlar.....	33
aaa) Hatalı Ürünün Kendisinde Meydana Gelen Değer Eksikliklerinin Kapsam Dışında Bırakılması.....	34
bbb) Malın Kullanım ve Tahsis Amacına Yönelik Sınırlama.....	35
ccc) Zarar Miktarı Açısından Sınırlama.....	36
cc) Salt Ekonomik Zararlar.....	37
b) İmalatçının Manevi Zarardan Sorumluluğu.....	38
6) Üründeki Hata ile Zarar Arasında Nedensellik Bağının Bulunması.....	39
C) Sorumluluğun Kapsamı.....	40

1) Sorumlu Tutulan Kişiler.....	40
2) Müteselsil Sorumluluk.....	43
3) Zarar Gören Kavramına Dahil Olan Kişiler.....	44
4) Tazminat Miktarının Belirlenmesi	45
Ç) Sorumluluktan Kurtuluş İmkânları.....	47
1) Sorumsuzluk Anlaşması	47
2) Kurtuluş Kanıtları.....	47
D) Süreler	49
II) İmalatçının Sorumluluğunda Cezalandırıcı Tazminatın Uygulanması.....	53
A) Cezalandırıcı Tazminat Kavramı.....	53
1) Tanımı ve Kavramın Gelişimi.....	53
2) Temel Özellik ve Amaçları	56
a) Zararın Telifisini Amaçlamaması.....	56
aa) Kıta Avrupası Hukukunda Tazminatın Kabul Edilen Amaçları	56
bb) Müşterek Hukuktaki Tazminat Anlayışı Açısından Cezalandırıcı Tazminat	58
cc) Cezalandırıcı Tazminatın Telifi Amacı Taşınamasından Doğan Sonuçlar	61
b) Cezalandırma ve İbret Verme Amacı Taşınması.....	63
3) Hukuki Niteliği	66
a) Özel Hukuka İlişkin Olması.....	66
b) Türk Hukuku Açısından Hukuki Niteliğinin Değerlendirilmesi	67
B) Cezalandırıcı Tazminatın Uygulanması	69
1) Şartları	69
2) Uygulandığı Alanlar	72
a) Genel Olarak.....	72
b) Sözleşmeye Aykırılık Halinde Uygulanması.....	73
3) İmalatçının Sorumluluğunda Cezalandırıcı Tazminatın Uygulanmasına İlişkin Esaslar.....	74
a) Cezalandırıcı Tazminatın Bu Alanda Kabul Gerekeşi	75
b) İmalatçının Cezalandırıcı Tazminat ile Sorumlu Tutulmasına Yol Açan Sebepler	77
c) Mahkeme Kararlarından Örnekler.....	78
aa) Grimshaw / Ford Motor Co. Kararı.....	79
bb) Liebeck / McDonald's Restaurants P.T.S., Inc. Kararı.....	81
cc) Philip Morris USA Inc. / Williams Kararı	83
C) Tazminat Miktarının Belirlenmesi.....	84
1) Esas Alınan Kriterler	84
2) Fahiş Miktarda Cezalandırıcı Tazminatın Önlenmesi	87
3) Kitlesel Zararlardaki Özellikli Durum.....	90

İKİNCİ BÖLÜM

İmalatçının Sorumluluğuna Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi

I) Genel Açıklama.....	92
II) İmalatçının Sorumluluğundan Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Milletlerarası Özel Hukukun Kapsamına Girmesi.....	96
A) Özel Hukuka İlişkin Bir Uyuşmazlık Olması.....	96
1) Uyuşmazlığın Özel Hukuka İlişkin Olduğunun Tespiti	96
2) Cezalandırıcı Tazminat Talebinin Değerlendirilmesi	99
B) Uyuşmazlığın Yabancılik Unsuru Taşınması.....	102
1) Genel Olarak.....	102
2) İmalatçının Sorumluluğundan Doğan Uyuşmazlıklarda Yabancılik Unsuru.....	103
III) İmalatçının Sorumluluğuna Uygulanacak Hukuku Gösteren Bağlama Kuralları.....	106

A) Haksız Fiillere İlişkin Genel Bağlama Kuralı	106
1) Haksız Fiillere Uygulanacak Hukukun Tespitinde İzlenen Yöntemler	108
2) İmalatçının Sorumluluğuna Uygulanacak Hukukun Haksız Fiillere İlişkin Genel Kural Uyarınca Belirlenmesi	113
a) Yabancı Hukuk Sistemlerindeki Uygulamalar	113
b) 2675 Sayılı Mülga MÖHUK'un Yürürlükte Olduğu Dönem	116
aa) İmalatçının Sorumluluğunda İka Yerinin Tespiti	117
bb) Zararın Meydana Geldiği Yer Hukukunun Uygulanması	118
cc) En Sıkı İlişkili Hukukun Uygulanması	119
B) İmalatçının Sorumluluğuna Özgü Bağlama Kurallarının Oluşturulması	120
1) Genel Olarak	120
2) Özel Bağlama Kurallarının Öngörülmesine Yol Açan Sebepler	123
a) İka Yeri ve Zarar Yeri Kriterlerinin Yetersizliği	123
b) Genel Kuralın Korunması Gereken Menfaatler Dengesini Sağlayamaması	126
3) Özel Bağlama Kurallarının Oluşturulmasında Dikkate Alınan Menfaatler	130
4) Özel Bağlama Kurallarında Öne Çıkan Tercihler	131
IV) İmalatçının Sorumluluğuna Uygulanacak Hukuka İlişkin Bağlama	
Noktaları.....	136

A) Hukuk Seçimi	136
1) Haksız Fiiller Alanında Hukuk Seçiminin Kabulüne Yol Açan Sebepler	136
2) İmalatçının Sorumluluğunda Hukuk Seçiminin Kabulü	140
a) Genel Olarak	140
b) Türk Hukuku Açısından Değerlendirmemiz	144
3) İmalatçının Sorumluluğunda Hukuk Seçimine İlişkin Esaslar	147
a) Hukuk Seçiminde Bulunma Yetkisinin Kaynağı, Seçimin Geçerliliği ve Sonuçları	147
b) Yabancılık Unsuru Bulunmayan Hallerde Hukuk Seçimi İmkânı	149
c) Anasayonel Hukuk Seçimi İmkânı	150
ç) Kısmi Hukuk Seçimi İmkânı	151
4) İmalatçının Sorumluluğunda Hukuk Seçiminin Sınırları	152
a) Seçim Zamanına Yönelik Sınırlamalar	153
b) Seçimin Gerçekleştirilme Biçimine Yönelik Sınırlamalar	156
c) Seçilebilecek Hukuka Yönelik Sınırlamalar	159
ç) Seçilen Hukukun Etki Alanına Yönelik Sınırlamalar	160
B) Zarar Görene Tanınan Seçim Hakkı	161
1) Zarar Görene Seçim Hakkı Tanınmasında Gözetilen Menfaatler	161
2) Seçim Hakkının Kullanılmasına İlişkin Esaslar	164
a) Seçim Hakkının Niteliği ve Sınırları	164
b) Seçim Hakkının Kullanılma Zamanı	166
c) Seçim Hakkının Zımnî İrade Beyanı ile Kullanılması	168
ç) Zarar Görenin Seçim Hakkını Kullanmaması ve Sonuçları	169
d) Zarar Görenin Seçtiği Hukuku Sonradan Değiştirme İmkânı	173
e) Farklı Talepler Hakkında Farklı Hukukların Seçilme İmkânı	173
3) Seçim Hakkına Konu Olabilecek Hukuklar	174
a) Zarar Verenin Esas İşyeri, İşyeri, Mutad Mesken Hukuku	174
aa) Kriterin Benimsenmesinde Gözetilen Menfaatler	174
bb) Kriterin Uygulanmasının Şarta Bağlanmamış Olması	175
cc) Esas İşyeri, İşyeri ve Mutad Mesken Kavramları	176
çç) Zarar Verenin Tacir Olup Olmamasına Bağlı Olarak Tek Bir Hukukun Seçilebilmesi	181
dd) Zarar Verenin Birden Çok İşyerinin Bulunması	183
ee) Statü Değişikliğinden Kaynaklanan Problemler	185
b) İktisap Yeri Hukuku	187
aa) Kriterin Benimsenmesinde Gözetilen Menfaatler	187
bb) Ürünün İktisap Edilmesine Verilen Anlam	189
cc) İktisap Yerinin Belirlenmesi	191
çç) Zarar Gören Üçüncü Kişinin İktisap Yeri Hukukunu Seçme İmkânı	193
c) Zararın Meydana Geldiği Yer Hukuku	195

aa) Kriterin Benimsenmesinde Gözetilen Menfaatler	195
bb) Kriterin Uygulanması	196
4) İktisap Yeri ve Zararın Meydana Geldiği Yer Hukukunun Uygulanmasının Şarta Bağlanmış Olması	196
a) Şartın Kabulünde Gözetilen Menfaatler	196
b) İktisap Yeri Hukukunun Uygulanması İçin Aranan Şart	198
aa) İspat Yüğü ve Konusu	198
bb) İspat Yükünün Yerine Getirilmesi	201
c) Zararın Meydana Geldiği Yer Hukukunun Uygulanması İçin Aranan Şart	205
5) Daha Sıkı İlişkili Hukuk Kuralına Yer Verilmemiş Olması ve Sonuçları	206
a) Daha Sıkı İlişkili Hukuk Kuralının Öngörülmesinde Gözetilen Menfaatler	206
b) Daha Sıkı İlişkili Hukuk Kuralının Zarar Görene Tanınan Seçim Hakkı ile Bağdaşmaması	207
c) Türk Hukuku Açısından Değerlendirmemiz	209
C) Zarar Görene Seçim Hakkı Tanımayan Kurallardaki Bağlama Noktaları	211
1) Genel Olarak	211
2) Bağlama Noktalarına İlişkin Açıklamalar	214
a) Zarar Gören ve Zarar Verenın Müşterek Mutad Meskeni	214
b) Zarar Görenin Mutad Meskeni	216
aa) Kriterin Benimsenmesinde Gözetilen Menfaatler	216
bb) Kriterin Uygulanması	218
c) İktisap Yeri	220
ç) Zararın Meydana Geldiği Yer	221
d) Zarar Verenın Mutad Meskeni	222
3) Bağlama Noktalarının Uygulanmasına İlişkin Şartlar	224
a) Ürünün O Ülkede Pazarlanmış Olması	224
b) Öngörülebilirlik Kuralı	225
4) Daha Sıkı İlişkili Hukuk Kuralı	227
V) Ara Sonuç: MÖHUK m. 36 Hükmündeki Bağlama Noktaları ile Hükmün Yapısının Değerlendirilmesi	229
VI) İmalatçının Sorumluluğuna Özgü Bağlama Kurallarının Uygulama Alanı	238
A) Roma II Tüzüğü m. 5 Hükmünün Uygulama Alanı	238
1) Konu Bakımından	238
a) Zarar Görenin Talebinin Sözleşme Dışı Sorumluluğa Dayanması	238
b) Zarar Kavramı	239
c) Ürün ve Hatalı Ürün Kavramları	241
2) Kişi Bakımından	243
a) Sorumlu Olduğu İleri Sürülen Kişi Kavramı	243
b) Zarar Gören Kavramı	243
B) İmalatçının Sorumluluğu Hakkında La Haye Sözleşmesi'nin Uygulama Alanı	244
1) Roma II Tüzüğü ve İmalatçının Sorumluluğu Hakkında La Haye Sözleşmesi'nin Karşılıklı Uygulama Alanı	244
2) Sözleşme'nin Konu Bakımından Uygulama Alanı	247
a) Taraflar Arasındaki Hukuki İlişkinin Niteliğinin Belirleyici Olmaması	247
b) Ürün ve Zarar Kavramları	248
3) Sözleşme'nin Kişi Bakımından Uygulama Alanı	249
C) MÖHUK m. 36 Hükmünün Uygulama Alanı	250
1) Konu Bakımından	250
a) Zarar Görenin Talebinin Sözleşme Dışı Sorumluluğa Dayanması	250
b) Ürün Kavramının "İmal Edilen Şeyler" ile Sınırlandırılmış Olması	253
c) Hükümde "Hatalı Ürün veya Hatalı Bilgilendirmeden" Bahsedilmemiş Olması	256
2) Kişi Bakımından	257
Ç) İmalatçının Sorumluluğuna Özgü Bağlama Kurallarının Diğer Bağlama Kuralları ile İlişkisi	258
1) Taleplerin Yarışması	258

2) Haksız Fiillere İlişkin Diğer Bağlama Kuralları ile Karşılıklı Uygulama Alanı.....	262
D) Bağlama Kurallarının Zaman Bakımından Uygulama Alanı	264
VII) İmalatçının Sorumluluğu Statüsünün Kapsamı.....	266
A) Genel Olarak.....	266
B) Özel Durumlar	269
1) Tazminat Borcunun İfa Şekli; Zarar Miktarı ile Tazminat Tutarının Yabancı Para Birimi Üzerinden Belirlenmesi	269
2) Zarar Görenin Doğrudan Zarar Veren Sigortacısına Başvuru Hakkı.....	270
3) Geçici Hukuki Koruma Önlemleri	272
4) Tazminat Talebi İçeren Sınıf Davası.....	273

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İmalatçının Sorumluluğuna Uygulanacak Hukukun Sınırları

I) Kamu Düzeni Müdahalesi.....	275
A) Kamu Düzeni Kavramı.....	275
1) Tanım ve Kapsam.....	275
2) Özellikleri.....	277
3) İşlevi	280
B) İmalatçının Sorumluluğuna Uygulanacak Hukuka Kamu Düzeni Müdahalesi.....	281
1) Kamu Düzeni Müdahalesinin Söz Konusu Olabileceği Haller.....	281
2) Özel Kamu Düzeni Kuralı	284
a) Kavram.....	284
b) Haksız Fiillerde Özel Kamu Düzeni Kuralının Kabul Gerekçesi.....	285
c) İmalatçının Sorumluluğunda Özel Kamu Düzeni Kuralının Etkisi	286
C) Cezalandırıcı Tazminat Özelinde Kamu Düzenine Aykırılık.....	289
1) Milletlerarası Özel Hukukta Cezalandırıcı Tazminata Yönelik Değişen Bakış Açısı	289
a) Maddi Hukuk Sistemlerindeki Kurum ve Gelişmelerin Etkisi	289
b) Cezalandırıcı Tazminatın Kamu Düzenine Aykırılığının Tespitinde Yeni Bir Ölçütün Benimsenmesi	292
aa) Genel Olarak	292
bb) Mahkeme Kararlarında Ulaşılan Sonuçların Değerlendirilmesi.....	293
c) Roma II Tüzüğü'nde Fahış Miktarı Cezalandırıcı Tazminatın Kamu Düzenine Aykırılık Taşıyabileceğinin Kabul Edilmesi	299
2) Yabancı Hukuktaki Cezalandırıcı Tazminatın Türk Kamu Düzenine Aykırılığının Değerlendirilmesi.....	301
a) Doktrindeki Görüşler	301
b) Değerlendirmemiz	303
aa) Cezalandırıcı Tazminatın Özü İtibariyle Türk Kamu Düzenine Aykırılık Taşıyamaması	303
bb) Cezalandırıcı Tazminat Öngören Yabancı Hukukun Uygulanması ve Tazminat Miktarının Belirlenmesi	308
cc) Fahış Miktarı Cezalandırıcı Tazminatın Türk Kamu Düzenine Aykırılığı	309
II) Doğrudan Uygulanan Kurallar.....	312
A) Kavram.....	312
B) Hakim Hukukunun Doğrudan Uygulanan Kuralları	315
1) İmalatçının Sorumluluğunda Doğrudan Uygulanan Kuralların Tespiti	315
2) İmalatçının Sorumluluğunda Türk Hukukunun Doğrudan Uygulanan Kuralları.....	317
C) Uygulanacak Hukukun Doğrudan Uygulanan Kuralları	320
Ç) Üçüncü Bir Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları.....	322
1) Üçüncü Bir Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarına Etki Tanınması	322

2) Sorumluluğa Yol Açan Olayın Meydana Geldiği Yerdeki Kurallara Etki Tanınması.....	323
a) Genel Olarak.....	323
b) İmalatçının Sorumluluğunda “ <i>Sorumluluğa Yol Açan Olayın Meydana Geldiği Yerin</i> ” Tespiti	326
c) MÖHUK Açısından Değerlendirmemiz	327
SONUÇ.....	331
KAYNAKÇA.....	339

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliğı
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
abs.	: Absatz
AD	: Adalet Dergisi
A.g.e. / a.g.e.	: Adı geçen eser
AIHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AIHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Al. L. Rev.	: Alabama Law Review
Alm. MÖHK	: Alman Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (<i>Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch-EGBGB</i>)
Am. J. Com. L.	: The American Journal of Comparative Law
Ark. L. Rev.	: Arkansas Law Review
Aşa. / aşağı.	: Aşağıda
AT	: Avrupa Topluluğu
ATAD	: Avrupa Toplulukları Adalet Divanı
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
b.	: Bent
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
Belçika MÖHK	: Belçika Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (<i>Loi portant le Code de droit international privé</i>)
BGH	: Alman Federal Mahkemesi (<i>Bundesgerichtshof</i>)
BJIL	: Berkeley Journal of International Law
Bkz. / bkz.	: Bakınız
BLI	: Business Law International
Bond L. Rev.	: Bond Law Review
Brooklyn L. Rev.	: Brooklyn Law Review
Brook. J. Int'l L.	: Brooklyn Journal of International Law
c.	: Cümle

C.	: Cilt
Cal. L. Rev.	: California Law Review
CCF	: Fransız Medenî Kanunu (<i>Code Civil</i>)
CCS	: İsviçre Medenî Kanunu (<i>Code Civil</i>)
CISG	: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (<i>United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods</i>)
CJQ	: Civil Justice Quarterly
Colum. J. Transnat'l L.	: Columbia Journal of Transnational Law
Columbia L. Rev.	: Columbia Law Review
Cornell Int'l. L. J.	: Cornell International Law Journal
Cornell L. Rev.	: Cornell Law Review
CPA	: İngiliz Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (<i>Consumer Protection Act</i>)
Ct. App.	: İstinaf Mahkemesi (<i>Court of Appeal</i>)
Çev.	: Çeviren
DAJV Newsl.	: Die Deutsch-Amerikanische Juristen-Vereinigung Newsletter
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
Ed.	: Editör / Editörler
ERPL	: European Review of Private Law
EÜHFD	: Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
f.	: Fıkra
Fordham Urb. L. J.	: Fordham Urban Law Journal
FSEK	: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
Ga. J. Int'l & Comp. L.	: Georgia Journal of International and Comparative Law
GEDIP/EGLIP	: Avrupa Milletlerarası Özel Hukuk Grubu
Golden Gate U. L. Rev.	: Golden Gate University Law Review
Harvard Int'l L. J.	: Harvard International Law Journal
Hastings Const. L.Q	: Hastings Constitutional Law Quarterly
Hastings Int'l & Comp. L. Rev.	: Hastings International and Comparative Law Review
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İBHKG	: İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu
İKÜHFD	: İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Ind. L. J.	: Indiana Law Journal

İng. MÖHK	: İngiltere Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (<i>Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act 1995</i>)
Int. Comp. & L. Q.	: The International and Comparative Law Quarterly
Int'l. J. Legal Info	: International Journal of Legal Information
Int'l. Leg. Mat.	: International Legal Materials
İsv. MÖHK	: İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (<i>Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) du 18 décembre 1987</i>)
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜMHAD	: İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
J. Int'l. Arb.	: Journal of International Arbitration
J. L. & Com.	: Journal of Law and Commerce
J. L. Bus & Ethics	: Journal of Law, Business & Ethics
J. Legal Stud.	: The Journal of Legal Studies
JO	: Avrupa Birliği Resmî Gazetesi (<i>Journal Officiel</i>)
K.	: Karar
Kan.	: Kanun
Karş./karş.	: Karşılaştırmamız
Kent L. Rev.	: Kent Law Review
Kentucky L. J.	: Kentucky Law Journal
La. L. Rew	: Louisiana Law Review
LMCLQ	: Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly
L.Q.R.	: The Law Quarterly Review
Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev.	: Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review
LRFP	: İsviçre İmalatçının Sorumluluğu Hakkında Kanun (<i>Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits</i>)
LRFPD	: Belçika İmalatçının Sorumluluğu Hakkında Kanun (<i>Loi relative à la responsabilité du fait des produits défectueux</i>)
m.	: Madde
MHB	: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
Michigan L. Rev.	: Michigan Law Review
Miss. L. J.	: Mississippi Law Journal
Missouri L. R.	: Missouri Law Review
MLR	: The Modern Law Review
MÖHK	: Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
MÜHF-HAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
NIPR	: Nederlands Internationaal Privaatrecht
no.	: Numara

N.Y.U.L. Rev.	: New York University Law Review
OGH	: Avusturya Yüksek Mahkemesi (<i>Oberster Gerichtshof</i>)
Ohio St. L. J.	: Ohio State Law Journal
Ox. J. L. St.	: Oxford Journal of Legal Studies
par.	: Paragraf
Penn State Int. L. Rev.	: Penn State International Law Review
ProdHaftG	: Alman İmalatçının Sorumluluğu Hakkında Kanunu (<i>ProduktHaftungGesetz</i>)
RCDIP	: Revue Critique du Droit International Privé
RDIPP	: Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale
RDS	: Revue de Droit Suisse
RG.	: Resmî Gazete
RIDC	: Revue International de Droit Comparé
RKHK	: Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
Rst. 3rd of Torts	: Restatement (Third) of Torts: Product Liability
RTD Civ.	: Revue Trimestrielle de Droit Civil
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
S. C. L. Rev.	: South Carolina Law Review
Sup. Ct.	: Temyiz Mahkemesi (<i>Supreme Court</i>)
Sw. L. J.	: Southwestern Law Journal
sy.	: Sayılı
T.	: Tarih
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
Tenn. L. Rev.	: Tennessee Law Review
Tex. Int'l L.J.	: Texas International Law Journal
TKHK	: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK	: Türk Medenî Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
U. Ill. L. Rev.	: University of Illinois Law Review
UTTDER	: Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi
ÜGTDK Taslak	: Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu Taslağı
Vand. J. Transnat'l L.	: Vanderbilt Journal of Transnational Law
vd.	: ve devamı
Vill. L. Rev.	: Villanova Law Review
Wash & Lee L. Rev.	: Washington and Lee Law Review
Williamette J. Int'l L. & Dis. Res.	: Williamette Journal of International Law and Dispute Resolution

Wiss. L. Rev.	: Wisconsin Law Review
Y.	: Yargıtay
Yale L. J.	: Yale Law Journal
YD	: Yargıtay Dergisi
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
YPIL	: Yearbook of Private International Law
yuk.	: Yukarıda

RÉSUMÉ

Ce travail a l'objectif d'étudier le droit applicable aux dommages causé par les produits mis sur le marché ayant d'un défaut de sécurité.

Le but est de faire une étude comparée entre la Loi turque sur le droit international privé et procédure civile, Loi fédérale suisse sur le droit international privé, Convention du 2 octobre 1973 sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits et Règlement (CE) no. 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles («Rome II»).

Le travail a été composé de trois parties. La première partie analyse le concept de la responsabilité du fait des produits dans les systèmes du droit matériel et l'application des dommages-intérêts punitifs (*punitive damages*) dans ce domaine.

En fonction des développements du XXème siècle, il a été nécessaire pour l'ensemble de la société, en général, de déterminer un système de protection contre les produits défectueux mise sur le marché par les fabricants. Face à l'insuffisance des solutions proposées par le régime de la responsabilité contractuelle et délictuelle basée sur la faute, il a été nécessaire de commencer à rechercher de nouvelles solutions.

Les États-Unis étant acceptés comme la principale société de consommation, ils ont été les pionniers dans ce domaine. Les évolutions du droit américain ont influencé les pays Européens. En ce sens qu'il a été adopté la Directive 85/374 du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux.

La Directive a eu ses effets sur divers États non membres de l'Union Européenne. Principalement la Suisse, mais aussi les pays tels que la Chine et la Russie ont adopté les principes de la Directive.

Ainsi, dans les systèmes juridiques il a été mis en œuvre un régime indépendant de responsabilité civile en raison des produits mis sur le marché ayant d'un défaut de sécurité engageant les producteurs et les fournisseurs du fait des dommages causés par la mort, des lésions corporelles ou à une chose.

En droit turc, la réglementation du régime de responsabilité du fait des produits a été une problématique à plusieurs égards. Aucune disposition en ce qui concerne la responsabilité du fait des produits n'a été prévue dans la Code des obligations. La clause générale de responsabilité pour risque prévue à l'article 71 du Code ne s'appliquera uniquement pour certains produits susceptibles de présenter un danger.

Dans la loi numéro 6502 sur la protection des consommateurs entrée en vigueur en date du 28.5.2014 aucune réglementation n'a été prévue en ce qui concerne la responsabilité du fait des produits. La raison est la volonté de réglementer cette question dans le projet de loi relatif à la sécurité des produits et des techniques de sécurité.

A ce jour, le projet n'a pas été adopté. En conséquence, dans le présent cas, la responsabilité du fabricant est basée sur le système de la responsabilité délictuelle fondée sur la faute. Elle est régie par les dispositions de l'article 49 et suivants du Code des obligations turc.

L'une des caractéristiques remarquables du régime de la responsabilité du fabricant est qu'il sera tenu responsable de plein droit en cas d'ignorance de la santé et de la sécurité de la société par une condamnation à des dommages-intérêts punitifs. L'application des dommages-intérêts punitifs dans ce domaine ne se limite pas au droit américain. En droit chinois, le recours en dommages-intérêts punitifs est expressément prévu dans le régime de la responsabilité du fabricant.

Les dommages d'intérêts punitifs en droit commun ne visent pas à compenser l'équilibre détruit par le dommage, constituent une sanction de droit privé visant à punir l'auteur du dommage dont la cause est une faute et à servir d'exemple. Afin d'atteindre ses objectifs, l'indemnité de dommages et intérêts est déterminée comme un montant dépassant le montant des dommages. Toutefois, certains systèmes juridiques acceptés, visent à prévenir les dommages-intérêts punitifs dont les montants sont exorbitants.

Dans la deuxième partie du travail, l'analyse a été faite de la loi applicable à la responsabilité du fait des produits. Dans les méthodes actuelles de production, il est fort probable que les conflits résultant de la responsabilité du fabricant présente un élément d'extranéité, compte tenu de la taille atteinte du commerce international et de la libre circulation des personnes.

Particulièrement en Turquie, où l'on trouve sur le marché beaucoup de produits importés, et qui, de ce fait oblige à examiner les litiges découlant des dommages causés par ces produits au regard du droit international privé avant le droit matériel.

La demande de victime qui a subi un préjudice du fait des produits mise sur le marché, à condition d'être basée sur la responsabilité non contractuelle et à défaut de toutes dispositions particulières applicables, sera régie conformément aux dispositions générales du droit applicable à la responsabilité délictuelle.

Dans le cadre de la responsabilité du fait des produits, l'insuffisance des critères dans les dispositions générales en ce qui concerne la responsabilité délictuelle et l'absence de solutions appropriées afférentes à la nécessité de protéger l'équilibre des intérêts, ont conduit à établir des dispositions contraignantes spécifiques à la

responsabilité du fabricant. La Convention de La Haye sur la responsabilité du fait des produits, à laquelle la Turquie n'est pas partie, a été un pionnier dans ce domaine.

Cependant, à l'article 36 de la loi numéro 5718 sur le droit international privé et procédure civile, pour la première fois la loi applicable à la responsabilité du fait des produits est régie par une règle spéciale. Cette règle a été préparée en s'inspirant du droit suisse. En outre, il a également été référé au règlement Rome II qui est à ce jour sous forme de Proposition. Par conséquent, l'interprétation de l'article 36 MÖHUK va être faite à la lumière des dits dispositifs.

Avant tout, devant les tribunaux turcs, pour les litiges résultant de la responsabilité du fait des produits, les parties auront le choix de désigner la loi applicable en se basant au par. 5 de l'article 34 MÖHUK. A défaut de choix de la loi applicable par les parties, la loi applicable sera déterminée conformément à l'article 36 MÖHUK à condition de faire partie du champ d'application de la disposition.

En raison de la priorité donnée à la protection des intérêts de victime, la loi applicable dans l'article 36 MÖHUK devrait être déterminée conformément au choix accordé à la victime. La victime peut choisir entre deux possibilités de droit prévu par la disposition (la loi d'établissement / de la résidence habituelle de l'auteur ou le droit de l'Etat dans lequel le produit a été acquis).

Afin de maintenir l'équilibre des intérêts entre les parties, dans l'article 36 il a été prévu un mécanisme de défense à l'auteur du dommage. Grâce à cette condition, en prouvant que le produit a été introduit dans le pays d'acquisition contre son consentement l'auteur peut empêcher l'application de la loi de l'Etat d'acquisition.

Dans le cadre de MÖHUK, l'adoption d'une règle spécifique à la responsabilité du fait des produits est une amélioration qui trouve bien sa place. Toutefois, dans l'article 36, il existe des incertitudes en ce qui concerne la durée du droit de choix par la victime; la détermination de la loi en cas de défaut du choix et les problèmes du conflit mobile quant à l'établissement de l'auteur. Dans la pratique, ces incertitudes pourraient causer des problèmes et des différences d'interprétation.

Par ailleurs, la conformité des critères de rattachement mentionnés à l'article 36 reste à discuter avec les intérêts destinés à protéger dans la responsabilité du fabricant et les intérêts économiques du marché turc dont la majorité des produits sont importés. D'autre part, le fait que le champ d'application de l'article 36 soit limité à des produits fabriqués représente une lacune importante.

A l'avenir, s'il venait à établir une nouvelle règle de conflit de loi dans ce domaine, il convient d'envisager de supprimer le droit de choix unilatérale accordé à la victime et de créer une règle objectif en cascade. Un choix en ce sens permettra d'assurer la prévisibilité qui porte une énorme d'importance dans la détermination du droit applicable.

Dans la troisième partie du travail, la discussion porte sur les limites de la loi applicable.

Dans cette partie, la priorité est donnée à l'intervention de l'ordre public dans l'application de la loi étrangère à la responsabilité du fait des produits. Ici, l'intervention de l'ordre public serait à l'ordre du jour surtout dans les questions liées à l'indemnisation.

En effet, en droit suisse, il a été prévu une règle spéciale d'ordre public au regard des indemnités excessives dans la loi étrangère, visant particulièrement les dommages-intérêts punitifs. Pourtant l'article 36 MÖHUK ne prévoit pas de règle spéciale d'ordre public.

Toutefois, cette situation ne constituera pas une lacune. Par l'application de disposition générale de l'article 5 relative à l'intervention de l'ordre public, il est possible d'aboutir au même résultat.

A ce stade, il est particulièrement important d'aborder l'intervention de l'ordre public turc dans la règle des dommages-intérêts punitifs de la loi étrangère applicable. Les dommages-intérêts punitifs ne sont pas réglementées en droit turc. Cependant, les différences de système ne conduisent pas automatiquement à l'intervention de l'ordre public. De plus, si l'on prend en compte l'existence des sanctions de droit privé et de la clause pénale dans le droit turc positif, il ressort bien que les dommages-intérêts punitifs ne sont pas si étrangère au droit turc. Encore une fois, au regard des sanctions privées et de la clause pénale, on peut arriver à la conclusion que les dommages-intérêts punitif ne sont pas contraire aux principes fondamentales du droit turc. En effet, en droit européen continental le changement de point de vue concernant les dommages-intérêts punitif est dans ce sens.

Ainsi, dans l'ensemble des circonstances le cas où il est prévu de faire application de sommes exorbitantes des dommages-intérêts punitifs à la responsabilité du fabricant dans la loi étrangère, nous pensons que cela constituera un résultat expressément contraire à l'ordre public turc. Dans une telle situation, la violation du droit de la propriété garantie par la CEDH et Constitution fera intervenir l'ordre public turc.

Dans la dernière partie du troisième chapitre, l'analyse a été faite des lois de police à la responsabilité du fait des produits.

Dans la responsabilité du fait des produits, il est question de prévoir des réglementations impératives dans le but de protéger la santé et la sécurité publique conformément aux développements des politiques économiques et sociales de l'État.

Pour certains d'entre eux, ce sont des règles relatives à la production des produits, à la distribution, à la mise sur le marché et aux règles de sécurité des produits et des normes techniques intervenant dans la phase d'utilisation. L'autre partie ce sont les règles qui servent à protéger les intérêts de la société en général déterminée par la politique de l'État dans le domaine de la consommation en protégeant les intérêts des consommateurs.

En droit turc, la loi sur la protection des consommateurs, la loi relative à la préparation et la mise en œuvre de la législation technique sur les produits et la législation concernant l'étude de marché et l'audit, des règles impératives dérogatoires

ont été adoptées. Conformément à l'article 6 MÖHUK, ces règles seront mises en œuvre obligatoirement pour les sujets entrant dans le domaine d'application en éliminant la règle de conflit de loi. En conséquence, même si le fabricant réalise la production dans un pays étranger et si l'établissement se trouve dans un pays étranger, ces règles dans le droit turc de nature à s'appliquer directement seront contraignantes pour tous les fabricants mettant leurs produits sur le marché turc.

Par ailleurs, cela peut avoir un impact sur la prise en considération des lois de police d'un État tiers ayant un lien réel et étroit avec le litige naissant de la responsabilité du fait des produits. Aucune disposition n'a été prévue dans MÖHUK concernant la prise en considération des lois de police d'un État tiers dans le cadre des obligations résultant d'un acte illicite. Toutefois, nous pensons qu'il n'y a pas d'obstacle à ce qu'il soit pris en compte comme élément de fait, les règles de sécurité et de comportement du lieu où l'acte illicite a été commis dans le cadre de la loi applicable.

Ainsi, tout en appréciant la responsabilité de l'auteur du dommage dans le cadre de la loi applicable en recherchant les règles relatives à la sécurité des produits de l'État auprès duquel la production du produit a lieu ou que le produit est mise sur le marché, cela peut être reconnue comme un élément réel produisant son effet.

ABSTRACT

This study aims to analyse the law applicable to a non-contractual obligation arising out of damage caused by a product.

A comparative law analysis of Turkish Private International and Procedural Law (“MÖHUK”) was conducted with Swiss Private International Law Code, Convention of 2 octobre 1973 on the Law Applicable to Products Liability and Regulation (EC) no 864/2007 of the Parliament and of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (“Rome II”).

This study consists of three parts. In the first part, the concept of product liability in material law systems and the application of punitive damages in this area are explored.

Due to the developments in the 21st century, the need for protection of general public against the manufacturers, who released unsafe products to the market, has arisen. As contractual liability and fault-based tort liability provide inadequate solutions, new solutions are being surveyed.

USA, which is expressed as the stronghold of consumer society, has taken the lead in this field. The developments in the law of USA have influenced European countries. Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products (“Directive”) was accepted.

The Directive has shown its effects outside the EU Member States. The countries such as Switzerland, China and Russia have adopted the principles set out in the Directive.

Thus, an independent type of liability is regulated in law systems, holding the actors involved in the circulation chain along with the manufacturer liable for the damages incurred by the users of the products and third persons in their physical integrity and in their assets apart from the product as a result of unsafe products released to the market.

The regulations regarding products liability in Turkish law have been a problematic area. Turkish Law of Obligations (“TBK”) numbered 6098, entered into

force in 1 July 2012, does not include any provision regarding manufacturer's liability. Risk liability set forth in Article 71 of TBK is only applicable to some products that pose danger.

Also, Law concerning Protection of Consumer numbered 6502, entered into force in 28 May 2014 does not include any provision regarding products liability. The reason for such policy decision is that this field was designated to be regulated in the Draft Law concerning Product Safety and Technical Regulations ("Draft Law").

The Draft Law has not been accepted yet. Thus, under the current circumstances, manufacturer's liability is subject to provisions in Article 49 *et al.* TBK, regulating the fault-based tort liability.

One of the interesting features of products liability is that the manufacturer, who disregards the public health and safety, is to be held liable with punitive damages. Applying such punitive damages in this field is not restricted to American law. In Chinese law, it is also regulated explicitly that the manufacturer is to be held liable with punitive damages.

Punitive damages originating from common law, is a private law sanction aiming not to compensate the damages incurred, but to punish the party for its gross negligence and to be exemplary.

In order to reach this conclusion, punitive damages are set in a higher amount than the damages occurred. Nevertheless, in law systems where punitive damages are applicable, application of excessive punitive damages is tried to be prevented.

In the second part of this study, the law applicable to products liability is explored. It is highly possible that disputes arising from products liability would have elements of foreignness, given the current production methods, the volume of international trade and the easiness of change of place.

Due to the fact that especially Turkey is a market with lots of exported products, the disputes arising from damages occurred by these products should be evaluated within the meaning international private law before making any determination according to substantial law.

If a claim of a person, who incurred damages due to a product released to the market, is subjected to non-contractual liability, applicable law will be determined in accordance with general rules stipulating the applicable law to tort liability, provided that there is no special provision in this regard.

As the general rules concerning tort liability does not provide adequate criteria and any solution fit for the protection of balance of interests, unique conflict of law rules should be generated. The Hague Convention on the Law Applicable to Products Liability, of which Turkey is not a party to, has taken the lead in this field.

Article 36 of MÖHUK, numbered 5718, stipulates, for the first time, the applicable law to products liability in accordance with a special conflict of laws rule.

This rule was introduced with an inspiration from Swiss law. Furthermore, Rome II Regulation, which still remains as a draft, was also taken into account. Therefore, these regulations will shed a light on the interpretation of Article 36 MÖHUK.

Firstly, parties have a right to choose the applicable law in accordance with Article 34 paragraph 5 of MÖHUK for the disputes arising from products liability before the Turkish courts. In the absence of such choice of law by the parties, the applicable law will be determined in accordance with Article 36 of MÖHUK, provided that the dispute falls within the scope of application.

It is adopted that in Article 36 of MÖHUK the applicable law will be determined by the unilateral right of choice recognized to the damaged party, which is provided as a result of prioritizing the protection of damaged party's interests. The damaged party may choose between laws provided by the two alternative conflict of laws rules (the habitual residence or place of business of the damaging party or the state where the product is acquired) in the relevant provision.

In order to restore the balance of interests between the parties, Article 36 of MÖHUK provides a defense mechanism, giving the damaging party a chance to prevent the application of law of the state where the product is acquired. Thanks to this opportunity, which is also defined as foreseeability rule, the damaging party may prevent the application of the law of the state where the product is acquired, by proving that the product is exported to that country against his/her will.

Within the framework of MÖHUK, the acceptance of such unique conflict of laws rule for manufacturer's liability, is to the point. At the same time, there are ambiguities in Article 36 MÖHUK as to, until when the damaging party may use its right of choice; in the absence of such, how the applicable law will be determined; and which time period will be taken into account to determine the place of business of the damaging party. These ambiguities may result in difference of interpretation and problems in application.

Further, whether the criteria set forth in Article 36 MÖHUK comply with the interests designated under the products liability and economical interests of Turkish markets where the majority of products are exported, is open for discussion. On the other hand, the scope of application of this provision is restricted only to the products that are manufactured and this point remains as a significant deficit.

When, in the future, new conflict of laws rule is regulated, a cascade system that does not give the damaged party right to choose, should also be taken into consideration. A decision made in this direction would build a better system which provides assurance of foreseeability under products liability.

In the third part of this study, the borderlines of the applicable law to products liability is discussed.

In this part, firstly, it is elaborated on the intervention of public policy to the foreign law that is applicable to products liability.

Here, the intervention of public policy will mostly discussed for the issue of damages. As a matter of fact, a special public policy rule is designated for the manufacturer's liability in Swiss law especially by taking into account excessive damages in foreign laws such as punitive damages. A special public policy rule is not included in Article 36 of MÖHUK.

However, this would not constitute a deficiency. It is possible to reach the same conclusion by applying the general rule regarding public policy intervention stipulated in Article 5 MÖHUK.

With regards to the issue of punitive damages rule in foreign laws, the evaluation of Turkish public policy intervention carries a high importance. Punitive damages are not regulated in Turkish law. However the systematic differences automatically cause public policy intervention. Further, as the private law sanctions and penalty clauses are available in Turkish law, Turkish law, contrary to the belief, is not unfamiliar with the notion of punitive damages. Yet, considering private law sanctions and penalty clauses, it can be concluded that punitive damages are not explicitly in violation of the principles that are accepted as the pillars of Turkish law. Indeed, the point of view of Continental European Law on punitive damages has shifted in this direction.

Hereby, if excessive amount of punitive damages is anticipated by the law applied to product liability, in author's view, this may constitute an explicit violation to Turkish public policy. In this case, the intervention of Turkish public policy will be discussed within the scope of violation of property rights assured by EHRC and the Constitution, immorality and good faith.

In the last part of third chapter, the overriding mandatory rules in products liability are evaluated.

There are mandatory regulations designated for protection of public health and safety in order to realize the state's economical and social policies within the meaning of products liability.

Part of these rules concerns product safety and technical standards that interfere with manufacture and distribution of products, releases to the market and stages of usage. Other part of these rules aim to protect general public's interests, which also specify state's policy for consumers by securing the damaged party's (customer's) interests.

Under Turkish law, these kind of mandatory rules are accepted in Law numbered 4703 on preparation and application of Technical Regulations concerning Products together with TKHK and regulations regarding market monitoring. As per Article 6 of MÖHUK, these overriding mandatory rules will be applied by eliminating the choice of law rules on the issues that fall within the scope of application.

Therefore, even if manufacturer produces in a foreign state and its place of business is located in a foreign state, these rules in Turkish law which are directly applied, would be binding for the manufacturer that releases its products in Turkey.

On the other hand, it is also possible that the third party state's mandatory rules, which have a close and actual connection with the dispute arising out of products liability, have an effect. There is no provision in MÖHUK regarding the third party state's overriding mandatory rules for the obligations originating from torts. However, in author's view, there is no obstacle for considering the rules of safety and conduct at the place where the tort took place, *de facto*, within the meaning of applicable law.

Thus, it is possible to provide a *de facto* effect to the rules regarding product safety and technical regulations at the state where the production took place or the product is released to the market, while determining the liability of damaging party within the meaning of applicable law.

ÖZET

Çalışmada, piyasaya sürülmüş güvenli olmayan ürünlerin yol açtığı zararlardan kaynaklanan, birden fazla ülke ile ilişkili uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk incelenmiştir.

Bu incelemede, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu, 2 Ekim 1973 tarihli İmalatçının Sorumluluğu Hakkında La Haye Sözleşmesi, 864/2007 sayılı Sözleşme Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki AT Tüzüğü (Roma II) ile karşılaştırmalı bir değerlendirme yapılmıştır.

Çalışma, üç bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde, maddi hukuk sistemlerinde imalatçının sorumluluğu kavramı ortaya konulmuş; bu alanda cezalandırıcı tazminatın uygulanması değerlendirilmiştir.

Yirminci yüzyılda yaşanan gelişmelere bağlı olarak toplumun genelinin, güvenli olmayan ürünleri piyasaya sürmüş imalatçılara karşı korunması ihtiyacı belirmiştir. Sözleşmesel sorumluluk ve kusura dayalı haksız fiil sorumluluğunun sunduğu yetersiz çözümler karşısında yeni çözümler aranmaya başlanmıştır.

Tüketim toplumunun kalesi kabul edilen ABD, bu alanda öncü olmuştur. Amerikan hukukundaki gelişmeler, Avrupa ülkelerini etkilemiştir. 25.7.1985 tarih ve 85/374 sayılı Hatalı Ürünlerden Dolayı Sorumluluğa İlişkin Üye Ülkelerin İdarî ve Hukukî Düzenlemelerinin Uyumlaştırılmasına Dair Konsey Yönergesi kabul edilmiştir.

Yönerge, AB üyesi ülkeler dışında da etkisini göstermiştir. İsviçre başta olmak üzere, Çin ve Rusya gibi ülkelere, büyük ölçüde Yönerge'deki esaslar benimsenmiştir.

Böylelikle, piyasa sürülmüş güvenli olmayan bir ürün sebebiyle, o ürünü kullananların ve üçüncü kişilerin, vücut bütünlükleri ile o ürün dışındaki malvarlıklarında meydana gelen zarar sebebiyle imalatçı ile birlikte sürüm zincirinde yer alan kişilerin sorumluluğu, bağımsız bir sorumluluk türü olarak hukuk sistemlerinde düzenlenmiştir.

Türk hukukunda, imalatçının sorumluluğunun düzenlenmesi, pek çok açıdan sorunlu ve tartışmalı bir konu olmuştur. 1.7.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı

Türk Borçlar Kanunu'nda imalatçının sorumluluğu hakkında bir düzenlemeye yer verilmemiştir. TBK m. 71'de öngörülen tehlike sorumluluğu, sadece imalat faaliyetinin niteliği gereği tehlike arz eden bazı ürünler bakımından uygulanabilecektir.

28.5.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6502 sayılı TKHK'da da imalatçının sorumluluğu düzenlenmemiştir. Bunun sebebi konunun, Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu Taslağı içerisinde düzenlenmek istenmesidir.

Taslak, henüz kabul edilmemiştir. Bu sebeple mevcut durumda imalatçının sorumluluğu, kusura dayalı haksız fiil sorumluluğu kapsamında, TBK m. 49 vd. hükümlerine tabidir.

İmalatçının sorumluluğunun dikkat çekici özelliklerinden biri, toplum sağlığı ile güvenliğini hiçe sayan imalatçının, cezalandırıcı tazminat ile sorumlu tutulmasıdır. Bu alanda cezalandırıcı tazminatın uygulanması, Amerikan hukuku ile sınırlı değildir. Örneğin, Çin hukukunda, imalatçının sorumluluğunda cezalandırıcı tazminat açıkça düzenlenmiştir.

Müşterek hukuk kaynaklı cezalandırıcı tazminat, meydana gelmiş zararın telafisini amaçlamayan, ağır kusurlu davranışı sebebiyle zarar verenin cezalandırılması ve ibret verilmesi işlevini gören, özel hukuka ait bir yaptırımdır.

Amaçlarını gerçekleştirebilmek için cezalandırıcı tazminat, zarar miktarının aşan bir miktar olarak belirlenmektedir. Ancak kabul edildiği hukuk düzenlerinde, fahiş miktarda cezalandırıcı tazminat önlenmeye çalışılmaktadır.

Çalışmanın ikinci bölümünde, imalatçının sorumluluğuna uygulanacak hukuk incelenmiştir. Günümüzdeki üretim yöntemleri, milletlerarası ticaretin ulaştığı boyut ve kişilerin yer değiştirmelerinin kolaylaşması göz önüne alındığında, imalatçının sorumluluğundan kaynaklanan uyuşmazlıkların, yabancılık unsuru taşıması yüksek bir olasılıktır.

Özellikle Türkiye'nin, ithal ürünlerin çoklukla bulunduğu bir pazar olması, bu ürünlerin yol açtığı zararlardan kaynaklanan uyuşmazlıkları maddi hukuktan önce, milletlerarası özel hukuk tarafından incelenmesi gereken bir konu haline getirmektedir.

Piyasaya sürülmüş ürün sebebiyle zarar görenin talebi, sözleşme dışı sorumluluğa dayandığı takdirde uygulanacak hukuk, özel bir düzenleme bulunmaması halinde haksız fiillere uygulanacak hukuku gösteren genel kural uyarınca belirlenecektir.

İmalatçının sorumluluğu açısından haksız fiile ilişkin genel kuraldaki kriterlerin yetersizliği ve korunması gereken menfaatler dengesine uygun çözümler sunmaması, imalatçının sorumluluğuna özgü bağlama kurallarının oluşturulmasını gerektirmiştir. Türkiye'nin taraf olmadığı, İmalatçının Sorumluluğu Hakkında La Haye Sözleşmesi, bu alanda öncü olmuştur.

5718 sayılı MÖHUK'un 36. maddesinde ise imalatçının sorumluluğuna uygulanacak hukuk, ilk defa özel bir bağlama kuralı uyarınca düzenlenmiştir. Bu kural,

İsviçre hukukundan esinlenilerek hazırlanmıştır. Ayrıca, henüz Teklif halinde olan Roma II Tüzüğü de gözetilmiştir. Bu itibarla söz konusu düzenlemeler, MÖHUK m. 36 hükmünün yorumlanmasına ışık tutacaktır.

Herşeyden önce, Türk mahkemeleri önündeki imalatçının sorumluluğundan kaynaklanan uyuşmazlıkta taraflar, MÖHUK m. 34, f. 5'e dayanarak hukuk seçiminde bulunabilirler. Tarafların hukuk seçimi yapmadığı uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuk, hükmün uygulama alanına girmesi kaydıyla, MÖHUK m. 36 uyarınca tespit edilecektir.

Zarar görenin menfaatinin korunmasına öncelik verilmesi sonucunda MÖHUK m. 36'da uygulanacak hukukun, zarar görene tanınan seçim hakkı uyarınca belirlenmesi benimsenmiştir. Zarar gören, hükümde öngörülen iki alternatif bağlama noktasının (zarar verenin işyeri/mutad meskeni veya ürünün iktisap edildiği yer) gösterdiği hukuktan birini seçebilir.

MÖHUK m. 36'da taraflar arasındaki menfaat dengesini sağlayabilmek için zarar verene, iktisap yeri hukukunun uygulanmasını engelleyebilecek bir savunma imkanı tanınmıştır. Öngörülebilirlik koşulu olarak adlandırılan bu imkan sayesinde zarar veren, mamülün o ülkeye rızası dışında sokulduğunu ispat ederek, iktisap yeri hukukunun uygulanmasını önleyebilecektir.

MÖHUK çerçevesinde, imalatçının sorumluluğuna özgü bir bağlama kuralının kabulü yerinde bir gelişmedir. Bununla birlikte, MÖHUK m. 36'da zarar görenin seçim hakkını hangi ana kadar kullanabileceği; bu hakkı kullanmadığı takdirde uygulanacak hukukun nasıl belirleneceği; zarar verenin, hangi andaki işyeri hukukunun seçime konu olabileceği hakkında hükümde belirsizlikler bulunmaktadır. Bu belirsizlikler, uygulamada sorunlara ve yorum farklılıklarına yol açabilecektir.

Ayrıca MÖHUK m. 36'da benimsenen kriterlerin, imalatçının sorumluluğunda gözetilen menfaatlere ve ithal ürünlerin çoğunlukta olduğu Türk piyasalarının ekonomik menfaatlerine uygun olup olmadığı tartışmaya açıktır. Öte yandan, hükmün uygulama alanının, imal edilmiş şeylerle sınırlandırılmış olması, önemli bir eksiklik olarak göze çarpmaktadır.

İleride bu alanda yeni bir bağlama kuralı düzenlenmek istendiğinde, zarar görene seçim hakkı tanımayan, kademeli bir bağlama kuralının oluşturulması, dikkate alınması gereken bir seçenektir. Bu yönde bir tercih, imalatçının sorumluluğunda öngörülebilirliğin sağlanmasını da çok daha güçlü bir şekilde temin edecektir.

Çalışmanın üçüncü bölümünde, imalatçının sorumluluğuna uygulanacak hukukun sınırları ele alınmıştır.

Bu bölümde öncelikli olarak, imalatçının sorumluluğuna uygulanan yabancı hukuka kamu düzeninin müdahalesi değerlendirilmiştir. Burada kamu düzeni müdahalesi daha çok, tazminat ile ilişkili konularda gündeme gelecektir.

Nitekim İsviçre hukukunda, özellikle cezalandırıcı tazminat gibi yabancı hukuktaki aşırı tazminatlar gözetilerek, imalatçının sorumluluğunda özel kamu düzeni kuralı öngörülmüştür. MÖHUK m. 36'da özel kamu düzeni kuralına yer verilmemiştir.

Ancak bu durum, bir eksiklik teşkil etmeyecektir. MÖHUK m. 5'teki kamu düzeni müdahalesine ilişkin genel hüküm uygulanarak, aynı sonuca ulaşılması mümkündür.

Bu noktada yabancı hukuktaki cezalandırıcı tazminat kuralına, Türk kamu düzeninin müdahalesinin değerlendirilmesi, özellikle önem taşımaktadır.

Cezalandırıcı tazminat, Türk hukukunda düzenlenmemiştir. Buna karşılık sistem farklılıkları, otomatik olarak kamu düzeni müdahalesine yol açmamaktadır. Ayrıca, Türk hukukunda mevcut olan özel hukuk cezaları ile cezai şart gözönüne alındığında, cezalandırıcı tazminatın sanıldığı kadar Türk hukukuna yabancı olmadığı görülecektir. Yine, özel hukuk cezaları ve cezai şart dikkate alındığında cezalandırıcı tazminatın özü itibarıyla, Türk hukukunun temel prensiplerine açıkça aykırı olmadığı sonucuna varılabilecektir. Kıta Avrupası hukukunda cezalandırıcı tazminata yönelik değişen bakış açısı da bu yöndedir.

Böylelikle somut olayın özellikleri çerçevesinde imalatçının sorumluluğuna uygulanan yabancı hukukun fahiş miktarda cezalandırıcı tazminat öngörmesi halinde, Türk kamu düzenine açıkça aykırı bir sonuç meydana gelebileceği kanısındayız. Bu durumda, AİHS ve AY ile teminat altına alınan mülkiyet hakkının ihlali, ahlaka aykırılık ve dürüstlük kuralı kapsamında Türk kamu düzeni müdahalesinin devreye girmesi söz konusu olacaktır.

Çalışmanın üçüncü bölümünde ikinci olarak, imalatçının sorumluluğunda doğrudan uygulanan kurallar incelenmiştir.

İmalatçının sorumluluğunda devletin ekonomik ve sosyal politikalarını gerçekleştirmeye yönelik olarak, kamu sağlığı ve güvenliğinin korunması amacıyla öngörülmüş düzenlemeler söz konusudur.

Bunlardan bir kısmı, ürünlerin üretimi, dağıtımı, piyasaya sürülmesi ve kullanımı aşamalarına müdahale eden, ürün güvenliği ve teknik standartlarla ilgili kurallardır. Diğer bir kısmı ise zarar gören tüketicinin menfaatinin korunması yoluyla, devletin tüketici alanındaki politikasını belirleyen, toplumun genelinin menfaatinin korunmasına hizmet eden kurallardır.

Türk hukukunda, TKHK ile birlikte, 4703 sayılı Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun ve piyasa gözetimi ile denetime dair mevzuatta, bu nitelikte kurallar kabul edilmiştir. MÖHUK m. 6 gereği bu kurallar, uygulama alanlarına giren konularda bağlama kuralını bertaraf ederek, zorunlu olarak uygulanacaktır.

Dolayısıyla imalatçı, üretimini yabancı bir ülkede gerçekleştirse ve işyeri de yabancı bir ülkede bulunsa dahi doğrudan uygulanan kural niteliğindeki Türk hukukundaki bu kurallar, ürünlerini Türkiye'de piyasaya sürecektir tüm imalatçılar açısından bağlayıcı olacaktır.

Öte yandan, imalatçının sorumluluğundan doğan uyumsuzlukla yakın ve gerçek bir bağlantıya sahip olan üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarına da etki

tanınması söz konusu olabilir. Haksız fiilden kaynaklanan borç ilişkilerinde, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları hakkında MÖHUK'ta bir düzenleme bulunmamaktadır.

Ancak, haksız fiilin işlendiği yerdeki güvenlik ve davranış kurallarının, fiili bir unsur olarak uygulanacak hukuk kapsamında dikkate alınmasının önünde bir engel bulunmadığını düşünmekteyiz.

Böylelikle, ürünün imalatının gerçekleştirildiği veya ürünün piyasaya sürüldüğü ülkenin, ürün güvenliği ve teknik düzenlemelere ilişkin kurallarına, uygulanacak hukuk kapsamında zarar verenin sorumluluğu takdir edilirken fiili bir unsur olarak etki tanınması mümkündür.

GİRİŞ

Sanayinin modernleşmesi, bilim, teknoloji, üretim ve pazarlama yöntemlerinin gelişmesi ile birlikte ürün çeşitliliğinin artması, ürünlerin yol açabileceği zarar riskini de arttırmıştır¹. Küreselleşme ve serbest piyasa ekonomisinin ulaştığı nokta ise sınırları ortadan kaldırarak, ticaretin milletlerarası alanda gerçekleşmesini olağan bir hale getirmiştir. Güvenli olmayan ürünlerin yol açabileceği zarar riski, ülke sınırlarını aşan bir niteliğe kavuşmuştur.

Bugün, Avrupa ya da ABD’de bulunan birçok imalatçı, imalat maliyetlerini düşürüp, kar marjlarını arttırmak amacıyla işgücünün daha az maliyetli olduğu Çin, Hindistan, Vietnam, Malezya gibi ülkelerde seri üretim yoluyla imalatla bulunmayı tercih etmektedir. Tüketicinin, kendi ülkesinde imal edildiği kanısında olduğu birçok ürün, birbirinden farklı ülkelerde tasarlanıp, üretilmektedir. Bu ürünler, dünyanın dört bir tarafına dağıtılmakta, tasarım ve imalat ülkesi dışında çok sayıda kişi tarafından kullanılmaktadır.

Bu şekilde imal edilerek piyasaya sürülen ürünlerin güvenli olmaması, farklı ülkelerde bulunan kişilerin zarar görmesine yol açacaktır. Bu durum, imalatçının

¹ Örneğin, protezlerde kullanılan silikon ve benzeri maddelerin, bağışıklık sistemi hastalıklarına ve kansere yol açması; hayvan eti ve ürünleri sebebiyle deli dana (*creutzfeldt-jakob*) hastalığından kaynaklanan ölümlerin yaşanması gibi olaylar, piyasaya sürülmüş ürünlerin içerdiği zarar riski ile imalatçının sorumluluğundan kaynaklanan problemlerin günümüzde de önemini korumaya devam ettiğini göstermektedir (Simon Taylor, **L’Harmonisation communautaire de la responsabilité du fait des produits défectueux, Étude comparative du droit anglais et du droit français**, Paris: L.G.D.J, 1999, s. 1). Ayrıca genetiği değiştirilmiş ürünlerin gıda sektöründe kullanımının yaygınlaşması, toplum sağlığı açısından ciddi bir sorun teşkil etmektedir. ABD’de genetiği değiştirilmiş ürünlerin gıda sektöründe kullanılması sonucunda 1989 yılında otuz yedi kişinin öldüğü, bin beş yüz kişinin, başta felç olmak üzere önemli rahatsızlıklara yakalandığı belirtilmektedir (Ahmet Saltık, “Gıda ve Yem Amaçlı Genetik Yapısı Değiştirilmiş Organizmalar ve Ürünlerin İthalatı, İşlenmesi, İhracatı, Kontrol ve Denetimine Dair Yönetmelik Neden İvedilikle Geri Çekilmeli Ya Da İptal Edilmeli?”, **İBD**, C. 84, S. 1, 2010, s. 57).

sorumluluğundan (*product liability, responsabilité du fait des produits, Produkthaftung*) kaynaklanan uyuşmazlıkların, milletlerarası özel hukuk açısından önemini arttırmaktadır. Hatta imalatçının sorumluluğu kapsamındaki uyuşmazlıkları, maddi hukuktan önce, milletlerarası özel hukuk tarafından incelenmesi gereken bir konu haline getirmektedir².

Türkiye’de piyasaya sürülen ürünlerin oldukça büyük bir kısmı, yabancı ülkelerde tasarlanıp, üretilerek Türkiye’ye ithal edilmektedir³. Türkiye’nin ithal ürünlerin çoklukla bulunduğu bir pazar olması, bu ürünlerin güvenli olmamasından kaynaklanan uyuşmazlıkları, Türk milletlerarası özel hukukunun konusu haline getirebilecektir.

Örneğin, ABD’de bulunan imalatçı tarafından birçok farklı ülkede tasarlanıp, üretilen bir arabanın hava yastığındaki tasarım hatası sebebiyle Türkiye’de gerçekleşen bir kazada arabadaki kişilerin ölmesi halinde milletlerarası özel hukuk tarafından cevaplanması gereken sorular ortaya çıkacaktır. Bu örnekte yabancı ülkede bulunan imalatçıya karşı Türk mahkemelerinde bir dava açıldığında mahkemenin uyuşmazlığı hangi hukuka göre çözümleyeceği; yabancı bir hukukun yetkili olması halinde bu hukukun uygulanmasının sınırları, milletlerarası özel hukuk kapsamında cevaplanacak problemlerden bazılarıdır.

Tek bir ülke hukuku ile ilişkili olan ürünlerin yol açtığı zararlardan kaynaklanan uyuşmazlıklar dahi karmaşık problemlere sebep olurken uyuşmazlığın, birden çok ülke ile bağlantılı olması daha karmaşık problemlere yol açacaktır⁴. Ayrıca imalatçının sorumluluğu konusunda ülkelerin maddi hukuk düzenlemelerindeki farklılıklar, uyuşmazlığa uygulanacak hukukun belirlenmesinin önemini de ortaya çıkarmaktadır⁵.

² J. James Fawcett, **Products Liability in Private International Law: A European Perspective**, Recueil des Cours de l’Académie de Droit International, C. 238, Dordrecht-Boston-London: Martinus Nijhoff Publishers, 1993, s. 26; Jean-Sébastien Borghetti, **La responsabilité du fait des produits, Etude de droit comparé**, Paris: L.G.D.J., 2004, s. 5; Mathias Reimann, “Liability for Defective Products at the Beginning of the Twenty-First Century: Emergence of a Worldwide Standart?”, **Am. J. Com. L.**, C. 51, 2003, (Liability), s. 754.

³ Türkiye İstatistik Kurumu tarafından hazırlanan dış ticaret istatistikleri için bkz. http://www.tuik.gov.tr/PreTablo.do?alt_id=1046 (erişim tarihi: 10.3.2015).

⁴ Russell J. Weintraub, “A Defense of Interest Analysis in the Conflict of Laws and the Use of that Analysis in Products Liability Cases”, **Ohio St. L. J.**, C. 46, 1985, (Interest Analysis), s. 503-504.

⁵ Zeynep Derya Tarman, “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun

Bu sonuç, çalışmanın konusu olarak milletlerarası özel hukukta imalatçının “sözleşme dışı” sorumluluğuna uygulanacak hukukun seçilmesine yol açmıştır. Piyasaya sürülmüş ürünlerin yol açtığı zararların, sözleşmesel sorumluluk kapsamında tazmini ile sözleşmesel taleplerden kaynaklanan yabancı unsurlu uyuşmazlıkların milletlerarası özel hukuk çerçevesinde incelenmesi, bu çalışmanın kapsamı dışındadır. Bu kapsamdaki problemlere, ancak çalışmanın konusu ve sınırları çerçevesinde yer verilecektir.

Ayrıca imalatçının sorumluluğundan kaynaklanan uyuşmazlıklardaki milletlerarası usul hukuku problemleri de çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır. Yalnızca uygulanacak hukuk çerçevesinde özellik arz eden bazı milletlerarası usul hukuku meselelerine, çalışmanın ilgili bölümlerinde değinilecektir.

İmalatçının sorumluluğunun göze çarpan özelliklerden birisi, bazı hukuk sistemlerinde imalatçının, cezalandırıcı tazminat (*punitive damages*) ile sorumlu tutulmasıdır⁶. ABD’nin bazı eyaletlerinde imalatçının sorumluluğundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda yüksek miktarlarda cezalandırıcı tazminatlara hükmedilmesi söz konusu olmuştur. Hatta güvenli olmayan ürünlerden zarar gören kişilerin, daha yüksek miktarda tazminat elde edebilmek için Amerikan mahkemelerinde dava açmalarının çok daha avantajlı olduğu ileri sürülmektedir⁷.

İmalatçının sorumluluğunda cezalandırıcı tazminatın uygulanması, bu yaptırımdan söz edildiğinde akla ilk gelen Amerikan hukuku ile de sınırlı değildir. Çin hukukunda imalatçının sorumluluğunda cezalandırıcı tazminat kabul edilmiştir⁸. Çin menşeli ürünlerin Türkiye pazarında çok fazla sayıda bulunduğu göz önüne alındığında, cezalandırıcı tazminat talebinin ileri sürüldüğü bir uyuşmazlığın, Türk

(MÖHUK) Uyarınca Yabancılik Unsuru Taşıyan Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi”, **BATİDER**, C. XXVI, S. 2, Haziran 2010, (Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi), s. 6.

⁶ Michael J. Moore/W. Kip Viscusi, **Product Liability Entering the Twenty-First Century, US. Perspective**, Washington: Brookings Institution Press, 2001, s. 8; Christopher J. S. Hodges, **Product Liability European Laws and Practice**, Ed. Christopher J. S. Hodges, London: Sweet&Maxwell, 1993, s. 11.

⁷ Sibel Özel, “Milletlerarası Özel Hukukta İmalatçının Sorumluluğu”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan**, C. I, İstanbul: Beta Yayınevi, 2001, (İmalatçının Sorumluluğu), s. 876; Ernst Stiefel, “Resolution of International Products Liability Disputes: An Emerging Procedural Framework”, **BJIL**, C. 16, 1990, s. 273.

⁸ Jörg Binding/Claudius Eisenberg, “Product Liability in the People’s Republic of China”, **BLI**, C. 15, S. 1, January 2014, s. 25, 29; Willi Vett/Larry Lian, “An Overview of Product Liability Law in the People’s Republic of China”, **International Product Law Manual**, Ed. Arundel McDougall/Prashant Popat Q.C., The Netherlands: Kluwer Law International, 2011, s. 200.

mahkemesi önüne gelme olasılığı artmaktadır.

Cezalandırıcı tazminat, Türk hukukunda mevcut olmayan bir yaptırımdır. Türk sorumluluk hukukunun temel prensipleri ile bağdaşmaması, yetkili yabancı hukuktaki cezalandırıcı tazminat kuralının, Türk kamu düzenine aykırılığının değerlendirilmesini gerektirecektir. Burada kamu düzeni müdahalesinde daha esnek bir yaklaşımın benimsenmesinin mümkün olup olmadığının incelenmesi, bu çalışmanın amaçlarından birisidir.

Çalışma, giriş kısmından sonra yer alan üç bölüm ve sonuç kısmından oluşmaktadır.

Çalışmanın birinci bölümü, maddi hukuk sistemlerinde imalatçının sorumluluğunun düzenlenişi ile bu alanda cezalandırıcı tazminatın uygulanmasına ayrılmıştır. İkinci bölümde, imalatçının sorumluluğuna uygulanacak hukukun belirlenmesi incelenmiştir. Üçüncü bölümde, imalatçının sorumluluğuna uygulanacak hukukun sınırları ele alınmıştır.

Çalışma, bu bölümlerdeki açıklamaların genel bir değerlendirmesini içeren sonuç bölümü ile tamamlanmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

Maddi Hukuk Sistemlerinde İmalatçının Sorumluluğu ve Bu Alanda Cezalandırıcı Tazminatın Uygulanması

D) İmalatçının Sorumluluğu Kavramı

A) Kavramın Gelişimi

1) Sözleşmesel Sorumluluk ve Kusura Dayalı Haksız Fiil Sorumluluğunun Yetersiz Çözümler Sunması

Yirminci yüzyılda sanayinin modernleşmesi, bilim ve teknolojinin ilerlemesi, seri üretim yöntemlerinin tercih edilmesi ile birlikte dağıtım ve pazarlama alanında yaşanan gelişmeler, piyasaya sunulan ürün çeşitliliğini arttırmıştır. Tüketicinin artması ve insan yaşamının gün geçtikçe tüketime bağlı olması ise güvenli olmayan ürünlerin yol açabileceği tehlikeleri çoğaltmıştır. Toplumun, güvenli olmayan ürünleri piyasaya sürmüş imalatçılara, özellikle de güçlü konumdaki işletmelere karşı korunması ihtiyacı belirlemiştir.

Bu dönemde güvenlik eksikliği bulunan ürünlerin facia olarak nitelendirilen olaylara⁹ yol açması, sorumluluk hukuku alanında etkilerini göstermiştir. Belirli bir

⁹ 1974 yılında Türk Hava Yolları'nın sahibi olduğu, merkezi ABD'de bulunan McDonnell Douglas şirketi tarafından üretilmiş bir uçak, Fransa üzerinde uçtuğu sırada patlayarak, üç yüz kırk beş kişinin ölümüne yol açmıştır. 1950'li yıllarda sağlığa zararlı olduğu anlaşılmakla birlikte kullanımı ancak, 1997 yılında yasaklanan amiyant sebebiyle akciğer kanserinden kaynaklanan ölümlerin, 2025 yılına kadar yüz binlere ulaşacağı, Fransa Milli Sağlık ve Tıbbi Araştırmalar Enstitüsü tarafından ifade edilmektedir. Hollanda ve Belçika'da "*Softenon*", Almanya'da "*Contergan*", İngiltere, Avusturalya ve Yeni Zelanda'da ise "*Thalidomide*" adı altında piyasaya sunulan ilaç, dünya çapında binlerce bebeğin sakat doğmasına yol açmıştır. Bu ilaç sebebiyle sakat kalan yüzden fazla Avusturalya ve Yeni Zelanda vatandaşının, bu ilaçların dağıtıcısına karşı açtığı davada, Melbourne Yüksek Mahkemesi 7.2.2014

ürünü üretilip, piyasaya sürerek ondan ekonomik yarar sağlayan kişilerin, bu ürünün güvenli olmaması sebebiyle yol açacağı zararlardan sorumlu tutulması; böylelikle toplumun genelinin bu kişilere karşı korunması gerektiği kabul edilmeye başlanmıştır¹⁰. Hukuk sistemleri, sözleşmesel sorumluluk ve kusura dayalı haksız fiil sorumluluğunun tatmin edici olmayan çözümleri dışında yeni arayışlara yönelmiştir¹¹.

Bir ürün satın alan kişi, bunun güvenli olmaması sonucunda zarara uğradığında aralarındaki sözleşme ilişkisine dayanarak satıcıya başvurabilir. Sözleşme konusu ürünün kendisinde meydana gelen hasar ve ziyaa sebebiyle satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu söz konusudur (TBK m. 219 vd.; TKHK m. 8-12).

Malın ayıplı olması halinde, alıcının kendisine tanınan seçimlik hakları kullanabilmesi için, tüketici sözleşmeleri dışında muayene ve ihbar külfeti söz konusudur (TBK m. 223). Satıcının, ayıptan sorumluluğu kural olarak, iki yıllık zamanaşımına tabidir (TBK m. 231; TKHK m. 12). Sorumsuzluk anlaşması ile sorumluluğun sınırlandırılması veya kaldırılabilmesi mümkündür (TBK m. 221). Satıcı, kusursuzluğunu ispatlayarak diğer zararlardan sorumlu olmaktan kurtulabilir (TBK m. 229, f. 2). Ayrıca ayıp, borcun gereği gibi ifa edilmemesi teşkil ettiğinden, genel hükümler uyarınca da satıcıdan tazminat talep edilebilir (TBK m. 227, f. 2). Bu durumda satıcı, kusursuzluğunu ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir (TBK m.

tarihinde zarar görenler lehine seksen dokuz milyon Amerikan Doları tazminata hükmetmiştir (<http://www.theguardian.com/society/2014/feb/07/thalidomide-victims-receive-89m-compensation> (erişim tarihi: 10.2.2014)). Bu örnekler hakkında bkz. Marc Fallon, **Les accidents de la consommation et le droit, La responsabilité du fait des produits en question: Droit comparé, droit des conflits de lois avec l'aide de la méthode expérimentale**, Bruxelles: Bruylant, 1982, s. 8-9; Duncan Fairgrieve/Geraint Howells, "Introduction to Product Liability", **International Product Law Manual**, Ed. Arundel McDougall/Prashant Popat Q.C., The Netherlands: Kluwer Law International 2011, s. 8-9; Lamiaa M. Kheir Bek, **Les fonctions de la responsabilité du fait des produits défectueux: Entre réparation et prévention, Étude comparée entre le droit français et le droit américain**, D'Aix-Marseille: Presses Universitaires, 2011, s. 24-25; Bilge Öztan, **İmalâtçının Sorumluluğu**, Ankara: Turhan Kitapevi, 1982, s. 7-8.

¹⁰ Percy Henry Winfield/J. John Anthony Jolowicz, **Winfield and Jolowicz on Tort**, 16th Edition, Ed. William V. H. Rogers, London: Sweet&Maxwell, 2002, s. 352; Ayşe Havutçu, **Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2005, s. 17; Tuba Akçura Karaman, **Üreticinin Ayıplı Ürününün Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu**, İstanbul: Beta Yayınevi, 2008, s. 17; Öztan, a.g.e., s. 7 vd.; Kheir Bek, a.g.e., s. 23-24.

¹¹ Catherine Weniger, **La responsabilité du fait des produits pour les dommages causés à un tiers au sein de la Communauté Européenne**, Genève: Librairie Droz, 1994, s. 31; Pierre Wessner, "La responsabilité du fait des produits, un droit venu d'ailleurs!: La transposition "volontaire" de la directive de l'Union Européenne sur la responsabilité du fait des produits en Suisse et en Turquie", **İsviçre Medeni Kanunu'nun İktisabının 80. Yıldönümü**, İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2006, s. 13.

112). Tüm bunlar, sözleşmeye dayanılarak satıcıya başvurulmasının, her durumda tatmin edici olmadığını gösterir¹².

Ayıplı mal sebebiyle zarar gören alıcı ile o malın imalatçısı arasında sözleşmesel bir ilişki bulunmadığından zarar gören, ancak haksız fiil hükümleri uyarınca imalatçısıya başvurabilecektir.

Öte yandan piyasaya sürülmüş ürün sebebiyle, sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü bir kişi de zarar görebilir. Örneğin, arabanın fren sistemindeki hata sebebiyle meydana gelen kazada, arabayı satın alan kişi dışında arabada bulunan eşi, çocukları veya yakınları da yaralanabilir. Zarar gören üçüncü kişiler, sözleşmenin nisbiliği ilkesi gereği satıcıya başvuramaz¹³. Burada üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme veya güvene dayalı sorumluluk gibi sözleşmesel sorumluluk bünyesinde aranan çözümlerin ise her durumda uygulanmadığı veya bunların çoğu kez zorlama çözümler sunduğu ifade edilmektedir¹⁴.

Böylelikle sözleşme dışı sorumluluk çerçevesinde çözüm aranması zorunluluğu doğmaktadır. Bununla birlikte haksız fiil sorumluluğunda kural, kusur sorumluluğudur¹⁵. Bu sebeple zarar görenin, uğradığı zararın tazminini imalatçıdan talep edebilmesi için zararı, fiilin hukuka aykırılığını, zarar ile fiil arasında uygun nedensellik bağının yanında imalatçının kusurlu olduğunu da ispat etmesi gerekir.

¹² Ayrıntılı bilgi için bkz. Çiğdem Kırca, **Ürün Sorumluluğu**, Ankara: BATİDER, 2007, s. 32 vd.; Yeşim Atamer, “Avrupa Topluluğu Hukukunda İmalatçının Sorumluluğu”, **Tüketicilerin Korunması Semineri, 2-4 Kasım 2006-Ankara**, Ed. Ebru Ceylan, Ankara 2007, (İmalatçı), s. 75; Ergun Özsunay, “Türk Hukukunda Gerçek Bir Boşluk: Yapımcının Sorumluluğu”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler II: Sempozyumu, 15-16 Aralık 1978 Ankara**, BATİDER, C. X, 1979, s. 117; İbrahim Kaplan, “Türk ve İsviçre Hukukunda İmalatçının Sorumluluğu”, **AD**, C. 68, S. 1-2, 1977, s. 85; Zeynep Derya Tarman, “Türk Hukukunda İmalatçının Sorumluluğuna Genel Bakış”, **İÜHFİM**, C. LXV, S. 2, 2007, (İmalatçı), s. 303; Öztan, **a.g.e.**, s. 33 vd.; Havutçu, **a.g.e.**, s. 47 vd.; Kırca, **a.g.e.**, s. 32 vd.; Kheir Bek, **a.g.e.**, s. 66-68.

¹³ Rona Serozan, “Tüketiciyi Koruma Kanunu Değişikliklerinin Artıları ve Eksileri”, **İÜHFİM**, C. LXI, S. 1-2, 2003, s. 347; Yeşim M. Atamer, “Üçüncü Kişinin Uğradığı Zararların Sözleşmesel Sorumluluk Kurallarına Göre Tazmini”, **YD**, C. 22, 1996, s. 22 vd.; Gülin Güngör, **Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2000, (Tüketici), s. 131.

¹⁴ Öztan, **a.g.e.**, s. 49 vd.; Akçura Karaman, **a.g.e.**, s. 85 vd., özellikle s. 91 vd.

¹⁵ Roma hukukundan beri kabul edilmiş olan kusursuz tazminat olmaz (*nulla indemnitas sine culpa*) prensibi uyarınca, zarar verenin kusuru bulunmadığı takdirde sorumluluğu söz konusu olmayacak ve zarara, zarar gören katlanacaktır (Halûk Tandoğan, **Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, Ankara: Turhan Kitapevi, 1981, (Kusura Dayanmayan Sorumluluk), s. 1; Selahattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Halûk Burcuoğlu/Atilla Altop, **Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, 7. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993, s. 497; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, 14. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2012, s. 494; Henri Deschenaux/Pierre Tercier, **La Responsabilité Civile**, Berne: Stämpfli Editions&CIE SA, 1982, s. 29).

Oysa ki günümüzdeki üretim teknikleri düşünüldüğünde zarar görenin, imalatçının kusurlu olduğunu ispat etmesi son derece güçtür¹⁶. Örneğin, arabanın fren sistemindeki hata sonucunda yaralanan kişinin, o arabanın tasarımının hatalı olduğunu; imalatçının arabanın tasarımında gereken özeni göstermediğini ispatlaması oldukça zor olacaktır. Zarar gören, imalatçının kusurlu olduğunu ispat edemediğinde ise zarara kendisi katlanmak zorunda kalacaktır.

Kusura dayalı haksız fiil sorumluluğunun elverişsiz çözümler sağlaması sonucunda, imalatçının kusurunun ispatlanması açısından zarar görene kolaylık sağlanması; ispat yükünün yer değiştirilmesi; imalatçının, adam çalıştıran sıfatıyla kusursuz sorumluluğuna gidilmesi gibi çeşitli çözüm yolları denenmiştir¹⁷. Ancak, tüm bu çözüm arayışları tatmin edici olmamış; “*imalatçının sorumluluğu*”nun¹⁸, bağımsız bir sorumluluk türü olarak ele alınması zorunluluğu ortaya çıkmıştır¹⁹.

¹⁶ Gilles Petitpierre, “L’apparition d’un besoin social face à l’inadéquation du droit en vigueur: la genèse d’une nouvelle réglementation”, **Journée de la responsabilité civile 2002, Responsabilités objectives**, sous la direction de Christine Chappuis et Bénédict Winiger, Zurich: Schulthess, 2003, (Reglementation), s. 11-17; Erdem Büyüksağış, **La notion de défaut dans la responsabilité du fait des produits, Analyse économique et comparative**, Zurich-Bâle-Genève: Schulthess, 2005, s. 131 vd., s. 195 vd.; Wessner, **a.g.e.**, s. 13; Havutçu, **a.g.e.**, s. 50.

¹⁷ Havutçu, **a.g.e.**, s. 51 vd.; Akçura Karaman, **a.g.e.**, s. 53 vd.; Öztan, **a.g.e.**, s. 33 vd.

¹⁸ Türk hukukunda güvenlik eksikliği bulunan bir ürünü piyasaya süren kişinin, bu eksikliğin yol açtığı zarardan ötürü sorumluluğunu (*product liability, responsabilité du fait des produits, produkthaftung*) ifade etmek üzere bir terim birliği bulunmamaktadır. Zarara sebebiyet veren ürünü meydana getiren kişi için, “üretici”, “imalatçı” veya “yapımcı” terimleri kullanılmakta; buna bağlı olarak güvenli olmayan ürünün yol açtığı zararlardan kaynaklanan sorumluluk için, “üreticinin sorumluluğu”, “imalatçının sorumluluğu”, “yapımcının sorumluluğu”, “imalatçının ürün sorumluluğu” gibi terimlere yer verilmektedir. Ayrıca sorumluluğun kurucu unsurunun, imalatçının davranışı değil; ürünün haklı güvenlik beklentisini sağlamamasına bağlanmış olması ve yalnızca imalatçının değil, imalat faaliyetinde bulunmayan sürüm zincirinde yer alan kişilerin de sorumluluğunun söz konusu olması gerekçesiyle, “ürün sorumluluğu” terimi de kullanılmıştır.

Türk hukukunda yeknesak bir terminoloji üzerinde uzlaşmaya varılamamış olmasının, imalatçı ve üretici kelimelerinin sözlük anlamlarından kaynaklandığı ifade edilmektedir (Akçura Karaman, **a.g.e.**, s. 13). Üretici ifadesinin, doğal yolla elde edilen şeylerin yanında hammaddeyi işleyerek yeni bir ürünün elde edilmesi faaliyetini de içeren daha kapsamlı bir anlama sahip olması sebebiyle, imalatçı ifadesi yerine tercih edildiği ve bu sebeple “üreticinin sorumluluğu” teriminin benimsendiği belirtilmektedir (Havutçu, **a.g.e.**, s. 23; Kırca, **a.g.e.**, s. 203; Akçura Karaman, **a.g.e.**, s. 13). Yapımcı ifadesinin ise daha ziyade görsel iletişim araçlarıyla ilişkili olarak fikri haklar alanında kullanılması sebebiyle, yapımcı ve yapımcının sorumluluğu terimlerinin uygun bulunmadığı açıklanmaktadır (Akçura Karaman, **a.g.e.**, s. 13).

Çalışmada, imalatçının sorumluluğu teriminin kullanılması tercih edilmiştir. Bu tercihte bulunurken, üretici kelimesinin imalatçıya nazaran daha kapsamlı bir terim olduğunu kabul edilmekle birlikte çalışmanın, milletlerarası özel hukuk kapsamında konuyu incelemeyi amaçlaması sebebiyle, Türk milletlerarası özel hukukunun temel kaynağı MÖHUK tarafından benimsenmiş terim ve kavramların kullanılmasını uygun bulunmuştur. Ayrıca aşağıda açıklanacağı üzere, imalatçının sorumluluğuna uygulanacak hukuku düzenleyen MÖHUK m. 36 hükmünün imal edilmiş şeylerle sınırlandırılmış olması da imalatçının sorumluluğu teriminin tercih edilmesine yol açmıştır. MÖHUK m. 36’daki söz konusu sınırlama hakkında bkz. aşağı. İKİNCİ BÖLÜM, VI, C, 1, b.

¹⁹ Yeşim M. Atamer/Kerem Cem Sanlı, “Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden İmalatçının Kusursuz

2) Bağımsız Bir Sorumluluk Türü Olarak İmalatçının Sorumluluğunun Düzenlenmesi

Tüketim toplumunun kalesi olarak nitelendirilen ABD, bu alanda öncü olmuştur²⁰. New York İstinaf Mahkemesi, 1916 tarihli *MacPherson / The Buick Motor Co.* kararında²¹ üründen zarar gören üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesinin önünü açan, bir ürünün “yapısı itibarıyla tehlikeli olması (*inherently dangerous*)” kavramını ortaya koymuştur.

Kaliforniya Yüksek Mahkemesi’nin 1963 tarihli *Greenman / Yuba Power Products Co.* kararında²² imalatçının kusursuz sorumluluğunun temel ilkeleri ifade edilerek, modern anlamda imalatçının sorumluluğu hukuku doğmuştur²³. Bu kararda ortaya konulan ilkeler, 1965 yılında *Restatement Second of Torts*’a²⁴ eklenen §402A maddesinde açıkça düzenlenmiştir²⁵.

Amerikan hukukundaki bu gelişmeler, 1960’lardan itibaren Avrupa ülkelerini

Sorumluluğuna Dair Bir Değerlendirme”, **Belgin Erdoğan’a Armağan**, İstanbul 2011, s. 772; Wessner, **a.g.e.**, s. 13.

Fransız hukukunda imalatçının sorumluluğunun sözleşmesel sorumluluktan sözleşme dışı sorumluluğa doğru gelişimi hakkında detaylı bilgi için bkz. Kheir Bek, **a.g.e.**, s. 167-175; Alman hukukundaki gelişmeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Borghetti, **a.g.e.**, s. 96-143.

²⁰ David G. Owen, “The Evolution of Product Liability Law”, **Rev. Litig.**, C. 26, S. 4, 2007, (Evolution of Product Liability), s. 956; William Boger, “The Harmonization of European Product Liability Law”, **Fordham International Law Journal**, C. 7, S. 1, 1983, s. 15; Jane Stapleton, “Product Liability in the United Kingdom: The Myths of Reform”, **Tex. Int’l L. J.**, C. 34 1999, (United Kingdom), s. 46; Joachim Zekoll, “The German Products Liability Act”, **Am. J. Com. L.**, C. 37, S. 4, Autumn 1989, (German Act), s. 817; Borghetti, **a.g.e.**, s. 19 vd.

Öte yandan aynı hukuk geleneğine bağlı olmakla birlikte Amerikan hukukunun aksine İngiliz hukukunda imalatçının sorumluluğu çok daha geç gelişmiştir (Boger, **a.g.e.**, s. 15).

²¹ Ct. App. New York (1916), 217 NY 382, 111 NE 1050 (WestLaw). Karara konu olan olayda, Buick marka arabayı satın alan kişi, araba lastiklerindeki imalat hatası sebebiyle geçirdiği kaza sonucunda yaralanmış ve arabanın imalatçısı, Buick Şirketi’nden uğradığı zararın tazminini talep etmiştir. Mahkeme, yapısı itibarıyla tehlikeli olan ürünlerde imalatçının meydana gelen zarardan sorumlu olması için, zarar gören ile imalatçı arasında sözleşmesel bir ilişkinin bulunmasının gerekli olmadığına karar vermiştir.

²² Sup. Ct. of California (1963), 59 Cal. 2d 57, 377 P 2d 897 (WestLaw). Söz konusu kararda Mahkeme, imalatçının sorumlu tutulabilmesi için zarar görenin zararını ve bu zararın, ürünün hatalı olması sebebiyle doğduğunu ispatlamasını yeterli kabul etmiştir.

²³ Mathias Reimann, “Product Liability in a Global Context: The Hallow Victory of the European Model”, **ERPL**, C. 11, S. 2, 2004, s. 132.

²⁴ Amerikan Hukuk Enstitüsü (*American Law Institute*) tarafından hazırlanan ve *Restatement* olarak anılan metinler, kanun niteliğinde olmadığından bağlayıcı değildir. Ancak bu metinler, Amerikan mahkeme içtihatlarında ortaya konulan prensiplerin biraraya getirilmesinden ve tüm eyaletler tarafından uygulanabilecek kurallara ilişkin önerilerden oluşmaktadır. Bu sebeple söz konusu metinlerde derlenen esasların, birçok eyalet tarafından benimsendiği ifade edilmektedir (Kheir Bek, **a.g.e.**, s. 234; Borghetti, **a.g.e.**, s. 22-23).

²⁵ Büyüksağış, **a.g.e.**, s. 221; Borghetti, **a.g.e.**, s. 43.

etkilemeye başlamıştır²⁶. Alman Federal Mahkemesi, bu gelişmelerden etkilendiği 1968 tarihli kararıyla²⁷ imalatçının sözleşme dışı sorumluluğunun şartlarını ortaya koymuştur. Avrupa Konseyi ise 27.1.1977 tarihli Ölüm ve Bedensel Zararlarda İmalatçının Sorumluluğuna Dair Avrupa Sözleşmesi'nde²⁸ imalatçının kusursuz sorumluluğunu düzenlemiştir.

Nihayet Avrupa Birliği nezdinde çözüm arayışlarına başlanmıştır. Amerikan hukukundan esinlenilerek hazırlanan²⁹, 25.7.1985 tarih ve 85/374 sayılı *Hatalı Ürünlerden Dolayı Sorumluluğa İlişkin Üye Ülkelerin İdarî ve Hukukî Düzenlemelerinin Uyumlaştırılmasına Dair Konsey Yönergesi*'nde³⁰ imalatçının sorumluluğu düzenlenmiştir. AB üyesi ülkeler, Yönerge'yi iç hukuklarına aktararak, maddi hukuk kurallarında Yönerge uyarınca gerekli değişiklikleri gerçekleştirmiştir³¹.

Yönerge'nin etkisi, AB üyesi ülkelerle sınırlı kalmamıştır. Başta İsviçre³²

²⁶ Borghetti, **a.g.e.**, s. 14, 19, 149-150; Boger, **a.g.e.**, s. 2; Reimann, **a.g.e.**, s. 133-135; Reimann, **Liability**, s. 751; Kırca, **a.g.e.**, s. 51.

²⁷ BGHZ 51, 91, VI ZR 212/66, 26.11.1968. Veterinerin yaptığı aşı sebebiyle vebaya yakalanan ve telef olan dört bin adet tavuğu için tavuk çiftliği işletmecisinin, aşı imalatçısına karşı tazminat talebinde bulunduğu ilgili kararın İngilizce tercümesi için bkz. http://www.utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work_new/german/case.php?id=760 (erişim tarihi: 12.1.2014).

²⁸ Council of Europe, *European Convention on Products Liability in regard to Personal Injury and Death*, Strasbourg, 27.1.1977. Sözleşme'nin tam metni için bkz. <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/091.htm> (erişim tarihi: 12.1.2014).

Ancak Sözleşme, bugüne kadar hiçbir devlet tarafından onaylanmadığından, yürürlüğe girmemiştir. Sözleşme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Harry Lorenz, "Some Comparative Aspects of the European Unification of the Law of Products Liability", **Cornell L. Rev.**, C. 60, 1974-1975, (H. Lorenz), s. 1006 vd.; Feriha Bilge Tanrıbilir, **Milletlerarası Özel Hukukta Ürün Sorumluluğu**, Ankara: Siyasal Kitabevi, 2004, (Ürün Sorumluluğu), s. 40-44; Kırca, **a.g.e.**, s. 58-60.

²⁹ Franz Werro, "Le droit suisse de la responsabilité du fait des produits face au droit européen", **Le droit privé suisse face au droit communautaire européen**, Questions actuelles en droit de la responsabilité civile et en droit des contrats, Ed. Franz Werro/Thomas Probst, Berne: Stämpfli Editions SA, 2004, (Responsabilité du fait des produits), s. 46.

³⁰ *Directive du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux* (85/374/CEE), JO L 210/29, 7.8.1985, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:01985L0374-19990604&rid=1> (erişim tarihi: 10.9.2013).

³¹ 1988'de Avusturya, İtalya, İngiltere ve Yunanistan, 1989'da Danimarka, Lüksemburg ve Portekiz, 1990'da Almanya ve Hollanda, 1991'de Belçika, İrlanda ve Finlandiya, 1992'de İsveç, 1994'te İspanya ve 1998'de Fransa, Yönerge uyarınca iç hukuklarında gerekli değişiklikleri gerçekleştirerek imalatçının sorumluluğunu, bağımsız bir sorumluluk türü olarak kusursuz sorumluluk kapsamında düzenlemişlerdir (Hans Claudius Taschner, "Harmonization of Product Liability Law in the EC", **Tex. Int'l. L. J.**, C. 34, 1999, (Harmonization), s. 43-44).

Yönerge'nin, Avrupa borçlar hukukunun yeknesaklaştırılması açısından en eski düzenleme olmakla birlikte günümüzde dahi önemini koruyan etkili bir araç olduğu hakkında bkz. Cees Van Dam, **European Tort Law**, London: Oxford University Press, 2007, s. 370.

³² İsviçre hukukunda imalatçının sorumluluğunun, büyük ölçüde Yönerge esas alınarak, 18.6.1993

olmak üzere Rusya, Avusturalya, Brezilya, Çin³³, Kore, Tayland, Filipinler ve Japonya da büyük ölçüde Yönerge'yi esas alarak, imalatçının sorumluluğunu düzenlemiştir³⁴.

İmalatçının sorumluluğu ile amaçlanan, piyasaya sürülmüş güvenli olmayan ürünlerin, toplumun genelinin kişi varlığı ve malvarlığı değerlerinde yaratacağı zararlara karşı korunmasıdır³⁵. Böylelikle aralarında sözleşme ilişkisi bulunup bulunmadığına bakılmaksızın imalatçının, piyasaya sürdüğü ürün sebebiyle zarar gören herkese karşı sorumluluğu bulunmaktadır³⁶.

Bu bağlamda imalatçının sorumluluğu, piyasa sürülmüş hatalı bir ürün sebebiyle, o ürünü kullananların ve üçüncü kişilerin, vücut bütünlüklerinde ve hatalı ürün dışındaki malvarlıklarında meydana gelen zarar sebebiyle o ürünü piyasaya süren imalatçı ile sürüm zincirinde yer alan diğer kişilerin tazminat sorumluluğu olarak tanımlanabilecektir³⁷.

tarihli İmalatçının Sorumluluğu Hakkında Kanun'da düzenlenmesi hakkında bkz. Pierre Wessner, "Quelques propos erratiques sur des questions liées à la responsabilité du fait des produits défectueux", **Journée de la responsabilité civile 2002, Responsabilités objectives**, sous la direction de Christine Chappuis et Benedict Winiger, Zürich: Schulthess, 2003, (Produits Défectueux), s. 63-64.

³³ Çin hukukunda imalatçının sorumluluğu, 1.7.2010 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunan Çin Borçlar Kanunu'nun 5. Bölümünde özel olarak düzenlenmiştir. Öte yandan 1993 tarihli Ürün Kalitesi Hakkında Kanun da yürürlükte olduğundan, Çin Borçlar Kanunu'nda hüküm bulunmayan hallerde Ürün Kalitesi Hakkında Kanun'un uygulanacağı belirtilmektedir (Binding/Eisenber, **a.g.e.**, s. 25).

³⁴ Reimann, **a.g.e.**, s. 132, 134; Wessner, **a.g.e.**, s. 15-16; Van Dam, **a.g.e.**, s. 371; Borghetti, **a.g.e.**, s. 148; Taschner, **Harmonization**, s. 35; Werro, **Responsabilité du fait des produits**, s. 46; Van Dam, **a.g.e.**, s. 371; Owen, **Evolution of Product Liability**, s. 956-957; Fairgrieve/Howells, **a.g.e.**, s. 23; Reimann, **a.g.e.**, s. 135; Kırca, **a.g.e.**, s. 71; Havutçu, **a.g.e.**, s. 64; Atamer, **İmalatçı**, s. 75.

³⁵ Harry Duintjer Tebbens, **International Product Liability-A Study of Comparative and International Legal Aspects of Product Liability**, Hague: Springer, 1979, s. 51; Yeşim M. Atamer/Ece Baş, "Avrupa Birliği Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Satım Sözleşmesinde Ayıptan Doğan Sorumluluk", **İBD-Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı**, C. 88, S. 1, 2014, s. 50; Weniger, **a.g.e.**, s. 34; Havutçu, **a.g.e.**, s. 22, 34; Kaplan, **a.g.e.**, s. 139.

Dolayısıyla imalatçının sorumluluğu ile toplumun genelinin bütünlük menfaatlerinin (*Integritätsinteresse*) korunması amaçlanmıştır. Bütünlük menfaatleri, sözleşme ilişkisinin konusunu oluşturan edimle ilgili ifa menfaati dışında kalan tüm kişi varlığı ve malvarlığı değerleridir (Betül Tiryaki, "Özen Yükümlülükleri ile Sözleşmeden Doğan Koruma Yükümlülüklerinin İspat Yükü Bakımından Karşılaştırılması", **EÜHFD**, C. XII, S. 3-4, 2008, s. 272; Havutçu, **a.g.e.**, s. 33-34; Atamer/Baş, **a.g.e.**, s. 50).

³⁶ Cevdet Yavuz, "Tüketicinin Korunması Bakımından İmalatçının (Ürün) Sorumluluğu", **Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan**, Ed. Tufan Ögüz, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2013, s. 1316; Betül Tiryaki, "Avrupa Konseyi'nin 25.7.1985 Tarihli Direktifi'ne Göre Üreticinin Sorumluluğunun Şartları ve Tüketicinin Korunması Mevzuatı ile Mukayesesi", **AÜHFD**, C. 55, S. 2, 2006, s. 230; Kırca, **a.g.e.**, s. 1; Havutçu, **a.g.e.**, s. 21-22; Akçura Karaman, **a.g.e.**, s. 296; Kaplan, **a.g.e.**, s. 139; Tebbens, **a.g.e.**, s. 51; Weniger, **a.g.e.**, s. 34.

³⁷ Tanımlar için bkz. C. J. Miller/ R.S. Goldberg, **Product Liability**, Second Edition, New York: Oxford University Press, 2004, s. 1; John W. Wade, "Strict Tort Liability of Manufacturers", **Sw. L.**

3) Türk Hukukundaki Durum

Türk hukukunda imalatçının sorumluluğunun düzenlenmesi, bir çok açıdan sorunlu ve tartışmalı bir konu olmuştur. Meselenin, bugün için bile tam anlamıyla çözüme kavuşturulamadığını ifade etmek hatalı olmayacaktır.

Mülga TKHK m. 4 hükmünde yapılan değişiklik³⁸ ve bu değişikliğe dayanılarak yayımlanan *Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkında Yönetmeliğe*³⁹ kadar hukukumuzda imalatçının sorumluluğuna ilişkin özel bir düzenleme bulunmamakta; bu konu, kusura dayalı haksız fiil sorumluluğu kapsamında değerlendirilmekteydi⁴⁰.

TKHK m. 4 değişikliği ve ardından yayımlanan Yönetmelik sonrasında Türk hukukunda imalatçının kusursuz sorumluluğunun kabul edildiği öne sürülmekteydi⁴¹.

J., C. 19, S. 5, 1965, (Manufacturers), s. 6; Mark Mildred, **Product Liability: Law and Insurance**, London-Hong Kong: LLP Professional Publishing, 2000, s. 3; Mustafa Alper Gümü, **6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi**, Cilt-1 (Madde: 1-46), İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014, (Tüketici), s. 105; Meliha Sermin Paksoy/Gizem Arslan Demir, “Üreticinin TBK 71 Kapsamında Sorumlu Tutulması”, **İÜHFİM**, C. LXXI, S. 2, 2013, s. 300; Ece Baş, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından Bina veya Yapı Eserlerinden Doğan Sorumluluk**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011, s. 65; Tebbens, **a.g.e.**, s. 4; Boger, **a.g.e.**, s. 1; Fawcett, **a.g.e.**, s. 28; Öztan, **a.g.e.**, s. 21; Havutçu, **a.g.e.**, s. 21; Kırca, **a.g.e.**, s. 1; Akçura Karaman, **a.g.e.**, s. 51; Tiryaki, **a.g.e.**, s. 230-231; Yavuz, **a.g.e.**, s. 1316; Tarman, **İmalatçı**, s. 299-300.

³⁸ Bu değişiklik, 6.3.2003 tarih ve 4822 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun uyarınca gerçekleştirilmiştir (RG. 14.3.2003-25048).

³⁹ RG. 14.6.2003-25137.

⁴⁰ Y. 11. HD., 27.1.1989, E. 216, K. 328 (**YKD**, 1989/10, s. 1428); Y. HGK, 27.11.1996, E. 4-588, K. 831 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Y. 4. HD., 11.4.2000, E. 517, K. 3348, (**YKD**, 2000/8, s. 1198); Y. 4. HD., 2.10.2001, E. 4938, K: 8878, (**YKD**, 2002/7, s. 1021).

Ancak kusura dayalı haksız fiil sorumluluğunun yarattığı istenmeyen sonuçlar karşısında Yargıtay, imalatçının kusurunun ispatlanması açısından zarar görenlere kolaylık sağlamış; üçüncü kişilerin, sözleşme ilişkisinin koruma alanına girdiğine hükmederek sözleşmeye aykırılık hükümlerine başvurmalarını sağlamaya çalışmıştır (Y. HGK, 6.5.1992, E. 13-213, K. 315 (**YKD**, 1992, s. 1176 vd.); Y. 11. HD., 6.5.1974, E. 1603, K. 1537 (**YKD**, 1976/1, s. 59 vd.); Y. 4. HD., 5.7.1977, E. 2921, K. 7745, (**YKD**, 1978/11, s. 1801-1802).

Doktrinde ise imalatçının hatalı üründen kaynaklanan sorumluluğunun, mülga BK m. 58’de düzenlenen yapı malikinin sorumluluğu kapsamında değerlendirilerek, imalatçının kusursuz sorumluluğunun sağlanabileceği de ileri sürülmüştür (Özsunay, **a.g.e.**, s. 85). Ancak mülga BK m. 58’in bu derece geniş yorumlanması diğer yazarlarca eleştirilmiştir. Nitekim mevcut BK m. 69’daki yapı malikinin sorumluluğunun şartları uyarınca artık bu hükümden yararlanılarak, hatalı üründen zarar görenlerin korunması mümkün olmayacaktır (Kemal Oğuzman/Turgut Öz, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt-2**, 9. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012, (C. II), s. 166, dn. 112).

⁴¹ Bu görüşte bkz. İ. Yılmaz Aslan, **Tüketici Hukuku**, Bursa: Ekin Basım Yayın, 2006, (2006 Basım), s. 230; İ. Yılmaz Aslan, **6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku**, 4. Baskı, Bursa: Ekin Yayınevi, 2014, s. 213; Fulya Erlüle, “Yapımcının Sorumluluğu”, **MÜHF-HAD**, C. 14, S. 4, 2008, (Yapımcı), s. 308-309; Yeşim M. Atamer/Hans W. Micklitz, “The Implementation of the EU Consumer Protection Directives in Turkey”, **Penn State Int. L. Rev.**, C. 27, S. 3-4, 2009, s. 573; Oğuz Sadık Aydos, **Ürün Sorumluluğu**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2009, s. 90 vd.; Mustafa Tiftik, **Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Genel Kural ile Düzenlenmesi Sorunu**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2005, (Tehlike Sorumluluğu), s. 54, 232; Refik Korkusuz, “Hukukumuzda Tehlike

Ancak doktrindeki aksi yöndeki görüş⁴², mülga TKHK m. 4 hükmünün imalatçının sorumluluğunun hukukî niteliği hakkında yeterince açıklık taşımadığını; yönetmelikle kusursuz sorumluluk öngörülemediğini belirterek, imalatçının kusursuz sorumluluğunun öngörülmediğini savunmaktaydı. Farklı bir görüş⁴³ ise imalatçının sorumluluğunun, 4703 sayılı *Ürünlerle İlişkin Teknik Mevzautın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun*⁴⁴ m. 5'te düzenlendiğini ve imalatçının kusursuz sorumluluğunun kabul edildiğini ileri sürmekteydi.

Biz, çalışmanın hazırlandığı sırada halen yürürlükte olan 4403 sayılı Kanun'da, imalatçının hukuki sorumluluğunun düzenlenmediği görüşünü⁴⁵ paylaşmaktayız. Zira 4073 sayılı Kanun, ürünlerin piyasaya sürülmesini, uygunluk

Sorumluluğu Uygulaması ve Yeni Borçlar Kanunu Tasarısındaki Düzenlemesi", **Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 28-29 Mayıs 2009, Ankara: Gazi Üniversitesi İletişim Fakültesi Basımevi, s. 183; Başak Baysal, **Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur)**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2012, s. 270, dn. 935; Emrah Kulaklı, **Ürün Sorumluluğu ve Ayıp Kavramı**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2009, s. 101; Oğuzman/Öz, **C. II**, s. 225; Kırca, **a.g.e.**, s. 85, 94, 100-103; Atamer/Sanlı, **a.g.e.**, s. 775; Gümüş, **Tüketici**, s. 107; Yavuz, **a.g.e.**, s. 1324.

⁴² Bu görüşte bkz. Haluk Burcuoğlu/Tuba Akçura Karaman, "Türk Hukukunda Ayıplı Ürünün Sebep Olduğu Zararlardan Sorumluluk Üzerine Bazı Açıklamalar", **İsviçre Medeni Kanunu'nun İktisabının 80. Yıldönümü**, İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2006, s. 59; Betül Tiryaki, **Tüketicinin Korunması Hukuku Açısından Ayıplı Hizmetten Doğan Sorumluluk**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2007, (Ayıplı Hizmet), s. 98; Çağlar Özel, "Tüketicinin Korunması Açısından Ayıplı Maldan Doğan Sorumluluk Kapsamında Yapımcının Sorumluluğu Sorunu", **Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan**, İstanbul, 2000, (Ç. Özel), s. 799, 812; Havutçu, **a.g.e.**, s. 114 vd., 130-131; Akçura Karaman, **a.g.e.**, s. 130, 143 vd.

Mülga TKHK m. 4'te gerçekleştirilen değişiklik sonucunda imalatçının sözleşme dışı sorumluluğu, satıcının ayıba karşı tekeffül borcu ile birlikte düzenlenmişti. Madde gerekçesinde, 85/374 sayılı Yönerge'nin esas alınarak ilgili değişikliğin yapıldığı açıkça belirtilmekteydi (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un Madde Gerekçeleri, Yasama Dönemi: 21, Yasama Yılı: 4, Sıra Sayısı: 842). Ancak hükümde imalatçının sorumluluğunun türü, kapsamı ve şartlarına ilişkin bir açıklık yoktu. Ayrıca sorumluluğun kusurdan bağımsız olduğu hükümde belirtilmemişti.

Buna karşılık Yönetmelik m. 6'da imalatçının kusuru aranmaksızın sorumlu olduğu düzenlenmişti. Mülga TKHK'daki düzenlemeyi aşan esasların, özellikle de kusursuz sorumluluğun Yönetmelik ile öngörülmüş olması hukuk tekniği açısından isabetli bulunmayarak Yönetmeliğin Kanun'a aykırı olduğu savunulmuştu.

Ayrıca mülga TKHK m. 4 hükmünde imalatçı açısından yeni bir sorumluluk yaratılmadığı, sadece müteselsil sorumluluk teminatıyla mevcut sorumluluğun güçlendirildiği ve söz konusu düzenlemenin kusursuz sorumluluk rejimi yarattığının ileri sürülmesinin oldukça güç olduğu hakkında bkz. Rona Serozan, "Tüketiciyi Koruma Yasasının Sözleşme Hukuku Alanındaki Düzenlemesinin Eleştirilmesi", **Yasa Hukuk Dergisi**, 1996, C. XV, S. 173/4, (Tüketici), s. 590-593.

⁴³ Bu görüşte bkz. Kemal Oğuzman/Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 5. Baskı, İstanbul: Filiz Kitapevi, 2006, (eBK), s. 846, dn. 174a; Oğuzman/Öz, **C. II**, s. 227-229; Turgut Öz, "Üreticinin Sorumluluğu", **İKÜHFD**, Temmuz 2007, S. 2, s. 7 vd.; Aydın Zevkliler/Murat Aydoğdu, **Tüketicinin Korunması Hukuku, Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004, s. 89 vd.; 143-144.

⁴⁴ RG. 11.7.2001-24459.

⁴⁵ Havutçu, **a.g.e.**, s. 117; Akçura Karaman, **a.g.e.**, s. 153-154; Burcuoğlu/Akçura Karaman, **a.g.e.**, s. 57; Tarman, **İmalatçı**, s. 309.

değerlendirilmesi ile piyasa gözetim ve denetimini düzenleme amacı taşımaktadır (m. 1). Kanun'da imalatçının piyasaya sürdüğü güvenli olmayan ürünlerin yol açacağı zararları tazmin edeceği öngörülmemiş; imalatçının, Kanun'da öngörülen yükümlülükleri ihlal etmesi halinde idari para cezası ile sorumlu tutulacağı düzenlenmiştir (m. 12). Dolayısıyla söz konusu Kanun, imalatçının hukuki sorumluluğunu düzenlememektedir.

1.7.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda⁴⁶ imalatçının sorumluluğu hakkında bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak TBK m. 71'de tehlike sorumluluğu düzenlenmiştir. Bunun sonucunda Kanun'da hakkında özel bir düzenleme yapılmamış imalatçının sorumluluğunun, TBK m. 71'deki genel hüküm kapsamına sokulup sokulamayacağı sorunu doğmuştur. Buna göre hatalı bir ürünün piyasaya sürülmesi tehlikeli bir faaliyet olarak kabul edilerek mesele, TBK m. 71 uyarınca çözümlenebilecek midir?

Paylaştığımız görüş⁴⁷ uyarınca, tehlike sorumluluğu ile imalatçının sorumluluğu farklı ihtiyaçlara cevap vermektedir. TBK m. 71 kapsamında tehlikeli faaliyetten söz edebilmek için bir malın üretiminin, tüm özenin gösterilmesine rağmen sık veya ağır zararlara yol açması gerekir. Oysa ki her ürünün imalat sürecinin, bu nitelikte tehlikeli faaliyet olarak yorumlanamayacağı açıktır. Bu sebeple imalatçının sorumluluğunun, bir bütün olarak TBK m. 71 çerçevesinde değerlendirilemeyeceğini düşünmekteyiz. Yalnızca imalat faaliyetinin niteliği gereği tehlike arz eden bazı ürünler bakımından bu hükmün uygulanması mümkün olabilecektir.

AB'ye uyum süreci çerçevesinde TKHK'nın revizyonu için hazırlanan Kanun Taslağı'nda ise imalatçının sorumluluğu ayrıca düzenlenmişti. Ancak, imalatçının sorumluluğu hakkındaki Taslak'taki hükümler, 7.11.2013 tarihinde kabul edilen *6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun*'a⁴⁸ alınmamıştır⁴⁹. Bu itibarla,

⁴⁶ RG. 4.2.2011-27836.

⁴⁷ Bu görüşte bkz. Senem Saraç, **Türk Borçlar Kanunu'nda Tehlike Sorumluluğu**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2013, s. 102 vd.; Aslan, **a.g.e.**, s. 234; Öz, **a.g.e.**, s. 13; Paksoy/Arslan Demir, **a.g.e.**, s. 303 vd.

TBK m. 71 hükmünün geniş yorumlanarak, imalatçının sorumluluğunun bu hüküm kapsamına sokulabileceği hakkında farklı görüşte bkz. Akçura Karaman, **a.g.e.**, s. 156. Bu görüşün eleştirisi için bkz. Saraç, **a.g.e.**, s. 105.

⁴⁸ RG. 28.11.2013-28835. Kanun, 28.5.2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

⁴⁹ 6502 sayılı TKHK'da imalatçının, tüketicinin ücretsiz onarım ve malın ayıpsız misli ile

6502 sayılı TKHK’da imalatçının sorumluluğu düzenlenmemiştir⁵⁰. Mülga TKHK m. 4, f. 2 ile paralel bir hüküm, 6502 sayılı TKHK’da bulunmamaktadır. Ayıplı Mal Yönetmeliği de yürürlükten kalkmıştır. Ayrıca yeni bir yönetmelik uyarınca imalatçının sorumluluğu hakkında bir düzenleme yapılması için, mevcut TKHK’da yasal dayanak da bulunmamaktadır⁵¹.

TKHK’da konunun düzenlenmemiş olması, 4073 sayılı Kanun’un revizyonu amacıyla hazırlanmış, *Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu Taslağı*⁵² içerisinde imalatçının sorumluluğunun düzenlenmek istenmesinden kaynaklanmaktadır. Bu çerçevede 6502 sayılı TKHK’da imalatçının sorumluluğunun öngörülmemiş olmasının, mülga TKHK’a göre bir gerileme veya eksiklik olarak değerlendirilemeyeceği düşüncesindeyiz. Kanun koyucunun, imalatçının sorumluluğunu bir tüketici hukuku sorunu olarak değerlendirmeyerek, TKHK dışında bir kanunda düzenlenmeyi tercih etmesi olması gereken çözümdür⁵³.

ÜGTDK Taslak, yasallaşıp yürürlüğe girene kadar imalatçının sorumluluğundan doğan problemler, haksız fiile ilişkin genel hükümler uyarınca çözüme kavuşturulacaktır⁵⁴.

Bununla birlikte çalışma kapsamında Türk hukukuna ilişkin

değiştirilmesi hakları bakımından satıcı ve ithalatçı ile birlikte müteselsil olarak ayıba karşı tekeffül sorumluluğu (m. 11); garanti taahhüdünden kaynaklanan müteselsil sorumluluğu (m. 56) ile satış sonrası bakım ve onarım hizmetleri bakımından ithalatçıyla birlikte sorumluluğu (m. 58) düzenlenmiştir. Böylelikle TKHK m. 11 uyarınca normalde satıcıya ait olan ayıba karşı tekeffül sorumluluğu, bir ölçüde imalatçıya da yüklenmiştir. İmalatçının sınırlı olarak ayıba karşı tekeffül sorumluluğu öngörülmüştür. Ayıplı maldan zarar gören üçüncü kişiler bakımından imalatçıya başvurma imkânı Kanun’da öngörülmemiştir.

⁵⁰ Atamer/Baş, **a.g.e.**, s. 51; Gümüş, **Tüketici**, s. 108; karş. Aslan, **a.g.e.**, s. 213, 236 vd. ve ayrıca s. 216-217.

⁵¹ Gümüş, **Tüketici**, s. 109; karş. Aslan, **a.g.e.**, s. 213.

⁵² T.C. Ekonomi Bakanlığı’nın internet sitesinde kamuoyunun görüşüne açılan Kanun Taslağı’nın metni için bkz. <http://www.ekonomi.gov.tr/upload/5ADE0DA7-0347-85A6-36D1189392B4B78E/kanun%20pdf%2029nisan.pdf> (erişim tarihi: 11.1.2014).

⁵³ Bununla birlikte imalatçının sorumluluğunun özel bir kanun ile bağımsız olarak düzenlenmesi yerine, geçmişte olduğu gibi farklı ihtiyaçlara cevap vermek amacıyla hazırlanan bir mevzuatın içerisinde sınırlı sayıda hüküm ile düzenlenmeye çalışılmasının isabetli bir tercih olmadığı kanısındayız. Çalışma kapsamında Taslak hakkında yapılacak açıklamalar, bu tercihin yarattığı bazı sorunları ortaya koyacaktır.

⁵⁴ Taslak yürürlüğe girene kadar imalatçının sorumluluğunun, adam çalıştırmanın sorumluluğuna ilişkin TBK m. 66, f. 3 kapsamında değerlendirileceği görüşünde bkz. Gümüş, **Tüketici**, s. 108-109.

Bu görüş, İsviçre hukukunda 18.6.1993 tarihli İmalatçının Sorumluluğu Hakkında Kanun’un kabulünden önce, İsviçre Federal Mahkeme’sinin COS m. 55 uyarınca imalatçının, adam çalıştırmanın sorumluluğu uyarınca kusursuz sorumluluğunu kabul ettiği kararlarına dayanmaktadır. Bu kararlar hakkında detaylı bir değerlendirme için bkz. Havutçu, **a.g.e.**, s. 51-56.

değerlendirmelerin, ÜGTDK Taslak çerçevesinde yapılması tercih edilmiştir. Bu tercih, Taslağın yakın bir gelecekte kabul edilerek, yürürlüğe girme ihtimaline dayanmaktadır. Ayrıca konunun, yeniden haksız fiil sorumluluğu kapsamında ele alınarak, bugüne kadar doktrinde incelenmiş hususların tekrarlanmaması amaçlanmıştır.

B) Sorumluluğun Şartları

1) İmalatçının Kusurunun Aranmaması

85/374 sayılı Yönerge’de, haklı güvenlik beklentisini karşılamayan bir ürünün yol açtığı zarardan, imalatçının kusursuz sorumluluğu öngörülmüştür⁵⁵. Bunun, Yönerge’nin temel yapı taşlarından birisi olduğu belirtilmektedir⁵⁶. Yönerge’ye uygun olarak AB üyesi ülkeler⁵⁷ ve İsviçre⁵⁸, Rusya⁵⁹, Çin⁶⁰ ile Japon⁶¹ hukukunda, imalatçının kusursuz sorumluluğu kabul edilmiştir⁶². ÜGTDK Taslak m. 7, f. 1’de de imalatçının kusursuz sorumluluğu açıkça düzenlenmiştir⁶³.

⁵⁵ Yönerge Başlangıç Bölümü par. 2; Yönerge m. 1; m. 4; m. 6.

⁵⁶ European Commission, **Third Report on the Application of Council Directive on the Approximation of Laws, Regulations and Administrative Provisions of the Member States Concerning Liability for Defective Products**, COM (2006) 496 Final, s. 4, (EU Commission Report (2006) 496), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2006:0496:FIN:EN:PDF> (erişim tarihi: 10.10.2013).

⁵⁷ Alman hukukunda Ürün Sorumluluğu Kanunu (ProdHaftG §1 abs. 4), İngiliz hukukunda 1987 tarihli Tüketicinin Korunması hakkında Kanun (CPA §2), Fransız Medeni Kanunu (CCF m. 1386-1; m. 1386-4), İtalyan hukukunda Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (m. 117); Belçika hukukunda İmalatçının Sorumluluğu Hakkında Kanun (m. 1) örnek gösterilebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Geraint G. Howells, “Strict Liability”, **The Law of Product Liability**, Ed. Andrew Grubb/Geraint G. Howells, London-Dublin-Edinburg; Butterworths, 2000, (Strict), s. 183 vd.; Taschner, **Harmonization**, s. 28 vd.

⁵⁸ Wessner, **Produits Défectueux**, s. 65-66.

⁵⁹ Taschner, **Harmonization**, s. 32.

⁶⁰ Binding/ Eisenberg, **a.g.e.**, s. 25; Vett/Lian, **a.g.e.**, s. 197-198.

⁶¹ James A. Henderson/Aaron D. Twerski, “What Europe, Japan, and other countries can learn from the new American Restatement of Products Liability”, **Tex. Int’l L.J.**, C. 34, 1999, s. 2, 12 vd.; Hideyuki Kobayashi/Yoshimasa Furuta, “Products Liability Act and Transnational Litigation in Japan”, **Tex. Int’l L.J.**, C. 34, 1999, s. 98.

⁶² Hindistan hukukunda imalatçının ancak kusuru bulunması halinde sorumlu tutulacağını kabul edildiğini belirtmek isteriz. Hindistan Tüketicinin Korunması Kanunu §14 hakkında bilgi için bkz. Reimann, **a.g.e.**, s. 142; Reimann, **Liability**, s. 775.

⁶³ ÜGTDK Taslak m. 7, f. 1 hükmünde ürün güvenliği koşullarını veya genel güvenlik gereklerini karşılayamadığı için bir ürünün, bir kişinin ölümüne veya yaralanmasına veya bir malın zarar görmesine sebep olması halinde, bu ürünün imalatçısı veya ürün ithal ise ithalatçısının doğan zararlardan kusuru aranmaksızın sorumlu tutulacağı ve bu Kanun uyarınca tazminat borcu ile yükümlü olacağı düzenlenmiştir.

Söz konusu hükümde, imalatçının kusuru aranmaksızın sorumlu tutulacağını açıkça ifade edilmesi; ayrıca Taslak’ta sorumluluğun, güvenli olmayan ürünün piyasaya sürülmesi şeklinde objektif bir

Bu bağlamda imalatçının sorumluluğu için hareket noktası, imalatçının davranışı değil; üründeki güvenlik eksikliğine yol açan hata ve bunun, toplum için yarattığı tehlikedir⁶⁴. Bir diğer ifadeyle, sorumluluğun kurucu unsuru, imalatçının kusuru değil; güvenlik eksikliği bulunan bir ürünün piyasaya sürülmüş olmasıdır⁶⁵. Ürünün güvenli olmamasında imalatçının kusuru bulunmasa, tüm önlemleri almış olsa dahi sorumluluğu doğmaktadır⁶⁶.

İmalatçının kusursuz sorumluluğun benimsenmesi, güvenli olmayan bir ürünün piyasaya sürülmesini önleyebilecek durumda olanın imalatçı olması ve onun ekonomik açıdan da güçlü olması sebebiyle ürünün yol açtığı zararlara katlanmasının uygun bulunmasına dayanmaktadır⁶⁷.

Ancak, esasen imalatçı kusursuz da olsa zarara mağdurun katlanması engellenerek, imalatçının ürün fiyatlarına yansıtacağı zarar riskine ilişkin maliyetin, o üründen faydalanan tüm kullanıcılar tarafından paylaşılması sağlanmış olmaktadır⁶⁸. Dolayısıyla güvenli olmayan ürünlerin sebep olduğu tazminat

koşula bağlanması ve gelişim hatası savunmasının kabul edilmemesi, Taslak'ta kusursuz sorumluluğun benimsendiğini ortaya koymaktadır.

⁶⁴ Franz Werro/Vernon Valentine Palmer/Anne-Catherine Hahn, "Synthesis and Survey of the Case and Results", **The Boundaries of Strict Liability in European Tort Law**, Ed. Franz Werro/Vernon Valentine Palmer, Carolina Academic Press/Stämpfli Publishers Ltd./Bruylant: Durham, Bern, Bruxelles, 2004, s. 437; Demetrius Andreas Floudas, **Some Aspects of Liability for Defective Products in England, France and Greece After Directive 85/374/EEC**, *Elektronik Kaynak*, http://www.intersticeconsulting.com/documents/Product_Liability_EU.pdf, s. 2; Joel González Castillo, "Products Liability in Europe and the United States", **Revista Chilena de Derecho**, C. 39, S. 2, 2012, s. 285; Wessner, **Produits Défectueux**, s. 76; Van Dam, **a.g.e.**, s. 259; Tiryaki, **a.g.e.**, s. 230-231.

⁶⁵ Marshall S. Shapo, "Comparing Product Liability: Concepts in European and American Law", **Cornell Int'l. L. J.**, C. 26, 1993, s. 289; Hans Claudius Taschner, "Product liability: Basic problems in a comparative law perspective", **Product Liability in Comparative Perspective**, Ed. Duncan Fairgrieve, New York: Cambridge University Press, 2005, s. 161; Reimann, **a.g.e.**, s. 141; Reimann, **Liability**, s. 775; Castillo, **a.g.e.**, s. 288; Taschner, **Harmonization**, s. 28; Van Dam, **a.g.e.**, s. 259; Weniger, **a.g.e.**, s. 122; Floudas, **a.g.e.**, s. 2; Kırca, **a.g.e.**, s. 1, 255; Tiryaki, **a.g.e.**, s. 231; Yavuz, **a.g.e.**, s. 1323.

⁶⁶ Weniger, **a.g.e.**, s. 37, 122; Borghetti, **a.g.e.**, s. 444 vd.; Wessner, **Produits Défectueux**, s. 76; Taschner, **Harmonization**, s. 28; Stapleton, **United Kingdom**, s. 53; Floudas, **a.g.e.**, s. 2; Wessner, **a.g.e.**, s. 16; Wade, **a.g.e.**, s. 828-829; Kheir Bek, **a.g.e.**, s. 260; Kırca, **a.g.e.**, s. 251, 256.

⁶⁷ Thomas E. Riley/Allison M. Alcasabas, "An Overview of Product Liability Law in the United States", **International Product Law Manual**, Ed. Arundel McDougall/Prashant Popat Q.C., The Netherlands: Kluwer Law International, 2011, s. 58; Reimann, **Liability**, s. 764; Weniger, **a.g.e.**, s. 33; Havutçu, **a.g.e.**, s. 34; Kırca, **a.g.e.**, s. 1; Yavuz, **a.g.e.**, s. 1323; Tiryaki, **a.g.e.**, s. 230.

İmalatçının sorumluluğunun, kusursuz sorumluluk kapsamında gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. John E. Montgomery/David G. Owen, "Reflections on the Theory and Administration of Strict Tort Liability for Defective Products", **S. C. L. Rev.**, C. 27, S. 5, March 1976, s. 809 vd.; Roger J. Traynor, "The Ways and Meanings of Defective Products and Strict Liability", **Tenn. L. Rev.**, C. 22, S. 3, Spring 1965, s. 363 vd.; Boger, **a.g.e.**, s. 45; Taschner, **a.g.e.**, s. 156 vd.

⁶⁸ David G. Owen/M. Stuart Madden/Mary J. Davis, **Madden&Owen on Products Liability**, Third

maliyetine bir bakıma toplumun geneli katlanmakta; imalatçılar da kusursuz sorumlu tutularak, zarar riskini azaltabilecek tedbirler almaları için özen göstermeye sevk edilmektedir⁶⁹.

Bununla birlikte doktrinde, Yönerge ve Yönergeyi benimsemiş ülke hukuklarında imalatçının sorumluluğunun, “*gerçek anlamda*” kusursuz sorumluluk olarak yorumlanamayacağı yönünde görüşlerin de bulunduğunu belirtmek isteriz⁷⁰.

Amerikan hukukunda ise Restatement (Second) of Torts §402A düzenlemesinde imalatçının kusursuz sorumluluğu açıkça öngörülmüştü. İmalatçı, gerekli tüm özeni göstermiş olsa bile haklı güvenlik beklentisini karşılamayan bir ürünün meydana getirdiği zarardan sorumlu tutulmuştu⁷¹.

Edition, Thomson/West, 2000, s. 38-45; Taschner, **a.g.e.**, s. 155; Taschner, **Harmonization**, s. 28-29; Fairgrieve/Howells, **a.g.e.**, s. 13; Floudas, **a.g.e.**, s. 5; Atamer/Sanlı, **a.g.e.**, s. 792-793; Paksoy/Arslan Demir, **a.g.e.**, s. 303-304; Floudas, **a.g.e.**, s. 3, 5.

Yönerge açısından bu sonuç, ATAD’ın *Novo Nordisk Pharma GmbH / S.* davasında hukuk sözcüsünün hazırladığı raporda da ifade edilmiştir (Conclusions de l’Avocat Général, *Novo Nordisk Pharma GmbH / S.*, 11.6.2014, C-310/13, par. 18, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62013CC0310> (erişim tarihi: 20.6.2014)).

⁶⁹ Kusursuz sorumluluğun, hukukun ekonomik analizi kapsamında ifade edilen söz konusu faydaları hakkında bkz. Kerem Cem Sanlı, **Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi, Hukuk ve Ekonomi Öğretisi**, İstanbul: Arıkan Yayınevi, 2007, s. 501 vd.

⁷⁰ Yönerge’de benimsen hata kavramı, hatanın tespit edileceği an ve gelişim hatasından imalatçının sorumlu tutulmaması imkanının öngörülmüş olması sebebiyle burada tam anlamıyla kusursuz sorumluluğun söz konusu olmadığı görüşünde bkz. Werro/Palmer/Hahn, **a.g.e.**, s. 437 vd., 444; Wade, **a.g.e.**, s. 828-829; Reimann, **a.g.e.**, s. 142; Reimann, **Liability**, s. 776-778; Castillo, **a.g.e.**, s. 288.

İmalatçıya gelişim hatası savunmasının tanınmasının, kusur sorumluluğunun “*arka kapıdan içeri sokulması anlamına*” geldiği hakkında bkz. Baysal, **a.g.e.**, s. 270. Ayrıca ürünün hatalı olup olmadığının, ürünün piyasaya sürüldükten sonra tespit edilmesinin gerçek anlamda bir kusursuz sorumluluk rejimine uygun olmadığı görüşünde bkz. Reimann, **Liability**, s. 777.

Bu çerçevede Yönerge’de, “görünürde kusursuz sorumluluğun-*prétendument objective*” benimsendiği görüşünde bkz. Pierre Widmer, “La responsabilité pour choses et activités dangereuse dans les Projets européens”, **Elektronik Kaynak**, http://grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/268/268675_pwidmer.pdf, s. 13, (erişim tarihi: 10.1.2014); Zekoll, **German Act**, s. 811-812; Weniger, **a.g.e.**, s. 104; ayrıca Fairgrieve/Howells, **a.g.e.**, s. 23, dn. 90-91’de atıfta bulunulan diğer yazarlar.

İsviçre doktrinde imalatçının sorumluluğun, hatalı bir ürünü piyasaya sürmek yönündeki davranışına bağlanmış olması sebebiyle İmalatçının Sorumluluğu Hakkında Kanun’da kusur sorumluluğu ile kusursuz sorumluluk arasında bir sorumluluğun benimsendiği görüşünde bkz. Wessner, **Produits Défectueux**, s. 65-66.

Fransız hukukunda da imalatçının sorumluluğunun, “kusursuz sorumluluk benzeri- *quasi objective*” olduğu ileri görüşünde bkz. Philippe Le Tourneau, **Responsabilité des vendeurs et des fabricants**, Paris: Dalloz, 2001, s. 78; benzer yönde bkz. Kheir Bek, **a.g.e.**, s. 259-260; Borghetti, **a.g.e.**, s. 344-345.

⁷¹ Joachim Zekoll, “Liability for defective products and services”, **Am. J. Com. L.**, C. 50, 2002, (Liability), s. 122; Geraint G. Howells/Mark Mildred, “Is European Products Liability More Protective Than the Restatement (Third) of Torts: Products Liability?”, **Tenn. L. Rev.**, C. 65, 1997-1998, s. 989; Jerry J. Phillips, **Products Liability**, Sixth Edition, St. Paul: Thomson&West, 2003, s. 55; Andrew A. Bennington, “Tort Law: Statutory Stalemate: Strict Products Liability and Comparative Negligence in South Carolina”, **S.C. L. Rev.**, C. 56, 2005, s. 817; Wade, **a.g.e.**, s. 825,

1998 yılında yayımlanan *Restatement (Third) of Torts: Product Liability*⁷² düzenlemesinde ise imalatçının kusursuz sorumluluğu sınırlandırılmış; yalnızca imalat hatasında kusursuz sorumluluğu kabul edilmiştir⁷³. Tasarım ve bilgilendirme hatasında imalatçının kusuru bulunması halinde sorumluluğu söz konusudur⁷⁴.

Amerikan hukukundaki bu sınırlama, imalatçının cezalandırıcı tazminat ile sorumlu tutulma ihtimalinin yarattığı yüksek miktardaki tazminat riskinin sigortalanması açısından, 1970’lerin sonlarında ortaya çıkmış, “*imalatçının sorumluluğu krizine*” dayanmaktadır⁷⁵. Ayrıca imalatçının sorumluluğunun zaman içerisindeki gelişimine bağlı olarak, ürünlerdeki hata türlerine göre bir değerlendirme yapılması ihtiyacının doğduğu da açıklanmaktadır⁷⁶.

Bu çerçevede, mevcut Restatement düzenlemesinde, kusur ve kusursuz sorumluluk esaslarına bir arada yer verilen, Yönerge ile Yönerge’yi benimsemiş ülkelere nazaran daha sınırlı, “*yumuşatılmış*” bir sorumluluk rejiminin söz konusu

829; Castillo, **a.g.e.**, s. 278; Reimann, **a.g.e.**, s. 139-140; Reimann, **Liability**, s. 775; Stapleton, **United Kingdom**, s. 47; Borghetti, **a.g.e.**, s. 47; Kheir Bek, **a.g.e.**, s. 168; Riley/Alcasabas, **a.g.e.**, s. 58-59; Büyüksağı, **a.g.e.**, s. 221.

⁷² American Law Institute, Restatement (Third) of Torts: Product Liability düzenlemesinin metni için bkz.

https://ius.unibas.ch/fileadmin/user_upload/fe/file/Vorlesung_vom_13.1._Restatement_of_the_law_thirds_torts_Product_Liability.pdf (erişim tarihi: 20.2.2014).

⁷³ Duncan Fairgrieve/Geraint Howells, “Rethinking Product Liability: A Missing Element in the European Commission’s Third Review of the European Product Liability Directive”, **MLR**, C. 70, 2007, (Rethinking Product Liability), s. 967; Zekoll, **Liability**, s. 121-122; Castillo, **a.g.e.**, s. 278, 286-287; Reimann, **a.g.e.**, s. 141 vd.; Reimann, **Liability**, s. 777-778; Borghetti, **a.g.e.**, s. 41-47, 68 vd.; Taschner, **a.g.e.**, s. 156 vd.; Howells/Mildred, **a.g.e.**, s. 1022; Phillips, **a.g.e.**, s. 56; Bennington, **a.g.e.**, s. 819; Mildred, **a.g.e.**, s. 24; Kheir Bek, **a.g.e.**, s. 260 vd.; Akçura Karaman, **a.g.e.**, s. 199.

⁷⁴ Rst. 3rd of Torts §1 ve §2 hükümlerinde tasarım ve bilgilendirme hatası açısından imalatçının kusuru bulunması halinde sorumlu olduğunun açıkça belirtilmemiştir. Ancak, Rst. 3rd of Torts’da öngörülen hata kavramı uyarınca, tasarım ve bilgilendirme hatalarında imalatçının davranışının değerlendirildiği ve bu sebeple her iki hata türünde kusur sorumluluğunun kabul edildiği açıklanmaktadır (Reimann, **a.g.e.**, s. 141; Reimann, **Liability**, s. 777-778; Howells, **Introduction**, s. 5; Castillo, **a.g.e.**, s. 278; Zekoll, **Liability**, s. 121, 124; Howells/Mildred, **a.g.e.**, s. 1022; Borghetti, **a.g.e.**, s. 63; Bennington, **a.g.e.**, s. 819; Mildred, **a.g.e.**, s. 26, 30; Kheir Bek, **a.g.e.**, s. 262 vd.; Franz Werro, “La responsabilité objective du fait des produits est-elle stricte?”, **Journée de la responsabilité civile 2002, Responsabilités objectives**, sous la direction de Christine Chappuis et Benedict Winiger, Zürich: Schulthess, 2003, (Responsabilité Objective), s. 42).

Buna karşılık Rst. 3rd of Torts düzenlemesinde yalnızca nihai ürünün imalatçısının değil; sürüm zincirine dâhil olan dağıtıcı, ithalatçı gibi diğer kişilerin de sorumlu olduklarının kabul edilmesinin tasarım ve bilgilendirme hatalarında da kusursuz sorumluluğun benimsenmiş olması anlamı taşıdığı yönünde farklı görüşte bkz. Zekoll, **Liability**, s. 125; Reimann, **Liability**, s. 776.

⁷⁵ Detaylı bilgi için bkz. Geraint G. Howells, “A History of Harmonisation”, **Towards a European Civil Code, Third Fully Revised and Expanded Edition**, Kluwer Law International, 2004, s. 648 vd.; Geraint G. Howells, “Introduction”, **The Law of Product Liability**, Ed. Andrew Grubb/Geraint G. Howells, London-Dublin-Edinburg; Butterworths, 2000, (Introduction), s. 5; Moore/Viscusi, **a.g.e.**, s. 10 vd.

⁷⁶ Bennington, **a.g.e.**, s. 817-819.

olduğu belirtilmektedir⁷⁷.

2) İmalatçının Sorumluluğunu Gerektiren Ürünler

İmalatçının sorumluluğunda, sorumluluğun konusunu ürün teşkil eder. İmalatçının sorumluluğuna özgü düzenlemelerde ürün kavramı mümkün olduğu ölçüde geniş tutularak, zarar görenin menfaatinin korunması amaçlanmıştır⁷⁸.

Yönerge uyarınca amacına uygun olarak başka bir taşınır⁷⁹ veya taşınmaz ile birleşse bile her türlü taşınır ve elektrik, ürün teşkil eder⁸⁰. Ayrıca işlenmemiş olsalar bile tarım, hayvancılık, balıkçılık ve avlanma sonucu doğadan elde edilen şeyler, ürün kabul edilmiştir⁸¹.

Yönerge’de açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte kan, kan ürünleri ile insan dokusundan elde edilen şeyler de ürün kavramına dahildir⁸².

Yönerge uyarınca bir malın ürün olarak nitelendirilmesinde, söz konusu malın üretim veya kullanım amacı önem taşımaz⁸³. Ancak taşınmaz mallar, maddi olmayan mallar ile hizmetler, ürün sayılmazlar⁸⁴. Bunların ürün olarak

⁷⁷ Fairgrieve/Howells, **a.g.e.**, s. 13; Howells, **Introduction**, s. 5; Howells/Mildred, **a.g.e.**, s. 1025; Reimann, **Liability**, s. 777-778.

⁷⁸ Mildred, **a.g.e.**, s. 62; Kheir Bek, **a.g.e.**, s. 126; Floudas, **a.g.e.**, s. 3; Hodges, **a.g.e.**, s. 46.

⁷⁹ Nelerin taşınır mal teşkil edeceği, her üye ülkenin kendi hukukuna göre değerlendirilecek olmakla birlikte bunun Yönerge’nin amacına uygun şekilde yorumlanması gerektiği hakkında bkz. Havutçu, **a.g.e.**, s. 67; Tiryaki, **a.g.e.**, s. 234; Erlüle, **Yapımcı**, s. 310-311; Atamer, **İmalatçı**, s. 77.

⁸⁰ Yönerge m. 2’deki ürün tanımı, Yönerge’nin kurduğu sorumluluk rejiminin temel unsurlarından biridir (Weniger, **a.g.e.**, s. 35, 112; Fairgrieve/Howells, **a.g.e.**, s. 6.).

⁸¹ Yönerge’nin kabul edildiği 1985 yılında tarım, hayvancılık, balıkçılık ve avlanma sonucu elde edilen işlenmemiş ürünler, Yönerge’nin kapsamı dışında tutulmuştur. Buna karşılık 10.5.1999 tarihli 1999/34/EC sayılı Yönerge ile (OJ L 141/20) bu istisna kaldırılmıştır.

Söz konusu değişiklik, Creutzfeldt-Jakob (deli dana) hastalığı sonrasında özellikle İngiltere’de hastalıklı hayvanlardan elde edilen ürünlerin yol açtığı zararlardan kaynaklanmıştır. Bunun yanında işlenmemiş olsalar da gen teknolojisi ile manipüle edilebilecek ürünlerin yol açabileceği zarar riski de Yönerge kapsamına alınmak istenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Borghetti, **a.g.e.**, s. 475-477.

⁸² John Murphy/Christian Witting, **Street on Torts**, Thirteenth Edition, Hampshire: Oxford University Press, 2012, s. 429; Borghetti, **a.g.e.**, s. 479; Kırca, **a.g.e.**, s. 187; Havutçu, **a.g.e.**, s. 69; ayrıca insan kanının ürün olarak nitelendirildiği ATAD kararı için bkz. ATAD, *María Victoria González Sánchez / Medicina Asturiana SA*, 18.9.2001, C-183/00, (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62000CC0052:EN:NOT> (erişim tarihi: 20.2.2014).

⁸³ John Meltzer/Dan Armstrong, “The European Union Product Liability Directive”, **International Product Law Manual**, Ed. Arundel McDougall/Prashant Popat Q.C., The Netherlands: Kluwer Law International, 2011, s. 220; Borghetti, **a.g.e.**, s. 474; Havutçu, **a.g.e.**, s. 69; Kulaklı, **a.g.e.**, s. 18.

⁸⁴ Van Dam, **a.g.e.**, s. 152, 377; Hodges, **a.g.e.**, s. 47, 51; Meltzer/Armstrong, **a.g.e.**, s. 220-221; Havutçu, **a.g.e.**, s. 70-71; Erlüle, **a.g.e.**, s. 68; Tiryaki, **a.g.e.**, s. 236-237; Atamer, **İmalatçı**, s. 77; Kulaklı, **a.g.e.**, s. 16-17.

nitelendirilmeyerek imalatçının sorumluluğunun dışında tutulmasının sebebi, bunlar hakkında özel sorumluluk rejimlerinin bulunmasıdır⁸⁵.

AB üyesi ülkeler⁸⁶, İsviçre⁸⁷, Çin⁸⁸ ve büyük ölçüde Japon⁸⁹ hukukunda ürün kavramı, Yönerge'ye uygun olarak düzenlenmiştir.

Amerikan hukukunda ise 1998 tarihli Rst. 3rd of Torts düzenlemesinde kan, kan ürünleri, insan dokusu ile bunlardan elde edilen şeylerin, ürün niteliğinde olmadığı kabul edilmiştir⁹⁰.

Türk hukukunda ÜGTDK Taslağı'nda ürün kavramı, imalat faaliyetine konu olan şeylerle sınırlandırılmıştır (Taslak m. 3). Mülga TKHK ve Ayıplı Mal Yönetmeliği'nden farklı olarak taşınmazlar ile hizmetlerin Taslak'ta ürün kapsamında kabul edilmemesi isabetlidir⁹¹. Ancak Taslak m. 2, f. 1 uyarınca doğadan

⁸⁵ Winfield/Jolowicz, **a.g.e.**, s. 242; Weniger, **a.g.e.**, s. 35; Reimann, **Liability**, s. 766; Werro, **Responsabilité Civile**, s. 191; Meltzer/Armstrong, **a.g.e.**, s. 220; Tiryaki, **a.g.e.**, s. 234; Yavuz, **a.g.e.**, s. 1316.

⁸⁶ Bu çerçevede Alman hukukunda ProdHaftg § 2 uyarınca tüm taşınırların, taşınırların parçalarının ve elektrik gibi taşınmaz bir şeyin üzerinde hareket eden şeylerin ürün olarak nitelendirileceği öngörülmüştür. Ayrıca, insan kanı, dokusu ve organ da ürün olarak kabul edilmiştir. Buna karşılık hizmetler, imalatçının sorumluluğu dışında tutulmuş ve farmakolojik ürünler ile ilaçların yol açabileceği zararlardan sorumluluk, 24.1.1976 tarihli Alman Farmakolojik Ürünlerden Sorumluluk Kanunu (*Arzneimittelgesetz*) uyarınca bağımsız olarak ayrı bir kanun ile düzenlemiştir (Manfred Wandt, "German Approaches to Product Liability", **Tex. Int'l L.J.** 71, C. 34, 1999, s. 83, 89; Markesinis/Unberath, **a.g.e.**, s. 749).

Fransız Medenî Kanunu m. 1386-3 hükmünde de bir taşınmazla birleşmiş dahi olsa tüm taşınırların, ayrıca tarım, hayvancılık, balıkçılık ürünleri veya avlanma sonucu elde edilen şeyler ile elektriğin ürün teşkil ettiği belirtilmiş; kan ve kan ürünleri ile insan vücuduna ait parçaların da ürün olarak kabul edileceği açıkça belirtilmiştir (Tourneau, **a.g.e.**, s. 80-84; Kheir Bek, **a.g.e.**, s. 238-242).

İngiliz hukukunda da CPA §1(2) uyarınca ürün kavramı benzer şekilde tanımlanmıştır (Mildred, **a.g.e.**, s. 61-65). İngiliz Yüksek Mahkemesi'nin 26.3.2001 tarihli *A. / National Blood Authority* kararında kan, ürün kapsamında değerlendirilmiştir (The High Court of England & Wales, *A. / National Blood Authority*, (2001) 3 All ER 289, (<http://www.casebooks.eu/consumerLaw/chapter7/excerpt.php?excerptId=3989>)).

⁸⁷ İsviçre hukukunda da ürün kavramı ve kapsamı açısından aynı esaslar söz konusudur (LRFP m. 3). Kan ve insan vücuduna ait doku ile organlar da ürün kabul edilmektedir. Ancak kan veren veya organ ya da doku bağışında bulunan kişi değil; kan ya da organ bankası, imalatçı sıfatı ile sorumlu tutulacaktır (Werro, **Responsabilité Civile**, s. 191).

⁸⁸ Çin Ürün Kalitesi Hakkında Kanun m. 2, f. 2 uyarınca satmak veya pazarlanmak amacıyla doğadan elde edilen ya da işlenerek imal edilen mallar, ürün olarak kabul edilmiştir (Kobayashi/Furuta, **a.g.e.**, s. s. 96-97).

⁸⁹ Japon İmalatçının Sorumluluğu Hakkında Kanun m. 2'de doğadan ya da işlenerek elde edilen tüm mallar, kan ve insan dokusundan elde edilen şeyler ürün olarak kabul edilmiş; ancak, elektrik ürün kapsamına alınmamıştır (Kobayashi/Furuta, **a.g.e.**, s. s. 96-97).

⁹⁰ Rst. 3rd of Torts §19 (c) düzenlemesi hakkında bkz. Fairgrieve/Howells, **a.g.e.**, s. 6; Borghetti, **a.g.e.**, s. 85. Amerikan hukukunda kan ve insan dokusundan elde edilen şeylerin yol açtığı zararlar, kusura dayalı sorumluluk kapsamında ele alınmaktadır (Borghetti, **a.g.e.**, s. 85).

⁹¹ Mülga TKHK ve Yönetmelik uyarınca konut ve tatil amaçlı taşınmazlar, hizmetler ile elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan gayrimaddi mallar da ürün kapsamında kabul edilerek,

elde edilen şeyler ile genetiği değiştirilmiş organizmaların, kapsam dışında tutulmuş olmasının, önemli bir eksiklik yarattığı kanısındayız. Türkiye’de tarım ve hayvancılık sektöründe yakın bir zamanda kullanılmaya başlanılan genetiği değiştirilmiş organizmalar, tohumlar, hayvan yemleri ile bunlardan elde edilmiş gıdalar göz önüne alındığında bunların, imalatçının sorumluluğu kapsamına alınması ve imalatçının kusuru aranmaksızın sorumlu tutulması ihtiyacının söz konusu olduğu düşüncesini paylaşmaktayız⁹².

3) Ürünün Hatalı Olması

a) Hata Kavramı

Piyasaya sürülmüş ürünün hatalı (*defect, défaut, Fehlerhaft*) olması, imalatçının sorumluluğunu doğuran temel unsurdur⁹³. Zira meydana gelen zararın, kısmen veya tamamen üründeki hatadan kaynaklanması halinde imalatçının sorumluluğu söz konusu olacaktır⁹⁴.

İmalatçının sorumluluğuna yol açan hata, ayıba karşı tekeffül sorumluluğundaki ayıptan (*Mangel*) farklıdır. Sözleşmesel sorumluluk kapsamında ayıp, sübjektif bir kavramdır. Malın, tarafların sözleşmede belirledikleri niteliklere sahip olmaması ya da kullanım amacı çerçevesinde ondan beklenen yararları önemli ölçüde azaltan veya ortadan kaldıran olumsuz özelliklere sahip olması ile ilgilidir⁹⁵.

Yönerge’den farklı ve daha geniş kapsamlı bir ürün tanımı öngörülmüştü (Kırca, **a.g.e.**, s. 183 vd., 258; Havutçu, **a.g.e.**, s. 119-123; Tiryaki, **a.g.e.**, s. 234; Tarman, **İmalatçı**, s. 313-315; Kulaklı, **a.g.e.**, s. 103).

⁹² Genetiği değiştirilmiş ürünler açısından imalatçının kusuru aranmaksızın sorumlu tutulmasının gerekliliği hakkında ayrıca bkz. M. Fadıl Yıldırım, “Genetiği Değiştirilmiş Ürünlerden Sorumluluk”, **Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 28-29 Mayıs 2009, Ankara: Gazi Üniversitesi İletişim Fakültesi Basımevi, 2009, s. 253 vd.

⁹³ Weniger, **a.g.e.**, s. 122; Jasper, **a.g.e.**, s. 6; Winfield/Jolowicz, **a.g.e.**, s. 356; Taylor, **a.g.e.**, s. 54; Wandt, **a.g.e.**, s. 84; Hodges, **a.g.e.**, s. 52; Meltzer/Armstrong, **a.g.e.**, s. 217; Fairgrieve/Howells, **Rethinking Product Liability**, s. 967; Borghetti, **a.g.e.**, s. 47, 76; Havutçu, **a.g.e.**, s. 24; Yavuz, **a.g.e.**, s. 1323.

Üründeki hatanın imalatçının sorumluluğunu doğuran temel unsur olduğu hakkında ayrıca bkz. ATAD’da görülmekte olan *Boston Scientific Medizintechnik / AOK Sachsen-Anhalt – Die Gesundheitskasse (C-503/13)*, *Betriebskrankenkasse RWE (C-504/13)* davasında hukuk sözcüsünün hazırladığı 21.10.2014 tarihli rapor par. 27, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62013CC0503> (erişim tarihi: 18.11.2014).

⁹⁴ Winfield/Jolowicz, **a.g.e.**, s. 356; Murphy/Witting, **a.g.e.**, s. 429.

⁹⁵ Halûk Tandoğan, **Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri**, Cilt I/1, Altıncı Tıpkı Basım, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008, s. 163; Cevdet Yavuz, **Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler**, 11. Baskı, Hazırlayanlar: Cevdet Yavuz/Faruk Acar/Burak Özen, İstanbul: Beta Yayınevi, 2012, (Yavuz/Özen/Acar), s. 67; Gümüş, **a.g.e.**, s. 81-82; Büyüksağış, **a.g.e.**, s. 228 vd.

İmalatçının sorumluluğunu gerektiren hata ise objektiftir: ürünün, güvenli olup olmadığına bağlı olarak, onun zarar verme riskine sahip olup olmadığı ile ilgilidir⁹⁶. Ürünün hatalı olması ile kastedilen, ürünün imalatçının hâkimiyet alanından çıktığı anda kişi varlığı ve malvarlığı değerleri açısından zarar tehlikesi yaratan bir eksikliğe sahip olmasıdır⁹⁷. Bu eksiklik, alélade bir eksiklik değildir. Ürünün güvenli olmasına etki eden bir eksikliktir⁹⁸. Dolayısıyla hata, ayıptan çok daha dar ve sınırlı bir kavramdır⁹⁹. Üründeki her ayıp, o ürünün hatalı olmasına yol açmaz; bir güvenlik sorunu yaratmaz. Buna karşılık Türk hukukundaki yasal düzenlemelerde ve doktrinde imalatçının sorumluluğuna yol açan güvenlik eksikliğini ifade etmek için, ayıp terimi de kullanılmıştır¹⁰⁰.

Yönerge’de “*kendisinden haklı olarak beklenen güvenliği sağlamayan ürün*”, hatalı sayılmıştır (Yönerge Başlangıç Bölümü, par. 6; Yönerge m. 6). Buna göre tüm hal ve şartlar dikkate alındığında, ortalama vasıflara sahip potansiyel kullanıcıların o ürüne ilişkin “*haklı güvenlik beklentisini*” karşılamayan bir ürün hatalıdır¹⁰¹.

⁹⁶ Franz Werro, **La Responsabilité Civile**, avec la collaboration de Annick Achteri/Sébastien Chaulmontet/Josiane Haas, Berne: Stämpfli Editions SA, 2005, (Responsabilité Civile), s. 194-195; Basil S. Markesiniz/Hannes Unberath, **The German Law of Torts**, A Comparative Treatise, Fourth Edition, Oxford, Portland, Oregon: Hart Publishing, 2002, s. 748; Atamer/Sanlı, **a.g.e.**, s. 774, dn. 15; Havutçu, **a.g.e.**, s. 22, 32; Akçura Karaman, **a.g.e.**, s. 190; Büyüksağış, **a.g.e.**, s. 239, 242

⁹⁷ Werro, **Responsabilité Civile**, s. 194-195; Jasper, **a.g.e.**, s. 6; Mildred, **a.g.e.**, s. 23; Havutçu, **a.g.e.**, s. 21, 24; Burcuoğlu/Akçura Karaman, **a.g.e.**, s. 55; Akçura Karaman, **a.g.e.**, s. 190 vd., s. 368; Atamer, **İmalatçı**, s. 78; Kırca, **a.g.e.**, s. 91, 127 vd.; Yavuz, **a.g.e.**, s. 1316.

⁹⁸ Havutçu, **a.g.e.**, s. 21-22, 31, 72; Akçura Karaman, **a.g.e.**, s. 190 vd.; Kırca, **a.g.e.**, s. 30; Tiryaki, **a.g.e.**, s. 239; Yavuz, **a.g.e.**, s. 1316, 1323; Jasper, **a.g.e.**, s. 6; Taylor, **a.g.e.**, s. 55; Taschner, **Harmonization**, s. 30.

⁹⁹ Werro, **Responsabilité Civile**, s. 195; Havutçu, **a.g.e.**, s. 24, Atamer/Sanlı, **a.g.e.**, s. 774, dn. 15; Atamer/Baş, **a.g.e.**, s. 50, dn. 81; Gümüş, **Tüketici**, s. 106; Atamer/Micklitz, **a.g.e.**, s. 575.

¹⁰⁰ Doktrinde ayıp terimini kullanan yazarlar için bkz. Feriha Bilge Tanrıbilir, “Milletlerarası Özel Hukukta Ürün Sorumluluğuna İlişkin Kurallara Genel Bakış”, **Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 28-29 Mayıs 2009, Ankara: Gazi Üniversitesi İletişim Fakültesi Basımevi, 2009, (Ürün Sorumluluğuna İlişkin Kurallar), s. 264; Kırca, **a.g.e.**, s. 149 vd.; Burcuoğlu/Akçura Karaman, **a.g.e.**, s. 53 vd.; Akçura Karaman, **a.g.e.**, s. 14-16; Erlüle, **a.g.e.**, s. 319 vd.; Özel, **İmalatçının Sorumluluğu**, s. 803 vd.; Özel, **Uygulanacak Hukuk**, s. 220; Kaplan, **a.g.e.**, s. 139-140; Tiryaki, **a.g.e.**, s. 23; Aydos, **a.g.e.**, s. 148 vd.; Kulaklı, **a.g.e.**, s. 37 vd.

Mülga TKHK ve Yönetmelik’te ayıp terimi benimsenmişti. 4073 sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu’nda ise “güvenli olmayan ürün” ifadesine yer verilmiştir. ÜGDTK Taslak’ta ise güvenli ürün ve uygun olmayan ürün terimleri kullanılmıştır (Taslak m. 3).

¹⁰¹ Miller/Goldberg, **a.g.e.**, s. 346-347; Van Dam, **a.g.e.**, s. 1408; Reimann, **Liability**, s. 768; Taschner, **Harmonization**, s. 30; Howells/Mildred, **a.g.e.**, s. 995; Hodges, **a.g.e.**, s. 52-53; Weniger, **a.g.e.**, s. 123; Reimann, **a.g.e.**, s. 139-140; Castillo, **a.g.e.**, s. 279-280; Taschner, **Harmonization**, s. 30; Shapo, **a.g.e.**, s. 291; Fairgrieve/Howells, **a.g.e.**, s. 20; Fairgrieve/Howells, **Rethinking Product Liability**, s. 967; Stapleton, **United Kingdom**, s. 53; Werro, **Responsabilité Objective**, s. 31-32; Werro/Palmer/Hahn, **a.g.e.**, s. 438; Havutçu, **a.g.e.**, s. 63, 72-73; Kırca, **a.g.e.**, s. 92, 130-132; Atamer, **İmalatçı**, s. 78; Tiryaki, **a.g.e.**, s. 238; Erlüle, **Yapımcı**, s. 320-321; Kulaklı, **a.g.e.**, s. 39-42.

Bir ürünün hatalı olup olmadığının belirlenmesinde imalatçının davranışının değil, genelin güvenlik

Haklı güvenlik beklentisi, her somut olayın şartlarına göre hakim tarafından belirlenir¹⁰². Ürünün niteliği, yapısı, kullanım ömrü, sunumu, markası, fiyatı, makul kullanım amacı¹⁰³ ve kullanım şekli, ürünle ilgili teknik düzenleme ve standartlar, reklam ve ilanlar, ürünün belirli bir grubun kullanımına özgü olup olmadığı, ürün hakkındaki talimat ve bilgilendirmeler, imalatçının taahhütleri, kullanıcıların üründen beklediği yararlar, alternatif tasarım olanakları gibi unsurlar burada göz önüne alınacaktır¹⁰⁴.

AB üyesi ülkelerin hukukunda Yönerge'ye uygun olarak haklı güvenlik beklentisi esas alınmıştır¹⁰⁵. Ayrıca İsviçre¹⁰⁶, Brezilya, Japonya¹⁰⁷, Kore, Malezya, Çin¹⁰⁸ ve Filipinler hukukunda da ürünün hatalı olup olmadığı, haklı güvenlik beklentisi göre tespit edilmektedir¹⁰⁹.

Türk hukukunda, mülga TKHK'a dayanılarak hazırlanan Yönetmelik'te haklı

beklentisinin gözönüne alınacağı hakkında bkz. İngiltere Yüksek Mahkemesi'nin *A. / National Blood Authority* kararı (The High Court of England&Wales, *A. / National Blood Authority*, (2001) 3 All ER 289, (<http://www.casebooks.eu/consumerLaw/chapter7/excerpt.php?excerptId=3989>)).

Ayrıca piyasaya sürülmüş ürünün risk taşıyan bir ürün olması, onun hatalı olması anlamına gelmez (Werro, **Responsabilité Objective**, s. 40).

¹⁰² Fairgrieve/Howells, **a.g.e.**, s. 20-21; Taylor, **a.g.e.**, s. 57; Werro, **Responsabilité Objective**, s. 38-39; Taschner, **Harmonization**, s. 30; Shapo, **a.g.e.**, s. 292-293; Havutçu, **a.g.e.**, s. 72; Borghetti, **a.g.e.**, s. 439 vd.

¹⁰³ Bir ürünün yalnızca tahsis edilmiş amacına uygun olarak, makul kullanımı halinde kendisinden beklenecek güvenliği sunup sunmadığı ile ilgilenilmektedir. Ürünün amacı dışında öngörülmeyen, hatalı kullanımı halinde imalatçı sorumlu tutulmayacaktır (Van Dam, **a.g.e.**, s. 1408; Weniger, **a.g.e.**, s. 125; Havutçu, **a.g.e.**, s. 75-76; Kırca, **a.g.e.**, s. 140-142; Kulaklı, **a.g.e.**, s.46-48).

¹⁰⁴ Castillo, **a.g.e.**, s. 282; Howells/Mildred, **a.g.e.**, s. 995; Hodges, **a.g.e.**, s. 53-54; Van Dam, **a.g.e.**, s. 1408; Havutçu, **a.g.e.**, s. 73-75, 76-79; Öztan, **a.g.e.**, s. 147 vd.; Kırca, **a.g.e.**, s. 134-136; Kulaklı, **a.g.e.**, s. 43-46, 50-59; Paksoy/Arslan Demir, **a.g.e.**, s. 309, dn. 36; Erlüle, **Yapımcı**, s. 321.

¹⁰⁵ Bu bağlamda İngiliz hukukunda CPA §3 (1) hakkında detaylı bilgi için bkz. Miller/Goldberg, **a.g.e.**, s. 351 vd.; Taylor, **a.g.e.**, s. 58 vd; Mildred, **a.g.e.**, s. 66-67; Winfield/Jolowicz, **a.g.e.**, s. 357-360; Murphy/Witting, **a.g.e.**, s. 429.

Alman hukukunda ProdHaftg §3 hakkında bkz. Zekoll, **German Act**, s. 811; Wandt, **a.g.e.**, s. 84. Ayrıca Alman Federal Mahkemesi 1995 tarihli kararında tüm hal ve şartlar dikkate alındığında kendisinden beklenen güvenliği sağlamayan ürünün hatalı olduğunu; teknik açıdan belirlenmesi ve önlenmesi mümkün olmayan hatalarda bile kullanıcının güvenlik beklentisinde bir azalmanın söz konusu olmayacağını belirtmiştir (BGH, 9.5.1995, BGHZ 129, 353=NJW 1995, 212=JZ 1995,1060 (*naklen*, Van Dam, **a.g.e.**, s. 1408)).

Fransız hukukunda CCF m. 1386.4, f. 2 açısından ayrıntılı bilgi için bkz. Kheir Bek, **a.g.e.**, s. 256-257; Borghetti, **a.g.e.**, s. 444.

¹⁰⁶ İsviçre İmalatçının Sorumluluğu Hakkında Kanun m. 4 hakkında detaylı bilgi için bkz. Werro, **Responsabilité Objective**, s. 31, 34-35; Werro, **Responsabilité Civile**, s. 194-195, 198-199.

¹⁰⁷ Henderson/Twerski, **a.g.e.**, s. 12 vd.; Kobayashi/Furuta, **a.g.e.**, s. 98.

¹⁰⁸ Çin Ürün Kalitesi Hakkında Kanun m. 46'da insan yaşamı, sağlığı ve malvarlığı değerleri açısından makul olmayan risk taşıyan ürünlerin veya ilgili teknik düzenlemelere uygun olmayan ürünlerin, hatalı olduğu belirtilerek, genelin haklı güvenlik beklentisini karşılamayan ürünlerin, hatalı oldukları düzenlenmiştir (Binding/Eisenber, **a.g.e.**, s. 27; Vett/Lian, **a.g.e.**, s. 197).

¹⁰⁹ Reimann, **a.g.e.**, s. 140; Reimann, **Liability**, s. 768.

güvenlik ölçütü esas alınmıştı¹¹⁰. ÜGDTK Taslak'ta da ürün güvenliği koşullarını veya uygulanabildiği hallerde genel güvenlik gereklerini karşılamayan ürünün yol açtığı zarardan, imalatçı sorumlu tutulmuştur (m. 7, f. 1). Bu hükümle birlikte Taslak'taki “güvenli ürün”¹¹¹ ile “uygun olmayan ürün”¹¹² tanımları ve Taslak m. 6'da haklı güvenlik beklentisi değerlendirmesinden bahsedilmesi sonucunda, Taslak'ta haklı güvenlik beklentisinin ölçütünün benimsendiği anlaşılmaktadır¹¹³.

Amerikan hukukunda Restatement (Second) of Torts §402A düzenlemesinde haklı güvenlik ölçütü benimsenmişti¹¹⁴. Buna karşılık 1998 tarihli Rst. 3rd of Torts'da hata kavramı yeniden ele alınmış; haklı güvenlik beklentisi değerlendirmesinin belirsizliği karşısında farklı bir yöntem benimsenmiştir¹¹⁵.

Mevcut düzenlemede tasarım ve bilgilendirme hatalarına mahsus olarak “risk/yarar analizi (*risk/utility test*)” benimsenmiştir¹¹⁶. Bu analize göre bir ürünün içerdiği risk ve tehlikeler onun sağlayacağı yararın çok üzerindeyse o ürün, hatalı

¹¹⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Akçura Karaman, **a.g.e.**, s. 193; Havutçu, **a.g.e.**, s. 141; Kırca, **a.g.e.**, s. 92; Erlüle, **a.g.e.**, s. 322.

¹¹¹ Taslak m. 3, f. 1 uyarınca güvenli ürün, “*kullanım ömrü ve uygulanabildiği hallerde hizmete sokulmasına, kurulumuna ve bakımına ilişkin kural ve talimatlar dikkate alınmak kaydıyla, normal veya makul bir şekilde öngörülebilir kullanımı sırasında hiç risk taşımayan veya sadece ürünün kullanımıyla ilgili kabul edilebilir asgari ölçülerde risk taşıyan ve insan sağlığını ve güvenliğini için yüksek düzeyde koruma sağlayan üründür.*”.

¹¹² Taslak m. 3, f. 1 uyarınca “*bu Kanun'un, uygulama mevzuatının veya ilgili teknik düzenleme hükümlerine ya da uygulanabildiği durumlarda genel güvenlik gereklerine aykırılığın*” uygun olmama hali teşkil edeceği açıklanmıştır.

¹¹³ ÜGDTK Taslak'ın AB mevzuatıyla karşılaştırılması amacıyla Ekonomi Bakanlığı'nın yaptığı çalışmada Taslak m. 6'da belirtilen genel güvenlik gereklerinin, başta bu iş için özel olarak kabul edilmiş uyumlaştırılmış Avrupa standartları ve bunları uyumlaştıran ulusal standartlar olabileceği gibi, diğer ulusal standartlar, teknolojinin ulaştığı düzey veya tüketicinin makul beklentisi olarak sayılacağı açıklanmıştır. Ayrıca, bu gibi koşulların, kanunla düzenlenemeyecek kadar ayrıntılı ve teknik içerikte olduğundan ve üründen ürüne, ürünün taşıdığı riske, kullanıcının (yaşlı, hamile, çocuk, engelli) özelliklerine göre değişiklik arz edebileceğinden, bu Kanuna dayanarak çıkarılacak yönetmelikte belirleneceği belirtilmiştir (<http://www.ekonomi.gov.tr/upload/5ADE0DA7-0347-85A6-36D1189392B4B78E/4703-YeniTaslak-Karsilastirma%20Tablosu.pdf> (erişim tarihi: 10.3.2014)).

¹¹⁴ Fairgrieve/Howells, **a.g.e.**, s. 17; Borghetti, **a.g.e.**, s. 34; Reimann, **a.g.e.**, s. 140-141; Castillo, **a.g.e.**, s. 278, 280; Zekoll, **Liability**, s. 122; Henderson/Twerski, **a.g.e.**, s. 5; Bennington, **a.g.e.**, s. 819; Stapleton, **a.g.e.**, s. 379; Kheir Bek, **a.g.e.**, s. 172.

¹¹⁵ Reimann, **a.g.e.**, s. 144; Castillo, **a.g.e.**, s. 283; Henderson/Twerski, **a.g.e.**, s. 17 vd.

¹¹⁶ Fairgrieve/Howells, **a.g.e.**, s. 18-19; Reimann, **a.g.e.**, s. 139; Reimann, **Liability**, s. 768; Miller/Goldberg, **a.g.e.**, s. 352; Castillo, **a.g.e.**, s. 280-282; Werro/Palmer/Hahn, **a.g.e.**, s. 438; Werro, **Responsabilité Objective**, s. 42; Werro, **Responsabilité Civile**, s. 202; Howells/Mildred, **a.g.e.**, s. 997; Borghetti, **a.g.e.**, s. 49, 185 vd.; Phillips, **a.g.e.**, s. 16; Henderson/Twerski, **a.g.e.**, s. 7; Kırca, **a.g.e.**, s. 55; David G. Owen, “Towards a Proper Test for Design Defectiveness: Micro-Balancing Costs and Effectiveness”, **Tex. L. Rev.**, C. 75, 1996-1997, (Design Defectiveness), s. 1661.

Ancak bazı Amerikan mahkemesi kararlarında ürünün hatalı olup olmadığının tespitinde risk/yarar analizi ile haklı güvenlik beklentisi ölçütü birarada da kullanılmıştır (Henderson/Twerski, **a.g.e.**, s. 9-10; Werro, **Responsabilité Objective**, s. 42-43).

sayılmaktadır¹¹⁷. Dolayısıyla haklı güvenlik beklentisi değerlendirmesinin aksine kullanıcıların beklentileri değil; imalatçının davranışı temel alınarak, onun yaptığı tercihe göre bir değerlendirme yapılmaktadır¹¹⁸.

b) Hata Türleri

Üründeki güvenlik eksikliği farklı sebeplerden kaynaklanabilir. Bir ürünün, teknik düzenleme ve standartlara uygun olarak tasarlanmaması ya da bunlara uygun tasarlanmasına karşın tasarımı ve teknik özelliklerinin, ürünün kullanımı açısından yetersiz bir güvenlik sağlaması, “*tasarım hatası*” teşkil eder¹¹⁹. Düşük kalitede malzeme kullanılması veya imalat aşamasındaki çeşitli aksaklıklar sebebiyle tasarlanan üründen farklı bir ürünün üretilmesi halinde, “*imalat hatası*” söz konusu olur¹²⁰. Ürünün taşıdığı risk ve tehlikeler hakkında kullanıcılara eksik ya da yetersiz talimat ve bilgi verilmesi, “*bilgilendirme hatasına*” yol açar¹²¹. Öte yandan piyasa sürüldüğü anda ürünün hatalı olmamasına karşın, bilim ve teknolojinin gelişmesi sonucunda daha sonraki bir dönemde ürünün güvenli olmadığı anlaşılmaması ise

¹¹⁷ Reimann, **a.g.e.**, s. 140; Reimann, **Liability**, s. 768; Castillo, **a.g.e.**, s. 281; Jasper, **a.g.e.**, s. 9; Werro, **Responsabilité Objective**, s. 42; Werro, **Responsabilité Civile**, s. 202; Zekoll, **Liability**, s. 124; Borghetti, **a.g.e.**, s. 55; Phillips, **a.g.e.**, s. 16; Kırca, **a.g.e.**, s. 55.

Söz konusu değerlendirme yapılırken, bir ürünün toplum için yararı, zarar riskine yol açma ölçüsü ve derecesi, güvenli ve makul bir alternatif tasarımın uygulanabilirliği, güvenli, işlevsel ve makul bir maliyetle ürünün imal edilme imkanları, piyasada aynı ihtiyaçlara cevap verebilecek güvenli ikame bir ürünün bulunması, kullanıcının ürünün tehlikeli olduğu hakkındaki bilgisi ve dikkatli bir kullanımla onun yol açacağı zararlardan kaçınabilme olasılığı, imalatçının ürün sigortası yaptırabilme olanağı gibi unsurlar dikkate alınmaktadır (Jasper, **a.g.e.**, s. 9-10; Borghetti, **a.g.e.**, s. 56-58; Phillips, **a.g.e.**, s. 18; Hodges, **a.g.e.**, s. 95; Owen, **Design**, 1667 vd.).

¹¹⁸ Zekoll, **Liability**, s. 124; Borghetti, **a.g.e.**, s. 55.

¹¹⁹ Castillo, **a.g.e.**, s. 279; Petitpierre, **a.g.e.**, s. 18; Werro, **Responsabilité Objective**, s. 33; Werro, **Responsabilité Civile**, s. 196; Jasper, **a.g.e.**, s. 7; Borghetti, **a.g.e.**, s. 46; Mildred, **a.g.e.**, s. 26; Kırca, **a.g.e.**, s. 150; Öztan, **a.g.e.**, s. 186; Akçura Karaman, **a.g.e.**, s. 195-196; Büyüksağış, **a.g.e.**, s. 290; Özsunay, **a.g.e.**, s. 108; Kulaklı, **a.g.e.**, s. 87.

¹²⁰ Gilles Petitpierre, **La Responsabilité du fait des Produits**, Genève: Librairie de l'Université Georg & Cie S.A., 1972, s. 18; İbrahim Kaplan, “İmalatçının Sorumluluğu Üzerine Düşünceler”, **BATİDER**, C. XIII, S. 1, Haziran 1985, (İmalatçı), s. 140; Werro, **Responsabilité Objective**, s. 33; Werro, **Responsabilité Civile**, s. 196; Jasper, **a.g.e.**, s. 7; Zekoll, **Liability**, s. 123; Mildred, **a.g.e.**, s. 24; Kırca, **a.g.e.**, s. 150; Özsunay, **a.g.e.**, s. 108; Havutçu, **a.g.e.**, s. 29; Akçura Karaman, **a.g.e.**, s. 198-199; Büyüksağış, **a.g.e.**, s. 284-285; Ç. Özel, **a.g.e.**, s. 809; Kulaklı, **a.g.e.**, s. 88.

Seri üretime konu bir üründe, ürünün doğru tasarlanması ve gerekli tüm kontrollerin yapılmasına rağmen tespit edilemeyen ve seri üretim sebebiyle tesadüfi olarak ortaya çıkan hatalar ise “*üretim kaçağı*” teşkil eder (Öztan, **a.g.e.**, s. 181-182; Kırca, **a.g.e.**, s. 150; Havutçu, **a.g.e.**, s. 29; Akçura Karaman, **a.g.e.**, s. 198; Özsunay, **a.g.e.**, s. 108; Ç. Özel, **a.g.e.**, s. 810; Kaplan, **İmalatçı**, s. 139-140).

¹²¹ Kırca, **a.g.e.**, s. 150-151; Özsunay, **a.g.e.**, s. 109; Havutçu, **a.g.e.**, s. 30, 80; Öztan, **a.g.e.**, s. 183; Akçura Karaman, **a.g.e.**, s. 203-204; Ç. Özel, **a.g.e.**, s. 810; Tiryaki, **a.g.e.**, s. 241; Büyüksağış, **a.g.e.**, s. 295; Kaplan, **İmalatçı**, s. 139; Kulaklı, **a.g.e.**, s. 89-90; Jasper, **a.g.e.**, s. 8; Werro, **Responsabilité Objective**, s. 34; Werro, **Responsabilité Civile**, s. 197; Borghetti, **a.g.e.**, s. 46; Mildred, **a.g.e.**, s. 26-27.

“*gelişim hatası*” olarak nitelendirilir¹²².

Yönerge ve Yönerge’ye uygun olarak imalatçının sorumluluğunu düzenleyen ülkelerde hata türleri açısından bir ayırım yapılmamıştır. Bu sebeple ürünlerdeki hatanın niteliği, gelişim hatası dışında önem taşımamaktadır¹²³. ÜGTDK Taslak’ta da hata türlerine göre bir ayırım söz konusu değildir.

Buna karşılık Amerikan hukukunda Rst. 3rd of Torts’da, hata türleri tanımlanmış ve bunlara göre bir ayırım yapılmıştır¹²⁴. Rst. 3rd of Torts §2 uyarınca bir ürünün, satışı veya dağıtımı sırasında imalat, tasarım veya bilgilendirme hatası içerisinde değerlendirilecek bir eksikliğe sahip olması koşuluyla hatalı olacağı belirtilmiştir. Buna göre zarar tehlikesini engelleyebilecek veya azaltabilecek makul ve alternatif bir tasarımın yapılabilecek olmasına rağmen bunun yapılmamış olması sebebiyle ürün makul olmayacak ve öngörülemez şekilde güvensiz ise tasarım hatası mevcuttur. Makul bilgilendirme ve uyarının yapılmış olması durumunda ürünün potansiyel zarar riskinin azaltılabilmesi veya engellenebilmesi mümkün olmasına karşın bunun yapılmamış olması sebebiyle ürün güvensiz ise bilgilendirme hatası söz konusudur.

Dolayısıyla Rst. 3rd of Torts kapsamında Yönerge’den farklı olarak kullanıcıların haklı güvenlik beklentisi değil; öngörülebilirlik çerçevesinde imalatçının davranışı gözönüne alınarak, tasarım ve bilgilendirme hataları tespit edilmektedir¹²⁵.

¹²² Castillo, **a.g.e.**, s. 279; Wessner, **Produits Défectueux**, s. 72; Taschner, **Harmonization**, s. 31-32; Özsunay, **a.g.e.**, s. 108-109; Öztan, **a.g.e.**, s. 280; Havutçu, **a.g.e.**, s. 30; Akçura Karaman, **a.g.e.**, s. 200-201; Erlüle, **a.g.e.**, s. 104; Tiryaki, **a.g.e.**, s. 242; Ç. Özel, **a.g.e.**, s. 811-812; Erlüle, **a.g.e.**, s. 336; Kulaklı, **a.g.e.**, s. 90-91.

Gelişim hatası teşkil eden haller, özellikle farmakoloji, kimya veya genetik ile ilgili sektörlerde ortaya çıkar (Taschner, **Harmonization**, s. 32).

¹²³ Weniger, **a.g.e.**, s. 126-127; Reimann, **Liability**, s. 770; Castillo, **a.g.e.**, s. 279; Werro, **Responsabilité Objective**, s. 51; Taschner, **Harmonization**, s. 29; Havutçu, **a.g.e.**, s. 79; Büyüksağış, **a.g.e.**, s. 222; Erlüle, **a.g.e.**, s. 143.

¹²⁴ Reimann, **a.g.e.**, s. 139; Fairgrieve/Howells, **a.g.e.**, s. 18; Miller/Goldberg, **a.g.e.**, s. 352; Castillo, **a.g.e.**, s. 279; Zekoll, **Liability**, s. 122; Howells/Mildred, **a.g.e.**, s. 1021; Borghetti, **a.g.e.**, s. 46 vd.; Henderson/Twerski, **a.g.e.**, s. 5; Bennington, **a.g.e.**, s. 819; Stapleton, **a.g.e.**, s. 380; Kırca, **a.g.e.**, s. 56.

¹²⁵ Reimann, **a.g.e.**, s. 141; Howells, **Introduction**, s. 5; Castillo, **a.g.e.**, s. 278; Zekoll, **Liability**, s. 124; Mildred, **a.g.e.**, s. 26.

c) Ürünün Hatalı Olduğunun Tespit Edileceği An

Ürünün hatalı olup olmadığı, piyasaya sürüldüğü ana göre tespit edilir¹²⁶. Bu açıdan hatanın tespit edileceği an, ayıba karşı tekeffül sorumluluğundan farklıdır¹²⁷. Zira ayıba karşı tekeffül sorumluluğu kapsamında bir malın ayıplı olup olmadığı, hasarın alıcıya intikal ettiği ana göre belirlenir.

İmalatçının sorumluluğunda ürünün hatalı olup olmadığı, piyasaya sürüldüğü ana göre tespit edildiğinden sonradan daha kaliteli bir ürünün piyasaya sürülmesi, ürün piyasaya sürüldükten sonra ortaya çıkan eksiklikler veya genelin değişen güvenlik beklentisi ürünün hatalı olmasına yol açmaz¹²⁸.

ÜGTDK Taslak'ta ürünlerdeki hatanın tespit edileceği an hakkında açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bununla birlikte Taslak m. 8, m. 10 ve m. 11 kapsamında imalatçı, ithalatçı ve dağıtıcıya yüklenen yükümlülüklerle uygun olarak, Taslak'ta da ürünün piyasaya sürüldüğü anın esas alınacağı düşüncesindeyiz.

ç) İspat Yükü

Yönerge'de imalatçının sorumlu olması için, zarar görenin ürünün hatalı olduğunu ispat etmesi aranmıştır (Yönerge m. 4). Zarar gören için öngörülen bu ispat yükünün içeriği belirsizdir¹²⁹. Ancak zarar görenin, ürünün haklı güvenlik beklentisini karşılamadığını ispatlamasının yeterli olduğu, ayrıca ürünlerdeki hatanın kesin nedeni ile tüm teknik yönleriyle hatanın niteliğini ispatlamasının aranmayacağı kabul edilmektedir¹³⁰.

¹²⁶ Van Dam, **a.g.e.**, s. 1407-1409; Taylor, **a.g.e.**, s. 63; Weniger, **a.g.e.**, s. 126; Taschner, **Harmonization**, s. 30; Hodges, **a.g.e.**, s. 54; Miller/Goldberg, **a.g.e.**, s. 350, dn. 31; Havutçu, **a.g.e.**, s. 76; Kırca, **a.g.e.**, s. 143-145; Erlüle, **Yapımcı**, s. 322; Atamer, **İmalatçı**, s. 79; Kulaklı, **a.g.e.**, s. 48-50.

¹²⁷ Havutçu, **a.g.e.**, s. 24, Atamer/Micklitz, **a.g.e.**, s. 575; Atamer/Sanlı, **a.g.e.**, s. 774, dn. 15; Atamer/Baş, **a.g.e.**, s. 50, dn. 81

¹²⁸ Weniger, **a.g.e.**, s. 126; Taschner, **Harmonization**, s. 30; Taylor, **a.g.e.**, s. 63; Stapleton, **United Kingdom**, s. 54; Werro/Palmer/Hahn, **a.g.e.**, s. 437-438; Shapo, **a.g.e.**, s. 301; Havutçu, **a.g.e.**, s. 72, 76; Akçura Karaman, **a.g.e.**, s. 200; Erlüle, **a.g.e.**, s. 322.

¹²⁹ Miller/Goldberg, **a.g.e.**, s. 348; Weniger, **a.g.e.**, s. 150. Bu konuda ayrıntılı olarak bkz. Kheir Bek, **a.g.e.**, s. 137-142.

¹³⁰ Belçika ve Fransız Mahkemelerinin bu yöndeki kararları için bkz. Fairgrieve/Howells, **a.g.e.**, s. 25; Miller/Goldberg, **a.g.e.**, s. 349; İngiliz İstinaf Mahkemesi kararı için bkz. Ct. App, *Ide / ATB Sales Ltd*, [2008] EWCA Civ 424, (http://www.crownofficechambers.com/assets/docs/news/ide_v_atb_sales_-_judgment.pdf). Ayrıca İsviçre hukuku açısından benzer yönde bkz. Werro, **Responsabilité Civile**, s. 194.

Amerikan hukukunda Rst. 3rd of Torts kapsamında zarar görenin, tasarım ve bilgilendirme hatalarında imalatçının kusurlu olduğunu ispat etmesi gerekmektedir¹³¹. Ancak Rst. 3rd of Torts §3 (a) uyarınca meydana gelen zararın, üründeki hatanın olağan sonucu olduğu hallerde zarar görenin ispat yükünü yerine getirdiğinin kabul edilmesinin zarar görenlerin ispat yükünü bir ölçüde kolaylaştırdığı ifade edilmektedir¹³². Ayrıca bilgilendirme hatalarında mahkemelerin, imalatçıların yapabilecekleri makul bilgilendirme ve uyarı maliyetleri ile zarar görenin uğradığı zarar miktarını karşılaştırmaktadır. Zarar miktarının, bu maliyetlerden fazla olması halinde ispat yükünün yerine getirildiği kabul edilmektedir¹³³.

ÜGTDK Taslak'ta zarar görenin üründeki uygunsuzluğu ispat etmesi gerektiği açıkça belirtilmiştir (Taslak m. 7, f. 2). Türk hukukunda kusursuz sorumlulukta da sorumluluğu gerektiren şartların, zarar gören tarafından ispat edilmesi esastır¹³⁴. İspat yüküne ilişkin TMK¹³⁵ m. 6 ile HMK¹³⁶ m. 190 hükümleri de gözönüne alındığında Taslak'taki hükme özellikle ihtiyaç bulunmadığı düşüncesindeyiz¹³⁷.

4) Hatalı Ürünün Piyasaya Sürülmüş Olması

İmalatçının sorumluluğunun doğabilmesi için, hatalı ürünün piyasaya sürülmüş olması gerekir¹³⁸. Hatalı bir ürünü piyasaya sürme yönündeki imalatçının

¹³¹ Werro, **Objective**, s. 42-43; Howells/Mildred, **a.g.e.**, s. 1022; Henderson/Twerski, **a.g.e.**, s. 7; Werro, **Responsabilité Civile**, s. 203; Mildred, **a.g.e.**, s. 26; Kheir Bek, **a.g.e.**, s. 262-264, 266; Borghetti, **a.g.e.**, s. 185; Zekoll, **Liability**, s. 124; Howells/Mildred, **a.g.e.**, s. 1022; Borghetti, **a.g.e.**, s. 63; Jasper, **a.g.e.**, s. 16.

Bunun, özellikle tasarım hatalarında zarar görenin zarara katlanması sonucunu doğuracağı görüşünde bkz. Richard C. Ausness, "The Products Liability Restatement: Was It a Success?: Product Liability's Parallel Universe: Fault-Based Liability Theories and Modern Products Liability Law", **Brooklyn L. Rev.**, C. 74, 2002, s. 655-656; Kheir Bek, **a.g.e.**, s. 264.

¹³² Zekoll, **Liability**, s. 128; Stapleton, **a.g.e.**, s. 387 vd.; Kheir Bek, **a.g.e.**, s. 264; Reimann, **Liability**, s. 773; farklı bkz. Howells/Mildred, **a.g.e.**, s. 1027.

¹³³ Borghetti, **a.g.e.**, s. 64.

¹³⁴ Oğuzman/Öz, **C. II**, s. 133.

¹³⁵ RG. 8.12.2001-24607.

¹³⁶ RG. 4.2.2011-27836.

¹³⁷ Nitekim İsviçre İmalatçının Sorumluluğu Hakkında Kanun'da bu gerekçeye dayanılarak, ispat yüküne ilişkin özel bir düzenleme yapılmadığı hakkında bkz. Kırca, **a.g.e.**, s. 164.

¹³⁸ Taylor, **a.g.e.**, s. 63; Reimann, **Liability**, s. 771; Kırca, **a.g.e.**, s. 255; Kulaklı, **a.g.e.**, s. 100; Tiryaki, **a.g.e.**, s. 231; Çin hukuku açısından da sorumluluğun doğması için ürünün piyasaya sürülmüş olması gerektiği hakkında bkz. Vett/Lian, **a.g.e.**, s. 196.

davranışının, hukuka aykırılık¹³⁹ unsurunu oluşturduğu ifade edilmektedir¹⁴⁰. Ayrıca Yönerge kapsamında ürünün piyasaya sürülmüş olması, ürünün hatalı olduğunun tespit edileceği an ile birlikte imalatçıya tanınan kurtuluş kanıtı (m. 7, a; m. 7, b) ve on yıllık hak düşürücü sürenin (m. 11) başlangıcı açısından önem taşır¹⁴¹. Ancak ürünün piyasaya sürülmüş olmasından ne anlaşılabileceği, Yönerge’de tanımlanmamıştır¹⁴². Yönerge’nin hazırlık çalışmalarında ürünün piyasaya sürülmesinin, imalatçı tarafından ürünün dağıtım ağına teslim edilmiş olmasını ifade ettiği belirtilmiştir¹⁴³.

Bu çerçevede Yönerge ve Yönerge’yi benimsemiş ülkelerde imalatçının, kendi iradesi ve rızası ile ürün üzerindeki hakimiyetinden vazgeçerek, onu bir başkasının hakimiyet alanına soktuğu yani teslim ettiği anda, ürünün piyasaya sürülmüş olacağı kabul edilmektedir¹⁴⁴. Dolayısıyla burada belirleyici unsur, imalatçının kendi rızası ve iradesi ile ürünün onun hâkimiyet alanından nihai olarak çıkmasıdır¹⁴⁵.

ÜGTDK Taslak’ta Yönerge ile uyumlu olarak, bir ürünün imalat aşaması

¹³⁹ İmalatçının hatalı bir ürünü piyasaya sürme yönündeki davranışının, yazılı olmayan davranış kurallarından biri olan tehlike kuralını ihlal etmesi sebebiyle hukuka aykırı olduğu hakkında bkz. Havutçu, *a.g.e.*, s. 49; farklı yönde bkz. Öztan, *a.g.e.*, s. 186; Petitpierre, *a.g.e.*, s. 141.

¹⁴⁰ Borghetti, *a.g.e.*, s. 345; Havutçu, *a.g.e.*, s. 49; Akçura Karaman *a.g.e.*, s. 180-186.

¹⁴¹ Borghetti, *a.g.e.*, s. 493; Taylor, *a.g.e.*, s. 63 vd.; Miller/Goldberg, *a.g.e.*, s. 259-260; Akçura Karaman *a.g.e.*, 342-343.

¹⁴² Bunun Yönerge’de ayrıca tanımlanmamış olmasının bir eksiklik teşkil ettiği hakkında bkz. Duncan Fairgrieve/Louis González Vaqué, “Introduction”, **Product Liability in Comparative Perspective**, Ed. Duncan Fairgrieve, New York: Cambridge University Press, 2005, s. 2.

¹⁴³ Bulletin des C.E., **Responsabilité du fait des produits**, No:1, 1977, supplément 11/76, s. 17.

¹⁴⁴ Borghetti, *a.g.e.*, s. 493-494; Taylor, *a.g.e.*, s. 63-64; Weniger, *a.g.e.*, s. 181-183; Tourneau, *a.g.e.*, s. 84-85; Miller/Goldberg, *a.g.e.*, s. 262-265; Werro, **Responsabilité Civile**, s. 204-205; Havutçu, *a.g.e.*, s. 102; Kırca, *a.g.e.*, s. 144, 167; Tiryaki, *a.g.e.*, s. 231; Akçura Karaman *a.g.e.*, 342.

Öte yandan seri üretime konu olan ürünlerde her bir ürünün piyasaya sürüldüğü an, ayrı ayrı değerlendirilecektir (Erlüle, *a.g.e.*, s. 162; Akçura Karaman *a.g.e.*, 342).

¹⁴⁵ ATAD’ın 2001 yılında verdiği kararda Danimarka’daki bir hastanede yapılacak böbrek naklinde, hastanenin böbrek nakline ilişkin ameliyatlarda kullandığı tıbbi sıvının hatalı olması sebebiyle nakil için yapılan hazırlık aşamasında böbrek zarar gördüğünden, nakil henüz gerçekleşmemiş olsa dahi tıbbi sıvı kullanılmış olduğundan, tıbbi sıvı açısından piyasaya sürülme koşulunun gerçekleşmiş olduğuna karar vermiştir; bkz. ATAD, *Veedfeld / Århus Amtskommune*, 10.5.2001, C-203/99, par. 17-18,

(<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d63048622282834440a5baced1ab6afe49.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4OaNiLe0?text=&docid=46357&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=149458> (erişim tarihi: 2.1.2014)).

Yine ATAD tarafından 2006 yılında verilen başka bir kararda imalatçı tarafından doğrudan son kullanıcıya teslim edilmemiş olsa da imalat aşamasının tamamlanmasıyla birlikte genelin kullanımı ve tüketimi amacıyla pazara sunulan bir ürünün piyasaya sürülmüş sayılacağına karar vermiştir (ATAD, *Declan O’Byrne / Sanofi Pasteur MSD Ltd.* 9.2.2006, C-127/04, (<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?docid=65766&doclang=EN> (erişim tarihi: 20.5.2014))).

tamamlandıktan sonra imalatçının, kendi rızası ve iradesi ile hâkimiyet alanından çıkartarak, bedelli veya bedelsiz olması bakımından bir fark gözetilmeksizin, dağıtım, tüketim veya kullanım amacıyla başka bir kişiye teslim edildiğinde o ürünün piyasaya sürülmüş olacağının kabul edildiği anlaşılmaktadır (Taslak m. 3, f. 1). Bu açıdan Taslak uyarınca ürünün piyasaya sürülmesinden anlaşılması gereken, Yönerge’de benimsenen esas ile uyumludur.

5) Üründeki Hatanın Zarara Yol Açması

Zararın olmadığı yerde sorumluluktan söz edilemeyeceği için, imalatçının sorumlu tutulabilmesi için piyasaya sürülmüş ürünün zarara yol açması gerekir. Zarara uğradığını ispat yükü, zarar görene aittir¹⁴⁶.

İmalatçının sorumluluğuna ilişkin düzenlemelerde, sorumluluğun kapsamına giren zararlar mümkün olduğu ölçüde geniş tutularak, ürünün sebep olduğu zararın tamamen telafi edilmesi amaçlanmıştır¹⁴⁷. Bununla birlikte ürünün yol açtığı her türlü zarardan imalatçı sorumlu tutulmamıştır. Aşağıda, imalatçının sorumluluğu kapsamındaki zararlar ve buna ilişkin sınırlandırmalar ele alınacaktır.

a) İmalatçının Maddi Zarardan Sorumluluğu

aa) Kişiyeye Yönelik Zararlar

Kişiyeye yönelik zararlar, kişinin hayatı veya vücut bütünlüğünün ihlali sebebiyle malvarlığında meydana gelen eksilmedir¹⁴⁸. Piyasaya sürülmüş hatalı bir ürünün, bir kişinin ölümüne veya vücut bütünlüğünün ihlaline sebep olması halinde

¹⁴⁶ Bu kapsamda Yönerge m. 4, Fransız Medeni Kanunu m. 1386-9; Alman hukukunda ProdHaftG §1, abs. 4; Çin Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 46 (Binding/Eisenberg, **a.g.e.**, s. 32) ve İsviçre hukukunda LRFP m. 11’in genel hükümlere yaptığı yollama neticesinde (Wessner, **Produits Défectueux**, s. 68; Werro, **Responsabilité Objective**, s. 53; Werro, **Responsabilité Civile**, s. 185) zarara uğradığını, zarar gören ispat eder.

ÜGTDK Taslak m. 7, f. 2’de zarara uğradığını ispat yükünün, zarar görene ait olduğu açıkça düzenlenmiştir. Ancak Taslak’taki bu düzenlemenin, sorumluluk hukukundaki genel esası tekrarlayanın ötesinde bir anlamı yoktur (BK m. 50, f. 1). ÜGTDK Taslak’ta özel olarak düzenlenmemiş olsa da aynı esasın geçerli olacağı açıktır.

¹⁴⁷ Tourneau, **a.g.e.**, s. 93; Borghetti, **a.g.e.**, s. 485; Reimann, **Liability**, s. 783; Werro, **Responsabilité du fait des produits**, s. 67.

¹⁴⁸ Mustafa Tiftik, **Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı**, Ankara: Yetkin Yayınları, 1994, s. 52; Werro, **Responsabilité Civile**, s. 21; Weniger, **a.g.e.**, s. 51; Eren, **a.g.e.**, s. 528; Erlüle, **a.g.e.**, s. 323; Akçura Karaman, **a.g.e.**, s. 223; Baysal, **a.g.e.**, s. 145.

doğan maddi zararlar, kişiye yönelik zararları oluşturur¹⁴⁹.

İmalatçının sorumluluğunda toplumun genelinin vücut bütünlüğünün korunması amaçlandığından, hatalı ürün sebebiyle vücut bütünlüğü ihlal edilen herkese karşı, ürünün kullanım amacına bakılmaksızın, imalatçı sorumlu tutulmaktadır¹⁵⁰.

Bu çerçevede Yönerge’de bir kişinin ölümü veya yaralanması halinde doğan zararlardan, imalatçı sorumlu tutulmuştur (Yönerge m. 9, f. 1, a). Bu zararlar açısından imalatçının sorumluluğu, tüketici kavramından bağımsızdır¹⁵¹ ve kural olarak sınırlandırılmamıştır¹⁵².

Yönerge’de kişiye yönelik zararların kapsamı hakkında bir açıklık yer almamaktadır¹⁵³. Bu konu, üye ülkelerin iç hukukuna göre belirlenecektir¹⁵⁴. Genel olarak cenaze masrafları ve tedavi giderleri gibi fiilî zararlar ile tedavi olunan süre

¹⁴⁹ Mildred, **a.g.e.**, s. 36 vd.; Akçura Karaman, **a.g.e.**, s. 223; Havutçu, **a.g.e.**, s. 82; Livre Vert, **a.g.e.**, s. 25.

¹⁵⁰ Werro, **Responsabilité Civile**, s. 187; Weniger, **a.g.e.**, s. 127-128; Reimann, **Liability**, s. 783; Borghetti, **a.g.e.**, s. 170, 485; Reimann, **Liability**, s. 783.

¹⁵¹ Atamer, **İmalatçı**, s. 79; Erlüle, **a.g.e.**, s. 325.

¹⁵² Bununla birlikte Yönerge m. 16’da bu konuda bir istisna tanınarak üye ülkelere, üründeki aynı hatanın sebep olduğu ölüm veya yaralanma sonucu doğan zararlardan imalatçının tazminat sorumluluğunun, 70 milyon Avro’dan az olmamak kaydıyla sınırlandırılması bakımından serbesti tanınmıştır. Bu sınırlamanın, hatalı ürünün yol açabileceği kitlesel zararlar ile gelişim hataları sebebiyle meydana gelebilecek zarar riskinin sigortalanabilmesine yönelik olduğu açıklanmaktadır (Stefan Lenze, “German product liability law: Between European Directives, American Restatements and common sense”, **Product Liability in Comparative Perspective**, Ed. Duncan Fairgrieve, Cambridge: Cambridge University Press, 2005, s. 117; Shapo, **a.g.e.**, s. 324; Howells, **Strict**, s. 250-251; Kırca, **a.g.e.**, s. 245).

Alman hukukunda Yönerge’nin öngördüğü bu serbesti kullanılarak imalatçının sorumluluğu, zarara yol açan ürünün ve üründeki hatanın aynı olması halinde azami 85 milyon Avro olarak sınırlandırılmıştır (ProdHaftG §10, abs. 1). Ayrıntılı bilgi için bkz. Lenze, **a.g.e.**, s. 116; Havutçu, **a.g.e.**, s. 83; Kırca, **a.g.e.**, s. 245).

¹⁵³ Yönerge’nin 1976 tarihli hazırlık çalışmalarında hatalı ürünün sebep olduğu ölüm veya yaralanmanın doğrudan sonucu olan cenaze ve tedavi gideri gibi zararların, bedensel zararlarda kazanç kaybı ve çalışma gücünün azalması ya da yitilmesinden doğan zararların ve ölüm halinde ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin uğradığı yansıma zararların, imalatçının sorumluluğu kapsamında kişiye yönelik zarar kalemlerini oluşturduğu belirtilmiştir; bkz. Exposé du motif des projets de 1976, **Bulletin CE, supplément 11/76**, s. 17, *naklen*, Weniger, **a.g.e.**, s. 127-128 ve Akçura Karaman, **a.g.e.**, s. 250.

Yönerge’ye ilişkin Yeşil Kitap’ta ise ölüm veya yaralanma halinde meydana gelen maddi zararların, imalatçının sorumluluğu kapsamında olduğunun belirtilmesiyle yetinilmiştir; bkz. Livre Vert, **a.g.e.**, s. 29.

¹⁵⁴ Miller/Goldberg, **a.g.e.**, s. 643; Weniger, **a.g.e.**, s. 52; Havutçu, **a.g.e.**, s. 82; Erlüle, **a.g.e.**, s. 323.

Ayrıca ATAD’ın 10.5.2001 tarihli *Henning Veedfald / Århus Amtskommune* kararında Yönerge uyarınca imalatçının sorumlu tutulduğu kişiye yönelik zararların kapsamının, üye ülkelerin iç hukuku uyarınca belirleneceği belirtilmiştir (ATAD, 10.5.2001, *Veedfald / Århus Amtskommune*, C-203/99, par. 29, (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?qid=1405498853937&uri=CELEX:61999CJ0203> (erişim tarihi: 5.3.2014))).

boyunca çalışma gücünün yitirilmesi veya kaybından kaynaklanan kazanç kaybı gibi dolaylı zararlardan imalatçı sorumlu tutulmakta; destek kaybından doğan yansıma zarar konusunda ise ülke hukuklarında farklı yaklaşımlar söz konusu olabilmektedir¹⁵⁵.

ÜGTDK Taslak'ta ölüm veya yaralanma halinde doğan zararlardan, hiçbir sınırlama öngörülmezsizin imalatçının sorumlu olduğu düzenlenmiştir (Taslak m. 7, f. 1). Ayrıca sorumluluk miktarı bakımından Taslak'ta bir üst sınır öngörülmemiştir¹⁵⁶.

İmalatçının sorumlu tutulacağı kişiye yönelik zararların kapsamı bakımından, Taslak'ta bir açıklamaya yer verilmemiştir. Bu konu, genel hükümler uyarınca belirlenecektir. Buna göre TBK m. 54 uyarınca hatalı ürünün yaralanmaya sebep olması halinde tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalması ya da yitirilmesinden doğan kayıplar ile ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplardan, imalatçı sorumlu olacaktır. Ölüm halinde ise TBK m. 53 uyarınca imalatçı, cenaze giderleri, ölümün hemen gerçekleşmemesi halinde tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalması ya da yitirilmesinden doğan kayıplar ile ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradığı zararlardan sorumlu tutulacaktır.

bb) Malvarlığına Yönelik Fiillerden Kaynaklanan Zararlar

Malvarlığına yönelik fiillerden kaynaklanan zararlar, bir malın yok edilmesi, hasara uğraması veya kaybı sebebiyle kişinin malvarlığında meydana gelen

¹⁵⁵ Weniger, *a.g.e.*, s. 51-52; Hodges, *a.g.e.*, s. 55; Reimann, *Liability*, s. 783.

Buna göre İngiliz, Fransız ve Alman hukukunda destek kaybından doğan zararlardan imalatçı sorumlu tutulmaktadır. İngiliz hukuku CPA §6 (1) açısından bkz. Miller/Goldberg, *a.g.e.*, s. 644; Taylor, *a.g.e.*, s. 159-160; Mildred, *a.g.e.*, s. 36-43; Weniger, *a.g.e.*, s. 52; Howells, *Strict*, s. 250; Alman hukuku ProdHaftG §8 hakkında bkz. Wandt, *a.g.e.*, s. 86; Zekoll, *German Act*, s. 813; Markesinis/Unberath, *a.g.e.*, s. 748; Fransız hukuku açısından bkz. Taylor, *a.g.e.*, s. 159; Borghetti *a.g.e.*, s. 246-247; Weniger, *a.g.e.*, s. 51.

Çin hukukunda destek kaybından doğan zararlardan imalatçının sorumlu tutulup tutulmayacağı hakkında Çin Borçlar Kanunu'nda açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte Çin Yüksek Mahkemesi içtihatları uyarınca imalatçının bu zarardan da sorumlu olacağı açıklanmaktadır (Binding/Eisenberg, *a.g.e.*, s. 29; Vett/Lian, *a.g.e.*, s. 201).

¹⁵⁶ Bu tercihin, Türk sorumluluk hukuku ilkelerine uygun bir yaklaşım olduğu açıktır. Nitekim imalatçının sorumluluğunu düzenleyen mülga TKHK ve Yönetmelik'te de kişiye yönelik zararlarda sorumluluk miktarı sınırlandırılmamıştı (Kırca, *a.g.e.*, s. 245; Havutçu, *a.g.e.*, s. 142). Buna karşılık imalatçının, sorumluluğun sınırlandırılmamış olmasından kaynaklanan zarar rizikosunu, sigorta yoluyla karşılayacağı ve bu sigorta maliyetini, ürün fiyatlarına yansıtacağı gözardı edilmemelidir.

eksilmedir¹⁵⁷. Piyasaya sürülmüş hatalı bir ürünün, bir kişinin sahip olduğu taşınır ve taşınmaz mallarda hasar veya ziyaa yol açması sonucunda malvarlığında meydana gelen eksilmeler, malvarlığına yönelik fiillerden kaynaklanan zararları oluşturur. İmalatçının, maldaki hasar veya ziyaa dolayısıyla uğranılan zararlardan sorumluluğunun, kişiye yönelik zararlardan farklı olarak daha dar tutulduğu ve üç açıdan sınırlandırıldığı belirtilmektedir¹⁵⁸.

aaa) Hatalı Ürünün Kendisinde Meydana Gelen Değer Eksikliklerinin Kapsam Dışında Bırakılması

Hatalı ürünün kendisinin hasar görmesi veya zayi olması sonucunda ortaya çıkan değer eksiklikleri, imalatçının sorumluluğu kapsamı dışında bırakılmaktadır¹⁵⁹. Bunun, sözleşmesel sorumluluk çerçevesinde ve ayıba karşı tekeffül ya da garanti taahhüdü uyarınca telafi edileceği kabul edilmektedir¹⁶⁰. Dolayısıyla imalat hatası bulunan bir fırının patlaması sonucunda bir evde ortaya çıkan yangında, ancak patlayan fırın dışındaki o evde bulunan diğer eşyalardaki değer eksilmeleri sebebiyle imalatçıya başvurulabilecektir.

Bu çerçevede Yönerge’de, Alman, Fransız, İngiliz, İsviçre hukuku¹⁶¹ ile Çin¹⁶² ve Rst. 3rd of Torts kapsamında Amerikan hukukunda¹⁶³ imalatçı, hatalı ürünün kendisinde meydana gelen değer eksilmelerinden sorumlu tutulmamıştır.

¹⁵⁷ Halûk Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku, (Akit Dışı ve Akdî Mes’uliyet)**, 1961 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı Basım, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010, (Mes’uliyet), s. 69; Eren, **a.g.e.**, s. 528; Weniger, **a.g.e.**, s. 53; Sanlı, **a.g.e.**, s. 322; Tiftik, **a.g.e.**, s. 52; Baysal, **a.g.e.**, s. 145.

¹⁵⁸ Reimann, **Liability**, s. 784; Weniger, **a.g.e.**, s. 128; Borghetti, **a.g.e.**, s. 170-171.

¹⁵⁹ Fairgrieve/Howells, **a.g.e.**, s. 6; Howells, **Introduction**, s. 3; Hodges, **a.g.e.**, s. 12; Tourneau, **a.g.e.**, s. 94; Zekoll, **Liability**, s. 129; Weniger, **a.g.e.**, s. 128; Zekoll, **Liability**, s. 129; Winfield/Jolowicz, **a.g.e.**, s. 356; Werro, **Responsabilité Civile**, s. 186-188; Tourneau, **a.g.e.**, s. 93-94; Kırca, **a.g.e.**, s. 87, 127; Öztan, **a.g.e.**, s. 22 vd.; Havutçu, **a.g.e.**, s. 81, 84, 127; Gümüş, **a.g.e.**, s. 123; Tiryaki, **a.g.e.**, s. 242; Akçura Karaman, **a.g.e.**, s. 244; Kulaksız, **a.g.e.**, s. 20; Yavuz, **a.g.e.**, s. 1316; Tarman, **İmalatçı**, s. 317.

Hatalı ürünün kendisinde meydana gelen zarardan imalatçının sorumlu tutulmamasına yönelik eleştiri için bkz. Werro, **Responsabilité Civile**, s. 187.

¹⁶⁰ Fairgrieve/Howells, **a.g.e.**, s. 6; Howells, **Introduction**, s. 3; Hodges, **a.g.e.**, s. 12; Tourneau, **a.g.e.**, s. 94; Zekoll, **Liability**, s. 129; Weniger, **a.g.e.**, s. 128; Werro, **Responsabilité Civile**, s. 187; Havutçu, **a.g.e.**, s. 84; Akçura Karaman, **a.g.e.**, s. 234, 244.

Bu açıdan imalatçının sorumluluğu, ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu tamamlamaktadır. Böylelikle hatalı bir ürünün sebep olduğu zararların tamamen telafi edilmesi sağlanmaya çalışılmaktadır.

¹⁶¹ Yönerge m. 9, f. 1, b; Alman hukukunda ProdHafG §1, abs. 2; Fransız hukukunda CCF m. 1386-2, f. 2; İngiliz hukukunda CPA §5 (2); İsviçre hukukunda LRFP m. 1, f. 2.

¹⁶² Vett/Lian, **a.g.e.**, s. 202.

¹⁶³ Zekoll, **Liability**, s. 129; Kheir Bek, **a.g.e.**, s. 93, 251; Borghetti, **a.g.e.**, s. 89; Reimann, **Liability**, s. 784; Phillips, **a.g.e.**, s. 143-145; Shapo, **a.g.e.**, s. 288.

ÜGTDK Taslak m. 7, f. 1’de de “*mala gelen zararlarda tazminat borcunun doğması için, uygun olmayan ürün dışındaki bir malın zarar görmesi*” gerektiği ifade edilerek, Taslak uyarınca imalatçının sorumluluğunun, hatalı ürün dışındaki diğer malların hasar görmesi veya zayi olması sonucunda uğranılan zararlar ile sınırlı olduğu açıkça düzenlenmiştir.

Böylelikle malvarlığına yönelik fiiller sebebiyle imalatçının sorumluluğunun kapsamı, hatalı ürün dışındaki hasar gören malın onarım masrafları; onarılması mümkün olmayan bir halde o malın değeri; malın hasara uğraması veya telef olmasını engellemek amacıyla yapılan masraflar ile o mal tamir edilip veya yerine yenisi alınana kadar başka bir malın kullanılması için ödenen kira bedeli gibi masraflar ile sınırlıdır¹⁶⁴.

bbb) Malın Kullanım ve Tahsis Amacına Yönelik Sınırlama

Yönerge uyarınca sadece kişisel kullanıma ve tüketime özgü mallardaki hasar veya ziyaa sebebiyle tazminat talebinde bulunulabileceği kabul edilmiştir (Yönerge m. 9, b). Böylelikle Yönerge’de tüketici kavramından bahsedilmemiş olmasına rağmen hasar gören veya zayi olan malın, kişisel kullanıma ve tüketime özgü olması koşulu aranmıştır¹⁶⁵. Bunun sonucunda ticarî veya meslekî amaçla kullanılan bir maldaki hasar veya ziyaa sebebiyle uğranılan zararın tazmini için, Yönerge kapsamında imalatçıya başvurulamayacaktır¹⁶⁶. Bu açıdan örneğin, hasar gören malın kullanılmamasından kaynaklanan kazanç kaybından Yönerge uyarınca imalatçının kusursuz sorumluluğu bulunmamaktadır¹⁶⁷. Zira kazanç kaybının gerçekleşmesi için hasar gören malın, ekonomik bir aktiviteye tahsis edilmiş olması yani ticari amaçla kullanılması gerekir.

¹⁶⁴ Howells, **Strict**, s. 251; Hodges, **a.g.e.**, s. 12; Akçura Karaman, **a.g.e.**, s. 250; Havutçu, **a.g.e.**, s. 88.

¹⁶⁵ Taschner, **a.g.e.**, s. 31; Weniger, **a.g.e.**, s. 128; Kheir Bek, **a.g.e.**, s. 253; Borghetti, **a.g.e.**, s. 485; Hodges, **a.g.e.**, s. 12; Meltzer/Armstrong, **a.g.e.**, s. 223; Atamer, **İmalatçı**, s. 80; Akçura Karaman, **a.g.e.**, s. 244-248; Tiryaki, **a.g.e.**, s. 243; Erlüle, **a.g.e.**, s. 324.

¹⁶⁶ Bu halde ancak haksız fiile ilişkin genel hükümler çerçevesinde imalatçıya başvurulabileceği hakkında bkz. Atamer, **İmalatçı**, s. 80; Havutçu, **a.g.e.**, s. 87; Erlüle, **a.g.e.**, s. 325; Taschner, **a.g.e.**, s. 31; Werro, **Responsabilité Civile**, s. 186.

Hem kişisel hem de ticari veya mesleki karma bir şekilde kullanılan bir malın söz konusu olması halinde, Yönerge m. 9, b uyarınca söz konusu malın ağırlıklı olarak hangi amaçla kullanıldığının tespit edilmesi gerektiği yönünde bkz. Akçura Karaman, **a.g.e.**, s. 248.

¹⁶⁷ Zira kazanç kaybının gerçekleşmesi için zarar gören malın, ekonomik bir aktiviteye tahsis edilmiş olması yani ticari amaçla kullanılması gerekir.

Alman hukukunda¹⁶⁸, İngiliz hukukunda¹⁶⁹ ve İsviçre hukukunda¹⁷⁰ hasar gören malın kişisel kullanım veya tüketime özgü olması koşulu aranmıştır. ÜGTDK Taslak'ta da “*malın normalde kişisel kullanıma mahsus olması ve zarar gören tarafından esasen kişisel amaçlarla kullanılmış olması*” gerektiği düzenlenmiştir (Taslak m. 7, f. 1). Bunun sonucunda ticari veya mesleki amaçla kullanılan mallardaki hasar veya ziyaa sebebiyle meydana gelen zararlardan, imalatçının Taslak uyarınca kusursuz sorumluluğu bulunmayacaktır¹⁷¹.

Buna karşılık Fransız¹⁷², Japon¹⁷³ ve Rst. 3rd of Torts kapsamında Amerikan¹⁷⁴ hukukunda bu yönde bir sınırlama yapılmaksızın, her türlü mala yönelik fiillerden kaynaklanan zarardan imalatçının kusursuz sorumluluğunun benimsendiğini belirtmek isteriz.

ccc) Zarar Miktarı Açısından Sınırlama

İmalatçının sorumluluğuna özgü bazı düzenlemelerde ancak belirli bir miktarın üstündeki zararlar için imalatçının kusursuz sorumluluğunun bulunduğu öngörülmüştür¹⁷⁵. Belirtilen miktarın altında kalan zararlardan imalatçı, kusursuz olarak sorumlu tutulmamıştır¹⁷⁶.

¹⁶⁸ Zekoll, **German Act**, s. 813.

¹⁶⁹ Miller/Goldberg, **a.g.e.**, s. 666; Taylor, **a.g.e.**, s. 99; Mildred, **a.g.e.**, s. 68; Howells, **Strict**, s. 253-256.

¹⁷⁰ Taschner, **a.g.e.**, s. 31; ayrıca hatalı ürün sebebiyle meydana gelen bazı zararların imalatçının kusursuz sorumluluğunun dışında tutulmasına yönelik eleştiri için bkz. Werro, **Responsabilité Civile**, s. 186.

¹⁷¹ Bir malın hem kişisel amaçla hem de ticari veya mesleki bir amaçla karma bir şekilde kullanılması halinde ise kanaatimizce Taslak m. 7, f. 1'deki “*esasen*” ifadesi uyarınca, o malın ağırlıklı kullanım amacı belirlenerek, buna göre bir değerlendirmede bulunulacaktır.

¹⁷² Tourneau, **a.g.e.**, s. 90; Taylor, **a.g.e.**, s. 150; Kheir Bek, **a.g.e.**, s. 253; Borghetti, **a.g.e.**, s. 527; Akçura Karaman, **a.g.e.**, s. 246, 316; ayrıca bunun hukukun ekonomik analizi açısından verimli sonuçlar yarattığına dikkat çekilerek, bunun daha uygun bir çözüm olduğu görüşünde bkz. Kheir Bek, **a.g.e.**, s. 253.

¹⁷³ Japon İmalatçının Sorumluluğu Kanunu m. 3 hakkında bkz. Reimann, **a.g.e.**, s. 138; Reimann, **Liability**, s. 760, 785; Kobayashi/Furuta, **a.g.e.**, s. 99.

¹⁷⁴ Rst. 3rd of Torts §21 (c) hakkında bkz. Phillips, **a.g.e.**, s. 83; Kheir Bek, **a.g.e.**, s. 253; Zekoll, **Liability**, s. 125; Reimann, **Liability**, s. 785.

¹⁷⁵ İmalatçının sorumluluğunun miktar açısından sınırlanmasının, bu alanda kusursuz sorumluluğun benimsenmesinden kaynaklandığı ve ancak bu şekilde zarar riskinin sigortalanmasının mümkün olduğu ifade edilmektedir (Özsunay, **a.g.e.**, s. 145-146; Öztan, **a.g.e.**, s. 311, Havutçu, **a.g.e.**, s. 88; Erlüle, **a.g.e.**, s. 325, dn. 62). Ayrıca bu sınırlamanın, mahkemelerin dava yükü açısından da önem taşıdığı hakkında bkz. Weniger, **a.g.e.**, s. 130; Werro, **Responsabilité Civile**, s. 187; Kheir Bek, **a.g.e.**, s. 252; Borghetti, **a.g.e.**, s. 489; Havutçu, **a.g.e.**, s. 88; Atamer, **İmalatçı**, s. 80; Erlüle, **a.g.e.**, s. 325; Akçura Karaman, **a.g.e.**, s. 249.

¹⁷⁶ Bir başka ifadeyle belirlenen miktarın altındaki zararlarda zarar gören ancak sözleşmesel veya

Bu açıdan Yönerge’de 500 Avro’luk bir üst sınır öngörülmüştür. Bu miktarın altındaki zararlar bakımından Yönerge uyarınca imalatçıya karşı talepte bulunulamayacaktır¹⁷⁷. Fransız, İngiliz ve İsviçre hukukunda da zarar miktarı açısından sınırlama söz konusudur¹⁷⁸. ÜGTDK Taslak’ta ise zarar miktarı açısından bu yönde bir sınırlama öngörülmemiştir.

cc) Salt Ekonomik Zararlar

Salt ekonomik zarar (*pure economic loss, dommage purement économique, loss-reiner Vermögensschaden*), kişiye veya malvarlığına yönelik fiilin doğrudan ya da dolaylı sonucu olmayan ve mutlak bir hakkı ihlal etmeksizin kişinin ekonomik menfaatlerini olumsuz etkileyen, malvarlığındaki eksilmedir¹⁷⁹. Tartışmalı bir kavram olan salt ekonomik zarar, İsviçre Borçlar Kanunu WIDMER/WESSNER Revizyonu’nda¹⁸⁰ maddi zarar kalemlerini düzenleyen hükümde (m. 45, f. 2) açıkça sayılmamış; ancak, çevre kirliliği gibi salt ekonomik zararın tazmininin kabul edildiği hallerin bulunduğu açıklanmıştır¹⁸¹.

İmalatçının sorumluluğu çerçevesinde hatalı ürün sebebiyle ölen kişinin desteğinden yoksun kalanların uğradığı zarar¹⁸² ya da ürünün hatalı olması sonucunda ürünü satın alan kişinin, bu üründen beklediği faydanın gerçekleşmemesi sonucu doğan zararlar¹⁸³, salt ekonomik zarara örnek gösterilebilir.

Bu kapsamda Yönerge’de¹⁸⁴, Alman¹⁸⁵, İngiliz¹⁸⁶, İsviçre¹⁸⁷, Japon¹⁸⁸ hukuku

sözleşme dışı sorumluluk hükümleri uyarınca imalatçıya başvurabilecektir.

¹⁷⁷ Weniger, **a.g.e.**, s. 130; Taschner, **a.g.e.**, s. 255; Borghetti, **a.g.e.**, s. 489; Floudas, **a.g.e.**, s. 4; Havutçu, **a.g.e.**, s. 88; Miller/Goldberg, **a.g.e.**, s. 668; Reimann, **Liability**, s. 785; Meltzer/Armstrong, **a.g.e.**, s. 223-224; Atamer, **İmalatçı**, s. 80; Akçura Karaman, **a.g.e.**, s. 255; Tiryaki, **a.g.e.**, s. 243; Tarman, **İmalatçı**, s. 318, Erlüle, **a.g.e.**, s. 326; Kırca, **a.g.e.**, s.161.

¹⁷⁸ Kheir Bek, **a.g.e.**, s. 251; Borghetti, **a.g.e.**, s. 531; Werro, **Responsabilité Civile**, s. 186; Howells, **Strict**, s. 258; Miller/Goldberg, **a.g.e.**, s. 668.

¹⁷⁹ Helmut Koziol, “Damage”, **European Group on Tort Law, Principles of European Tort Law**, Text and Commentary, New York-Wien: Springer, 2005, (Damage), s. 32.

¹⁸⁰ Pierre Widmer/Pierre Wessner, “Révision et Unification du Droit de la Responsabilité Civile, Rapport Explicatif”, *Elektronik Kaynak*, (<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/haftpflicht/vn-ber-f.pdf>), (erişim tarihi: 30.5.2015).

¹⁸¹ Widmer/Wessner, **a.g.e.**, s. 76 vd., s. 86.

¹⁸² Ölenin desteğinden yoksun kalanların uğradığı zararın, salt ekonomik zarara örnek teşkil ettiği hakkında bkz. Sanlı, **a.g.e.**, s. 336.

¹⁸³ Öztan, **a.g.e.**, s. 23 ve imalatçının sorumluluğunda salt ekonomik zarar açısından verilen diğer örnekler için bkz. Akçura Karaman, **a.g.e.**, s. 233.

¹⁸⁴ Weniger, **a.g.e.**, s. 130; Taylor, **a.g.e.**, s. 155; Borghetti, **a.g.e.**, s. 487; Hodges, **a.g.e.**, s. 56; Meltzer/Armstrong, **a.g.e.**, s. 219; Akçura Karaman, **a.g.e.**, s. 251.

ile Rst. 3rd of Torts §21 uyarınca Amerikan¹⁸⁹ hukukunda imalatçının, salt ekonomik zarardan sorumlu olmadığı benimsenmektedir¹⁹⁰.

Türk hukukunda mutlak bir hakkın ihlali söz konusu olmadığında özel bir koruma normunun da bulunmaması durumunda salt ekonomik zarardan sorumluluk kabul edilmemektedir¹⁹¹. Bu açıdan imalatçının, kural olarak salt ekonomik zarardan sorumluluğu söz konusu olmayacaktır¹⁹². Ancak, ürünün ölüme yol açması halinde BK m. 53, f. 3'te ölenin desteğinden yoksun kalanların zararının tazmin edileceği kabul edilmiştir. Ölüm halinde destekten yoksun kalanların zararının tazmin edilmesine olanak sağlayan BK m. 53, f. 3 bir koruma normu olup; Türk hukukunda salt ekonomik zararın tazminine imkân veren bir haldir.

b) İmalatçının Manevi Zarardan Sorumluluğu

Manevi zarar ile kişilik hakkına tecavüz sonucu duyulan acı, elem ve ızdırap kastedilmektedir¹⁹³. Piyasaya sürülmüş güvenli olmayan bir ürünün manevi zarara yol açması mümkündür. Örneğin, ürünün hatalı olması sonucu meydana gelen yangında o evde oturan kişiye ailesinden yadigar kalan, özellik taşıyan bir eşyanın zayi olması sonucu o kişinin duyduğu acı ve üzüntü veya söz konusu yangında bu kişinin evde bulunan yakınlarından birinin ölümü neticesinde onun duyduğu manevi acı, manevi zarara sebep olacaktır.

¹⁸⁵ Reimann, **a.g.e.**, s. 150; Zekoll, **German Act**, s. 811; Borghetti, **a.g.e.**, s. 250.

¹⁸⁶ Taylor, **a.g.e.**, s. 155-156; Weniger, **a.g.e.**, s. 58; Reimann, **Liability**, s. 785, dn. 181.

¹⁸⁷ Widmer, **Switzerland**, s. 343; Wessner, **Produits Défectueux**, s. 67; Werro, **Responsabilité Civile**, s. 30.

¹⁸⁸ Kobayashi/Furuta, **a.g.e.**, s. 99.

¹⁸⁹ Borghetti, **a.g.e.**, s. 89, 171-172; Phillips, **a.g.e.**, s. 143; Reimann, **Liability**, s. 786, dn. 181.

¹⁹⁰ Salt ekonomik zararın ancak genel hükümler, çoğu kez de sözleşmesel sorumluluk çerçevesinde tazmin edilebileceği hakkında bkz. Reimann, **Liability**, s. 786; Hodges, **a.g.e.**, s. 56; Mildred, **a.g.e.**, s. 21.

Bununla birlikte Fransız hukukunda imalatçının salt ekonomik zarardan sorumlu tutulabileceği yönünde doktrinde ileri sürülen görüşler hakkında bkz. Borghetti, **a.g.e.**, s. 529-530; Taylor, **a.g.e.**, s. 155.

¹⁹¹ Halûk Tandoğan, **Mukayeseli Hukuk, Hususiyle Türk-İsviçre ve Alman Hukuku Bakımından Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini**, Ankara: Ajans Matbaası, 1963, (Üçüncü Şahıs), s. 1; Yeşim Atamer, **Haksız Fillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuralları**, İstanbul: Beta Yayınevi, 1992, (Uygun Nedensellik), s. 75, 88; Sanlı, **a.g.e.**, s. 335.

¹⁹² Mülga TKHK, Yönetmelik ve kusura dayalı haksız fiil hükümleri kapsamında Türk hukukunda imalatçının salt ekonomik zarardan sorumluluğunun kabul edilmediği görüşünde bkz. Akçura Karaman, **a.g.e.**, s. 233-237, 249.

¹⁹³ Tandoğan, **Mes'uliyet**, s. 330; Oğuzman/Öz, **C. II**, s. 245; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 655.

Yönerge’de manevi zararlar sorumluluk kapsamına alınmamış ve mesele, üye ülkelerin iç hukukuna bırakılmıştır¹⁹⁴. Alman, Belçika, Fransız, Çin, İsviçre ile Amerikan hukukunda imalatçının manevi zarardan sorumluluğu kabul edilmektedir¹⁹⁵.

Türk hukukunda kusura dayanmayan sorumluluk hallerinde de manevi zararın tazmini kabul edilmektedir¹⁹⁶. ÜGTDK Taslak m. 7, f. 1’de “*ürünün, bir kişinin ölümüne veya yaralanmasına veya bir malın zarar görmesine sebep olması halinde*” imalatçının sorumlu olduğu belirtilmiştir. Buna göre piyasaya sürülmüş hatalı bir ürünün kişinin vücut bütünlüğünü ihlal ederken veya malvarlığı değerinde bir eksilme yaratırken aynı zamanda manevi zarara da yol açması halinde Taslak uyarınca imalatçı sorumlu olacaktır. Ancak yukarıda belirtildiği gibi malvarlığına yönelik fiillerden kaynaklanan zararlar bakımından Taslak m. 7, f. 1’de malın kullanım amacı bakımından bir sınırlama öngörülmüştür. Bu sınırlama sonucunda ticari veya mesleki bir amaçla kullanılan bir maldaki hasar veya ziyaa sebebiyle uğranılan ticari itibar kaybından dolayı imalatçının Taslak uyarınca sorumluluğunun bulunmayacağı kanısındayız.

6) Üründeki Hata ile Zarar Arasında Nedensellik Bağının Bulunması

İmalatçının sorumluluğunun doğabilmesi için, meydana gelmiş zarar ile üründeki hata arasında nedensellik bağının bulunması yani zararın, üründeki hata sonucu doğması gerekir¹⁹⁷. Mücbir sebep veya nedensellik bağıni kesecek derecede

¹⁹⁴ Yönerge m. 9, f. 2 hakkında bkz. Hodges, **a.g.e.**, s. 11-12; Shapo, **a.g.e.**, s. 288; Kheir Bek, **a.g.e.**, s. 251; Borghetti, **a.g.e.**, s. 486, 528; Taschner, **a.g.e.**, s. 31; Werro, **Responsabilité Civile**, s. 188; Howells, **Strict**, s. 249; Akçura Karaman, **a.g.e.**, s. 254; Atamer, **İmalatçı**, s. 80; Tiryaki, **a.g.e.**, s. 243; Erlüle, **a.g.e.**, s. 323; Kırca, **a.g.e.**, s. 161; Tarman, **İmalatçı**, s. 319.

¹⁹⁵ Alman hukukunda ProdHaftG §8, abs. 2 (Borghetti, **a.g.e.**, s. 528; Kırca, **a.g.e.**, s. 162); Belçika İmalatçının Sorumluluğu Hakkında Kanun m. 11, f. 1 (Weniger, **a.g.e.**, s. 216; Borghetti, **a.g.e.**, s. 528); Fransız hukuku açısından bkz. Kheir Bek, **a.g.e.**, s. 251; Borghetti, **a.g.e.**, s. 528; Çin Borçlar Kanunu m. 22 hakkında bkz. Binding/Eisenberg, **a.g.e.**, s. 29; İsviçre hukukunda LRFP m. 11, f. 1’in İsviçre Borçlar Kanunu’na yaptığı yollama uyarınca imalatçının manevi zarardan sorumlu olduğu hakkında bkz. Werro, **Responsabilité Civile**, s. 188; Amerikan hukuku açısından bkz. Zekoll, **Liability**, s. 129; Jasper, **a.g.e.**, s. 36; Phillips, **a.g.e.**, s. 73-74.

¹⁹⁶ Oğuzman/Öz, **C. II**, s. 258-259; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 687-688; Kırca, **a.g.e.**, s. 162-163.

¹⁹⁷ Reimann, **Liability**, s. 772; Taylor, **a.g.e.**, s. 83; Zekoll, **Liability**, s. 127; Werro, **Responsabilité Civile**, s. 185; Weniger, **a.g.e.**, s. 131; Mildred, **a.g.e.**, s. 30; Taschner, **a.g.e.**, s. 161; Shapo, **a.g.e.**, s. 314; Tournau, **a.g.e.**, s. 94; Kheir Bek, **a.g.e.**, s. 250; Miller/Goldberg, **a.g.e.**, s. 469; Hodges, **a.g.e.**, s. 67; Meltzer/Armstrong, **a.g.e.**, s. 232; Kırca, **a.g.e.**, s. 163-164; Akçura Karaman, **a.g.e.**, s. 265; Tiryaki, **a.g.e.**, s. 244; ayrıca bkz. ATAD, 29.5.1997, *Comission / United Kingdom*, C-300/95 (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61995CJ0300&from=EN> (erişim tarihi: 4.4.2014)).

zarar görenin ya da üçüncü kişinin ağır kusurunun bulunması halinde imalatçının sorumluluğu söz konusu olmayacaktır¹⁹⁸.

Nedensellik bağının bulunduğunu ispat yükü, zarar görene aittir. Yönerge’de, Alman, Fransız, İngiliz, İsviçre ve Çin hukukunda imalatçının sorumlu tutulabilmesi için zarar görenin üründeki hata ile meydana gelmiş zarar arasındaki nedensellik bağını ispatlaması aranmıştır¹⁹⁹.

ÜGTDK Taslak m. 7, f. 2’de zarar görenin, üründeki uygunsuzluk ile zarar arasında nedensellik bağını ispat etmesi gerektiği düzenlenmiştir²⁰⁰. Türk hukukunda benimsenen uygun nedensellik bağı teorisi²⁰¹ çerçevesinde, üründeki hata ile meydana gelmiş zarar arasında uygun nedensellik bağının bulunması gerekecektir.

Öte yandan ÜGTDK Taslak m. 7, f. 2 uyarınca somut olayın özelliklerine göre ürünün ortaya çıkan türden bir zararı doğurmaya elverişli olması halinde nedensellik bağının var olduğu kabul edilmiştir. Böylelikle ürünün hatalı olduğunun zarar görenler tarafından ispat edilmesindeki güçlüklerin önüne geçilmesi amaçlanarak, zarar görenin ispat yükünün hafifletilmesine yönelik bir karine öngörülmüştür.

¹⁹⁸ Kırca, **a.g.e.**, s. 164; Akçura Karaman, **a.g.e.**, s. 269-271; Havutçu, **a.g.e.**, s. 106; Erlüle, **a.g.e.**, s. 329; Werro, **Responsabilité Objective**, s. 53.

Ancak zarar görenin kusuru, nedensellik bağına kesecek ölçüde değilse imalatçı sorumluluktan kurtulamayacak, fakat zarar görenin kusuru tazminat miktarı belirlenirken, indirim kalemi olarak dikkate alınacaktır (Werro, **Responsabilité Civile**, s. 57; Akçura Karaman, **a.g.e.**, s. 270; Erlüle, **a.g.e.**, s. 329).

¹⁹⁹ Yönerge m. 4; Alman hukukunda ProdHaftg §1, abs. 4 (Lenze, **a.g.e.**, s. 116; Wandt, **a.g.e.**, s. 85; Borghetti, **a.g.e.**, s. 118-119); Fransız Medenî Kanunu m. 1386-9 (Tourneau, **a.g.e.**, s. 91, 94; Borghetti, **a.g.e.**, s. 269 vd.); Çin Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 46 (Binding/Eisenberg, **a.g.e.**, s. 30); İngiliz hukuku açısından bkz. Mildred, **a.g.e.**, s. 73; Shapo, **a.g.e.**, s. 316-317; İsviçre hukukunda LRFP m. 11’in genel hükümlere yaptığı yollama neticesinde imalatçının sorumluluğunun söz konusu olması için zarar görenin üründeki hata ve meydana gelmiş zarar arasında nedensellik bağı bulunduğunu ispat etmesi gerektiği hakkında bkz. Wessner, **Produits Défectueux**, s. 68; Werro, **Responsabilité Objective**, s. 53; Werro, **Responsabilité Civile**, s. 185.

²⁰⁰ Bu düzenlemenin, sorumluluk hukukumuzdaki genel hükümlere uygun olduğu ve konuya açıklık getirmekten öte bir anlam taşımadığı kanaatindeyiz.

²⁰¹ Uygun nedensellik bağı, meydana gelen zararlar sorumluluğun bağlandığı olay veya davranış arasındaki tüm şartlar dikkate alındığında olayların olağan akışına ve genel hayat tecrübelerine uygun neden-sonuç ilişkisidir (Tandoğan, **Mes’uliyet**, s. 76; Eren, **a.g.e.**, s. 536, 541; Oğuzman/Öz, **C. II**, s. 44 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s. 567, 573; Atamer, **Uygun Nedensellik**, s. 42 vd.).

C) Sorumluluğun Kapsamı

1) Sorumlu Tutulan Kişiler

Üretim ve pazarlama tekniklerinin günümüzde ulaştığı nokta karşısında hatalı ürünün sebep olduğu zararların giderilmesi imkânını arttırmak, zarar görene etkin bir koruma sağlamak amacıyla hatalı üründen dolayı sorumlu tutulan kişi çevresi, mümkün olduğunca geniş tutulmaya çalışılmıştır²⁰². Buna göre,

- Piyasaya sürülmüş hatalı ürünün yol açtığı zararlardan sorumluluk öncelikle, nihai ürünü, ara parçaları veya hammaddeyi üreten imalatçıya aittir.
- İkinci olarak, fiilen imalatçı olmasa da marka gibi ayırt edici bir işaretini ürün üzerine koyarak kendini imalatçı olarak tanıtanlar -imalatçı benzeri kişiler- sorumlu tutulmuştur. Böylelikle piyasaya sürdükleri ürünleri isimsiz imalatçılara ürettirip, kendi markası ile pazarlayan işletmelerin, sorumluluktan kurtulmaları önlenmek istenmiştir. İmalatçı benzeri kişiler de tıpkı imalatçı gibi birinci derecede sorumlu tutulmuştur.
- Üçüncü olarak bir ürünü, mesleki veya ticari faaliyeti bağlamında satmak, kiralamak veya diğer herhangi bir şekilde pazarlamak amacıyla yurt dışından ülkeye sokan ithalatçılar sorumlu tutulmuştur. Bunun sebebi, zarar görenin yabancı ülkede bulunan imalatçıya başvurusundaki güçlüklerdir. Zarar gören, kendi ülkesinde bulunan ithalatçıya başvurarak, zararını daha kolay tazmin edebilir. İthalatçılar da imalatçı ve imalatçı benzeri kişiler gibi birinci derecede sorumlu tutulmuştur.
- Son olarak toptancı, dağıtıcı, bayii, acente veya satıcı gibi sürüm zincirinde yer alarak zarara yol açan ürünü piyasaya süren herkesin -ürün sağlayıcıları-, sorumlu olduğu kabul edilmiştir.

Ancak yukarıda sayılan kişilerden farklı olarak, hukuk sistemlerinin çoğunluğunda ürün sağlayıcılarının sorumluluğunun tali olduğu kabul edilmiştir²⁰³. Buna göre zarar görenin, imalatçı, imalatçı benzeri kişiler veya

²⁰² Winfield/Jolowicz, **a.g.e.**, s. 353; Miller/Goldberg, **a.g.e.**, s. 237-238; Weniger, **a.g.e.**, s. 33; Shapo, **a.g.e.**, s. 284; Reimann, **Liability**, s. 764; Havutçu, **a.g.e.**, s. 89; Atamer, **İmalatçı**, s. 76; Yavuz, **İmalatçı**, s. 233; Erlüle, **Yapımcı**, s. 316; Tarman, **İmalatçı**, s. 319; ayrıca bkz. Yönerge Başlangıç bölümü par. 5.

²⁰³ Werro, **Responsabilité Civile**, s. 190; Weniger, **a.g.e.**, s. 110; Taylor, **a.g.e.**, s. 129; Havutçu, **a.g.e.**, s. 92; Atamer, **İmalatçı**, s. 76.

ATAD tarafından ürün sağlayıcılarının, imalatçı gibi birinci derecede sorumlu tutulmasına imkan

ithalatçıya ulaşamadığı hallerde ürün sağlayıcıları sorumlu tutulmaktadır²⁰⁴. Sorumlu tutulmalarının sebebi, bu kişilerin ürünü kendilerine sağlayanı zarar görene bildirmemeleridir. Dolayısıyla ürün sağlayıcıları, zarar görene karşı bilgilendirme yükümlülüklerini ihlal etmeleri sebebiyle sorumlu tutulmaktadır²⁰⁵. Sürüm zincirinde kendilerinden önce yer alan sağlayıcı, ithalatçı veya imalatçının kimliğini zarar görene bildirdikleri takdirde, sorumluluktan kurtulacaklardır.

Yönerge²⁰⁶ ile birlikte Fransız, Alman, İsviçre, Çin ve Japon hukukunda ilk sırada imalatçı, imalatçı benzeri kişiler ile ithalatçının; tali olarak ise ürün sağlayıcılarının sorumluluğu kabul edilmiştir²⁰⁷. Amerikan hukukunda ise Rst. 3rd of Torts kapsamında sürüm zincirindeki kişilerin de imalatçı gibi birinci dereceden sorumlu oldukları benimsenmiştir²⁰⁸.

ÜGTDK Taslak'ta ise imalatçı ile ithal ürünlerde ithalatçıların, sorumlu oldukları düzenlenmiştir (Taslak m. 7, f. 1). Ayrıca Taslak'taki imalatçı tanımından, imalatçı benzeri kişilerin de Taslak kapsamında imalatçı sayıldıkları anlaşılmaktadır (Taslak m. 3, f. 1). Dolayısıyla Taslak uyarınca imalatçının, imalatçı benzeri kişilerin

tanıyan Fransız hukukundaki hükümlerin, Yönerge'ye aykırı olduğuna karar verilmiştir (ATAD, *Comission of the European Communities / French Republic*, 25.4.2002, C-52/00, (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:62000CJ0052&from=EN>) (erişim tarihi: 4.4.2014)).

²⁰⁴ Zekoll, **Liability**, s. 126; Werro, **Responsabilité Civile**, s. 188; Borghetti, **a.g.e.**, s. 170; Kırca, **a.g.e.**, s. 213-214; Havutçu, **a.g.e.**, s. 89; Erlüle, **Yapımcı**, s. 318.

Sürüm zincirinde yer alan kişilerin tali olarak sorumlu tutulması, zararın giderilmesi imkânının arttırılmasının yanında bu kişilerin, hatasız ürün üretilmesi konusunda imalatçıya baskıda bulunacakları ve bunun, piyasaya sürülen ürünlerin güvenli olmasını sağlayacağı belirtilmektedir (Zekoll, **Liability**, s. 126).

²⁰⁵ Weniger, **a.g.e.**, s. 110-111; Havutçu, **a.g.e.**, s. 92.

²⁰⁶ Meltzer/Armstrong, **a.g.e.**, s. 221-222; Van Dam, **a.g.e.**, s. 1410-1411; Weniger, **a.g.e.**, s. 104-110; Taylor, **a.g.e.**, s. 126-135; Shapo, **a.g.e.**, s. 284-288; Hodges, **a.g.e.**, s. 57-65; Kırca, **a.g.e.**, s. 204-224; Havutçu, **a.g.e.**, s. 89-93; Erlüle, **Yapımcı**, s. 316-318; Akçura Karaman, **a.g.e.**, s. 295-305; Tarman, **İmalatçı**, s. 320.

İmalatçının işçilerinin veya bir ürünün tasarımını gerçekleştirmiş tasarımcıların, Yönerge uyarınca sorumluluğunun söz konusu olmayacağı açıktır (Taschner, **Harmonization**, s. 30; Werro, **Responsabilité Civile**, s. 188-190, 211; Weniger, **a.g.e.**, s. 105; Hodges, **a.g.e.**, s. 57).

²⁰⁷ Fransız Medenî Kanunu m. 1386-6, m. 1386-8; Alman hukukunda ProdHaftG §4-§5; İsviçre hukukunda LRFP m. 2, m. 5, f. 2; İngiliz hukukunda CPA §2 (2); Çin Borçlar Kanunu m. 41-42-43; Ayrıntılı bilgi için bkz. Borghetti, **a.g.e.**, s. 229-236; Wandt, **a.g.e.**, s. 85; Zekoll, **German Act**, s. 812-813; Tourneau, **a.g.e.**, s. 86-88; Werro, **Responsabilité Civile**, s. 188-190; Miller/Goldberg, **a.g.e.**, s. 239 vd.; Taylor, **a.g.e.**, s. 131-134; Binding/Eisenber, **a.g.e.**, s. 28, 25; Vett/Lian, **a.g.e.**, s. 198; Zekoll, **Liability**, s. 125.

²⁰⁸ Rst. 3rd of Torts §19 ve §20 hakkında bkz. Borghetti, **a.g.e.**, s. 86-88, 170; Reimann, **Liability**, s. 764; Stapleton, **United Kingdom**, s. 52; Akçura Karaman, **a.g.e.**, s. 303.

ve ithalatçının birinci derecede sorumluluğu kabul edilmiştir²⁰⁹.

Öte yandan ürünün imalatçısı, ithalatçısı veya yetkili temsilcisinin belirlenemediği durumlarda zarar gören ile bu kişilerin bilgilerini paylaşmayan dağıtıcının da imalatçı gibi sorumlu tutulacağı öngörülmüştür (Taslak m. 12, f. 3). Bu sayede bilgilendirme yükümlülüğünü ihlal eden ürün sağlayıcılarının da sorumlu olacağı kabul edilmiştir²¹⁰. Nitekim tıpkı Yönerge’de olduğu gibi ürün sağlayıcılarının sorumluluğunun, tali olduğu kabul edilmiştir.

2) Müteselsil Sorumluluk

Hatalı ürünün sebep olduğu zarardan birden fazla kişinin sorumluluğu bulunabilir. Özellikle ara parça imalatçısı ile nihai ürün imalatçısının, üründeki hatanın yol açtığı zarardan sorumluluğu söz konusu olabilir²¹¹. İşte piyasaya sürülmüş hatalı ürün sebebiyle zarar görenlerin korunması ve onlara bir anlamda güvence verilmesi ihtiyacı, imalatçının sorumluluğuna ilişkin düzenlemelerde müteselsil sorumluluğun benimsenmesine yol açmıştır²¹². Zarar gören, sorumlu tutulandan dilediği kişiye başvurarak, uğradığı zararın tümünün tazminini talep edebilir.

Bu bağlamda Yönerge’de²¹³, Fransız, Alman ve İsviçre hukukunda müteselsil sorumluluk kabul edilmiştir²¹⁴. ÜGTDK Taslak’ta da müteselsil sorumluluk düzenlenmiştir (Taslak m. 7, f. 3). Amerikan hukukunda müteselsil sorumluluk

²⁰⁹ Türkiye’de ithal ürünlerin çok sayıda bulunduğu gözönüne alındığında ithalatçıların, tıpkı imalatçı gibi birinci derecede sorumluluğunun kabul edilmiş olması kanaatimizce yerinde bir düzenlemedir. Bu sayede ithal ürünlerden zarar görenlerin, yabancı ülkede bulunan imalatçı yerine Türkiye’deki ithalatçıya başvurarak, zararını tazmin etmesi mümkün olacaktır.

²¹⁰ Bununla birlikte Taslak’ta ürün sağlayıcılarının sorumluluğunu düzenleyen hükümde zarar görenleri bilgilendirme yükümlülüğü hakkında kesin bir sürenin düzenlenmemiş; makul süreden bahsedilmiştir. Makul süre, her somut olayın şartlarına göre hâkim tarafından takdir edilecektir. Bunun yerine Alman ve Fransız hukukunda olduğu hükümde gibi kesin bir sürenin öngörülmesi daha uygun bir çözüm sunabilirdi. Nitekim Alman hukukunda zarar görenin ürün sağlayıcısına başvurduğu andan itibaren işleyecek olan bir aylık, Fransız hukukunda ise üç aylık süre açıkça düzenlenmiştir (ProdHaftG §4, abs. 3; CCF m. 1386-7).

²¹¹ Ara parça imalatçısının ürettiği ve piyasaya sürdüğü ürünün hatalı olması sebebiyle, nihai ürün imalatçısının ise bu ara parçayı kullanarak piyasaya sürdüğü ürünün hatalı olması dolayısıyla sorumluluğu söz konusu olacaktır.

²¹² Miller/Goldberg, *a.g.e.*, s. 267-268; Hodges, *a.g.e.*, s. 65.

²¹³ Yönerge m. 5 hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Taylor, *a.g.e.*, s. 136-144; Hodges, *a.g.e.*, s. 65; Meltzer/Armstrong, *a.g.e.*, s. 223; Akçura Karaman, *a.g.e.*, s. 305-308.

²¹⁴ Fransız Medenî Kanunu m. 1386-6, m. 1386-8; Alman hukukunda ProdHaftG §4-§5; İsviçre hukukunda LRFP m. 2, m. 5, f. 2 hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Borghetti, *a.g.e.*, s. 229-236; Wandt, *a.g.e.*, s. 85; Zekoll, *German Act*, s. 812-813; Tournau, *a.g.e.*, s. 86-88; Werro, *Responsabilité Civile*, s. 188-190.

benimsenmiş olmakla birlikte bir ürünün, birden çok imalatçı tarafından piyasaya sürüldüğü ve zarara yol açan hatalı ürünün imalatçısının tespit edilemediği hallerde zarar görenin, o ürünü imal eden tüm imalatçılardan söz konusu ürüne ilişkin pazar payları oranında uğradığı zararın tazmini talep etmesi mümkündür²¹⁵.

3) Zarar Gören Kavramına Dahil Olan Kişiler

İmalatçı, hatalı ürünün tehlike alanında yer alan herkese karşı sorumludur²¹⁶. Bu itibarla, ayıba karşı tekeffül kapsamındaki sözleşmesel sorumluluğun aksine imalatçının sorumluluğunda yalnızca o ürünün alıcısının değil; onu kullanan, kiralayan, ariyet alan, hatta tesadüfen zararın meydana geldiği yerde bulunan -gelip geçen (*bystander*)- üçüncü kişilerin de ürünün güvenli olmaması sebebiyle uğradıkları zarar tazmin edilecektir²¹⁷.

Yönerge’de genel bir ifadeyle “zarar görenlerin”, tazminat talebinde bulunabileceğinin belirtilmesiyle yetinilmiştir (Yönerge m. 4; m. 8, f. 2). Kural olarak, tazminat talebinde bulunacak kişinin, tüketici olması şartı aranmamıştır²¹⁸. Yalnızca mala yönelik zararlarda hatalı ürün dışındaki malın kişisel kullanıma ve tüketime özgü olması koşulunun aranması, tazminat talebinde bulunabilecek olan kişileri dolaylı olarak sınırlandırmaktadır²¹⁹.

ÜGTDK Taslak’ta, mülga TKHK ve Yönetmelik’in aksine zarar görenin, tüketici olması şartı aranmamıştır²²⁰. Böylelikle imalatçının sorumluluğu, yalnızca

²¹⁵ Kheir Bek, **a.g.e.**, s. 171, 181. Kaliforniya Yüksek Mahkemesi’nin 1980 tarihli *Sindell / Abott Lab.* kararında geliştirilen ve pazar payı ile sorumluluk (*market share liability*) olarak adlandırılan söz konusu uygulama hakkında bkz. Harvey Kaplan/John Sherk, “United States of America: The Statutory Basis”, **International Product Law Manual**, Ed. Arundel McDougall/Prashant Popat Q.C., The Netherlands: Kluwer Law International, 2011, s. 249; Riley/Alcasabas, **a.g.e.**, s. 77.

²¹⁶ Reimann, **Liability**, s. 762; Weniger, **a.g.e.**, s. 33, 111; Tebbens, **a.g.e.**, s. 51; Havutçu, **a.g.e.**, s. 22, 107; Kaplan, **a.g.e.**, s. 139.

²¹⁷ Tourneau, **a.g.e.**, s. 78, 90; Weniger, **a.g.e.**, s. 34; Petitpierre, **Réglementation**, s. 25; Werro, **Responsabilité Civile**, s. 187; Reimann, **Liability**, s. 762; Öztan, **a.g.e.**, s. 29; Havutçu, **a.g.e.**, s. 22, 107; Kırca, **a.g.e.**, s. 231; Kaplan, **İmalatçı**, s. 19; Kulaklı, **a.g.e.**, s. 6; Akçura Karaman, **a.g.e.**, s. 10, 313; Tiryaki, **a.g.e.**, s. 230; Erlüle, **a.g.e.**, s. 328.

²¹⁸ Weniger, **a.g.e.**, s. 111; Hodges, **a.g.e.**, s. 55; Akçura Karaman, **a.g.e.**, s. 312-313.

²¹⁹ Borghetti, **a.g.e.**, s. 236; Taschner, **a.g.e.**, s. 31; Weniger, **a.g.e.**, s. 128; Kheir Bek, **a.g.e.**, s. 253.

²²⁰ Mülga TKHK m. 4, f. 2 ve Ayıplı Mal Yönetmeliği m. 4, e uyarınca yalnızca ticari veya mesleki olmayan bir amaçla bir ürünü edinen, kullanan ya da yararlananların, söz konusu hatalı üründen zarar görmeleri halinde imalatçıya karşı tazminat talebinde bulunabilecekleri kabul edilmişti (Havutçu, **a.g.e.**, s. 136-137; Akçura Karaman, **a.g.e.**, s. 331; Erlüle, **a.g.e.**, s. 328; Tiryaki, **a.g.e.**, s. 243). Dolayısıyla mülga TKHK m. 3, e kapsamında tüketici sayılmayanlar ile hatalı ürünün risk alanında bulunan üçüncü kişilerin, imalatçıya başvurmaları mümkün değildi (Havutçu, **a.g.e.**, s. 136-137, s. 141-142; Akçura Karaman, **a.g.e.**, s. 331; Erlüle, **a.g.e.**, s. 328). Toplumun genelinin vücut bütünlüğü

bir tüketici hukuku sorunu olarak ele alınmamıştır. Piyasaya sürülmüş hatalı üründen zarar gören herkes, başka bir ifadeyle bir malı satın alan, kullanan, kiralayan, ariyet alan veya rastlantı eseri zararın meydana geldiği yerde bulunan üçüncü kişiler, imalatçıya karşı ÜGTDK uyarınca tazminat talebinde bulunabilecektir.

Bununla birlikte tıpkı Yönerge’de olduğu gibi mala yönelik zararlarda hatalı ürün dışındaki malı ticari veya mesleki bir amaçla kullananlar, Taslak uyarınca imalatçıya karşı talepte bulunamayacaktır (Taslak m. 7, f. 1). Bu kişiler, TBK m. 49 vd.’daki kusura dayalı haksız fiil hükümleri uyarınca imalatçıya başvuracaktır. Kişiye yönelik zararlarda ise hatalı ürünün kullanım amacından bağımsız olarak, zarara uğradığını iddia eden her kişi, Taslak kapsamında imalatçıya talepte bulunabilir.

4) Tazminat Miktarının Belirlenmesi

İmalatçının sorumluluğunda tazminat miktarının belirlenmesi, ülkelerin sorumluluk hukukunda yer alan tazminat miktarının belirlenmesine ilişkin kurallar uyarınca çözüme kavuşturulmaktadır²²¹. Bu itibarla Alman, İngiliz, Fransız ve İsviçre hukukunda, tazminatın hesaplanmasına ilişkin bu hukuklarda öngörülen hükümler uyarınca imalatçının sorumlu tutulacağı tazminat miktarı belirlenmektedir²²².

ÜGTDK Taslak m. 7, f. 5’te “*bir ürünün sebep olduğu zarar nedeniyle ödenecek maddi ve manevi tazminatın miktarının belirlenmesi*”nde Borçlar Kanunu’nun haksız fiillere ilişkin hükümlerine atıfta bulunulmuştur. Böylelikle imalatçının sorumlu tutulacağı tazminat miktarı, genel hükümler, dolayısıyla BK m. 51-52 çerçevesinde belirlenecektir.

Bu konuda ülke hukuklarında yer alan esasların açıklanması, çalışmanın boyutunu aşacağından, imalatçının sorumluluğu açısından öngörülen özel

ve malvarlığı değerlerini koruması gereken imalatçının sorumluluğunun, mülga Kanun ve Yönetmelik’te yalnızca tüketicilerle sınırlı tutulmuş olması bir eksiklik olarak görülmekte ve eleştirilmekteydi (Oğuzman/Öz, C. II, s. 227; Atamer/Micklitz, a.g.e., s. 573; Akçura Karaman, a.g.e., s. 332; Havutçu, a.g.e., s. 151; Erlüle, a.g.e., s. 328; Yavuz, a.g.e., s. 1331-1332; Baysal, a.g.e., s. 267).

²²¹ Reimann, *Liability*, s. 778-779; Hodges, a.g.e., s.12.

²²² Zekoll, *German Act*, s. 813; Howells, *Strict*, s. 249; Tournau, a.g.e., s. 94; Werro, *Responsabilité Civile*, s. 212.

düzenlemelere yer verilmekle yetinilecektir.

Bu kapsamda tazminat miktarının belirlenmesinde zarar gören ve zarar görene izafe edilen kusur, özel olarak düzenlenmiş bir haldir. Zarar görenin ürüne ilişkin kullanım hatası, imalatçının talimat ve bilgilendirmelerine uymaması, ürünün hatalı olduğunu farkettikten sonra kullanmaya devam etmesi gibi haller, zarar görenin kusurlu davranışlarına örnek gösterilebilir²²³. Bununla birlikte zarar görenin davranışının, nedensellik bağıını kesecek derecede yoğun olması halinde imalatçının sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.

Yönerge’de somut olaydaki tüm şartlar dikkate alındığında zarara, hatalı ürün ile birlikte zarar görenin kusurunun veya zarar görenin sorumlu olduğu bir kişinin kusurunun sebep olması halinde imalatçının tazminat sorumluluğunun azaltılması veya tamamen kaldırılması düzenlenmiştir²²⁴. Fransız, İngiliz ve Amerikan hukukunda zarar görenin kusurunun, tazminat miktarının belirlenmesinde dikkate alınacağı öngörülmüştür²²⁵. İsviçre ve Çin hukukunda imalatçının sorumluluğuna özgü düzenlemelerde açıkça belirtilmemekle birlikte genel hükümler uyarınca aynı esas geçerlidir²²⁶.

ÜGTDK Taslak m. 22, f. 5 uyarınca “zararın, üründeki uygunsuzluğun yanı sıra zarar görenin veya zarar görenin sorumluluğundaki bir kişinin kusurundan ya da fiilinden ileri gelmiş olması halinde, imalatçı veya ithalatçının sorumluluğunun, hal ve şartlara göre azaltılabileceği gibi tamamen de kaldırılabilir” öngörülmüştür. Bu hüküm, Türk hukukunda benimsenmiş ve kusursuz sorumluluk hallerinde de uygulanak²²⁷ esasın -mağdurun birlikte kusuru ile

²²³ Reimann, **Liability**, s. 778; Akçura Karaman, **a.g.e.**, s. 258; Baysal, **a.g.e.**, s. 268.

²²⁴ Yönerge m. 8, f. 2 hakkında bkz. Howells, **Strict**, s. 278; Shapo, **a.g.e.**, s. 317; Weniger, **a.g.e.**, s. 148; Hodges, **a.g.e.**, s. 86; Havutçu, **a.g.e.**, s. 106; Atamer, **İmalatçı**, s. 84; Kırca, **a.g.e.**, s. 241; Akçura Karaman, **a.g.e.**, s. 260-261; Baysal, **a.g.e.**, s. 267 vd.

Zarar görenin kusurlu olduğunu ispat yükü ise imalatçıya ait olacaktır; bkz. Hodges, **a.g.e.**, s. 86.

²²⁵ Fransız hukukunda CCF m. 1386-13; İngiliz hukukunda CPA §6 (4), (5); Rst. 3rd of Torts §17 hakkında ayrıntılı olarak bkz. Kheir Bek, **a.g.e.**, s. 257 vd.; Tourneau, **a.g.e.**, s. 99-101; Miller/Goldberg, **a.g.e.**, s. 754 vd.; Howells, **Strict**, s. 279 vd.; Mildred, **a.g.e.**, s. 82; Zekoll, **Liability**, s. 129-132; Borghetti, **a.g.e.**, s. 89; Riley/Alcasabas, **a.g.e.**, s. 68; Kaplan/Sherk, **a.g.e.**, s. 250-251.

²²⁶ Werro, **Responsabilité Civile**, s. 212; Werro/Palmer/Hahn, **a.g.e.**, s. 440 vd.; Werro, **Responsabilité Objective**, s. 53-54; Vett/Lian, **a.g.e.**, s. 203.

²²⁷ Haluk N. Nomer, **Haksız Fil Sorumluluğunda Maddî Tazminatın Belirlenmesi**, İstanbul: Beta Yayınevi, 1996, (H. Nomer, Haksız Fiil Sorumluluğu), s. 97, 128-130; Tandoğan, **Kusura Dayanmayan**, s. 249, 324-325; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 596; Oğuzman/Öz, **C. II**, s. 118; Eren, **a.g.e.**, s. 732, 767-768; Tiftik, **a.g.e.**, s. 127-131; Baysal, **a.g.e.**, s. 245.

mağdurun sorumlu olduğu diğer etkenler-, tekrarından ibarettir.

Tazminat miktarının belirlenmesinde özel olarak düzenlenen ikinci hal ise zararın, üründeki hata ile birlikte üçüncü kişinin davranışından kaynaklanmasıdır. Yönerge’de üründeki hata ile birlikte üçüncü kişinin davranışının veya ihmalinin zarara sebep olması halinde imalatçının tazminat sorumluluğunda bir azalma olmayacağı öngörülmüştür²²⁸.

Aynı esas, ÜGTDK Taslak m. 22, f. 4’te düzenlenmiştir. Türk hukukunda üçüncü kişinin kusuru, kural olarak tazminattan indirim sebebi teşkil etmez²²⁹. Üçüncü kişinin kusuru ile zarar arasında uygun nedensellik bağı bulunuyorsa sorumlu kişi, zararı tazmin ettikten sonra üçüncü kişiye BK m. 61-62 uyarınca rücu edecektir. Bununla birlikte üçüncü kişinin kusurunun, nedensellik bağını kesecek derecede yoğun olması halinde imalatçı sorumluluktan kurtulacaktır.

C) Sorumluluktan Kurtuluş İmkânları

1) Sorumsuzluk Anlaşması

Zarar görenlerin etkin şekilde korunmasını sağlayabilmek için imalatçının sorumluluğunu kaldıran veya sınırlandıran anlaşmaların geçersiz olduğu kabul edilmektedir²³⁰. İmalatçının sorumluluğunun tarafların anlaşması ile kaldırılamaması veya sınırlandırılmaması, Yönerge’nin temel prensiplerinden birini teşkil eder²³¹. ÜGTDK Taslak’ta da sorumsuzluk anlaşmalarının geçersiz olduğu açıkça düzenlenmiştir (Taslak m. 7, f. 4).

Ancak bazı hukuk sistemlerinde mala yönelik zararlarda eşit pazarlık gücüne sahip taraflar arasındaki sorumsuzluk anlaşmalarına istisna tanınarak, bunların geçerli oldukları kabul edilmiştir. Fransız²³² ve Amerikan²³³ hukuku, bu hususta

²²⁸ Yönerge m. 8, f. 1 hakkında bkz. Hodges, **a.g.e.**, s. 85-86; Howells, **Strict**, s. 278; Havutçu, **a.g.e.**, s. 106; Akçura Karaman, **a.g.e.**, s. 261; Atamer, **İmalatçı**, s. 84.

²²⁹ Oğuzman/Öz, **C. II**, s. 113, dn. 349; Eren, **a.g.e.**, s. 768; H. Nomer, **Haksız Fiil Sorumluluğu**, s. 116; Baysal, **a.g.e.**, s. 61.

²³⁰ Reimann, **Liability**, s. 782; Werro, **Responsabilité Civile**, s. 213; Kheir Bek, **a.g.e.**, s. 236; Kırca, **a.g.e.**, s. 240; Erlüle, **a.g.e.**, s. 338.

²³¹ Livre Vert, **a.g.e.**, s. 18; Yönerge Başlangıç bölümü par. 16.

²³² CCF m. 1386-15, f. 2 hakkında bkz. Taylor, **a.g.e.**, s. 99; Tourneau, **a.g.e.**, s. 101-102; Kheir Bek, **a.g.e.**, s. 236-237.

²³³ Rst. 3rd of Torts §21, comment f hakkında bkz. Kheir Bek, **a.g.e.**, s. 90.

örnek gösterilebilir.

2) Kurtuluş Kanıtları

Hatalı bir ürünün yarattığı riskleri zarar gören ile imalatçı arasında adil bir şekilde paylaştırabilmek, bu şekilde taraflar arasındaki menfaat dengesini sağlamak amacıyla imalatçıya sorumluluktan kurtulma imkanları tanınmıştır²³⁴.

Buna göre imalatçının, sorumluluk koşullarının gerçekleşmesine rağmen kendisine tanınan ve kurtuluş kanıtı teşkil eden hallerin varlığını ispatlamak suretiyle sorumluluktan kurtulması mümkündür²³⁵. İmalatçının sorumluluğuna ilişkin düzenlemelerde sınırlı olarak sayılan kurtuluş kanıtları şunlardır:

- i. Ürünün, hiç piyasaya sürülmemiş veya imalatçının kendisi tarafından piyasaya sürülmemiş olması²³⁶.
- ii. Ürünün, kazanç sağlama amacıyla mesleki veya ticari faaliyet çerçevesinde imal edilmemiş olması²³⁷;
- iii. Üründeki hatanın, uyulması zorunlu teknik düzenleme ve standartlardan kaynaklanmış olması²³⁸;
- iv. Ürünün, piyasaya sürüldüğü anda bilim ve teknolojinin ulaştığı en üst

²³⁴ David G. Owen, “Special Defences in Modern Product Liability Law”, **Missouri L. R.**, C. 70, S. 1, Winter 2005, (Defences), s. 1-2; Alison Brown/Adela Williams, “An Overview of Product Liability Law in the European Union”, **International Product Law Manual**, Ed. Arundel McDougall/Prashant Popat Q.C., The Netherlands: Kluwer Law International, 2011, s. 38; Werro, **Responsabilité Civile**, s. 203; Miller/Goldberg, **a.g.e.**, s. 480; Havutçu, **a.g.e.**, s. 101; Yönerge Başlangıç Bölümü par. 6, 11.

²³⁵ Ayrıntılı olarak bkz. Miller/Goldberg, **a.g.e.**, s. 482-529; Shapo, **a.g.e.**, s. 308-313; Mildred, **a.g.e.**, s. 73-81; Weniger, **a.g.e.**, s. 131-148, 150; Howells, **Strict**, s. 259-278; Winfield/Jolowicz, **a.g.e.**, s. 361-365; Murphy/Witting, **a.g.e.**, s. 431-434; Hodges, **a.g.e.**, s. 71-83; Tourneau, **a.g.e.**, s. 95-98; Werro, **Responsabilité Civile**, s. 204; Wandt, **a.g.e.**, s. 86-87; Reimann, **Liability**, s. 779-782; Meltzer/Armstrong, **a.g.e.**, s. 233-236; Erlüle, **a.g.e.**, s. 330; Kırca, **a.g.e.**, s. 165-182; Akçura Karaman, **a.g.e.**, s. 340-351.

²³⁶ Yönerge m. 7, a; İsviçre hukukunda LRFP m. 5, f. 1, a; Fransız Medeni Kanunu m. 1386-11, f. 1, 1; İngiliz hukukunda CPA §4 (1), (b); Çin Ürün Kalitesi Hakkında Kanun m. 41; ÜGTDK Taslak m. 7, f. 2, a.

²³⁷ Yönerge m. 7, c; İsviçre hukukunda LRFP m. 5, f. 1, c; Fransız Medeni Kanunu m. 1386-11, f. 1, 3; İngiliz hukukunda CPA §4 (1), (c); ÜGTDK Taslak'ta bu savunma imkanı açıkça belirtilmemiş olsa da Taslak m. 7, f. 2, a ve Taslak m. 3, f. 1'da tanımlanan ürünün piyasada bulundurma kavramı birarada ele alındığında bu savunmanın Taslak'ta imalatçıya tanındığı kanaatindeyiz.

²³⁸ Yönerge m. 7, d; İsviçre hukukunda LRFP m. 5, f. 1, d; Fransız Medeni Kanunu m. 1386-11, f. 1, 5; İngiliz hukukunda CPA §4 (1), (a); ÜGTDK Taslak m. 7, f. 2, c.

Bununla beraber Rst. 3rd of Torts §4 (b) uyarınca Amerikan hukukunda teknik düzenleme veya mevzuata uyulmuş olmasının, bir ürünün hatalı olarak değerlendirilmesini etkilemeyeceği düzenlenmiştir. Üründeki hatanın ilgili teknik düzenleme veya mevzuata uyulmasından kaynaklanması tazminat açısından dikkate alınmaktadır. Böyle bir durumda cezalandırıcı tazminatın uygulanmasından vazgeçilebilmektedir (Reimann, **Liability**, s. 782; Zekoll, **Liability**, s. 131).

düzeye uygun imal edilmiş olması -gelişim hatası²³⁹;

- v. Ara parça imalatçısının sorumluluğunun söz konusu olduğu halde, hatanın nihai ürünün tasarımından veya nihai ürün imalatçısının verdiği talimatlardan kaynaklanması²⁴⁰.

İmalatçının sorumluluğuna ilişkin düzenlemelerde “*ürün piyasaya sürüldükten sonra üçüncü bir kişinin müdahalesi sonucu ürünün hatalı hale gelmesi*” hali de imalatçıya tanınan kurtuluş kanıtları arasında sayılmaktadır²⁴¹. Üründeki hatanın, nakliye ya da depolama aşamasında dağıtıcı veya üçüncü bir kişinin müdahalesi sonucu meydana gelmesi veya kullanıcı hatasının bulunması, bu hale örnek teşkil eder. Ancak söz konusu hal, kurtuluş kanıtları arasında düzenlemekle birlikte esasen burada nedensellik bağının bulunmaması sebebiyle imalatçının sorumlu tutulmaması söz konusudur. Bu sebeple “*ürün piyasaya sürüldükten sonra üçüncü bir kişinin müdahalesi sonucu ürünün hatalı hale gelmesinin*” imalatçıya tanınan kurtuluş kanıtları arasında düzenlenmesi uygun olmayan, hatalı bir düzenleme teşkil edecektir.

²³⁹ Yönerge m. 7, e; İsviçre hukukunda LRFP m. 5, f. 1, e; İngiliz hukukunda CPA m. 4, e; Fransız Medeni Kanunu m. 1386-11, f. 1, 4; Çin Ürün Kalitesi Hakkında Kanun m. 41.

Ancak Yönerge uyarınca üye ülkelere gelişim hatası konusunda aksine düzenleme yapma imkanı tanınmıştır (Yönerge m. 15, f. 1). Bu çerçevede Alman hukukunda farmakoloji ve genetik mühendisliği yoluyla üretilmiş ürünler; İspanyol hukukunda gıda ürünleri ve ilaçlar; Fransız hukukunda ise insan bedeninden elde edilen ürünler açısından gelişim hatasından imalatçı sorumlu tutulmuştur (Werro, **Responsabilité Objective**, s. 47-48; Wessner, **Produits Défectueux**, s.71-72; Werro/Palmer/Hahn, **a.g.e.**, s. 442; Taschner, **Harmonization**, s. 32; Howells/Mildred, **a.g.e.**, s. 1016; Winfield/Jolowicz, **a.g.e.**, s. 361; Kırca, **a.g.e.**, s. 178, dn. 793; Akçura Karaman, **a.g.e.**, s. 350).

Nitekim gelişim hatası savunmasının, sanayi ve teknolojinin ilerlemesi ile sigorta maliyetlerinin makul bir düzeyde tutulması açısından gerekli olduğu ifade edilmektedir (Fairgrieve/Howells, **Rethinking Product Liability**, s. 970).

Amerikan hukukunda ise imalatçıların, ancak ürün hakkında sonradan öğrenilen tehlikeleri kullanıcılara bildirmemesi halinde sorumlu olacakları kabul edilmiştir (Rst. 3rd of Torts §10). Böylelikle gelişim hataları bakımından imalatçının kusura dayanan sorumluluğu kabul edilmiştir (Stapleton, **a.g.e.**, s. 382-383; Reimann, **Liability**, s. 780).

ÜGTDK Taslak'ta ise imalatçıya gelişim hatası savunması tanınmamıştır. Böylelikle bir hukuk politikası tercihi olarak gelişim hatasından kaynaklanan riskin, imalatçı tarafından üstlenilmesi benimsenmiştir. Ancak imalatçının gelişim hatasından sorumlu tutulması, bilimsel ve teknolojik gelişmelere ilişkin tazminat ve sigorta maliyetinin, ürün fiyatlarına yansarak o ürünü kullanan tüketiciler tarafından karşılanmasına yol açacaktır (Wessner, **Produits Défectueux**, s. 72). Bu açıdan Taslak'ta belirli ürün gruplarında imalatçıya gelişim hatası tanınması yönünde bir istisnanın kabul edilmesinin tartışmaya açık olduğu kanısındayız.

²⁴⁰ Yönerge m. 7, f; İsviçre hukukunda LRFP m. 5, f. 2; Fransız Medeni Kanunu m. 1386-11, f. 2, İngiliz hukukunda CPA §4 (1), (f); ÜGTDK Taslak 22, f. 3.

²⁴¹ Yönerge m. 7, b; İsviçre hukukunda LRFP m. 5, f. 1, b; Fransız Medeni Kanunu m. 1386-11, f. 1, 2; İngiliz hukukunda CPA §4 (1), (d); Çin Ürün Kalitesi Hakkında Kanun m. 41; ÜGTDK Taslak m. 7, f. 2, b.

D) Süreler

Hatalı ürünün yol açtığı zararlarda zarar görenlerin sorumlulara karşı talep hakkını kullanması, zaman bakımından sınırlandırılmıştır. Bunun, zarar gören ve kusursuz sorumluluğu öngörülen imalatçı arasındaki menfaat dengesini sağladığı, bilimsel ve teknolojik gelişmeleri desteklediği, hukuk güvenliğini temin ettiği ve imalatçının sorumluluğundan kaynaklanan risklerin sigortalanmasını mümkün kıldığı belirtilmektedir²⁴².

Yönerge’de zarar görenin, zararı, üründeki hatayı ve imalatçının kimliğini öğrendiği veya öğrenebileceği tarihten itibaren üç yıllık zamanaşımı süresi öngörülmüştür (Yönerge m. 10). Ayrıca ürünün piyasaya sürüldüğü tarihten itibaren on yıl geçtikten sonra zarar görenin, Yönerge hükümleri uyarınca imalatçıya başvuramayacağı düzenlenmiştir (Yönerge m. 11). On yıllık sürenin başlangıcı açısından ürünün piyasaya sürüldüğü an esas alınmaktadır²⁴³.

Fransız²⁴⁴ (CCF m. 1386-16; m. 1386-17), İngiliz²⁴⁵ (CPA §22A-§22B), Alman (ProdHaftG §12-§13), İsviçre (LRFP m. 9-10) ve Japon²⁴⁶ hukukunda da Yönerge’ye paralel olarak üç yıllık zamanaşımı süresi ile on yıllık üst süre öngörülmüştür.

ÜGTDK Taslak’ta süreler bakımından özel bir düzenleme yapılmamıştır. Yalnızca Taslak m. 7, f. 5’te zamanaşımı süresi bakımından 6098 sayılı Borçlar Kanunu’nun haksız fiillere ilişkin hükümlerinin uygulanacağını belirtilmesiyle yetinilmiştir. Böylelikle haksız fiil sorumluluğuna ilişkin taleplerde zamanaşımını

²⁴² Hodges, **a.g.e.**, s. 86-87; Murphy/Witting, **a.g.e.**, s. 435; Owen, **Defences**, s. 25-26; Shapo, **a.g.e.**, s. 322; Borghetti, **a.g.e.**, s. 491; ayrıca bkz. Yönerge Başlangıç bölümü par. 16; Livre Vert, **a.g.e.**, s. 24-25; ATAD, *Declan O’Byrne / Sanofi Pasteur MSD Ltd*, 9.2.2006, C-127/04, par. 41-42 ve par. 46, (<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?docid=65766&doclang=EN> (erişim tarihi: 20.5.2014)).

²⁴³ ATAD, *Declan O’Byrne / Sanofi Pasteur MSD Ltd* kararında imalatçı tarafından doğrudan son kullanıcıya sağlanmamış olsa da imalat aşamasının tamamlanmasıyla birlikte genelin kullanımı ve tüketimi amacıyla pazara sunulan bir ürünün piyasaya sürülmüş sayılacağını ve Yönerge m. 11’deki on yıllık sürenin bu andan itibaren işlemeye başlayacağını belirtmiştir (<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?docid=65766&doclang=EN> (erişim tarihi: 20.5.2014)).

²⁴⁴ İmalatçının sorumluluğuna ilişkin taleplerde kabul edilen üç yıllık zamanaşımı süresinin, Fransız hukukunda sözleşmesel ve haksız fiil sorumluluğunda benimsenen zamanaşımı sürelerinden kısa olduğuna dikkat çekilmekte ve bunun zarar gören açısından olumsuz bir hal teşkil ettiği ileri sürülmektedir (Tourneau, **a.g.e.**, s. 102; Kheir Bek, **a.g.e.**, s. 242-243).

²⁴⁵ İngiliz hukukunda da haksız fiillerde zamanaşımı süresinin altı yıl olmasına karşın, imalatçının sorumluluğunda üç yıl olarak daha kısa bir sürenin benimsendiği yönünde bkz. Howells, **Strict**, s. 282-283.

²⁴⁶ Kobayashi/Furuta, **a.g.e.**, s. 99.

düzenleyen TBK m. 72-73, Taslak metnin kanunlaşması halinde imalatçının sorumluluğundan doğan talepler bakımından da uygulama alanı bulacaktır²⁴⁷. Ayrıca sürelerin hesaplanması, zamanaşımının durması, kesilmesi gibi meseleler hakkında da TBK m. 151 vd. hükümlerinin uygulanacağı açıktır.

Amyant, radyasyona maruziyet veya yan etkilerinin ortaya çıkması uzun bir süreye yayılan farmakolojik ürünlerin yol açtığı zararlarda zarar görenlerin imalatçılara karşı talep hakkının zaman bakımından sınırlandırılması, zararın tazmin imkânını ortadan kaldırması sebebiyle eleştirilmektedir²⁴⁸. Bu eleştiriler, sorumluluğun zaman bakımından sınırlandırılmasına değil; öngörülen süreye yöneliktir. Bu açıdan on yıllık üst sürenin, imalatçıların ve sigortacıların menfaatini koruyarak, adaletsiz sonuçlara yol açtığı ifade edilmektedir²⁴⁹. Ayrıca bu sürenin, temel hak ve özgürlüklere aykırılığının ileri sürülebileceği de belirtilmektedir²⁵⁰.

Nitekim imalatçının sorumluluğuna ilişkin olmamakla birlikte AİHM'in 11.3.2014'te İsviçre'ye karşı verdiği karar²⁵¹, bu açıdan önem taşımaktadır. AİHM, amiyant sebebiyle doğan zararlarda İsviçre hukukundaki on yıllık üst sürenin, zarara yol açan fiilin işlendiği tarih olarak amiyant ile en son temas anından itibaren

²⁴⁷ Bu çerçevede TBK m. 72'deki "zarar görenin, zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten itibaren" başlayacağı belirtilen iki yıllık normal süre, imalatçının sorumluluğundan doğan taleplerde zarar görenin zararı ve sorumluyu öğrendiği tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır. Burada Yönerge ve Yönerge'yi esas almış ülke hukuklarından farklı olarak zamanaşımın işlemeye başlaması açısından yalnızca öğrenme esas alınmaktadır. Zira BK m. 72 uyarınca öğrenebilecek durumda olma veya öğrenebilme ihtimali, zamanaşımının işlemeye başlamasına yol açmaz (Kemal Oğuzman/Turgut Öz, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt-1**, 9. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012, (C. I), s. 70).

TBK m. 72'deki haksız fiilin işlendiği tarihten itibaren başlayacak on yıllık üst sürenin, imalatçının sorumluluğundan doğan taleplerde ürünün piyasaya sürüldüğü andan itibaren işlemeye başlayacağı kanaatindeyiz. Zira, imalatçının hatalı ürünü piyasaya sürmesiyle zarara yol açan fiil işlenmiştir.

Zamanaşımı sürelerinin hesaplanması, durması, kesilmesi ve müteselsil borçlulara etkisi hakkında ise TBK m. 151 vd. ile m. 155 hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

²⁴⁸ Gary T. Schwartz, "New products, old products, evolving law, retroactive law", **N.Y.U. L. Rev.**, C. 58, 1983, s. 814 vd.; Taylor, **a.g.e.**, s. 189; Winfield/Jolowicz, **a.g.e.**, s. 366; Howells, **Strict**, s. 283-284; Reimann, **Liability**, s. 779; Tarman, **İmalatçı**, s. 325; farklı yönde bkz. Wandt, **a.g.e.**, s. 88.

²⁴⁹ Mildred, **a.g.e.**, s. 82-83; Shapo, **a.g.e.**, s. 322; Borghetti, **a.g.e.**, s. 492; Miller/Goldberg, **a.g.e.**, s. 767-768; Hodges, **a.g.e.**, s. 88; Fairgrieve/Howells, **Rethinking Product Liability**, s. 977.

Bu kapsamda Alman hukukunda ilaç imalatçıların sorumluluğunun, zarar verici olayın gerçekleşmesinden itibaren otuz yıllık zamanaşımı süresine tabi tutulmasına dikkat çekilmektedir (Borghetti, **a.g.e.**, s. 492).

Buna karşılık Yönerge'ye ilişkin hazırlanan Yeşil Kitap'ta on yıllık sürenin yetersiz olabileceğinden söz edilmekle birlikte bu sürenin uzatılmasının ürün ve sigorta maliyetlerini arttıracığından, tüketicilerin aleyhine sonuçlar doğuracağı açıklanmıştır (Livre Vert, **a.g.e.**, s. 25). Yönerge'de öngörülen sürelerin değiştirilmesi yönünde halihazırda Topluluk bünyesinde bir revizyon çalışması da söz konusu değildir.

²⁵⁰ Fairgrieve/Howells, **Rethinking Product Liability**, s. 977.

²⁵¹ AİHM, *Affaire Howald Moore et Autres / Suisse*, 11.3.2014, başvuru no: 52067/10 ve 41072/11, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-141567> (erişim tarihi: 2.6.2014).

işlemeye başladığını belirterek bu sürenin, zarar görenlerin mahkemeye başvurma imkânını ortadan kaldırması gerekçesiyle AİHS²⁵² m. 6’da teminat altına alınan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir.

AİHM’in bu kararda ulaştığı sonuç, ürünün yol açtığı zararın ortaya çıkması uzun yıllara yayılan bedensel zararlarda ÜGTDK Taslak’ın atfıyla uygulanacak olan TBK m. 72 açısından da söz konusu olabilecektir²⁵³. Bunun önlenbilmesi için iki seçeneğin bulunduğunu düşünmekteyiz. İlk olarak, ÜGTDK Taslak’ta kişi varlığı değerlerinin ihlalden kaynaklanan zararlarda zamanaşımına ilişkin özel bir düzenleme yapılarak, TBK m. 72’deki on yıllık süreden daha uzun bir süre öngörülebilir²⁵⁴. İkinci seçenek ise TBK m. 72’de yaşam hakkı ve vücut bütünlüğüne yönelik saldırılardan kaynaklanan ve zararın ortaya çıkması uzun bir süreye yayılan talepler açısından on yıllık üst süre yerine, yirmi veya otuz yıl gibi bir sürenin kabulü yönünde bir değişiklik yapılmasıdır²⁵⁵. Bu açıdan 2012 yılında İsviçre Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan kanun değişikliği teklifinde zamanaşımına ilişkin İsviçre Borçlar Kanunu m. 60’daki on yıllık üst sürenin, bedensel zararlarda otuz yıl

²⁵² Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan, 4.11.1950 tarihli *İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme* (Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms), 3.9.1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye tarafından Sözleşme, 4.11.1950 tarihinde imzalanmış; 6366 sayılı Kanun uyarınca onaylanmıştır (RG. 19.3.1954-8662). Sözleşme, 18.5.1954 tarihinden itibaren Türkiye açısından yürürlüğe girmiştir. AİHS’in Türkçe metni için bkz. http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf (erişim tarihi: 5.2.2015).

²⁵³ TBK uyarınca on yıllık üst sürenin fiilin işlendiği tarihten itibaren işlemeye başlamasına karşın Yargıtay uygulamasında haksız fiilin ancak zararın doğduğu anda tamamlanmış olacağı ve bu sebeple zamanaşımı süresinin de ancak zararın gerçekleştiği andan itibaren işleyeceğine dair kararları mevcuttur (Y. HGK., 21.4.1999, E. 1-222, K. 226 (YKD, 2000/10, s. 1489); Y. HGK. 22.10.2003, E. 4-603, K. 594 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); YHGK, 4.6.2003, E. 4-400, K. 393, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Yargıtay’ın bu yöndeki uygulamasının isabetsiz olduğu yönünde paylaştığımız görüşler için bkz. Mehmet Erdem, **Özel Hukukta Zamanaşımı**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010, s. 188-191; Veysel Başpınar/Mehmet Altunkata, “Depremden Doğan Zararların Tazmininde Zamanaşımının Başlaması ve Süresi”, **AÜHFD**, C. 57, S. 1, 2008, s. 117 vd.

Bu açıdan Yargıtay’ın isabetsiz olduğuna katıldığımız uygulamasındaki gibi on yıllık sürenin, hatalı ürünün zarara yol açtığı tarihten itibaren işlemeye başlayacağını kabul edilerek, TBK m. 72 açısından ortaya çıkacak olumsuz sonucun giderilmesinin ise Kanun’a aykırı bir yorum teşkil edeceği düşüncesindeyiz.

²⁵⁴ Nitekim Avusturya hukukunda kişiye yönelik zararlar açısından Yönerge’deki on yıllık süre yerine yirmi yıllık bir süre kabul edilmiştir (Howells, **Strict**, s. 283).

²⁵⁵ Vücut bütünlüğü ve yaşam hakkına yönelik saldırılardan doğan talepler bakımından, TBK m. 72’deki on yılın üzerinde bir sürenin öngörülmesinin yerinde olacağı görüşünde bkz. Erdem, **a.g.e.**, s. 188, dn. 701.

Bu yönde bir ayırım yapmadan TBK m. 72’deki düzenlenen sürelerin ve bu itibarla on yıllık üst sürenin yeterli ve uygun bir süre olduğu yönünde farklı görüşte bkz. Serdar Nart, “Haksız Fiillerde Zamanaşımına İlişkin Hükümün Değerlendirilmesi (TBK.md.72)”, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu**, 3-4 Haziran 2011, s. 247, *Elektronik Kaynak*, (http://dosya.marmara.edu.tr/huk/Sempozyumya%C4%B1nlar%C4%B1/Prof.Dr.CevdetYavuzAn%C4%B1s%C4%B1na/1g.4o.tebli_ler.pdf (erişim tarihi: 2.2.2014).

olarak olarak değiştirilmesinin önerildiğine dikkat çekmek isteriz²⁵⁶.

II) İmalatçının Sorumluluğunda Cezalandırıcı Tazminatın Uygulanması

A) Cezalandırıcı Tazminat Kavramı

1) Tanımı ve Kavramın Gelişimi

Cezalandırıcı tazminat²⁵⁷, zarar verenin ağır kusurlu davranışı sonucunda meydana gelmiş zarar şartına bağlı olarak, zarar vereni cezalandırmak ve ibret vermek amacıyla özel hukuk ile ilgili bir uyuşmazlıkta tazminata ek veya ondan bağımsız olarak öngörülen, zarar miktarını aşan parasal bir yaptırım olarak

²⁵⁶ İsviçre Adalet Bakanlığı tarafından 2012 yılında hazırlanan kanun değişikliği teklifi ve gerekçesi için bkz. Office fédérale de la justice, Code des obligations: Revision du droit de la prescription, <http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/wirtschaft/gesetzgebung/verjaehrungsfristen/ve-ber-f.pdf> (erişim tarihi: 2.3.2014).

²⁵⁷ Amerikan hukukunda “*punitive damages*”, İngiliz hukukunda ise yaygın olarak “*exemplary damages*” olarak ifade edilmektedir (**Black’s Law Dictionary**, Ninth Edition, Ed. in Chief: Bryan A. Garner, USA: West Publishing, 2009, s. 448; Samuel Freifield, “The Rationale of Punitive Damages”, **Ohio St. L. J.**, C. 1, S. 1, 1935, s. 5; Harvey McGregor, **McGregor on Damages**, Seventeenth Edition, London: Sweet&Maxwell, 2003, s. 365; 390; Linda L. Schlueter, **Punitive Damages**, Fifth Edition, C. 1, Newark N.J.: LexisNexis, 2005, s. 22).

Söz konusu kavram için, Türk doktrinde yeknesak bir terminoloji kullanılmamıştır. Buna göre, “**cezalandırıcı tazminat**” (Ergin Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, Yenilenmiş 20. Bası, İstanbul: Beta Kitapevi, 2013, s. 490; Mehmet İstemi, “Sözleşmenin Cüretkârane İhlali ve Cezalandırıcı Tazminat”, **Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan**, C. III, İstanbul: Beta Yayınevi, 2011, s. 2962 vd.; Pelin Güven, **Tanıma-Tenfiz, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2013, (Tanıma-Tenfiz), s. 138 vd.; Pelin Güven, “Rekabetin Engellenmesi Halinde Uygulanacak Olan Hukukun Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”, **GÜHFD, Prof. Dr. Ata Sakmar’a Armağan**, 2011/1, (Rekabetin Engellenmesi), s. 432 vd.; Selin Özden Merhacı, **Karşılaştırmalı Hukukta Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages)**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2013, s. 74 vd.; Ebru Ay, “Amerikan Mahkemesi Tarfından Verilen Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages) Hükmünün Fransa’da Tenfizine İlişkin Fransız Yargıtayı’nın 1 Aralık 2010 Tarihli Kararının Tercümesi ve Değerlendirilmesi”, **UTTDER**, C. 1, S. 1, 2012, s. 160 vd.; Ebru Ay Chelli, “Cezalandırıcı Tazminat Kararlarının Fransa’da Tenfizi”, **UTTDER**, C. 3, S. 1, 2014, s. 175 vd.); “**cezai tazminat**” (Cemile Demir Gökyayla, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizde Kamu Düzeni**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2001, (Kamu Düzeni), s. 179; Zeynep Derya Tarman, **Haksız Rekabetten ve Aldatıcı Reklamlardan Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk**, İstanbul: Beta Yayınevi, 2011, (Haksız Rekabet), s. 144, dn. 374); “**caydırıcı ceza**” (Rona Serozan, **Medeni Hukuk, Genel Bölüm / Kişiler Hukuku**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014, (Medeni Hukuk), s. 469, par. 19f) ve “**punitive tazminat**” / “**punitive damages**” (Nuray Ekşi, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, İstanbul: Beta Yayınevi, 2014, (Tanıma-Tenfiz), s. 581 vd.; Nuray Ekşi, “Milletlerarası Tahkimde Güncel İki Sorun: Hakemlerce Anti-Suit Injunction ve Punitive Tazminat Kararı Verilmesi”, **UTTDER**, C. 3, S. 2, 2014, (Punitive Tazminat Kararı), s. 24 vd.; yalnızca “punitive damages” ifadesinin kullanımı için bkz. Cemal Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, Dördüncü Baskı, İstanbul: Beta Yayınevi, 2011, (Uluslararası Ticari Akitler), s. 198; Cemal Şanlı/Emre Esen/İnci Ataman-Figanmeşe, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 2. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014, s. 298, par. 309, s. 474, par. 204) terimleri kullanılmıştır.

Çalışmada, “**cezalandırıcı tazminat**” terimi tercih edilmiştir. Bu tercih, söz konusu yaptırımın temel amacının, zarar verenin cezalandırılması olmasından kaynaklanmakta ve bunun, özel hukuka ait bir yaptırım olduğunun vurgulanması amacını taşımaktadır. Cezai tazminat terimi ise cezai şart ile karıştırılma riski sebebiyle tercih edilmemiştir.

tanımlanabilir²⁵⁸.

Kökeni, Hammurabi ve Babil kanunlarına kadar uzanan²⁵⁹ cezalandırıcı tazminat, müşterek hukuk (*common law*) kaynaklı bir kavramdır²⁶⁰. Zarar verenin ağır kusurlu davranışı sebebiyle zarar miktarından fazla bir tazminat ile sorumlu

²⁵⁸ Tanımlar için bkz. Helmut Koziol, "Punitive Damages-A European Perspective", **La. L. Rev.**, C. 68, 2007-2008, (Punitive Damages), s. 742-743; Jean-Sébastien Borghetti, "Punitive Damages in France", **Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives**, Ed. Helmut Koziol/Vanessa Wilcox, Springer: New York-Wien, 2009, (Punitive Damages), s. 55; John Y. Gotanda, "Charting Developments Concerning Punitive Damages: Is The Tide Changing?", **Colum. J. Transnat'l L.**, C. 45, 2006-2007, (Charting Developments), s. 509-510; Hans Stoll, "Penal Purposes in the Law of Tort", **The Am. J. Comp. L.**, C. 18, S. 3, 1970, s. 13; Izhak Englard, "Punitive Damages- A Modern Conundrum of Ancient Origin", **Journal of Tort European Tort Law**, C. 3, S. 1, 2012, s. 1; Volker Behr, "Punitive Damages in American and German Law-Tendencies Towards Approximation of Apparently Irreconcilable Concepts", **Kent L. Rev.**, C. 78, April 2003, (Punitive Damages in American and German Law), s. 105; Matthew Parker, "Changing Tides: The Introduction of Punitive Damages into the French Legal System", **Ga. J. Int'l & Comp. L.**, C. 41, 2012-2013, s. 391; Atilla Menyhárd, "Punitive Damages in Hungary", **Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives**, Ed. Helmut Koziol/Vanessa Wilcox, Springer: New York-Wien, 2009, (Punitive Damages), s. 88; McGregor, **a.g.e.**, s. 365; Winfield/Jolowicz, **a.g.e.**, s. 750; Ekşi, **Punitive Tazminat Kararı**, s. 24; Özden Merhacı, **a.g.e.**, s. 37, 76-77.

Amerikan hukukunda Restatement (Second) of Torts §908 (1) hükmünde de benzer bir tanım öngörülmüştür. Söz konusu düzenleme uyarınca cezalandırıcı tazminat, "*ağır kusurlu davranışı sonucunda zarar vereni cezalandırmak ve hem zarar vereni hem de gelecekte benzer davranışta bulunabilecek diğer kişilere ibret vermek amacıyla, zararı telafi etme amacı taşıyan tazminat ve nominal tazminat dışında zarar veren aleyhine hükmedilen tazminattır*".

Müşterek hukuktaki mahkeme kararlarındaki tanımlar da bu doğrultudadır. Örneğin, Kanada Yüksek Mahkemesi, 1989 tarihli *Vorvis / Insurance Corporation of British Columbia* kararında cezalandırıcı tazminatın, zarar verenin acımasız, kasıtlı, intikam amaçlı ve kınanması gereken davranışından ötürü cezalandırılması amacıyla hükmedilen bir yaptırım olduğunu belirtmiştir (Canadian Supp. Ct., (1989) 1 1 S.C.R., (*naklen*, Bruce Feldthusen, "Punitive Damages in Canada: Can the Coffee Ever Be Too Hot", **Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev.**, C. 17, 1995, s. 795-796). Avusturalya Yüksek Mahkemesi'nin 1966 tarihli *Uren / John Fairfax & Sons Pty. Ltd.* kararında, zarar verenin ağır kusuru sebebiyle yalnızca meydana gelmiş zararın telafisinin yeterli olmadığı hallerde, zarar vereni cezalandırmak ve hem zarar verene hem de ileride benzer davranışta bulunabilecek kişilere ibret vermek amacıyla cezalandırıcı tazminata hükmedildiği ifade edilmiştir (High Court of Australia, [1966] 117 C.L.R. (<http://dspace.barnet.com.au:8080/xmlui/handle/11003/8167>) (erişim tarihi: 2.12.2014).

²⁵⁹ David G. Owen, "A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reforms", **Vill. L. Rev.**, C. 39, S. 2, 1994, (Punitive Damages Overview), s. 368; Ronald A. Brand, "Punitive Damages Revisited: Taking The Rationale For Non-Recognition of Foreign Judgments Too Far", **J. L. & Comp.**, C. 24, 2004-2005, (Punitive Damages Revisited), s. 182; Schlueter, **a.g.e.**, s. 2-5; Rustad/Koenig, **a.g.e.**, s. 1285-1286; Gotanda, **Supplemental Damages**, s. 194; Owen/Madden/Davis, **a.g.e.**, s. 209; Özden Merhacı, **a.g.e.**, s. 78.

²⁶⁰ Lotte Meurkens, "The Punitive Damages Debate in Continental Europe: Food for Thought", **The Power of Punitive Damages - Is Europe Missing Out?**, Ed. Lotte Merkens/Emily Nordin, Cambridge-Antwerp-Portland: Intersentia, 2014, s. 3; David G. Owen, "Punitive Damages in Products Liability Litigation", **Michigan L. Rev.**, 1976, (Punitive Damages in Products Liability), s. 1262; John Yukio Gotanda, **Supplemental Damages in Private International Law: The Awarding of Interest, Attorney's Fees and Costs, Punitive Damages and Damages in Foreign Currency Examined in the Comparative and International Context**, Wolters Kluwer: Hague-London-Boston, 1998, (Supplemental Damages), s. 196; Michael Rustad/Thomas Koenig, "The Historical Continuity of Punitive Damages Awards: Reforming the Tort Reformers", **Am. U. L. Rev.**, C. 42, Summer 1993, s. 1290; McGregor, **a.g.e.**, s. 368; Schlueter, **a.g.e.**, s. 1 vd.; İstemi, **a.g.e.**, s. 2693.

tutularak²⁶¹, toplumda bozulan adaletin yeniden sağlanması ve kamu yararının korunması amaçlanmıştır²⁶².

Cezalandırıcı tazminat, 18. yüzyıldan itibaren İngiliz hukukunun bir parçası haline gelmiştir²⁶³. 1763 tarihli *Huckle / Money*²⁶⁴ ve *Wilkes / Wood*²⁶⁵ kararlarında ilk defa açıkça dile getirilmiştir²⁶⁶. Bu kararlarda tazminatın yalnızca zararın telafisini amaçladığı belirtilmekle birlikte zarar miktarından fazla bir tazminata hükmedilmesinin, hukuk düzeni tarafından aşırı şekilde kınanan bir davranışta bulunmuş faili cezalandırmayı ve gelecekte benzer davranışlarda bulunulmasını önlemeyi hedeflediği ifade edilmiştir.

Cezalandırıcı tazminat, Amerikan hukukunda ilk defa 1784 tarihli *Genay / Norris* kararında²⁶⁷ uygulanmıştır²⁶⁸. Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin 1851 tarihli *Day / Woodworth* kararında²⁶⁹ zarar görenin uğradığı zararın giderilmesinden ziyade zarar verenin davranışının “ölçüsüzlüğü” ve “alçaklığı” yüzünden onun cezalandırılması amacıyla müşterek hukukun yerleşmiş bir prensibi olarak cezalandırıcı tazminata hükmedildiği belirtilmiştir.

²⁶¹ Sir Henry Brooke, “A Brief Introduction – The Origins of Punitive Damages”, **Punitive Damages Common Law and Civil Law Perspectives**, Ed. Helmut Koziol/Vanessa Wilcox, Springer: New York-Wien, 2009, s. 1; John Y. Gotanda, “Punitive Damages: A Comparative Analysis”, **Colum. J. Transnat'l L.**, C. 42, 2003-2004, (Comparative Analysis), s. 395; Gotanda, **Supplemental Damages**, s. 194; Schlueter, **a.g.e.**, s. 23.

²⁶² Thomas J. Collin, **Punitive Damages and Business Torts: A Practitioner's Handbook**, (Antitrust Practice Guide), American Bar Association, 1998, s. 1; Dorsey D. Ellis, “Fairness and Efficiency in the Law of Punitive Damages”, **S. C. L. Rev.**, C. 56, 1982-1983, s. 3; Schlueter, **a.g.e.**, s. 26; Owen, **Punitive Damages Overview**, s. 365-366.

²⁶³ Richard C. Ausness, “Retribution and Deterrence: The Role of Punitive Damages in Products Liability Litigation”, **Kentucky L. J.**, C. 74, 1985-1986, s. 3; Anthony J. Sebok, “Punitive Damages in the United States”, **Punitive Damages Common Law and Civil Law Perspectives**, Ed. Helmut Koziol/Vanessa Wilcox, Springer: New York-Wien, 2009, s. 159; Michael L. Wells, “A Common Lawyer's Perspective on the European Perspective on Punitive Damages”, **La. L. Rev.**, C. 24, 2004-2005, s. 570; Rustad/Koenig, **a.g.e.**, s. 1286-1287.

²⁶⁴ **English Reports**, Full Reprint, C. 95, s. 768-769, (HeinOnline).

²⁶⁵ **English Reports**, Full Reprint, C. 98, s. 489-490, (HeinOnline).

²⁶⁶ Christian E. Schlegel, “Is a Federal Cap on Punitive Damages in our Best Interest?: A Consideration of H.R. 956 in Light of Tennessee's Experience”, **Tenn. L. Rev.**, C. 69, 2002, s. 682; Ronald A. Brand, “Punitive Damages and the Recognition of Judgments”, **NILR**, 1996, (Punitive Damages), s. 145-146; McGregor, **a.g.e.**, s. 366; Owen, **Punitive Damages Overview**, s. 368-369; Schlueter, **a.g.e.**, s. 5-6; Brand, **Punitive Damages Revisited**, s. 183; Gotanda, **Supplemental Damages**, s. 196; Owen/Madden/Davis, **a.g.e.**, s. 209; Özden Merhacı, **a.g.e.**, s. 81.

²⁶⁷ 1 S.C.L. (1 Bay) 6, 6 (1784), (*naklen*, Sebok, **a.g.e.**, s. 160; Noussia, **a.g.e.**, s. 279).

²⁶⁸ Kyriaki Noussia, “Punitive Damages in Arbitration: Panacea or Curse?”, **J. Int'l Arb.**, C. 27, S. 3, 2010, s. 279; Rustad/Koenig, **a.g.e.**, s. 1290; Sebok, **a.g.e.**, s. 160; Owen/Madden/Davis, **a.g.e.**, s. 210; Özden Merhacı, **a.g.e.**, s. 83.

²⁶⁹ U.S. Supp. Ct., 54 U.S. 363 (1851), (<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/54/363/case.html> (erişim tarihi: 19.12.2014)).

İngiliz ve Amerikan hukuku dışında cezalandırıcı tazminat, Kanada, İrlanda, Yeni Zelanda ve Avusturalya hukukunda mevcuttur. Bu hukuklarda cezalandırıcı tazminatın kökenlerinin, İngiliz hukukuna dayanmakla birlikte ondan daha farklı şekilde gelişip, uygulandığı ifade edilmektedir²⁷⁰.

Amerikan hukuku, cezalandırıcı tazminatın en yaygın uygulandığı hukuk düzenidir²⁷¹. Ancak federal yapısı sebebiyle bölgesel hukuk düzenlerine sahip olan ABD'nin her eyaletinde cezalandırıcı tazminat kabul edilmemiştir²⁷². Kabul edildiği eyaletlerde ise birbirinden farklı uygulamalar söz konusudur²⁷³. Bununla birlikte Amerikan Yüksek Mahkemesi, 1984 tarihli *Silkwood / Kerr-McGee* kararında²⁷⁴ cezalandırıcı tazminatı, Amerikan sorumluluk hukukunun bir parçası olarak değerlendirmiştir.

Ayrıca Brezilya, Hindistan ve Filipinler hukukunda sınırlı alanlarda cezalandırıcı tazminat kabul edilmektedir²⁷⁵. Çin hukukunda ise istisnai bir durum söz konusudur. Cezalandırıcı tazminat, Çin sorumluluk hukukunun temel prensiplerine yabancı olmakla birlikte²⁷⁶, Çin Borçlar Kanunu m. 47'de imalatçının sorumluluğunda cezalandırıcı tazminat düzenlenmiştir²⁷⁷.

²⁷⁰ Vanessa Wilcox, "Punitive Damages in England", **Punitive Damages Common Law and Civil Law Perspectives**, Tort and Insurance Law, Volume 25, Ed. Koziol Helmut/Wilcox Vanessa, NewYork/Wien: Springer, 2009, s. 8; Brand, **Punitive Damages Revisited**, s. 183-184; Owen, **Punitive Damages Overview**, s. 369; Gotanda, **Comparative Analysis**, s. 397-398; Gotanda, **Comparative Analysis**, s. 397-398; Sebok, **a.g.e.**, s. 156; Englard, **a.g.e.**, s. 7; Law Comission Report, s. 54; Ekşi, **Tanma-Tenfiz**, s. 587; Ekşi, **Punitive Tazminat Kararı**, s. 26; İstemi, **a.g.e.**, s. 2694.

²⁷¹ Jacques Werner, "Punitive and exemplary damages in international arbitration", **Dossier of the ICC Institute of World Business Law: Evaluation of Damages in International Arbitration**, 2006, ICC Dispute Resolution Library (*Elektronik Kaynak*), s. 102; Gotanda, **Supplemental Damages**, s. 206; Gotanda, **Comparative Analysis**, s. 392-393, 421; Quarta, **a.g.e.**, s. 762; Noussia, **a.g.e.**, s. 279; İstemi, **a.g.e.**, s. 2697.

²⁷² ABD'nin Louisiana, Massachusetts, Nebraska, New Hampshire ve Washington eyaletleri hukukunda cezalandırıcı tazminat kabul edilmemiştir (Sebok, **a.g.e.**, s. 155; Meurkens, **a.g.e.**, s. 5, dn. 19; Owen, **Punitive Damages Overview**, s. 369, dn. 30; Owen/Madden/Davis, **a.g.e.**, s. 208; Gotanda, **Supplemental Damages**, s. 207; Özden Merhacı, **a.g.e.**, s. 86).

²⁷³ Örneğin, ABD'nin bazı eyaletlerinde cezalandırıcı tazminata hükmedilebilmesi için gerçek bir zararın varlığı şartı aranırken, bazı eyaletlerde oldukça düşük miktardaki zarar, cezalandırıcı tazminat için yeterli kabul edilmektedir (Schlueter, **a.g.e.**, s. 33).

²⁷⁴ U.S. Sup. Ct., 464 U.S. 238 (1984), (HeinOnline).

²⁷⁵ Werner, **a.g.e.**, s. 103; Gotanda, **Supplemental Damages**, s. 218, 221; Gotanda, **Comparative Analysis**, s. 397; Schlueter, **a.g.e.**, s. 682.

²⁷⁶ Gotanda, **Supplemental Damages**, s. 222; Werner, **a.g.e.**, s. 103.

²⁷⁷ Binding/Eisenber, **a.g.e.**, s. 25.

2) Temel Özellik ve Amaçları

a) Zararın Telifisini Amaçlamaması

aa) Kıta Avrupası Hukukunda Tazminatın Kabul Edilen Amaçları

Türk hukuku gibi Kıta Avrupası hukuk geleneğine bağlı ülkelerde tazminatın temel amacının, meydana gelmiş zararın telifisi olduğu kabul edilmektedir²⁷⁸. Mümkün olduğu ölçüde zararın meydana gelmesinden önceki halin iadesi sağlanarak (*restoration of status quo ante*), zarar verici olayın olumsuz sonuçları ortadan kaldırılmaya çalışılmaktadır²⁷⁹. Hakkın devamını ettirilmesini sağlama ve gelecekte meydana gelebilecek zararların önlenmesi, tazminatın tali amaçları olarak görülmektedir²⁸⁰.

²⁷⁸ Helmut Koziol, "Punitive Damages: Admission into the Seventh Legal Heaven or Eternal Damnation? Comparative Reports and Conclusions", **Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives**, Ed. Helmut Koziol/Vanessa Wilcox, Springer: New York-Wien, 2009, (Reports and Conclusions), s. 297-298; Ulrich Magnus, "Comparative Report on the Law of Damages", **Unification of Tort Law: Damages**, Ed. Ulrich Magnus, The Hague-London-Boston: Kluwer Law International, 2001, (Comparative Report), s. 185, 187; Ulrich Magnus, "Punitive Damages and German Law, **The Power of Punitive Damages- Is Europe Missing Out?**, Ed. Lotte Merckens/Emily Nordin, Cambridge-Antwerp-Portland: Intersentia, 2014, (Punitive Damages), s. 246-247; Volker Behr, "Myth and Reality of Punitive Damages in Germany", **J. L. & Com.**, C. 24, 2004-2005, (Punitive Damages in Germany), s. 199; Klaus J. Beucher/John Byron Sandage, "United States Punitive Damages Awards in German Courts: The Evolving German Position on Service and Enforcement", **Vand. J. Transnat'l L.**, C. 23, 1990-1991, s. 970; Nil Jansen/Lukas Rademacher, "Punitive Damages in Germany", **Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives**, Ed. Helmut Koziol/Vanessa Wilcox, Springer: New York-Wien, 2009, s. 75; Rona Serozan, **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme**, 4. Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2006, (Haksız Zenginleşme), s. 303; Mehmet Serkan Ergüne, **Olumsuz Zarar**, İstanbul: Beta Yayınları, 2008, s. 329-330; Deschenaux/Tercier, **a.g.e.**, s. 178; Tandoğan, **Mes'uliyet**, s. 315; Oğuzman/Öz, **C. II**, s. 108; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 581; Eren, **a.g.e.**, s. 514; H. Nomer, **Haksız Fiil Sorumluluğu**, s. 33; Tiftik, **a.g.e.**, s. 61-62; Atamer, **Uygun Nedensellik**, s. 98; Gotanda, **Supplemental Damages**, s. 200-201; Gotanda, **Comparative Analysis**, s. 396; Gotanda, **Charting Developments**, s. 510; Borghetti, **Punitive Damages**, s. 55; Meurkens, **a.g.e.**, s. 13-14, 43; Behr, **Punitive Damages in American and German Law**, s. 106, 109-110; Behr, **Punitive Damages in Germany**, s. 199; Van Dam, **a.g.e.**, s. 301-302; Schlueter, **a.g.e.**, s. 685 vd.; Englard, **a.g.e.**, s. 5-6; Werner, **a.g.e.**, s. 101.

²⁷⁹ Dirk Brockmeier, **Punitive damages, multiple damages und deutscher ordre public- Unter besonderer Berücksichtigung des RICO-Act**, Tübingen: Mohr Siebek, 1999, s. 44; Patrick S. Ryan, "Revisiting The United States Application of Punitive Damages: Separating Myth From Reality", **ILSA Journal of International & Comparative Law**, C. 10, 2003, s. 75; Jansen/Rademacher, **a.g.e.**, s. 75; Behr, **Punitive Damages in Germany**, s. 199; Behr, **Punitive Damages in American and German Law**, s. 109-110; Beucher/Sandage, **a.g.e.**, s. 970; Magnus, **Comparative Report**, s. 185; Meurkens, **a.g.e.**, s. 14; Werner, **a.g.e.**, s. 101; Englard, **a.g.e.**, s. 5; H. Nomer, **Haksız Fiil Sorumluluğu**, s. 37; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 581; Ergüne, **a.g.e.**, s. 331-332.

²⁸⁰ Magnus, **Comparative Report**, s. 187; Magnus, **Punitive Damages**, s. 247; Koziol, **Reports and Conclusions**, s. 291; Van Dam, **a.g.e.**, s. 302-303; Meurkens, **a.g.e.**, s. 15, 45; Parker, **a.g.e.**, s. 400; Eren, **a.g.e.**, s. 514-515; H. Nomer, **Haksız Fiil Sorumluluğu**, s. 34-35; Tiftik, **a.g.e.**, s. 61-62; Atamer, **Uygun Nedensellik**, s. 98; Özden Merhacı, **a.g.e.**, s. 156 vd.; farklı bkz. Sanlı, **a.g.e.**, s. 155

Tazminatın temel amacı, zararın telafisi olduğundan onun, zarar miktarını aşamayacağı kabul edilmektedir²⁸¹. Zarar miktarı, tazminat miktarının üst sınırını teşkil eder. Zararın bulunmaması halinde tazminat da söz konusu olmaz.

Bu ilkenin bir yansıması olarak tazminat, zarar gören açısından bir zenginleşme aracı teşkil etmez²⁸². Zarar gören, tazminat ile ayrıca bir fayda veya kazanç sağlamamalıdır. Yine telafi amacının bir sonucu olarak, kural olarak, zararın mümkün olduğu ölçüde tamamen tazmin edilmesi esastır (*restitution ad integrum*)²⁸³.

Temel amaç, zararın telafisi olduğundan tazminat, cezalandırma amacı taşımaz²⁸⁴. Zarar verenin cezalandırılması, ceza hukukuna ait bir amaç olarak kabul edilmektedir. Sorumluluk hukukunda zararın telafisi ile ilgilenildiğinden, ceza hukukunda olduğu gibi failin değil, zarar görenin durumu esas alınmaktadır²⁸⁵.

vd.

²⁸¹ Halûk N. Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş Onüçüncü Bası, İstanbul: Beta Yayınevi, 2013, (H. Nomer, Borçlar), s. 180; Deschenaux/Tercier, **a.g.e.**, s. 202; Behr, **Punitive Damages in Germany**, s. 199; Behr, **Punitive Damages in American and German Law**, s. 110; Magnus, **Comparative Report**, s. 188; Borghetti, **Punitive Damages**, s. 55; Meurkens, **a.g.e.**, s. 14; Parker, **a.g.e.**, s. 391, 397; Tandoğan, **Mes'uliyet**, s. 315; Oğuzman/Öz, **C. II**, s. 82, 108; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 583; Eren, **a.g.e.**, s. 724; Nomer, **a.g.e.**, s. 490; H. Nomer, **Haksız Fiil Sorumluluğu**, s. 34, 63; Ergüne, **a.g.e.**, s. 332; Topuz, **a.g.e.**, s. 234; Sanlı, **a.g.e.**, s. 153; Özden Merhacı, **a.g.e.**, s. 157, 159; İstemi, **a.g.e.**, s. 2702.

²⁸² Borghetti, **Punitive Damages**, s. 55; Behr, **Punitive Damages in Germany**, s. 199; Koziol, **Reports and Conclusions**, s. 297; Magnus, **Punitive Damages**, s. 249; Parker, **a.g.e.**, s. 391; Jansen/Rademacher, **a.g.e.**, s. 75; Ergüne, **a.g.e.**, s. 331; Özden Merhacı, **a.g.e.**, s. 37, 157-158.

²⁸³ Borghetti, **Punitive Damages**, s. 55; Behr, **Punitive Damages in Germany**, s. 199; Magnus, **Comparative Report**, s. 188; Meurkens, **a.g.e.**, s. 14; Parker, **a.g.e.**, s. 396; Oğuzman/Öz, **C. II**, s. 84; Eren, **a.g.e.**, s. 724; H. Nomer, **Haksız Fiil Sorumluluğu**, s. 63; Sanlı, **a.g.e.**, s. 153; Özden Merhacı, **a.g.e.**, s. 157.

İsviçre ve Türk hukukunda tazminatta indirim sebepleri kabul edildiğinden, tam tazmin ilkesi her somut olayda aynı katılıkta uygulanmamaktadır (Oğuzman/Öz, **C. II**, s. 115 vd.; Tandoğan, **Mes'uliyet**, s. 253; H. Nomer, **Haksız Fiil Sorumluluğu**, s. 64 vd.; H. Nomer, **Borçlar**, s. 180; Özden Merhacı, **a.g.e.**, s. 158, 159-160). Dolayısıyla zarar miktarı tespit edildikten sonra hakim tazminat miktarını belirlerken, BK m. 50-52 ve CCS m. 40-42 uyarınca tazminatta indirim yapıp yapılmayacağı tespit eder. Bununla birlikte tazminatın, zarar miktarını aşamayacağı temel bir prensip olduğundan, zarar verenin kusuru ve kusurunun ağırlığı hiçbir şekilde onun, zarar miktarını aşan bir tazminatla sorumlu tutulmasına yol açmaz (Behr, **Punitive Damages in American and German Law**, s. 111).

²⁸⁴ Jansen/Rademacher, **a.g.e.**, s. 76; Behr, **Punitive Damages in Germany**, s. 199; Behr, **Punitive Damages in American and German Law**, s. 106; Koziol, **Reports and Conclusions**, s. 296; Meurkens, **a.g.e.**, s. 15; Gotanda, **Supplemental Damages**, s. 201-202; Oğuzman/Öz, **C. II**, 108; Eren, **a.g.e.**, s. 514; Nomer, **a.g.e.**, s. 490; H. Nomer, **Haksız Fiil Sorumluluğu**, s. 35; Ergüne, **a.g.e.**, s. 330; Topuz, **a.g.e.**, s. 233; İstemi, **a.g.e.**, s. 2700-2701; Özden Merhacı, **a.g.e.**, s. 157.

²⁸⁵ H. Nomer, **Haksız Fiil Sorumluluğu**, s. 35; Ergüne, **a.g.e.**, s. 331; Topuz, **a.g.e.**, s. 232; Özden Merhacı, **a.g.e.**, s. 157; Gotanda, **Supplemental Damages**, s. 201, Beever, **a.g.e.**, s. 109; Koziol, **Reports and Conclusions**, s. 299; Magnus, **Punitive Damages**, s. 247.

bb) Müşterek Hukuktaki Tazminat Anlayışı Açısından Cezalandırıcı Tazminat

Müşterek hukukta tazminatın, işlevsel açıdan iki kategoriye ayrıldığı kabul edilmektedir²⁸⁶. “*Compensatory damages*” olarak ifade edilen ilk kategori, Kıta Avrupası hukukunda olduğu gibi meydana gelmiş zararın telafisini amaçlar²⁸⁷. Bu sebeple *compensatory damages* ile kastedilen, Kıta Avrupası hukukunda tazminata verilen anlamdan ibarettir²⁸⁸.

Bu kategori gözönüne alınarak İngiliz, Amerikan ve Avusturalya hukukunda tazminatın temel amacının, zararın telafisi olduğu ifade edilmektedir²⁸⁹. Kişiye ve mala yönelik maddi zararların yanında manevi zararın giderilmesini amaçlayan tazminatlar, bu kategori içerisinde değerlendirilmektedir²⁹⁰.

“*Exceptional damages*” veya “*non-compensatory damages*” olarak adlandırılan²⁹¹ ve istisnai nitelik taşıyan²⁹² ikinci kategoride ele alınan yaptırımların temel amacı ise zararın telafisi değildir²⁹³. Bu yaptırımlar, istisnai nitelik

²⁸⁶ Andrew Burrows, **Remedies for Torts and Breach of Contract**, Third Edition, New York: Oxford University Press, 2004, s. 29 vd.; David K. Allen/John T. Hartshorne/Robyn M. Martin, **Damages in Tort**, London: Sweet&Maxwell, 2000, s. 113 vd.; Georgios Georgiades, “Punitive Damages in Europe and the USA: Doctrinal Differences and Practical Convergence”, **Revue Hellenique de Droit International**, C. 58, 2005, s. 145; Behr, **Punitive Damages in American and German Law**, s. 105, 114; Noussia, **a.g.e.**, s. 277; İstemi, **a.g.e.**, s. 2695.

²⁸⁷ R.F.V. Heuston/R. A. Buckley, **Salmond & Heuston on the Law of Torts**, Twenty-First Edition, London: Sweet & Maxwell, 1996, s. 503; Winfield/Jolowicz, **a.g.e.**, s. 748-749; Sebok, **a.g.e.**, s. 169; Behr, **Punitive Damages in American and German Law**, s. 1145; Owen/Madden/Davis, **a.g.e.**, s. 158 vd.; Wilcox, **a.g.e.**, s. 7; Schlegel, **a.g.e.**, s. 681; Schwartz, **Damages**, s. 175; Horton, **a.g.e.**, s. 53; Burrows, **English Private Law**, s. 934; Law Commission report, s. 1; Ekşi, **Tanima-Tenfiz**, s. 602; Özden Merhacı, **a.g.e.**, s. 52.

²⁸⁸ Buna karşılık söz konusu kategoriye ifade etmek için Türk doktrinde “*telafigi edici tazminatlar*” (İstemi, **a.g.e.**, s. 2695; Özden Merhacı, **a.g.e.**, s. 51 vd.) ya da “*gerçek zarar tazminatı*” ifadesi (Ekşi, **Tanima-Tenfiz**, s. 585) kullanılmıştır.

²⁸⁹ G. H. Treitel, **The Law of Contract**, Twelfth Edition, London: Sweet & Maxwell, 2007, s. 992; W. V. Horton, “Damages Under English Law”, **Unification of Tort Law: Damages**, Ed. Ulrich Magnus, The Hague-London-Boston: Kluwer Law International, 2001, s. 53; Gary Schwartz, “Damages Under US Law”, **Unification of Tort Law: Damages**, Ed. Ulrich Magnus, The Hague-London-Boston: Kluwer Law International, 2001, (Damages), s. 175; Andrew Burrows, **English Private Law**, Third Edition, New York: Oxford University Press, 2013, (English Private Law), s. 934; McGregor, **a.g.e.**, s. 365; Law Commission Report, s. 1, McGregor, **a.g.e.**, s. 12, 365; Magnus, **Comparative Report**, s. 185; Schlueter, **a.g.e.**, s. 671.

²⁹⁰ Schlegel, **a.g.e.**, s. 681; Owen/Madden/Davis, **a.g.e.**, s. 159 vd.; Özden Merhacı, **a.g.e.**, s. 54-67.

²⁹¹ Söz konusu kategori, Türk doktrinde “*telafigi edici olmayan tazminatlar*” ya da “*katı bir şekilde telafi etmeye dayanmayan tazminatlar*” terimi ile ifade edilmiştir (Özden Merhacı, **a.g.e.**, s. 67 vd.).

²⁹² Burrows, **English Private Law**, s. 934; Allen/Hartshorne/Martin, **a.g.e.**, s. 113; Magnus, **Comparative Report**, s. 189; Law Commission Report, s. 1.

²⁹³ Gerhard Wagner, “Punitive Damages”, **Max Planck Encyclopedia of European Private Law**, Ed. Jürgen Basedow/Klaus J. Hopt/Reinhard Zimmermann/Andreas Stier, Oxford: Oxford University Press, 2012, s. 1403; McGregor, **a.g.e.**, s. 365; Allen/Hartshorne/Martin, **a.g.e.**, s. 113; Rogers, **a.g.e.**, s. 54; Özden Merhacı, **a.g.e.**, s. 67.

taşımaktadır²⁹⁴. Hangi yaptırımların bu kategoriye dâhil olduğu tartışmalıdır²⁹⁵. Ancak, cezalandırıcı tazminatın bu kategori içinde yer aldığı kabul edilmektedir²⁹⁶.

Buna göre cezalandırıcı tazminat, Kıta Avrupası hukukuna hakim olan tazminat anlayışından farklı olarak, zararın telafisini amaçlamaz²⁹⁷. Ancak cezalandırıcı tazminatın varlığı, hukuken korunan bir menfaatin ihlal edilmesi ve bunun sonucunda bir zararın doğması şartına bağlıdır²⁹⁸. Dolayısıyla tazminatın var olmayacağı yerde cezalandırıcı tazminat da söz konusu olmaz²⁹⁹.

Cezalandırıcı tazminatın zararın telafisini amaçlamadığı, mahkeme

²⁹⁴ Burrows, **English Private Law**, s. 934; Allen/Hartshorne/Martin, **a.g.e.**, s. 113; Magnus, **Comparative Report**, s. 189; Law Commission Report, s. 1.

²⁹⁵ Örneğin, farklı görüşler bulunmakla birlikte bu kategori altında değerlendirilen “*aggravated damages* (ağırlaştırılmış tazminat)”, şeref ve haysiyetin ihlali, kişilik haklarına tecavüz gibi haksız fiil hallerinde zarar görenin, kırılmış onur ve gururunu telafi etmeyi amaçlayan ve bu özelliği itibarıyla telafi etme amacına hizmet eden ve ilk kategori altında değerlendirilmesi gereken bir tazminat olduğu ileri sürülmektedir (Allan Beever, “The Structure of Aggravated and Exemplary Damages”, **Ox. J. L. St.**, C. 23, S. 1, 2003, s. 88 vd.; Wilcox, **a.g.e.**, s. 7; Winfield/Jolowicz, **a.g.e.**, s. 750).

²⁹⁶ Rogers, **a.g.e.**, s. 53-54; McGregor, **a.g.e.**, s. 365 vd.; Allen/Hartshorne/Martin, **a.g.e.**, s. 113, 115; Özden Merhacı, **a.g.e.**, s. 74 vd.

²⁹⁷ Bruce Chapman/Michael Trebilcock, “Punitive Damages: Divergence in Search of a rationale”, **Ala. L. Rev.**, C. 40, 1988-1989, s. 745; Angelika Fuchs, “Chapter VI- Other Provisions, Art. 26 Rome II”, **Rome II Regulation Pocket Commentary**, Ed. Peter Huber, Munich: Sellier European Law Publishers, 2011, (Art. 26 Rome II), s. 431; Francesco Quarta, “Recognition and Enforcement of U.S. Punitive Damages Awards in Continental Europe: The Italian Supreme Court’s Veto”, **Hastings Int’l & Comp. L. Rev.**, C. 31, 2008, s. 754; Treitel, **a.g.e.**, s. 1003; Winfield/Jolowicz, **a.g.e.**, s. 751; Koziol, **Punitive Damages**, s. 751-752; Behr, **Punitive Damages in Germany**, s. 206; Behr, **Punitive Damages in American and German Law**, s. 110; Magnus, **Punitive Damages**, s. 245, 250; Owen, **Punitive Damages Overview**, s. 365; Meurkens, **a.g.e.**, s. 14; Collin, **a.g.e.**, s. 2; Schlueter, **a.g.e.**, s. 16, 29; Sebok, **a.g.e.**, s. 173, 174; Allen/Hartshorne/Martin, **a.g.e.**, s. 113, 115; Schlegel, **a.g.e.**, s. 697, 681; Ryan, **a.g.e.**, s. 74; Beucher/Sandage, **a.g.e.**, s. 972, dn. 22; Wagner, **a.g.e.**, s. 1404; Ekşi, **Tamma-Tenfiz**, s. 580-581, 587, 601-602; İstemi, **a.g.e.**, s. 2693; Özden Merhacı, **a.g.e.**, s. 96-98.

Bununla birlikte cezalandırıcı tazminatın, telafi amacı taşıdığı da doktrinde ileri sürülmektedir (Owen, **Punitive Damages Overview**, s. 378-379; Owen, **Punitive Damages in Products Liability**, s. 1295-1299; Behr, **Punitive Damages in American and German Law**, s. 122; Schlegel, **a.g.e.**, s. 682; Quarta, **a.g.e.**, s. 763, 765). Zarar görenin, ispat edemediği veya sorumluluk hukuku kuralları uyarınca tazmin edilmesine imkan tanınmayan zararlar ile Amerikan hukukuna özgü olarak yargılama giderleri ve avukatlık masraflarının, cezalandırıcı tazminat yoluyla telafi edilebildiği belirtilmektedir (Owen, **Punitive Damages Overview**, s. 378-379; Owen, **Punitive Damages in Products Liability**, s. 1295 vd.; Koziol, **Punitive Damages**, s. 741; Behr, **Punitive Damages in American and German Law**, s. 122-123; Behr, **Punitive Damages in American and German Law**, s. 123-124; Schlegel, **a.g.e.**, s. 682; Magnus, **Punitive Damages**, s. 251; İstemi, **a.g.e.**, s. 2697; Özden Merhacı, **a.g.e.**, s. 93).

Ancak bu gibi hallerde cezalandırıcı tazminatın dolaylı ve sınırlı olarak yerine getirdiği telafi işlevinin, onun temel amaçlarının yerine geçmediği ve tazminat ile arasındaki temel farkı ortadan kaldırmadığı savunulmaktadır (Behr, **Punitive Damages in American and German Law**, s. 122, 125, 148-149; Meurkens, **a.g.e.**, s. 6-7; farklı görüşte bkz. Schlegel, **a.g.e.**, s. 682).

²⁹⁸ Schlueter, **a.g.e.**, s. 358-359, 363; Behr, **Punitive Damages in American and German Law**, s. 11-112; Owen, **Punitive Damages Overview**, s. 364-365; Sebok, **a.g.e.**, s. 171; Meurkens, **a.g.e.**, s. 8; Owen, **Punitive Damages in Products Liability**, s. 1281; İstemi, **a.g.e.**, s. 2696; Özden Merhacı, **a.g.e.**, s. 144-145.

²⁹⁹ Meurkens, **a.g.e.**, s. 8; Collin, **a.g.e.**, s. 57; Özden Merhacı, **a.g.e.**, s. 144-145.

kararlarında da ortaya konulmuştur. İngiliz hukukunda 1964 tarihli *Rookes / Barnard* kararında³⁰⁰ zararı telafi etmeyi amaçlayan tazminattan farklı olarak, cezalandırıcı tazminatın zarar vereni cezalandırmak ve gelecekte benzer davranışların meydana gelmesini önlemeyi amaçladığı belirtilmiştir.

Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin 1974 tarihli *Gertz / Robert Welch*³⁰¹, 1992 tarihli *Molzof / United States*³⁰² ve 2001 tarihli *Cooper Indus. Inc. / Leatherman Tool Group Inc.*³⁰³ kararlarında tazminattan farklı olarak cezalandırıcı tazminatın, zararın telafisini amaçlamadığı ifade edilmiştir.

cc) Cezalandırıcı Tazminatın Telafi Amacı Taşıyamamasından Doğan Sonuçlar

Cezalandırıcı tazminatın telafi amacı taşıyamaması, önemli sonuçları beraberinde getirir. Bunlardan ilki, cezalandırıcı tazminatta zarar verenin davranışı ve durumunun esas alınmasıdır³⁰⁴. Cezalandırıcı tazminat, ağır kusurlu davranışı sebebiyle zarar verenin cezalandırılması ve ibret verilmesi amacıyla hükmedildiğinden, odak noktası da zarar veren olmaktadır³⁰⁵. Bu bakımdan cezalandırıcı tazminatın uygulama alanı bulması ve miktarı belirlenirken, zarar verenin hukuka aykırı davranışı, bu davranışın özellikleri ve devam ettiği süre, zarar verenin kusur derecesi, ekonomik gücü ve bu davranışı sonucunda elde ettiği haksız menfaatler öncelikle dikkate alınır³⁰⁶.

Cezalandırıcı tazminatın telafi amacı taşıyamamasının ikinci sonucu ise tazminatın zarar miktarını aşamaması ve zenginleşme yasağı prensiplerinin, cezalandırıcı tazminata yabancı olmasıdır³⁰⁷. Cezalandırıcı tazminat, zararın telafisini

³⁰⁰ House of Lords, 21.6.1964, [1964] AC 1129, <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1964/1.html> (erişim tarihi: 20.11.2013).

³⁰¹ U.S. Sup. Ct., 418 U.S. 323 (1974), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/418/323/case.html> (erişim tarihi: 18.12.2014).

³⁰² U.S. Sup. Ct., 502 U.S. 301 (1992), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/502/301/> (erişim tarihi: 18.12.2014).

³⁰³ U.S. Sup. Ct. 532 U.S. 424 (2001), (Westlaw).

³⁰⁴ Beever, *a.g.e.*, s. 98, 109; Behr, *Punitive Damages in American and German Law*, s. 111, 125; Meurkens, *a.g.e.*, s. 6; Burrows, *English Private Law*, s. 1301; Van Dam, *a.g.e.*, s. 303-304; Wilcox, *a.g.e.*, s. 25; Sebok, *a.g.e.*, s. 171; Noussia, *a.g.e.*, s. 277; Collin, *a.g.e.*, s. 2.

³⁰⁵ Meurkens, *a.g.e.*, s.10-11; Behr, *Punitive Damages in American and German Law*, s. 111.

³⁰⁶ Beever, *a.g.e.*, s. 101; Behr, *Punitive Damages in American and German Law*, s. 111-112; Van Dam, *a.g.e.*, s. 304; Magnus, *Punitive Damages*, s. 250; Meurkens, *a.g.e.*, s. 10-11; Özden Merhacı, *a.g.e.*, s. 89.

³⁰⁷ Pablo Salvador Coderch, "Punitive Damages and Continental Law", *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 9. Jahrgang 2001, München: Verlag C. H. Beck, 2001, s. 604; Koziol, *Punitive*

amaçlamadığından miktarı, zarar miktarı ile sınırlı değildir³⁰⁸. Aksine zarar verenin cezalandırılması ve ibret verilmesi amacıyla öngörüldüğünden, bu amaçları gerçekleştirebilmek için zararı aşan bir miktar olarak belirlenmektedir³⁰⁹.

Bununla birlikte cezalandırıcı tazminat, tazminata ek olarak hükmedildiğinden onun, miktar olarak cezalandırmak ve ibret vermek açısından yetersiz kaldığı hallerde uygulanır³¹⁰. İngiliz hukukunda *Rookes / Barnard* kararında cezalandırıcı tazminata “*ancak ama ancak (if, but only if)*”, zararı gidermeyi amaçlayan tazminatın zarar vereni cezalandırmak ve ibret vermek açısından yetersiz kalması halinde hükmedilebileceği açıklanmıştır³¹¹. Benzer şekilde, Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin 1983 tarihli *Smith / Wade* kararında³¹² zarar verenin, tazminatın ötesinde cezalandırılmasının gerekip gerekmediğinin değerlendirilerek, cezalandırıcı tazminata hükmedileceği belirtilmiştir.

Cezalandırıcı tazminat, zararın telafisini amaçlamamasına rağmen zarar gören lehine hükmedilmektedir³¹³. Bu durum yadırganabilir. Özellikle söz konusu yaptırım sayesinde zarar görenin zenginleşecek olması, cezalandırıcı tazminatın kamusal amaçları ile çelişkili bulunacaktır³¹⁴. Nitekim ABD’nin bazı eyaletlerinde cezalandırıcı tazminatın zarar görene değil; devlete veya sivil toplum kuruluşlarına

Damages, s. 753; Schlueter, **a.g.e.**, s. 30; McGregor, **a.g.e.**, s. 366 vd.; Magnus, **Punitive Damages**, s. 245-246.

³⁰⁸ Rhett Traband, “An Erie Decision: Should State Statutes Prohibiting the Pleading of Punitive Damage Claims be Applied in Federal Diversity Actions”, **Stetson Law Review**, C. 21, 1996, s. 227; Behr, **Punitive Damages in American and German Law**, s. 110-111; Koziol, **Punitive Damages**, s. 751-752; Sebok, **a.g.e.**, s. 173, 174; Magnus, **Punitive Damages**, s. 250; Schlueter, **a.g.e.**, s. 30; Wilcox, **a.g.e.**, s. 38; Englard, **a.g.e.**, s. 1; Menyhárd, **a.g.e.**, s. 89; Ekşi, **Tanım-Tenfiz**, s. 586-587.

³⁰⁹ Behr, **Punitive Damages in American and German Law**, s. 111; Gotanda, **Comparative Analysis**, s. 395; Gotanda, **Supplemental Damages**, s. 194; Schlueter, **a.g.e.**, s. 30; Ekşi, **Tanım-Tenfiz**, s. 582; İstemi, **a.g.e.**, s. 2693; Özden Merhacı, **a.g.e.**, s. 89.

³¹⁰ Burrows, **English Private Law**, s. 1301; Wilcox, **a.g.e.**, s. 7; Wells, **a.g.e.**, s. 565; Menyhárd, **a.g.e.**, s. 88; Behr, **Punitive Damages in American and German Law**, s. 111; Law Commission Report, s. 64.

³¹¹ Ayrıca bu hususta bkz. Law Commission Report, s. 65; McGregor, **a.g.e.**, s. 388-389; Wilcox, **a.g.e.**, s. 26-28; Gotanda, **Comparative Analysis**, s. 402.

Yine İngiliz hukukunda 1986 tarihli *Riches / New Group Newspaper* kararında (House of Lords, [1985] 2 All ER 845, (naklen, Özden Merhacı, **a.g.e.**, s. 114)) her bir davacı için hükmedilen tazminat miktarının toplamının, zarar verenin cezalandırılmasını sağlayamaması halinde bu amacı gerçekleştirecek bir miktarın, tazminata ekleneceği belirtilmiştir.

³¹² U.S. Sup. Ct., 461 U.S. 30 (1983), <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=461&invol=30> (erişim tarihi: 22.12.2014).

³¹³ Koziol, **Reports and Conclusions**, s. 295; Schlueter, **a.g.e.**, s. 31 vd.; McGregor, **a.g.e.**, s. 365; Rustad/Koenig, **a.g.e.**, s. 1302; İstemi, **a.g.e.**, s. 2710.

³¹⁴ Schlueter, **a.g.e.**, s. 31-32.

ödenmesi benimsenmiştir³¹⁵.

Ancak zarar görenin, cezalandırıcı tazminata hak kazanmak için sarfettiği çaba ile masraflar göz önüne alınarak bunun, yalnızca zarar görene ifa edilmesi gerektiği savunulmaktadır³¹⁶. Ayrıca cezalandırıcı tazminatın zarar görene ifa edilmesinin, kişileri dava açmaya teşvik ettiği, bu suretle toplumsal faydaya hizmet ettiği belirtilmektedir³¹⁷.

b) Cezalandırma ve İbret Verme Amacı Taşınması

Cezalandırıcı tazminatın amaçları hakkında doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Ancak zarar vereni cezalandırmak (*punishment-retribution*) ve zarar veren ile toplumun geneline ibret vererek benzer davranışların meydana gelmesini önlemek (*deterrence*) olmak üzere iki temel amacı bulunduğu, mahkeme kararları³¹⁸ ve doktrinde³¹⁹ genel olarak kabul edilmektedir.

³¹⁵ Behr, **Punitive Damages in American and German Law**, s. 122; Sebok, **a.g.e.**, s. 176-178; Wells, **a.g.e.**, s. 566, dn. 60; Owen/Madden/Davis, **a.g.e.**, s. 312; Ekşi, **Tanım-Tenfiz**, s. 582.

Ohio Yüksek Mahkemesi'nin 2002 tarihli *Dardinger / Anthem Blue Cross & Blue Shield* kararında hükmedilen cezalandırıcı tazminat miktarının üçte ikisine tekabül eden yirmi milyon Amerikan Dolarının, davalı tarafından kanser alanında araştırma yapmak amacıyla kurulacak yardım kuruluşuna ifa edileceğine karar verilmiştir (Ryan, **a.g.e.**, s. 76, dn. 30; Sebok, **a.g.e.**, s. 178).

Georgia eyaleti hukukunda imalatçının sorumluluğundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda hükmedilen cezalandırıcı tazminatın %75'ine tekabül eden miktar, doğrudan devlete ifa edilmektedir (Schlegel, **a.g.e.**, s. 678, dn. 4; Owen/Madden/Davis, **a.g.e.**, s. 312). Florida, Alaska, Kansas, Missouri, Utah, Oregon eyaletlerinde de imalatçının sorumluluğunda hükmedilen cezalandırıcı tazminatın belirli bir oranının devlete ifa edilmesi kabul edilmiştir (Owen/Madden/Davis, **a.g.e.**, s. 312).

³¹⁶ Joseph W. Cotchett/ Mark C. Molumphy, "Punitive Damages: How Much Is Enough?", **Civil Litigation Reporter**, C. 20, S. 1, February 1998, *Elektronik Kaynak*, http://www.cpmlegal.com/news-publications-Punitive_Damages_How_Much_Is_Enough.html (erişim tarihi: 12.11.2014).

³¹⁷ Jack M. Beermann, "Punitive Damages in the United States", **DAJV Newsl.**, C. 32, 2007, s. 143; İstemi, **a.g.e.**, s. 2712.

³¹⁸ 1964 tarihli *Rookes / Barnard* kararında cezalandırıcı tazminatın, cezalandırma ve ibret vermeyi amaçlayan bir yaptırım niteliğinde olduğu ifade edilmiştir. Söz konusu kararda "zarar verenin, zarar görenin haklarını hiçe sayarak, onları küçümser şekilde hareket etmesi ve bunun sonucunda elde edeceği fayda ve kazancın, sorumlu tutulacağı tazminat miktarından çok daha fazla olacağını bilerek ve hesaplayarak zarara yol açan davranışta bulunması halinde hukuk düzeni tarafından böyle bir davranışın cezasız kalmayacağını gösterilmesi gerektiği" dile getirilmiştir.

Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin *Smith / Wade* kararı ile birlikte 1991 tarihli *Pacific Mutual Life Ins. Co. / Haslip* (U.S. Supp. Ct. U.S. 499 (1991), (Westlaw)) ve 2003 tarihli *State Farm Mutual Auto Insurance / Campbell* kararlarında cezalandırıcı tazminatın, zarar vereni cezalandırmak ve ileride meydana gelebilecek benzer nitelikteki davranışları önlemek şeklinde iki yönlü bir amaca sahip olduğu açıklanmıştır.

³¹⁹ David G. Owen, "The Moral Foundations of Punitive Damages", **Ala. L. Rev.**, C. 40, 1989, (Moral Foundations), s. 705; Thomas B. Colby, "Clearing the Smoke from Philip Morris v. Williams: The Past, Present, and Future of Punitive Damages", **Yale L. J.**, C. 118, 2008-2009, s. 395; Dan B. Dobbs, "Ending Punishment in 'Punitive' Damages: Deterrence Measured Remedies", **Ala. L. Rev.**, C. 40, 1989, s. 831; Olivera Boskovic, **La reparation du préjudice en droit international privé**, Paris:

Alman Federal Mahkemesi ise 4.6.1992 tarihli kararında³²⁰ cezalandırıcı tazminatın amaçlarını ortaya koymuştur. Kaliforniya mahkemesince verilmiş cezalandırıcı tazminat kararının Almanya’da tenfizine ilişkin bu kararda Federal Mahkeme, cezalandırıcı tazminatın dört amacı bulunduğunu belirtmiştir. Bunlar,

- (i) hukuka aykırı davranışı sebebiyle zarar vereni cezalandırmak;
- (ii) tazminata eklenen uygun bir miktar ile hem zarar verene hem de gelecekte benzer davranışlarda bulunabilecek olanlara ibret vererek, benzer davranışların meydana gelmesini önlemek;
- (iii) hukuk kurallarına uyulmasını sağlamak için zarar göreni dava açmaya teşvik etmek, böylelikle toplumsal barış ve düzeni sağlamak;
- (iv) tazminat ile telafi edilemeyecek zararların giderilmesi suretiyle yetersiz kalan tazminat miktarını tamamlamaktır.

Ancak Federal Mahkeme, sayılan bu amaçlar arasında cezalandırma ve ibret verme amacının baskın olduğunu ifade etmiştir³²¹.

L.G.D.J., 2003, **a.g.e.**, s. 94; McGregor, **a.g.e.**, s. 365; Treitel, **a.g.e.**, s. 1003; Owen, **Punitive Damages Overview**, s. 364; Winfield/Jolowicz, **a.g.e.**, s. 751; Ellis, **a.g.e.**, s. 3, 5-6; Behr, **Punitive Damages in American and German Law**, s. 110, 119-120; Salmond/Heuston, **a.g.e.**, s. 503; Koziol, **Reports and Conclusions**, s. 277; Meurkens, **a.g.e.**, s. 3, 5-6, 14; Brand, **Punitive Damages Revisited**, s. 185; Sebok, **a.g.e.**, s. 171, 173; Gotanda, **Comparative Analysis**, s. 396, 441; Gotanda, **Supplemental Damages**, s. 195, 207; Gotanda, **Charting Developments**, s. 510; Ausness, **a.g.e.**, s. 5-6, 39; Allen/Hartshorne/Martin, **a.g.e.**, s. 115; Owen, **Punitive Damages in Products Liability**, s. 1277; Parker, **a.g.e.**, s. 403; Murphy/Witting, **a.g.e.**, s. 681; Beucher/Sandage, **a.g.e.**, s. 971-972; Werner, **a.g.e.**, s. 102; Ryan, **a.g.e.**, s. 75; Schlueter, **a.g.e.**, s. 17, 22, 29; Rustad/Koenig, **a.g.e.**, s. 1309, 1318; Englard, **a.g.e.**, s. 1; Noussia, **a.g.e.**, s. 279; Wagner, **a.g.e.**, s. 1403; Salvador Coderch, **a.g.e.**, s. 612; Fuchs, **Art. 26 Rome II**, s. 431; Ekşi, **Tanıma-Tenfiz**, s. 581-582, 602; Ekşi, **Punitive Tazminat Kararı**, s. 24; Özden Merhacı, **a.g.e.**, s. 87-88.

Öte yandan cezalandırıcı tazminatın, örnek olma, hukuk kurallarına uyulmasını sağlama, dava açmaya teşvik etme, ıslah etme ve yargılama masraflarının telafisi gibi amaçlara da sahip olduğu doktrinde ifade edilmektedir (Ellis, **a.g.e.**, s. 3 vd., 10-12; Owen, **Punitive Damages Overview**, s. 373-382; Owen, **Punitive Damages in Products Liability**, s. 1278-1279; Owen/Madden/Davis, **a.g.e.**, s. 220-233; Gotanda, **Comparative Analysis**, s. 396; Schlueter, **a.g.e.**, s. 7-10, 22; Behr, **Punitive Damages in American and German Law**, s. 110, 121 vd.; Schlegel, **a.g.e.**, s. 681; Meurkens, **a.g.e.**, s. 3, 5-6; Sebok, **a.g.e.**, s. 171-180; Ausness, **a.g.e.**, s. 39; Quarta, **a.g.e.**, s. 763; Ekşi, **Tanıma-Tenfiz**, s. 583; Ekşi, **Punitive Tazminat Kararı**, s. 24-25; İstemi, **a.g.e.**, s. 2693, 2696-2697; Özden Merhacı, **a.g.e.**, s. 87).

Ancak belirtilen bu amaçların, cezalandırma ve ibret verme amaçları ile bağlantılı olduğu ve onlardan kaynaklandığı ileri sürülmektedir (Behr, **Punitive Damages in American and German Law**, s. 121; benzer yönde bkz. Ekşi, **Tanıma-Tenfiz**, s. 585).

³²⁰ BGH, 4.6.1992, (*naklen*, Partick J. Nettesheim/Henning Stahl, “Bundesgerichtshof Rejects Enforcement of United States Punitive Damages Award”, **Tex. Int’l L. J.**, C. 28, 1993, s. 416-417; Peter Hay, “The Recognition and Enforcement of American Money-Judgments in Germany-The 1992 Decision of the German Supreme Court”, **Am. J. Comp. L.**, C. 40, 1992, (American Money-Judgments), s. 731 vd.; Behr, **Punitive Damages in Germany**, s. 205; Brand, **Punitive Damages Revisited**, s. 185).

³²¹ *Naklen*, Nettesheim/Stahl, **a.g.e.**, s. 423.

Bu çerçevede cezalandırma amacı, cezalandırıcı tazminatın temel amacı ve varlık sebebi olarak değerlendirilir³²². Bu yaptırım, cezalandırma yoluyla ibret vermektedir³²³. Zarar verenin hukuka aykırı davranışının cezalandırılması, hukuk düzeni tarafından bu davranışın kınadığını ve buna tahammül edilmeyeceğini ortaya koyar. Böylelikle hem zarar verene hem de toplumun geneline ibret vererek, muhtemel zararların meydana gelmesi önlenir³²⁴.

Bu açıdan cezalandırıcı tazminat, zararın meydana gelmesini önlemek şeklinde *ex ante* bir işleve sahiptir³²⁵. Sosyal maliyetleri³²⁶ asgariye indirerek, ekonomik açıdan etkin bir sistem kurulmasını sağladığı ileri sürülmektedir³²⁷. Ayrıca cezalandırıcı tazminat ile sorumlu tutulma riskinin zarar vereni, uyuşmazlığı mahkemeler dışında çözümlenmesine teşvik ettiği belirtilmektedir³²⁸.

Zarar verenin hukuka aykırı davranışı sebebiyle toplumda bozulan adalet duygusunun, cezalandırıcı tazminat yoluyla onarılarak, toplumsal barış ve düzenin sağlandığı ifade edilmektedir³²⁹. Bu bakımdan cezalandırıcı tazminat, zarar görenin menfaatini değil; toplumun genelinin menfaatlerini ve kamu düzenini korumayı amaçlar³³⁰. Böyle bir amacın, sorumluluk hukukundan ziyade ceza hukukuna yakın olduğu açıktır. Ancak bu amacın, cezalandırıcı tazminat sayesinde ceza hukukundaki

³²² Burrows, *a.g.e.*, s. 408; Schlegel, *a.g.e.*, s. 681, 682; McGregor, *a.g.e.*, s. 365; Magnus, **Punitive Damages**, s. 245; Law Commission Report, s. 53; Amerikan mahkeme kararlarının bu yönde olduğu hakkında bkz. Beucher/Sandage, *a.g.e.*, s. 972-973; Sebok, *a.g.e.*, s. 175-176.

³²³ Owen, **Punitive Damages in Products Liability**, s. 1283-1284; Beever, *a.g.e.*, s. 102; Schlegel, *a.g.e.*, s. 681; Ausness, *a.g.e.*, s. 39; Ekşi, **Tanıtma-Tenfiz**, s. 585.

³²⁴ Owen, **Moral Foundations**, s. 714-716; Owen, **Punitive Damages Overview**, s. 377; Owen, **Punitive Damages in Products Liability**, s. 1280; Beever, *a.g.e.*, s. 102; Behr, **Punitive Damages in American and German Law**, s. 113; Ellis, *a.g.e.*, s. 8; Meurkens, *a.g.e.*, s. 6; Sebok, *a.g.e.*, s. 175; Ryan, *a.g.e.*, s. 75; Özden Merhacı, *a.g.e.*, s. 88, 91.

³²⁵ Owen, **Punitive Damages Overview**, s. 381; Owen/Madden/Davis, *a.g.e.*, s. 293; Behr, **Punitive Damages in American and German Law**, s. 113, 122; benzer yönde bkz. Sebok, *a.g.e.*, s. 179-180; Parker, *a.g.e.*, s. 419.

³²⁶ Hukukun ekonomik analizi perspektifinden sosyal maliyetlerden kasıt, haksız fiil sonucu oluşan zarar, zarar verenin tazminat borcu ve diğer idari masraflardır (Sanlı, *a.g.e.*, s. s. 171 vd.).

³²⁷ Ellis, *a.g.e.*, s. 8; Meurkens, *a.g.e.*, s. 6; Parker, *a.g.e.*, s. 419; Menyhárd, *a.g.e.*, s. 89; Colby, *a.g.e.*, s. 468 vd.

Cezalandırıcı tazminatın, ekonomik açıdan etkin ve verimli olmadığı yönündeki görüşler için bkz. Schlueter, *a.g.e.*, s. 33 vd.

³²⁸ Salvador Coderch, *a.g.e.*, s. 611.

³²⁹ Ellis, *a.g.e.*, s. 3; Owen, **Punitive Damages Overview**, s. 375-376; Owen, **Punitive Damages in Products Liability**, s. 1280-1281; Schlegel, *a.g.e.*, s. 681; Schlueter, *a.g.e.*, s. 26; Meurkens, *a.g.e.*, s. 6.

³³⁰ Schlueter, *a.g.e.*, s. 26; Wells, *a.g.e.*, s. 566; Ausness, *a.g.e.*, s. 5; Behr, **Punitive Damages in American and German Law**, s. 114.

yöntemlerden çok daha etkin bir şekilde sağlandığı ileri sürülmektedir³³¹.

Öte yandan zarar verenin davranışının aynı zamanda suç teşkil etmesi ve ceza yargılaması sonucunda bu davranışı sebebiyle bir ceza almış olması halinde ayrıca cezalandırıcı tazminat öngörülmemektedir³³². Ayrıca, zarar görenin uğradığı zarar ile ilgili olmayan bir fiilin cezalandırılması ve önlenmesi amacıyla da cezalandırıcı tazminata hükmedilmeyeceği, Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin 2003 tarihli *State Farm Mutual Auto Insurance Co. / Campbell* kararında³³³ ifade edilmiştir.

3) Hukuki Niteliği

a) Özel Hukuka İlişkin Olması

Cezalandırıcı tazminatın hukuki niteliği hakkında doktrinde farklı görüşler mevcuttur³³⁴. Ancak cezalandırıcı tazminatın, eşit kişiler arasındaki özel hukuktan kaynaklanan uyuşmazlıklarda prensip olarak, zarar gören lehine hükmedilen parasal bir yaptırım olması gerekçesiyle özel hukuka ait olduğu görüşü ağırlıktadır³³⁵. Bu

³³¹ Owen, **Punitive Damages Overview**, s. 384; McGregor, **a.g.e.**, s. 366; Beever, **a.g.e.**, s. 102; farklı bkz. Koziol, **Punitive Damages**, s. 762.

³³² Burrows, **English Private Law**, s. 1301; Burrows, **a.g.e.**, s. 420; McGregor, **a.g.e.**, s. 389-390; Van Dam, **a.g.e.**, s. 312; Wilcox, **a.g.e.**, s. 28-30; Allen/Hartshorne/Martin, **a.g.e.**, s. 126; Schlueter, **a.g.e.**, s. 673; Winfield/Jolowicz, **a.g.e.**, s. 755-756; Law Commission Report, s. 63; Özden Merhacı, **a.g.e.**, s. 112-113.

³³³ U.S. Sup. Ct., 538 U.S. 408 (2003), (WestLaw).

³³⁴ Doktrindeki bir görüşe göre cezalandırıcı tazminat, ceza hukukuna ait bir yaptırımdır (Jeffrey W. Grass, "The Penal Dimensions of Punitive Damages", **Hastings Const. L.Q.**, C. 12, 1984-1985, s. 241 vd.). Başka bir görüş, cezalandırıcı tazminatı sorumluluk hukukundaki bir "anomali" olarak nitelendirerek, ceza hukuku ile sorumluluk hukuku arasındaki ayrımı ortadan kaldıran, sakıncalı bir yapıya sahip olduğunu belirtmektedir (Koziol, **Punitive Damages**, s. 750 vd.; Beever, **a.g.e.**, s. 110; ayrıca bu hususta bkz. Schlueter, **a.g.e.**, s. 32, 79; McGregor, **a.g.e.**, s. 365-366; Sebok, **a.g.e.**, s. 161, 169-170; Meurkens, **a.g.e.**, s. 5). Diğer bir görüşe göre ceza hukuku ile sorumluluk hukuku arasındaki sınırdaki yer alan, her iki hukuk dalına da tamamen ait olmayan, "ceza benzeri (*quasi-criminal*)" parasal bir yaptırımdır (Schlegel, **a.g.e.**, s. 682 vd.; Owen/Madden/Davis, **a.g.e.**, s. 207; Owen, **Moral Foundations**, s. 705; Owen, **Punitive Damages Overview**, s. 365, 382; Schlueter, **a.g.e.**, s. 82; Ellis, **a.g.e.**, s. 2; Meurkens, **a.g.e.**, s. 5; Rustad/Koenig, **a.g.e.**, s. 1327). Farklı bir görüş ise ceza hukuku/sorumluluk hukuku ayrımına göre yapılacak bir değerlendirmenin, cezalandırıcı tazminatın hukuki niteliğini açıklamaya yeterli olmadığını; söz konusu yaptırımın zarar vereni cezalandırma yoluyla ibret verme ve önleme amaçlarına hizmet eden, karma nitelikte, kendine özgü -*sui generis*- bir yaptırım olduğunu savunmaktadır (Angela P. Harris, "Regarding Punitive Damages: Beyond Public/Private Distinction", **AL L. Rev.**, C. 40, 1988-1989, s. 1102 vd.; benzer yönde Wells, **a.g.e.**, s. 562 vd.; Owen, **Punitive Damages Overview**, s. 382).

³³⁵ Ernst C. Stiefel/Rolf Stürner/Astrid Stadler, "The Enforceability of Excessive of U.S. Punitive Damage Award in Germany", **Am. J. Comp. L.**, C. 39, 1991, s. 784; Hartwin Bungert, "Enforcing U.S. Excessive and Punitive Damages Awards in Germany", **Int'l L.**, C. 27, 1993, s. 1078-1079; Stoll, **a.g.e.**, s. 13; Sebok, **a.g.e.**, s. 167; Wilcox, **a.g.e.**, s. 7; Behr, **Punitive Damages in American and German Law**, s. 105 vd.; Owen/Madden/Davis, **a.g.e.**, s. 207; Meurkens, **a.g.e.**, s. 5; Gotanda, **Supplemental Damages**, s. 193; Owen, **Moral Foundations**, s. 705; Owen, **Punitive Damages Overview**, s. 365-366; Beucher/Sandage, **a.g.e.**, s. 972; Boskovic, **a.g.e.**, s. 94, 100; Ekşi, **Tanım-**

itibarla cezalandırıcı tazminat, cezalandırma ve ibret verme / önleme amacı taşıyan, özel hukuk alanındaki parasal bir yaptırım olarak değerlendirilmektedir³³⁶.

Mahkeme kararlarında da cezalandırıcı tazminatın, özel hukuka ait olduğu ifade edilmektedir. Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin 1989 tarihli *Browning-Ferries Industries / Kelco Disposal, Inc.*³³⁷ ve 2001 tarihli *Cooper Indus., Inc / Leatherman Tool Group Inc.* kararları bu yöndedir. *Browning-Ferries Industries / Kelco Disposal, Inc* kararında ise Amerikan Anayasası'ndaki aşırı ceza öngörülememesi kuralının (*excessive fines clause*), cezalandırıcı tazminat hakkında uygulanmayacağı kabul edilmiştir. Zira söz konusu Anayasal ilke, ceza hukukuna ilişkindir³³⁸. Dolayısıyla özel hukuka ait bir yaptırım olarak değerlendirilen cezalandırıcı tazminat hakkında uygulama alanı bulmayacaktır.

Ayrıca zarar görenin talebi olmadan, re'sen cezalandırıcı tazminata hükmedilmesi, kural olarak³³⁹ mümkün değildir³⁴⁰. İngiliz ve Amerikan hukukunda zarar görenin cezalandırıcı tazminat talebinde bulunması aranmıştır³⁴¹. Talep olmadan re'sen cezalandırıcı tazminata karar verilememesi de kanımızca onun, cezai yaptırımlardan farklı olduğunu ortaya koymaktadır.

b) Türk Hukuku Açısından Hukuki Niteliğinin Değerlendirilmesi

Türk hukukunda tazminat, zarar görenin uğradığı zararın karşılanması amacıyla zarar veren tarafından yerine getirilmesi gereken ve çoğunlukla para ile

Tenfiz, s. 606, 639.

³³⁶ Kenneth Mann, "Punitive Civil Sanctions: The Middleground Between Criminal and Civil Law", **Yale L. J.**, C. 101, 1991-1992, s. 1797-1798; Sebok, **a.g.e.**, s. 175; Meurkens, **a.g.e.**, s. 3, 5; Magnus, **Punitive Damages**, s. 245, 249; Beucher/Sandage, **a.g.e.**, s. 973; Gotanda, **Comparative Analysis**, s. 440; Ekşi, **Tanım-Tenfiz**, s. 602, 606.

³³⁷ U.S. Sup. Ct., 26.6.1989, 429 U.S. 257, (http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=492&invol=257 (erişim tarihi: 5.12.2014)).

³³⁸ Brand, **Punitive Damages**, s. 150; Brand, **Punitive Damages Revisited**, s. 186; Bungert, **a.g.e.**, s. 1079; Quarta, **a.g.e.**, s. 768; Ekşi, **Tanım-Tenfiz**, s. 592.

³³⁹ Amerikan hukukunda yer alan Clayton Kanunu'nda talep olmadan, re'sen cezalandırıcı tazminata hükmedilebildiği hakkında bkz. İstemi, **a.g.e.**, s. 2695.

³⁴⁰ Wilcox, **a.g.e.**, s. 47.

³⁴¹ Wilcox, **a.g.e.**, s. 46-47; Traband, **a.g.e.**, s. 228 vd.; Murphy/Witting, **a.g.e.**, s. 683; Sebok, **a.g.e.**, s. 184; Rustad, **a.g.e.**, s. 65; Özden Merhacı, **a.g.e.**, s. 116;

Amerikanın bir çok eyaletinde zarar görenin, cezalandırıcı tazminat sorumluluğu için aranan şartları, açık ve ikna edici delillerle (*clear and convincing evidence*) ortaya koyması gereklidir (Brand, **Punitive Damages**, s. 160).

ifade edilen bir edimdir³⁴². Cezalandırıcı tazminat, Türk hukukunda düzenlenmemiştir³⁴³; Türk sorumluluk hukukunun bir parçası değildir³⁴⁴. RKHK m. 58, f. 2 ile FSEK m. 68, f. 1’de öngörülen üç misli tazminatlar, gerçek anlamda birer cezalandırıcı tazminat değildir³⁴⁵. Söz konusu yaptırımların amaçları gözönüne alınarak, bunların olsa olsa cezalandırıcı tazminat ile benzer amaçlara hizmet ettiği söylenebilir.

Bununla birlikte Türk hukukunda kanun hükmü gereği zarar miktarını aşan miktarda bir tazminatın zarar veren tarafından ödenmesini öngören ve bu şekilde zarar verenin cezalandırılması ile muhtemel failleri hukuka aykırı davranmaktan caydırma amacına hizmet eden³⁴⁶, istisnai nitelikte³⁴⁷, “*özel hukuk cezası*” adı verilen yaptırımlar bulunmaktadır³⁴⁸.

Cezalandırıcı tazminatın da Türk hukuku açısından, özel hukuk cezası olarak yorumlanması mümkündür³⁴⁹. Cezalandırıcı tazminatın, özel hukuka ilişkin

³⁴² Tandoğan, **Mes’uliyet**, s. 253; Eren, **a.g.e.**, s. 514; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s. 581; H. Nomer, **Haksız Fiil Sorumluluğu**, s. 33, 52; Ergüne, **a.g.e.**, s. 329.

³⁴³ Farklı bkz. Güven, **Tanıma-Tenfiz**, s. 142.

³⁴⁴ Alman hukuku açısından benzer yönde bkz. Magnus, **Punitive Damages**, s. 255.

³⁴⁵ Alman ve Fransız hukukundaki benzer düzenlemeler açısından aynı yönde bkz. Salvador Coderch, **a.g.e.**, s. 606; Magnus, **Punitive Damages**, s. 254-255; Koziol, **Punitive Damages**, s. 759 vd.

Türk doktrinde RKHK m. 58, f. 2’deki misli tazminatın, cezalandırıcı tazminat (Güven, **Tanıma-Tenfiz**, s. 142; Güven, **Rekabetin Engellenmesi**, s. 453; Özden Merhacı, **a.g.e.**, s. 192); kanundan doğan cezai şart (Mustafa Topçuoğlu, “Rekabet Hukukunda Üç Kat Tazminat”, **Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 28-29 Mayıs 2009, Ankara: Gazi Üniversitesi İletişim Fakültesi Basımevi, 2009, s. 8); özel hukuk cezası (Nurkut İnan, “4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un Özel Hukuka İlişkin Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış”, **Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu**, 9 Nisan 2004, s. 52) olduğu ileri sürülmüştür.

RKHK ve FSEK’te öngörülen misli tazminatların, miktar açısından bir üst sınırının bulunması, cezalandırıcı tazminatın aksine miktarı belirlenirken zarar verenin ekonomik durumunun dikkate alınmaması sebebiyle, gerçek anlamda cezalandırıcı tazminat olmadıkları düşüncesindeyiz. Bunların, özel hukuk cezası teşkil ettiği görüşünü paylaşmaktayız.

³⁴⁶ Oğuzman/Öz, **C. II**, s. 108; s. 82, dn. 226; H. Nomer, **Haksız Fiil Sorumluluğu**, s. 35, dn. 11; Ergüne, **a.g.e.**, s. 330-331, dn. 112.

³⁴⁷ Bu hallerin, kıyas veya boşluk doldurma yoluyla genişletilmesi mümkün değildir (Oğuzman/Öz, **C. II**, s. 108).

³⁴⁸ Kişilik hakkının ihlali sebebiyle zarar verenin elde ettiği kazancın, vekaletsiz iş görme hükümleri uyarınca zarar görene iade edilmesi (TMK m. 25, f. 3); kötü niyetli haksız zilyedin, elde ettiği ve elde etmeyi ihmal ettiği kazançları, iade talep edene tazmin etmesi (TMK m. 995, f. 1); gerçek olmayan vekaletsiz işgörmeye iş sahibinin işgörmenden doğan faydaları işi görenden edinme hakkına sahip olması (TBK m. 530), özel hukuk cezalarına örnek teşkil eder (Oğuzman/Öz, **C. II**, s. 108; s. 82, dn. 226; Serozan, **Haksız Zenginleşme**, s. 316; Ergüne, **a.g.e.**, s. 330-331, dn. 112).

³⁴⁹ Doktrinde gerekçesine ilişkin bir ayrıntı verilmemekle birlikte özel hukuk cezası olduğu görüşünde bkz. Zeynep Derya Tarman, “Devletler Özel Hukuku Bakımından İmalatçının Sorumluluğu”, **TBB Dergisi**, S. 73, 2007, (Devletler Özel İmalatçı), s. 35.

Alman hukuku açısından cezalandırıcı tazminatın, özel hukuk cezası olarak yorumlanabileceği

uyuşmazlıklarda öngörülmesi, cezalandırma ve ibret verme amacı taşıması, bu sebeple miktarının, zarar miktarından fazla olması ve prensip olarak zarar gören lehine hükmedilmesi, özel hukuk cezası ile benzer yönleridir³⁵⁰.

Öte yandan Türk hukukunda borcunu ihlal eden borçlunun, alacaklıya ceza tutarı ödemesini kabul ettiği cezai şart -ceza koşulu-, zararın varlığına bağlı değildir³⁵¹. BK m. 180 uyarınca borcun ihlali sonucunda hiçbir zarar doğmasa dahi alacaklı, cezai şart talep edebilir. Ayrıca cezai şart da tıpkı cezalandırıcı tazminat gibi zararın telafisi amacını taşımaz³⁵².

Ancak aralarında bazı benzerlikler bulunmasına karşın cezalandırıcı tazminatın, cezai şart olarak yorumlanamayacağı kanısındayız. Zira cezai şart, irade serbestisi ve sözleşme özgürlüğüne dayanan bir kurumdur. Cezai şartın kaynağı, taraflar arasındaki anlaşmadır. Buna karşılık cezalandırıcı tazminat, kanuni bir düzenlemeye ya da müşterek hukuka dayanır. Bu açıdan, her iki yaptırım arasında önemli bir farklılık mevcuttur. Bunun yanında cezai şart, sözleşmeden doğan borcun ifasını sağlama amacı taşır. Cezalandırıcı tazminatın ise böyle bir amacı bulunmaz.

B) Cezalandırıcı Tazminatın Uygulanması

1) Şartları

Kanuni düzenlemenin bulunduğu hallerde cezalandırıcı tazminatın şartları, somut uyuşmazlıkta uygulama alanı bulacak kanun hükmüne göre belirlenir³⁵³.

görüşünde bkz. Joachim Zekoll, "Recognition and Enforcement of American Products Liability Awards in the Federal Republic of Germany", **Am. J. Comp. L.**, C. 37, 1989, (American Product Liability Awards), s. 328-330; Hay, **American Money-Judgments**, s. 746; Bungert, **a.g.e.**, s. 1078.

Bununla birlikte Alman doktrininde bir görüş, cezalandırıcı tazminatın manevi tazminat ile benzerlik taşıdığını savunmuştur (*naklen*, Zekoll, **American Products Liability Awards**, s. 326, dn. 136'da belirtilen yazar). Bu görüş, manevi tazminatın telafi edici yönü yanında caydırıcı bir amacının bulunmasının ve miktarının belirlenmesinde zarar verenin mali durumunun dikkate alınmasının, cezalandırıcı tazminat ile benzer yönleri olduğunu belirtmişlerdir.

Ancak Alman Federal Mahkemesi 1992 tarihli kararında bu benzerliği kabul etmemiş ve manevi tazminatın, cezalandırma amacı taşımadığını belirtmiştir (BGH, 4.6.1992, *naklen*, Behr, **Punitive Damages in American and German Law**, s. 158; Nettesheim/Stahl, **a.g.e.**, s. 421).

³⁵⁰ Türk hukukunda özel hukuk cezalarının kanun gereği söz konusu olmasına karşın cezalandırıcı tazminatın, çoğunlukla hakim veya jürinin takdirine bağlı olarak öngörüldüğü eleştirisi ileri sürülebilir. Fakat bunun, müşterek hukukun özelliği ve gelişim süreci ile ilgili olduğu ifade edilebilir.

³⁵¹ Oğuzman/Öz, **C. II**, s. 518; Eren, **a.g.e.**, s. 1186-1187; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s. 358.

³⁵² Eren, **a.g.e.**, s. 1181. Cezai şartın amaçları hakkında bkz. Kenan Tunçomağ, **Türk Hukukunda Cezai Şart**, İstanbul: Baha Matbaası, 1963, s. 48-52.

³⁵³ Örneğin, İngiliz hukukunda 1977 tarihli Patent Kanunu ile 1988 tarihli Telif Hakkı, Tasarımlar ve

Kanuni düzenlemenin bulunmaması halinde ise söz konusu yaptırım, müşterek hukukta geliştirilen şartlar uyarınca, mahkeme veya jürinin takdirine bağlı olarak öngörülür³⁵⁴. Bu kapsamda İngiliz ve Amerikan hukukunda cezalandırıcı tazminata hükmedilebilmesi için aşağıdaki şartlar aranmaktadır:

- (i) Zarar verenin hukuka aykırı bir davranışının bulunması³⁵⁵;
- (ii) Bu davranışın sonucunda bir zararın doğması³⁵⁶;
- (iii) Zarar verenin ağır kusurlu olması³⁵⁷;
- (iv) Zarar verenin bu davranışı sebebiyle cezalandırılması ve ibret verilmesi ihtiyacının söz konusu olması³⁵⁸;
- (v) Zararı telafi etmeyi amaçlayan tazminatın, zarar vereni cezalandırmak ve ibret vermek açısından yetersiz kalması³⁵⁹;

Patentler Hakkında Kanun'da cezalandırıcı tazminat ve şartları açıkça düzenlenmiştir. Amerikan hukukunda 1914 tarihli Clayton Rekabet Kanunu, organize suçlarla mücadele hakkındaki RICO Kanunu'nda cezalandırıcı tazminat öngörülmüştür.

³⁵⁴ Sebok, **a.g.e.**, s. 155, 180; Schlueter, **a.g.e.**, s. 27; Allen/Hartshorne/Martin, **a.g.e.**, s. 120-121; Meurkens, **a.g.e.**, s. 9-10; Sebok, **a.g.e.**, s. 180; Owen/Madden/Davis, **a.g.e.**, 206, 266; Owen, **Punitive Damages in Products Liability**, s. 1265; Owen, **Punitive Damages Overview**, s. 384-385; Magnus, **Punitive Damages**, s. 250; Gotanda, **Comparative Analysis**, s. 422; Behr, **Punitive Damages in American and German Law**, s. 116; Beermann, **a.g.e.**, s. 141; Fuchs, **Art. 26 Rome II**, s. 431; Ekşi, **Tanım-Tenfiz**, s. 584, 586; Özden Merhacı, **a.g.e.**, s. 116.

³⁵⁵ Beever, **a.g.e.**, s. 101; Behr, **Punitive Damages in American and German Law**, s. 111-112; Van Dam, **a.g.e.**, s. 304; Magnus, **Punitive Damages**, s. 250; Meurkens, **a.g.e.**, s. 10-11.

³⁵⁶ Schlueter, **a.g.e.**, s. 358-359, 363; Behr, **Punitive Damages in American and German Law**, s. 11-112; Owen, **Punitive Damages Overview**, s. 364-365; Sebok, **a.g.e.**, s. 171; Meurkens, **a.g.e.**, s. 8; Owen, **Punitive Damages in Products Liability**, s. 1281; Murphy/Witting, **a.g.e.**, s. 683; Collin, **a.g.e.**, s. 57; İstemi, **a.g.e.**, s. 2696; Özden Merhacı, **a.g.e.**, s. 144-145; karş. Ekşi, **Tanım-Tenfiz**, s. 585.

³⁵⁷ Jim Gash, "Understanding and Solving the Multiple Punishments Problems", **The Power of Punitive Damages - Is Europe Missing Out?**, Ed. Lotte Merckens/Emily Nordin, Cambridge-Antwerp-Portland: Intersentia, 2014, s. 69; Wilcox, **a.g.e.**, s. 12; Allen/Hartshorne/Martin, **a.g.e.**, s. 123-124; Meurkens, **a.g.e.**, s. 8-9; Gotanda, **Comparative Analysis**, s. 399-400; Gotanda, **Supplemental Damages**, s. 195 ve s. 207; Özden Merhacı, **a.g.e.**, s. 103, 130-131; Sebok, **a.g.e.**, s. 181; Beucher/Sandage, **a.g.e.**, s. s. 967, 971; Beermann, **a.g.e.**, s. 141; İstemi, **a.g.e.**, s. 2695-2696.

Hafif ihmali halinde cezalandırıcı tazminat kabul edilmemiştir (Schlueter, **a.g.e.**, s. 161-162; Meurkens, **a.g.e.**, s. 10).

³⁵⁸ McGregor, **a.g.e.**, s. 384-392; Wilcox, **a.g.e.**, s. 25-32; Schlueter, **a.g.e.**, s. 13; Allen/Hartshorne/Martin, **a.g.e.**, s. 125-127; Gotanda, **Comparative Analysis**, s. 402; Murphy/Witting, **a.g.e.**, s. 683; Law Commission Report, s. 65 vd.; Özden Merhacı, **a.g.e.**, s. 111-116.

³⁵⁹ McGregor, **a.g.e.**, s. 388-389; Winfield/Jolowicz, **a.g.e.**, s. 577; Burrows, **English Private Law**, s. 1301; Wilcox, **a.g.e.**, s. 7; Wells, **a.g.e.**, s. 565; Menyhárd, **a.g.e.**, s. 88; Behr, **Punitive Damages in American and German Law**, s. 111; Murphy/Witting, **a.g.e.**, s. 683; Law Commission Report, s. 64.

(vi) Zarar verenin bu davranış sebebiyle ayrıca bir ceza almamış olmasıdır³⁶⁰.

Somut uyuşmazlıkta yukarıda sayılan şartlardan yalnızca birinin bulunması, cezalandırıcı tazminata hükmedilmesi için yeterli değildir. Cezalandırıcı tazminatın, keyfi olarak uygulama alanı bulan bir yaptırım olduğu düşünülmemelidir³⁶¹.

Ayrıca her türlü hukuka aykırı davranış, zarar veren ağır kusurlu olsa dahi cezalandırıcı tazminata yol açmaz. Cezalandırıcı tazminat, son çare olarak öngörülen, istisnai ve olağanüstü bir hukuki yaptırımdır³⁶². Cezalandırıcı tazminat için zarara yol açan eylemin belirli niteliklere sahip olmasının yanında zarar verenin bu eylemde bulunurken belirli bir amaç dahilinde hareket etmesi aranmaktadır³⁶³.

Yukarıda sayılan şartlar içerisinde en önemlileri, zarar verenin ağır kusuru ile hukuka aykırı davranışının, cezalandırılmayı ve ibret vermeyi gerektirmesidir³⁶⁴. Zarar verenin ağır kusurlu olup olmadığının tespitinde gözetilecek unsurlar, Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin 1996 tarihli *BMW of North America Inc. / Gore* kararı³⁶⁵ ile 2003 tarihli *State Farm Mutual Auto Insurance Co. / Campbell* kararlarında ortaya konulmuştur. Buna göre, meydana gelen zararın niteliği³⁶⁶; zarar

³⁶⁰ Burrows, **English Private Law**, s. 1301; Burrows, **a.g.e.**, s. 420; McGregor, **a.g.e.**, s. 389-390; Winfield/Jolowicz, **a.g.e.**, s. 755-756; Van Dam, **a.g.e.**, s. 312; Wilcox, **a.g.e.**, s. 28-30; Allen/Hartshorne/Martin, **a.g.e.**, s. 126; Schlueter, **a.g.e.**, s. 673; Özden Merhacı, **a.g.e.**, s. 112-113; Law Commission, **Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages**, Law Commission No: 247, 16.11.1997, LC247, *Elektronik Kaynak*, (Law Commission Report), s. 63, http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/lc247_aggravated_exemplary_and_restitutionary_damages.pdf (erişim tarihi: 11.12.2014).

³⁶¹ Sebok, **a.g.e.**, s. 156-157; Schlegel, **a.g.e.**, s. 693.

³⁶² Sebok, **a.g.e.**, s. 156; Wilcox, **a.g.e.**, s. 27; Gotanda, **Supplemental Damages**, s. 229; McGregor, **a.g.e.**, s. 368; Law Commission Report, s. 64.

³⁶³ Anthony J. Sebok, "The U.S. Supreme Court's Theory of Common Law Punitive Damages: An Inauspicious Start", **The Power of Punitive Damages - Is Europe Missing Out?**, Ed. Lotte Merckens/Emily Nordin, Cambridge-Antwerp-Portland: Intersentia, 2014, (Supreme Court's Theory), s. 134-135; Meurkens, **a.g.e.**, s. 9; Wilcox, **a.g.e.**, s. 12; Allen/Hartshorne/Martin, **a.g.e.**, s. 123-124; Gotanda, **Comparative Analysis**, s. 399-400; Özden Merhacı, **a.g.e.**, s. 103.

³⁶⁴ Sebok, **a.g.e.**, s. 181; Gotanda, **Supplemental Damages**, s. 195, 207; Gotanda, **Comparative Analysis**, s. 402, 426; Beucher/Sandage, **a.g.e.**, s. s. 967, 971; McGregor, **a.g.e.**, s. 370-372; Beermann, **a.g.e.**, s. 141; Meurkens, **a.g.e.**, s. 8-9; Noussia, **a.g.e.**, s. 278; Wilcox, **a.g.e.**, s. 20; Murphy/Witting, **a.g.e.**, s. 681; Gash, **a.g.e.**, s. 69; Behr, **Punitive Damages in American and German Law**, s. 120-121. İstemi, **a.g.e.**, s. 2695-2696; Özden Merhacı, **a.g.e.**, s. 130-131.

Amerikan Yüksek Mahkemesi 1983 tarihli *Smith / Wade* kararında cezalandırıcı tazminatın kabul edildiği eyaletlerin çoğunda bu yaptırımın, zarar verme kastı ile veya başkalarının haklarının hiçe sayılarak, kayıtsızlık içinde hareket edilmesi halinde uygulandığını belirtmiştir.

Restatement (Second) of Torts §908 düzenlemesinde de zarar verenin ağır kusurlu olduğu yani kötülük etme saikiyle hareket ettiği veya bilinçli olarak başkalarının haklarını hiçe saydığı hallerde cezalandırıcı tazminata hükmedileceği öngörülmüştür.

³⁶⁵ U.S. Sup. Ct., 517 U.S. 559 (1996), (WestLaw).

³⁶⁶ Burada hukuka aykırı davranışın ekonomik kayıplardan ziyade kişilerin vücut bütünlüğünde bir

verenin hukuka aykırı eylemde bulunurken, toplumun güvenliği ve sağlığına karşı kayıtsızlık içinde davranıp davranmadığı; eylemin, kötülük etme niyeti veya hile ile işlenip işlenmediği; zarar verenin, haksız kazanç elde etmek amacıyla bu eylemde bulunup bulunmadığı; hukuka aykırı davranışın tek bir sefere mi mahsus olduğu yoksa geçmişte benzer davranışların söz konusu olup olmadığı, dikkate alınmaktadır.

2) Uygulandığı Alanlar

a) Genel Olarak

İngiliz hukukunda 2002 tarihli *Kuddus / Chief Constable of Leicestershire* kararına³⁶⁷ kadar cezalandırıcı tazminat, sınırlı bir alanda uygulanmıştır³⁶⁸. Buna göre kişilik haklarının ihlali, mülkiyet hakkının ihlali, iftira, kiralanmış taşınmazın hukuka aykırı tahliyesi gibi yararlanma hakkının özel ihlali gibi alanlarda cezalandırıcı tazminat uygulanmıştır³⁶⁹. Söz konusu karar sonrasında ise zarar verenin cezalandırılmayı hak eden, ağır kusurlu bir davranışı sonucunda meydana gelen her türlü haksız fiil sonucunda İngiliz hukuku uyarınca cezalandırıcı tazminata hükmedilebileceği kabul edilmektedir³⁷⁰.

zarara yol açması, zarar verenin kusurunun ağırlığının tespitinde önem taşımaktadır (Collin, **a.g.e.**, s. 63-64, Ryan, **a.g.e.**, s. 86).

İmalatçının sorumluluğu bakımından bu yönde bkz. Rustad, **a.g.e.**, s. 62 vd.; Rustad/Koenig, **a.g.e.**, s. 1312, 1317; Owen/Madden/Davis, **a.g.e.**, s. 287.

³⁶⁷ House of Lords, 7.6.2001, [2001] UKHL 29, (<http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2001/29.html>) (erişim tarihi: 6.12.2014)).

³⁶⁸ Bu sınırlama, 1964 tarihli *Rooges / Barnard* kararına dayanmaktaydı. Söz konusu kararda cezalandırıcı tazminatın uygulanabileceği üç hal sayılmıştı. Bunlar, (i) polisler ve belediye memurları dahil kamu görevlilerinin baskıcı, keyfi ve Anayasaya aykırı davranışları sonucunda meydana gelen zararlar; (ii) zarar verenin, sorumlu tutulacağı tazminat miktarını aşan bir kazanç ve menfaat elde edeceğini hesaplayarak kasten verdiği zararlar ile (iii) açık kanun hükmüyle cezalandırıcı tazminatın öngörüldüğü hallerdir. Bu konuda bkz. (Jonathan Morgan, “Reflections on Reforming Ounitive Damages in English Law”, **The Power of Punitive Damages - Is Europe Missing Out?**, Ed. Lotte Merckens/Emily Nordin, Cambridge-Antwerp-Portland: Intersentia, 2014, s. 184; McGregor, **a.g.e.**, s. 366, 370 vd.; Winfield/Jolowicz, **a.g.e.**, s. 751-752; Wilcox, **a.g.e.**, s. 8; Schlueter, **a.g.e.**, s. 11-12, 666; Allen/Hartshorne/Martin, **a.g.e.**, s. 115-116; Brand, **Punitive Damages**, s. 146-147; Gotanda, **Supplemental Damages**, s. 197; Gotanda, **Comparative Analysis**, s. 399; Noussia, **a.g.e.**, s. 278; Englard, **a.g.e.**, s. 7; Salmond/Heuston, **a.g.e.**, s. 505; Burrows, **a.g.e.**, s. 410; Murphy/Witting, **a.g.e.**, s. 682; Chapman/Trebilcock, **a.g.e.**, s. 746; Boskovic, **a.g.e.**, s. 93; Özden Merhacı, **a.g.e.**, s. 97.

1972 tarihli *Cassell & Co. Ltd. / Broome* kararında da bu haller teyit edilerek, bunlar dışında İngiliz hukukunda cezalandırıcı tazminata hükmedilemeyeceği ifade edilmiştir (Schlueter, **a.g.e.**, s. 11, 666-667; Wilcox, **a.g.e.**, s. 8; Gotanda, **Comparative Analysis**, s. 400; Gotanda, **Supplemental Damages**, s. 198; Noussia, **a.g.e.**, s. 278; Chapman/Trebilcock, **a.g.e.**, s. 748-749; Özden Merhacı, **a.g.e.**, s. 98).

³⁶⁹ Wilcox, **a.g.e.**, s. 19; Allen/Hartshorne/Martin, **a.g.e.**, s. 125; Gotanda, **Comparative Analysis**, s. 401; McGregor, **a.g.e.**, s. 370 vd.; Law Commission Report, s. 61; Özden Merhacı, **a.g.e.**, s. 110.

³⁷⁰ McGregor, **a.g.e.**, s. 370-372; Gotanda, **Comparative Analysis**, s. 402; Noussia, **a.g.e.**, s. 278; Wilcox, **a.g.e.**, s. 20; Murphy/Witting, **a.g.e.**, s. 681.

İngiliz hukukunun aksine Amerika, Kanada, Yeni Zelanda ve Avusturalya hukukunda cezalandırıcı tazminatın uygulanabileceği haller sınırlandırılmamıştır³⁷¹.

Amerikan hukukunda 20. yüzyılın başlarında zarar verenin sahip olduğu gücü kötüye kullanarak (*abuse of power*), zarar görene kasten haksız bir muamelede bulunduğu hallerde cezalandırıcı tazminat uygulanmıştır³⁷². İkinci Dünya Savaşı sonrasında ise bu uygulama, ekonomik haksız fiil olarak nitelendirilen alanlara sirayet etmiştir³⁷³. Günümüzde kişilik haklarının ihlali, sigorta, sahtekarlık (*fraud*) teşkil eden haller, ticari veya tüketici satımlarından kaynaklanan uyuşmazlıklar, deniz hukuku, çevre zararları ile tüketicinin korunması ihtiyacıyla Amerikan hukukunda cezalandırıcı tazminatın uygulandığı belirtilmektedir³⁷⁴.

b) Sözleşmeye Aykırılık Halinde Uygulanması

Sözleşmeye aykırılık halinde cezalandırıcı tazminata hükmedilmesi, genel olarak kabul edilmemektedir³⁷⁵. Cezalandırıcı tazminatın, sözleşmesel sorumluluğun bünyesine uygun olmadığı, zarar görenin sebepsiz zenginleşmesine yol açacağı savunulmaktadır³⁷⁶. Buna göre İngiliz hukukunda³⁷⁷ ve ABD'nin bir çok eyaletinde³⁷⁸ sözleşmeye aykırılık halinde cezalandırıcı tazminat öngörülmemektedir.

³⁷¹ Brand, **Punitive Damages**, s. 147-148; Fuchs, **Art. 26 Rome II**, s. 432.

³⁷² Sebok, **a.g.e.**, s. 163; Rustad/Koenig, **a.g.e.**, s. 1292-1294; Schlegel, **a.g.e.**, s. 683-684.

³⁷³ Sebok, **a.g.e.**, s. 165; Rustad/Koenig, **a.g.e.**, s. 1302-1303; Schlegel, **a.g.e.**, s. 684-685.

³⁷⁴ Rustad/Koenig, **a.g.e.**, s. 1303-1304; Sebok, **a.g.e.**, s. 158; Meurkens, **a.g.e.**, s. 9; Gash, **a.g.e.**, s. 70-71; Gotanda, **Comparative Analysis**, s. 421; Ekşi, **Tamma-Tenfiz**, s. 583.

³⁷⁵ Robert Hardy, "Punitive Damages for Certain Categories of Breach of Contract?", **The Power of Punitive Damages - Is Europe Missing Out?**, Ed. Lotte Merckens/Emily Nordin, Cambridge-Antwerp-Portland: Intersentia, 2014, s. 357; Andrew M. Tettenborn, "Punitive Damages for Breach of Contract: What's So Special About Contract Claims", *Elektronik Kaynak*, 2005, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=938700, s. 3 vd.; Ekşi, **Punitive Tazminat Kararı**, s. 24; İstemi, **a.g.e.**, s. 2698.

³⁷⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Hardy, **a.g.e.**, s. 363-370; Chapman/Trebilcock, **a.g.e.**, s. 818-819; İstemi, **a.g.e.**, s. 2698-2699.

³⁷⁷ Solène Rowan, "Reflections on the Introduction of Punitive Damages for Breach of Contract", **Ox. J. L. St.**, C. 30, S. 3, 2010, s. 497; Treitel, **a.g.e.**, s. 1003-1004; McGregor, **a.g.e.**, s. 373; Schlueter, **a.g.e.**, s. 669; Wilcox, **a.g.e.**, s. 21; Burrows, **a.g.e.**, s. 408; Gotanda, **Comparative Analysis**, s. 402; Hardy, **a.g.e.**, s. 357; Noussia, **a.g.e.**, s. 278; Ekşi, **Tamma-Tenfiz**, s. 583.

Ancak İngiliz hukukunda *Kuddus / Chief Constable of Leicestershire* kararı sonucunda cezalandırıcı tazminata dair sınırlamaların kaldırılmasına dayanılarak, sözleşmeye aykırılık halinde de cezalandırıcı tazminatın öngörülebileceği ileri sürülmektedir (McGregor, **a.g.e.**, s. 373; Noussia, **a.g.e.**, s. 278; Burrows, **a.g.e.**, s. 410 vd.; İstemi, **a.g.e.**, s. 2699).

³⁷⁸ Charles Calleros, "Punitive Damages, Liquidated Damages and *Clauses Pénales* in Contract Actions: A Comparative Analysis of the American Common Law and the French Civil Code", **Brook. J. Int'l L.**, C. 32, 2006, s. 69, 71; Schlegel, **a.g.e.**, s. 685; Meurkens, **a.g.e.**, s. 9; İstemi, **a.g.e.**, s. 2699.

Bununla birlikte daha fazla kazanç elde etmek amacıyla sözleşmenin kasten ihlal edildiği hallerde (*opportunistic breach*), cezalandırıcı tazminata hükmedilebileceği doktrinde savunulmaktadır³⁷⁹. Nitekim Kanada³⁸⁰ ve ABD'nin bazı eyaletlerinde³⁸¹ sözleşmeye aykırılığın, başkalarının haklarının hiçe sayılarak, dürüstlük kuralı ve eşit muamelede bulunma yükümlülüğüne aykırı davranılarak, belirli bir menfaat elde etmek amacıyla gerçekleşmesi halinde cezalandırıcı tazminata hükmedilmesi kabul edilmektedir.

3) İmalatçının Sorumluluğunda Cezalandırıcı Tazminatın Uygulanmasına İlişkin Esaslar

Modern anlamıyla imalatçının sorumluluğunun doğduğu Amerikan hukukunu diğer hukuklardan ayıran en önemli özelliklerden birinin, bu alanda cezalandırıcı tazminatın uygulanması olduğu belirtilmektedir³⁸². Ancak, bununla kastedilmek istenenin, bu alanda cezalandırıcı tazminatın Amerikan hukukundaki yerleşmiş bir uygulama olması ve yüksek miktarlarda cezalandırıcı tazminat kararlarıyla karşılaşılması olduğu kanısındayız³⁸³. Zira imalatçının sorumluluğunda cezalandırıcı tazminatın uygulandığı tek hukuk düzeni, ABD değildir. Kanada hukukunda 1988 tarihli *Vlchek / Koshel* kararında³⁸⁴ imalatçı, cezalandırıcı tazminatla sorumlu tutulmuştur. Ayrıca daha önce belirtildiği gibi Çin Borçlar Kanunu m. 47'de

³⁷⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Hardy, **a.g.e.**, s. 375-376.

³⁸⁰ Kanada Yüksek Mahkemesi, 2000 tarihli *Royal Bank of Canada / W. Got & Associates Electric Ltd.* kararında sözleşmeye aykırılık sonucunda öngörülecek yaptırımların ibret vermek açısından yetersiz kalacağı hallerde cezalandırıcı tazminata hükmedilebileceğini açıklamıştır.

2002 tarihli *Whiten / Pilot Insurance Co.* kararında (Supp. Ct. Of Canada, 2002 SCC 18, <http://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/2002/2002scc18/2002scc18.html> (erişim tarihi: 20.12.2014)) Yüksek Mahkeme, sigorta sözleşmesinden doğan bir uyuşmazlıkta sigortacının cezalandırıcı tazminat ile sorumlu tutulmasını kabul etmiştir. Mahkeme, mevcut olayda sigortalının talebinin sebepsiz yere reddedildiğini; bunun, ekonomik açıdan zor durumda olan sigortalının daha düşük bir ödemeye razı edilmesi amacıyla yapıldığını; bu şekilde dürüstlük kuralına aykırı davranan sigortacının cezalandırıcı tazminat ile sorumlu tutularak cezalandırılması gerektiğini belirtmiştir.

³⁸¹ Calleros, **a.g.e.**, s. 71; İstemi, **a.g.e.**, s. 2699.

Örneğin ABD'nin bazı eyaletlerinde sigortacıların sebepsiz yere reddettiği taleplerde (*bad faith claims*) cezalandırıcı tazminat uygulanmaktadır (J. L. Smeehuijzen, "Some Tentative Thoughts on Punitive Damages in Case of Bad Faith Claim Handling by Insurers", **The Power of Punitive Damages - Is Europe Missing Out?**, Ed. Lotte Merckens/Emily Nordin, Cambridge-Antwerp-Portland: Intersentia, 2014, s. 459; Calleros, **a.g.e.**, s. 72). Bu kapsamda sigortacıların yapacakları ödemeleri kasten geciktirmesi, bunun için gerekli incelemeleri yapmaktan kaçınmaları, geçersiz sebepler ileri sürdükleri hallerde sigortacıların cezalandırılması ve toplumun genelinin korunması amacıyla cezalandırıcı tazminat öngörülmektedir (Smeehuijzen, **a.g.e.**, s. 462-463).

³⁸² Shapo, **a.g.e.**, s. 324; Chapman/Trebilcock, **a.g.e.**, s. 759; Kaplan/Sherk, **a.g.e.**, s. 244.

³⁸³ Benzer yönde bkz. Owen/Madden/Davis, **a.g.e.**, s. 213.

³⁸⁴ *Naklen*, Chapman/Trebilcock, **a.g.e.**, s. 755.

imalatçının sorumluluğuna özgü olarak cezalandırıcı tazminat öngörülmüştür³⁸⁵.

Bununla beraber imalatçının sorumluluğunda cezalandırıcı tazminat, en yoğun Amerikan hukukunda uygulandığından, bu bölümdeki açıklamaların, Amerikan hukuku esas alınarak yapılması uygun görülmüştür. Buna göre Amerikan hukukunda imalatçının kusursuz sorumluluğunun kabulünden kısa bir süre sonra bu alanda cezalandırıcı tazminat uygulanmaya başlanmıştır³⁸⁶. Kaliforniya İstinaf Mahkemesi'nin 1967 tarihli *Toole / Richardson-Merell Inc.* kararı³⁸⁷, imalatçının cezalandırıcı tazminat ile sorumlu tutulduğu ilk karardır³⁸⁸.

Wisconsin Yüksek Mahkemesi'nin 1980 tarihli *Wangen / Ford Motor Co.* kararında³⁸⁹ cezalandırıcı tazminatın, imalatçının kusursuz sorumluluğu ile bağdaşmadığı iddiası reddedilmiştir³⁹⁰. Mahkeme, cezalandırıcı tazminatın uygulanması için, imalatçının kasten bir zarara yol açmasının gerekmediğini belirtmiştir. Mahkeme imalatçının, başkalarının haklarına kayıtsızlık içinde davranmasını cezalandırıcı tazminat açısından yeterli görmüştür.

³⁸⁵ Binding/Eisenber, **a.g.e.**, s. 25.

³⁸⁶ Gash, **a.g.e.**, s. 70; Owen/Madden/Davis, **a.g.e.**, s. 211; Sebok, **a.g.e.**, s. 165; Rustad/Koenig, **a.g.e.**, s. 1302-1303; Schlegel, **a.g.e.**, s. 684-685; Ausness, **a.g.e.**, s. 7.

³⁸⁷ Cal. Ct. App., 12.6.1967, 251 2d 689, (<http://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/2d/251/689.html>).

³⁸⁸ Ausness, **a.g.e.**, s. 10; Gash, **a.g.e.**, s. 70; Rustad, **a.g.e.**, s. 18.

Karara konu somut olayda Richardson-Merell şirketi tarafından üretilen ve piyasaya sürülen MER/29 isimli ilacı kullanan çok sayıda kişinin gözünde katarakt oluşmuştur. Bu ilaçtan zarar gören davacı, imalatçının test aşamasında bu ilaç sebebiyle hayvanlarda katarakt geliştiğini gözardı ettiğini; yetkili mercilere sunduğu raporlarda gerçeğe aykırı beyanlarda bulunduğunu ve ilaca ilişkin reklamlarda ürünün tamamen güvenli olduğunu açıkladığını ileri sürmüştür. Mahkeme imalatçının, açıkça zarar verme kastı taşımasa da ilacın piyasaya sürülmesi aşamasındaki muhtemel zarar riskini gözardı eden pervasız davranışlarının, cezalandırıcı tazminat ile sorumlu tutulması için yeterli olacağına karar vermiştir. Bunun sonucunda yüz yetmiş beş bin Amerikan Doları tazminata ek olarak beş yüz bin Dolar cezalandırıcı tazminata hükmetmiştir.

³⁸⁹ Wis. Supp. Ct., (1980), 294 N.W.2d 437.

Karara konu somut olayda başka bir araç ile çarpışan 1967 model Ford Mustang arabanın benzin deposu alev almıştır. Bunun sonucunda arabada bulunan iki kişi ciddi şekilde yaralanmış, diğer kişiler ise hayatlarını kaybetmiştir. Davacılar, Ford Şirketi'nin bu arabaların tasarımlarının hatalı olduğunu bildiğini; söz konusu modelin test aşamasında bu hatanın, arabanın yanmasına sebep olabileceğinin öngörüldüğünü ileri sürmüştür. Ayrıca bu kazadan önce söz konusu modeldeki hata sebebiyle ciddi şekilde yaralanan pek çok kişinin bulunduğunun Ford tarafından bilinmesine karşın, onun bu hatayı gidermediği, onarım masrafları ile ticari itibarını kaybetmek istememesi sebebiyle arabaları piyasadaki çekmediği belirtilmiştir.

³⁹⁰ Cezalandırıcı tazminatta zarar verenin hukuka aykırı davranışı ve onun kusurunun ağırlığına odaklanılırken, imalatçının kusursuz sorumluluğunda ise önemli olan imalatçının kusurlu olup olmadığı değil; piyasaya sürülen ürünün hatalı olmasıdır. Bu sebeple cezalandırıcı tazminatın, kusursuz sorumluluğun bünyesi ile bağdaşmadığı ileri sürülmüştür. Bu konuda ayrıntılı bilgi ve tartışmalar için bkz. Nadine E. Roddy, "Punitive Damages in Strict Products Liability Litigation", **William & Marry Law Review**, C. 23, 1981, s. 334 vd.; Owen, **Punitive Damages in Products Liability**, s. 1268-1271; Owen/Madden/Davis, **a.g.e.**, s. 260 vd.; Rustad, **a.g.e.**, s. 19-20; Sebok, **a.g.e.**, s. 165.

a) Cezalandırıcı Tazminatın Bu Alanda Kabul Gerekçesi

İmalatçının, toplum sağlığı ile güvenliğini tehliye sokacak ürünleri piyasaya sürmemesi gerekir. Piyasaya sürülen bir ürünün güvenli olup olmadığını bilebilecek yegane kişi, o ürünün imalatçısıdır³⁹¹. Bir ürünün, piyasaya sürülmesinden önce gerçekleştirilen tüm inceleme ve kontroller, imalatçıya o ürünün güvenli olup olmadığını kontrol etme imkanı sağlar. Bu inceleme ve araştırmalar sırasında güvenli olmadığı tespit edilen üründeki hatanın imalatçı tarafından düzeltilmesi, ürünün hatalı olarak piyasaya sürülmemesi gerekir.

İmalatçının, ürünün güvenlik eksikliği taşıdığını bilmesine karşın bunun giderilmesi için gerekli önlemleri almayarak o ürünü piyasaya sürmesi, toplum sağlığı ile güvenliğini tehlikeye sokar. İşte bu şekilde davranan imalatçıların cezalandırılması ve gelecekte de benzer şekilde davranabilecek imalatçılara ibret verilmesi için cezalandırıcı tazminatın, bu alanda önemli bir işleve sahip olacağı belirtilmektedir³⁹².

İmalatçının, yalnızca meydana gelmiş zararın tazmini ile sorumlu tutulmasının, zarar tehlikesi içeren ve ancak kendisine kar sağlayan davranışlardan vazgeçmesi için çoğu kez yeterli olmadığı ifade edilmektedir³⁹³. Özellikle piyasa sürülmüş hatalı ürünün önemsiz miktarda zararlara yol açtığı hallerde imalatçı için bu zararları tazmin etmek, ürünün güvenli hale getirilmesinden daha az maliyetlidir.

Oysa ki cezalandırıcı tazminatın uygulanması, bu şekilde hareket eden imalatçıların cezalandırılmasına ve diğer imalatçılara ibret verilmesine hizmet edecektir³⁹⁴. Böylece imalatçılar, daha fazla kar elde etmek amacıyla toplum sağlığı ve güvenliğini tehlikeye düşüren uygulamalarından vazgeçecektir. Aşağıda inceleneceği üzere cezalandırıcı tazminat miktarının belirlenmesinde, zarar verenin

³⁹¹ Owen, **Punitive Damages in Products Liability**, s. 1258; Owen/Madden/Davis, **a.g.e.**, 204; Moore/Viscusi, **a.g.e.**, s. 8-9.

³⁹² Sebok, **a.g.e.**, s. 166, 169-170; Rustad/Koenig, **a.g.e.**, s. 1295-1296, 1309; Owen, **Punitive Damages in Products Liability**, s. 1281-1285, 1361; Owen, **Punitive Damages Overview**, s. 378; Owen/Madden/Davis, **a.g.e.**, s. 204-205; Rustad, **a.g.e.**, s. 15, 85-86; Roddy, **a.g.e.**, s. 343; Moore/Viscusi, **a.g.e.**, s. 8-9.

³⁹³ Wisconsin Yüksek Mahkemesi'nin *Wangen / Ford Motor Co.* kararı; ayrıca bkz. Owen, **Punitive Damages in Products Liability**, s. 1285; Sebok, **a.g.e.**, s. 166-167; Rustad, **a.g.e.**, s. 12, 85-86; Rustad/Koenig, **a.g.e.**, s. 1319-1320.

³⁹⁴ Owen, **Punitive Damages in Products Liability**, s. 1285-1286, 1316; Owen, **Punitive Damages Overview**, s. 378; Owen/Madden/Davis, **a.g.e.**, s. 231-232; Sebok, **a.g.e.**, s. 166-167; Rustad, **a.g.e.**, s. 12; Rustad/Koenig, **a.g.e.**, s. 1319-1320.

ekonomik gücü ve malvarlığının dikkate alınmasının da bu nitelikteki davranışların önlenmesinde etkili bir araç olduğu ileri sürülmektedir³⁹⁵. Böylelikle ekonomik açıdan güçlü olan imalatçıların, sahip oldukları ekonomik güç ve hakimiyeti kötüye kullanmalarına karşı gereken yaptırımın öngörülmüş olacağı belirtilmektedir³⁹⁶. Bu sayede toplumun genelinin, başkalarının haklarını hiçe sayarak, pervasızca hareket eden imalatçılardan korunması sağlanacaktır³⁹⁷.

Bu kapsamda imalatçının sorumluluğunda cezalandırıcı tazminatın kabul edilme gerekçesi, toplum sağlığını ve güvenliğini hiçe sayan imalatçının cezalandırılması ve ibret verilmesidir³⁹⁸. Ayrıca cezalandırıcı tazminat ile sorumlu tutulma riskinin imalatçıyı ürünlerdeki güvenlik eksiklerini gidermek için daha fazla çaba sarfetmeye yönelttiği, bunun da teknik ilerleme ve gelişmeyi desteklediği belirtilmektedir³⁹⁹.

Bununla birlikte imalatçının sorumluluğunda cezalandırıcı tazminatın uygulanmasının, ekonomik ve sosyal açıdan olumsuz sonuçlar doğuracağı da ileri sürülmektedir⁴⁰⁰. Cezalandırıcı tazminatın, hukuka aykırı davranışta bulunanları değil; şirket ortaklarını ve tüketicileri cezalandırdığı belirtilmektedir. Zarar görenin haksız yere zenginleşmesine yol açtığı; sigorta maliyetini arttırdığı; bu artışın, ürün fiyatlara yansması sebebiyle diğer tüketicilerin olumsuz etkilendiği ifade edilmektedir. Ayrıca zarar verenin ekonomik mahfına yol açması halinde daha sonra dava açacak olanların zararlarının tazmini imkanından dahi mahrum kalacakları belirtilmektedir⁴⁰¹.

³⁹⁵ Ryan, **a.g.e.**, s. 82; Owen, **Punitive Damages in Products Liability**, s. 1286-1287; Rustad, **a.g.e.**, s. 15-16, 42.

³⁹⁶ Rustad/Koenig, **a.g.e.**, s. 1276-1277.

³⁹⁷ Rustad/Koenig, **a.g.e.**, s. 1310; Sebok, **a.g.e.**, s. 166; Owen, **Punitive Damages Overview**, s. 378; Owen/Madden/Davis, **a.g.e.**, s. 220; Roddy, **a.g.e.**, s. 343; Dobbs, **a.g.e.**, s. 812; Boskovic, **a.g.e.**, s. 94.

³⁹⁸ Rustad, **a.g.e.**, s. 85-86; Rustad/Koenig, **a.g.e.**, s. 1310; Owen, **Punitive Damages Overview**, s. 378; Owen/Madden/Davis, **a.g.e.**, s. 205, 291; Roddy, **a.g.e.**, s. 358; Sebok, **a.g.e.**, s. 168; Özden Merhacı, **a.g.e.**, s. 92.

³⁹⁹ Rustad, **a.g.e.**, s. 87.

⁴⁰⁰ Söz konusu eleştiriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. A. Mitchell Polinsky/Steven Shavell, "Punitive Damages: An Economic Analysis", **Harv. L. Rev.**, C. 111, S. 4, 1988, s. 875 vd.; Ausness, **a.g.e.**, s. 40-46; Owen, **Punitive Damages in Products Liability**, s. 1260, s. 1299 vd.; Owen, **Punitive Damages Overview**, s. 391-396; Owen/Madden/Davis, **a.g.e.**, s. 275-284; Sebok, **a.g.e.**, s. 167-168; Rustad, **a.g.e.**, s. 23, 87 vd.; Roddy, **a.g.e.**, s. 358-359.

⁴⁰¹ Ancak *Wangen / Ford Motor Co.* kararında imalatçının cezalandırıcı tazminat ile sorumlu tutulmasının, şirket ortaklarını gerekli denetimlerde bulunmaya teşvik edeceği, bunun, şirketin kötüniyetli uygulamalarda bulunmasını engelleyeceği; davacının sarfettiği çaba ve masraflar

b) İmalatçının Cezalandırıcı Tazminat ile Sorumlu Tutulmasına Yol Açan Sebepler

İmalatçının cezalandırıcı tazminat ile sorumlu tutulması, onun piyasaya hatalı ürün sürmesine dayanmaz⁴⁰². Burada cezalandırıcı tazminatın uygulanmasında belirleyici olan, imalatçının ağır kusuru; bir diğer ifadeyle toplum sağlığı ve güvenliğini hiçe sayan davranışlarda bulunmasıdır⁴⁰³.

İmalatçının, zarar görene kıyasla mevcut zarar riski hakkında bilgi sahibi olması veya olma imkanının bulunmasına karşın, bu riski önlemek için gerekli önlemleri almaması sonucunda meydana gelen zararlar, cezalandırıcı tazminat ile sorumlu tutulmasına yol açar⁴⁰⁴. Buna göre,

- imalatçının teknik standart ve düzenlemelere uygun hareket etmemesi;
- imalatçının gerekli güvenlik testlerini yapmaması veya yapmasına rağmen bu testlerdeki bilgileri çarpıtması ya da saklaması;
- ürünün, zarar riski içerdiğini bilmesine rağmen imalatçının buna karşı kayıtsız kalması ve bu zarar riskinin büyüklüğü;
- bu riskin ortadan kaldırılması için alınabilecek önlemler olmasına rağmen bunların alınmaması;
- imalatçının bunu, daha fazla kazanç elde etme arzusuyla yapması;
- ürünün içerdiği zarar riski hakkında kullanıcıların yeterli derecede bilgilendirilmemiş olması;
- imalatçının hatalı ürünleri toplatmak konusundaki ihmali,

gözönüne alındığında onun lehine cezalandırıcı tazminata hükmedilmesinin hakkaniyetli olduğu ve rekabetçi bir piyasada cezalandırıcı tazminat riskinin, ürün fiyatlarına yansıtılmasının sınırlı kadar kolay olmayacağı dile getirilmiştir.

⁴⁰² Owen/Madden/Davis, **a.g.e.**, s. 220, 270; Owen, **Punitive Damages in Products Liability**, s. 1314 vd.; Ausness, **a.g.e.**, s. 46-48.

⁴⁰³ Rustad/Koenig, **a.g.e.**, s. 1309-1310, 1311; Ausness, **a.g.e.**, s. 19-20, 48 vd.; Owen, **Punitive Damages in Products Liability**, s. 1367; Owen, **Punitive Damages Overview**, s. 372; Owen/Madden/Davis, **a.g.e.**, s. 220, 270; Sebok, **a.g.e.**, s. 165-166; Rustad, **a.g.e.**, s. 65-66; Roddy, **a.g.e.**, s. 344-345.

Bazı eyaletlerdeki yasal düzenlemelerde hatalı ürünün yol açtığı zararlar imalatçının hangi şartlarda cezalandırıcı tazminat ile sorumlu tutulacağı açıkça düzenlenmiştir. Örneğin, Connecticut eyaletinde imalatçının cezalandırıcı tazminat ile sorumlu tutulabilmesi için, toplum güvenliği ve sağlığına karşı kayıtsız davranması şartı aranmıştır (Owen/Madden/Davis, **a.g.e.**, s. 266).

⁴⁰⁴ Ausness, **a.g.e.**, s. 19, 52; Owen, **Punitive Damages in Products Liability**, s. 1317-1318, 1369; Owen, **Punitive Damages Overview**, s. 372; Rustad, **a.g.e.**, s. 65-66.

cezalandırıcı tazminata yol açan sebepler olarak sayılabilir⁴⁰⁵.

c) Mahkeme Kararlarından Örnekler

Amerikan hukukunda cezalandırıcı tazminatın imalatçının sorumluluğu alanında yoğun olarak uygulanması ve yüksek miktarlarda tazminatlara hükmedilmesi, 1980’li yıllardan itibaren söz konusu olmuştur⁴⁰⁶. Cezalandırıcı tazminat, en yoğun olarak motorlu araçlar, farmakolojik ürünler ve asbestten kaynaklanan zararlar hakkındaki uyuşmazlıklarda uygulama alanı bulmuştur⁴⁰⁷.

Yapılan araştırmalar, Amerikan hukukunda imalatçının sorumluluğundan doğan her uyuşmazlıkta cezalandırıcı tazminata hükmedilmediğini göstermektedir⁴⁰⁸. Ayrıca bazı uyuşmazlıklarda oldukça yüksek miktarda cezalandırıcı tazminata karar verilmesine karşın, bunun istisnai olduğu; tazminat ile cezalandırıcı tazminat arasında makul bir oranın çoğunlukla korunduğu da belirtilmektedir⁴⁰⁹.

Aşağıda, imalatçının sorumluluğunda cezalandırıcı tazminatın uygulandığı, sıklıkla söz edilen kararlar ele alınacaktır. Bu kararların tercih edilmesinin bir sebebi de bunlarla ilgili bazı yanlış kanıların ortadan kaldırılmasının amaçlanmasıdır.

Bu vesileyle kedisini yıkadıktan sonra mikrodalga fırında kurutan kadının, kedinin ölmesi sonucunda cezalandırıcı tazminata hak kazandığı bir Amerikan mahkemesi kararının bulunmadığını belirtmek isteriz⁴¹⁰. Böyle bir olayın, tamamen kurgusal olduğu; cezalandırıcı tazminatın olağanüstü niteliğini vurgulamak amacıyla yaratılmış olabileceği; kedi yerine, köpek ve hatta bebeğe yer verilen versiyonlarının bulunduğu; bununla birlikte gerçekte böyle bir kararın söz konusu olmadığı

⁴⁰⁵ Rustad/Koenig, **a.g.e.**, s. 1311-1312; Ausness, **a.g.e.**, s. 20, 51 vd.; Owen, **Punitive Damages in Products Liability**, s. 1319, 1369; Owen/Madden/Davis, **a.g.e.**, s. 233-257, 267, 272; Rustad, **a.g.e.**, s. 66; Roddy, **a.g.e.**, s. 347-348; ayrıca bkz. Minnesota Yüksek Mahkemesi’nin 1980 tarihli *Gryc / Dayton-Hudson Corp.* kararı (Minn. Supp. Ct., (1980) 297 N.W.2d 727).

⁴⁰⁶ Ausness, **a.g.e.**, s. 23; Owen, **Punitive Damages Overview**, s. 372; Owen/Madden/Davis, **a.g.e.**, s. 211-212; Özden Merhacı, **a.g.e.**, s. 85.

⁴⁰⁷ Ausness, **a.g.e.**, s. 24; Rustad, **a.g.e.**, s. 23 vd.; Özden Merhacı, **a.g.e.**, s. 85; ayrıca söz konusu kararlar için bkz. Ausness, **a.g.e.**, s. 24, dn. 127-128.

⁴⁰⁸ Rustad, **a.g.e.**, s. 23 vd.; Rustad/Koenig, **a.g.e.**, s. 1307; Owen, **Punitive Damages Overview**, s. 372; Owen/Madden/Davis, **a.g.e.**, s. 213; Brand, **Punitive Damages**, s. 158.

⁴⁰⁹ Rustad, **a.g.e.**, s. 45 vd., s. 59 vd.

⁴¹⁰ Ryan, **a.g.e.**, s. 70, 71-73; Deborah L. Rhode, “Legal Scholarship Symposium: Law, Knowledge and the Academy”, **Harvard L. Rev.**, C. 115, 2001-2002, s. 1348.

açıklanmaktadır⁴¹¹. Bu nitelikte bir olay gerçekten mevcut olsaydı kedinin sahibinin cezalandırıcı tazminata hak kazanmak yerine, hayvanlara kötü muameleden suçlu bulunarak, ceza alacağı da vurgulanmaktadır⁴¹².

aa) Grimshaw / Ford Motor Co. Kararı

Kaliforniya Yüksek Mahkemesi'nin 1981 tarihli *Grimshaw / Ford Motor Co.* kararında⁴¹³ Ford Pinto marka arabaların benzin deposundaki tasarım hatası sebebiyle somut olayda başka bir aracın arkadan çarptığı Pinto marka araba alev almış; arabada bulunanlar ciddi şekilde yaralanmıştır. İlk derece mahkemesi, davacı lehine yüz yirmi beş milyon Amerikan Doları cezalandırıcı tazminata karar vermiştir. İstinaf mahkemesi bu miktarı, üç buçuk milyon Amerikan Dolarına indirmiştir. Ford Şirketi'nin itirazı üzerine uyuşmazlık, Kaliforniya Yüksek Mahkemesi önüne gelmiştir.

Yüksek Mahkeme, güvenlik testleri sırasında bu arabaların arkadan darbe alması halinde benzin deposunun patlama riskinin Ford tarafından bilinmesine karşın gözardı edildiğini; araba piyasaya sürüldükten sonra bu sebeple meydana gelen zarar verici olayların Ford tarafından bilinmesine karşın gerekli önlemlerin alınmadığını; araba başına yalnızca on bir Amerikan Doları maliyetle benzin deposunun alev almasının önlenebileceğini; ancak Ford'un bunu yapmayarak, toplum sağlığı ve güvenliğini hiçe sayarak, haksız kazanç elde ettiğini gözönüne almış ve üç buçuk milyon Amerikan Doları tutarında cezalandırıcı tazminatı uygun bulmuştur.

Ford şirketinin araba başına çok az bir maliyetle mevcut modelin güvenli olmasını sağlayabilecekken bundan imtina etmesi, bunun yerine toplumun sağlığı ve güvenliğini tehlikeye atarak daha fazla kazanç elde etmeyi tercih etmesi, onun cezalandırıcı tazminatla sorumlu tutulmasına yol açmıştır⁴¹⁴. Bu sebeple cezalandırıcı tazminat miktarının belirlenmesinde meydana gelen mevcut zarar miktarı değil; zarar

⁴¹¹ Ryan, **a.g.e.**, s. 72-74.

⁴¹² Ryan, **a.g.e.**, s. 72.

Bu çerçevede ABD'nin Rhode Island bölgesinde kedisini mikrodalga fırına koyarak kurutan bir kişinin, kedinin ölmü yüzünden ceza aldığı bir mahkeme kararının bulunduğu ve bunun, söz konusu olayla benzerlik taşıyan tek örnek olduğu belirtilmektedir (Ryan, **a.g.e.**, s. 72, dn. 5).

⁴¹³ Cal. Ct. App., 29.5.1981, 119 CA3d 757, (<http://online.ceb.com/calcases/CA3/119CA3d757.htm>), (erişim tarihi: 6.11.2014).

⁴¹⁴ Behr, **Punitive Damages in American and German Law**, s. 121; Ausness, **a.g.e.**, s. 22-23; Roddy, **a.g.e.**, s. 340; Rustad/Koenig, **a.g.e.**, s. 1314; Owen/Madden/Davis, **a.g.e.**, s. 216; Roddy, **a.g.e.**, s. 340; Beermann, **a.g.e.**, s. 142.

verenin davranışı, bu davranışın sonuçları ile zarar verenin malvarlığına odaklanılmıştır⁴¹⁵.

Kararda cezalandırıcı tazminatın, tazminat miktarının bir buçuk katı olarak belirlendiğine dikkat çekmek isteriz. Fakat bu kararın ardından Amerikan mahkemeleri, Ford şirketi ile benzer şekilde davranmış otomobil imalatçıları oldukça yüksek miktarda cezalandırıcı tazminat ile sorumlu tutmuşlardır⁴¹⁶.

bb) Liebeck / McDonald's Restaurants P.T.S., Inc. Kararı

New Mexico Mahkemesi'nin 1995 tarihli *Liebeck / McDonald's Restaurants P.T.S., Inc.* kararı⁴¹⁷, cezalandırıcı tazminatın imalatçının sorumluluğunda uygulanmasında hatalı aktarılan bir örnektir. Bu karar uyarınca McDonald's restoranından satın aldığı kahvenin üzerine dökülmesi sonucunda vücudunda yanıklar oluşan davacının, kahve bardağının üzerinde "içeceğin sıcak olduğunun" belirtilmemesi sebebiyle milyon Dolar tutarında cezalandırıcı tazminata hak kazandığı sanılmaktadır. Oysa ki karara konu teşkil eden somut olay, mahkemenin cezalandırıcı tazminata hükmetme gerekçesi, öngörülen tazminat miktarı ile taraflar arasındaki uyuşmazlığın nihai olarak çözümlenmesi oldukça farklı şekilde gelişmiştir⁴¹⁸.

Karardaki somut olayda torununun kullandığı arabada seyahat eden seksen yaşındaki bir kadın, McDonald's restoranının arabaya servis bölümünden bir kahve satın almıştır. Dizlerinin arasına koyduğu kahve bardağının kapağını açmaya çalışırken kahve üzerine dökülmüştür. Kadının vücudunda üçüncü dereceden yanık oluşmuştur. Sekiz gün hastanede tedavi görmüş ve geçirdiği operasyona rağmen vücudunda izler kalmıştır. Zarar gören kadın, on bir bin Amerikan Doları tutarındaki tedavi masraflarını, McDonald's şirketinden talep etmiştir. McDonald's ise ancak

⁴¹⁵ Behr, **Punitive Damages in American and German Law**, s. 121; Ausness, **a.g.e.**, s. 23; Rustad/Koenig, **a.g.e.**, s. 1314.

⁴¹⁶ 1995 tarihli *Rodriguez / Suzuki American Motor Co.* kararında Suzuki şirketi aleyhine altmış milyon Dolar; 1999 tarihli *Jimenez / Chrysler Motor Co.* kararında Chrysler aleyhine iki yüz elli milyon Dolar ve 1999 tarihli *Anderson / General Motor Corps.* kararı ile General Motors aleyhine iki yüz elli milyar Dolar cezalandırıcı tazminata hükmedilmiştir. General Motors aleyhine hükmedilen bu tazminat daha sonra bir milyar Dolara indirilmiştir. Söz konusu kararlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Owen/Madden/Davis, **a.g.e.**, s. 217-218.

⁴¹⁷ 1995 WL 360309, (*naklen*, Kevin G. Cain "And Now the Rest of the Story: The McDonald's Coffee Lawsuit", **Journal of Consumer and Commercial Law**, C.11, S.1, 2007, s. 14-19; Ryan, **a.g.e.**, s. 77 vd.; Owen/Madden/Davis, **a.g.e.**, s. 248 vd.; Beermann, **a.g.e.**, s. 141-142).

⁴¹⁸ Ryan, **a.g.e.**, s. 77 vd.; Beermann, **a.g.e.**, s. 141-142.

sekiz yüz Dolar ödeyebileceğini belirtmiştir. Zarar gören, tedavi masraflarının yirmi bin Doları geçmesi üzerine bir avukata başvurmuştur. Mahkeme öncesi arabulucu tarafından McDonald's şirketinin iki yüz yirmi beş bin Dolar ödemesi karşılığında taraflar sulhe davet edilmiştir. Ancak McDonald's şirketi, sulh teklifini reddetmiştir.

New Mexico Mahkemesi önündeki davada zarar gören, McDonald's tarafından satışa sunulan kahvelerin, diğer restoranların sattıklarından çok daha sıcak olduğunu; kahve bardaklarının üzerinde içindeki içeceğin sıcak olduğunu belirtilmesine rağmen ortalama düzeydeki bir tüketicinin bunun, ancak diğer kahveler kadar sıcak olduğunu düşünmekte haklı olduğunu ileri sürmüştür. Ayrıca kullanılan bardakların bu derece sıcaklıktaki bir içecek için uygun olmadığını, bu kahveler yüzünden kendisiyle benzer şekilde yaralanmış yedi yüzden fazla müşteri şikayetinin bulunmasına rağmen, McDonald's'ın aynı sıcaklık ve koşullarda kahve satmaya devam ettiğini belirtmiştir. McDonald's'ın bu şekilde zarar görenlerin tedavi masrafları için bugüne kadar beş yüz bin Dolardan fazla ödediğini ispatlamıştır.

McDonald's yetkilileri ise benzer şekilde meydana gelmiş zararlardan haberdar olduklarını, ancak McDonald's'ın sattığı yıllık kahve sayısına oranla bunun oldukça düşük bir rakam olduğunu, bu sebeple şirket politikalarını değiştirmeleri için geçerli bir sebebin bulunmadığını savunmuştur. Kahvelerin kaynama derecesine yakın bir sıcaklıkta satışa sunulmasının nedeninin ise bu sıcaklıkta yoğun bir kahve tadı elde edilmesi, bu tadın uzun süre korunabilmesi olduğunu belirtmişlerdir.

Jüri tarafından McDonald's şirketi ağır kusurlu bulunmuştur. Zarar görenin de kusuru gözönüne alınarak, tedavi ve yargılama masrafları için yüz altmış bin Dolar tazminata ek olarak, McDonald's'ın dünya genelindeki iki günlük kahve satış bedeline karşılık gelen iki milyon yedi yüz bin Dolar tutarında cezalandırıcı tazminata karar vermiştir.

McDonald's şirketinin itirazı üzerine uyuşmazlık temyiz mahkemesi önüne gelmiştir. Mahkeme, cezalandırıcı tazminat miktarını fahiş bulmuş ve dört yüz seksen bin Dolara indirmiştir. Bunun üzerine taraflar, sulh olarak uyuşmazlığı sona erdirmişlerdir. Sulh anlaşmasındaki tazminat miktarı gizli tutulmuştur. Ancak tazminat ile birlikte cezalandırıcı tazminatın toplamının, altı yüz bin Doları

geçmediği söylenmektedir⁴¹⁹.

Görüldüğü üzere söz konusu uyuşmazlıkta cezalandırıcı tazminata hükmedilmesinin sebebi, bardağın üzerinde içindeki içeceğin sıcak olduğunun belirtilmemiş olması değildir. Burada McDonald's'ın cezalandırıcı tazminat ile sorumlu tutulmasının sebebi, şirketin çok yüksek sıcaklıkta satılan kahvelerin zarar riski taşıdığı hakkında bilgi sahibi olmasına karşın bu riske karşı tüketicileri uyarmaması ve bunu ortadan kaldırmak için hiçbir önlem almaması suretiyle toplum sağlığı ve güvenliğine karşı kayıtsız kalmış olmasıdır. Ayrıca basına yansımış haberlerin aksine, dava sonunda zarar gören, iki milyon yedi yüz bin Dolar cezalandırıcı tazminata da hak kazanmamıştır.

cc) Philip Morris USA Inc. / Williams Kararı

1960'lı yıllardan itibaren ABD'de sigara imalatçılarına karşı birçok dava açılmaya başlanmıştır⁴²⁰. 1990'lardan itibaren bu davalarda yüksek miktarda cezalandırıcı tazminat kararları verilmiştir⁴²¹. Yüksek Mahkeme'nin 2007 tarihli *Philip Morris USA Inc. / Williams* kararı⁴²² da bu davalardan birisidir.

Karara konu somut olayda davacının eşi, uzun yıllar boyunca Philip Morris şirketi tarafından üretilen sigaralardan içmiş, akciğer kanserine yakalanmış ve 1997 yılında hayatını kaybetmiştir. Davacı, eşinin ölümünün, sigaranın riskleri hakkında imalatçı şirketin yeterli bilgilendirmede bulunmamasından kaynaklandığını ileri sürmüştür.

İlk derece mahkemesi, imalatçının gerekli uyarıları yapmaması sebebiyle ağır kusurlu olduğuna karar vermiştir. Bunun sonucunda 1998 yılında beş yüz yirmi bin Amerikan Doları tazminata ek olarak, jüri tarafından yetmiş dokuz buçuk milyon Dolar cezalandırıcı tazminata karar verilmiştir. Bu miktar, o tarihe kadar sigara şirketleri aleyhine hükmedilen en yüksek cezalandırıcı tazminattır.

İlk derece mahkemesi tarafından bu miktar fahiş bulunarak, otuz iki milyon

⁴¹⁹ Ryan, *a.g.e.*, s. 83.

⁴²⁰ Söz konusu davalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Heather Cooper, "Tobacco Litigation: A Comparative Analysis of the United States and European Community Approaches to Combatting the Hazards Associated with Tobacco Products", *Brook. J. Int'l L.*, C. 16, 1990, s. 279 vd.

⁴²¹ Owen/Madden/Davis, *a.g.e.*, s. 218-219.

⁴²² U.S. Sup. Ct., (2007) 549 U.S. 346 (WestLaw); U.S. Sup. Ct., (2009) 556 U.S., (WestLaw).

Dolara indirilmiştir. Ancak Oregon Yüksek Mahkemesi, yetmiş dokuz buçuk milyon Dolar cezalandırıcı tazminatın uygun olduğuna karar vermiştir. Mahkeme, sigaranın bağımlılık yaptığının ve kansere sebebiyet verdiğinin imalatçı tarafından uzun süredir bilindiğinin ispatlandığını; buna rağmen imalatçının, sigaranın yol açacağı zararlar hakkında yıllardır yanlış ve eksik bilgilendirmede bulunduğunu; bu sebeple çok sayıda kişinin zarar gördüğünü belirtmiştir. Mahkeme bunun, davalının ağır kusurlu olduğunu gösterdiğini açıklamıştır.

Davalının itirazı üzerine uyuşmazlık, Amerikan Yüksek Mahkemesi önüne gelmiştir. Yüksek Mahkeme, cezalandırıcı tazminat miktarının belirlenmesinde davacının eşi dışında zarar gören diğer kişilerin dikkate alınmasının uygun olmadığını belirterek, cezalandırıcı tazminat miktarının fahiş olduğuna hükmetmiştir. Ancak Oregon Yüksek Mahkemesi'nin direnmesi üzerine karar kesinleşmiştir⁴²³.

C) Tazminat Miktarının Belirlenmesi

1) Esas Alınan Kriterler

Cezalandırıcı tazminat miktarının belirlenmesi bakımından hukuk düzenleri arasında farklılıklar mevcuttur⁴²⁴. Ancak ABD'nin bazı eyaletlerindeki yasal düzenlemeler⁴²⁵ bir kenara bırakılırsa cezalandırıcı tazminat miktarı, müşterek hukukta geliştirilen kriterler uyarınca hakim veya jüri tarafından belirlenmektedir⁴²⁶.

Bu hususta hakim ve jürinin geniş bir takdir hakkı bulunmaktadır⁴²⁷. Bu takdir hakkının kullanımında ise müşterek hukukun ortaya koyduğu ilkeler dikkate

⁴²³ Kararın kesinleştiği tarihte faiziyle birlikte yaklaşık yüz kırk beş milyon Doları bulan cezalandırıcı tazminatın %60'ına tekabül eden miktar, Oregon eyaleti hukuku uyarınca Oregon eyaletine, geri kalan ise davacıya ödenmiştir.

⁴²⁴ Meurkens, **a.g.e.**, s. 11; Gotanda, **Comparative Analysis**, s. 398; Menyhárd, **a.g.e.**, s. 89; Ekşi, **Tanım-Tenfiz**, s. 587.

⁴²⁵ New Jersey, Teksas, Oklahoma eyaletleri hukukunda cezalandırıcı tazminat miktarının tayini hakkında yasal düzenlemeler söz konusudur (Gotanda, **Comparative Analysis**, s. 423).

Ayrıca Connecticut eyaletinde imalatçının sorumluluğundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda cezalandırıcı tazminat, zararı telafi etmeyi amaçlayan tazminatın iki katı olarak sınırlandırılmıştır (Owen, **Punitive Damages Overview**, s. 367).

⁴²⁶ Behr, **Punitive Damages in American and German Law**, s. 116; Sebok, **a.g.e.**, s. 180; Owen, **Punitive Damages in Products Liability**, s. 1266; Owen/Madden/Davis, **a.g.e.**, s. 206, 284; Magnus, **Punitive Damages**, s. 250; Gotanda, **Comparative Analysis**, s. 422; Fuchs, **Art. 26 Rome II**, s. 431; Ekşi, **Tanım-Tenfiz**, s. 584.

⁴²⁷ Magnus, **Punitive Damages**, s. 250; Gotanda, **Comparative Analysis**, s. 422; Sebok, **a.g.e.**, s. 185; Burrows, **a.g.e.**, s. 421; Schlueter, **a.g.e.**, s. 127, 668; Beermann, **a.g.e.**, s. 141; Ekşi, **Tanım-Tenfiz**, s. 584; İstemi, **a.g.e.**, s. 2697.

alınmaktadır.

Buna göre herşeyden önce cezalandırıcı tazminat, zararın telafisini amaçlamadığından miktarı, zarar miktarı ile sınırlı değildir⁴²⁸. Cezalandırıcı tazminat miktarı belirlenirken zarar verenin ne ölçüde cezalandırılıp, ibret verileceğine bakılmaktadır. Bu sebeple zarar görenin uğradığı zarardan ziyade zarar verenin hukuka aykırı davranışı, kusuru ve malvarlığına odaklanılmaktadır⁴²⁹.

Cezalandırıcı tazminat miktarının tayininde meydana gelmiş zarar miktarı ancak dolaylı ve sınırlı bir rol oynamaktadır⁴³⁰. Aşağıda inceleneceği üzere kural olarak, tazminat ile cezalandırıcı tazminat miktarı arasında makul ve kabul edilebilir bir oranın bulunması gerekmektedir⁴³¹. Bunun sebebi, fahiş cezalandırıcı tazminatın önlenmek istenmesidir.

Cezalandırıcı tazminat miktarının tayininde bu yaptırımın amaçları dikkate alınmaktadır⁴³². Öngörülecek tazminat, somut olayın özellikleri kapsamında zarar verenin cezalandırılmasını ve ibret verilmesini sağlayacak bir miktarda olmalıdır⁴³³. Bu amaçları sağlamanın ötesinde aşırı miktarda cezalandırıcı tazminata karar verilmemelidir⁴³⁴. Cezalandırıcı tazminat olarak öngörülen miktar, zarar verenin

⁴²⁸ Behr, **Punitive Damages in American and German Law**, s. 110-111; Koziol, **Punitive Damages**, s. 751-752; Sebok, **a.g.e.**, s. 173, 174; Magnus, **Punitive Damages**, s. 245, 250; Schlueter, **a.g.e.**, s. 30; Englard, **a.g.e.**, s. 1; Wilcox, **a.g.e.**, s. 38; Traband, **a.g.e.**, s. 227; Menyhárd, **a.g.e.**, s. 89; Chapman/Trebilcock, **a.g.e.**, s. 769 vd.; Ekşi, **Tanım-Tenfiz**, s. 586-587.

⁴²⁹ Boskovic, **a.g.e.**, s. 94.

⁴³⁰ Brand, **Punitive Damages**, s. 152; Behr, **Punitive Damages in American and German Law**, s. 110-111.

⁴³¹ Bu konuda bkz. aşağı. “Fahiş Miktarda Cezalandırıcı Tazminatın Önlenmesi” başlığı (Birinci Bölüm, II, C, 2).

⁴³² Behr, **Punitive Damages in American and German Law**, s. 121; Ryan, **a.g.e.**, s. 76; Schlueter, **a.g.e.**, s. 30; Meurkens, **a.g.e.**, s. 11; McGregor, **a.g.e.**, s. 384; Gotanda, **Comparative Analysis**, s. 422; Brand, **Punitive Damages**, s. 152; Winfield/Jolowicz, **a.g.e.**, s. 754; Beermann, **a.g.e.**, s. 141; Owen/Madden/Davis, **a.g.e.**, s. 286; Owen, **Moral Foundations**, s. 733-734; Özden Merhacı, **a.g.e.**, s. 89; ayrıca bkz. İngiliz hukukunda 1964 tarihli *Rookes / Barnard*; Amerikan hukukunda Wisconsin İstinaf Mahkemesi’nin 1996 tarihli *Mgmt. Computer. Servs., Inc. / Hawkins* ile Kanada Yüksek Mahkemesi’nin 2002 tarihli *Whiten / Pilot Insurance Co.* kararları.

⁴³³ Gotanda, **Supplemental Damages**, s. 194; Gotanda, **Comparative Analysis**, s. 395, 426; Schlueter, **a.g.e.**, s. 30; Meurkens, **a.g.e.**, s. 11; Winfield/Jolowicz, **a.g.e.**, s. 754; Owen/Madden/Davis, **a.g.e.**, s. 285-286; Burrows, **a.g.e.**, s. 421; Collin, **a.g.e.**, s. 61; Behr, **Punitive Damages in American and German Law**, s. 121; Ryan, **a.g.e.**, s. 82; Ausness, **a.g.e.**, s. 57 vd.; Özden Merhacı, **a.g.e.**, s. 89, 118.

⁴³⁴ Meurkens, **a.g.e.**, s. 11; Owen, **Punitive Damages in Products Liability**, s. 1315; Özden Merhacı, **a.g.e.**, s. 121.

ekonomik yıkımına veya iflasına sebep olmamalıdır⁴³⁵.

Cezalandırıcı tazminat miktarının belirlenmesinde gözetilen diğer unsurlar, zarar verenin hukuka aykırı davranışı, malvarlığı ve somut olayın özellikleridir⁴³⁶. Buna göre,

- Zarar verenin hukuka aykırı davranışının niteliği, bu davranışın sürekliliği, geçmişte benzer davranışlarda bulunup bulunmadığı;
- Zarar verenin kusurunun ağırlığı;
- Meydana gelmiş zararın niteliği ve kapsamı;
- Zarar verenin ekonomik gücü, malvarlığı, yıllık cirosu;
- Zarar verenin hukuka aykırı davranışı sebebiyle elde ettiği kazançlar;
- Zarar verenin sorumlu tutulduğu parasal nitelikte diğer hukuki, idari ve cezai yaptırımların miktarı;
- Zarar görenin, zararın meydana gelmesinde veya artmasındaki kusuru ya da sorumlu olduğu haller;
- Zarar görenin ekonomik durumu;
- Amerikan hukukuna özgü olarak zarar gören davacının yargılama ve avukatlık masrafları⁴³⁷, dikkate alınmaktadır.

Sayılan bu unsurlar arasında zarar verenin ekonomik gücü ve malvarlığı, özellikle önem taşır⁴³⁸. Zira cezalandırıcı tazminatın amaçlarını yerine getirebilmesi, tabiri caizse onun, zarar verenin canını acıtacak bir miktarda olmasına bağlıdır. Zarar verenin ekonomik gücü ve malvarlığı, onun daha yüksek bir miktarda cezalandırıcı

⁴³⁵ Schlueter, **a.g.e.**, s. 30; Özden Merhacı, **a.g.e.**, s. 121.

⁴³⁶ McGregor, **a.g.e.**, s. 384 vd.; Sebok, **a.g.e.**, s. 185 vd.; Gotanda, **Comparative Analysis**, s. 402-403, 422, 434; Schlueter, **a.g.e.**, s. 682; Winfield/Jolowicz, **a.g.e.**, s. 754-755; Burrows, **a.g.e.**, s. 422-423; Beermann, **a.g.e.**, s. 141; Owen, **Punitive Damages in Products Liability**, s. 1266, 1315 vd.; Owen/Madden/Davis, **a.g.e.**, s. 286; Brand, **Punitive Damages**, s. 155-156; Wilcox, **a.g.e.**, s. 25-32; Allen/Hartshorne/Martin, **a.g.e.**, s. 125-127; Burrows, **a.g.e.**, s. 422-423; Law Commission Report, s. 65 vd.; Özden Merhacı, **a.g.e.**, s. 108 vd., 146 vd.

Restatement (Second) of Torts §908 (2) hükmünde zarar verenin davranışı, meydana getirdiği veya getirmeyi amaçladığı zararın niteliği ve kapsamı ile zarar verenin ekonomik durumunun dikkate alınacağı belirtilmiştir.

Ayrıca Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin 1991 tarihli *Pacific Mutual Mutual Life Ins. Co. / Haslip*, 1993 tarihli *TXO Production Corp. / Alliance Resources Corp.* (U.S. Sup. Ct., 509 U.S. 443, (1993), (WestLaw)) ile 2003 tarihli *State Farm Mutual Auto Insurance Co. / Campbell* kararlarında cezalandırıcı tazminat miktarının belirlenmesinde gözetilen kriterler açıklanmıştır.

⁴³⁷ Owen/Madden/Davis, **a.g.e.**, s. 290.

⁴³⁸ Ryan, **a.g.e.**, s. 82; Rustad, **a.g.e.**, s. 77; Owen, **Punitive Damages Overview**, s. 385-388; Beermann, **a.g.e.**, s. 141; Wilcox, **a.g.e.**, s. 25, 42; Sebok, **a.g.e.**, s. 186; Özden Merhacı, **a.g.e.**, s. 89.

tazminat ile sorumlu tutulmasına yol açabilecektir⁴³⁹. Ayrıca hukuka aykırı davranışı sonucunda sorumlu tutulacağı tazminat miktarının, bu davranış sayesinde elde edeceği kardan daha az olacağını hesaplayarak hareket edenlerin cezalandırılması ve ibret verilmesi, bu şekilde sağlanabilecektir⁴⁴⁰.

Bununla birlikte aşırı miktarlarda olduğu düşünülen cezalandırıcı tazminatlar bile zarar verenin ekonomik gücü ve malvarlığı ile kıyaslandığında yine de önemsiz kalabilmektedir. Örneğin, yukarıda ele alınan *Grimshaw / Ford Motor Co.* kararında üç buçuk milyon Amerikan Doları cezalandırıcı tazminat, Ford şirketinin o dönemki malvarlığının yalnızca %0.016'sına tekabül etmektedir⁴⁴¹.

2) Fahiş Miktarda Cezalandırıcı Tazminatın Önlenmesi

Cezalandırıcı tazminatın kabul edildiği hukuk sistemlerinde fahiş miktarda cezalandırıcı tazminatlar önlenmeye çalışılmaktadır⁴⁴². Buna göre Amerikan hukukunda 1980'li yıllardan itibaren yüksek miktarlarda cezalandırıcı tazminatlara hükmedilmesi⁴⁴³, cezalandırıcı tazminat miktarının sınırlandırılması ihtiyacını doğurmuştur. Bazı eyaletlerde, yasal düzenlemeler ve içtihat yoluyla cezalandırıcı tazminat miktarı sınırlandırılmıştır⁴⁴⁴.

Amerikan Yüksek Mahkemesi ise cezalandırıcı tazminat miktarının, Anayasal ilkelere uygunluk açısından denetlenmesini kabul etmiştir. Bu yöndeki ilk karar, 1996 tarihli *BMW of North America Inc. / Gore* kararıdır⁴⁴⁵. Bu kararda Yüksek

⁴³⁹ Collin, **a.g.e.**, s. 66; Beermann, **a.g.e.**, s. 141.

⁴⁴⁰ Ausness, **a.g.e.**, s. 72 vd.; Ryan, **a.g.e.**, s. 82; Beermann, **a.g.e.**, s. 141; Özden Merhacı, **a.g.e.**, s. 89.

⁴⁴¹ Rustad, **a.g.e.**, s. 77.

⁴⁴² Gotanda, **Comparative Analysis**, s. 404, 442; Gotanda, **Charting Developments**, s. 511; Salvador Coderch, **a.g.e.**, s. 608; Wilcox, **a.g.e.**, s. 39; Ekşi, **Tanıma-Tenfiz**, s. 592 vd.

⁴⁴³ Gotanda, **Comparative Analysis**, s. 393-394, 441; Behr, **Punitive Damages in American and German Law**, s. 116-117; Chapman/Trebilcock, **a.g.e.**, s. 759 vd.; Ekşi, **Tanıma-Tenfiz**, 592 vd.

⁴⁴⁴ Behr, **Punitive Damages in American and German Law**, s. 115-117; Salvador Coderch, **a.g.e.**, s. 606; Sebok, **a.g.e.**, s. 187 vd.; Owen, **Punitive Damages Overview**, s. 367; Sebok, **a.g.e.**, s. 187.

Bu yöndeki yasal düzenlemelerde cezalandırıcı tazminat açısından bir üst sınır öngörölmüş veya cezalandırıcı tazminatın, tazminat miktarının iki, üç ya da dört katı olarak öngörölebileceği düzenlenmiştir (Behr, **Punitive Damages in American and German Law**, s. 117-118; Sebok, **a.g.e.**, s. 187-189).

⁴⁴⁵ Karara konu somut olayda BMW marka arabalar Almanya'da bulunan üreticiden, Amerika'da bulunan dağıtıcıya teslim edilirken, çizilmiştir. Davalı dağıtıcı şirket, bu çizikleri örtmek için arabaları boyatmıştır. Daha sonra arabaların hasar gördüğünü ve onarılmış olduğunu bildirmeden satışa sunmuştur. Bu şekilde onarım görmüş bir arabayı satın alan davacı, dağıtıcı şirketin bu davranışının Alabama eyaleti hukuku uyarınca hile teşkil ettiği iddiasıyla cezalandırıcı tazminat talebinde bulunmuştur. İlk derece mahkemesi, arabadaki hasar sebebiyle dört bin Amerikan Doları tazminat ile

Mahkeme, cezalandırıcı tazminat miktarının fahiş olup olmadığının tespiti bakımından üç kriter öngörmüştür⁴⁴⁶.

İlk ve en önemli kriter, zarar verenin kusurunun ağırlığıdır⁴⁴⁷. Cezalandırıcı tazminat olarak belirlenen miktar, zarar verenin ağır kusurlu davranışının cezalandırılmasını sağlamalı ve bu amaçla orantılı olmalıdır⁴⁴⁸.

İkinci kriter, tazminat olarak öngörülen miktar ile cezalandırıcı tazminat arasında makul ve kabul edilebilir bir oranın bulunmasıdır⁴⁴⁹. Burada sabit bir orandan söz etmek mümkün değildir⁴⁵⁰. Zira bu oran, her bir somut olayın özelliklerine göre belirlenecektir. Genellikle tazminat miktarının on katından fazla cezalandırıcı tazminata hükmedilmesi Anayasaya'ya aykırı görülmektedir⁴⁵¹. Ancak somut olayın özelliklerinin, daha yüksek bir oranın esas alınmasını haklı kılabilceği

birlikte davalının ağır kusurlu davranışı sebebiyle dört milyon Dolar cezalandırıcı tazminata hükmetmiştir.

İlk derece mahkemesi cezalandırıcı tazminat miktarını belirlerken, zarar verenin hukuka aykırı davranışı sonucunda elde ettiği ve edeceği haksız kazançların toplamını dikkate almıştır. Mahkeme, BMW şirketinin hukuka aykırı davranışı sonucunda araba başına dört bin Amerikan Doları haksız kazanç elde ettiğini ve benzer durumda dokuz yüz otuz altı arabanın bulunması sebebiyle bu iki rakamın çarpımı sonucunda elde edilen tutarı, cezalandırıcı tazminat olarak belirlemiştir.

Davalının itirazı üzerine Alabama Temyiz Mahkemesi bu miktarı, iki milyon dolara indirmiştir. Amerikan Yüksek Mahkemesi ise bu tutarın dahi aşırı olduğuna karar vermiştir. Bunun üzerine ilk derece mahkemesi, elli bin dolar tutarında cezalandırıcı tazminata hükmetmiş ve karar kesinleşmiştir.

⁴⁴⁶ Sebok, **Supreme Court's Theory**, s. 138; Sebok, **a.g.e.**, s. 191; Gotanda, **Comparative Analysis**, s. 426; Owen/Madden/Davis, **a.g.e.**, s. 325; Beermann, **a.g.e.**, s. 143; Behr, **Punitive Damages in American and German Law**, s. 120; Brand, **Punitive Damages Revisited**, s. 155; Salvador Coderch, **a.g.e.**, s. 606; Ryan, **a.g.e.**, s. 85-87; Quarta, **a.g.e.**, s. 769; Ekşi, **Tanıma-Tenfiz**, s. 597; İstemi, **a.g.e.**, s. 2697.

Söz konusu kararda ortaya konulan kriterler, Yüksek Mahkeme'nin 2003 tarihli *State Farm Mutual Auto Insurance Co. / Campbell* kararında daha detaylı olarak ele alınmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gotanda, **Comparative Analysis**, s. 427; Sebok, **Supreme Court's Theory**, s. 138-139; Ryan, **a.g.e.**, s. 70.

⁴⁴⁷ Gotanda, **Comparative Analysis**, s. 426; Collin, **a.g.e.**, s. 62-63; Ryan, **a.g.e.**, s. 86.

⁴⁴⁸ Owen/Madden/Davis, **a.g.e.**, s. 288-289; Collin, **a.g.e.**, s. 63; Beermann, **a.g.e.**, s. 143.

BMW of North America Inc. / Gore kararında Yüksek Mahkeme, BMW şirketinin yol açtığı zararın tamamen ekonomik olduğu, tüketicilerin güvenliği ile sağlığını tehlikeye sokmadığı ifade edilerek, zarar verenin ağır şekilde cezalandırılmasına gerek olmadığını belirtmiştir.

⁴⁴⁹ Behr, **Punitive Damages in American and German Law**, s. 112; Collin, **a.g.e.**, s. 64-65; Beermann, **a.g.e.**, s. 143; Ryan, **a.g.e.**, s. 86.

⁴⁵⁰ Collin, **a.g.e.**, s. 65; Beermann, **a.g.e.**, s. 143; Ryan, **a.g.e.**, s. 87; Ekşi, **Tanıma-Tenfiz**, s. 585.

⁴⁵¹ Harry Duintjer Tebbens, "Punitive Damages: Towards a Rule of Reason for U.S. Awards and Their Recognition Elsewhere", **Liber Fausto Pocar, Nuovi strumenti del diritto internazionale privato-New instruments of Private International Law**, C. 2, Ed. Gabriella Venturini/Stefania Bariatti, Milano: Giuffrè, 2009, (Punitive Damages), s. 274-275; Gotanda, **Comparative Analysis**, s. 442; Collin, **a.g.e.**, s. 65; Beermann, **a.g.e.**, s. 143; Sebok, **a.g.e.**, s. 187, 193; Ryan, **a.g.e.**, s. 93.

Buna göre *BMW of North America Inc. / Gore* kararında Yüksek Mahkeme, tazminatın beş yüz katına denk gelen cezalandırıcı tazminat miktarının aşırı olduğuna karar vermiştir.

State Farm Mutual Auto Insurance Co. / Campbell kararında ise tazminatın yüz kırk beş katındaki cezalandırıcı tazminat, fahiş bulunmuştur.

belirtilmektedir⁴⁵². Bu açıdan meydana gelmiş zararın düşük bir miktarda olmasına karşın, zarar verenin ekonomik açıdan güçlü olması halinde onun cezalandırılması ve ibret verilmesi için daha yüksek bir oranın esas alınması mümkün olacaktır⁴⁵³.

Üçüncü kriter, mevcut hukuka aykırı davranış için öngörülen parasal nitelikteki diğer hukuki, idari ve cezai yaptırımların miktarıdır⁴⁵⁴. Hukuka aykırı davranışı sebebiyle zarar verenin herhangi bir idari veya cezai yaptırımla sorumlu tutulmamış olması, cezalandırıcı tazminatın daha yüksek bir miktarda belirlenmesini makul kılar⁴⁵⁵.

Bu üç kriter çerçevesinde fahiş miktarda cezalandırıcı tazminatın, Amerikan Anayasası'nda yer alan *due process* ilkesine aykırılık teşkil ettiği kabul edilmiştir. Bu ilke, kişinin yaşam hakkından, özgürlüğünden ve mülkiyet hakkından mahrum bırakılamayacağını öngörmektedir. Dolayısıyla eyaletlerin meşru bir amacı olmadan aşırı ve olağandışı parasal nitelikte yaptırımlar uygulaması, kişinin keyfi olarak mülkiyet hakkından mahrum bırakılmasına yol açacağından Anayasa'ya aykırı olacaktır⁴⁵⁶.

Bu karar sonrasında Amerikan hukukunda cezalandırıcı tazminat miktarının genellikle makul düzeyde kaldığı, tazminat ile arasında belirli bir oranın korunduğu belirtilmektedir⁴⁵⁷. Hatta cezalandırıcı tazminat olarak öngörülecek miktarın “süpriz” olmadığı, tazminat miktarına oranla bunun çoğunlukla önceden tahmin edilebilir olduğu dahi ifade edilmektedir⁴⁵⁸.

İngiliz hukukunda 1998 tarihli *Thompson / Comissionner of Police of the Metropolis* kararında⁴⁵⁹ benzer kriterler kabul edilmiş ve jüriye yol göstermek amacıyla cezalandırıcı tazminat eşikleri öngörülmüştür⁴⁶⁰. Kararda istisnai haller

⁴⁵² Beermann, **a.g.e.**, s. 144; Collin, **a.g.e.**, s. 66; Sebok, **Supreme Court's Theory**, s. 141 vd.; ayrıca bkz. 2008 tarihli *Exxon Shipping Co. / Baker* kararı.

⁴⁵³ Collin, **a.g.e.**, s. 66.

⁴⁵⁴ Collin, **a.g.e.**, s. 66-68; Ryan, **a.g.e.**, s. 87.

⁴⁵⁵ Collin, **a.g.e.**, s. 67.

⁴⁵⁶ Gotanda, **Comparative Analysis**, s. 427; Ryan, **a.g.e.**, s. 85; Colby, **a.g.e.**, s. 400-401; Brand, **Punitive Damages Revisited**, s. 154-155; Ekşi, **Tanım-Tenfiz**, s. 601.

⁴⁵⁷ Sebok, **a.g.e.**, s. 157-158; Ryan, **a.g.e.**, s. 92-93.

⁴⁵⁸ Sebok, **a.g.e.**, s. 158; farklı bkz. Owen/Madden/Davis, **a.g.e.**, s. 226-227.

⁴⁵⁹ England and Wales Ct. off App., 19.2.1997, [1997] EWCA Civ 3083, (<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1997/3083.html>).

⁴⁶⁰ Schlueter, **a.g.e.**, s. 127; Gotanda, **Comparative Analysis**, s. 403; Wilcox, **a.g.e.**, s. 39-40.

dışında zarar miktarının üç katını aşan cezalandırıcı tazminatın fahiş olabileceği ifade edilmiştir. Bu karar sonrasında İngiliz hukukunda cezalandırıcı tazminatların çoğunlukla makul olduğu, tazminat miktarının üç katını geçmediği bildirilmektedir⁴⁶¹.

İngiliz mahkemelerince hükmedilen cezalandırıcı tazminat miktarının ölçülü olup olmadığının tespitinde kriter olarak, AIHS ile güvence altına alınan temel hak ve özgürlükler kullanılmıştır. AIHM'nin *Miloslavsky / The United Kingdom* kararında⁴⁶² kişilik hakkının ihlali sebebiyle hükmedilmiş bir buçuk milyon İngiliz Sterlini tutarındaki cezalandırıcı tazminatın, AIHS m. 10'da teminat altına alınan ifade özgürlüğünü ihlal ettiğine karar verilmiştir.

3) Kitlese Zararlardaki Özellikli Durum

Çevre zararı ya da piyasaya sürülmüş hatalı ürün sebebiyle çok sayıda kişinin zarar gördüğü kitlese zararlarda da fahiş miktarda cezalandırıcı tazminat önlenmeye çalışılmaktadır⁴⁶³. Bu amaçla İngiliz hukukunda zarar gören birden fazla davacının varlığının, cezalandırıcı tazminat miktarının sınırlanmasına yol açabileceği kabul edilmiştir⁴⁶⁴.

ABD'nin bazı eyaletlerinde ise zarar veren aleyhine birden çok kere cezalandırıcı tazminata hükmedilmesi yasaklanmıştır⁴⁶⁵. Ayrıca yukarıda ele alınan *Philip Morris USA / Williams* kararında davacılar dışında zarar görenlerin bulunmasının, yalnızca zarar verenin kusur derecesinin belirlenmesinde dikkate alınabileceği; bunun, cezalandırıcı tazminat miktarının tayininde rol oynamayacağı

Kararda cezalandırıcı tazminatın beş bin İngiliz Sterlininden az olmayacağı; hukuka aykırı davranışın niteliğine bağlı olarak zarar verenin cezalandırılması için yirmi beş bin İngiliz Sterlinin makul olabileceği; ancak her koşulda elli bin İngiliz Sterlininin en yüksek cezalandırıcı tazminat miktarı olabileceği belirtilmiştir.

⁴⁶¹ Jessica J. Berch, "The Need for Enforcement of U.S. Punitive Damages Awards by the European Union", *Minnesota Journal of International Law*, C. 19, S. 1, 2010, s. 91; Gotanda, *Comparative Analysis*, s. 442; Wilcox, *a.g.e.*, s. 41.

⁴⁶² AIHM, *Miloslavsky / The United Kingdom*, 13.6.1995, başvuru no: 18139/91, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57947#{"itemid":\["001-57947"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57947#{), (erişim tarihi: 5.2.2015).

⁴⁶³ Tebbens, *Punitive Damages*, s. 276.

⁴⁶⁴ Gotanda, *Comparative Analysis*, s. 402; Wilcox, *a.g.e.*, s. 30; Özden Merhacı, *a.g.e.*, s. 114; Law Commission Report, s. 68-69.

⁴⁶⁵ Örneğin, Georgia eyaletinde imalatçının birden çok kere cezalandırıcı tazminat ile sorumlu tutulması mümkün değildir (Owen/Madden/Davis, *a.g.e.*, s. 311).

kabul edilmiştir⁴⁶⁶.

Kitlesel zararlar da yalnızca zarar gören davacılar lehine cezalandırıcı tazminata hükmedilmesi, zarar gören diğer kişilerin açacakları sonraki davalarda ise cezalandırıcı tazminatın hiç öngörülmemesi veya daha düşük miktarlara hükmedilmesi eleştirilebilir⁴⁶⁷.

Ancak zarar verenin birden çok kere cezalandırıcı tazminat ile sorumlu tutulmasına yol açacak haklı sebeplerin bulunması çok kolay değildir⁴⁶⁸. Bunun için daha önce hükmedilen cezalandırıcı tazminatın, zarar verenin cezalandırılmasını sağlamak açısından yetersiz kaldığının açık ve kesin delillerle ispat edilmesi gerekir⁴⁶⁹. Ayrıca zarar verenin daha önce cezalandırıcı tazminatla sorumlu tutulmuş olması, yeni hükmedilecek cezalandırıcı tazminat bakımından indirim sebebi de teşkil edebilir⁴⁷⁰.

Öte yandan zarar verenin bir kere cezalandırıcı tazminat ile sorumlu tutulmasıyla, bu yaptırımın hizmet ettiği amaçlar çoğunlukla sağlanacaktır. Zarar verenin hukuka aykırı davranışı sebebiyle birden çok kere cezalandırıcı tazminatla sorumlu tutulması, zarar verenin iflasına yol açabileceğinden, diğer zarar görenlerin gerçek zararlarının tazmini imkanından dahi mahrum kalmalarına sebep olabilir⁴⁷¹. Bu açıdan kitlesel zararın söz konusu olduğu hallerde mahkeme ve jürinin, cezalandırıcı tazminat miktarını tayin ederken zarar verenin malvarlığını özellikle gözetmeleri gerekir⁴⁷².

Ayrıca zarar veren, birden çok kere cezalandırıcı tazminat ile sorumlu tutulması riskine ilişkin maliyeti ürün fiyatlarına yansıtacaktır⁴⁷³. Bunun ise tüketiciler ve toplumun geneli açısından olumsuz bir sonuç doğuracağı açıktır.

⁴⁶⁶ Tebbens, **Punitive Damages**, s. 276; Koziol, **Reports and Conclusions**, s. 301-302; Sebok, **Supreme Court's Theory**, s. 139; Sebok, **a.g.e.**, s. 192-193; Collin, **a.g.e.**, s. 65-66; Beermann, **a.g.e.**, s. 143; Colby, **a.g.e.**, s. 394.

⁴⁶⁷ Koziol, **Reports and Conclusions**, s. 301-302; Magnus, **Punitive Damages**, s. 250; Gash, **a.g.e.**, s. 72 vd.; Owen/Madden/Davis, **a.g.e.**, s. 296-297.

⁴⁶⁸ Owen/Madden/Davis, **a.g.e.**, s. 310.

⁴⁶⁹ Florida eyaleti hukukundaki bu yöndeki düzenleme hakkında bkz. Owen/Madden/Davis, **a.g.e.**, s. 311.

⁴⁷⁰ Owen/Madden/Davis, **a.g.e.**, s. 311.

⁴⁷¹ Gash, **a.g.e.**, s. 73 vd.; Owen, **Punitive Damages Overview**, s. 394-395; Owen/Madden/Davis, **a.g.e.**, s. 295 vd.

⁴⁷² Owen, **Punitive Damages Overview**, s. 395; Owen/Madden/Davis, **a.g.e.**, s. 298-299..

⁴⁷³ Gash, **a.g.e.**, s. 74.

Bu sebepler ışığında Amerikan hukukunda kitlesel zararlarda cezalandırıcı tazminat açısından hakkaniyetli bir sonuca ulaşılmasının en isabetli yolunun, zarar görenlerin birleşerek sınıf davası (*class actions*) açmaları ve bu şekilde, cezalandırıcı tazminat talebinde bulunmaları olduğu belirtilmektedir⁴⁷⁴.

⁴⁷⁴ Bu yöndeki öneriler için bkz. Gash, **a.g.e.**, s. 88 vd.; Ausness, **a.g.e.**, s. 100 vd.; Owen, **Punitive Damages Overview**, s. 394-396; Owen/Madden/Davis, **a.g.e.**, s. 298 vd.

İKİNCİ BÖLÜM

İmalatçının Sorumluluğuna Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi

D) Genel Açıklama

27.11.2007 tarih ve 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun⁴⁷⁵, 12.12.2007 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Mülga 2675 sayılı MÖHUK'un bazı ihtiyaçları karşılamakta yetersiz kalışı, yeni bir Kanun'un hazırlanmasının temel sebebidir⁴⁷⁶.

Haksız fiiller alanında da mülga MÖHUK m. 25'teki genel hüküm niteliğindeki bağlama kuralının, ticari, hukuki, teknolojik ve sosyal ihtiyaçlara cevap vermekte yetersiz kalışı, bazı haksız fiil türleri hakkında yeni bağlama kurallarının öngörülmesine yol açmıştır⁴⁷⁷. MÖHUK m. 36'daki "*imalatçının sözleşme dışı*

⁴⁷⁵ RG. 12.12.2007-26728.

⁴⁷⁶ 5718 Sayılı MÖHUK Tasarısı İle İlgili Adalet Komisyonu Raporu, *Elektronik Kaynak*, s. 8, (<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss47.pdf>), (erişim tarihi: 2.8.2014); ayrıca bu yönde bkz. Gülören Tekinalp/Ayfer Uyanık Çavuşoğlu, **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları**, Genişletilmiş 11. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011, s. 4; Gülören Tekinalp, "The 2007 Turkish Code Concerning Private International Law and International Civil Procedure", **YPIL**, C. 9, 2007, (Turkish Code), s. 315; Gülören Tekinalp, "Yeni Kanun Hakkında Temel Açıklamalar", **Avrupa'da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Akitler Ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri**, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2010, (Yeni Kanun), s. 13.

⁴⁷⁷ 5718 Sayılı MÖHUK Tasarısı İle İlgili Adalet Komisyonu Raporu, s. 11, ayrıca bu yönde bkz. Tekinalp, **Turkish Code**, s. 320; Tekinalp, **Yeni Kanun**, s. 13; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 456.

Haksız fiiller alanında özel bağlama kurallarının düzenlenmesine yönelik ihtiyaç, mülga MÖHUK döneminde doktrinde de ifade edilmiştir. Bu hususta bkz. Bahadır Erdem, **Patent Hakkının Korunmasına ve Patent Hakkına Uygulanacak Hukuk**, İstanbul: Beta Basım Yayın, 2002, (Patent), s. 127, 219-222; Yavuz Kaplan, **İnternet Ortamında Fikri Hakların Korunmasına Uygulanacak Hukuk**, Ankara: Seçkin Yayınları, 2004, s. 229-231; Tarman, **Devletler Özel İmalatçı**, s. 27.

sorumluluğu” başlığını taşıyan özel bağlama kuralı da yeni bir düzenlemedir⁴⁷⁸. Genel haksız fiil kuralından sonra bazı haksız fiil türleri hakkında özel bağlama kurallarının öngörülmüş olması, Kanun’un dikkat çekici özelliklerinden biri olarak görülmektedir⁴⁷⁹.

MÖHUK’taki haksız fiillere ilişkin özel bağlama kurallarında, 18.12.1987 tarihinde kabul edilerek, 1.1.1989 tarihinde yürürlüğe giren *İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu*’ndaki⁴⁸⁰ düzenlemeler esas alınmıştır⁴⁸¹. MÖHUK m. 36 düzenlemesi de imalatçının sorumluluğu hakkındaki İsv. MÖHK m. 135 hükmünden esinlenilerek hazırlanmıştır⁴⁸².

12.12.1999 tarihinde Helsinki Zirvesi’nde resmi olarak AB’ye aday ülke sıfatını kazanan Türkiye açısından, Topluluk müktesebatı (*acquis communautaire*) önem arz etmektedir⁴⁸³. MÖHUK’un hazırlanması sırasında, henüz Tüzük Teklifi

⁴⁷⁸ 5718 sayılı MÖHUK’ta m. 34’teki haksız fiillere ilişkin genel bağlama kuralından sonra, kişilik haklarının ihlalden sorumluluk (m. 35), imalatçının sözleşme dışı sorumluluğu (m. 36), haksız rekabet (m. 37) ve rekabetin engellenmesi (m. 38) hakkında özel bağlama kuralları düzenlenmiştir.

⁴⁷⁹ Bu görüşte bkz. Bilgin Tiryakioğlu, “Genel Olarak Haksız Fiillere, Haksız Rekabete ve Rekabetin Korunmasına Uygulanacak Hukuk”, *Avrupa’da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Akitler Ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri*, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2010, (Haksız Fiiller), s. 211; Günseli Öztekin Gelgel, *Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Birliği Düzenlemesi*, İstanbul: Beta Yayınevi, 2006, s. 286 vd.; Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013, s. 389; Güven, *Rekabetin Engellenmesi*, s. 444; Tarman, *Haksız Rekabet*, s. 88; Tarman, *Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi*, s. 6-7.

⁴⁸⁰ *Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) du 18 décembre 1987* (RS 291), RO 1988 1827, <http://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19870312/index.html>, (erişim tarihi: 2.9.2014).

Haksız fiillere ilişkin genel bağlama kuralından sonra, belirli haksız fiil türleri hakkında özel kurallar öngören İsv. MÖHK, bu açıdan bir dönüm noktası olarak değerlendirilmektedir (François Knoepfler/Philippe Schweizer/Simon Othenin-Girard, *Droit international privé suisse*, Troisième édition, Berne: Stämpfli Editions SA, 2005, par. 538-539; Anne-Catherine Imhoff-Scheier/Paolo Michele Patocchi, *Torts and Unjust Enrichment in the New Swiss Conflict of Laws*, Zürich: Schulthess Polygraphischer, 1990, s. 13, 25; Donggen Xu, *Le droit international privé de la responsabilité délictuelle*, L’évolution récente internationale et le droit chinois, Fribourg: Editions Universitaire Fribourg Suisse, 1992, s. 101).

İsv. MÖHK’da trafik kazalarından doğan sorumluluk (m. 134), imalatçının sorumluluğu (m. 135), haksız rekabet (m. 136), rekabetin engellenmesi (m. 137), çevre zararları (m. 138) ile kişilik haklarının ihlalden sorumluluk (m. 139) hakkında özel bağlama kuralları öngörülmüştür.

⁴⁸¹ Tiryakioğlu, *Haksız Fiiller*, s. 211; Tekinalp, *Turkish Code*, s. 320, 337.

⁴⁸² Sibel Özel, “İmalatçının Sorumluluğu ve Kitle İletişim Araçları Yoluyla Kişilik Hakkının İhlalinde Uygulanacak Hukuk”, *Avrupa’da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk Ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri*, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2010, (Uygulanacak Hukuk), s. 220, 222; Feriha Bilge Tanrıbilir, “Akit-Dışı Borçlara Uygulanacak Hukuka İlişkin Tüzükte (Roma II) Ürün Sorumluluğu”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIV, S. 2, 2010, (Roma II), s. 135; Tanrıbilir, *Ürün Sorumluluğuna İlişkin Kurallar*, s. 282; Yusuf Çalışkan, *Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilafı Meseleleri*, İstanbul: Beta Yayınevi, 2014, s. 307; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, *a.g.e.*, s. 469, dn. 55.

⁴⁸³ Tekinalp, *Turkish Code*, s. 316-317; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, *a.g.e.*, s. 7; Güven, *Rekabetin*

halinde olan, Avrupa Konseyi ve Parlamentosu'nun 11.7.2007 tarih ve 864/2007 sayılı Sözleşme Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki AT Tüzüğü'nün⁴⁸⁴ gözetildiği ifade edilmektedir⁴⁸⁵.

Engellenmesi, s. 444.

MÖHUK'a ilişkin Genel Gerekçe'de Topluluk müktesebatı ile uyumlu bir Kanun'un kabulü ile ona ilişkin uygulamanın gelişmesinin, bazı zorlukları aşmakta yardımcı olacağı belirtilmiştir (5718 Sayılı MÖHUK Tasarısı İle İlgili Adalet Komisyonu Raporu, s. 8; ayrıca bu yönde bkz. Tekinalp, **Yeni Kanun**, s. 14).

⁴⁸⁴ *Règlement (CE) No. 864/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II)*, JO L 199/40, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32007R0864&rid=2>, (erişim tarihi: 12.1.2014).

2.10.1997'de imzalanan Amsterdam Antlaşması'nın 61 ila 65. maddesi Avrupa Topluluğu'nu kanunlar ihtilafı alanında yetkilendirmektedir (James Fawcett/M. Janeen Carruthers, **Cheshire, North&Fawcett Private International Law**, 14th Edition, Oxford: Oxford University Press, 2008, (Cheshire/North/Fawcett), s. 771; Martin Illmer, "The New European Private International Law of Product Liability- Steering Through Troubled Waters", **RechtsZ Bd.**, C. 73, 2009, (Product Liability), s. 274; Peter Huber/Martin Illmer, "International Product Liability- A Commentary on Article 5 of the Rome II Regulation", **YPIL**, C. 9, 2007, s. 35; Carine Brière, "Le règlement (CE) no 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles ("Rome II")", **Journal du Droit International Privé**, Janvier-Février-Mars 2008, (Rome II), s. 34; Zeynep Derya Tarman, "Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Avrupa Topluluğu Tüzüğü (Roma II)", **AÜHFD**, 2008, C. 57, S. 2, (Roma II), s. 194; Öztekin Gelgel, **a.g.e.**, s. 3-4).

Amsterdam Antlaşması'nın imzalanması üzerine Avrupa Milletlerarası Özel Hukuk Grubu (GEDIP/EGLIP) tarafından 1997 tarihli Sözleşme Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Avrupa Konvansiyonu Önerisi hazırlanarak, Komisyon'a sunulmuştur (*Proposal for a European Convention on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, <http://www.gedip-egpil.eu/documents/gedip-documents-7pe.html>, (erişim tarihi: 5.7.2014)). Komisyon, Amsterdam Antlaşması'nın 1.5.1999 tarihinde yürürlüğe girmesiyle birlikte sözleşme dışı borç ilişkilerine uygulanacak hukuka ilişkin bağlama kurallarının yeknesaklaştırılması için çalışmalara yoğunlaşmıştır. GEDIP tarafından hazırlanan Konvansiyon Önerisi, bu çalışmaların temelini teşkil etmiştir (Simon Othenin-Girard, "Règlement Rome II et LDIP: Quelques points de convergence et de divergence", **Revue Suisse de Jurisprudence**, **SJZ**, September 2009, S. 16/17, (Rome II et LDIP), s. 383).

Bu çerçevede 2002 yılında Sözleşme Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında ilk Tüzük Taslağı hazırlanmıştır. Taslağı, Komisyon'un 22.7.2003 tarihli ilk Tüzük Teklifi izlemiştir. 2003 tarihli Tüzük Teklifi için bkz. *Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations ("Rome II")*, 22.7.2003, COM (2003) 427 final, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0427:FIN:EN:PDF>, (erişim tarihi: 5.7.2014).

Bu ilk Teklif'ten sonra, 21.2.2006 tarihli Değişiklik Yapılmış Tüzük Teklifi ortaya konulmuştur (*Amended Proposal for a European Parliament and Council Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations ("Rome II")*, 21.2.2006, COM (2006) 83 final, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2006:0083:FIN:EN:PDF>, (erişim tarihi: 5.7.2014)).

Parlamento ile Komisyon arasındaki görüş farklılıkları sebebiyle Roma II Tüzüğü, ancak 11.7.2007 tarihinde yasallaşabilmiştir (Illmer, **Product Liability**, s. 277-279; Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s. 770-771; Öztekin Gelgel, **a.g.e.**, s. 25-33).

Roma II Tüzüğü, AB üyesi devletlerde sözleşme dışı borç ilişkilerine uygulanacak hukuk hakkındaki bağlama kurallarının yeknesaklaştırılması; davacının, kendi lehine olan hukukun uygulanmasını sağlayacak mahkemede dava açma yoluna (*forum shopping*) başvurmasının engellenmesi; hukuk güvenliği ile öngörülebilirliğin sağlanması amacını taşır.

Roma II Tüzüğü, 11.1.2009 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Danimarka dışındaki tüm AB üyesi ülkelerde doğrudan uygulanmaktadır (Tüzük m. 1, f. 4; Tüzük Başlangıç Bölümü par. 40). Böylelikle uygulama alanına giren konularda Tüzük'teki hükümler, üye ülkelerin kendi iç hukuklarındaki milletlerarası özel hukuk kurallarının önüne geçmektedir.

Buna göre Tüzük'teki bağlama noktalarının gösterdiği hukukun, AB üyesi ülke hukuklarından biri

Roma II Tüzüğü'nde haksız fiillere uygulanacak hukuku düzenleyen genel kuralın, her durumda korunması gereken menfaatler bakımından dengeli bir çözüm sunmaması sebebiyle bazı haksız fiil türleri hakkında özel bağlama kuralları öngörülmüştür⁴⁸⁶. Tüzüğün 5. maddesindeki imalatçının sorumluluğuna uygulanacak hukuku düzenleyen hüküm de bu kurallardan biridir⁴⁸⁷.

Ayrıca MÖHUK'un, Türkiye tarafından onaylanmış ve onaylanmamış milletlerarası sözleşmeleri de dikkate alarak hazırlandığı belirtilmektedir⁴⁸⁸. Türkiye'nin taraf olmadığı, 2.10.1973 tarihli *İmalatçının Sorumluluğu Hakkında La Haye Sözleşmesi*⁴⁸⁹, imalatçının sorumluluğundan kaynaklanan milletlerarası nitelikteki uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuku gösteren yeknesak hükümler öngörmektedir⁴⁹⁰.

olması gerekmez, Tüzüğün uygulama alanına giren, Danimarka dışındaki AB üyesi devlet mahkemeleri önündeki uyuşmazlıklarda Tüzük uygulanmaktadır (Andrew Dickinson, **The Rome II Regulation: The Law Applicable to Non-Contractual Obligations**, New York: Oxford University Press, 2008, s. 276; Axel Halfmeier/Nicolas Sonder, "Article 3- Universal Application", **Rome Regulations, Commentary on the European Rules of the Conflict of Laws**, Ed. Gralf-Peter Calliess, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Law International, 2011, (Article 3), s. 399; C. M. V. Clarkson/Jonathan Hill, **The Conflict of Laws, Clarkson&Hill**, Fourth Edition, New York: Oxford University Press, 2011, s. 261).

⁴⁸⁵ Tekinalp, **Turkish Code**, s. 321; Tekinalp, **Yeni Kanun**, s. 19.

⁴⁸⁶ Natalie Joubert, "Les règles de conflit spéciales en matière de délits dans le Règlement du 11 juillet 2007 (Rome II)", **Le Règlement Communautaire "Rome II" sur la loi applicable aux obligations non contractuelles**, Actes de Colloque du 20 septembre 2007-Dijon, Ed. Sabine Corneloup/Natalie Joubert, Paris: Litec, 2008, s. 55; Ivo Bach, "Chapter II- Torts/Delicts, Art. 4 Rome II", **Rome II Regulation Pocket Commentary**, Ed. Peter Huber, Munich: Sellier European Law Publishers, 2011, (Art. 4 Rome II), s. 69; Brière, **Rome II**, s. 45; Clarkson/Hill, **a.g.e.**, s. 271; Tarman, **Roma II**, s. 203-204; Öztekin Gelgel, **a.g.e.**, s. 14; ayrıca bkz. Tüzük Başlangıç Bölümü par. 19.

⁴⁸⁷ "*İmalatçının sorumluluğu*" başlığını taşıyan Tüzük m. 5 düzenlemesi, "*Haksız fiiller*" başlıklı Tüzüğün İkinci Bölümü'nde yer almaktadır. Tüzük m. 4'teki haksız fiillere uygulanacak hukuku düzenleyen genel kuraldan hemen sonra öngörülmüştür. Bu hükümden sonra Tüzük'te sırasıyla haksız rekabet ve rekabeti sınırlandırıcı eylemler (m. 6), çevre zararları (m. 7), fikri hakların ihlali (m. 8) ile endüstriyel hareketlerden doğan sorumluluk (m. 9) hakkında özel bağlama kuralları düzenlenmiştir.

⁴⁸⁸ 5718 Sayılı MÖHUK Tasarısı İle İlgili Adalet Komisyonu Raporu, s. 9; ayrıca bu yönde bkz. Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 14-15; Tekinalp, **Yeni Kanun**, s. 19.

⁴⁸⁹ *Convention du 2 octobre 1973 sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits*, http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.text&cid=84, (erişim tarihi: 16.1.2014).

⁴⁹⁰ Sözleşme'nin yürürlüğe giriş tarihi: 1.10.1977.

Söz konusu Sözleşme, Hırvatistan (1991), İspanya (1989), Finlandiya (1992), Fransa (1977), Lüksemburg (1985), Karadağ (2006), Hollanda (1979), Norveç (1977), Sırbistan (1992), Slovenya (1991), İspanya (1989), Makedonya (1991) tarafından onaylanarak, yürürlüğe girmiştir. Belçika (1976), İtalya (1975) ve Portekiz (1973) ise Sözleşme'yi imzalamakla birlikte, henüz onaylanmamışlardır (http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=84), (erişim tarihi: 12.1.2014)).

Sözleşme'nin uygulanması karşılıklılık koşuluna bağlı değildir. Sözleşme'deki bağlama kurallarının gösterdiği hukukun akit bir devlet hukuku olması da gerekmez (Sözleşme m. 11). Bu konuda bkz. Willis L. M. Reese, **Explanatory Report by W. L. M. Reese**, *Elektronik Kaynak*, <http://www.hcch.net/upload/expl22.pdf> (erişim tarihi: 3.8.2014), (Explanatory Report), s. 253;

Bu sebepler ışığında, imalatçının sorumluluğuna uygulanacak hukukun incelenmesinde İsviçre hukuku, Roma II Tüzüğü ve İmalatçının Sorumluluğu Hakkında La Haye Sözleşmesi'nin Türk hukuku ile karşılaştırmalı bir değerlendirmesi yapılması amaçlanmıştır. Konu hakkındaki diğer hukuk sistemlerinde yer alan düzenleme ve uygulamalara, çalışmanın sınırları ölçüsünde yer vermeye çalışılacaktır.

II) İmalatçının Sorumluluğundan Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Milletlerarası Özel Hukukun Kapsamına Girmesi

A) Özel Hukuka İlişkin Bir Uyuşmazlık Olması

1) Uyuşmazlığın Özel Hukuka İlişkin Olduğunun Tespiti

Piyasaya sürülmüş hatalı bir ürünün yol açtığı zararlar sonucunda imalatçının tazminat sorumluluğu dışında, idari ve cezai sorumluluğu da söz konusudur. Bu sebeple milletlerarası özel hukuk kapsamına giren taleplerin belirlenmesi gerekmektedir.

Bir uyuşmazlığın milletlerarası özel hukuk kapsamına girebilmesi için o uyuşmazlık, özel hukuka ait bir işlem veya ilişkiden kaynaklanmalıdır. Roma II Tüzüğü'nün "*hukukî ve ticarî konular*" hakkında uygulanacağı düzenlenmiştir (Tüzük m. 1). MÖHUK m. 1, f. 1 uyarınca Kanun'un uygulama alanı, "*özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkiler*" ile sınırlı tutulmuştur⁴⁹¹.

Uyuşmazlığın özel hukuka ilişkin olup olmadığının tespiti, bir vasıflandırma sorunudur⁴⁹². Bu sorun, uyuşmazlığa bakan mahkeme tarafından çözümlenecektir.

Bernard Dutoit, "La Récente Convention de La Haye Sur la Loi Applicable à la Responsabilité du Fait Des Produits", **Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht**, C. XX, 1973, (Convention), s. 111; Fawcett, **a.g.e.**, s. 147; Çalışkan, **a.g.e.**, s. 298.

⁴⁹¹ MÖHUK'ta "özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerden" bahsedilmesine karşın Tüzük'te "hukukî ve ticarî konular" ifadesi kullanılmıştır. İfade farklılıklarına rağmen her iki düzenleme de aynı esası kastetmektedir. Nitekim hukukî ve ticarî konular ifadesinin, Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmelerde kullanılması sebebiyle Türk hukukuna yabancı olmadığı; bununla, özel hukuka ilişkin konuların kastedildiği açıklanmaktadır (Ekşi, **Tanıma-Tenfiz**, s. 121-122).

Roma II Tüzüğü'nde, kamu hukuku / özel hukuk ayrımının bulunmadığı, müşterek hukuk sistemine dahil olan İngiltere ve İrlanda gözetilerek, bilinçli olarak daha nesnel ve tarafsız bir ifade olan hukukî ve ticarî konular teriminin benimsendiği hakkında bkz. Ivo Bach, "Chapter I- Scope, Art. 1 Rome II", **Rome II Regulation Pocket Commentary**, Ed. Peter Huber, Munich: Sellier European Law Publishers, 2011, (Art. 1 Rome II), s. 31.

⁴⁹² François Rigaux/Marc Fallon, **Droit international privé**, Troisième édition, Bruxelles: De

Buradaki vasıflandırma faaliyetinde *lex fori*'nin esas alınarak, mahkemenin kendi hukukunda benimsediği esaslara göre bir yorum yapması baskın görüştür⁴⁹³.

Topluluk hukukunda ise yeknesak bir uygulamanın sağlanması amacıyla vasıflandırmanın belirli bir ülke hukukuna göre yapılmayacağı; hukuki ilişki ve kavramların, otonom -bağımsız- yorumlanacağı kabul edilmiştir⁴⁹⁴.

Roma II Tüzüğü'nde hukukî ve ticarî konular kavramı tanımlanmamıştır⁴⁹⁵.

Boeck&Larcier, 2005, s. 285; Andreas Bucher/Andrea Bonomi, **Droit international privé**, 2e edition, Bâle: Helbing&Lichtenhahn, 2004, par. 526; Yvon Loussouarn/Pierre Bourel, **Droit international privé**, 6e édition, Paris: Dalloz, 1999, par. 184; Christopher Forsyth, "Characterisation Revisited: An Essay in the Theory and Practice of the English Conflict of Laws", **L.Q.R.**, C. 114, 1998, s. 145-146; Aysel Çelikel/Bahadır Erdem, **Milletlerarası Özel Hukuk**, Yenilenmiş 13. Bası, İstanbul: Beta Yayınevi, 2014, s. 78; Nomer, **a.g.e.**, s. 96-97; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 40; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 473, par. 204; Öztekin Gelgel, **a.g.e.**, s. 16; Güven, **Tanım-Tenfiz**, s. 39, 163; Ekşi, **Tanım-Tenfiz**, s. 125.

⁴⁹³ Esra Dardağan Kibar, **Kanunlar İhtilâfı Açısından Yabancı Kamu Hukukuna Bakış**, Ankara: Siyasal Kitabevi, 2014, s. 110; Thomas Kadner Graziano, **La responsabilité délictuelle en droit international privé européen**, Bâle: Helbing&Lichtenhahn, 2004, (Responsabilité délictuelle), s. 110; Zekoll, **American Products Liability Awards**, s. 304; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 51, par. 54.

Türk hukukunda ağırlıklı görüşün *lex fori* vasıflandırma olduğu yönünde bkz. Nomer, **a.g.e.**, s. 103; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 88; Ali Gümrah Toker, "Yabancı Unsurlu Teminat Mektubu Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk", **DEÜHFD**, C. 12, Özel Sayı, 2010, s. 997; kişilik haklarının ihlali açısından vasıflandırmanın *lex fori*'ye göre yapılacağı hakkında bkz. Sibel Özel, **Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004, (Kişilik Hakkı), s. 83.

⁴⁹⁴ Martin Illmer, "Neutrality matters – Some Thoughts about the Rome Regulations and the So-Called Dichotomy of Substance and Procedure in European Private International Law", **CJQ**, C. 28, S. 2, 2009, (Neutrality matters), s. 237 vd.; Andrew Scott, "The Scope of 'Non-Contractual Obligations'", **The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations, A New International Litigation Regime**, Ed. John Ahern&William Binchy, Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2009, s. 57, 60; Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s. 773; Clarkson/Hill, **a.g.e.**, s. 29.

⁴⁹⁵ Tüzük m. 1, f. 1'in devamında vergi, gümrük ve idari konulardan kaynaklanan uyuşmazlıklar ile devlet tarafından egemenlik yetkisinin kullanılması kapsamında gerçekleştirilen fiil ve ihmaller (*acta iure imperii*) sonucunda doğan sorumluluklar hakkında Tüzükün uygulanmayacağı düzenlenmiştir. Böylelikle Tüzük'te hukukî ve ticarî konu sayılmayan hallere örnek gösterilmiştir (Joseph Lookofsky/Ketilbjørn Hertz, **EU PIL- European Union Private International Law in Contract and Torts**, Copenhagen: Djørf Publsihing, 2008, s. 117; Bach, **Art. 1 Rome II**, s. 32; Öztekin Gelgel, **a.g.e.**, s. 15-16).

Ancak hukuki ve ticari konular kavramı, Topluluk hukuku açısından yeni bir kavram değildir. Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tenfizi Hakkında 1968 tarihli Brüksel Konvansiyonu ve Konvansiyon'un Tüzüğe dönüştürülmüş hali olan, Hukukî ve Ticarî Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması Tenfizi Hakkında 44/2001 sayılı (Brüksel I) Tüzük'te de bu kavram kullanılmıştır (Brière, **Rome II**, s. 37; Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s. 780; Bach, **Art. 1 Rome II**, s. 30).

Nitekim Roma II Tüzüğü'nün uygulama alanının, Brüksel I Tüzüğü ile uyumlu olacağı belirtilmiştir (Başlangıç Bölümü par. 7). Bu açıdan Konvansiyon ve Brüksel I Tüzüğü'ne dair ATAD içtihatları, Roma II Tüzüğü'ndeki hukukî ve ticarî konular kavramının yorumlanmasında kullanılacaktır (Axel Halfmeier, "Article 1- Scope", **Rome Regulations, Commentary on the European Rules of the Conflict of Laws**, Ed. Graf-Peter Calliess, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Law International, 2011, (Article 1), s. 379; Peter Stone, "The Rome II Regulation on Choice of Laws on Torts", **Ankara Law Review**, 2007, C. 4, S. 2, (Rome II), s. 96; Xandra E. Kramer, "The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations: The European private international law tradition

ATAD kararlarında⁴⁹⁶ uyuşmazlık konusu ilişkinin, bir kamu otoritesinin katılımı sonucu doğmaması ve o otoritenin, devlet hakimiyetinden kaynaklanan bir yetkisinin kullanılması ile ilgili olmaması halinde hukukî ve ticarî bir ilişkinin söz konusu olacağı ifade edilmektedir. Dolayısıyla burada belirleyici olan, mevcut uyuşmazlıkta ileri sürülen talebin, devletin egemenlik yetkisinden kaynaklanan bir gücün kullanılması sebebiyle doğup doğmadığıdır⁴⁹⁷. Uyuşmazlığı görmeye yetkili mahkeme veya merciin sıfatı ya da niteliğinin bu değerlendirmede bir etkisi olmayacaktır⁴⁹⁸.

Bu bağlamda hatalı ürün sebebiyle zarar görenlerin, uğradıkları zararın tazmini amacıyla imalatçı ve diğer sorumlulara yönelik tazminat talepleri, devletin egemenlik yetkisinden kaynaklanan kamu gücünün kullanılmadığı, bireysel menfaatlerin önem taşıdığı, eşit kişiler arasındaki bir uyuşmazlık olarak, özel hukuka ilişkin olacaktır⁴⁹⁹.

Buna karşılık hatalı ürün sebebiyle imalatçının idari ve cezai sorumluluğu ile ilgili uyuşmazlıklar ise milletlerarası özel hukukun kapsamı dışında kalacaktır. Bu alanlarda ülkesellik prensibi geçerlidir⁵⁰⁰. Milletlerarası özel hukuk kuralları, idare,

continued. Introductory observations, scope, system and general rules”, **NIPR**, S. 4, 2008, s. 416; Tarman, **Roma II**, s. 195).

⁴⁹⁶ Bu yöndeki kararlar için bkz. ATAD, *LTU / Eurocontrol*, 14.10.1976, C-29/76 (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?isOldUri=true&uri=CELEX:61976CJ0029>); ATAD, *Sonntag / Waidmann*, 21.4.1993, C-172/91 (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?isOldUri=true&uri=CELEX:61991CJ0172>); ATAD, *Lechouritou and others / Germany*, 15.2.2007, C-292/05 (<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d67de1461ad6954ee89f9c84435de8ebff.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuOaxj0?text=&docid=63636&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=219904>), (erişim tarihleri: 3.7.2014).

Bu konuda ayrıca bkz. Peter Stone, **EU Private International Law**, Second Edition, Cheltenham-Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2010, (EU PIL), s. 371; Brière, **Rome II**, s. 37; Halfmeier, **Article 1**, s. 378-379; Bach, **Art. 1 Rome II**, s. 32; Tarman, **Roma II**, s. 196.

⁴⁹⁷ Hatice Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri**, İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2001, (Doğrudan Uygulanan Kurallar), s. 38; Halfmeier, **Article 1**, s. 379.

⁴⁹⁸ Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s. 780; yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi kapsamında aynı yönde bkz. Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 473, par. 204; Ekşi, **Tanım-Tenfiz**, s. 606; Güven, **Tanım-Tenfiz**, s. 39.

Ayrıca Roma II Tüzüğü’nün uyuşmazlığı görmeye yetkili mahkeme veya heyetin niteliğinden bağımsız uygulanacağını kabul edilmiştir (Tüzük Başlangıç Bölümü par. 8). Aynı esas, İmalatçının Sorumluluğu Hakkında La Haye Sözleşmesinde de düzenlenmiştir (Sözleşme m. 1, f. 3).

⁴⁹⁹ Stuart Dutson, “The Characterisation of Product Liability Claims in Private International Law in England and Australia”, **Queensland L. J.**, C. 19, 1996-1997, (Characterisation), s. 222-224.

⁵⁰⁰ Çevre zararları bakımından bu yönde bkz. Thomas Kadner Graziano, “Le nouveau droit international privé communautaire en matière de responsabilité extracontractuelle”, **RCDIP**, C. 97, S. 3, Juillet-Septembre 2008, (Rome II), s. 490.

ceza ve vergi hukuku gibi alanlarda uygulanmaz⁵⁰¹. İmalatçının davranışının aynı zamanda suç teşkil etmesi, zarar görenin talebinin ceza hukuku ile ilişkili olmaması halinde önem taşımayacaktır⁵⁰².

2) Cezalandırıcı Tazminat Talebinin Değerlendirilmesi

İmalatçının sorumluluğuna uygulanan yabancı hukukta imalatçının, cezalandırıcı tazminat ile sorumluluğu öngörülmüş olabilir. Bu durumda zarar görenin cezalandırıcı tazminat talebinin, özel hukuka ilişkin olup olmadığı; bu itibarla milletlerarası özel hukuk kapsamında incelenip incelenmeyeceği değerlendirilmelidir.

Müşterek hukukta cezalandırıcı tazminat, özel hukuka ait bir yaptırım kabul edilmektedir⁵⁰³. Kıta Avrupası hukuku ülkelerinde farklı görüşler⁵⁰⁴ bulunmakla birlikte doktrindeki hakim görüş⁵⁰⁵ cezalandırıcı tazminatın, özel hukuka ilişkin olduğu yönündedir. Bu görüşe göre cezalandırıcı tazminatın, eşit kişiler arasındaki özel hukuk uyumsuzluklarında prensip olarak, zarar gören lehine hükmedilen parasal bir yaptırım olması onun, ceza hukukunun dışında kalmasına sebep olmaktadır⁵⁰⁶. Cezalandırma amacı taşıması, özel hukuka ait bir yaptırım olarak yorumlanmasını

⁵⁰¹ Henri Batiffol/Paul Lagarde, **Traité de droit international privé**, Tome 1, 8^e Édition, Paris: L.G.D.J., 1993, s. 411 vd.

Bu itibarla Türk Ceza Kanunu'nda (RG. 12.10.2004-25611) kamunun sağlığına karşı suçlar başlığı altında düzenlenen suçlar ile hatalı ürünün bir kişinin ölümüne ya da yaralanmasına sebep olması halinde imalatçının adam öldürme veya adam yaralamadan cezai sorumluluğu hakkındaki uyumsuzluklar, milletlerarası özel hukukun kapsamı dışındadır. 4703 sayılı Kanun ve diğer yasal mevzuat uyarınca hatalı ürün sebebiyle imalatçının idari yaptırımlarla sorumluluğu hakkındaki uyumsuzluklar da milletlerarası özel hukukun kapsamı dışındadır.

⁵⁰² Halfmeier, **Article 1**, s. 379.

⁵⁰³ Bu konuda bkz. yuk. "Özel Hukuka İlişkin Olması" başlıklı bölüm (Birinci Bölüm, II, A, 3, a).

⁵⁰⁴ Cezai niteliği sebebiyle özel hukuka ait olmadığı görüşünde bkz. Dieter Martiny, "Recognition and Enforcement of Foreign Money Judgments in the Federal Republic of Germany", **Am. J. Comp. L.**, C. 35, 1987, s. 748 ve Stiefel/Stürner/Stadler, **a.g.e.**, s. 784, dn. 27'de; Zekoll, **American Products Liability Awards**, s. 324, dn. 120'de; Bungert, **a.g.e.**, s. 1078, dn. 14'te belirtilen diğer yazarlar.

⁵⁰⁵ Bu görüşte bkz. Kurt Siehr, "Zur Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Verurteilungen zu 'punitive damages'", **Recht der Internationalen Wirtschaft**, C. 37, 1991, s. 705 vd. (*naklen*, Brand, **Punitive Damages**, s. 170); Marta Requejo Isidro, "Punitive Damages: How Do They Look Like When Seen From Abroad?", **The Power of Punitive Damages**, Ed. Lotte Meurkens/Emily Nordin, Intersentia: Cambridge-Antwerp-Portland, 2012, (Punitive Damages), s. 312; Brockmeier, **a.g.e.**, s. 74-75; Boskovic, **a.g.e.**, s. 99; Stiefel/Stürner/Stadler, **a.g.e.**, s. 784-785; Zekoll, **American Products Liability Awards**, s. 324; Behr, **Punitive Damages in American and German Law**, s. 105 vd.; Bungert, **a.g.e.**, s. 1078; Isidro, **a.g.e.**, s. 240, dn. 14'te belirtilen diğer yazarlar.

⁵⁰⁶ Boskovic, **a.g.e.**, s. 99-100; Stiefel/Stürner/Stadler, **a.g.e.**, s. 784-785; Zekoll, **American Products Liability Awards**, s. 324; Bungert, **a.g.e.**, s. 1078-1079; Boskovic, **a.g.e.**, s. 99.

Ancak ABD'nin bazı eyaletlerinde cezalandırıcı tazminatın devlete karşı ifa edileceğinin kabul edilmiş olması sebebiyle bu halde cezai bir yaptırım olarak, ceza hukukuna ilişkin olarak yorumlanabileceği belirtilmektedir (Bungert, **a.g.e.**, s. 1078, dn. 15).

engellemeyecektir⁵⁰⁷. Bu açıdan, cezai şart da cezalandırma işlevine sahip olmakla beraber, özel hukuka ilişkin bir yaptırımdır⁵⁰⁸.

Alman mahkeme kararlarında da cezalandırıcı tazminat, özel hukuka ilişkin kabul edilmiştir. Alman Federal Mahkemesi'nin 4.6.1992 tarihli kararında⁵⁰⁹ cezalandırma ve ibret verme amacı taşımaya karşın zarar gören lehine hükmedilmesi sebebiyle cezalandırıcı tazminatın özel hukuka ait olduğu belirtilmiştir. Ayrıca Alman mahkemeleri, Türkiye'nin de taraf olduğu⁵¹⁰ 1965 tarihli *Hukuki ve Ticari Konularda Adli ve Gayriadli Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair La Haye Sözleşmesi*⁵¹¹ kapsamında da cezalandırıcı tazminatın, özel hukuka ait olduğunu kabul etmiştir⁵¹².

Roma II Tüzüğü'nde cezalandırıcı tazminat talebi içeren uyuşmazlıklar hukukî ve ticarî konulardan sayılarak, Tüzük kapsamında kabul edilmiştir⁵¹³. Tüzüğün Başlangıç Bölümü'nde “yetkili yabancı hukuktaki zararın telafisini amaçlamayan, fahiş nitelikteki cezalandırıcı tazminatın” kamu düzenine aykırılık açısından denetime tabi tutulabileceğinin belirtilmesinin de bu sonucu desteklediği

⁵⁰⁷ Brockmeier, **a.g.e.**, s. 75.

⁵⁰⁸ Brockmeier, **a.g.e.**, s. 75; Stürner/Stadler, **a.g.e.**, s. 785; Zekoll, **American Products Liability Awards**, s. 324.

⁵⁰⁹ BGH, 4.6.1992, (*naklen*, Behr, **Punitive Damages in American and German Law**, s. 157-159; Behr, **Punitive Damages in Germany**, s. 205; Brand, **Punitive Damages Revisited**, s. 185; Hay, **American Money-Judgments**, s. 730 vd.; Nettesheim/Stahl, **a.g.e.**, s. 419-420; Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s. 178; Güven, **Rekabetin Engellenmesi**, s. 443, 459).

⁵¹⁰ RG. 17.6.1972-14218.

⁵¹¹ *Convention of 15 November 1965 on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters*, yürürlük tarihi: 10.2.1969. Sözleşme'ye taraf devletler için bkz. http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=17 (erişim tarihi: 20.11.2014).

⁵¹² Münih İstinaf Mahkemesi'nin 9.5.1989 tarihli (OLG Münih, 9.5.1989) ve Düsseldorf İstinaf Mahkemesi'nin 19.2.1992 tarihli kararları (OLG Düsseldorf, 19.2.1992) için bkz. Marta Requejo Isidro, “Punitive Damages from a Private International Law Perspective”, **Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives**, Ed. Helmut Koziol/Vanessa Wilcox, Springer: New York-Wien, 2009, (PIL Perspective), s. 240.

Ayrıca Sözleşme hakkında Özel Komite'nin 1989 tarihli Raporu'nda cezalandırıcı tazminatın zarar gören lehine hükmedilmesi sebebiyle hukuki ve ticari konular kapsamında değerlendirileceğini, böylelikle Sözleşme'nin uygulama alanına dahil olduğu ifade edilmiştir. Söz konusu Rapor için bkz. Hague Conference on Private International Law: Special Commission Report on the Operation of the Hague Service Convention and the Hague Evidence Convention, **Int'l. Leg. Mat.**, C. 28, 1989, s. 1559-1560.

⁵¹³ Jan von Hein, “Article 26- Public Policy of the Forum”, **Rome Regulations, Commentary on the European Rules of the Conflict of Laws**, Ed. Gralf-Peter Calliess, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Law International, 2011, (Article 26), s. 620; Fuchs, **Art. 26 Rome II**, s. 427-428; Halfmeier, **Article 1**, s. 380.

Azınlıkta farklı görüş için bkz. von Hein, **Article 26**, s. 620, dn. 9'da belirtilen yazarlar.

ifade edilmektedir⁵¹⁴.

Türk mahkemeleri önünde imalatçının sorumluluğundan kaynaklanan bir uyuşmazlıkta zarar gören, yetkili yabancı hukuk uyarınca cezalandırıcı tazminat talebinde bulunabilir. Cezalandırıcı tazminat, Türk hukukunda düzenlenmemiştir. Ancak düzenlendiği hukuklarda imalatçının sorumluluğu alanında cezalandırıcı tazminat, kamu gücünün kullanılmadığı, eşit kişiler arasındaki uyuşmazlıklarda uygulanan, maddi hukuktan kaynaklanan bir taleptir. Bu açıdan imalatçının piyasaya sürdüğü hatalı ürün sebebiyle sorumlu tutulduğu idari veya cezai parasal yaptırımlardan farklıdır.

Cezalandırıcı tazminatın, meydana gelmiş zararın telafisini amaçlamaması; cezalandırma ve ibret verme amaçlarına hizmet etmesi, onun özel hukuka ait bir yaptırım olarak yorumlanmasını engellemeyecektir⁵¹⁵. Çalışmanın ilk bölümünde ifade edildiği gibi cezalandırıcı tazminatın, amaçları ve özellikleri dikkate alındığında Türk hukuku açısından özel hukuk cezası olarak yorumlanması mümkündür⁵¹⁶. Bu itibarla Türk mahkemelerinde hatalı ürün sebebiyle ileri sürülen cezalandırıcı tazminat talebi, özel hukuka ilişkin olarak kabul edilerek⁵¹⁷; MÖHUK kapsamında incelenecektir.

Ayrıca rekabetin engellenmesine uygulanacak hukuku düzenleyen MÖHUK m. 38, f. 2 hükmünde yabancı hukukun uygulandığı durumlarda Türk hukuku

⁵¹⁴ Marie Élodie Ancel, “Contrefaçon internationale : Le juge français face aux dommages-intérêts punitifs étrangers”, **Cahier de droit de l’entreprise**, Dossier 26, S. 4, Juillet 2007, *Elektronik Kaynak* (LexisNexis), s. 3; Halfmeier, **Article 1**, s. 380.

⁵¹⁵ Bu görüşte bkz. Brockmeier, **a.g.e.**, s. 74-75.

⁵¹⁶ Bu konuda bkz. yuk. “Türk Hukuku Açısından Hukuki Niteliğinin Değerlendirilmesi” başlıklı bölüm (Birinci Bölüm, II, A, 3, b).

⁵¹⁷ Türk doktrininde misli tazminatların, özel hukuk veya kamu hukukuna ait olarak vasıflandırılmasının zor olduğu; bunların, her iki yönü de içeren kurumlar olduğu ileri sürülmüştür (Bilgin Tiryakioğlu, **Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilâfı**, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1997, (Rekabet), s. 21-22).

Yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi kapsamında cezalandırıcı tazminatın, cezai niteliğe sahip olduğu, bu sebeple MÖHUK m. 50, f. 2’de öngörülen özel hukuka ilişkin olma şartına aykırılık taşıyacağı belirtilerek tanıma ve tenfize konu edilemeyeceği savunulmuştur (Nomer, **a.g.e.**, s. 490; genel olarak cezalandırma amacı ile hükmedilen tazminat kararları bakımından bu görüşte bkz. Doğan, **a.g.e.**, s. 106).

Öte yandan maddi hukuktan doğan haklardan ziyade kamu adına caydırma, korkutma ve iyileştirme amacı taşıdığı ölçüde cezai oldukları ileri sürülmüştür (Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s. 198; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 474, par. 204).

Buna karşılık tanıma ve tenfiz kapsamında cezalandırıcı tazminat kararlarının, özel hukuka ilişkin olduğu görüşünde bkz. Ekşi, **Tanıma-Tenfiz**, s. 680; Güven, **Rekabetin Engellenmesi**, s. 454; Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s. 179.

uygulansaydı verilecek tazminattan daha fazla tazminata hükmedilemeyeceği düzenlenmiştir. Bu hükmün, yabancı hukuklarda öngörülen “aşırı tazminat” talepleri bakımından öngörüldüğü belirtilmektedir⁵¹⁸. Somut olayın özellikleri çerçevesinde “aşırı tazminat” olarak değerlendirilebilecek olan cezalandırıcı tazminatın, özel hukuk niteliği ve MÖHUK kapsamında olduğu, kanımızca bu hükümle de desteklenmiştir⁵¹⁹.

B) Uyuşmazlığın Yabancılik Unsuru Taşınması

1) Genel Olarak

İmalatçının sorumluluğundan kaynaklanan bir uyuşmazlığın milletlerarası özel hukuk kapsamına girmesi için ikinci şart, uyuşmazlığın yabancılik unsuru taşımasıdır. Yabancılik unsuru içermeyen bir uyuşmazlığın, milletlerarası özel hukuk kapsamına girmeyeceği açıktır.

İmalatçının Sorumluluğu Hakkında La Haye Sözleşmesi’nin uygulanabilmesi için, imalatçının sorumluluğundan kaynaklanan uyuşmazlığın, “milletlerarası nitelikte” olması gerektiği belirtilmiştir (Sözleşme Başlangıç Bölümü). Sözleşme’de milletlerarası nitelik ile kastedilenin, uyuşmazlığın herhangi bir şekilde yabancılik unsuru taşıması olduğu açıklanmaktadır⁵²⁰.

Roma II Tüzüğü’nde ise Tüzüğün, “kanunlar ihtilafı ile ilişkili meselelerde”⁵²¹ uygulanacağı düzenlenmiştir (Tüzük m. 1, f. 1). Kanunlar ihtilafı ile

⁵¹⁸ 5718 Sayılı MÖHUK Tasarısı İle İlgili Adalet Komisyonu Raporu, s. 25, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss47.pdf> (erişim tarihi: 2.8.2014); ayrıca bu konuda bkz. Tiryakioğlu, **Haksız Filler**, s. 217-218; Tarman, **Haksız Rekabet**, s. 144-145.

⁵¹⁹ MÖHUK m. 38, f. 2 kapsamında yabancı hukuktaki üç katı tazminatın, cezai nitelik taşıdığı yönünde farklı görüşte bkz. Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 427.

⁵²⁰ Willis L. M. Reese, “The Hague Convention on the Law Applicable to Products Liability”, 1974 **International Lawyer**, C. 8, S. 3, (Hague Convention), s. 608; Pierre Bourel, **Du rattachement de quelques délits spéciaux en droit international privé**, Recueil des cours de l’Académie de Droit International, C. 214, Dordrecht-Boston-London: Martinus Nijhoff Publishers, 1989, s. 270-271; Reese, **Explanatory Report**, s. 256; Fawcett, **a.g.e.**, s. 138; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğu**, s. 95; Özel, **İmalatçının Sorumluluğu**, s. 913; Güngör, **Tüketici**, s. 133, dn. 316.

⁵²¹ Tüzüğün İngilizce ve Fransızca metinlerinde bu ifadeye yer verilmesine karşın, Tüzüğün Almanca metninde bu ifade, “birden fazla devletin hukuku ile ilişkili” meseleler şeklinde kaleme alınmıştır. Tüzük metninin, Almanca resmi tercümesi için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/DE/TEXT/HTML/?uri=CELEX:32007R0864&qid=1408521586281&from=FR> (erişim tarihi: 3.6.2014).

Tüzük’teki kanunlar ihtilafı ile ilişkili meseleler ifadesi eleştirilmektedir. Müşterek hukuk geleneğine bağlı üye devletlerde kanunlar ihtilafı kavramı, yalnızca uygulanacak hukuku değil; milletlerarası yetkiyi de kapsamaktadır. Tüzük’te ise yalnızca uygulanacak hukukun düzenlenmesi sebebiyle

ilişkili meseleler, bir veya birden fazla unsurunun, bir ülkenin sosyal hayatına yabancı olması sebebiyle farklı hukuk düzenlerinin uygulanmasının gerekli olduğu uyuşmazlıklar olarak ifade edilmektedir⁵²². Bunlar, yabancılık unsurunun varlığı sebebiyle farklı ülke hukukları ile ilişkili uyuşmazlıklardır⁵²³. Örneğin, zarar verenin mutad meskeni veya işyerinin, zarar görenin mutad meskeninden ya da zararın meydana geldiği ülkeden farklı bir ülkede olması halinde Tüzük uygulama alanı bulacaktır.

MÖHUK'ta yabancılık unsuru üzerinden Kanun'un uygulama alanı belirlenmiştir (MÖHUK m. 1, f. 1). Doktrinde yabancılık unsuru, bir hukukî ilişki veya olayın, birden fazla hukuk sistemi ile ilişkili olmasını sağlayan unsur olarak tanımlanır⁵²⁴.

2) İmalatçının Sorumluluğundan Doğan Uyuşmazlıklarda Yabancılık Unsuru

Günümüzdeki sanayi, teknoloji ve üretim teknikleri, piyasaya sürülen nihai ürün ve ara parçalarının birden fazla ülkede tasarlanması ve imal edilmesine yol açmaktadır. Milletlerarası ticaretin ulaştığı nokta ise bir ürünün çok sayıda ülkede piyasaya sürülmesine; o ürünü edinen kullanıcıların, edindikleri ülke dışındaki ülkelerde o ürünü kullanmalarına neden olmaktadır. Bu sebepler, imalatçının

“kanunlar ihtilafı” kavramının kullanılmasının isabetli olmadığı belirtilmektedir. Bu görüşte bkz. Halfmeier, **Article 1**, s. 378; Bach, **Art. 1 Rome II**, s. 44.

⁵²² Bu husus, Komisyon'un 2003 tarihli Tüzük Teklifi'nin devamında yer alan Açıklayıcı Rapor'da ifade edilmiştir (Roma II Açıklayıcı Rapor, s. 8). Açıklayıcı Rapor için bkz. Commission of the European Communities, Proposal of the European Parliament and the Council for a Regulation on the Law Applicable for Non-Contractual Obligations (“Rome II”), Presented by the Commission, 22.7.2003, COM (2003) 427 Final, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0427:FIN:EN:PDF>, (erişim tarihi: 5.6.2014).

⁵²³ Bernard Dutoit, “Le droit international privé des obligations non contractuelles à l’heure européenne: Le Règlement Rome II”, **Liber Fausto Pocar, Nuovi strumenti del diritto internazionale privato-New instruments of Private International Law**, C. 2, Ed. Gabriella Venturini/Stefania Bariatti, Milano: Giuffrè, 2009, (Rome II), s. 311; Symeon C. Symeonides, “Rome II and Tort Conflicts: A Missed Opportunity”, **Am. J. Comp. L.**, C. 56, 2008, (Rome II), s. 178; Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s. 775.

⁵²⁴ Yabancılık unsuru hakkındaki tanımlar için bkz. Nihal Uluocak, **Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri, Uygulama Kuralları-Sözleşmeler**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1989, s. 3; Clarkson/Hill, **a.g.e.**, s. 1, 3; Nomer, **a.g.e.**, s. 5; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 8; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 21-22; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 5, par. 1; Doğan, **a.g.e.**, s. 25-26; Toker, **a.g.e.**, s. 993. Genel olarak kişilerin vatandaşlığı, yerleşim yeri, mutad meskeni; hukuki işlemin yapıldığı veya ifa edildiği yer; malların bulunduğu yer; haksız fiilin ika yeri veya zararın meydana geldiği yer açısından yabancılık unsuru gerçekleşir (Rona Aybay/Esra Dardağan, **Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması, (Kanunlar İhtilafı)**, 2. Baskı, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008, s. 9-10; Turgut Turhan, **Milletlerarası Sözleşmelerde Yabancı Para Kayıtları**, Ankara: Bankacılık ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1997, (Yabancı Para Kayıtları), s. 7; Uluocak, **a.g.e.**, s. 3-4; Nomer, **a.g.e.**, s. 5; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 22; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 8-9; Doğan, **a.g.e.**, s. 26).

sorumluluğundan kaynaklanan uyuşmazlıkların yabancılık unsuru taşıması olasılığını arttırmaktadır⁵²⁵.

Ayrıca ithalatçı veya sürüm zincirinde yer alan kişilerin, yeterli malvarlıklarının bulunmaması ya da bu kişilerin, artık faaliyet göstermemeleri sebebiyle zarar görenin, zararının tazmini için bu kişilere başvurması sonuç getirmeyecektir. Bu durum, zarar görenin yabancı ülkede bulunan imalatçıya başvurmasını adeta zorunlu kılmaktadır. Bu zorunluluk ise uyuşmazlığın milletlerarası özel hukuk kapsamına girmesine yol açacaktır⁵²⁶. Örneğin, İngiltere’de bulunan imalatçı tarafından üretilen ve bu imalatçının, Türkiye’deki yetkili satıcısından satın alınan bir arabanın tasarım hatası sebebiyle bir zarara yol açması halinde Türkiye’deki yetkili satıcı veya ithalatçı, iflas sebebiyle artık faaliyet göstermiyorsa zarar görenlerin, İngiltere’de bulunan imalatçıya başvurmaları dışında bir seçenek kalmayacaktır.

Tüm uyuşmazlıklar bakımından geçerli olduğu gibi⁵²⁷, imalatçının sorumluluğundan kaynaklanan bir uyuşmazlığın da hangi hallerde yabancılık unsuru taşıdığının soyut olarak önceden tespit edilmesi ve bu konuda sınırlayıcı bir sayım yapılması mümkün değildir. Her somut olayın özelliklerine göre, mevcut uyuşmazlığın yabancılık unsuru içerip içermediği değerlendirilecektir⁵²⁸.

Doktrinde aşağıda sayılan hallerde, imalatçının sorumluluğundan

⁵²⁵ Peter Kaye, **Private International Law of Tort and Product Liability: Jurisdiction, Applicable Law and Extraterritorial Protective Measures**, Aldershot: Dartmouth Publishing Company Limited, 1991, s. 108-109; Gunther Kühne, “Choice of Law in Products Liability”, 60 **Cal. L. Rev.**, 1972, s. 1; Thomas Kadner Graziano, “The law applicable to product liability: The present state of the law in Europe and current proposals for reform”, **ICLQ**, C. 54, 2005, (Product Liability), s. 476; John Goldring, “Product Liability and The Conflict of Laws in Australia”, **Adel. L. Rev.**, C. 12, 1977-1978, s. 415-416; Michael C. Pryles, **Tort and Related Obligations in Private International Law**, Recueil des Cours de l’Académie de Droit International, C. 227, Dordrecht-Boston-London: Martinus Nijhoff Publishers, 1991, s. 115; Fawcett, **a.g.e.**, s. 26; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğuna İlişkin Kurallar**, s. 270-271.

⁵²⁶ Dutson, **Jurisdiction**, s. 82-83; benzer yönde bkz. Goldring, **a.g.e.**, s. 414.

⁵²⁷ Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard, **a.g.e.**, par. 19.

⁵²⁸ Fügen Sargın, **Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticarî Marka Lisansı Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk**, Ankara: Turhan Kitabevi, 2002, s. 181; Hatice Özdemir, “MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmelerin Tespiti Bağlamında Yabancılık Unsuru Taşıyan Sözleşme ve Uluslararası Sözleşme Kavramları”, **İBD**, 1999/IV, (Yabancılık Unsuru), s. 939; Bilgin Tiryakioğlu, **Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk**, Ankara: AÜHF Döner Sermaye Yayınları, 1996, (Taşınır Mallar), s. 6 vd.; François-Jérôme Danthe, **Le droit international privé suisse de la concurrence déloyale**, Thèse de Licence et de Doctorat Présentée à la Faculté de Droit de l’Université de Lausanne, Lausanne: Imprimerie Chabloy Tolochenaz, 1998, s. 40-41; Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard, **a.g.e.**, par. 19.

kaynaklanan bir uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıyabileceği ifade edilmektedir⁵²⁹:

- (i) Zarara yol açan ürünün veya ara parçalarının imalatçısının idare merkezinin, işyerinin ya da mutad meskeninin yabancı bir ülkede bulunması;
- (ii) Zarara yol açan ürünün tasarımının, ara parçaları dahil nihai ürünün imalatı ve montajının yabancı bir ülkede gerçekleşmesi;
- (iii) Zarara yol açan ürünün hatalı olmasına yol açan eksikliğin, yabancı bir ülkede meydana gelmesi⁵³⁰;
- (iv) Ürün sebebiyle zarar görenin yabancı bir devlet vatandaşı olması veya yerleşim yeri ya da mutad meskeninin yabancı bir ülkede bulunması;
- (v) Ürünün yol açtığı zararın yabancı ülkede meydana gelmesi;
- (vi) Zarar görenin ürünü yabancı bir ülkede edinmiş veya yabancı bir ülkede kullanmış olması.

Bununla birlikte herhangi bir yabancılık unsuru, somut uyuşmazlığın niteliği ve özellikleri gözönüne alındığında o uyuşmazlığı milletlerarası özel hukuk kapsamına sokmaya yeterli olmayabilir⁵³¹. Buna göre yabancılık unsuru yaratabilecek unsurun, uyuşmazlığın bütünü bakımından taşıdığı ağırlık ve öneme göre değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir⁵³². Tamamen iç hukuka ait bir uyuşmazlık, sırf dolaylı olarak yabancı bir ülke ile ilişkili olması sebebiyle milletlerarası özel hukuk kapsamına girmeyecektir.

Dolayısıyla yukarıda sayılan hallerin, mevcut uyuşmazlığı gerçekten

⁵²⁹ Stuart Dutson, "Product Liability and Private International Law: Choice of Law in Tort in England", **Am. J. Comp. L.**, C. 47, 1999, s. 129; Stuart Dutson, "Product Liability and Private International Law: Jurisdiction in International Product Liability Litigation", **Bond L. Rev.**, C. 9, S. 1, 1997, (Jurisdiction), s. 81; Michael Ena, "Choice of Law and Predictability of Decisions in Product Liability Cases", **Fordham Urb. L. J.**, C. 34, S. 5, 2006, s. 1417; Tebbens, **a.g.e.**, s. 165; Bourel, **a.g.e.**, s. 271; Özel, **İmalatçının Sorumluluğu**, s. 912; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğu**, s. 74; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğuna İlişkin Kurallar**, s. 271.

⁵³⁰ İmalat ve tasarım hatasına yol açan eksikliğin gerçekleştiği yer, çoğu kez tek bir yeri işaret edecektir. Ancak bilgilendirme hataları bakımından, birden çok ülkede piyasaya sürülmüş bir ürün söz konusu olduğunda o ürüne ilişkin kullanma talimatı veya uyarılardaki eksiklikler, tasarım ve imalat ülkesi dışındaki birden çok farklı yerde gerçekleşir. Bu hususta bkz. Fawcett, **a.g.e.**, s. 121.

⁵³¹ Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard, **a.g.e.**, par.19; Fawcett, **a.g.e.**, s. 138; Danthe, **a.g.e.**, s. 39; Sargın, **a.g.e.**, s. 181-182.

⁵³² Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard, **a.g.e.**, par.19; Danthe, **a.g.e.**, s. 39-40.

milletlerarası özel hukuk kapsamına sokup sokmadığı, her somut uyuşmazlığın özellikleri çerçevesinde bu unsurların, uyuşmazlığın bütünü açısından taşıdığı öneme göre tespit edilmelidir⁵³³.

Örneğin, Türkiye’de bulunan bir satıcıdan satın alınan, yabancı ülkede imal edilmiş bir arabanın hatalı olması sonucunda iki Türk vatandaşı arasında Türkiye’de meydana gelen trafik kazasında zarar görenlerin birbirlerine, arabanın sigortacısına ve arabanın kendisindeki hasar sebebiyle *satım sözleşmesi uyarınca* araba satıcısına yönelik taleplerinde, milletlerarası özel hukuk kapsamında bir uyuşmazlık söz konusu olmayacaktır⁵³⁴. Zira zarara yol açan hatalı ürünün yabancı ülkede imal edilmiş olması, söz konusu taleplerden kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından tali bir öneme sahiptir. “*Dolaylı yabancılık unsuru*” olarak nitelendirilebilecek bu durum, belirtilen uyuşmazlıkları milletlerarası özel hukuk kapsamına sokabilecek yeterlilikte olmadığı gibi, bu uyuşmazlıkların çözümü açısından da belirleyici bir etkiye sahip değildir.

Ancak bu kurguda, arabadaki imalat hatası sebebiyle zarar gören arabanın alıcısı veya arabadaki üçüncü kişilerin, yabancı ülkede bulunan imalatçıya karşı talepleri, milletlerarası özel hukuku ilgilendirecektir⁵³⁵. Bu durumda zarara yol açan ürünün, yabancı ülkede hatalı imal edilmesi, uyuşmazlık açısından merkezi öneme sahip bir unsur olacağından, bu uyuşmazlığı milletlerarası özel hukuk kapsamına sokacaktır.

III) İmalatçının Sorumluluğuna Uygulanacak Hukuku Gösteren Bağlama Kuralları

A) Haksız Fiillere İlişkin Genel Bağlama Kuralı

İmalatçının sorumluluğu, bir haksız fiil türüdür⁵³⁶. Bu sebeple İmalatçının

⁵³³ Bu görüşte bkz. Fawcett, **a.g.e.**, s. 113-114, 138; Tebbens, **a.g.e.**, s. 165.

Ayrıca imalatçının sorumluluğu özelinde bir haksız fiil davasında davacının vatandaşlığının tek başına olaya yabancılık unsuru katmaya yeterli olmayacağı hakkında bkz. Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğu**, s. 193.

⁵³⁴ Benzer yönde bkz. Fawcett, **a.g.e.**, s. 114; Dutson, **a.g.e.**, s. 138; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğu**, s. 193.

⁵³⁵ Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğu**, s. 194; İmalatçının Sorumluluğu Hakkında La Haye Sözleşmesi bakımından aynı yönde bkz. Reese, **Hague Convention**, s. 608.

⁵³⁶ Horatia Muir Watt, **Aspects Economiques du Droit International Privé (Réflexions sur l’impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits des lois et des**

Sorumluluğu Hakkında La Haye Sözleşmesi'ne taraf olmayan *for* devleti hukukunda imalatçının sorumluluğuna özgü bağlama kuralları bulunmadığı takdirde uygulanacak hukuk, haksız fiillere ilişkin genel bağlama kuralı uyarınca tespit edilecektir⁵³⁷.

Roma II Tüzüğü yürürlüğe girmeden önce, La Haye Sözleşmesi'ne taraf olmayan AB üyesi ülkelerden İngiltere, Almanya ve Avusturya hukukunda imalatçının sorumluluğuna uygulanacak hukuk, haksız fiillere ilişkin genel kural uyarınca tespit edilmiştir⁵³⁸. Amerikan hukukunda da istisnalar dışında imalatçının sorumluluğundan kaynaklanan uyuşmazlıklar, haksız fiillere uygulanacak hukuk kapsamında çözüme kavuşturulmaktadır⁵³⁹.

Türk hukukunda, 5718 sayılı MÖHUK'un yürürlüğe girene kadar geçen dönemde imalatçının sorumluluğundan kaynaklanan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk, tüm haksız fiil türleri hakkında uygulama alanı bulan mülga 2675 sayılı MÖHUK m. 25 uyarınca belirlenmekteydi⁵⁴⁰.

juridictions), *Receuil des Cours de l'Académie de Droit International*, C. 307, Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2004, s. 258; Dominique Bureau/Horatia Muir Watt, **Droit international privé, Tome II, Partie spéciale**, 2ème édition mise à jour, Paris: Presses Universitaires de France, 2007, s. 421; Bourel, **a.g.e.**, s. 275; Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard, **a.g.e.**, par. 542; Bucher/Bonomi, **a.g.e.**, par. 1095 vd.; Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 62; Rigaux/Fallon, **a.g.e.**, s. 960; Nomer, **a.g.e.**, s. 354; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 418; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 456 vd.; Doğan, **a.g.e.**, s. 389 vd.; Tarman, **Haksız Rekabet**, s. 94; Çalışkan, **a.g.e.**, s. 30, 306.

⁵³⁷ Luigi Ferrari Bravo, **Les rapports entre les contrats et les obligations délictuelles en droit international privé**, *Receuil des Cours de l'Académie de Droit International*, C. 146, Dordrecht-Boston-London: Martinus Nijhoff Publishers, 1975, s. 429; Kaye, **a.g.e.**, s. 56 vd.; Fawcett, **a.g.e.**, s. 119; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 421; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğu**, s. 76-77; Özel, **İmalatçının Sorumluluğu**, s. 911-912.

⁵³⁸ Richard Plender QC/Michael Wilderspin, **The European Private International Law of Obligations**, 3rd Edition, London: Sweet&Maxwell, 2009, s. 544; Peter Stone, "Product Liability Under Rome II Regulation", **The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations, A New International Litigation Regime**, Ed. John Ahern & William Binchy, Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2009, (Product Liability), s. 178; Tanrıbilir, **İmalatçının Sorumluluğuna İlişkin Kurallar**, s. 278-280; Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 63, 67.

⁵³⁹ Peter Hay/Patrick J. Borchers/Symeon C. Symeonides, **Conflict of Laws**, Fifth Edition, West Academic Publishing, 2010, s. 1028 vd.; Gunther Kühne, "Choice of Law in Products Liability", **Cal. L. Rev.**, C. 60, 1972, s. 6; Pryles, **a.g.e.**, s. 119; Ena, **a.g.e.**, s. 1431; Goldring, **a.g.e.**, s. 416.

⁵⁴⁰ Bu hususta bkz. Ergin Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, 14. Bası: Nomer/Şanlı, İstanbul: Beta Yayınevi, 2006, (Nomer/Şanlı), s. 318; Özel, **İmalatçının Sorumluluğu**, s. 935; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğu**, s. 77, 178 vd.; Tarman, **Devletler Özel İmalatçı**, s. 40; Çalışkan, **a.g.e.**, s. 306.

Bu sonuç, yalnızca imalatçının sorumluluğu açısından geçerli değildir. Haksız rekabet, rekabetin engellenmesi, kişilik haklarının ihlali gibi diğer özel haksız fiil türlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda da uygulanacak hukuk, 2675 sayılı mülga MÖHUK'ta özel bağlama kuralı öngörülmediğinden, mülga MÖHUK m. 25 uyarınca belirlenmiştir. Bu hususta bkz. Esra Dardağan, **Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklardan Doğan Kanunlar İhtilâfı**, Ankara: Betik Yayıncılık, 2000, (Fikir ve Sanat Eserleri), s. 190 vd.; İpek Sarıöz, **6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, 5718**

Bu sebeple aşağıda ilk olarak, haksız fiilden doğan uyuşmazlıklarda uygulanacak hukukun tespitinde izlenmiş olan yöntemler ve günümüzde kabul edilen tercihler, ana hatlarıyla ele alınacaktır. Bunu takiben yabancı hukuk sistemleri ile 2675 sayılı mülga MÖHUK döneminde imalatçının sorumluluğuna uygulanacak hukukun, haksız fiillere ilişkin genel bağlama kuralı uyarınca belirlenmesi incelenecektir.

1) Haksız Fiillere Uygulanacak Hukukun Tespitinde İzlenen Yöntemler

Haksız fiillere uygulanacak hukuk konusunda *lex fori*'nin yetkili olması⁵⁴¹, haksız fiilin ika yeri hukukunun (*lex loci delicti commissi*) yetkili olması, *lex fori* ve ika yeri hukukunun birlikte uygulanması (*double actionability rule*)⁵⁴² gibi zaman içerisinde çeşitli yöntemler söz konusu olmuştur. Yirminci yüzyılın başlarında pek çok hukuk sisteminde ika yeri kuralı, haksız fiilden kaynaklanan uyuşmazlıklarda klasik bağlama kuralı olarak kabul görmüştür⁵⁴³. Bu kuralın tercih edilme sebepleri,

sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Haksız Rekabetten Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk ve Yetkili Mahkeme, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2012, s. 84, 86; Özel, **Kişilik Hakkı**, s. 112; Güven, **Rekabetin Engellenmesi**, s. 444; Tarman, **Haksız Rekabet**, s. 63.

⁵⁴¹ Kamu düzeni gerekçesiyle SAVIGNY tarafından ileri sürülen ve haksız fiil sorumluluğunun ceza hukuku ile bağlantılı olduğuna dayanan *lex fori*'nin uygulanması yönündeki görüş, milletlerarası özel hukukun varoluş amacı ve esaslarına aykırı olması sebebiyle eleştirilmiştir (Otto Kahn-Freund, **Delictual Liability and the Conflict of Laws**, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, C. 124, Dordrecht-Boston-London: Martinus Nijhoff Publishers, 1968, (Delictual Liability), s. 12 vd.; Pryles, **a.g.e.**, s. 23). *Lex fori* kuralı, hakkaniyeti sağlayamaması, haksız fiil sebebiyle düzeni bozan devletin menfaatlerini koruyamaması ve sorumluluk hukukunun, ceza hukukundan farklı amaç ve işlevlere sahip olması sebebiyle uygun görülmemiştir (Erdoğan Göğer, "Haksız Fiilden Doğan Borçların Tabi Olduğu Kanun", **AÜHFD**, C. 22-23, S. 1-4, 1965-1966, (Haksız Fiil), s. 465; Pryles, **a.g.e.**, s. 36; Özel, **İmalatçının Sorumluluğu**, s. 884).

⁵⁴² İngiliz hukukunda 1870 tarihli *Phillips / Eyre* kararı uyarınca geliştirilen bu yöntem, yabancı ülkede meydana gelen bir haksız fiil sebebiyle İngiliz mahkemelerinde dava açılıp, bu fiilin yol açtığı zararın tazmininin talep edilebilmesi için, fiilin işlendiği yerde hukuka aykırı olarak kabul edilmesine ek olarak, *lex fori* İngiliz hukuku uyarınca da hukuka aykırı bir fiil teşkil etmesi şartını aramaktadır. Bu kural hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gülin Güneysu, "İngiliz Hukukunda Haksız Fiilden Doğan Kanunlar İhtilafı", **AÜHFD**, C. 42, 1991-1992, s. 183 vd.; Pryles, **a.g.e.**, s. 64-78; Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 25-26; Fawcett, **a.g.e.**, s. 206-207; Özel, **İmalatçının Sorumluluğu**, s. 892-895.

⁵⁴³ C. G. J. Morse, "Choice of Law in Tort: A Comparative Survey", **Am. J. Comp. L.**, C. 32, 1984, s. 90; Andreas Bucher, "Les actes illicites dans le nouveau droit international privé Suisse", **Le nouveau droit international privé suisse**, Ed. François Dessemontet, Lausanne: Publication CEDIDAC, 1988, (Actes illicites), s. 112; Bernard Audit, **Droit international privé**, 6^{ème} Edition, Paris: Economica, 2010, s. 696; Marc Fallon/Paul Lagarde, "Commentaire concernant la proposition pour une convention européenne sur la loi applicable aux obligations non-contractuelles", **Elektronik Kaynak**, <http://www.gedip-egpil.eu/documents/gedip-documents-8cf.html>, (erişim tarihi: 5.6.2014), Lookofsky/Hertz, **a.g.e.**, s. 112; Bourel, **a.g.e.**, s. 263; Kahn-Freund, **Delictual Liability**, s. 9; Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 20; Bucher/Bonomi, **a.g.e.**, par. 1068; Clarkson/Hill, **a.g.e.**, s. 257; Xu, **a.g.e.**, s. 7; Göğer, **Haksız Fiil**, s. 455, 460; Tiryakioğlu, **Rekabet**, s. 56; Öztekin Gelgel, **a.g.e.**, s. 85; Çelikel/Ertem, **a.g.e.**, s. 403; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 449; Doğan, **a.g.e.**, s. 384; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğu**, s. 81; Tarman, **Devletler Özel İmalatçı**, s. 26.

fiil ile en kesin ilişkiyi kurması, uygulama kolaylığı, ika yerinde bozulan toplumsal düzenin yeniden kurulması için o yer hukukunun uygulanması gereği, tarafların beklentileri ile menfaatlerine uygun ve tarafsız bir çözüm sunması, öngörülebilirliği, hukuki güvenlik ve kesinliği sağlaması ve milletlerarası karar ahengine hizmet etmesidir⁵⁴⁴.

Yirminci yüzyılda bilim, teknoloji ve sanayinin ilerlemesi, üretim ve tüketime artması, toplumsal hayatın değişmesi karşısında haksız fiillerin sayısı artmış; yeni görünüm biçimleri ortaya çıkmış; seyahat imkanlarının ve iletişim olanaklarının kolaylaşp sınır aşan ilişkilerin çoğalmasıyla birlikte milletlerarası alanda haksız fiiller daha sık meydana gelmeye başlamıştır⁵⁴⁵.

Her devletin sosyal ve ekonomik hayatıyla yakından ilişkili, hukuk politikası tercihi olarak düzenlediği sorumluluk hukuku alanındaki maddi hukuk kuralları bakımından meydana gelen gelişmeler, milletlerarası özel hukuk kuralları açısından da yaşanmıştır⁵⁴⁶.

Bu gelişmeler sonucunda ika yeri kuralının mutlak olarak uygulanması, büyük ölçüde terkedilmiş veya sınırlandırılmıştır⁵⁴⁷. Haksız fiilden kaynaklanan

Fransız Yüksek Mahkemesi'nin 25.5.1948 tarihli *Latour* kararıyla Fransız hukukunda haksız fiilden kaynaklanan uyuşmazlıklarda ika yeri hukukunun yetkisi benimsenmiştir (Nihal Uluocak, "Milletlerarası Haksız Fiil İhtilaflarında Fransız İçtihadındaki Yeni Gelişmeler", **MHB**, Ergin Nomer'e Armağan, Y. 22, S. 2, 2002, (Haksız Fiil), s. 950-951; Audit, **a.g.e.**, s. 696; Bureau/Watt, **a.g.e.**, s. 393; Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard, **a.g.e.**, par. 532; Brière, **Rome II**, s. 41). Buna karşılık günümüzde Fransız Yüksek Mahkemesi kararlarında haksız fiilden kaynaklanan uyuşmazlıklarda ika yeri kuralının sınırlandırılarak, yeni bir anlayışın benimsendiği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bureau/Watt, **a.g.e.**, s. 394-399; Bourel, **a.g.e.**, s. 280 vd.; Sarıöz, **a.g.e.**, s. 93-94.

⁵⁴⁴ Turgut Turhan, **Haksız Fiilden Doğan Kanunlar İhtilâfı Alanında İka Yeri Kuralı**, Ankara: Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 1989, s. 350-355; Pryles, **a.g.e.**, s. 51-62; Kahn-Freund, **Delictual Liability**, s. 650; Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 22; Xu, **a.g.e.**, s. 8-9; Kaye, **a.g.e.**, s. 75-76; Bourel, **a.g.e.**, s. 294; Göğer, **Haksız Fiil**, s. 468 vd.; Tiryakioğlu, **Rekabet**, s. 56-58; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğu**, s. 82-83; Öztekin Gelgel, **a.g.e.**, s. 85-86; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 404; Tarman, **Devletler Özel İmalatçı**, s. 26.

⁵⁴⁵ Kahn-Freund, **Delictual Liability**, s. 1-11; Pryles, **a.g.e.**, s. 22-23; Bureau/Watt, **a.g.e.**, s. 377; Imhoff-Scheier/Patocchi, **a.g.e.**, s. 14; Turhan, **a.g.e.**, s. 1-2; Özel, **İmalatçının Sorumluluğu**, s. 882.

⁵⁴⁶ Bucher, **Actes illicites**, s. 113; Bucher/Bonomi, **a.g.e.**, par. 1068; Bureau/Watt, **a.g.e.**, s. 393; Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 50-51; Imhoff-Scheier/Patocchi, **a.g.e.**, s. 16, 18 vd.

Milletlerarası özel hukukta haksız fiilden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuk açısından izlenen hukuk politikası ve tercihler, ülkelerin sorumluluk hukukundaki maddi kurallarda benimsedikleri amaç, esas ve politikalara dayanmaktadır (Bourel, **a.g.e.**, s. 279, 298; Kaye, **a.g.e.**, s. 89). Bu çerçevede uygulanacak hukuku tespit edecek bağlama kriterleri belirlenirken, maddi hukuktan tamamen bağımsız hareket edilmemektedir (Andreas Bucher, **La dimension sociale du droit international privé**, *Receuil des cours de l'Académie de Droit International*, C. 341, Dordrecht-Boston-London: Martinus Nijhoff Publishers, 2009, (Cours Général), s. 63-64 vd.).

⁵⁴⁷ Bucher, **Actes illicites**, s. 113-114; Bucher/Bonomi, **a.g.e.**, par. 1068; Pryles, **a.g.e.**, s. 22-23; Bourel, **a.g.e.**, s. 263; Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 23; Knoepfler/Schweizer/Othenin-

uyuşmazlıklarda ika yerinin çoğu kez tesadüfi olması yüzünden öngörülebilirliği ortadan kaldırması; ika yeri kuralının katı ve mekanik bir kural olması; zarar vereni merkez alarak zarar göreni menfaatlerini korumakta yetersiz kalışı ve fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yerin farklı olduğu hallerde ika yeri olarak neresinin esas alınacağına yönelik yorum ve uygulama farklılıkları, bu duruma sebep olmuştur⁵⁴⁸.

Böylelikle haksız fiilden doğan uyuşmazlıklarda ika yeri olarak, zararın meydana geldiği yerin (*lex loci damni*) esas alınması, ika yeri ve zarar yerinin farklı olduğu uyuşmazlıklarda zarar görenin, zarar yeri hukukunun uygulanmasını seçebilmesi (*Günstigkeitsprinzip, règle de l'ubiquité, ubiquity*)⁵⁴⁹ veya Amerikan hukukunda benimsendiği üzere somut uyuşmazlıkla en sıkı ilişkili hukukun yetkisinin kabulü (*proper law of a tort*)⁵⁵⁰ gibi süreç içerisinde ika yeri kuralına

Girard, **a.g.e.**, par. 535; Imhoff-Scheier/Patocchi, **a.g.e.**, s. 18 vd.; Ena, **a.g.e.**, s. 1441; Brière, **Rome II**, s. 42; Dardağan, **Fikir ve Sanat Eserleri**, s. 196.

⁵⁴⁸ Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 23, 50-51; Pryles, **a.g.e.**, s. 62-63; Kahn-Freund, **Delictual Liability**, s. 45 vd.; Bucher, **Actes illicites**, s. 114; Bucher/Bonomi, **a.g.e.**, par. 1068; Bourel, **a.g.e.**, s. 279 vd.; Bureau/Watt, **a.g.e.**, s. 397-398; Xu, **a.g.e.**, s. 24-26; Göger, **Haksız Fiil**, s. 458, 470 vd.; Tiryakioğlu, **Rekabet**, s. 60 vd.; Özel, **Kişilik Hakları**, s. 88-89; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğu**, s. 83-84; Özel, **İmalatçının Sorumluluğu**, s. 891; Tarman, **Devletler Özel İmalatçı**, s. 26; ayrıca bkz. Roma II Açıklayıcı Rapor, s. 5 ve Roma II Tüzüğü Başlangıç Bölümü, par. 15.

⁵⁴⁹ Alman Federal Mahkemesi tarafından geliştirilen, daha sonra da İsviçre Federal Mahkemesi'nce uygulanan ve İtalyan hukukunda da benimsenen söz konusu yöntem, ika yeri ile zarar yerinin farklı olduğu haksız fiilden doğan uyuşmazlıklarda zarar görenin menfaatinin korunması amacıyla onun, bu iki hukuktan birinin uygulanmasını seçebileceğini öngörmektedir. Zarar görenin seçim hakkını kullanmaması halinde ise bu yöntemin geliştirildiği mahkeme kararlarında zarar görenin menfaatine en uygun olan hukukun hâkim tarafından re'sen belirlenerek, uygulanacağı kabul edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Katia Fach Gómez, "The Law Applicable to Cross-Border Environmental Damage: From the European National Systems to Rome II", **YPIL**, C. 6, 2004, s. 299 vd.; Mathias Reimann, "Codifying Torts Conflicts: The 1999 German Legislation in Comparative Perspective", **La. L. Rev.**, C. 60, 2000, (Torts Conflicts), s. 1300; Hans Jürgen Sonnenberger, "La loi allemande du 21 mai 1999 sur le droit international privé des obligations non contractuelles et des biens", **RCDIP**, C. 88, Octobre-Décembre 1999, s. 657-658; Werner Lorenz, "Some Thoughts About International Product Liability", **The Law of Obligations: Essays in Celebration of John Fleming**, Ed. Peter Cane/Jane Stapleton, Oxford: Clarendon Press, 1998, s. 331; Morse, **a.g.e.**, s. 59; Danthe, **a.g.e.**, s. 57; Kühne, **a.g.e.**, s. 10; Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 49; Bucher/Bonomi, **a.g.e.**, par. 1078; Imhoff-Scheier/Patocchi, **a.g.e.**, s. 41; Turhan, **a.g.e.**, s. 184-194.

Türk doktrininde bu yöntemin, "*alternatif sistem*" (Turhan, **a.g.e.**, s. 184 vd.) ve "*aynı anda her yerde uygulanma teorisi*" (Sarıöz, **a.g.e.**, s. 107) olarak ifade edildiğini görmekteyiz. Zarar görenin, seçim hakkı uyarınca uygulanmasını seçebileceği hukukların, mevcut uyuşmazlıkta aynı anda yetkili olması söz konusu olmadığından, "*aynı anda her yerde uygulanma teorisi*" ifadesinin yanıltıcı olabileceği düşüncesindeyiz. Bu sebeple çalışmada, alternatif sistem ifadesi tercih edilecektir. Nitekim söz konusu yöntemin, haksız fiilin işlendiği yerin, zararın meydana geldiği yerden farklı olduğu hallerde ika yeri olarak neresinin esas alınacağı noktasında üretilen bir çözüm yolu olduğu belirtilmektedir (Peter Hay, "From Rule Orientation to "Approach" in German Conflicts Law: The Effect of the 1986 and 1999 Codifications", **Am. J. Comp. L.**, C. 47, S. 4, 1999, s. 637).

⁵⁵⁰ Haksız fiilden kaynaklanan uyuşmazlıklarda ika yeri veya zararın meydana geldiği yer gibi katı ve mekanik kuralların terk edilip, somut olayın özellikleri çerçevesinde haksız fiil ile en sıkı ilişkide bulunan hukukun yetkisini kabul edildiği, esnek bir çözüm yolu olan *proper law* teorisi, New York İstinaf Mahkemesi'nin 1963 tarihli *Babcock / Jackson* kararında uygulanmıştır (New York Ct. App., 12 N. Y.

alternatif olabilecek, onun olumsuzluklarını ortadan kaldırmaya hizmet eden çeşitli çözüm yolları geliştirilmiştir⁵⁵¹. Günümüzde haksız fiillere uygulanacak hukukun belirlenmesinde ika yeri kriterinin tek başına esas alınmadığı; bunun, diğer kriterlerle tamamlandığı söylenebilir⁵⁵².

Bu çerçevede Roma II Tüzüğü'nün 4. maddesindeki genel haksız fiil kuralında zararın meydana geldiği yer hukukunun yetkisi kabul edilmiştir (Tüzük m.

2d 473, 191 N. E. 2d 279, 240 N. Y. S. 2d 743, (*naklen*, H. Krüger, "Türk Devletler Hususî Hukukunda Lex Loci Delicti Commissi Kuralı Üzerine Bazı Düşünceler", Çev. N. Giritlioğlu, **İÜMHAD**, C. 1, S. 2, 1968, s. 257-258; Kühne, **a.g.e.**, s. 13-14; Pryles, **a.g.e.**, s. 80-81; Göger, **Haksız Fiil**, s. 488-489; Turhan, **a.g.e.**, s. 68 vd.).

Babcock/Jackson kararının etkisi, 1971 yılında hazırlanan, Restatement (Second) of Conflicts of Law ("Restatement II") düzenlemesinde kendini göstermiştir. Restatement II düzenlemesinde ika yeri kuralı terkedilmiş; somut olayın özellikleri uyarınca en sıkı ilişkili hukukun uygulanmasına imkân tanıyan bir yaklaşım benimsenmiştir. Restatement II §145 uyarınca en sıkı ilişkili hukukun belirlenmesinde dikkate alınacak kriterler öngörülmüştür. Buna göre, zararın gerçekleştiği yer, tarafların milli hukukları, mutad mesken, işyeri veya yerleşim yeri hukukları, taraflar arasındaki mevcut ilişkinin merkezinin bulunduğu yer, uyumsuzlıkla en sıkı ilişkiyi sağlayabilecek kriterlerdir. Ayrıca hâkim, en sıkı ilişkili hukuku takdir ederken, tarafların makul beklentilerini, hukuk güvenliğini, öngörülebilirlik ile yeknesak bir sonucun sağlanmasını da gözetecektir. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Ena, **a.g.e.**, s. 1428 vd.; Kühne, **a.g.e.**, s. 20-23; Stone, **Rome II**, s. 114; Kahn-Freund, **Delictual Liability**, s. 50-52; Turhan, **a.g.e.**, s. 68 vd.; Özel, **İmalatçının Sorumluluğu**, s. 897; Tarman, **Haksız Rekabet**, s. 66.

Kıta Avrupası hukukunda *proper law* metoduna çekinceyle yaklaşılmış olsa da bu yöntemin, ika yeri kuralı gibi katı ve genel kuralların, uygun çözümler sunmadığını ortaya koyması sebebiyle önem taşıdığı ifade edilmektedir (Imhoff-Scheier/Patocchi, **a.g.e.**, s. 22).

Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi'nin 1974 tarihli *Vögtli / Müller* kararında (ATF 99 II 315), İsviçre vatandaşı olan ve mutad meskenleri İsviçre'de bulunan taraflar arasındaki Fransa'da gerçekleşen trafik kazası sebebiyle doğan uyumsuzlukta tarafların müşterek hukuku olan İsviçre hukukunun uygulanacağına karar verilmiştir. Kararın Almanca metni için bkz. <http://www.bger.ch/fr/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht-leitentscheide1954-direct.htm> (erişim tarihi: 2.3.2015); Fransızca özeti için bkz. Imhoff-Scheier/Patocchi, **a.g.e.**, s. 42.

⁵⁵¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Pryles, **a.g.e.**, s. 32 vd.; Kahn-Freund, **Delictual Liability**, s. 36 vd.; Kaye, **a.g.e.**, s. 75 vd.; Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 23-33; Bourel, **a.g.e.**, s. 263 vd.; Ena, **a.g.e.**, s. 1425 vd.; Bucher, **Actes illicites**, s. 113-114; Xu, **a.g.e.**, s. 28 vd.; Göger, **Haksız Fiil**, s. 463 vd.; Turhan, **a.g.e.**, s. 303-311; Tekinalp/Uyamık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 448-455; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğu**, s. 77 vd.; Özel, **İmalatçının Sorumluluğu**, s. 883 vd.

⁵⁵² Simon Othenin-Girard, "Les actes illicites dans le projet de règlement européen sur la loi applicable aux obligations non contractuelle ("Rome II")- Quelques points de divergence et de convergence avec la LDIP", **Mélanges en l'Honneur de François Knoepfler**, Ed. François Bohnet/Pierre Wessner, Bâle-Genève-Munich: Helbing&Lichtenhahn, 2005, (**Rome II**), s. 73-74; Bucher, **Actes illicites**, s. 113-114; Bucher/Bonomi, **a.g.e.**, par. 1068; Pryles, **a.g.e.**, s. 22-23; Bourel, **a.g.e.**, s. 263; Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 23; Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard, **a.g.e.**, par. 535; Imhoff-Scheier/Patocchi, **a.g.e.**, s. 24; Ena, **a.g.e.**, s. 1441; Brière, **Rome II**, s. 41-42; ayrıca bkz. Tüzük Başlangıç Bölümü par. 15.

Nitekim İngiliz hukukunda, 1.5.1996 tarihinde yürürlüğe giren 1995 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (*Private International Law Act 1995*) uyarınca haksız fiilden doğan uyumsuzluklarda genel kural olarak ika yeri kriteri kabul edilmiştir. Ancak, ika yeri kuralı, katı ve mekanik bir kural olarak benimsenmemiş ve onun olumsuzluklarını ortadan kaldırmaya hizmet eden istisna kuralı düzenlenmiştir (İng. MÖHK, Part III, §12).

Benzer bir durum, Alman hukuku açısından da söz konusudur. Bu konuda bkz. Reimann, **Torts Conflicts**, s. 1306-1308; Dutson, **a.g.e.**, s. 141-146; Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s. 767; Lookofsky, **a.g.e.**, s. 113.

4, f. 1). Öngörülebilirliğin sağlanması ve zarar veren ile zarar görenin menfaatlerinin dengelenmesi amacıyla, Tüzük'te zararın meydana geldiği yer kuralının esas alındığı belirtilmektedir⁵⁵³. Tüzük uyarınca zarar yeri ile kastedilen, hukuken korunan menfaatin doğrudan zarar gördüğü yerdir (*lieu du dommage direct, place of direct damage, Erfolgsort*); dolaylı zararın meydana geldiği yer önem taşımamaktadır⁵⁵⁴.

Öte yandan Tüzük'teki genel kuralda zarar yeri hukukuna yetki tanıyan kural ile yetinilmemiştir. Tüzük m. 4, f. 2'de zararın meydana geldiği anda zarar gören ve zarar verenin mutad meskenlerinin aynı ülkede bulunması halinde tarafların müşterek mutad mesken hukukunun, zarar yeri hukukuna göre öncelikli uygulanacağı düzenlenmiştir⁵⁵⁵.

Ayrıca Tüzük m. 4, f. 3 hükmünde somut olayın tüm şartları uyarınca ilk iki fıkrada belirtilen ülke hukuklarına nazaran haksız fiil ilişkisinin başka bir ülke hukuku ile açıkça daha sıkı ilişkili olması halinde bu hukukun uygulanacağını kabul

⁵⁵³ Bach, **Art. 4 Rome II**, s. 71; Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s. 796; Clarkson/Hill, **a.g.e.**, s. 265-266; ayrıca bkz. Tüzük Başlangıç Bölümü, par. 16.

⁵⁵⁴ Gerhard Hohloch, "The Rome II Regulation: An Overview- Place of Injury, Habitual Residence, Closer Connection and Substantive Scope: The Basic Principles", **YPIL**, C. 9, 2007, s. 7; Graziano, **Rome II**, s. 457; Stone, **EU PIL**, s. 384-386; Stone, **Rome II**, s. 110-112; Bureau/Watt, **a.g.e.**, s. 412-413; Brière, **Rome II**, s. 42; Dutoit, **Rome II**, s. 315; Bach, **Art. 4 Rome II**, s. 72; Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s. 796; Clarkson/Hill, **a.g.e.**, s. 266; Stone, **Rome II**, s. 110; Symeonides, **Centrist Critique**, s. 151; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 477; Tarman, **Roma II**, s. 199; ayrıca bu yönde bkz. Tüzük Başlangıç Bölümü, par. 17.

Ancak zararın, birden fazla ülkede meydana gelmesi söz konusu olduğu takdirde (*scattered tort, Streudelikt*), her bir zarar için o zararın meydana geldiği ülke hukukunun ayrı ayrı uygulanacağı -ayırım veya mozaik teorisi (*traitement mosaïque, mosaic principle*)- kabul edilmiştir (Éric Loquin, "La règle de conflit générale en matière de délit dans le Règlement du 11 juillet 2007 (Rome II)", **Le Règlement Communautaire "Rome II" sur la loi applicable aux obligations non contractuelles**, Actes de Colloque du 20 septembre 2007-Dijon, Ed. Sabine Corneloup/Natalie Joubert, Paris: Litec, 2008, s. 40-41; Brière, **Rome II**, s. 43; Dutoit, **Rome II**, s. 315; Graziano, **Rome II**, s. 445 vd., 477; Bach, **Art. 4 Rome II**, s. 89; Clarkson/Hill, **a.g.e.**, s. 266; Stone, **Rome II**, s. 111).

⁵⁵⁵ Böylelikle yakın tarihli milletlerarası özel hukuk düzenlemeleri ile milletlerarası sözleşmelerde kabul edilmiş tarafların müşterek mutad mesken kriterinin, Roma II Tüzüğü tarafından da benimsendiği hakkında bkz. Symeon C. Symeonides, "Rome II: A Centrist Critique", **YPIL**, C. 9, 2007, (Centrist Critique), s. 155. Yirminci yüzyılın ikinci yarısından sonra kişilerin vatandaşlıklarında bir değişiklik olmaksızın uzun süre boyunca yabancı bir ülkede bulunarak, hayat ilişkilerinin merkezini bu yer haline getirmelerinin, müşterek milli hukuk yerine müşterek mutad mesken kriterinin tercih edilmesine yol açtığı hakkında bkz. Graziano, **Rome II**, s. 462. Ayrıca haksız fiilden kaynaklanan borç ilişkilerinde tarafların müşterek milli hukukunun, sıkı ilişkiyi sağlamakta belirleyici olmayacağı görüşünde bkz. Hélène Gaudemet-Tallon, **Le Pluralisme en Droit International Privé: Richesses et Faiblesse**, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, C. 312, Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2005, s. 219.

Roma II Tüzüğü m. 4, f. 2 düzenlemesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Marie-Laure Niboyet/Géraud de Geouffre de la Pradelle, **Droit international privé**, Deuxième édition, Paris: L.G.D.J., 2009, s. 43-44; Bach, **Art. 4 Rome II**, s. 92 vd.; Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s. 798-799; Clarkson/Hill, **a.g.e.**, s. 267-268; Dutoit, **Rome II**, s. 316; Brière, **Rome II**, s. 44; Graziano, **Rome II**, s. 462; Loquin, **a.g.e.**, s. 45-46; Symeonides, **Centrist Critique**, s. 155-157; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 477.

eden bir istisna kuralı (*clause d'exception, escape clause, Ausweichklausel*) öngörülmüştür⁵⁵⁶. Böylelikle somut uyuşmazlıkla yakın ilişkili olmayan tesadüfi bir hukukun uygulanmasını önleyecek ve genel kurala esneklik kazandıracak bir kural düzenlenmiştir⁵⁵⁷.

Tüzük'te öngörülen özel bağlama kurallarının kapsamına girmeyen haksız fiilden kaynaklanan borç ilişkilerinde uygulanacak hukuk, Tüzük m. 4'teki genel kural uyarınca tespit edilecektir⁵⁵⁸.

2) İmalatçının Sorumluluğuna Uygulanacak Hukukun Haksız Fiillere İlişkin Genel Kural Uyarınca Belirlenmesi

a) Yabancı Hukuk Sistemlerindeki Uygulamalar

Amerikan mahkemeleri, imalatçının sorumluluğundan doğan uyuşmazlıkları, haksız fiilden kaynaklanan diğer uyuşmazlıklarda da olduğu gibi ilk başta ika yeri kuralı uyarınca çözümlenmiştir⁵⁵⁹. Ancak imalatçının sorumluluğuna yol açan unsurların, birden fazla yerde toplanmış olmasından hareketle *Hunter / Derby Foods* kararında⁵⁶⁰ ika yerinin, zararın meydana geldiği yer olarak yorumlanması benimsenmiş (*the last event rule*); Amerikan mahkemeleri tarafından da imalatçının sorumluluğundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda bu yorum, genellikle esas alınmıştır⁵⁶¹.

⁵⁵⁶ Tüzük m. 4, f. 3 düzenlemesi hakkında detaylı bilgi için bkz. Jan von Hein, "Article 4- General Rule", **Rome Regulations, Commentary on the European Rules of the Conflict of Laws**, Ed. Graf-Peter Calliess, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Law International, 2011, (Article 4), s. 418-430; Bach, **Art. 4 Rome II**, s. 99 vd.; Clarkson/Hill, **a.g.e.**, s. 268 vd.; Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s. 799-804; Loquin, **a.g.e.**, s. 46-49; Graziano, **Rome II**, s. 463-467; Dutoit, **Rome II**, s. 316.

⁵⁵⁷ Niboyet/Pradelle, **a.g.e.**, s. 44; von Hein, **Article 4**, s. 418.

⁵⁵⁸ Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s. 795; Hohloch, **a.g.e.**, s. 15.

⁵⁵⁹ Söz konusu kararlar hakkında bkz. Lothar W. Baum, Forum Shopping in Products Liability Actions: A Comparison Between the United States, France and Germany, LL.M. Theses and Essays, Paper 117, 1998, http://digitalcommons.law.uga.edu/stu_llm/117, (erişim tarihi: 5.7.2014), s. 116; Pryles, **a.g.e.**, s. 119; Ena, **a.g.e.**, s. 1431; Kühne, **a.g.e.**, s. 6; Lorenz, **a.g.e.**, 322; Goldring, **a.g.e.**, s. 416.; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğu**, s. 125

⁵⁶⁰ 110 F. 2d 970 (Ohio Ct. App. 2d. Cir. 1940). New York İstinaf Mahkemesi'nin söz konusu kararına konu olan olayda Güney Amerika'da imal edilen konserve et, New York'da bulunan bir dağıtıcı tarafından Ohio'da bulunan toptancıya satılmış ve söz konusu eti yiyen kişi, zehirlenerek hayatını kaybetmiştir. Mahkeme, imalatçının sorumluluğuna yol açan son olayın Ohio'da gerçekleştiğini gözönüne alarak, Ohio hukukunu uygulamıştır, (*naklen*, Kühne, **a.g.e.**, s. 6, dn. 31).

⁵⁶¹ David F. Cavers, "The proper law of producer's liability", **Int'l & Comp. L. Q.**, C. 26, 1977, s. 712; Owen/Madden/Davis, **a.g.e.**, s. 985; Kühne, **a.g.e.**, s. 6; Lorenz, **a.g.e.**, s. 322.

Örneğin, *La Prella / Cessna Aircraft Co.* kararında Kansas mahkemesi, uçağın hatalı olarak imal edilmesi sonucunda Oklahoma'da meydana gelmiş kazada, uçağın hatalı olarak imal edildiği yer olan

1980'lerin sonunda ise ika yeri kuralının katı bir şekilde uygulanmasının yaratacağı olumsuzlukları gözeten Amerikan mahkemeleri, haksız fiilden kaynaklanan diğer uyuşmazlıklarda olduğu gibi imalatçının sorumluluğu alanında da esnek bir yaklaşımı tercih etmiştir⁵⁶². Önceden belirlenmiş katı kurallar uyarınca belirli bir hukukun uygulanması yerine, somut uyuşmazlığın tüm özellikleri dikkate alınarak, o uyuşmazlıkla bağlantılı hukukları ve bu hukukların maddi içeriklerinin de dikkate alınması sonucunda en sıkı ilişkili hukuk (*proper law of a tort*) tespit edilmiştir⁵⁶³. Somut uyuşmazlığın özelliklerine göre, zarar görenin mutad meskeni veya yerleşim yeri, zararın meydana geldiği yer, ürünün iktisap edildiği yer, ürünün imal edildiği veya tasarımının yapıldığı yer ile imalatçının iş yerinin bulunduğu yer hukuku, imalatçının sorumluluğundan doğan uyuşmazlıklarda en sıkı ilişkili hukuk olarak tespit edilmiş ve uygulanmıştır⁵⁶⁴.

1.6.1999 tarihinde yürürlüğe giren Alman Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nda çevre zararları dışında haksız fiil türleri hakkında özel bağlama kuralları öngörülmemiştir⁵⁶⁵. Bu sebeple Roma II Tüzüğü öncesi imalatçının sorumluluğuna uygulanacak hukuk, Alm. MÖHK m. 40-42 hükümlerindeki haksız fiillere ilişkin genel kural uyarınca belirlenmiştir⁵⁶⁶.

Kansas kanunlarını değil; zararın meydana geldiği yer olarak Oklahoma kanunlarını uygulamıştır; bkz. Turhan, **a.g.e.**, s. 177.

⁵⁶² Hay/Borchers/Symeonides, **a.g.e.**, s. 1028 vd.; Ena, **a.g.e.**, s. 1431-1435; Pryles, **a.g.e.**, s. 118; Baum, **a.g.e.**, s. 116; Özel, **İmalatçının Sorumluluğu**, s. 923 vd.; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğu**, s. 126-127.

⁵⁶³ Amerikan hukukunda imalatçının sorumluluğuna uygulanacak hukuk konusunda doktrinde ileri sürülen görüşlerin, mahkeme kararları çerçevesinde incelenmesi hakkında bkz. Fawcett, **a.g.e.**, s. 172-190; Özel, **İmalatçının Sorumluluğu**, s. 922-933.

⁵⁶⁴ Hay/Borchers/Symeonides, **a.g.e.**, s. 1028 vd.; Owen/ Madden/ Davis, **a.g.e.**, s. 986 vd.; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğu**, s. 137-141; ayrıca bu konuda bkz. Symeon C. Symeonides, "Choice of Law in the American Courts in 2013: Twenty-Seventh Annual Survey", **Am. J. Comp. L.**, C. 62, 2014, (American Courts in 2013), s. 252 vd.

⁵⁶⁵ Alm. MÖHK m. 46a hükmü, çevre zararlarına uygulanacak hukuku düzenleyen Roma II Tüzüğü m. 7 hükmünün, Alman hukukuna aktarılması amacıyla 2008 yılında Kanun'a eklenmiştir (*Gesetz zur Anpassung der Vorschriften des Internationalen Privatrechts an die Verordnung (EG) Nr. 864/2007, BGBl 2008 I*).

⁵⁶⁶ Claus Wilhelm Fröhlich, **The Private International Law of Non-Contractual Obligations According to the Rome II Regulation: A Comparative Study of the Choice of Law Rules in Tort Under European, English and German Law**, Hamburg: Verlag Dr Kovač, 2008, s. 8 vd.; Sonnenberger, **a.g.e.**, s. 1299; Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 63-64; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğuna İlişkin Kurallar**, s. 279.

Alm. MÖHK'un İngilizce tercümesi için bkz. Juliana Mörsdorf-Schulte, **Translation of the Introductory Act to the Civil Code**, *Elektronik Kaynak*, http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgbeg/englisch_bgbeg.html#p0150 (erişim tarihi: 7.8.2014).

Alm. MÖHK m. 42 uyarınca tarafların haksız fiilin meydana gelmesinden sonra, üçüncü kişilerin haklarına zarar gelmemesi kaydıyla hukuk seçiminde bulunması mümkündür. Böyle bir durumda

İmalatçının sorumluluğuna ilişkin Alman mahkeme kararlarında⁵⁶⁷ ika yeri olarak, imalatçının işyeri esas alınmış; zarar yerinin, kararlara konu somut olaylarda ürünün iktisap edildiği yer ile çakıştığı belirtilerek, imalatçının işyeri hukuku veya ürünün iktisap edildiği yer hukukundan birinin, zarar gören tarafından seçilebileceği sonucuna varılmıştır⁵⁶⁸. Öte yandan doktrinde Alm. MÖHK m. 41'deki istisna kuralının, imalatçının sorumluluğu gibi özel haksız fiil türlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda uygun çözümler sunabileceği ifade edilmiştir⁵⁶⁹.

Roma II Tüzüğü öncesi imalatçının sorumluluğuna ilişkin özel bağlama kuralının bulunmadığı Avusturya hukukunda da Avusturya Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 48, f. 1'de yer alan istisna kuralı, imalatçının sorumluluğundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda kullanılmıştır⁵⁷⁰. Avusturya Yüksek Mahkemesi'nin 29.10.1987 tarihli imalatçının sorumluluğu hakkındaki kararında ika yeri hukuku uygulanmamış; istisna kuralı uyarınca daha sıkı ilişkili olması sebebiyle ürünün piyasaya sürüldüğü yer olan Avusturya hukuku uygulanmıştır.

İngiliz hukukunda da Roma II Tüzüğü'nden önce uygulanacak hukuk, genel haksız fiil kuralı olan İng. MÖHK, Part III, §11 hükmü uyarınca belirlenmiştir⁵⁷¹. İstisna kuralının (Part III, §12) ise imalatçının sorumluluğundan kaynaklanan bir

tarafların seçtiği hukuk yetkili olacaktır.

Tarafların hukuk seçiminde bulunmaması halinde ise uygulanacak hukuk, Alm. MÖHK m. 40'daki objektif bağlama kuralı uyarınca belirlenir. Alm. MÖHK m. 40, f. 1'de ika yeri hukukunun yetkisi kabul edilmiştir. Ancak ika yeri ve zarar yerinin farklı olduğu hallerde zarar görenin, zarar yeri hukukunun uygulanmasını seçebileceği -alternatif sistem, *Günstigkeitsprinzip*- düzenlenmiştir. Bununla birlikte uyarınca sorumluluğu doğuran olayın meydana geldiği tarihte, tarafların müşterek mutad mesken hukukunun bulunması halinde, Alm. MÖHK m. 40, f. 2 uyarınca bu hukuk yetkili olacaktır.

Objektif bağlama kuralında öngörülen bu hukukların yetkisi, Alm. MÖHK m. 41'deki istisna kuralı lehine sınırlandırılmıştır. Buna göre Alm. MÖHK m. 40, f. 1-2 uyarınca belirlenen hukuka göre başka bir hukukun somut uyuşmazlıkla açıkça daha sıkı ilişkili olması halinde bu hukuk uygulanacaktır.

⁵⁶⁷ OLG Köln, 11.12.1991; OLG Düsseldorf, 28.4.1978; OLG Münih, 9.8.1995; BGH, 17.3.1981 tarihli kararlar için bkz. *naklen*, Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 64. Alman mahkemelerinin imalatçının sorumluluğuna ilişkin diğer kararları için ayrıca bkz. Tebbens, **a.g.e.**, s. 300-301; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğu**, s. 164.

⁵⁶⁸ Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 64.

⁵⁶⁹ Bu görüşte bkz. Reimann, **Torts Conflicts**, s. 1302; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğuna İlişkin Kurallar**, s. 279.

Niteskim Alm. MÖHK Tasarı halindeyken yapılan değerlendirmelerde, haksız fiillere ilişkin genel hükümde yer alan istisna kuralının esnek bir çözüm sunduğu; bu itibarla, haksız fiilin özel görünüm biçimlerine uygun çözümler sağlayabileceği belirtilerek, özel bağlama kurallarının öngörülmesinin gerekli olmadığı belirtilmiştir. Bu hususta bkz. Sonnenberger, **a.g.e.**, s. 656-657.

⁵⁷⁰ Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 67 ve s. 67, dn. 349.

⁵⁷¹ Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğu**, s. 155-156.

uyuşmazlıkta şu hallerde devreye girebileceği belirtilmiřtir⁵⁷²: zarar gören ve zarar verenin müşterek mutad mesken ya da yerleşim yeri hukukuna sahip olması; zararın başka bir ülkede meydana gelmesine rağmen, hatalı ürünün imal edildiği ülkede iktisap edilmiş olması ve zarar görenin mutad meskeninin bu ülkede bulunması; zararın meydana geldiği yerde ürünün piyasada bulunmasının imalatçı tarafından ngrlebilir olması.

b) 2675 Sayılı Mülga MÖHUK'un Yürürlükte Olduğu Dönem

2675 sayılı mülga MÖHUK'ta imalatçının sorumluluğu hakkında özel bağlama kuralı bulunmadığından uygulanacak hukuk, haksız fiiller hakkındaki genel kural olan MÖHUK m. 25 uyarınca belirlenmekteydi⁵⁷³.

MÖHUK m. 25, f. 1 uyarınca haksız fiilden doğan borçlar, haksız fiilin işlendiği yer hukukuna tabi tutularak, ika yeri kuralı benimsenmiřti⁵⁷⁴. İka yeri, haksız fiilin tamamen veya kısmen gerçekteleştiği yer olup, o fiile ilişkin hazırlık hareketlerinin yapıldığı yer veya yerler dikkate alınmamaktadır⁵⁷⁵.

Haksız fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yerin farklı ülkelerde olması halinde ise MÖHUK m. 25, f. 2 uyarınca zararın meydana geldiği yer hukuku esas alınmıřtı⁵⁷⁶. Zararın meydana geldiği yer ile kastedilen, haksız fiil neticesindeki doğrudan sonucun ortaya çıktığı yerdir⁵⁷⁷.

⁵⁷² Dutson, **a.g.e.**, s. 144 vd.; Tanrıbilir, **rn Sorumluluğu**, s. 156.

⁵⁷³ 2675 sayılı MÖHUK m. 25 uyarınca, "*Haksız fiilden doğan borçlar haksız fiilin işlendiği yer hukukuna tabidir. Haksız fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yerin farklı ülkelerde olması halinde, zararın meydana geldiği yer hukuku uygulanır. Haksız fiilden doğan borç ilişkisinin başka bir ülke ile daha yakın irtibatlı olması halinde bu ülke hukuku uygulanabilir.*"

⁵⁷⁴ Ayfer Uyanık Çavuşoğlu, "İnternet Ortamında İşlenen Haksız Fiil Sorumluluğuna Uygulanacak Hukuk", **MHB-Ergin Nomer'e Armağan**, C. 22, S. 2, 2002, s. 974; Turhan, **a.g.e.**, s. 346; Tiryakioğlu, **Haksız Filler**, s. 213; ztekin Gelgel, **a.g.e.**, s. 85; Tanrıbilir, **rn Sorumluluğu**, s. 178; zel, **İmalatçının Sorumluluğu**, s. 935; Tarman, **Devletler zel İmalatçı**, s. 40.

⁵⁷⁵ Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 452.

⁵⁷⁶ Zararın, haksız fiilin temel unsuru olduğundan hareketle fiil ile zararın farklı yerlerde meydana gelmesi halinde zarar yeri hukukunun dikkate alınması kabul edilmiştir (Göger, **Haksız Fiil**, s. 499; Turhan, **a.g.e.**, s. 359-360; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 452; Tanrıbilir, **rn Sorumluluğu**, s. 179).

Ayrıca 2675 sayılı MÖHUK n Tasarı halindeyken bu konuda gerçekteleştirilen tartışmalar hakkında bkz. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Enstitüsü, **Milletlerarası zel Hukuk ve Milletlerarası Usul Hukuku Kanunu n Tasarı Sempozyumu**, 22-24 Kasım 1976, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1978, (Sempozyum), s. 179 vd.

⁵⁷⁷ Turhan, **a.g.e.**, s. 364-367; Göger, **Haksız Fiil**, s. 499-500; Nomer, **a.g.e.**, s. 349; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 451-452; şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 294, par. 305; Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 986.

Haksız fiilin, bu hukuklardan başka bir ülke hukuku ile daha sıkı ilişkili olması halinde ise hükmün 3. fıkrasında daha sıkı ilişkili hukukun uygulanabileceği kabul edilmişti. Somut uyuşmazlığın tüm unsurları dikkate alındığında, tarafların ortak bir hukuka tabi olmaları -müşterek milli hukuk, mutad mesken ya da yerleşim yeri hukuku gibi-⁵⁷⁸ veya taraflar arasında önceden mevcut bir hukuki ilişkinin bulunması halinde bu ilişkinin tabi olduğu hukukun, daha sıkı ilişkili hukuk olarak uygulanabileceği kabul edilmişti⁵⁷⁹. Ancak hükümde daha sıkı ilişkili hukukun uygulanması zorunlu tutulmamış; bu hususta hakime takdir hakkı tanınmıştı.

aa) İmalatçının Sorumluluğunda İka Yerinin Tespiti

2675 sayılı mülga MÖHUK çerçevesinde imalatçının sorumluluğuna uygulanacak hukuku belirleyebilmek için, öncelikle ika yerinin tespit edilmesi gerekir. Doktrinde imalatçının sorumluluğu açısından ika yerinin, bu sorumluluğun yapısına ve özelliklerine uygun olarak belirlenmesi gerektiği ifade edilmiştir⁵⁸⁰. Buna göre ika yerinin belirlenmesinde zarar görenin tazminat talebinde bulunduğu kişinin dikkate alınacağı belirtilmiştir⁵⁸¹.

Bu görüş uyarınca zarar görenin, imalatçıya karşı talepte bulunduğu hallerde ika yeri, üründeki hatanın niteliği ve bu hatanın meydana geldiği yere göre belirlenecektir⁵⁸². Tasarım veya imalat hatası bakımından, hatalı tasarımın ya da hatalı imalatın yapıldığı yer, ika yeridir. Bilgilendirme hatasında ise eksik bilgilendirmede bulunulan yer, ika yerini gösterir.

Yargıtay, haksız fiilden kaynaklanan tazminat alacağının, zarara sebep olan üçüncü kişilerden rücu yoluyla tahsiline ilişkin bir davada, haksız fiilin gerçekleştiği yerin Türkiye olması ve bu fiil sonucunda sigortalının Türkiye’de vefat etmesi sebebiyle, zararın Türkiye’de meydana geldiğini kabul etmiş ve davacı sigorta şirketinin, hak sahiplerine Avusturya’da ödemede bulunmuş olması sebebiyle zararın Avusturya’da meydana geldiğinin kabul edilemeyeceğine karar vermiştir. Bu karar için bkz. Y. 11. HD., 21.3.2005, E. 5829, K. 2562 (*naklen*, Doğan, **a.g.e.**, s. 384, dn. 129).

⁵⁷⁸ Bununla birlikte haksız fiilden kaynaklanan uyuşmazlıkların malvarlığına ilişkin olmaları sebebiyle, tarafların kişisel hukukunun en sıkı ilişkiyi kurmak açısından uygun olmadığı görüşünde bkz. Turhan, **a.g.e.**, s. 377-378; fikri hak ihlalleri açısından bu yönde bkz. Dardağan, **Fikir ve Sanat Eserleri**, s. 197.

⁵⁷⁹ Daha sıkı ilişkili hukukun belirlenmesi hakkında bkz. Turhan, **a.g.e.**, s. 383 vd.; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 457-458, 460-463; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 295, par. 306; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğu**, s. 186-187.

⁵⁸⁰ Cavers, **a.g.e.**, s. 705; Hay/Borchers/Symeonides, **a.g.e.**, s. 1027; Kaye, **a.g.e.**, s. 58; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğu**, s. 195; Özel, **Uygulanacak Hukuk**, s. 220; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 419.

⁵⁸¹ Fawcett, **a.g.e.**, s. 211; Özel, **İmalatçının Sorumluluğu**, s. 888.

⁵⁸² Fawcett, **a.g.e.**, s. 211; Özel, **İmalatçının Sorumluluğu**, s. 888; Özel, **Uygulanacak Hukuk**, s. 220; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 419.

Buna karşılık zarar görenin, ithalatçı veya dağıtıcı gibi sürüm zincirindekilere yönelik taleplerinde ise bu kişilerin hukuka aykırı fiili, hatalı bir ürünü piyasaya sürmek olduğundan ika yerinin, hatalı ürünün piyasaya sürüldüğü yer olacağı ifade edilmiştir⁵⁸³.

Bu kapsamda örneğin, Türkiye’de bulunan bir imalatçı tarafından tüm parçalarının tasarımı, imalatı ve montajının Türkiye’de gerçekleştirildiği bir ürünü, yabancı bir ülkede satın alan yabancı bir devlet vatandaşı, bu üründeki imalat hatası sebebiyle Türkiye’de bulunduğu sırada yaralanması sonucunda imalatçıya karşı tazminat talebinde hem ika hem de zarar yerinin Türkiye’yi göstermesi sebebiyle MÖHUK m. 25, f. 1 uyarınca Türk hukuku uygulanacaktır.

bb) Zararın Meydana Geldiği Yer Hukukunun Uygulanması

İmalatçının sorumluluğundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda ika yeri hukuku, son derece sınırlı bir alanda uygulanma imkanına sahip olacaktır. Zira üretim ve pazarlama teknikleri karşısında haksız fiilin, zararın meydana geldiği ülkede işlenmesi düşük bir ihtimaldir⁵⁸⁴. Piyasaya sürülmüş bir ürünün meydana getirdiği zararlar, farklı ülkelerde farklı kişiler tarafından icra edilen seri davranışlar sonucunda ortaya çıkacak⁵⁸⁵ ve zarar yeri, çoğunlukla bu davranışların gerçekleştiği ika yerinden farklı olacaktır.

Böylelikle ika yeri ile zararın meydana geldiği yerin farklı olduğu uyuşmazlıklarda MÖHUK m. 25, f. 2 uyarınca zarar yeri hukuku yetkili olacaktır. Ancak zarar yeri hukukunun yetkisi, bu yerin uyuşmazlıkla bağlantısının geçici ve tesadüfi olmamasına bağlıdır⁵⁸⁶. Aksi takdirde MÖHUK m. 25, f. 3 uyarınca mevcut

⁵⁸³ Fawcett, **a.g.e.**, s. 211.

⁵⁸⁴ Fawcett, **a.g.e.**, s. 210; Cavers, **a.g.e.**, s. 705.

⁵⁸⁵ Fawcett, **a.g.e.**, s. 210-211; Özel, **İmalatçının Sorumluluğu**, s. 888; Özel, **Uygulanacak Hukuk**, s. 220.

⁵⁸⁶ Özel, **İmalatçının Sorumluluğu**, s. 936. Yazar, zarar yerinin aynı zamanda zarar görenin mutad meskeni veya yerleşim yeri olması ya da ürünün elde edildiği, hatalı imalatın yapıldığı veya zarar verenin merkezinin bulunduğu yer ile örtüşmesi halinde zarar yerinin uyuşmazlıkla bağlantısının geçici ve tesadüfi olmayacağını belirterek, zarar yeri hukukunun uygulanacağını ifade etmiştir (Özel, **İmalatçının Sorumluluğu**, s. 936).

Ancak imalat hatasına dayanan imalatçıya yönelik taleplerde zarar yerinin, hatalı imalatın yapıldığı yer ile örtüşmesi halinde kanımızca MÖHUK m. 25, f. 1 uyarınca ika yeri hukuku uygulanmaktadır. İmalatın yapıldığı yerin, zarar verenin işyeri veya merkezi ile aynı yerde bulunması durumunda da bu sonucun geçerli olduğu kanısındayız.

uyuşmazlıkla daha sıkı ilişkili olan hukukun uygulanması sağlanabilecektir⁵⁸⁷.

cc) En Sıkı İlişkili Hukukun Uygulanması

Doktrinde 3. fıkradaki kural sayesinde imalatçının sorumluluğu alanında yakın bağlantı sağlayabileceği ileri sürülen ürünün edinildiği yer, zarar görenin mutad meskeni, davalının işyeri gibi kriterlerin, zarar verenin ürünün o ülkede satışına rıza göstermediği savunması dikkate alınarak yorumlanması; bu kriterlerin, aynı yerde toplanması halinde bu yer hukukunun, en sıkı ilişkili hukuk olarak uygulanacağı ifade edilmiştir⁵⁸⁸.

Kanımızca 3. fıkra çerçevesinde en sıkı ilişkili hukukun tespitinde, davalının ürünü o ülkede piyasaya sürmediği savunmasının dikkate alınması mümkün ve gereklidir. Zira en sıkı ilişkili hukukun tespiti açısından somut uyuşmazlıktaki unsurların ağırlığı belirleyicidir. Davalının ürünü piyasaya sürmediği yöndeki savunması ve bunun gereğini ispatlaması ise o yerin, uyuşmazlıkla ilişkisini zayıflatacaktır.

Ancak doktrindeki bu görüş⁵⁸⁹, “*daha komplike olaylarda her bir bağlantı yeri ve hatta maddi hukuk içerikleri de ayrı ayrı değerlendirilerek*” sıkı bağlantının temin edileceğini de ileri sürmüştür. Bu noktada yazardan farklı olarak, en sıkı ilişkili hukukun tespitinde bağlantılı hukukların maddi içeriklerinin gözönüne alınması ve değerlendirilmesinin mümkün olmayacağı düşüncesindeyiz. Zira *proper law* metodundan farklı olarak istisna kuralında bağlantılı hukukların maddi içeriği ile ilgilenilmeyeceği kabul edilmektedir⁵⁹⁰.

Öte yandan doktrinde, imalatçının sorumluluğundan kaynaklanan bir uyuşmazlıkta zarar yerinin birden fazla olması halinde de 3. fıkra uyarınca en sıkı

⁵⁸⁷ Özel, **İmalatçının Sorumluluğu**, s. 936.

⁵⁸⁸ Bu görüşte bkz. Özel, **İmalatçının Sorumluluğu**, s. 935-937; karş. Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğu**, s. 195, dn. 612.

Ayrıca ÖZEL, müşterek mutad mesken, yerleşim yeri veya vatandaşlığı olarak ortaya çıkacak tarafların müşterek kişisel hukukunun, imalatçının sorumluluğunda daha sıkı ilişkili hukukun tespitinde incelenecek kriterlerden yalnızca biri olduğunu ve bunun, somut uyuşmazlığı tek başına o hukuka tabi tutmak için yeterli olmayacağını belirtmektedir (Özel, **İmalatçının Sorumluluğu**, s. 936, dn. 228).

⁵⁸⁹ Özel, **İmalatçının Sorumluluğu**, s. 937.

⁵⁹⁰ Bu hususta bkz. Paul Lagarde, **Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain**, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, C. 196, Dordrecht-Boston-London: Martinus Nijhoff Publishers, 1986, s. 123-126; Bucher, **Cours Général**, s. 95.

ilişkili hukukun uygulanacağı belirtilmiştir⁵⁹¹. Kanımızca, ürünün yol açtığı zararın birden çok ülkede meydana gelmesi halinde, kural olarak zararın meydana geldiği ülke hukukları ayrı ayrı uygulama alanı bulacaktır⁵⁹². Ancak, somut olayın tüm şartları dikkate alındığında uyuşmazlığın başka bir hukukla daha sıkı ilişkili olduğu tespit edildiği takdirde 3. fıkradaki kurala başvurulabilecektir. Dolayısıyla zarar yerinin birden çok olduğu bir uyuşmazlıkta daha sıkı ilişkili hukuk kuralının, otomatik olarak devreye girmeyeceğini düşünmekteyiz.

Son olarak, haksız fiillerde atfın uygulanmayacağı kabul edildiğinden⁵⁹³, imalatçının sorumluluğundan kaynaklanan bir uyuşmazlıkta atıf dikkate alınmayacaktır. Böylelikle doğrudan mülga MÖHUK m. 25'in gösterdiği hukukun maddi hukuk kuralları uygulanacaktır.

B) İmalatçının Sorumluluğuna Özgü Bağlama Kurallarının Oluşturulması

1) Genel Olarak

Haksız fiilden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk konusunda yaşanan gelişmeler, haksız fiilin özel görünüm biçimleri hakkında da farklı bir yaklaşımın benimsenmesine yol açmıştır. Gelişen sosyal, ekonomik ve teknolojik düzen içerisinde tüm haksız fiil türlerinin, bir bütün olarak aynı bağlama kuralına tabi tutulması yerine, her bir haksız fiil türünün kendi yapısı ve özelliklerine uygun bağlama kurallarının oluşturulması görüşü kuvvetlenmiştir⁵⁹⁴. Bu görüşün gelişmesinde, ilişkinin zayıf tarafı kabul edilen zarar görenin menfaatinin korunmasının (*favor laesi*) amaçlanması da etkili olmuştur⁵⁹⁵.

⁵⁹¹ Bu görüşte bkz. Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğu**, s. 184.

⁵⁹² Haksız fiiller açısından bu yönde bkz. Audit, **a.g.e.**, s. 663; Roma II Tüzüğü açısından bu yönde bkz. Graziano, **Rome II**, s. 445 vd.; Bach, **Art. 4 Rome II**, s. 88-89; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 453-454; Sarıöz, **a.g.e.**, s. 108.

Bununla birlikte aynı uyuşmazlıkta farklı zarar yeri hukuklarının uygulanacak olmasının, yargılama sürecini zorlaştıracak ve bu suretle hukuki kesinliği zedeleyeceğini kabul etmekteyiz. Roma II Tüzüğü açısından bu yönde bkz. Bach, **Art. 4 Rome II**, s. 89.

⁵⁹³ Tiryakioğlu, **Haksız Filler**, s. 211-212; Nomer, **a.g.e.**, s. 149, 153; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 127; Güven, **Rekabetin Engellenmesi**, s. 455.

⁵⁹⁴ Pryles, **a.g.e.**, s. 79, 113, 280; Xu, **a.g.e.**, s. 23; Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard, **a.g.e.**, par. 536; Bourel, **a.g.e.**, s. 280, 283-284; Graziano, **Rome II**, s. 448-449; Turhan, **a.g.e.**, s. 26; Tiryakioğlu, **Rekabet Hukuku**, s. 66; Öztekin Gelgel, **a.g.e.**, s. 118; Tarman, **Devletler Özel İmalatçı**, s. 26, dn. 6.

⁵⁹⁵ Lea Brilmayer, **The Role of Substantive and Choice of Law Policies in the Formation and Application of Choice of Law Rules**, *Receuil des Cours de l'Académie de Droit International*, C.

Haksız fiil türlerinin özellikleri ve buna bağlı olarak etki alanlarının farklı olması sebebiyle korunması gereken menfaatlerin, genel bağlama kuralında benimsenen esaslara uygun olmaması, özel bağlama kurallarının oluşturulmasını gerektirmiştir⁵⁹⁶. Genel haksız fiil kuralında benimsenen kriterler, haksız fiil türlerinin özellikleri çerçevesinde yeniden ele alınmıştır⁵⁹⁷. Böylelikle haksız fiil ilişkisinin taraflarına karşı nötr ve yalın bir genel kuralın yanında, ona istisna teşkil edecek özel bağlama kuralları öngörülmüştür⁵⁹⁸.

252, Dordrecht-Boston-London: Martinus Nijhoff Publishers, 1995, s. 70 vd.; B. Frank Vischer, **General Course on Private International Law**, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, C. 232, Dordrecht-Boston-London: Martinus Nijhoff Publishers, 1992, s. 40 vd.; Watt, **a.g.e.**, s. 258; Xu, **a.g.e.**, s. 108; Symeonides, **Rome II**, s. 181-182; Bureau/Watt, **a.g.e.**, s. 393; Bucher/Bonomi, **a.g.e.**, par. 1068; Fallon/Lagarde, **a.g.e.**, s. 2; Fallon, **a.g.e.**, s. 298, 313 vd.; Pryles, **a.g.e.**, s. 294; Gaudemet-Tallon, **a.g.e.**, s. 228 vd.; Öztekin Gelgel, **a.g.e.**, s. 118.

Milletlerarası özel hukukta bağlama noktaları öngörülürken öncelikli olarak korunması gereken menfaatin esas alındığı fonksiyonel bağlama (*méthodologie fonctionnaliste*) hakkında detaylı olarak bkz. Gülin Güngör, "Tüketicinin Mutad Meskeni Hukuku "Düşünsel Temeller"", **AÜHFD**, C. 57, S. 2, 2008, s. 120 vd.

⁵⁹⁶ Plender/Wilderspin, **a.g.e.**, s. 544; Pryles, **a.g.e.**, s. 280 vd.; Imhoff-Scheier/Patocchi, **a.g.e.**, s. 51-52; Graziano, **Rome II**, s. 476; Othenin-Girard, **Rome II**, s. 74; Öztekin Gelgel, **a.g.e.**, s. 37.

⁵⁹⁷ Bucher, **Actes Illicites**, s. 113; Imhoff-Scheier/Patocchi, **a.g.e.**, s. 53.

⁵⁹⁸ Pryles, **a.g.e.**, s. 113, 284; Boskovic, **a.g.e.**, s. 165-167; Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 47, 62; Graziano, **Product Liability**, s. 486; Graziano, **Rome II**, s. 449; Gaudemet-Tallon, **a.g.e.**, s. 227; Reimann, **Torts Conflicts**, s. 1309; Bureau/Watt, **a.g.e.**, s. 418-419; Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard, **a.g.e.**, par. 536-537; Xu, **a.g.e.**, s. 101 vd.; Brière, **Rome II**, s. 45; Tiryakioğlu, **Rekabet Hukuku**, s. 66; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 404; Öztekin Gelgel, **a.g.e.**, s. 37, 118; Çalışkan, **a.g.e.**, s. 298; Tarman, **Roma II**, s. 203.

Haksız fiiller alanında özel bağlama kurallarının gelişim sürecine baktığımızda, 1960'lı yıllardan itibaren La Haye Milletlerarası Özel Hukuk Konferansları bünyesinde haksız fiilden kaynaklanan uyumsuzluklara uygulanacak hukuk hakkında bir milletlerarası sözleşme hazırlanması kararının alındığını görmekteyiz (Karl Kreuzer, "Tort Liability in General", **The Unification of Choice of Law Rules on Torts and others Non-Contractual Obligations in Europe**, Ed. Alberto Malatesta, Milan: CEDAM, 2006, s. 46; Illmer, **Product Liability**, s. 272; Fallon, **a.g.e.**, s. 244; Reese, **Explanatory Report**, s. 252).

La Haye Konferansları bünyesindeki çalışmalar sonucunda ilk olarak, 4.5.1971 tarihli Trafik Kazalarına Uygulanacak Hukuk Hakkındaki La Haye Sözleşmesi hazırlanmıştır. Sözleşme için bkz. *Convention of 4 May 1971 on the Law Applicable to Traffic Accidents*, http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=81, (erişim tarihi: 2.10.2014).

Bu gelişmeyi, Avrupa Ekonomik Topluluğu çerçevesinde Benelüks ülkelerinin (Belçika, Hollanda, Lüksemburg), haksız fiillere ilişkin bağlama kurallarının yeknesaklaştırılması yönündeki çabası izlemiştir. Avrupa Komisyonu bünyesinde bu amaç dahilinde oluşturulan çalışma grubu, 1972 yılında Sözleşme ve Sözleşme Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Avrupa Ekonomik Topluluğu Taslak Antlaşması'nı (*The EEC Convention on the law applicable to contractual and non-contractual obligations*) hazırlamıştır (Illmer, **Product Liability**, s. 273; Kreuzer, **a.g.e.**, s. 49; Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s. 770; Turhan, **a.g.e.**, s. 304, dn. 1; Öztekin Gelgel, **a.g.e.**, s. 3, 31). Taslak'ta haksız fiil türleri hakkında özel bağlama kuralları düzenlenmemiş ve genel bir bağlama kuralının öngörülmesiyle yetinilmiştir.

Ancak çalışmanın, sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuk konusuna yoğunlaşması neticesinde 1980 tarihli Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu hazırlanmıştır (Martin Illmer, "Introduction Rome II", **Rome II Regulation Pocket Commentary**, Ed. Peter Huber, Munich: Sellier European Law Publishers, 2011, (Introduction), s. 26; Illmer, **Product Liability**, s. 273; Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s. 770; Öztekin Gelgel, **a.g.e.**, s. 3, 31).

İmalatçının sorumluluğu alanında ise özel bağlama kurallarına duyulan ihtiyaç, 1960'lı yıllardan itibaren doktrinde ifade edilmeye başlanmıştır⁵⁹⁹. 1973 tarihli İmalatçının Sorumluluğu Hakkındaki La Haye Sözleşmesi, bu yöndeki görüşlerin somutlaşan ilk ürünüdür⁶⁰⁰.

Bu süreci, İsviçre, İtalya⁶⁰¹, ABD'nin Louisiana ve Oregon eyaletleri⁶⁰², Kanada'nın Quebec bölgesi, Litvanya, Rusya, Estonya, Tunus ve Türk hukuku ile Roma II Tüzüğü⁶⁰³ takip ederek, imalatçının sorumluluğuna uygulanacak hukuk

⁵⁹⁹ Albert A. Ehrenzweig, "Guest Statutes in the Conflict of Laws-Toward a Theory of Enterprise Liability under "Foreseeable and Insurable Laws-I"", **Yale L. J.**, C. 69, 1959-1960, s. 595 vd.; Plender/Wilderspin, **a.g.e.**, s. 543; Fallon, **a.g.e.**, s. 241.

⁶⁰⁰ Alberto Saravalle, "The Law Applicable to Products Liability: Hopping off the Endless Merry-Go-Round", **The Unification of Choice of Law Rules on Torts and others Non-Contractual Obligations in Europe**, Ed. Alberto Malatesta, Milan: CEDAM, 2006, s. 108; Fawcett, **a.g.e.**, s. 172; Fallon, **a.g.e.**, s. 233, 237, 289; Illmer, **Product Liability**, s. 272; Reese, **Explanatory Report**, s. 252; Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard, **a.g.e.**, par. 537; Tarman, **Devletler Özel İmalatçı**, s. 27.

⁶⁰¹ İtalyan MÖHK m. 63 hükmünde imalatçının sorumluluğuna uygulanacak hukuk özel olarak düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm uyarınca, "*Haksız fiile uygulanacak hukuku düzenleyen genel hüküm saklı kalmak koşuluyla, hatalı ürünün sebep olduğu zarardan doğan uyumsuzluklarda zarar gören, imalatçının işyeri veya merkezinin bulunduğu ülke hukukunu ya da ürünü iktisap ettiği yer hukukunun uygulanmasını seçebilir. İmalatçının, ürünün rızası dışında o ülke pazarında bulunduğunu ispat etmesi halinde ise iktisap yeri hukuku uygulanmaz*".

İtalyan MÖHK m. 63 hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Andrea Bonomi, "The Italian Statute on Private International Law, **Int'l. J. Legal Info**, C. 27, 1999, s. 259; Fawcett, **a.g.e.**, s. 169-172; Özel, **İmalatçının Sorumluluğu**, s. 922; Öztekin Gelgel, **a.g.e.**, s. 125-126.

İtalyan MÖHK m. 63'teki bağlama kuralının, İsv MÖHK m. 135, f. 1 ile benzer esasları taşıması sebebiyle çalışmada ayrıca incelenmesinden imtina edildiğini belirtmek isteriz.

⁶⁰² Louisiana eyaleti, 1991 yılında yürürlüğe giren Medeni Kanunu'nda imalatçının sorumluluğuna hangi eyaletin hukukunun uygulanacağını özel olarak düzenlemiştir (Louisiana Medeni Kanunu m. 3545). Buna göre zarar görenin yerleşim yerinin bulunduğu veya ürünün imal edildiği ya da piyasaya sürüldüğü yerin bu eyalet olması halinde Louisiana kanunları uygulanacaktır. Bu konuda bkz. Fawcett, **a.g.e.**, s. 190-191; Lorenz, **a.g.e.**, s. 334-335; Özel, **İmalatçının Sorumluluğu**, s. 933; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğu**, s. 142; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğuna İlişkin Kurallar**, s. 278).

Oregon eyaletinde de 2009 yılında kabul edilen Kanun'un §875 hükmünde imalatçının sorumluluğuna uygulanacak hukuk özel olarak düzenlenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Symeon C. Symeonides, "Codifying Choice of Law for Tort Conflicts: The Oregon Experience in Comparative Perspective", **YPIL**, C. 12, 2010, (Oregon Experience), s. 203, 205.

⁶⁰³ Bu aşamada belirtmek gerekir ki imalatçının sorumluluğu hakkında Topluluk hukukunda bir bağlama kuralının düzenlenmesi, yoğun tartışmalara ve görüş farklılıklarına konu olmuştur. Bu konudaki görüş farklılığı temel olarak, Roma II Tüzüğü'nde konuya ilişkin özel bir kuralın öngörülmesine ihtiyaç bulunup bulunmadığı; özel bir kural kabul edilecekse İmalatçının Sorumluluğu Hakkındaki La Haye Sözleşmesi'ndeki kriterlerin mi yoksa farklı bir çözümün mü benimsenmesi gerektiği etrafında toplanmaktadır (Illmer, **Product Liability**, s. 275-279; Graziano, **Product Liability**, s. 475 vd.; Tanrıbilir, **Roma II**, s. 124-125; Tarman, **Devletler Özel İmalatçı**, s. 36-37).

GEDIP tarafından hazırlanarak Komisyon'a sunulan ilk Taslak'ta haksız rekabet, çevre zararları ve rekabetin engellenmesi gibi haksız fiil türleri hakkında özel bağlama kurallarına yer verilmişken, imalatçının sorumluluğu açısından özel bir kural öngörülmemiştir (Huber/Illmer, **a.g.e.**, s. 33; Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 432).

İngiltere Lordlar Kamarası nezdindeki Avrupa Birliği Komisyonu tarafından hazırlanan Rapor'da da imalatçının sorumluluğu hakkında özel bir bağlama kuralı öngörülmesinin temel sebebinin, zarar gören tüketicilerin menfaatinin korunması olduğu; ancak bu amacın, bağlama kuralları aracılığıyla değil; maddi hukuk kuralları vasıtasıyla sağlanabileceği belirtilerek bu alanda özel bir bağlama kuralına Tüzük'te yer verilmesi uygun görülmemiştir (House of Lords, European Union Committee,

hakkında özel bağlama kuralları düzenlenmiştir⁶⁰⁴.

2) Özel Bağlama Kurallarının Öngörülmesine Yol Açan Sebepler

Roma II Tüzüğü'nün 5. maddesindeki imalatçının sorumluluğu hakkındaki bağlama kuralının, “*modern toplumlarda yüksek teknolojinin yol açtığı riskleri adil bir şekilde paylaşırma, tüketicilerin sağlığını koruma, buluşları teşvik etme, rekabeti düzenlenme ve ticaretin işlerliğini kolaylaştırma amaçlarına hizmet ettiği*” ifade edilmiştir (Tüzük Başlangıç Bölümü par. 20). Buna göre imalatçının sorumluluğu hakkında özel bağlama kurallarının öngörülmesinin temel sebebi, haksız fiillere uygulanacak hukuku düzenleyen genel kuralda benimsenen esasların, imalatçının sorumluluğunun yapısı ile korunması gereken menfaatler açısından uygun olmaması ve ihtiyaçlara cevap vermekte yetersiz kalışdır⁶⁰⁵. Aşağıda, bu sebepler incelenecektir.

a) İka Yeri ve Zarar Yeri Kriterlerinin Yetersizliği

İmalatçının sorumluluğuna yol açan fiil, çoğu kez bir veya birden çok ülkede

8th Report of Session 2003-2004, The Rome II Regulation-Report with Evidence, HL Paper 66, par. 106, *Elektronik Kaynak*, <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200304/ldselect/ldcom/66/66.pdf>, (House of Lords Report), (erişim tarihi: 5.9.2014)).

Tüzük Tasarı halindeyken yapılan tartışmalarda, haksız fiillere uygulanacak hukuku düzenleyen genel hükümdaki istisna kuralı sayesinde imalatçının sorumluluğu açısından da uygun bir çözüme ulaşılabileceği ileri sürülerek, bu alanda özel bir bağlama kuralının öngörülmesine ihtiyaç bulunmadığı savunulmuştur. Bu konuda bkz. Dickinson, *a.g.e.*, s. 365 ve dn. 5-6; Illmer, *Product Liability*, s. 271; Saravalle, *a.g.e.*, s. 110-111; Graziano, *Product Liability*, s. 486; Tarman, *Devletler Özel İmalatçı*, s. 37; Tarman, *Roma II*, s. 203-204.

Ancak bu görüş, azınlıkta kalmış ve 2003 tarihli Tüzük Teklifi'nin 4. maddesinde imalatçının sorumluluğuna uygulanacak hukuk özel bir bağlama kuralı uyarınca düzenlenmiştir. Bu konuda bkz. Illmer, *Product Liability*, s. 275-276; Huber/Illmer, *a.g.e.*, s. 33; Öztekin Gelgel, *a.g.e.*, s. 119; Tarman, *Devletler Özel İmalatçı*, s. 38-39; Tarman, *Roma II*, s. 204.

⁶⁰⁴ Graziano, *Product Liability*, s. 486; Saravalle, *a.g.e.*, s. 109-110; Lorenz, *a.g.e.*, s. 335-336; Brière, *Roma II*, s. 45; Cheshire/North/Fawcett, *a.g.e.*, s. 806.

⁶⁰⁵ P. John Kozyris, “Rome II: Tort Conflicts on the Right Track!-A Postscript to Symeon Symeonides’ Missed Opportunity”, *Am. J. Comp. L.*, C. 56, 2008, (Rome II), s. 485; Fawcett, *a.g.e.*, s. 135; Bourel, *a.g.e.*, s. 283; Pryles, *a.g.e.*, s. 119-120; Graziano, *Product Liability*, s. 478, 486; Othenin-Girard, *Roma II et LDIP*, s. 384; Othenin-Girard, *Roma II*, s. 84; Cavers, *a.g.e.*, 705; Saravalle, *a.g.e.*, s. 123; Rigaux/Fallon, *a.g.e.*, s. 960-961; Fallon, *a.g.e.*, s. 257, 262; Plender/Wilderspin, *a.g.e.*, s. 544; Tekinalp, *Turkish Code*, s. 338; Özel, *İmalatçının Sorumluluğu*, s. 911-912; Tanrıbilir, *Ürün Sorumluluğu*, s. 92; Öztekin Gelgel, *a.g.e.*, s. 14, 118-120, 128; Çelikel/Erdem, *a.g.e.*, s. 421; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, *a.g.e.*, s. 300, par. 315; Doğan, *a.g.e.*, s. 392; Çalışkan, *a.g.e.*, s. 306; Tarman, *Devletler Özel İmalatçı*, s. 26-27, 41; Zeynep Derya Tarman, “The law which is applicable to contractual and non-contractual obligations under Turkish private international law”, *NIPR*, S. 27, 2009, *Elektronik Kaynak*, (Contractual and non-contractual obligations), s. 11; 5718 Sayılı MÖHUK Tasarısı İle İlgili Adalet Komisyonu Raporu, s. 24.

işlenirken; bu fiilin sebep olduğu zarar, başka yer veya yerlerde ortaya çıkacaktır⁶⁰⁶. Sorumluluğa yol açan unsurların tek bir yerde toplanamaması imalatçının sorumluluğunun, “mesafeli haksız fiil (*délits à distance, multilocal torts, Distanzdelikte*)” niteliğine sahip olmasına yol açar⁶⁰⁷. Buna bağlı olarak, imalat ülkesi dışında farklı ülkelerde bulunan çok sayıda kişinin piyasaya sürülmüş ürün sebebiyle zarar görmesi, yani ürünün yol açtığı zararın kitlesel olmasına (*dommage massif, mass torts*) sebep olur⁶⁰⁸.

Mesafeli haksız fiillerde genel olarak zarar yeri kriteri tercih edilmesine rağmen⁶⁰⁹; ika yeri ve zarar yeri hukukundan birinin zarar görenin seçimi doğrultusunda uygulanması *-alternatif sistem-*; taraflara hukuk seçimi imkanının tanınması ile daha sıkı ilişkili hukuk istisnasına yer verilmesi gibi farklı yöntemler de benimsenmektedir⁶¹⁰. Ancak mesafeli haksız fiillerin karmaşık yapısının, uyuşmazlığın ağırlık merkezinin tek bir yerde toplanmasını imkansız kıldığı belirtilerek; her bir mesafeli haksız fiilin özelliklerine göre oluşturulacak objektif bağlama kuralında yeni kriterlerin benimsenmesi gerektiği ileri sürülmektedir⁶¹¹.

Bu çerçevede imalatçının sorumluluğu açısından uygulanacak hukukun belirlenmesinde ika yeri ve zarar yeri kriterleri yeterli ve uygun çözümler

⁶⁰⁶ Fawcett, **a.g.e.**, s. 210; Cavers, **a.g.e.**, s. 705; Kaye, **a.g.e.**, s. 57, 92; Graziano, **Product Liability**, s. 476; Dutson, **Jurisdiction**, s. 81; Pryles, **a.g.e.**, s. 79, 115; Bureau/Watt, **a.g.e.**, s. 381, 421-422; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğu**, s. 89; Tarman, **Devletler Özel İmalatçı**, s. 26; Çalışkan, **a.g.e.**, s. 306; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 419; ayrıca bkz. Roma II Açıklayıcı Rapor, s. 5.

⁶⁰⁷ Cavers, **a.g.e.**, s. 705; Gaudemet-Tallon, **a.g.e.**, s. 221; Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 46; Graziano, **Product Liability**, s. 476; Bourel, **a.g.e.**, s. 279-280; Bucher/Bonomi, **a.g.e.**, par. 1095; Kühne, **a.g.e.**, s. 31; Bureau/Watt, **a.g.e.**, s. 377, 381; Kaye, **a.g.e.**, s. 92; Özel, **Uygulanacak Hukuk**, s. 220; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğu**, s. 89; Tarman, **Devletler Özel İmalatçı**, s. 26; Çalışkan, **a.g.e.**, s. 306.

Nitekim mesafeli haksız fiiller geçmişte istisnai bir durum olarak değerlendirilirken, günümüzdeki sosyal ve ekonomik koşullar sebebiyle bunların istisna olmaktan çıktığı; haksız fiilin unsurlarının birden çok ülkeye dağılmasıyla sıklıkla karşılaşıldığı hakkında bkz. Bureau/Watt, **a.g.e.**, s. 381.

⁶⁰⁸ Russell J. Weintraub, “A Defense of Interest Analysis in the Conflict of Laws and the Use of that Analysis in Products Liability Cases”, **Ohio St. L. J.**, C. 46, 1985, (Interest Analysis), s. 504; Bureau/Watt, **a.g.e.**, s. 381, 386.

Milletlerarası özel hukukta kitlesel zarardan kaynaklanan uyuşmazlıklar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Russell J. Weintraub, “Methods for Resolving Conflict-of-Laws Problems in Mass Tort Litigation”, **U. Ill. L. Rev.**, C. 129, 1989, (Mass Tort Litigation), s. 130 vd.

⁶⁰⁹ Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 47 vd.; Bourel, **a.g.e.**, s. 263 vd.; Göğer, **Haksız Fiil**, s. 499; Turhan, **a.g.e.**, s. 359-360; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 452-452; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğu**, s. 179.

⁶¹⁰ Bu konuda ayrıntılı olarak bkz. Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 47-53; Bourel, **a.g.e.**, s. 263; Bucher, **Actes illicites**, s. 116; Gaudemet-Tallon, **a.g.e.**, s. 221 vd.; Göğer, **Haksız Fiil**, s. 494-495; Turhan, **a.g.e.**, s. 153 vd., 200 vd.; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 450-452; Tiryakioğlu, **Rekabet Hukuku**, s. 62-66.

⁶¹¹ Bu görüşte bkz. Gaudemet-Tallon, **a.g.e.**, s. 221-225.

sunmamaktadır⁶¹².

İka yeri kriterinin yetersizliği açısından zarara yol açan ürünün tasarımı bir ülkede yapılırken, ara parçalarının diğer bir ülkede imal edilmesi; nihai ürünün başka bir ülkede biraraya getirilmesiyle bu ürünün dünyanın çeşitli yerlerinde piyasaya sürülmesi, imalatçının sorumluluğundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda ika yerinin tespitini güçleştirmektedir⁶¹³. Bundan daha önemlisi, ürünün yol açtığı zararlarda ika yeri, tesadüfi olması sebebiyle sıkı ilişkiyi kurmakta yetersiz kalmaktadır⁶¹⁴.

Zarar yeri kriteri açısından ise asbest, tütün ürünleri veya farmakolojik ürünler gibi zararlı etkilerinin ortaya çıkması uzun süreye yayılan hallerde zarar yerinin tespiti güçleşmekte ve birden çok zarar yeri ile karşılaşılabilir⁶¹⁵. Öte yandan imalatçının sorumluluğunda zarar yerini tesadüflerin belirlemesi sebebiyle

⁶¹² Max-Planck Institute, Hamburg Group for Private International Law, “Comments on the European Commission’s Draft Proposal for a Council Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations”, **LabelsZ**, C. 67, 2003, (Hamburg Grubu Rapor), s. 16; Cavers, **a.g.e.**, s. 705-706; Hay/Borchers/Symeonides, **a.g.e.**, s. 1027; Kaye, **a.g.e.**, s. 92-93; Ena, **a.g.e.**, s. 1443; Bucher/Bonomi, **a.g.e.**, par. 1078; Kahn-Freund, **Delictual Liability**, s. 28, 44; Graziano, **Product Liability**, s. 486; Brière, **Rome II**, s. 46; Gaudemet-Tallon, **a.g.e.**, s. 221; Bucher, **Actes illicites**, s. 127; Plender/Wilderspin, **a.g.e.**, s. 547; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğu**, s. 89; Özel, **Uygulanacak Hukuk**, s. 220; Öztekin Gelgel, **a.g.e.**, s. 124, 128; Tarman, **Devletler Özel İmalatçı**, s. 26; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 300, par. 315; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 421; Çalışkan, **a.g.e.**, s. 296.

⁶¹³ Fawcett, **a.g.e.**, s. 124, 211; Kaye, **a.g.e.**, s. 92; Pryles, **a.g.e.**, s. 120; Cavers, **a.g.e.**, s. 705-706; Fallon **a.g.e.**, s. 389; Özel, **İmalatçının Sorumluluğu**, s. 888; Özel, **Uygulanacak Hukuk**, s. 220; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 419; Turhan, **a.g.e.**, s. 168; Tiryakioğlu, **Rekabet Hukuku**, s. 64; Tarman, **Devletler Özel İmalatçı**, s. 26; ayrıca bkz. Hamburg Grubu Rapor, s. 16-17.

⁶¹⁴ P. John Kozyris, “Values and Methods in Choice of Law for Products Liability: A Comparative Comment on Statutory Solutions”, **Am. J. Comp. L.**, C. 38, 1990, s. 500; Hay/Borchers/Symeonides, **a.g.e.**, s. 1027; Cavers, **a.g.e.**, s. 705; Kaye, **a.g.e.**, s. 92-93; Ena, **a.g.e.**, s. 1442-1443; Kühne, **a.g.e.**, s. 10-11; Pryles, **a.g.e.**, s. 62, 120; Fawcett, **a.g.e.**, s. 124; Fallon **a.g.e.**, s. 389; Fallon/Lagarde, **a.g.e.**, s. 2; Plender/Wilderspin, **a.g.e.**, s. 548; Graziano, **Product Liability**, s. 477; Güngör, **Tüketici**, s. 133.

⁶¹⁵ Hay/Borchers/Symeonides, **a.g.e.**, s. 1027; Cavers, **a.g.e.**, s. 706; Bourel, **a.g.e.**, s. 357 vd.

Arizona Yüksek Mahkemesi’nin 2013 tarihli *Pounders / Enserch E & C, Inc.* kararı (306 P.3d 9 (Ariz. 2013)), ortaya çıkması zamana yayılan zararlar bakımından zarar yerinin tespitinin güçlüğünü ortaya koyan bir örnektir. Karara konu olan somut olayda New Meksiko eyaletinde yaşayan ve buradaki bir enerji santralinde çalıştığı on yıllık süre boyunca asbeste maruz kalan bir kişi daha sonra Arizona’ya yerleşmiştir. Yirmi yıl sonra ise asbest sebebiyle akciğer kanserine yakalandığı tespit edilmiş ve hayatını kaybetmiştir. Enerji santralinde kullanılan asbest barındıran boru ve kazanları imal eden imalatçı ile enerji santralinin inşaatını yapan şirkete karşı Arizona mahkemesinde dava açılmıştır. Mahkeme, somut uyuşmazlıkta zararın meydana geldiği yer olarak, asbest ile temasın gerçekleştiği ve asbeste maruz kalınan New Meksiko eyaletinin mi yoksa bu maruziyetin zararlı sonucunun ortaya çıktığı Arziona eyaletinin mi esas alınması gerektiğini tartışmıştır. Mahkeme, *last event rule* uyarınca zarar yerinin, ölümün meydana geldiği Arizona olduğuna karar vermiştir. Bunu takiben, Arizona kanunlarının somut uyuşmazlıkta uygulanıp uygulanmayacağını incelemiştir. Bu noktada zarar görenin, New Meksiko’dan ayrıldıktan sonra herhangi başka bir yere de yerleşebileceğini ve böylelikle asbestin yol açacağı zararlı sonuçların, tamamen başka bir yerde de meydana gelebileceğini açıklayarak, somut olayda zarar yerinin tesadüfi olduğuna dikkat çekmiştir. Söz konusu karar ve değerlendirmesi için bkz. Symeonides, **American Courts in 2013**, s. 252-253.

tıpkı ika yeri gibi zarar yeri de zayıf bir bağlantı noktası teşkil eder⁶¹⁶.

Örneğin, (A) ülkesinde yaşayan bir kişinin, (B) ülkesinde bir ürün satın aldıktan sonra bu ürünlerdeki imalat hatası sebebiyle, tatilini geçirdiği (C) ülkesinde yaralanması halinde zararın meydana geldiği yer, gerek imalatçı gerekse de zarar gören açısından tesadüfi olacaktır. Böylelikle zarar yeri, imalatçı açısından öngörülebilirliği ortadan kaldıracak ve uyuşmazlıkla ilişkisinin zayıf olması neticesinde uygun bir çözüm sağlayamayacaktır⁶¹⁷. Bu doğrultuda Amerikan mahkemesi'nin 1996 tarihli bir kararında da “zarar yerinin, haksız fiilden kaynaklanan pek çok uyuşmazlıkta belirleyici bir bağlantı sağlamasına karşın, imalatçının sorumluluğundan doğan uyuşmazlıklarda yeterli bir ağırlığa sahip olmayabileceği” ifade edilmiştir⁶¹⁸.

b) Genel Kuralın Korunması Gereken Menfaatler Dengesini Sağlayamaması

İmalatçının sorumluluğu ile piyasaya sürülmüş ürünün yol açtığı zararların telafisinin yanında, imalatçının zarar riski doğurabilecek gelecekteki potansiyel davranışlarının önlenmesi, piyasada güvenli ürünlerin bulunmasının sağlanarak toplumun geneli ile birlikte sosyal ve ekonomik yapının korunması da amaçlanır⁶¹⁹. Bu sebeple uygulanacak hukuku gösterecek bağlama kuralında tarafların farklı menfaatlerini gözetken, bunlar arasında denge kuran, adil kriterlere ihtiyaç duyulmaktadır⁶²⁰.

⁶¹⁶ Andreas Schwartze, “A European regime on international product liability: Article 5 Rome II Regulation”, NIPR, 2008, S. 4, *Elektronik Kaynak*, par. 1; Ena, a.g.e., s. 1443; Kühne, a.g.e., s. 12-13; Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 66; Graziano, **Product Liability**, s. 477; Bureau/Watt, a.g.e., s. 422; Bucher, **Actes illicites**, s. 127; Saravalle, a.g.e., s. 112; Brière, **Rome II**, s. 46; Plender/Wilderspin, a.g.e., s. 547; Öztekin Gelgel, a.g.e., s. 120; Tarman, **Roma II**, s. 205; Tarman, **Devletler Özel İmalatçı**, s. 26; Tarman, **Roma II**, s. 205; ayrıca bkz. Roma II Açıklayıcı Rapor, s. 14; Hamburg Grubu Rapor, s. 16.

⁶¹⁷ Cavers, a.g.e., s. 706; Ena, a.g.e., s. 1443; Graziano, **Product Liability**, s. 477; Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 53, 71; Tebbens, a.g.e., s. 377; Bureau/Watt, a.g.e., s. 422; Bucher, **Actes illicites**, s. 127; Öztekin Gelgel, a.g.e., s. 119-120; Tarman, **Devletler Özel İmalatçı**, s. 36-37; ayrıca bkz. Hamburg Grubu Rapor, s. 16; Roma II Açıklayıcı Rapor, s. 13.

⁶¹⁸ *Gantes/Kason Corp.*, 679 A.2d 106, 113, (naklen, Ena, a.g.e., s. 1443, dn. 182).

⁶¹⁹ Symeonides, **Centrist Critique**, s. 169-170; Symeonides, **Rome II**, s. 209; Bourel, a.g.e., s. 294-296; Fallon, a.g.e., s. 298-299; Öztekin Gelgel, a.g.e., s. 120; ayrıca bkz. Roma II Tüzüğü başlangıç bölümü par. 20; ayrıca bkz. Hamburg Grubu Rapor, s. 16-17.

⁶²⁰ Bureau/Watt, a.g.e., s. 421-422; Bucher/Bonomi, a.g.e., par. 1095; Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard, a.g.e., par. 542; Illmer, **Product Liability**, s. 281; Fallon, a.g.e., s. 257 vd.; Lorenz, a.g.e., s. 333; Kühne, a.g.e., s. 12; Saravalle, a.g.e., s. 112, 123-124; Graziano, **Product Liability**, s. 487; Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 72; Rigaux/Fallon, a.g.e., s. 960; Kozyris, **Rome II**, s. 486; Brière, **Rome II**, s. 46; Nomer, a.g.e., s. 354; Tekinalp/Uyamık Çavuşoğlu, a.g.e., s. 468-469; Öztekin

İmalatçının sorumluluğu öncelikli olarak meydana gelmiş zararın telafisini amaçladığından⁶²¹, zarar görenin menfaatinin korunmasına öncelik verilmesi gerektiği kabul edilmektedir⁶²². Böylelikle milletlerarası toplumun genel menfaatinin korunması da sağlanacaktır⁶²³. Zira imalatçının sorumluluğunda, toplumun genelinin piyasaya sürülen ürünlerin yaratacağı zarar riskinden korunması amaçlandığından zarar görenin menfaati, milletlerarası toplumun da menfaatini yansıtmaktadır. Zarar görenin menfaatinin en iyi şekilde korunabilmesi için imalatçının, daha az maliyetli imalat olanakları, vergi kolaylığı ve daha düşük standartta sorumluluk öngörmesi gibi sebeplerle tercih ettiği imalat yeri hukukuna tabi olması önlenmelidir⁶²⁴.

Zarar görenin menfaatinin korunmasına öncelik verilmekle birlikte imalatçı

Gelgel, **a.g.e.**, s. 119; Özel, **Uygulanacak Hukuk**, s. 223; Çalışkan, **a.g.e.**, s. 307-308; Tarman, **Devletler Özel İmalatçı**, s. 36-37, 41-42.

⁶²¹ Symeonides, **Rome II**, s. 209; Bourel, **a.g.e.**, s. 298; Weintraub, **Interest Analysis**, s. 504; ayrıca bkz. Hamburg Grubu Rapor, s. 16.

⁶²² Bernard Dutoit, **Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987**, Troisième édition, Bâle-Genève-Munich: Helbing&Lichtenhahn, 2001, (Commentaire), s. 479; Kühne, **a.g.e.**, s. 13, 22, 27; Saravalle, **a.g.e.**, s. 111-112; Morse, **a.g.e.**, s. 76; Bourel, **a.g.e.**, s. 296, 298; Weintraub, **Interest Analysis**, s. 504; Kozyris, **Rome II**, s. 485; Ena, **a.g.e.**, s. 1452-1453; Morse, **a.g.e.**, s. 76; Bucher, **Actes illicites**, s. 128; Bucher/Bonomi, **a.g.e.**, par. 1078; Fallon, **a.g.e.**, s. 293, 297-298; Fawcett, **a.g.e.**, s. 142; Gaudemet-Tallon, **a.g.e.**, s. 238; Graziano, **Product Liability**, s. 480; Imhoff-Scheier/Patochhi, **a.g.e.**, s. 59, 61; Nomer, **a.g.e.**, s. 354-355; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 419, 421; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 300-301, par. 316; Doğan, **a.g.e.**, s. 393; Öztekin Gelgel, **a.g.e.**, s. 120, 127; Özel, **İmalatçının Sorumluluğu**, s. 911; Özel, **Uygulanacak Hukuk**, s. 223; Özel, **İmalatçının Sorumluluğu**, s. 911; Doğan, **a.g.e.**, s. 393; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğu**, s. 173; Çalışkan, **a.g.e.**, s. 307; Tarman, **Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi**, s. 21; ayrıca bkz. Roma II Tüzüğü Açıklayıcı Rapor, s. 14-15.

⁶²² Marc Fallon, “L’incidence de l’autonomie de la volonté sur la détermination du droit applicable à la responsabilité civile non contractuelle”, **Mélanges Roger O. Dalcq, Responsabilité et Assurances**, Bruxelles: Larcier, 1994, (Autonomie de la volonté), s. 181-182; Fallon, **a.g.e.**, s. 293; Kühne, **a.g.e.**, s. 27; Ena, **a.g.e.**, s. 1452-1453; Bucher/Bonomi, **a.g.e.**, par. 1078; Bourel, **a.g.e.**, s. 295; Weintraub, **Interest Analysis**, s. 504; Saravalle, **a.g.e.**, s. 111; Graziano, **Product Liability**, s. 480; Gaudemet-Tallon, **a.g.e.**, s. 238; Bucher, **Actes illicites**, s. 128; Imhoff-Scheier/Patochhi, **a.g.e.**, s. 59, 61; Nomer, **a.g.e.**, s. 354-355; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 421; Öztekin Gelgel, **a.g.e.**, s. 127; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 300, par. 316; Özel, **İmalatçının Sorumluluğu**, s. 911; Doğan, **a.g.e.**, s. 393; Çalışkan, **a.g.e.**, s. 307.

Farklı yönde bkz. Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 73; Kozyris, **a.g.e.**, s. 495; Tarman, **Devletler Özel İmalatçı**, s. 44.

⁶²³ Roma II Tüzüğü açısından tüketici kavramı, “mesleki veya ticari bir amaç dışında hareket eden kişiden” daha geniş bir kapsama sahip olup; “mal veya hizmet alımı amacını taşıyan kişi” olarak değerlendirilmektedir (Dickinson, **a.g.e.**, s. 414; Sarıöz, **a.g.e.**, s. 122). İmalatçının sorumluluğu hakkındaki Tüzüğün 5. maddesinde piyasaya sürülmüş ürünler açısından yalnızca tüketicilerin değil; mesleki veya ticari bir amaç çerçevesinde bu ürünleri alıp kullanan herkesin menfaatinin gözetiliyor olması da kanımızca bu bakış açısını desteklemektedir.

⁶²⁴ Fawcett, **a.g.e.**, s. 122-123, 126-127; Kühne, **a.g.e.**, s. 12, 23; Weintraub, **Interest Analysis**, s. 506; Rigaux/Fallon, **a.g.e.**, s. 960-961; Özel, **Uygulanacak Hukuk**, s. 223; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 300, par. 316; ayrıca bkz. Roma II Açıklayıcı Rapor, s. 15.

İmalat yeri kriterinin, imalatçının daha düşük standartta sorumluluk öngören ülke hukukları ile bağlantı kuracak davranışlarını çoğaltarak, *forum shopping* olasılığını arttıracığı da dikkate alınmalıdır (Fawcett, **a.g.e.**, s. 127; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğu**, s. 92).

ve ürünü piyasaya süren diğer ticari aktörlerin de menfaatlerinin gözetilerek, dengeli bir çözüme ulaşılmalıdır⁶²⁵. Bu açıdan öngörülebilirliğin sağlanması önem taşımaktadır⁶²⁶.

İmalatçı ve diğer ticari aktörlerin, tabi olacakları hukuku baştan bilerek ve bunun sonuçlarını göz önüne alarak hareket etmesi gerekir⁶²⁷. Öngörülebilirliği temin eden bir kural, zarar verenin sonuçlarını önceden bilemediği bir hukuk uyarınca sorumlu tutulması riskine ilişkin maliyeti, ürün fiyatlarına yansıtmasını önleyecek; böylelikle zarar görenlerin menfaati de korunmuş olacaktır⁶²⁸.

Oysa ki haksız fiillere uygulanacak hukuku düzenleyen genel kurallarda benimsenen kriterler, imalatçının sorumluluğundan kaynaklanan uyumsuzluklarda öngörülebilirliği sağlamakta yetersiz kalmaktadır⁶²⁹. Ayrıca *proper law* metodu da öngörülebilirliği ortadan kaldırması⁶³⁰ sebebiyle uygun bir çözüm sunmayacaktır⁶³¹.

⁶²⁵ Bureau/Watt, **a.g.e.**, s. 422; Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard, **a.g.e.**, par. 542; Saravalle, **a.g.e.**, s. 112; Doğan, **a.g.e.**, s. 393; Kühne, **a.g.e.**, s. 12; Saravalle, **a.g.e.**, s. 123-124; Graziano, **Product Liability**, s. 487; Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 72; Rigaux/Fallon, **a.g.e.**, s. 960; Kozyris, **Rome II**, s. 486; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 468-469; Özel, **Uygulanacak Hukuk**, s. 223; Çalışkan, **a.g.e.**, s. 307-308; Tarman, **Devletler Özel İmalatçı**, s. 41-42.

⁶²⁶ Fawcett, **a.g.e.**, s. 122-124; Ena, **a.g.e.**, s. 1450-1451; Bureau/Watt, **a.g.e.**, s. 422; Saravalle, **a.g.e.**, s. 112; Özel, **Uygulanacak Hukuk**, s. 223; Kühne, **a.g.e.**, s. 12; Saravalle, **a.g.e.**, s. 123-124; Graziano, **Product Liability**, s. 487; Tarman, **Devletler Özel İmalatçı**, s. 41-42; ayrıca bkz. Hamburg Grubu Rapor, s. 16.

⁶²⁷ Watt, **a.g.e.**, s. 260.

⁶²⁸ Saravalle, **a.g.e.**, s. 112; Lorenz, **a.g.e.**, s. 339; Fallon, **a.g.e.**, s. 299; Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 70-71; Graziano, **Product Liability**, s. 481; Watt, **a.g.e.**, s. 260; ayrıca bkz. Hamburg Grubu Rapor, s. 16.

Bu açıdan sigorta şirketleri, ürün sorumluluğu sigortasına ilişkin prim hesabı ve risk maliyeti yaparken, imalatçının cirosu dışında imal ettiği ürünleri hangi ülkelere ihraç ettiğini de göz önüne almaktadır (Lorenz, **a.g.e.**, s. 339; Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 70).

⁶²⁹ Saravalle, **a.g.e.**, s. 112; Graziano, **Product Liability**, s. 477; Plender/Wilderspin, **a.g.e.**, s. 547; Dickinson, **a.g.e.**, s. 365; Bureau/Watt, **a.g.e.**, s. 422; ayrıca bkz. Hamburg Grubu Rapor, s. 16.

Roma II Tüzüğü'nün hazırlık aşamasındaki tartışmalarda haksız fiillere uygulanacak hukuku düzenleyen genel kuralda öngörülen kriterlerin, imalatçının sorumluluğunda öngörülebilirliği sağlayamayacağı ifade edilmiştir. Bu hususta bkz. Dickinson, **a.g.e.**, s. 365; ayrıca bkz. Bureau/Watt, **a.g.e.**, s. 422.

⁶³⁰ Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 26; Graziano, **Product Liability**, s. 480; Fallon, **a.g.e.**, s. 274; Turhan, **a.g.e.**, s. 104-105; Tarman, **Devletler Özel İmalatçı**, s. 42; ayrıca bkz. Roma II Açıklayıcı Rapor, s. 5.

Proper law metoduna yönelik bu yöndeki eleştiriler hakkında genel olarak bkz. Aysel Çelikel, "Devletler Hususi Hukukunda Bağlama Kaidelerinin Tespitinde Uygulanan Yeni Bir Metod", **İÜHFİM**, C. 35, S. 1-4, 1969, s. 231 vd.; Turhan, **a.g.e.**, s. 99 vd.

⁶³¹ Graziano, **Product Liability**, s. 480; Ena, **a.g.e.**, s. 1445, 1451; Kühne, **a.g.e.**, s. 15; Audit, **a.g.e.**, s. 709; Tarman, **Devletler Özel İmalatçı**, s. 42.

Ayrıca imalatçının sorumluluğunda sorumluluğu doğuran unsurların, birden fazla ülkeye dağılması, somut uyumsuzluktağı ağırlık noktasını tespit etmeyi güçleştirmekte ve hatta bazen, bu noktanın varlığını bile engelleyerek, *proper law* metodunun uygulanmasını neredeyse imkansız kılabilir.

İmalatçının sorumluluğunda zarar gören ve zarar veren dışında, ekonomik düzen ile piyasanın menfaatlerinin de korunması amaçlanmaktadır⁶³². Zira tıpkı haksız rekabet gibi imalatçının sorumluluğu da piyasa üzerinde etkilerinin bulunduğu bir haksız fiildir⁶³³.

Ekonomik menfaatler çerçevesinde pazardaki aktörler arasında adil bir rekabet düzeninin kurulması, alışveriş hayatı ve ticaret düzeninin korunması, imalatçının sorumluluğu açısından önem taşır⁶³⁴. Genel kuralda benimsenen ika yeri veya zarar yeri kriterleri, zarar göreni korumadığı gibi üçüncü kişilerin menfaatini de dikkate almadığından, uygun ve adil çözümler sunmamaktadır⁶³⁵.

Bu kapsamda imalatçının sorumluluğunda korunması gereken menfaat dengesini sağlayabilecek, farklı kriterlere ihtiyaç duyulmaktadır. Ayrıca birden fazla davalı ve davacının bulunduğu uyuşmazlıklarda uygulanabilir nitelikte olan⁶³⁶, farklı ürün çeşitlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda uygun çözümler sunan⁶³⁷ kriterlerin

(Kühne, **a.g.e.**, s. 15-16; Kaye, **a.g.e.**, s. 94).

Amerikan hukukunda grup davasının (*class-actions*) söz konusu olduğu hallerde *proper law* metodunun elverişli çözümler sağlamadığı, New Jersey mahkemesinin elli farklı eyaletin hukukunu değerlendirmek suretiyle uygulanacak hukuku belirlediği bir karar örnek gösterilmektedir. Bu karar hakkında bkz. Symeon C. Symeonides, “Choice of Law in the American Courts in 2005: Nineteenth Annual Survey”, **Am. J. Comp. L.**, C. 53, 2005, (American Courts in 2005), s. 559 vd.

⁶³² Fawcett, **a.g.e.**, s. 126-127; Rigaux/Fallon, **a.g.e.**, s. 960-961; ayrıca bkz. Roma II Açıklayıcı Rapor, s. 15.

⁶³³ Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 45; Graziano, **Product Liability**, s. 480; Kozyris, **a.g.e.**, s. 496; Lorenz, **a.g.e.**, s. 336; Rigaux/Fallon, **a.g.e.**, s. 961.

Bu kapsamda imalatçının sorumluluğunun “*market torts*” olarak nitelendirilmesi hakkında bkz. Watt, **a.g.e.**, s. 128 ve bu nitelendirmede bulunan diğer yazarlar için bkz. Watt, **a.g.e.**, s. 128, dn. 723’te belirtilen yazarlar.

⁶³⁴ Yuko Nishitani, “La loi applicable à la responsabilité délictuelle- Le Règlement “Rome II” du point de vue japonais”, **RIDC**, C. 60, S. 3, 2008, s. 653-654; Lorenz, **a.g.e.**, s. 336; Kozyris, **a.g.e.**, s. 496; Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 70-71; Graziano, **Rome II**, s. 482; Watt, **a.g.e.**, s. 128; Öztekin Gelgel, **a.g.e.**, s. 120; ayrıca bkz. Hamburg Grubu Rapor, s. 16.

⁶³⁵ Fawcett, **a.g.e.**, s. 130-131; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 33; Öztekin Gelgel, **a.g.e.**, s. 121.

⁶³⁶ Saravalle, **a.g.e.**, s. 123; Fawcett, **a.g.e.**, s. 124; Tebbens, **a.g.e.**, s. 356; Plender/Wilderspin, **a.g.e.**, s. 544; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğu**, s. 91.

İmalat hatası bulunan bir uçağın düşmesi sonucunda uçakta bulunan yolcuların vücut bütünlüğünde meydana gelen zararlar ile yine hatalı ürün sebebiyle, farklı ülkelerde bulunan kişilerin zarar görmesi, birden çok sayıda davacının bulunduğu imalatçının sorumluluğundan doğan uyuşmazlıklara örnek gösterilmektedir (Fawcett, **a.g.e.**, s. 125; Tebbens, **a.g.e.**, s. 356). Bu tip uyuşmazlıkların, imalatçının sorumluluğunun “kabusu” olduğu da belirtilmektedir (Weintraub, **Interest Analysis**, s. 504).

Bu örneklerde zarar yeri hukuku, imalat hatası bulunan uçağın yol açtığı zararlar gibi tek seferde meydana gelen zararlar bakımından uygun bağlantıyı sağlayabilecekken; hatalı bir ürünün farklı ülkelerde bulunan kişilerin uğradığı zararlarda ise zarar yeri hukuku olarak birden fazla yer ortaya çıkacaktır (Fawcett, **a.g.e.**, s. 125).

⁶³⁷ Kozyris, **a.g.e.**, s. 479; Fawcett, **a.g.e.**, s. 122; Plender/Wilderspin, **a.g.e.**, s. 544; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğu**, s. 91.

Bununla birlikte çalışma kapsamında incelenen hukuk sistemlerinin hiçbirinde farklı ürün tipleri

benimsenmesi gerektiği de belirtilmektedir.

Buna göre genel haksız fiil kuralında benimsenen kriterlerden farklı olarak, imalatçının sorumluluğunda zarar görenin mutad meskeni, imalatçının işyeri, ürünün piyasaya sürüldüğü yer, ürünün iktisap edildiği yer gibi muhtemel bağlantı noktalarının dikkate alınması gerektiği ifade edilmektedir⁶³⁸.

3) Özel Bağlama Kurallarının Oluşturulmasında Dikkate Alınan Menfaatler

Milletlerarası özel hukuk kurallarının temel amacı, birden fazla hukuk düzeni ile bağlantılı bir uyumsuzluğa uygulanacak en uygun hukuku tespit etmektir⁶³⁹. En uygun hukukun ise mevcut uyumsuzluğa niteliğini kazandıran esaslı unsurlara göre o uyumsuzlukla yer, kişi ve konu itibarıyla en sıkı ilişkiye sahip olan hukuk (*principe de proximité*) olduğu kabul edilmektedir⁶⁴⁰. Böylelikle uyumsuzluğun, maddi içeriği dikkate alınmaksızın, en sıkı ilişkide bulunduğu hukuka bağlanması suretiyle milletlerarası özel hukuk adaleti (hakkaniyeti) sağlanmış olacaktır⁶⁴¹.

Bu amaç dahilinde bağlama kuralları oluşturulurken, somut uyumsuzluk konusu hukuki ilişkinin niteliği de gözetilerek, adaletin tesis edilmesi; işlem güvenliğinin sağlanması; sonucun taraflarca önceden bilinmesi -öngörülebilirlik-; toplumun temel yapısı ile çıkarlarının korunması; uygulama kolaylığı sunan basit ve esnek bir kural tesis edilmesi; milletlerarası karar ahenginin sağlanarak *forum shopping*'in önlenmesi şeklinde ortaya konulan milletlerarası özel hukuka ait

dikkate alınarak oluşturulmuş bir bağlama kuralı bulunmamaktadır. Ürün tipine göre bir kural oluşturulması her ne kadar teorik açıdan arzu edilebilse de ürün çeşitliliğinin yanında imalatçının sorumluluğunun özellikleri ve karmaşık yapısı karşısında pratikte böyle bir kuralın oluşturulmasının neredeyse mümkün olmadığını düşünmekteyiz. Ayrıca hangi ürün tipine göre nasıl bir kural oluşturulması gerektiği belirsizdir. Kaldı ki böyle bir kural öngörülebilse bile bunun, mevcut bağlama kurallarının daha da karmaşık bir yapıya sahip olmasına yol açacağı dikkate alınmalıdır.

⁶³⁸ Bureau/Watt, **a.g.e.**, s. 422-423; Rigaux/Fallon, **a.g.e.**, s. 960-961; Plender/Wilderspin, **a.g.e.**, s. 544.

⁶³⁹ Ziya Akıncı, **Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri**, İzmir: DEÜHF Döner Semaye İşletmeleri Yayınları, 1996, (İnşaat Sözleşmeleri), s. 68; Ziya Akıncı, **Tarafların Yetkili Hukuku Belirlememeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk**, İzmir: DEÜHF Döner Semaye İşletmeleri Yayınları, 1992, (Uygulanacak Hukuk), s. 4; Nomer, **a.g.e.**, s. 6; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 33; Tiryakioğlu, **Taşınır Mallar**, s. 9.

⁶⁴⁰ Gaudemet-Tallon, **a.g.e.**, s. 173; Nomer, **a.g.e.**, s. 6; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 33; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 30; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 24-25, par. 24 ve dn. 59; Akıncı, **Uygulanacak Hukuk**, s. 4-5; Tiryakioğlu, **Taşınır Mallar**, s. 9; Özel, **Kişilik Hakkı**, s. 88; Boskovic, **a.g.e.**, s. 167.

⁶⁴¹ Nomer, **a.g.e.**, 14; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 34; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 30; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 24-25, par. 24; Akıncı, **Uygulanacak Hukuk**, s. 4-5; Doğan, **a.g.e.**, s. 156.

menfaatlerin dikkate alınması gerekmektedir⁶⁴². Böylelikle milletlerarası unsurlu bir ilişkinin, bağlantılı olduğu hukuk düzenleri arasında bu menfaatler esas alınmak suretiyle en uygun hukuka bağlanması sağlanacaktır.

İmalatçının sorumluluğunda da en uygun hukuku gösterecek bağlama kurallarının tesisinde bu esastan yola çıkılarak, söz konusu menfaatler dikkate alınmaktadır⁶⁴³.

4) Özel Bağlama Kurallarında Öne Çıkan Tercihler

İmalatçının sorumluluğu hakkındaki bağlama kurallarını ve bu kurallarda kabul edilen kriterleri incelemeye geçmeden önce, konu hakkında belirli hukuk sistemlerinde öngörölmüş kuralların aşağıda topluca ortaya konulmasının yararlı olacağı düşüncesindeyiz. Böylelikle uygulanacak hukukun tespitinde kullanılan yöntemler ile tercih edilen kriterlerin, hangi hukuk sistemlerinde öngörölmüş olduğu, kolaylıkla görölebilecektir.

La Haye Sözleşmesi	Roma II Tüzüğü	İsv. MÖHK	MÖHUK
Sözleşme m. 4 Zararın meydana geldiği yer aynı zamanda, a- doğrudan zarar gören kişinin mutad meskeninin bulunduğu yer ise, veya b- sorumlu olduğu ileri sürülen kişinin esas işyerinin bulunduğu yer ise, ya da c- doğrudan zarar gören kişinin ürünü iktisap ettiği yer ise, zararın meydana geldiği ülke hukuku uygulanır. Sözleşme m. 5 4. madde saklı kalmak koşuluyla, doğrudan zarar gören kişinin mutad meskeninin bulunduğu yer	Tüzük m. 5 (1) 4. maddenin 2. fıkrası saklı kalmak kaydıyla ürünün yol açtığı zarardan doğan sözleşme dışı borç ilişkisine, a- ürün, o ülkede pazarlanıyorsa zararın meydana geldiği anda zarar görenin mutad mesken hukuku; bulunmadığı takdirde, b- ürün, o ülkede pazarlanıyorsa ürünün iktisap edildiği yer hukuku; bulunmadığı takdirde, c- ürün, o ülkede pazarlanıyorsa zararın meydana geldiği yer hukuku uygulanır.	İsv. MÖHK m. 135 (1) Hatalı bir ürünün veya ürüne ilişkin hatalı bilgilendirmenin yol açtığı zararlardan doğan sorumluluk hakkında zarar görenin seçimine göre: a- zarar verenin işyeri hukuku veya işyerinin bulunmaması halinde zarar verenin mutad mesken hukuku, ya da b- zarar verenin, ürünün o ülkede rızası dışında pazarlandığını ispat edememiş olması halinde ürünün iktisap edildiği ülke hukuku uygulanır.	MÖHUK m. 36 (1) İmal edilen şeylerin sebep olduğu zarardan doğan sorumluluğa, zarar görenin seçimine göre, zarar verenin mutad meskeni veya işyeri hukuku ya da imal edilen şeyin iktisap edildiği ülke hukuku uygulanır. İktisap yeri hukukunun uygulanabilmesi için zarar verenin, mamulün o ülkeye rızası dışında sokulduğunu ispat edememiş olması

⁶⁴² Robert A. Lefflar, "Conflicts Law: More on Choice-Influencing Considerations", *Cal. L. Rev.*, C. 54, S. 4, 1966, s. 1585-1588; Symeonides, *Rome II*, s. 179; Hay, *a.g.e.*, s. 344 vd.; Ena, *a.g.e.*, s. 1441; Clarkson/Hill, *a.g.e.*, s. 13-19; Çelikel/Erdem, *a.g.e.*, s. 34-39; Akıncı, *Uygulanacak Hukuk*, s. 5-9; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, *a.g.e.*, s. 26-27, par. 25-28; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, *a.g.e.*, s. 31-34; Tiryakioğlu, *Taşınır Mallar*, s. 10-15; Doğan, *a.g.e.*, s. 145-151; Tarman, *Haksız Rekabet*, s. 92-94.

⁶⁴³ Fawcett, *a.g.e.*, s. 121-135; Tebbens, *a.g.e.*, s. 356; Weintraub, *Interest Analysis*, s. 504; Bureau/Watt, *a.g.e.*, s. 421; Saravalle, *a.g.e.*, s. 111 vd.; Graziano, *Product Liability*, s. 486; Watt, *a.g.e.*, s. 259 vd.; Öztekin Gelgel, *a.g.e.*, s. 120 vd.; Tanrıbilir, *Ürün Sorumluluğu*, s. 91-92; ayrıca bkz. Hamburg Grubu Rapor, s. 16.

aynı zamanda,
a- sorumlu olduğu ileri sürülen kişinin esas işyerinin bulunduğu yer ise, veya
b- doğrudan zarar gören kişinin ürünü iktisap ettiği yer ise doğrudan zarar gören kişinin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku uygulanır.

Sözleşme m. 6

4. ve 5. maddelerin uygulanmadığı hallerde davacının talebini zararın meydana geldiği yer hukukuna dayandırmaması halinde sorumlu olduğu ileri sürülen kişinin esas işyeri hukuku uygulanır.

Sözleşme m. 7

Sorumlu olduğu ileri sürülen kişinin ürünün ya da aynı türden ürünlerinin ticari yollarla o ülkede pazarlandığını makul olarak öngöremediğini ortaya koyması halinde, m. 4-5-6 hükümlerinde öngörülen zarar yeri hukuku veya doğrudan zarar gören kişinin mutad mesken hukuku uygulanmayacaktır.

Bununla birlikte sorumlu olduğu ileri sürülen kişi, a, b, c bentleri uyarınca tespit edilecek olan ülkede ürünün veya aynı türden bir ürünün, pazarlandığını makul olarak öngöremediği takdirde sorumlu olduğu ileri sürülen kişinin mutad mesken hukuku uygulanır.

(2) Somut olaydaki tüm hal ve şartlar uyarınca hükmün 1. fıkrasındaki ülke hukukları dışında bir hukukun zarara yol açan olayla açıkça daha sıkı ilişkili olması halinde bu hukuk uygulanır. Daha sıkı ilişkili hukuk, uyuşmazlık konusu haksız fiil ile sıkı ilişki kuran, haksız fiilin gerçekleşmesinden önce taraflar arasında mevcut olan sözleşme gibi bir hukuki ilişki olabilir

(2) İsviçre’de üründeki hata veya hatalı bilgilendirmeden kaynaklanan bir talebe yabancı hukukun uygulandığı hallerde İsviçre hukukunun bu halde öngöreceği tazminattan daha fazlasına hükmedilemez. gerekir.

Bu çerçevede imalatçının sorumluluğuna özgü bağlama kurallarında esas alınan bağlama noktaları, olayla ilgili bağlama noktaları ve taraflarla ilgili bağlama noktaları olmak üzere iki grupta toplanmaktadır⁶⁴⁴. Zarar görenin mutad meskeni, imalatçının işyeri veya mutad meskeni, imalatçı ile zarar görenin müşterek mutad meskenleri, taraflarla ilgili bağlama noktalarıdır. Ürünün iktisap edildiği yer ile zararın meydana geldiği yer ise olayla ilgili bağlama noktalarını oluşturur. Çalışma kapsamında incelenen hukuk sistemlerinin hiçbirinde yol açacağı olumsuz sonuçlar gözetilerek imalat yeri kriterinin benimsenmediğine dikkat çekmek isteriz⁶⁴⁵.

⁶⁴⁴ İmalatçının Sorumluluğu Hakkında La Haye Sözleşmesi ile İsv. MÖHK açısından bu yönde bkz. Kozyris, **a.g.e.**, s. 497; Fallon, **a.g.e.**, s. 240; Fawcett, **a.g.e.**, s. 121; Pryles, **a.g.e.**, s. 120; Watt, **a.g.e.**, s. 260; ayrıca bkz. Roma II Açıklayıcı Rapor, s. 13.

⁶⁴⁵ İmalatçının Sorumluluğu Hakkında La Haye Sözleşmesi ile İsv. MÖHK açısından bu yönde bkz. Sabine Corneloup, “La responsabilité du fait des produits”, **Le Règlement Communautaire “Rome II” sur la loi applicable aux obligations non contractuelles**, Actes de Colloque du 20 septembre 2007-Dijon, Ed. Sabine Corneloup/Natalie Joubert, Paris, 2008, s. 95; Kozyris, **a.g.e.**, s. 499-500; İsv. MÖHK m. 135 açısından bu yönde bkz. Özel, **Uygulanacak Hukuk**, s. 223; Roma II

Bunun yanında imalatçının sorumluluğunun karmaşık yapısı, sorumluluğa yol açan olay ve zararın birden çok ülke ile ilişkili olması, korunması gereken farklı menfaatler arasında denge kurulması ihtiyacı, tek bir bağlama noktasını esas alan bir kuralı yetersiz ve işlevsiz kılmaktadır⁶⁴⁶. Bu sebeple, ancak uyuşmazlığın ve tarafların bağlantılı olduğu farklı kriterleri biraraya getiren bir kuralın, dengeli ve uygun bir çözüm sağlayabileceği ifade edilmektedir⁶⁴⁷.

Ayrıca imalatçının sorumluluğunda maddi hukuka ilişkin menfaatlerin de dikkate alınması, kademeli bağlama kurallarının (*rattachement en cascade, cascade system*) tercih edilmesine sebep olmuştur⁶⁴⁸. Buna göre İmalatçının Sorumluluğu Hakkında La Haye Sözleşmesi ile Roma II Tüzüğü'nde, imalatçının sorumluluğunda öne çıkan çeşitli bağlama kriterlerini, farklı kombinasyonlarda biraraya getiren kademeli bağlama kuralları düzenlenmiştir⁶⁴⁹. İsviçre ve Türk hukukunda ise kademeli bağlama öngörülmemiş; uygulanacak hukukun, birbirine alternatif teşkil eden iki bağlama noktasının gösterdiği hukuk arasında zarar görene tanınan seçim hakkı uyarınca belirlenmesi benimsenmiştir⁶⁵⁰.

Tüzüğü açısından bu yönde bkz. Kozyris, **Rome II**, s. 486.

⁶⁴⁶ Kühne, **a.g.e.**, s. 13, 29; Kozyris, **a.g.e.**, s. 494 vd.; Pryles, **a.g.e.**, s. 120; Fallon, **a.g.e.**, s. 258, 297; Fawcett, **a.g.e.**, s. 154-155; Bureau/Watt, **a.g.e.**, s. 421-422; Lorenz, **a.g.e.**, s. 340; Rigaux/Fallon, **a.g.e.**, s. 960-961; Xu, **a.g.e.**, s. 109-110; Turhan, **a.g.e.**, s. 329; Özel, **İmalatçının Sorumluluğu**, s. 917; Tarman, **Roma II**, s. 204; Tarman, **Devletler Özel İmalatçı**, s. 43-44; ayrıca bkz. Roma II Açıklayıcı Rapor, s. 13-14.

⁶⁴⁷ Cavers, **a.g.e.**, s. 728-729; Dickinson, **a.g.e.**, s. 365; Kühne, **a.g.e.**, s. 29; Fallon, **a.g.e.**, s. 258; Pryles, **a.g.e.**, s. 120; Bureau/Watt, **a.g.e.**, s. 422; Audit, **a.g.e.**, s. 709; Lorenz, **a.g.e.**, s. 341; Kozyris, **Rome II**, s. 486; Reese, **Explanatory Report**, s. 260; Stone, **EU PIL**, s. 398; Çalışkan, **a.g.e.**, s. 308; Tarman, **Devletler Özel İmalatçı**, s. 43; Tarman, **Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi**, s. 22.

⁶⁴⁸ Bağlama kurallarında maddi hukuka ilişkin menfaatlerin dikkate alınmasının farklı yöntemlerle gerçekleştirilebileceği belirtilmektedir. Kademeli veya alternatif bağlama kuralları ile subjektif bağlamanın söz konusu olduğu hallerde hukuk seçiminin belirli sınırlamalara tabi tutulmasının, bu yöntemlerden biri olduğu hakkında bkz. Gaudemet-Tallon, **a.g.e.**, s. 232-233; Fallon, **Autonomie de la volonté**, s. 187.

Ayrıca yeni milletlerarası özel hukuk düzenlemelerindeki bağlama kurallarında, tek bir kriter yerine birden çok farklı kritere yer veren bağlama kurallarının tercih edildiği hakkında bkz. Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 27-28.

⁶⁴⁹ Pierre Mayer/Vincent Heuzé, **Droit International Privé**, 10^{ème} Edition, Paris: Montchrestien, 2010, s. 527; Dickinson, **a.g.e.**, s. 364; Lorenz, **a.g.e.**, s. 340; Fawcett, **a.g.e.**, s. 147-148; Fallon, **a.g.e.**, s. 246-247; Pryles, **a.g.e.**, s. 128; Batiffol, **a.g.e.**, s. 255; Reese, **Explanatory Report**, s. 260; Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 65, 66; Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s. 807; Graziano, **Rome II**, s. 479; Brière, **Rome II**, s. 46; Illmer, **Product Liability**, s. 285; Huber/Illmer, **a.g.e.**, s. 40; Stone, **EU PIL**, s. 391; Stone, **Product Liability**, s. 184; Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 438; Niboyet/Pradelle, **a.g.e.**, s. 45; Corneloup, **a.g.e.**, s. 86; Joubert, **a.g.e.**, s. 65, 66; Nomer, **a.g.e.**, s. 354, dn. 197; Turhan, **a.g.e.**, s. 327; Öztekin Gelgel, **a.g.e.**, s. 124; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğuna İlişkin Kurallar**, s. 284; Tanrıbilir, **Roma II**, s. 127; Çalışkan, **a.g.e.**, s. 308-309; Tarman, **Devletler Özel İmalatçı**, s. 28; Tarman, **Roma II**, s. 204.

⁶⁵⁰ Dutoit, **Commentaire**, s. 479; Bucher, **Actes illicites**, s. 127; Othenin-Girard, **Rome II**, s. 84; Othenin-Girard, **Rome II et LDIP**, s. 388; Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 63-64;

Bununla birlikte çeşitli kombinasyonlar çerçevesinde farklı kriterleri biraraya getiren bir bağlama kuralı, karmaşık ve detaylı bir yapıya sahip olacaktır. Oysa ki imalatçının sorumluluğuna özgü bağlama kuralının, uygulama kolaylığı ve çabukluğu sunan, yalın ve açık bir kural olması önem taşır⁶⁵¹. Ayrıca imalatçının, ticari itibarını ile sırlarını korunmak istemesi ve sigortacıların da çoğu kez uyuşmazlığa dahil olmaları⁶⁵², imalatçının sorumluluğundan doğan uyuşmazlıkların genellikle mahkemeler dışında çözümlenmesine yol açmaktadır⁶⁵³. İmalatçının sorumluluğuna özgü bağlama kuralının da uyuşmazlığın bu yollarla sonuçlandırılmasını temin edecek belirlilik, açıklık ve yalınlığa sahip olması gerektiği ifade edilmektedir⁶⁵⁴.

Bu açıdan, İmalatçının Sorumluluğu Hakkında La Haye Sözleşmesi'ne yönelik en önemli eleştiri, Sözleşme'deki bağlama kurallarının oldukça karmaşık olması sebebiyle uygulama kolaylığı sunamamasıdır⁶⁵⁵. Sözleşme'ye az sayıda devletin taraf olması ve böylelikle Sözleşme'nin başarısız olmasının en önemli gerekçelerinden biri olarak da Sözleşme'nin bu özelliği gösterilmektedir⁶⁵⁶.

Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 421-422; Çalışkan, **a.g.e.**, s. 307; Özel, **Uygulanacak Hukuk**, s. 222-223.

⁶⁵¹ Tüm bağlama kuralları açısından ancak bu nitelikleri taşıyan bir kuralın hakkın aranmasında basitlik sağlayarak, adaleti tesis edeceği hakkında bkz. Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 39.

⁶⁵² Bureau/Watt, **a.g.e.**, s. 422; Illmer, **Product Liability**, s. 278; Huber/Illmer, **a.g.e.**, s. 34; Saravalle, **a.g.e.**, s. 112; Lorenz, **a.g.e.**, s. 339; ayrıca bkz. Roma II Açıklayıcı Rapor, s. 14.

⁶⁵³ Nitekim İngiliz hukukunda, imalatçının sorumluluğundan kaynaklanan uyuşmazlıkların, genellikle mahkemeler dışında çözümlenmesinin tercih edildiği belirtilmektedir (Stapleton, **United Kingdom**, s. 64).

⁶⁵⁴ Bureau/Watt, **a.g.e.**, s. 422; Tanrıbilir, **Roma II**, s. 125; ayrıca bkz. Roma II Açıklayıcı Rapor, s. 14.

⁶⁵⁵ Thomas Kadner Graziano, "General Principles of Private International Law of Tort in Europe", **Japanese and European Private International Law in Comparative Perspective**, Ed. Jürgen Basedow/Harald Baum/Yuko Nishitani, Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, (General Principles), s. 245; Martin Illmer, "Chapter II- Torts/Delicts, Art. 5 Rome II", **Rome II Regulation Pocket Commentary**, Ed. Peter Huber, Munich: Sellier European Law Publishers, 2011, (Art. 5 Rome II), s. 119; Fawcett, **a.g.e.**, s. 140, 154; Saravalle, **a.g.e.**, s. 108; Lorenz, **a.g.e.**, s. 339; Pryles, **a.g.e.**, s. 130; Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 66, 73; Graziano, **Product Liability**, s. 480; Fallon, **a.g.e.**, s. 292; Öztekın Gelgel, **a.g.e.**, s. 125; Özel, **İmalatçının Sorumluluğu**, s. 917; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğuna İlişkin Kurallar**, s. 284; Tarman, **Devletler Özel İmalatçı**, s. 43; ayrıca bkz. Roma II Açıklayıcı Rapor, s. 14.

Bununla birlikte doktrinde Sözleşme'nin zarar göreni aşırı ölçüde koruyucu bir yapıya sahip olması sebebiyle İngiltere ve Almanya'nın Sözleşme'ye taraf olmadığı da ifade edilmiştir (Gaudemet-Tallon, **a.g.e.**, s. 238).

⁶⁵⁶ Graziano, **Product Liability**, s. 480; Illmer, **Product Liability**, s. 272; Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 449; Tarman, **Devletler Özel İmalatçı**, s. 43.

İsviçre'nin Sözleşme'ye taraf olmamasının temel sebeplerinden birinin, Sözleşme'nin son derece karmaşık bir düzenleme teşkil etmesi olduğu hakkında bkz. Dutoit, **Commentaire**, s. 478; Imhoff-Scheier/Patochhi, **a.g.e.**, s. 56; ayrıca bu yönde bkz. Message du Conseil Fédéral du 10 novembre 1982 concernant une loi fédérale sur le droit international privé, **Elektronik Kaynak**, s. 160,

Roma II Tüzüğü'nde Sözleşme'ye oranla daha basit ve uygulama kolaylığı sunan bir bağlama kuralının düzenlendiği ileri sürülmektedir⁶⁵⁷. Ancak doktrindeki birçok yazar, Tüzük m. 5'teki kuralın yapısı ve ifade biçiminin oldukça karmaşık olduğu görüşünü paylaşmaktadır⁶⁵⁸. Ancak bunun, imalatçının sorumluluğunun kendisinin karmaşık bir mesele olmasından kaynaklandığı da doğru bir tespittir⁶⁵⁹.

İsv. MÖHK ile MÖHUK'taki düzenlemeler ise gerek La Haye Sözleşmesi gerekse de Roma II Tüzüğü'ne kıyasla çok daha basit bir şekilde düzenlenmiş, yalın ve açık kurallar olma özelliğini taşımaktadır⁶⁶⁰.

İmalatçının sorumluluğuna ilişkin çalışma kapsamında incelenen bağlama kuralları, gösterdikleri hukukların maddi çözümleri ile ilgilenmeyen, maddi hukuk çözümüne karşı kayıtsız (*result-neutral*) bir yapıdadır⁶⁶¹. Kurallardaki bağlama noktaları, zarar görenin en lehine maddi hukuk çözümünü sağladıkları için tercih edilmemiştir. İsv. MÖHK m. 135, f. 1 ile MÖHUK m. 36 hükümlerinde zarar görene tanınan seçim hakkı da içeriğine bakılmaksızın önceden belirlenen soyut bağlama noktalarının gösterdiği hukuklar arasında gerçekleştirilmektedir⁶⁶².

Ayrıca çalışmada incelen kurallar, modern bağlama kurallarının temel

<http://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc.do?id=10103617&action=open> (erişim tarihi: 22.1.2015).

⁶⁵⁷ 2003 tarihli Tüzük teklifi açısından bu yönde bkz. Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 66; Roma II Tüzüğü m. 5 düzenlemesinin yapısal açıdan karmaşık görünmekle birlikte uygulama bakımından herhangi bir zorluğa sahip olmadığı görüşünde bkz. Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 438; Symeonides, **Centrist Critique**, s. 169; Symeonides, **Rome II**, s. 207.

⁶⁵⁸ Bu görüşte bkz. Trevor C. Hartley, "Choice of Law for Non-Contractual Liability: Selected Problems Under the Rome II Regulation", **ICLQ**, C. 57, 2008, s. 905, 906; Jan von Hein, "Something Old and Something Borrowed, but Nothing New? Rome II and European Choice of Law Evolution", **Tul. L. Rev.**, C. 82, 2008, s. 1695; Stone, **EU PIL**, s. 399; Stone, **Product Liability**, s. 197; Plender/Wilderspin, **a.g.e.**, s. 566; Clarkson/Hill, **a.g.e.**, s. 271; Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s. 807; Dickinson, **a.g.e.**, s. 366; Dutoit, **Rome II**, s. 318; Kozyris, **Rome II**, s. 487; Corneloup, **a.g.e.**, s. 96; Joubert, **a.g.e.**, s. 65; Schwartze, **a.g.e.**, par. 5; Tarman, **Rome II**, s. 204; ayrıca bu yönde bkz. House of Lords Report, par. 54.

Bu sebeple Roma II Tüzüğü m. 5 hükmünün kaldırılması ve imalatçının sorumluluğundan kaynaklanan uyuşmazlıkların, Tüzük'teki genel haksız fiil kuralı olan Tüzük m. 4 uyarınca çözümlenmesi dahi doktrinde teklif edilmiştir. Bu görüşte bkz. Stone, **Product Liability**, s. 197.

⁶⁵⁹ Bu görüşte bkz. Schwartze, **a.g.e.**, par. 5.

⁶⁶⁰ Morse, **a.g.e.**, s. 75; Fawcett, **a.g.e.**, s. 162; Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 73; Stone, **EU PIL**, s. 392, dn. 91; Özel, **Uygulanacak Hukuk**, s. 222; Özel, **İmalatçının Sorumluluğu**, s. 920, 921; Tanrıbilir, **Roma II**, s. 136; Çalışkan, **a.g.e.**, s. 308.

⁶⁶¹ İmalatçının Sorumluluğu Hakkında La Haye Sözleşmesi ve İsv. MÖHK açısından bu yönde bkz. Kozyris, **a.g.e.**, s. 494; Roma II Tüzüğü m. 5 açısından bu yönde bkz. Kozyris, **Rome II**, s. 493; Stone, **EU PIL**, s. 396; Stone, **Product Liability**, s. 190; Symeonides, **Centrist Critique**, s. 169.

⁶⁶² Weintraub, **a.g.e.**, s. 232-233; Weintraub, **Mass Tort Litigation**, s. 147; Kozyris, **Rome II**, s. 493; Özel, **İmalatçının Sorumluluğu**, s. 922; Özel, **Uygulanacak Hukuk**, s. 223.

niteliklerinden kabul edilen⁶⁶³ çok taraflı (*bilateral*) olma özelliğine sahiptir⁶⁶⁴. İsv. MÖHUK m. 135, f. 2'deki özel kamu düzeni kuralı, bu noktada bir istisna teşkil eder.

Son olarak, zarar veren açısından gerçek anlamda öngörülebilirliğin temin edilmesi için, bu düzenlemelerdeki bağlama noktalarının gösterdiği hukukun uygulanmasını engelleyen yöntemler benimsenmiştir⁶⁶⁵. Roma II Tüzüğü, La Haye Sözleşmesi, İsviçre ve Türk hukukundaki kurallarda bu yönde denge mekanizmaları oluşturularak, tesadüfi bir hukukun yetkili olması önlenmek istenmiştir⁶⁶⁶.

IV) İmalatçının Sorumluluğuna Uygulanacak Hukuka İlişkin Bağlama Noktaları

A) Hukuk Seçimi

1) Haksız Fiiller Alanında Hukuk Seçiminin Kabulüne Yol Açan Sebepler

Tarafların anlaşmaları ile aralarındaki ilişkinin bütünü tabi olacağı hukuku belirleme yetkisi anlamı taşıyan hukuk seçimi, sözleşmeler alanında milletlerarası özel hukukun temel prensiplerinden birini teşkil eder⁶⁶⁷. İrade serbestisi ilkesinin bir ürünü olan hukuk seçimi, bu ilkenin hakim olduğu ve taraf menfaatinin önem taşıdığı

⁶⁶³ Bucher, *Cours Général*, s. 56.

⁶⁶⁴ İmalatçının Sorumluluğu Hakkında La Haye Sözleşmesi ile İsv. MÖHK açısından bu yönde bkz. Kozyris, *a.g.e.*, s. 498.

⁶⁶⁵ Graziano, *Responsabilité délictuelle*, s. 72; Graziano, *Rome II*, s. 483; Illmer, *Product Liability*, s. 298; Fallon, *a.g.e.*, s. 258 vd.; Fallon, *Autonomie de la volonté*, s. 185; Kozyris, *Rome II*, s. 488 vd.; Huber/Illmer, *a.g.e.*, s. 45; Nomer, *a.g.e.*, s. 355; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, *a.g.e.*, s. 469; Tanrıbilir, *Ürün Sorumluluğuna İlişkin Kurallar*, s. 284; Çalışkan, *a.g.e.*, s. 308.

⁶⁶⁶ Fallon, *a.g.e.*, s. 248 vd., s. 258 vd.; Fallon, *Autonomie de la volonté*, s. 185; Stone, *EU PIL*, s. 391; Kozyris, *a.g.e.*, s. 494; Dickinson, *a.g.e.*, s. 365; Kühne, *a.g.e.*, s. 31; Bureau/Watt, *a.g.e.*, s. 422; Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard, *a.g.e.*, par. 542; Cheshire/North/Fawcett, *a.g.e.*, s. 807; Graziano, *Responsabilité délictuelle*, s. 72; Illmer, *Product Liability*, s. 298; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, *a.g.e.*, s. 469; Nomer, *a.g.e.*, s. 355; Özel, *Uygulanacak Hukuk*, s. 222; Tarman, *Devletler Özel İmalatçı*, s. 42; Çalışkan, *a.g.e.*, s. 308.

⁶⁶⁷ Gisela Rühl, "Choice of Law by the Parties", *Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, Ed. Jürgen Basedow/Klaus J. Hopt/Reinhard Zimmermann/Andreas Stier, Oxford: Oxford University Press, 2012, s. 190; Cemile Demir Gökyayla, *Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri (Münhasır Bayilik Sözleşmeleri)*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013, (Tek Satıcılık), s. 289; Cüneyt Çilingiroğlu, "Devletler Özel Hukuku Alanında Borç Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi: Sübjektif Bir Bağlanma Noktası Olarak Taraf İradeleri", *MHB*, C. 9, S. 2, 1989, s. 104; Doğa Elçin, *Milletlerarası Unsurlu Bireysel ve Toplu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2012, s. 63-64; Vischer, *a.g.e.*, s. 125-126; Gaudemet-Tallon, *a.g.e.*, s. 282-283; Bucher/Bonomi, *a.g.e.*, par. 402-404; Watt, *a.g.e.*, s. 125 vd.; Xu, *a.g.e.*, s. 37; Çelikel/Erdem, *a.g.e.*, s. 324, 328; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, *a.g.e.*, s. 349; Akıncı, *Uygulanacak Hukuk*, s. 11; Akıncı, *İnşaat Sözleşmeleri*, s. 75; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, *a.g.e.*, s. 248, par. 227; Tiryakioğlu, *Taşınır Mallar*, s. 19; Doğan, *a.g.e.*, s. 345.

sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde “*milletlerarası ticaretin olağan bir uygulaması*” olarak görülür⁶⁶⁸.

Haksız fiilden kaynaklanan borç ilişkilerinde ise hukuk seçimine uzun süre kuşkuyla yaklaşılmıştır⁶⁶⁹. Bunun temelinde, sözleşmesel sorumluluktan farklı olarak haksız fiil sorumluluğunun toplumsal düzeni koruma görevi görmesi; haksız fiilin meydana gelmesinden önce taraflar arasında çoğunlukla bir ilişki bulunmaması nedeniyle zarar gören ile failin birbirine yabancı olması; haksız fiil işlendikten sonra zarar gören ile failin menfaatlerinin farklı yönde olması sebebiyle uygulanacak hukukun belirlenmesinde taraf iradelerinin uyuşmasının güçlüğü ve olası bir irade uyuşması halinde ise seçilen hukukun, taraflardan birinin, özellikle de zarar görenin menfaatini olumsuz etkileme riski bulunur⁶⁷⁰.

Buna karşılık modern anlamıyla sorumluluk hukukunun temel amacı, meydana gelmiş zararın telafi edilmesi ve zarar riskinin toplumdaki kişiler arasında paylaştırılmasıdır⁶⁷¹. Zarar görenin, haksız fiil neticesindeki zararının tazminini talep etmek ve tarafların da aralarındaki uyuşmazlığı sona erdirmek bakımından serbestçe tassarrufta bulanma hakkı mevcuttur. Bu haktan hareketle, haksız fiilden kaynaklanan borç ilişkilerinde de tarafların hukuk seçiminde bulunabilecekleri ileri sürülmüştür⁶⁷². Böylelikle hukuki kesinlik ve öngörülebilirliğin sağlanacağı; bunun, sigortacıların da dahil olduğu ilişkiler açısından güvenli bir zemin yaratarak, ticaret hayatının ihtiyacı olan güven ve istikrarı temin edeceği belirtilmiştir⁶⁷³.

⁶⁶⁸ Peter E. Nygh, **The Reasonable Expectations of the Parties as a Guide to the Choice of Law in Contract and in Tort**, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, C. 251, Dordrecht-Boston-London: Martinus Nijhoff Publishers, 1995, s. 298.

⁶⁶⁹ Loquin, **a.g.e.**, s. 49; Tarman, **Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi**, s. 8; Tarman, **Haksız Rekabet**, s. 123.

⁶⁷⁰ Th. M. de Boer, “Party Autonomy and its Limitations in the Rome II Regulation”, **YPIL**, C. 9, 2007, s. 27; Thomas Kadner Graziano, “Freedom to choose the applicable law in tort- Article 14 and 4 (3) of the Rome II Regulation”, **The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations, A New International Litigation Regime**, Ed. John Ahern&William Binchy, Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2009, (Freedom to choose), s. 114; Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 31-32; Nygh, **a.g.e.**, s. 350; Nishitani, **a.g.e.**, s. 649-650; Bucher, **Actes illicites**, s. 115; Bucher/Bonomi, **a.g.e.**, par. 1072; Xu, **a.g.e.**, 39; Tarman, **Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi**, s. 8; Tarman, **Haksız Rekabet**, s. 123.

⁶⁷¹ Nishitani, **a.g.e.**, s. 650; Bucher, **Actes illicites**, s. 113; Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 50-51.

⁶⁷² Loquin, **a.g.e.**, s. 50; Lagarde, **a.g.e.**, s. 104; Graziano, **Freedom to choose**, s. 115; Sarıöz, **a.g.e.**, s. 181.

⁶⁷³ Lagarde, **a.g.e.**, s. 104; De Boer, **a.g.e.**, s. 19-20; Nygh, **a.g.e.**, s. 351; Graziano, **Freedom to choose**, s. 115; Graziano, **Rome II**, s. 450; Nishitani, **a.g.e.**, s. 650; Brière, **Rome II**, s. 60; Nomer, **a.g.e.**, s. 354; Tarman, **Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi**, s. 8-9.

Ayrıca tarafların, haksız fiil meydana geldikten sonra yaptıkları hukuk seçiminin çoğunlukla *lex fori* lehine olduğu belirtilerek, bunun usul ekonomisi ile birlikte taraflar ve sigortacıların lehine uygun sonuçlar sağladığı ifade edilmektedir⁶⁷⁴. Zira *lex fori*'nin seçilmesi uyuşmazlığın çözümünde kolaylık sağlayacak; masraf ve süre açısından yargılamanın daha kolay bir şekilde sonuçlanmasına imkan tanıyacaktır. Ayrıca tarafları, uyuşmazlığın dostane çözüm yolları ile sona erdirilmesi bakımından anlaşılmaya teşvik edecektir.

Bunun yanında hangi hukukun kendileri için en elverişli maddi çözümü sağladığını en iyi bilecek olan taraflardır. Taraflar, hukuk seçimi yoluyla arzu ettikleri sonuca ulaşabilecektir⁶⁷⁵. Haksız fiilin meydana gelmesinden sonra ilişkinin zayıf tarafı kabul edilen zarar görenin, hukuk seçiminin avantaj ve dezavantajlarını değerlendirebileceği; kendisi için elverişsiz sonuçlar doğuracak olan bir hukukun seçilmesine rıza göstermeyeceği belirtilmektedir⁶⁷⁶.

Haksız fiilin meydana gelmesinden önce taraflar arasında hukuki bir ilişki bulunduğu tarafların bu ilişkiye uygulanmak üzere seçtikleri hukuk, haksız fiile ilişkin bağlama kuralındaki daha sıkı ilişkili hukuk istisnası sayesinde “*dolaylı hukuk seçimi*” sonucunu doğurabilir⁶⁷⁷. Bu nedenle, haksız fiilin meydana gelmesinden önce hukuk seçimine ihtiyaç bulunmadığı ileri sürülebilir. Ancak en sıkı ilişkili hukuk istisnasının devreye giremeyeceği⁶⁷⁸ haller gözetildiğinde haksız fiilin meydana gelmesinden önce de tarafların hukuk seçiminde bulunmakta haklı

⁶⁷⁴ Th. M. De Boer, **Facultative Choice of Law- The Procedural Status of Choice of Law Rules and Foreign Law**, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, C. 257, Dordrecht-Boston-London: Martinus Nijhoff Publishers, 1996, (Facultative Choice of Law), s. 223, 331; Graziano, **Freedom to choose**, s. 115-116; Graziano, **Rome II**, s. 451; Bucher/Bonomi, **a.g.e.**, par. 1073; Bucher, **Actes illicites**, s. 115-116; Symeonides, **Centrist Critique**, s. 170; Tarman, **Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi**, s. 9.

⁶⁷⁵ Nygh, **a.g.e.**, s. 350, 356; Graziano, **Freedom to choose**, s. 115; Graziano, **Rome II**, s. 451; Brière, **Rome II**, s. 60; Tarman, **Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi**, s. 8.

⁶⁷⁶ Symeonides, **Centrist Critique**, s. 170.

⁶⁷⁷ Ivo Bach, “Chapter IV- Freedom of choice, Art. 14 Rome II”, **Rome II Regulation Pocket Commentary**, Ed. Peter Huber, Munich: Sellier European Law Publishers, 2011, (Art. 14 Rome II), s. 328; Graziano, **General Principles**, s. 251; Graziano, **Freedom to choose**, s. 124; Imhoff-Scheier/Patocchi, **a.g.e.**, s. 46; Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s. 838; Clarkson/Hill, **a.g.e.**, s. 285; De Boer, **a.g.e.**, s. 21; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 462; Tarman, **Haksız Rekabet**, s. 124; Sarıöz, **a.g.e.**, s. 170.

⁶⁷⁸ Taraflar arasındaki fiili ilişkilerin en sıkı ilişkili hukukun belirlenmesinde dikkate alınmasına yönelik tartışmalar için bkz. von Hein, **Article 4**, s. 427; Brière, **Rome II**, s. 60; Graziano, **General Principles**, s. 251; Dutoit, **Rome II**, s. 313.

Ayrıca istisna kuralının devreye girebileceği bir durumda hangi hukukun uyuşmazlıkla daha sıkı ilişkili olduğunu tayin etmek konusunda hakimın takdir hakkı bulunur (Bach, **Art. 4 Rome II**, s. 100; Tarman, **Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi**, s. 12).

menfaatleri olabilir⁶⁷⁹. Böylece taraflar, aralarındaki ilişkiyi en iyi şekilde düzenleyebilecek bilgiye baştan sahip olabilecekler, sorumluluğa ilişkin riskleri hesaplayabilecekler, belirsizlikleri ortadan kaldıracaklardır⁶⁸⁰.

Bu bağlamda sözleşmeler bakımından hukuk seçiminin kabulüne yol açan sebepler⁶⁸¹, esasen haksız fiiller açısından da geçerlidir. Buna göre milletlerarası ticaretin ihtiyaç duyduğu güven, istikrar ve öngörülebilirliğin sağlanması, haksız fiillerde hukuk seçiminin kabul edilmesindeki temel gerekçedir⁶⁸².

Böylelikle 1970’li yıllardan itibaren milletlerarası özel hukukta haksız fiiller alanında hukuk seçimi kabul görmeye başlamıştır⁶⁸³. Günümüzde haksız fiilden doğan borç ilişkilerinde hukuk seçiminin benimsendiğini; tartışmalı olanın, hukuk

⁶⁷⁹ Brière, **Rome II**, s. 60; Graziano, **Rome II**, s. 453-454; Graziano, **General Principles**, s. 252; Bach, **Art. 4 Rome II**, s. 102; Tarman, **Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi**, s. 12; Tarman, **Roma II**, s. 202; farklı yönde bkz. Symeonides, **Centrist Critique**, s. 170-171.

⁶⁸⁰ Graziano, **Freedom to choose**, s. 117; Graziano, **Rome II**, s. 452-453; Brière, **Rome II**, s. 60; Tarman, **Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi**, s. 11-12.

Haksız fiilin meydana gelmesinden önce de taraflara hukuk seçiminde bulunma imkanı tanınması gerektiği hakkında genel olarak bkz. Bourel, **a.g.e.**, s. 301; Nomer, **a.g.e.**, s. 354.

⁶⁸¹ Bunlar, belirlilik ve öngörülebilirliğin sağlanması, milletlerarası ticaretin ihtiyaçları ile tarafların, kendileri için en uygun hukuku yetkili kılacak olmalarıdır. Bu konuda bkz. Nygh, **a.g.e.**, s. 294, 298 vd.; Mayer/Heuzé, **a.g.e.**, s. 538; De Boer, **a.g.e.**, s. 20; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 350-351; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 249-250, par. 229; Tiryakioğlu, **Taşınır Mallar**, s. 19-21; Doğan, **a.g.e.**, s. 345; Vahit Doğan, “Milletlerarası Özel Hukukta Zayıf Âkit Tarafın Korunması”, **MHB**, Y. 15, S. 1-2, 1995, (Zayıf Âkit Tarafın Korunması), s. 24; Berk Demirkol, **Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk**, Yenilenmiş 2. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014, s. 69.

⁶⁸² Benzer yönde bkz. Watt, **a.g.e.**, s.128 vd.; Nomer, **a.g.e.**, s. 354. Roma II Tüzüğü açısından hukuk seçiminin, milletlerarası ticaretin ihtiyaç duyduğu güvenliği temin ettiği hakkında bkz. Tarman, **Roma II**, s. 202.

⁶⁸³ Graziano, **Freedom to choose**, s. 114; Nygh, **a.g.e.**, s. 294-295, 356; Dutoit, **Rome II**, s. 312; Fallon, **Autonomie de la volonté**, s. 167; Gaudemet-Tallon, **a.g.e.**, s. 286; Rühl, **a.g.e.**, s. 192; Bourel, **a.g.e.**, s. 297; Xu, **a.g.e.**, s. 41-42.; Othenin-Girard, **Rome II et LDIP**, s. 385; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 454.

Roma II Tüzüğü’nün kabulünden önce de AB üyesi devlet mahkemelerince taraflara belirli şartlar dahilinde haksız fiilden doğan uyuşmazlıklarda hukuk seçiminde bulunma imkanı tanınmıştır (Graziano, **Rome II**, s. 452; Brière, **Rome II**, s. 59-60; Xu, **a.g.e.**, s. 40-41).

Fransız Yüksek Mahkemesi 1988 tarihli *Roho / Caron et autres* kararında tarafların üzerinde serbestçe tasarrufla bulunabilecekleri haklarından kaynaklanan uyuşmazlıklarda hukuk seçimini kabul etmiştir (Cour de Cassation, 1ere Chambre Civile, 19.4.1988, *Roho / Caron et autres*, (**RCDIP**, 1989, s. 68)). Yüksek Mahkeme, 1997 tarihli kararında da bu görüşünü sürdürmüştür (Cour de Cassation, 1ere Chambre Civile, *Hannover International / Baranger*, 6.5.1997, (**RCDIP**, 1997, s. 514); Cour de Cassation, 1ere Chambre Civile, *Karl Ibold GmbH / Société Lambert-Rivière*, 1.7.1997, (**RCDIP**, 1998, s. 60)). Söz konusu kararlar hakkında bkz. Gaudemet-Tallon, **a.g.e.**, s. 293-294.

Hollanda mahkemelerinin benzer yöndeki, *lex fori* Hollanda hukukunun seçimine imkan tanıyan uygulaması hakkında bkz. Graziano, **Freedom to choose**, s. 115; Graziano, **Rome II**, s. 445 vd., 452, dn. 20.

seçiminin sınırlarına ilişkin olduğunu ifade edebiliriz⁶⁸⁴.

İsviçre hukukunda haksız fiilden doğan borç ilişkilerinde hukuk seçimi kabul edilmiştir (İsv. MÖHK m. 132). Roma II Tüzüğü'nde de hukuk seçimi öngörülerek, ülke hukuklarının pek çoğuna nazaran daha liberal ve yenilikçi bir şekilde düzenlenmiştir⁶⁸⁵.

2675 sayılı mülga MÖHUK'ta haksız fiilden kaynaklanan borç ilişkilerinde hukuk seçimi öngörülmemiştir. 5718 sayılı MÖHUK'ta ise milletlerarası alandaki yeni gelişmelere uygun olarak haksız fiillere uygulanacak hukuku düzenleyen genel kuralda belirli sınırlar dahilinde hukuk seçimi kabul edilmiştir (MÖHUK m. 34, f. 5). Bu yeniliğin, haksız fiillerde de taraf iradesine öncelik tanınması ile hukuki kesinlik ve öngörülebilirliğin sağlanmasından kaynaklandığı belirtilmektedir⁶⁸⁶.

2) İmalatçının Sorumluluğunda Hukuk Seçiminin Kabulü

a) Genel Olarak

Haksız fiilden doğan borç ilişkilerinde taraf iradesinin temel bağlama noktası olarak kabulünde haksız fiil türlerine göre bir ayırım yapılmaktadır⁶⁸⁷. Buna göre taraf menfaatini ilgilendiren ve meydana gelen zararın giderilmesinin temel amaç olduğu haksız fiil türlerinde hukuk seçimi çoğunlukla kabul görmektedir⁶⁸⁸. Buna karşılık toplumun geneli ile birlikte ekonomik menfaatleri ilgilendiren, böylelikle

⁶⁸⁴ Graziano, **General Principles**, s. 249, 251; Mayer/Heuzé, **a.g.e.**, s. 525.

⁶⁸⁵ Bu görüşte bkz. Paolo Bertoli, "Choice of Law by the Parties in the Rome II Regulation", **Rivista di diritto internazionale**, C. 3, 2009, s. 703; Othenin-Girard, **Rome II et LDIP**, s. 385; Dutoit, **Rome II**, s. 312-313; Loquin, **a.g.e.**, s. 50.

Tüzüğün Başlangıç Bölümü'nde sözleşme dışı borç ilişkilerinde hukuk seçimi imkanının tanınmasıyla irade serbestisi ilkesinin gözetilmesi suretiyle hukuki kesinliğin sağlanmasının amaçlandığı belirtilmiştir (Tüzük Başlangıç Bölümü par. 31). Ancak doktrinde bu gerekçe tatmin edici bulunmamış; hangi sebeple irade serbestisi ilkesinin gözetilmesi gerektiğinin açıklanmadığı ifade edilmiştir (De Boer, **a.g.e.**, s. 22).

⁶⁸⁶ Tarman, **Contractual and non-contractual obligations**, s. 9; Tarman, **Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi**, s. 8-9.

Doktrinde 5718 sayılı MÖHUK'un getirdiği en önemli yeniliğin, taraflara haksız fiil alanında hukuk seçimi imkanının tanınması olduğu da ifade edilmiştir (Tarman, **Haksız Rekabet**, s. 123). Ancak, aşağıda değerlendirilecek MÖHUK m. 34, f. 5'teki sınırlamalar gözönüne alındığında, doktrinde de diğer yazarlarca ifade edildiği üzere bu yenilik, pratikte uygulama imkanından büyük ölçüde yoksundur.

⁶⁸⁷ İsviçre hukuku açısından bu yönde bkz. Imhoff-Scheier/Pattochi, **a.g.e.**, s. 80.

⁶⁸⁸ Öte yandan Trafik Kazalarına Uygulanacak Hukuka İlişkin La Haye Sözleşme'nin uygulandığı akit devlet mahkemeleri önündeki uyumsuzluklarda tarafların, hukuk seçiminde bulunamayacakları hakkında bkz. Bucher/Bonomi, **a.g.e.**, par. 1074; Imhoff-Scheier/Pattochi, **a.g.e.**, s. 80; Tarman, **Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi**, s. 18, dn. 56.

ortak ve üstün bir menfaatin korunmasını amaçlayan haksız rekabet⁶⁸⁹ ve rekabetin engellenmesinde⁶⁹⁰ hukuk seçimi uygun görülmemektedir⁶⁹¹. Ayrıca koruma yeri hukukuna (*lex loci protectionis*) sıkı bağılıkları sebebiyle fikri hak ihlallerinde de hukuk seçimi genel olarak benimsenmemektedir⁶⁹².

İmalatçının sorumluluğunda ise taraf menfaati ile birlikte toplumun genelinin ve piyasanın da menfaatlerinin korunması amaçlanmaktadır. Ancak burada taraf menfaatinin korunmasının daha öncelikli olduğu belirtilerek, hukuk seçiminin kabul edileceği ifade edilmektedir⁶⁹³.

Bu noktada tereddüt yaratacak olan, imalatçının sorumluluğunda zarar görenin menfaatinin korunmasına öncelik verilmesi⁶⁹⁴ karşısında hukuk seçimi yoluyla zarar görenin menfaatinin ihlal edilmesi riskidir. Bu sebeple imalatçı ile zarar gören arasındaki ilişkide taraf iradesinin her zaman özgür bir şekilde kullanılamayacağı belirtilerek, hukuk seçiminin tüketici sözleşmelerinde olduğu gibi

⁶⁸⁹ Ancak haksız rekabet açısından bu sınırlamanın, yalnızca belirli bir ülke piyasasına yönelik haksız rekabet fiilleri açısından geçerli olduğu; münhasıran belirli bir işletmenin ticari menfaatlerini etkileyen haksız rekabet hallerinde hukuk seçiminin kabul edilmesi gerektiği görüşünde bkz. De Boer, **a.g.e.**, s. 24-25; Dickinson, **a.g.e.**, s. 426; Bach, **Art. 14 Rome II**, s. 326, dn. 3; Sarıöz, **a.g.e.**, s. 187; Tarman, **Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi**, s. 24; Tarman, **Roma II**, s. 210; Tarman, **Haksız Rekabet**, s. 79; farklı görüşte bkz. Dutoit, **Commentaire**, s. 461.

⁶⁹⁰ Tiryakioğlu, **Rekabet**, s. 161-162; Güven, **Rekabetin Engellenmesi**, s. 457; Tarman, **Haksız Rekabet**, s. 130-131.

⁶⁹¹ Genel olarak bu yönde bkz. Nishitani, **Rome II**, s. 185 vd.; De Boer, **a.g.e.**, s. 24-26; von Hein, **a.g.e.**, s. 1694; Brière, **Rome II**, s. 58; Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 87; Sarıöz, **a.g.e.**, s. 184-185; Tarman, **Haksız Rekabet**, s. 129-132; ayrıca bkz. Hamburg Grubu Rapor, s. 35; Roma II Açıklayıcı Rapor, s. 22.

Nitekim Roma II Tüzüğü'nde rekabetin engellenmesi ve haksız rekabet açısından hukuk seçimi kabul edilmemiştir (Tüzük m. 6, f. 4). Bu konuda bkz. Bach, **Art. 14 Rome II**, s. 326; Stone, **EU PIL**, s. 389; Nishitani, **a.g.e.**, s. 651; von Hein, **a.g.e.**, s. 1694; De Boer, **a.g.e.**, s. 22; Brière, **Rome II**, s. 58; Loquin, **a.g.e.**, s. 49; Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s. 837, 840; Clarkson/Hill, **a.g.e.**, s. 385; Dutoit, **Rome II**, s. 313, 321; Bertoli, **a.g.e.**, s. 699; Öztekin Gelgel, **a.g.e.**, s. 227-228; Güven, **Rekabetin Engellenmesi**, s. 431; Tarman, **Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi**, s. 18, Tarman, **Haksız Rekabet**, s. 79.

⁶⁹² De Boer, **a.g.e.**, s. 25; Tarman, **Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi**, s. 25, dn. 91; ayrıca bkz. Hamburg Grubu Rapor, s. 35.

Roma II Tüzüğü'nde fikri hak ihlallerinde hukuk seçimi kabul edilmemiştir (Tüzük m. 8, f. 3). Buna karşılık İsv. MÖHK m. 110 ile MÖHUK m. 23, f. 2 hükümlerinde fikri hak ihlallerinden doğan taleplerde ihlalin meydana gelmesinden sonra tarafların, *lex fori*'nin uygulanması hakkında anlaşabilecekleri düzenlenerek sınırlı bir hukuk seçimi imkanı tanınmıştır (Nomer, **a.g.e.**, s. 303; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 322; Doğan, **a.g.e.**, s. 342-343; Tarman, **Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi**, s. 25).

⁶⁹³ Watt, **a.g.e.**, s. 128; Graziano, **Product Liability**, s. 479; Fallon, **a.g.e.**, s. 253-254; Bourel, **a.g.e.**, s. 300.

⁶⁹⁴ Kühne, **a.g.e.**, s. 13, 22; Saravalle, **a.g.e.**, s. 111-112; Morse, **a.g.e.**, s. 76; Bourel, **a.g.e.**, s. 296, 298; Weintraub, **Interest Analysis**, s. 504; Kozyris, **Rome II**, s. 485; Nomer, **a.g.e.**, s. 354-355; Öztekin Gelgel, **a.g.e.**, s. 120, 127; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 419; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 300, par. 316; Doğan, **a.g.e.**, s. 393; Çalışkan, **a.g.e.**, s. 307.

sınırlı tutulması ve uyuşmazlığın doğumundan sonra yapılmasının makul olacağı ileri sürülmüştür⁶⁹⁵. Bununla beraber imalatçının sorumluluğunda zarar görenin korunmasının amaçlanması, hukuk seçiminin tamamen yasaklanması için geçerli bir sebep olarak görülmediği açıktır⁶⁹⁶.

İmalatçının Sorumluluğu Hakkında La Haye Sözleşmesi'nde hukuk seçimi düzenlenmemiştir⁶⁹⁷. Ancak Sözleşme hakkındaki Açıklayıcı Rapor'da Sözleşme'nin hukuk seçimini dışlamadığı ve bunun, akit devlet mahkemelerine bırakıldığı belirtilmiştir⁶⁹⁸. Dolayısıyla tarafların hukuk seçiminde bulunma imkanının mevcut olup olmadığı ve bunun sınırları, *lex fori* uyarınca belirlenecektir⁶⁹⁹.

Roma II Tüzüğü m. 14 uyarınca taraflara tanınan hukuk seçimi imkanının, imalatçının sorumluluğundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda da geçerli olduğu ve tarafların, Tüzük m. 14 çerçevesinde hukuk seçiminde bulunabilecekleri kabul edilmektedir⁷⁰⁰. Tarafların hukuk seçiminde bulunmasıyla Tüzük m. 5'teki objektif

⁶⁹⁵ Bu görüşte bkz. Öztekin Gelgel, **a.g.e.**, s. 128, 132-133.

⁶⁹⁶ İsviçre hukuku açısından bu yönde bkz. Imhoff-Scheier/Pattochi, **a.g.e.**, s. 82.

⁶⁹⁷ Axel Halfmeier/Nicolas Sonder, "Article 28- Relationship with Existing International Conventions", **Rome Regulations, Commentary on the European Rules of the Conflict of Laws**, Ed. Graf-Peter Calliess, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Law International, 2011, (Article 28), s. 643; Dutoit, **Rome II**, s. 313; Fallon, **a.g.e.**, s. 253; Plender/Wilderspin, **a.g.e.**, s. 564; Corneloup, **a.g.e.**, s. 99; Joubert, **a.g.e.**, s. 65.

⁶⁹⁸ Reese, **Explanatory Report**, s. 267-268; ayrıca bu hususta bkz. Fallon, **a.g.e.**, s. 253; Plender/Wilderspin, **a.g.e.**, s. 564; Joubert, **a.g.e.**, s. 65; Corneloup, **a.g.e.**, s. 100.

⁶⁹⁹ Fallon, **a.g.e.**, s. 253; Corneloup, **a.g.e.**, s. 100.

Nitekim Roma II Tüzüğü yürürlüğe girmeden önce Rotterdam Mahkemesi, 15.10.1993 tarihli kararında imalatçının sorumluluğu hakkındaki uyuşmazlıkta tarafların zımnî olarak Hollanda hukukunu seçebileceklerini kabul ederek Sözleşme'nin hukuk seçimini dışlamadığını ifade etmiştir. Karar için bkz. Rb. Rotterdam, 15.10.1993, S&S 1994 80, **NIPR**, 1995, (*naklen*, Mathilde Sumampouw, "Convention sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits du 2 octobre 1973", **Les nouvelles conventions de la Haye – leur application par les juges nationaux**, Tome V, Ed. Elise N. Frohn/Jan M. Heblly/Mathilde Sumampouw/Michiel J. De Roij, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, s. 319).

Roma II Tüzüğü sonrasında ise La Haye Sözleşmesi'ne taraf üye devlet mahkemelerinde Tüzük m. 28 uyarınca Sözleşme uygulanacak olmasına karşın tarafların, Tüzük m. 14 uyarınca hukuk seçiminde bulunabilecekleri kabul edilmektedir (Cécile Di Meglio, "La loi applicable à la responsabilité du fait des produits", **Journal des Sociétés**, S. 106, Février 2013, s. 36; Dutoit, **Rome II**, s. 313; Halfmeier/Sonder, **Article 28**, s. 643; Plender/Wilderspin, **a.g.e.**, s. 564; Brière, **Rome II**, s. 72-73; Illmer, **Art. 5 Rome II**, s. 120; Corneloup, **a.g.e.**, s. 100).

⁷⁰⁰ Illmer, **Product Liability**, s. 285; Dickinson, **a.g.e.**, s. 389; De Boer, **a.g.e.**, s. 19 vd.; Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s. 840-841; Plender/Wilderspin, **a.g.e.**, s. 568-569; Graziano, **Rome II**, s. 479; Huber/Illmer, **a.g.e.**, s. 39; Illmer, **Art. 5 Rome II**, s. 117, 127; Bach, **Art. 14 Rome II**, s. 326; Corneloup, **a.g.e.**, s. 86, 95; Schwartz, **a.g.e.**, par. 3.4; Tanrıbilir, **Roma II**, s. 127, 128-129; Tarman, **Rome II**, s. 205; ayrıca Tüzük teklifleri bakımından bu yönde bkz. Öztekin Gelgel, **a.g.e.**, s. 132; farklı görüşte bkz. Mo Zhang, "Part Autonomy in Non-Contractual Obligations: Rome II and its Impacts on Choice of Law", **Seton Hall Law Review**, C. 39, 2009, s. 864.

bağlama kuralı bertaraf edilmiş olacak; tarafların seçtikleri hukuk uygulanacaktır⁷⁰¹. Ayrıca Tüzüğün yürürlüğe girmesinden önce Alman Federal Mahkemesi'nin 17.3.1981 tarihli *Appfelschorf im Alten Land* kararında⁷⁰² tarafların yargılama aşamasında zımnî olarak hukuk seçiminde bulunması kabul edilmiştir. İrlanda Yüksek Mahkemesi'nin 1986 tarihli *Patrick Grehan / Medical Incorporated and Valley Pines Associates* kararında⁷⁰³ da uyuşmazlığın meydana gelmesinden sonra tarafların hukuk seçiminde bulunabileceği kabul edilmiştir.

İsviçre hukukunda imalatçının sorumluluğuna özgü bağlama kuralında hukuk seçimi düzenlenmemiştir. Ancak haksız fiiller hakkındaki genel hükümde hukuk seçimi imkanı tanınmıştır. İsv. MÖHK m. 132'de öngörülen bu imkanın, Kanun'da özel olarak düzenlenen haksız fiil türleri hakkında uygulama alanı bulup bulmayacağı tartışmalıdır⁷⁰⁴.

Doktrinde bir görüş⁷⁰⁵, Kanun'un sistematüğini gözeterek ve yalnızca haksız rekabete ilişkin özel bağlama kuralında genel hükümdeki fer'i bağlanmaya atıfta bulunulmasına dayanarak, İsv. MÖHK m. 132'deki hukuk seçimi imkanının, Kanun'daki özel haksız fiil türleri açısından uygulanmayacağını savunmaktadır. Bu görüş kabul edildiği takdirde İsv. MÖHK m. 135'te özel olarak düzenlenmiş imalatçının sorumluluğundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda da hukuk seçimi mümkün olmayacaktır.

⁷⁰¹ Illmer, **Product Liability**, s. 285; Illmer, **Art. 5 Rome II**, s. 127; Plender/Wilderspin, **a.g.e.**, s. 568; Tanrıbilir, **Roma II**, s. 127.

⁷⁰² BGH, 17.3.1981, IPRax 1982, s. 13, (*naklen*, Graziano, **Freedom to choose**, s. 120; Bourel, **a.g.e.**, s. 300; Xu, **a.g.e.**, s. 40-41).

Karara konu somut olayda merkezi ABD'de bulunan bir grup şirketi tarafından imal edilen böcek ilaçları, Almanya'da piyasaya sürülmüştür. Alman vatandaşı olan bir meyve üreticisi söz konusu ilaçları kullanarak, elma ağaçlarını ilaçlamıştır. Ancak ilaçlar, hiçbir etki göstermemiş ve elma ağaçları zarar görmüştür. Bunun üzerine Alman vatandaşı, böcek ilacının hatalı olduğuna dayanarak hem imalatçıya hem de onun Almanya'da bulunan yavru şirketine karşı bir dava açarak, uğradığı zararın tazminini talep etmiştir. Federal Mahkeme, davacının iddia ve savunmalarını Alman hukukuna dayandırmış olması ve davalıların buna hiçbir itirazda bulunmamış olması sebebiyle, Alman hukukunu uygulayarak uyuşmazlığın çözümleneceğine karar vermiştir.

⁷⁰³ ILMR (1986) 627 (*naklen*, Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 26, 66-67; Graziano, **Product Liability**, s. 478).

Karara konu olan olayda Dublin'deki bir hastanede davacıya açık kalp ameliyatı yapılmıştır. Bu ameliyatta Kaliforniya'da imal edilmiş ve merkezi ABD'de bulunan dağıtıcı tarafından İrlanda dahil çeşitli ülkelerde piyasaya sürülmüş olan bir valf kullanılmıştır. Davacı, bu valfin hatalı olması sebebiyle zarar gördüğünü ileri sürerek, İrlanda mahkemesinde merkezi ABD'de bulunan imalatçıya karşı bir dava açmıştır.

⁷⁰⁴ Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard, **a.g.e.**, par. 540; Bucher/Bonomi, **a.g.e.**, par. 1075; Othenin-Girard, **Rome II**, s. 78; Imhoff-Scheier/Pattochi, **a.g.e.**, s. 80; Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 55, dn. 273; Tarman, **Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi**, s. 18; Sarıöz, **a.g.e.**, s. 178.

⁷⁰⁵ Bucher, **Actes illicites**, s. 116; Bucher/Bonomi, **a.g.e.**, par. 1074.

Farklı bir görüş⁷⁰⁶ ise burada amaçsal yorum yapılması gerektiğini belirtmektedir. Bu görüşe göre, İsv. MÖHK m. 132 ile m. 133'teki haksız fiillere ilişkin genel hükümler, özel bağlama kurallarını tamamlayıcı niteliktedir⁷⁰⁷. İsv. MÖHK m. 132'de özel haksız fiil türleri açısından hukuk seçimi yapılamayacağına dair bir sınırlama yoktur. Bu sebepler ışığında İsv. MÖHK'da özel olarak düzenlenen haksız fiiller açısından da hukuk seçimi prensip olarak kabul edilecektir. Yalnızca haksız rekabet ile rekabetin engellenmesi açısından korunması gereken menfaatler gözetilerek, hukuk seçiminin mümkün olmadığı belirtilmektedir⁷⁰⁸. Zarar görenin menfaatinin korunmasını amaçlayan İsv. MÖHK m. 135 açısından ise hukuk seçiminin, bu amacı engellemeyeceği ifade edilmektedir⁷⁰⁹. Zarar gören hukuk seçiminde bulunmak zorunda olmadığı gibi; haksız fiilin meydana gelmesinden sonra yapılacak seçimin, zarar görenin aleyhine olacağına dair bir sebep de yoktur⁷¹⁰. Böylelikle imalatçının sorumluluğuna uygulanacak hukukun, İsv. MÖHK m. 132 çerçevesinde taraflarca belirlenmesinin mümkün olduğu savunulmaktadır⁷¹¹.

b) Türk Hukuku Açısından Değerlendirmemiz

Türk hukukunda İsviçre hukuku ile benzer bir durum söz konusudur⁷¹². MÖHUK'ta haksız fiilden doğan uyuşmazlıklarda hukuk seçimi, haksız fiillere ilişkin genel hükümde öngörülmüştür (MÖHUK m. 34, f. 5). MÖHUK m. 35-38 hükümlerindeki özel bağlama kurallarında hukuk seçimi hakkında herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiş ve MÖHUK m. 34'e atıf da yapılmamıştır.

Bunun sonucunda doktrinde haksız fiilin özel türleri hakkındaki

⁷⁰⁶ Dutoit, **Commentaire**, s. 460-461; Imhoff-Scheier/Pattochi, **a.g.e.**, s. 80-82; Xu, **a.g.e.**, s. 40; genel olarak bu yönde bkz. Bourel, **a.g.e.**, s. 300; ayrıca İsviçre hukukunda özel haksız fiil türleri bakımından hukuk seçiminin çoğunlukla kabul edildiği yönünde bkz. Tarman, **Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi**, s. 18.

⁷⁰⁷ İsv. MÖHK'nın yasallaşması sürecinde Federal Konsey tarafından hazırlanan raporda haksız fiillere ilişkin İsv. MÖHK m. 132-133'teki kuralların genel hüküm niteliği taşıdığı ve özel kuralları tamamlayıcı bir işleve sahip olduğu açıklanmaktadır (Message du Conseil Fédéral, s. 156).

⁷⁰⁸ Dutoit, **Commentaire**, s. 461; Imhoff-Scheier/Pattochi, **a.g.e.**, s. 82.

⁷⁰⁹ Aynı sonuç, İsv. MÖHK m. 138 ve m. 139 açısından da geçerlidir. Bu hususta bkz. Imhoff-Scheier/Pattochi, **a.g.e.**, s. 82.

⁷¹⁰ Imhoff-Scheier/Pattochi, **a.g.e.**, s. 82.

⁷¹¹ Imhoff-Scheier/Pattochi, **a.g.e.**, s. 82. İsviçre hukukunda imalatçının sorumluluğu açısından bu görüşü paylaşan diğer yazarlar için bkz. Tarman, **Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi**, s. 21, dn. 71'de belirtilen yazarlar.

⁷¹² MÖHUK m. 37 çerçevesinde haksız rekabet açısından İsviçre hukuku ile Türk hukuku arasındaki söz konusu benzerlik hakkında bkz. Sarıöz, **a.g.e.**, s. 177.

düzenlemelerde hukuk seçiminin kabul edilmediği belirtilmektedir⁷¹³. Ancak farklı görüşteki yazarlar⁷¹⁴, MÖHUK m. 34, f. 5'teki hukuk seçimi imkanının, özel haksız fiil türleri hakkında da prensip olarak kabul edileceğini savunmaktadır.

Biz, öncelikle MÖHUK m. 34'teki genel kuralın, MÖHUK'taki haksız fiiller hakkındaki özel bağlama kurallarını tamamlayıcı nitelikte olduğu kanaatindeyiz. Ayrıca MÖHUK m. 36'da hukuk seçimini yasaklayan açık bir düzenlemenin de bulunmadığını görmekteyiz⁷¹⁵. Bu itibarla imalatçının sorumluluğunda hukuk seçiminin mümkün olup olmadığının, burada korunması amaçlanan menfaatler ile MÖHUK m. 36 hükmünün yapısı ve özellikleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

MÖHUK m. 36'da piyasa ve düzenin menfaatlerinin yanında taraf menfaati de dikkate alınmıştır. Hükümde zarar görenin menfaatinin korunmasına öncelik verilmesi⁷¹⁶ ile zarar gören ve imalatçının menfaatleri arasında denge kurulmasının amaçlanması⁷¹⁷, burada taraf menfaatinin gözetildiğini göstermektedir.

MÖHUK m. 36'da zarar görenin menfaatinin korunmasına öncelik verilmesinin, tarafların hukuk seçiminde bulunmalarını engellemeyeceği kanısındayız. Zira zarar gören, hatalı ürün zarara yol açtıktan sonra hukuk seçimine ilişkin bir anlaşmayı kabul etmek zorunda değildir. Ayrıca zararın meydana gelmesinden sonra yapılacak hukuk seçiminin, her koşulda zarar görenin aleyhine olacağını düşünmek için geçerli bir sebep de yoktur⁷¹⁸.

Tarafların, eşit derecede pazarlık gücüne sahip olmaması ve zarar görenin menfaatinin ihlal edilmesini önlemek amacıyla, MÖHUK m. 34, f. 5'te hukuk seçimi çeşitli yönlerden sınırlandırılmıştır⁷¹⁹. Bu açıdan imalatçının sorumluluğunda hukuk

⁷¹³ Tiryakioğlu, **Haksız Filler**, s. 213.

⁷¹⁴ Nomer, **a.g.e.**, s. 359; Tarman, **Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi**, s. 18-24; Tarman, **Haksız Rekabet**, s. 129 vd.; Sarıöz, **a.g.e.**, s. 184-188.

Haksız rekabetten doğan uyumsuzluklarda hukuk seçimine yönelik değerlendirmeler için bkz. Nomer, **a.g.e.**, s. 359; Sarıöz, **a.g.e.**, s. 184-188.

⁷¹⁵ Haksız rekabet açısından bu yönde bkz. Nomer, **a.g.e.**, s. 359.

⁷¹⁶ Nomer, **a.g.e.**, s. 354-355; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 421; Öztekin Gelgel, **a.g.e.**, s. 127; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, par. 316; Özel, **İmalatçının Sorumluluğu**, s. 911; Doğan, **a.g.e.**, s. 393; Çalışkan, **a.g.e.**, s. 307.

⁷¹⁷ Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 468-469; Özel, **Uygulanacak Hukuk**, s. 223; Çalışkan, **a.g.e.**, s. 307-308; Tarman, **Devletler Özel İmalatçı**, s. 41-42.

⁷¹⁸ İsviçre hukuku açısından bu yönde bkz. Imhoff-Scheier/Patocchi, **a.g.e.**, s. 82.

⁷¹⁹ Bucher, **Actes illicites**, s. 115-116; Xu, **a.g.e.**, s. 39; Othenin-Girard, **Rome II**, s. 78; Graziano,

seçiminin, MÖHUK m. 26 ve m. 27’de tüketici ve iş sözleşmeleri bakımından söz konusu olduğu gibi hukuk seçimi yapılmamış olsaydı MÖHUK m. 36 gereği uygulanacak hukukun zarar görene sağladığı asgari koruma ile sınırlandırılmasına da ihtiyaç olmadığı kanısındayız⁷²⁰. Zira MÖHUK m. 34, f. 5 uyarınca ancak hatalı ürün zarara yol açtıktan sonra taraflar hukuk seçiminde bulunabileceklerinden, tüketici ve iş sözleşmelerinde olduğu gibi ilişkinin güçlü tarafının kendi lehine olan hukuku zarar görene önceden dayatması söz konusu olmayacaktır.

Öte yandan MÖHUK m. 36’da uygulanacak hukukun tek taraflı olarak zarar görene tanınan seçim hakkı uyarınca belirlenmesi karşısında tarafların karşılıklı irade uyuşması ile hukuk seçiminde bulunulmasının yasaklanmasına tatmin edici bir gerekçe bulmak da zorlaşmaktadır⁷²¹.

Bu çerçevede imalatçının sorumluluğundan doğan uyuşmazlıklarda tarafların, MÖHUK m. 34, f. 5 uyarınca hukuk seçiminde bulunabilecekleri görüşünü paylaşmaktayız⁷²². Böylelikle imalatçının sorumluluğunda birinci derecede bağlama noktası, tarafların seçtikleri hukuk olacaktır. Tarafların hukuk seçiminde bulunmadığı hallerde uygulanacak hukuk, hükmün uygulama alanına girmesi kaydıyla MÖHUK m. 36’daki objektif bağlama kuralı uyarınca tespit edilecektir.

MÖHUK m. 34, f. 5’teki hukuk seçiminin uygulanma imkanını oldukça sınırlayan koşullar karşısında⁷²³ uyuşmazlık doğduktan sonra uygulanacak hukuk hakkında anlaşabilen taraflardan, uyuşmazlığı dostane çözüm yolları veya sulh, feragat gibi yollarla sona erdirmelerini beklemenin daha yüksek bir olasılık olduğunu kabul etmekteyiz⁷²⁴. Ancak yine de imalatçının sorumluluğunda tarafların hukuk seçiminde bulunabileceğinin kabul edilmesinin, en azından onları uyuşmazlığı sona erdirmek açısından teşvik edici bir işlevi olabilecektir. Bu sebeple imalatçının

Rome II, s. 454; Brière, **Rome II**, s. 58; Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s. 838; Öztekin Gelgel, **a.g.e.**, s. 222, 225-226.

⁷²⁰ Karş. Öztekin Gelgel, **a.g.e.**, s. 128.

⁷²¹ Roma II Tüzüğü kapsamında çevre zararlarına uygulanacak hukuk konusunda bu yönde bkz. Jan von Hein, “Article 7- Enviromental Damage”, **Rome Regulations, Commentary on the European Rules of the Conflict of Laws**, Ed. Graf-Peter Calliess, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Law International, 2011, (Article 7 Rome II), s. 468.

⁷²² Bu görüşte bkz. Tarman, **Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi**, s. 21.

⁷²³ MÖHUK m. 34, f. 5 hakkındaki doktrinde bu yönde ileri sürülen eleştiriler için bkz. Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, par. 304, dn. 413; Nomer, **a.g.e.**, s. 354.

⁷²⁴ MÖHUK m. 34, f. 5 açısından genel olarak bu yönde bkz. Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 293, par. 304, dn. 413; imalatçının sorumluluğu açısından benzer bir sonuç için bkz. Tarman, **Devletler Özel İmalatçı**, s. 42.

sorumluluğundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda hukuk seçiminin yine de önemli bir değer taşıdığı görüşüne⁷²⁵ katılmaktayız.

3) İmalatçının Sorumluluğunda Hukuk Seçimine İlişkin Esaslar

a) Hukuk Seçiminde Bulunma Yetkisinin Kaynağı, Seçimin Geçerliliği ve Sonuçları

İmalatçının sorumluluğunda hukuk seçiminde bulunma yetkisi, *for* devletinin milletlerarası özel hukuk kurallarından kaynaklanır⁷²⁶. Tarafların, imalatçının sorumluluğuna uygulanmak üzere geçerli bir hukuk seçiminde bulunmaları, objektif bağlama kuralının bertaraf edilerek, tarafların seçtikleri hukukun yetkili olması sonucunu doğurur⁷²⁷. Ayrıca hukuk seçimi, daha sıkı ilişkili hukuk kuralının devreye girmesini de engeller⁷²⁸. Tarafların seçtikleri hukuk, emredici ve tamamlayıcı kurallarıyla birlikte, bir bütün olarak uygulanır⁷²⁹.

⁷²⁵ Graziano, **Product Liability**, s. 479. Genel olarak haksız fiiller açısından hukuk seçimi hakkında bu yönde bkz. Graziano, **Freedom to choose**, s. 115.

⁷²⁶ İmalatçının sorumluluğu açısından bu yönde bkz. Fallon, **a.g.e.**, s. 253. Genel olarak haksız fiiller açısından bu yönde bkz. Tarman, **Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi**, s. 7.

Sözleşmeler alanında da tarafların hukuk seçiminde bulunma yetkisinin kaynağının, *for* devletinin milletlerarası özel hukuk kurallarına dayandığı görüşü ağırlıktadır (Otto Kahn-Freund, **General Problems of Private International Law**, Leyden: Sijthoff, 1980, (General Problems), s. 197; Vischer, **a.g.e.**, s. 139; Akıncı, **İnşaat Sözleşmeleri**, s. 75; Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s. 41; Demir Gökyayla, **Tek Satıcılık**, s. 290).

Ancak sözleşmeler alanında bu yetkinin, uluslararası örf ve adet hukukundan (*ius gentium*) kaynaklandığı da savunulmaktadır (Nygh, **a.g.e.**, s. 324 ve bu görüşteki diğer yazarlar için bkz. Nygh, **a.g.e.**, s. 302-303, dn. 128-129-130-131’de belirtilen yazarlar). Türk doktrininde de hukuk seçiminin dayanağının, *lex fori*’deki bağlama kuralı olmadığı; bu yöndeki bir kuralın yalnızca tarafların hukuk seçimi yönündeki iradelerinin *for*’da kabul edileceğini sağladığı ileri sürülmüştür (Demirkol, **a.g.e.**, s. 75 vd.).

⁷²⁷ Graziano, **Freedom to choose**, s. 118; Graziano, **Rome II**, s. 451; Brière, **Rome II**, s. 59-60; Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 438; Mayer/Heuzé, **a.g.e.**, s. 525; Niboyet/Pradelle, **a.g.e.**, s. 44; Loquin, **a.g.e.**, s. 49; Joubert, **a.g.e.**, s. 65-66; Öztekin Gelgel, **a.g.e.**, s. 221; Bach, **Art. 4 Rome II**, s. 67-68; Tarman, **Roma II**, s. 202-203; Tarman, **Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi**, s. 9; Tarman, **Haksız Rekabet**, s. 74, 123; ayrıca bkz. Tüzük Başlangıç Bölümü par. 31.

⁷²⁸ Bach, **Art. 4 Rome II**, s. 102-103; Illmer, **Art. 5 Rome II**, s. 139; Huber/Illmer, **a.g.e.**, s. 45; Illmer, **Product Liability**, s. 301; Tarman, **Haksız Rekabet**, s. 126; Tarman, **Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi**, s. 9; sözleşmeler açısından bu yönde bkz. Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 271, par. 263.

⁷²⁹ Hukuk seçimi açısından genel olarak bu yönde bkz. Bernard Audit, **Le Droit International Privé en Quête d’Universalité**, Recueil des Cours de l’Académie de Droit International, C. 305, Dordrecht-Boston-London: Martinus Nijhoff Publishers, 2002, (Universalité), s. 159; Aubrey L. Diamond, **Harmonization of Private International Law Relating to Contractual Obligations**, Recueil des Cours de l’Académie de Droit International, C. 199, Dordrecht-Boston-London: Martinus Nijhoff Publishers, 1986, s. 254; Hatice Özdemir Kocasakal, “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları”, **MHB**, C. 30, S. 1-2, 2010, (MÖHUK m. 24), s. 33; Yeşim Atamer, “Devletler Özel Hukukunda Tüketicinin Korunması”, **İÜHFM**, C. LV, 1996, (Devletler Özel Hukukunda Tüketici), s. 425; Bucher/Bonomi, **a.g.e.**, par. 404;

İmalatçının sorumluluğunda hukuk seçiminin geçerliliği ve sınırları da hukuk seçimi yetkisini tanıyan hukuka göre belirlenir⁷³⁰. Buna göre *lex fori*'nin bağlama kuralları, haksız fiillerde hukuk seçimine hangi ölçü ve şartlarda sonuç tanınacağını belirler. Ayrıca tarafların seçtikleri hukukun da imalatçının sorumluluğunda hukuk seçimi yetkisi tanıyan bir hukuk olması gerekmez.

Sözleşmelerde hukuk seçimine ilişkin genel prensipler, *for* devletinin bağlama kurallarında aksi öngörülmedikçe haksız fiiller açısından da uygulanır. Buna göre İsviçre hukukunda İsv. MÖHK m. 116, f. 2 hükmünün, haksız fiillerde hukuk seçimi açısından kıyasen uygulanacağı kabul edilmektedir⁷³¹. Türk hukukunda sözleşmelere uygulanacak hukuk seçimi hakkında MÖHUK m. 24'te öngörülen prensiplerin, haksız fiiller için de geçerli olacağı belirtilmektedir⁷³². Dolayısıyla imalatçının sorumluluğunda MÖHUK m. 34, f. 5 hükmüne aykırı olmamak kaydıyla MÖHUK m. 24, f. 1-2-3 hükümleri kıyasen uygulanacaktır.

Taraflara hukuk seçiminde bulunduğu hallerde seçilen hukukun, sadece maddi hukuk kurallarının seçildiği -maddi norm atfı- kabul edilir⁷³³. Nitekim MÖHUK m. 2, f. 4'te uygulanacak hukuku seçme imkanı verilen hallerde, taraflarca aksi açıkça kararlaştırılmadıkça seçilen hukukun, yalnızca maddi hukuk hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiştir⁷³⁴.

Haksız fiillerde hukuk seçimi sözleşmesinin geçerliliği hakkında Roma II Tüzüğü, İsv. MÖHK ve MÖHUK'ta ayrıca bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak sözleşmelerde benimsenen esasa uygun olarak⁷³⁵, haksız fiillerde de hukuk seçimi

Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 350-351; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 324, 327; Tiryakioğlu, **Taşınır Mallar**, s. 20; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s. 104, 106; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 263, par. 251; Doğan, **Zayıf Akit Tarafın Korunması**, s. 23; Doğan, **a.g.e.**, s. 345; Demir Gökyayla, **Tek Satıcılık**, s. 290-291; Demirkol, **a.g.e.**, s. 73-74; haksız fiillerde hukuk seçimi açısından bu hususa ayrıca bkz. Tarman, **Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi**, s. 7; Tarman, **Haksız Rekabet**, s. 74; Rühl, **a.g.e.**, s. 190.

⁷³⁰ Sözleşmeler açısından bu yönde bkz. Akıncı, **İnşaat Sözleşmeleri**, s. 75; Demir Gökyayla, **Tek Satıcılık**, s. 290. Sözleşmeler açısından bu konudaki diğer görüşler için bkz. Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 352; Demirkol, **a.g.e.**, s. 82 vd.

⁷³¹ Dutoit, **Commentaire**, s. 460; Imhoff-Scheier/Patochhi, **a.g.e.**, s. 46; Danthe, **a.g.e.**, s. 156; Sarıöz, **a.g.e.**, s. 178.

⁷³² Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 248-249, par. 228.

⁷³³ Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 351, 355; Nomer, **a.g.e.**, s. 315; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s. 11-112; Tiryakioğlu, **Taşınır Mallar**, s. 273; Demir Gökyayla, **Tek Satıcılık**, s. 308; Tarman, **Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi**, s. 15; Imhoff-Scheier/Patocchi, **a.g.e.**, s. 83.

⁷³⁴ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 252, par. 234; Tarman, **Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi**, s. 15.

⁷³⁵ Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 351; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 255-256, par.

sözleşmesinin geçerliliğinin, seçilen hukuka tabi olacağı görüşüne katılmaktayız⁷³⁶. Bununla birlikte hukuk seçimi sözleşmesinin şeklen geçerliliği ile tarafların ehliyeti hakkında, hukuki işlemlerin şekli ile tarafların ehliyetini idare eden hukuk yetkili olacaktır. Buna göre hukuk seçimi sözleşmesinin şeklen geçerliliği açısından MÖHUK m. 7; tarafların ehliyeti hakkında ise MÖHUK m. 9 uyarınca uygulanacak hukuk tespit edilecektir.

b) Yabancılık Unsuru Bulunmayan Hallerde Hukuk Seçimi İmkânı

Roma II Tüzüğü'nde ilişkinin zayıf tarafının korunmasını sağlamak amacıyla seçilen hukukun etkisi sınırlandırılmıştır. Tüzük m. 14, f. 2 uyarınca tarafların seçtikleri hukukun, haksız fiil ilişkisinin unsurlarının bulunduğu ülkenin emredici kurallarını bertaraf edemeyeceği düzenlenmiştir⁷³⁷. Böylelikle tarafların anlaşması ile haksız fiilden kaynaklanan ilişkinin bağlantılı olduğu ülke hukukunun emredici kurallarının uygulanması engellenemeyecektir⁷³⁸. Dolayısıyla bu halde tarafların seçimi, iç hukuktaki irade serbestisi sınırları içerisinde sonuç doğurmaktadır.

MÖHUK'ta, Roma II Tüzüğü m. 14, f. 2 hükmüne benzer bir düzenleme bulunmamaktadır. Türk hukukunda yabancılık unsuru bulunmayan uyuşmazlıklarda hukuk seçiminin söz konusu olup olmayacağı ve buna ne ölçüde etki tanınacağı, MÖHUK m. 24 çerçevesinde tartışılmıştır⁷³⁹.

239; Nomer, **a.g.e.**, s. 314.

⁷³⁶ Tarman, **Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi**, s. 11. İsviçre hukukunda İsv. MÖHK m. 116, f. 2 hükmünün kıyasen uygulanmasıyla haksız fiiller açısından bu görüşte bkz. Imhoff-Scheier/Pattochi, **a.g.e.**, s. 46. Roma II Tüzüğü açısından aynı yönde bkz. Bach, **Art. 14 Rome II**, s. 332; Bertoli, **a.g.e.**, s. 708.

⁷³⁷ Roma II Tüzüğü'ndeki bu düzenleme, Roma Konvansiyonu m. 3, f. 3 ile Roma I Tüzüğü m. 3, f. 3 hükümleri ile paraleldir (Kramer, **a.g.e.**, s. 415; Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s. 839; Othenin-Girard, **Rome II et LDIP**, s. 386; Loquin, **a.g.e.**, s. 51). Roma I Tüzüğü'ndeki söz konusu düzenleme hakkında bkz. Özdemir Kocasakal, **MÖHUK m. 24**, s. 34.

⁷³⁸ Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s. 839; von Hein, **a.g.e.**, s. 1694; Dutoit, **Rome II**, s. 314; Brière, **Rome II**, s. 59; Clarkson/Hill, **a.g.e.**, s. 286; Bach, **Art. 14 Rome II**, s. 339; De Boer, **a.g.e.**, s. 22; Niboyet/Pradelle, **a.g.e.**, s. 44; Loquin, **a.g.e.**, s. 51, 52-53; Tarman, **Roma II**, s. 203.

Tüzük m. 14, f. 2'de doğrudan uygulanan kuralların değil; ilişkinin bağlantılı olduğu ülke hukukunda yer alan emredici kuralların kastedildiği hakkında bkz. Othenin-Girard, **Rome II et LDIP**, s. 386; Bach, **Art. 14 Rome II**, s. 339.

Ayrıca Roma II Tüzüğü m. 14, f. 3 uyarınca zarara yol açan olayın meydana geldiği anda somut olayın tüm şartlarının bir veya birden fazla AB üyesi ülke ile bağlantılı olması ve tarafların üçüncü bir devletin hukukunu seçmiş olmaları halinde hukuk seçimi yoluyla Topluluk hukukunun emredici hükümlerinin uygulanmasının da bertaraf edilemeyeceği öngörülmüştür. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. von Hein, **a.g.e.**, s. 1694; Brière, **Rome II**, s. 59; Othenin-Girard, **Rome II**, s. 82; Dutoit, **Rome II**, s. 314; Bach, **Art. 14 Rome II**, s. 341.

⁷³⁹ Doktrinde bir görüş, yabancı bir hukukun seçilebilmesi için sözleşmenin yabancılık unsuru

Söz konusu tartışmalardan yola çıkarak kanımızca, imalatçının sorumluluğuna uygulanacak hukukun tarafların anlaşması uyarınca belirlenebilmesi için, seçilen yabancı hukuk dışında uyuşmazlığın kendisinin yabancılık unsuru taşıması gerekir⁷⁴⁰. Ancak böyle bir durumda taraflar, hukuk seçiminde bulunma imkanına sahip olmalıdır.

c) Anasyonel Hukuk Seçimi İmkânı

İmalatçının sorumluluğunda tarafların hukuk seçiminde bulunurken, seçim haklarının ulusal hukuklar ile mi sınırlı olduğu; yoksa tarafların, bir devlete ait olmayan bazı kural ve prensipleri uygulanacak hukuk olarak seçip seçemeyecekleri değerlendirilmelidir. Hem sözleşmeler hem de haksız fiillerde hukuk seçimi açısından tartışmalı olan bu konu hakkında doktrinde farklı görüşler⁷⁴¹ mevcuttur.

Türk hukuku açısından konuyu değerlendirdiğimizde MÖHUK m. 34, f. 5'te “*hukuk*” ifadesine yer verildiğini görmekteyiz. Hükümde seçilen hukukun, bir “*devlet hukuku*” olmasından bahsedilmemiştir⁷⁴².

taşımasının şart olmadığını ve sırf yabancı hukukun seçimi ile o hukuki ilişkinin yabancı unsurlu bir ilişki haline geleceğini savunmaktadır (Nomer, **a.g.e.**, s. 309; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 258, par. 243 ve Yargıtay'ın bu yöndeki kararı için bkz. Y. 11. HD., 7.12.2006, E. 8585, K. 12877 (Nuray Ekşi, **Kanunlar İhtilafı Kurallarına Milletlerarası Usul Hukukuna Vatandaşlık ve Yabancılar Hukukuna İlişkin Seçilmiş Mahkeme Kararları**, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2007, (Kararlar), s. 105-107)).

Aksi yöndeki görüş ise MÖHUK m. 24 uyarınca hukuk seçimine imkan tanınabilmesi için, sözleşmenin seçilen hukukun dışında objektif olarak yabancılık unsuru taşıması gerektiğini ileri sürmektedir (Tekinalp/Uyanık-Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 369; Akıncı, **İnşaat Sözleşmeleri**, s. 71; Özdemir Kocasakal, **MÖHUK m. 24**, s. 33; Özdemir, **Yabancılık Unsuru**, s. 932; Tiryakioğlu, **Taşınır Mallar**, s. 212; Sargın, **a.g.e.**, s. 184-185; Elçin, **a.g.e.**, s. 45-46; Demirkol, **a.g.e.**, s. 94-95; Zeynep Derya Tarman, “5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) Uyarınca Yabancılık Unsuru Taşıyan Akdi Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi”, **BATİDER**, C. XXVI, S. 1, 2010, (Akdi Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi), s. 146). Böylelikle yabancılık unsuru taşımayan sözleşmeler bakımından yapılan hukuk seçiminin, iç hukuktaki irade serbestisi sınırları içerisinde hüküm ve sonuç doğuracağı kabul edilmektedir (Tekinalp/Uyanık-Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 369; Aybay/Dardağan, **a.g.e.**, s. 250-251).

⁷⁴⁰ Haksız rekabetten kaynaklanan uyuşmazlıklarda hukuk seçimi açısından benzer görüşte bkz. Sarıöz, **a.g.e.**, s. 182, dn. 258.

⁷⁴¹ Roma II Tüzüğü çerçevesinde doktrinde bir görüş, Roma II Tüzüğü'nde hukuk seçiminin, sadece ulusal hukuklar ile sınırlı tutulmadığını ve tarafların, anasyonel hukuk seçiminde bulunma imkanına da sahip olduğunu kabul etmektedir. Bu görüşte bkz. Graziano, **Rome II**, s. 455.

Aksi yöndeki görüş ise Tüzük m. 14'te “hukuk kurallarından (*rules of law*)” değil, “hukuk”tan bahsedilmiş olması sebebiyle, anasyonel hukuk seçiminin mümkün olmadığını savunmaktadır. Bu görüşte bkz. Bach, **Art. 14 Rome II**, s. 329; benzer yönde bkz. Tarman, **Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi**, s. 14, dn. 41.

⁷⁴² Tarman, **Haksız Rekabet**, s. 126.

Sözleşmelere uygulanacak hukuk çerçevesinde MÖHUK m. 24 açısından bu hususta farklı görüşte bkz. Doğan, **a.g.e.**, s. 351-352.

Bununla birlikte yine “hukuk” ifadesinin kullanıldığı MÖHUK m. 24 açısından doktrindeki hakim görüşe uygun olarak⁷⁴³ kanımızca, MÖHUK m. 34, f. 5 uyarınca da taraflar, belirli bir devlette yürürlükte olan ve kendi içinde bir bütün oluşturan bir devletin hukukunu, uygulanacak hukuk olarak seçebilirler⁷⁴⁴.

Dolayısıyla tarafların, Avrupa Sorumluluk Hukukunun Esasları (*Principles of European Tort Law*)⁷⁴⁵ veya İmalatçının Sorumluluğu Hakkında La Haye Sözleşmesi’nin uygulanacağını kararlaştırmaları, hukuk seçimi teşkil etmeyecektir⁷⁴⁶. Ancak tarafların bu yöndeki bir seçimi, objektif bağlama kuralının gösterdiği hukukun emredici hükümlerine aykırı olmaması kaydıyla uygulama alanı bulabilir⁷⁴⁷.

ç) Kısmi Hukuk Seçimi İmkânı

Gerek Roma II Tüzüğü gerekse çalışma kapsamında incelenen diğer hukuk sistemlerinde haksız fiilden doğan borç ilişkilerinde kısmi hukuk seçimi imkanı hakkında bir düzenleme öngörülmemiştir⁷⁴⁸. Burdan hareketle kısmi hukuk seçiminin mümkün olmadığı veya aksine, sözleşmeler alanında kabul edilen kısmi hukuk seçiminin, haksız fiiller açısından da geçerli olacağı ileri sürülebilir⁷⁴⁹.

Çalışma kapsamında incelenen düzenlemelerde haksız fiillerde kısmi hukuk seçiminin açıkça yasaklanmamış olmasına ve hukuk seçiminin kabul edildiği hallerde taraf iradesinin üstün tutulması gereğine dayanarak⁷⁵⁰, kısmi hukuk seçiminin mümkün olduğu düşüncesindeyiz⁷⁵¹. Buna göre MÖHUK m. 24, f. 2

⁷⁴³ Bu görüşte bkz. Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s. 46; Nomer, **a.g.e.**, s. 307; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 356; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 253, par. 236; Özdemir Kocasakal, **MÖHUK m. 24**, s. 37; Doğan, **a.g.e.**, s. 352; Demir Gökyayla, **Tek Satıcılık**, s. 316; Tarman, **Akdi Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi**, s. 152; Demirkol, **a.g.e.**, s. 147, 152. Farklı görüşte bkz. Sargın, **a.g.e.**, s. 194; Elçin, **a.g.e.**, s. 85.

⁷⁴⁴ Bu görüşte bkz. Tarman, **Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi**, s. 15; Tarman, **Haksız Rekabet**, s. 126; Sarıöz, **a.g.e.**, s. 180.

⁷⁴⁵ Borçlar Hukuku Hakkında Avrupa Grubu (*European Group on Tort Law*) tarafından hazırlanan söz konusu kurallar bütünü, İngilizce ve Türkçe karşılaştırmalı tercümesi için bkz. <http://civil.udg.edu/php/index.php?id=129&idioma=EN> (erişim tarihi: 5.10.2014).

⁷⁴⁶ Roma II Tüzüğü m. 14 açısından İmalatçının Sorumluluğu Hakkında La Haye Sözleşmesi’nin seçilmesinin hukuk seçimi teşkil etmeyeceği yönünde bkz. Bach, **Art. 14 Rome II**, s. 329.

⁷⁴⁷ Roma II Tüzüğü m. 14 açısından bu yönde bkz. Bach, **Art. 14 Rome II**, s. 342; haksız fiiller açısından bu yönde bkz. Sarıöz, **a.g.e.**, s. 180.

⁷⁴⁸ Roma II Tüzüğü açısından bu yönde bkz. Bach, **Art. 14 Rome II**, s. 329.

⁷⁴⁹ Bach, **Art. 14 Rome II**, s. 329-330; Tarman, **Contractual and non-contractual obligations**, s. 15.

⁷⁵⁰ Sözleşmeler açısından bu yönde bkz. Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 354.

⁷⁵¹ Benzer görüşte bkz. Tarman, **Contractual and non-contractual obligations**, s. 15.

hükümünün burada kıyasen uygulanacağı kanaatindeyiz.

Ancak kısmi hukuk seçiminin, haksız fiilin bütünlüğünü bozmaması şartıyla geçerli olacağının kabul edilmesi uygun olacaktır⁷⁵². Öte yandan kısmi hukuk seçimi, çelişkili yorum ve uygulamalara yol açarak hukuk güvenliğini zedeleyebileceğinden, bu yönde bir imkanın kullanılmasında özenli ve dikkatli davranılması gerekir⁷⁵³.

4) İmalatçının Sorumluluğunda Hukuk Seçiminin Sınırları

Sözleşmelere kıyasla haksız fiilden doğan borç ilişkilerinde hukuk seçimi, pek çok açıdan farklılıklar taşımaktadır⁷⁵⁴. Sözleşmelerde subjektif bağlama, asli bağlama noktası olarak sistematik açıdan ilk sırada düzenlenirken, haksız fiillerde taraf iradesine genellikle objektif bağlama kurallarından sonra yer verilmiştir⁷⁵⁵. Bunun, haksız fiiller alanında hukuk seçiminin sözleşmelere kıyasla daha az uygulama alanı bulacak olmasından kaynaklandığı ifade edilmektedir⁷⁵⁶.

Haksız fiilden doğan ilişkilerde tarafların eşit derecede pazarlık imkanına sahip olmaması ve ilişkinin zayıf tarafı kabul edilen zarar görenin menfaatlerinin ihlal edilmesini önleme amacı, hukuk seçiminin, çeşitli şartlara ve sınırlamalara tabi tutulmasına sebep olmuştur⁷⁵⁷.

⁷⁵² Bu görüşte bkz. Tarman, **Contractual and non-contractual obligations**, s. 15.

Sözleşmeler açısından bu yönde bkz. Özdemir Kocasakal, **MÖHUK m. 24**, s. 42; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 354, 369; Doğan, **a.g.e.**, s. 353.

⁷⁵³ Genel olarak sözleşmelerde kısmi hukuk seçimi açısından bu yönde bkz. Özdemir Kocasakal, **MÖHUK m. 24**, s. 42; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 251-252, par. 232; Tarman, **Akdi Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi**, s. 151; iş sözleşmeleri açısından aynı yönde bkz. Elçin, **a.g.e.**, s. 106-107.

⁷⁵⁴ Imhoff-Scheier/Patocchi, **a.g.e.**, s. 46; Bucher, **Actes illicites**, s. 115-116; Bourel, **a.g.e.**, s. 299; Xu, **a.g.e.**, s. 39; De Boer, **a.g.e.**, s. 22-23; Tiryakioğlu, **Haksız Filler**, s. 213; Tarman, **Haksız Rekabet**, s. 123.

⁷⁵⁵ İsv. MÖHK bu açıdan bir istisna teşkil etmektedir. Haksız fiillere uygulanacak hukuka ilişkin İsv. MÖHK m. 133'teki objektif bağlama kuralından önce Kanun'un 132. maddesinde hukuk seçimi imkanı düzenlenmiştir.

Ancak Alman (Alm. MÖHK m. 42), Belçika (Belçika MÖHK m. 101), Türk hukuku (MÖHUK m. 34, f. 5) ile Roma II Tüzüğü'nde (Tüzük m. 14) hukuk seçimi, objektif bağlama kurallarından sonra düzenlenmiştir.

21.2.2006 tarihli Değiştirilmiş Tüzük Teklifi'nde Roma I Tüzüğü ile de uyumlu olacak şekilde hukuk seçiminin, Tüzük'teki objektif bağlama kurallarından önce ilk sırada düzenlenmiş olması hakkında bkz. von Hein, **a.g.e.**, s. 1688; Tarman, **Roma II**, s. 202.

⁷⁵⁶ GEDIP tarafından hazırlanan ve bu yönde bir sistematığın benimsemiş olduğu Taslak hakkındaki açıdan bu yönde Fallon/Lagarde, **a.g.e.**, s. 6; Roma II Tüzüğü açısından bu yönde bkz. von Hein, **a.g.e.**, s. 1694; Tarman, **Roma II**, s. 202.

⁷⁵⁷ Bucher, **Actes illicites**, s. 115-116; Xu, **a.g.e.**, s. 39; Othenin-Girard, **Rome II**, s. 78; Graziano, **Rome II**, s. 454; Brière, **Rome II**, s. 58; Bourel, **a.g.e.**, s. 298; Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s. 838;

Bu sınırlamaların, haksız fiillerde hukuk seçiminin, tali bir bağlama noktası olmasına yol açtığı belirtilmektedir⁷⁵⁸. Ancak Roma II Tüzüğü'nde pek çok hukuk sisteminde öngörülen sınırlamaların benimsenmemiş olması, Tüzük uyarınca hukuk seçiminin asli bağlama noktası ve “*gerçek bir bağlama kuralı*” olmasına yol açtığı savunulmaktadır⁷⁵⁹.

a) Seçim Zamanına Yönelik Sınırlamalar

Hukuk sistemlerinde prensip olarak haksız fiilin meydana gelmesinden sonra tarafların hukuk seçiminde bulunması kabul edilmektedir. İsviçre (İsv. MÖHK m. 132) ve Türk hukukunda (MÖHUK m. 34, f. 5) taraflar, ancak haksız fiilin meydana gelmesinden sonra hukuk seçiminde bulunabilirler⁷⁶⁰.

Taraflar arasındaki borç ilişkisinin haksız fiilin sebep olduğu zarar ile birlikte doğması sebebiyle zarar veren ile zarar görenin ancak bu aşamadan sonra belli olması ve ilişkinin zayıf tarafı kabul edilen zarar görenin istismar edilmesini engellemek amacıyla, haksız fiilin meydana gelmesinden önce hukuk seçimi genel olarak kabul görmemektedir⁷⁶¹.

Roma II Tüzüğü ise bu açıdan istisnai bir düzenlemeye sahiptir. Tüzük kapsamında da prensip, tarafların haksız fiilin meydana gelmesinden sonra hukuk seçiminde bulunmasıdır⁷⁶². Ancak Tüzük m. 14, f. 1, b bendi uyarınca tarafların her

Imhoff-Scheier/Patocchi, **a.g.e.**, s. 46; Öztekin Gelgel, **a.g.e.**, s. 222, 225-226; Tarman, **Roma II**, s. 202; Tarman, **Haksız Rekabet**, s. 74, 123; ayrıca bkz. Tüzük Başlangıç Bölümü, par. 31.

Sözleşmeler alanında da ticari sözleşmelerden farklı olarak, iş ve tüketici sözleşmeleri gibi sözleşmenin sosyal ve ekonomik açıdan zayıf tarafı olan işçi ile tüketicinin menfaatlerinin korunması amacıyla hukuk seçiminin belirli sınırlamalara tabi tutulması tercih edilmektedir; bkz. Gaudemet-Tallon, **a.g.e.**, s. 247-248; Doğan, **a.g.e.**, s. 372 vd.; Elçin, **a.g.e.**, s. 61 vd.

⁷⁵⁸ Loquin, **a.g.e.**, s. 50. Bu itibarla Alm. MÖHK m. 42 özelinde hukuk seçimi imkanının, tamamlayıcı bir kural olduğu hakkında bkz. Öztekin Gelgel, **a.g.e.**, s. 220; farklı görüşte bkz. Brière, **Rome II**, s. 60.

⁷⁵⁹ Loquin, **a.g.e.**, s. 50-51; Graziano, **Rome II**, s. 451, dn. 16; Brière, **Rome II**, s. 60.

⁷⁶⁰ Bucher, **Actes illicites**, s. 115-116; Bucher/Bonomi, **a.g.e.**, par. 1071-1072; Othenin-Girard, **Rome II**, s. 78; Othenin-Girard, **Rome II et LDIP**, s. 385; Gaudemet-Tallon, **a.g.e.**, s. 232; von Hein, **a.g.e.**, s. 1688; Xu, **a.g.e.**, s. 40; Imhoff-Scheier/Patocchi, **a.g.e.**, s. 46; Bourel, **a.g.e.**, s. 299; De Boer, **a.g.e.**, s. 27; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 459; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 409; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 292-293, par. 304; Doğan, **a.g.e.**, s. 386; Tiryakioğlu, **Haksız Filler**, s. 213; Tarman, **Contractual and non-contractual obligations**, s. 9; Tarman, **Haksız Rekabet**, s. 124; Tarman, **Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi**, s. 11.

⁷⁶¹ De Boer, **a.g.e.**, s. 27; Bucher/Bonomi, **a.g.e.**, par. 1072; Xu, **a.g.e.**, s. 39; Danthe, **a.g.e.**, s. 156; Bourel, **a.g.e.**, s. 299-300; Tarman, **Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi**, s. 11; Tarman, **Haksız Rekabet**, s. 74, 124; Sarıöz, **a.g.e.**, s. 180-181.

⁷⁶² Ayrıca Roma I Tüzüğü'ne kıyasen, haksız fiil meydana geldikten sonra yargılama aşamasında da tarafların Roma II Tüzüğü m. 14 uyarınca hukuk seçiminde bulunulabileceği hakkında bkz. Bertoli,

ikisinin de “*ticari bir faaliyet yürütmesi*”⁷⁶³ ve “*serbestçe müzakere edilmesi*”⁷⁶⁴ koşuluyla haksız fiilin meydana gelmesinden önce de hukuk seçimi yapılabileceği kabul edilmiştir⁷⁶⁵.

Tüzük’te öngörülen *ex ante* hukuk seçiminin, haksız fiilin meydana gelmesinden önce taraflar arasında bir ilişkinin bulunduğu hallerde önem taşıyacağı ifade edilmektedir⁷⁶⁶. Böylelikle eşit pazarlık gücüne sahip taraflar, aralarındaki ticari ilişkileri daha etkili şekilde düzenleyebilecektir⁷⁶⁷. Tüzük’teki *ex ante* hukuk seçimi sayesinde sözleşme dışı borç ilişkilerinde hukuk seçiminin, en geniş şekilde Tüzük’te tanındığı⁷⁶⁸ ve taraf iradesinin gerçek bir bağlama noktası olarak düzenlendiği belirtilmektedir⁷⁶⁹.

İmalatçının sorumluluğu açısından Tüzük’teki bu imkanı değerlendirdiğimizde ticari bir faaliyet sürdüren imalatçı ile onun imal ettiği ürünleri fabrikasında kullanan tacir, serbestçe müzakere edilmesi koşuluyla haksız fiilin meydana gelmesinden önce de geçerli olarak hukuk seçiminde bulunabilecektir. Bu imkan, özellikle süregelen ticari ilişkileri bulunan tacirler arasındaki ilişkilerde öngörülebilirliği temin edecek; milletlerarası ticaretin ihtiyaç duyduğu hukuki güven

a.g.e., s. 707; gerekçesini açıklamadan tarafların bu imkana sahip olduğu yönünde bkz. Schwartz, **a.g.e.**, par. 3.4.

⁷⁶³ Roma II Tüzüğü uyarınca haksız fiilin meydana gelmesinden önce hukuk seçimi imkanının, sadece “*tacirlere*” tanındığı yönünde bkz. Sarıöz, **a.g.e.**, s. 180, dn. 252.

⁷⁶⁴ Böylelikle tacir olmasına karşın sözleşme ilişkisinin zayıf konumunda bulunan tarafın da korunmasının amaçlandığı hakkında bkz. Schwartz, **a.g.e.**, par. 3.4.

Böylelikle iltihaki sözleşmeler ile genel işlem şartlarında yer alan hukuk seçiminin kabul edilmeyeceği hakkında bkz. Loquin, **a.g.e.**, s. 52; Graziano, **Rome II**, s. 445; Dutoit, **Rome II**, s. 313. Ayrıca genel işlem şartlarının, tek bir tarafın önceden belirlediği şartlar olması sebebiyle Tüzük m. 14, f. 1’teki tarafların serbestçe müzakere etme şartını sağlamayacağı yönünde bkz. Bach, **Art. 14 Rome II**, s. 336.

Öte yandan Tüzük uyarınca bu imkanın, yalnızca tacirlere tanınmış olması doktrinde eleştirilmektedir. Bunun yerine, taraflardan birinin zayıf konumunda olmadığı ilişkilerle sınırlandırılmasının daha uygun olacağı veya ilişkinin zayıf tarafının, hukuk seçimi anlaşmasına sonradan rıza gösterdiği hallerde hukuk seçiminin geçerli sayılması yönünde bir istisnaya yer verilmesinin isabetli olacağı ileri sürülmektedir. Bu yöndeki görüş ve eleştiriler için bkz. Dutoit, **Rome II**, s. 313; Bach, **Art. 14 Rome II**, s. 327-328; Symeonides, **Centrist Critique**, s. 170-171; De Boer, **a.g.e.**, s. 29.

⁷⁶⁵ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Graziano, **Rome II**, s. 452-453; Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s. 838; von Hein, **a.g.e.**, s. 1694; Brière, **Rome II**, s. 58; Othenin-Girard, **Rome II et LDIP**, s. 385; Dutoit, **Rome II**, s. 313; Loquin, **a.g.e.**, s. 51; Clarkson/Hill, **a.g.e.**, s. 285; Bach, **Art. 14 Rome II**, s. 334-337; Symeonides, **Centrist Critique**, s. 171; De Boer, **a.g.e.**, s. 27; Bertoli, **a.g.e.**, s. 705, 709; Niboyet/Pradelle, **a.g.e.**, s. 44; Schwartz, **a.g.e.**, par. 3.4.

⁷⁶⁶ Graziano, **Rome II**, s. 453-454; Brière, **Rome II**, s. 58; Clarkson/Hill, **a.g.e.**, s. 285; Schwartz, **a.g.e.**, par. 3.4.

⁷⁶⁷ von Hein, **a.g.e.**, s. 1688; Brière, **Rome II**, s. 58; Graziano, **Rome II**, s. 453; Clarkson/Hill, **a.g.e.**, s. 285; Bach, **Art. 14 Rome II**, s. 337.

⁷⁶⁸ Dutoit, **Rome II**, s. 312.

⁷⁶⁹ Loquin, **a.g.e.**, s. 51; Brière, **Rome II**, s. 60.

ve istikrarı sağlayacaktır. Buna karşılık imalatçı ile ticari bir faaliyet sürdürmeyen bir kişi, örneğin bir tüketici arasında aynı imkan söz konusu olmayacaktır⁷⁷⁰. Tüketici ve imalatçı ancak, hatalı ürün zarara yol açtıktan sonra Tüzük uyarınca hukuk seçiminde bulunabilecektir.

MÖHUK m. 34, f. 5'te hukuk seçiminin, haksız fiilin meydana gelmesinden sonra yapılabileceği kabul edilmiştir⁷⁷¹. Böylelikle Türk mahkemeleri önündeki imalatçının sorumluluğundan doğan bir uyuşmazlıkta zarar gören ve imalatçı, ancak ürün zarara yol açtıktan sonra hukuk seçiminde bulunabilir. Taraflar, ürün zarara yol açtıktan sonra bu zararın tazmini amacıyla açılan dava esnasında da hukuk seçimi yapabilirler⁷⁷². Ayrıca irade serbestisi ilkesine uygun olarak ve MÖHUK m. 24, f. 3 hükmünün kıyasen uygulanması sonucunda tarafların seçtikleri hukuku sonradan değiştirmeleri de mümkündür⁷⁷³.

MÖHUK m. 34, f. 5'teki açık düzenleme karşısında tarafların, ürün zarara yol açmadan önce hukuk seçiminde bulunmasının mümkün olmadığı kanaatindeyiz⁷⁷⁴. Tarafların her ikisinin ticari bir faaliyet yürütmesi de bu sonucu değiştirmeyecektir. Ürün zarara yol açmadan önce taraflar hukuk seçiminde bulunmuş olsalar bile bu seçimin geçerli olmayacağını; böyle bir durumda uygulanacak hukukun, objektif bağlama kuralı uyarınca belirleneceğini düşünmekteyiz.

Bununla beraber MÖHUK'ta haksız fiilin meydana gelmesinden önce hukuk seçimi imkanının tamamen yasaklanmasının, katı bir bakış açısı olduğunu kabul etmekteyiz. Doktrinde de MÖHUK m. 34, f. 5'te hukuk seçiminin, haksız fiilin

⁷⁷⁰ Bu yönde bkz. von Hein, **a.g.e.**, s. 1694; Bach, **Art. 14 Rome II**, s. 327, 335.

⁷⁷¹ MÖHUK m. 34, f. 5 kapsamında seçim zamanına yönelik sınırlama hakkında bkz. Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 459; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 409; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 292-293, par. 304; Doğan, **a.g.e.**, s. 386; Tiryakioğlu, **Haksız Filler**, s. 213; Tarman, **Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi**, s. 11; Tarman, **Haksız Rekabet**, s. 124; Sarıöz, **a.g.e.**, s. 180.

⁷⁷² İsv. MÖHK m. 132 kapsamında haksız fiilin meydana gelmesinden sonra tarafların, yargılama aşaması da dahil her zaman hukuk seçiminde bulunabilecekleri yönünde bkz. Imhoff-Scheier/Pattocchi, **a.g.e.**, s. 46; Xu, **a.g.e.**, s. 40; Tarman, **Haksız Rekabet**, s. 127.

⁷⁷³ Roma II Tüzüğü m. 14 kapsamında tarafların seçtikleri hukuku sonradan değiştirebilecekleri yönünde bkz. Bach, **Art. 14 Rome II**, s. 334.

⁷⁷⁴ Doktrinde bir görüş, bazı hukuki ilişkilerde haksız fiilin meydana gelmesinden önce de hukuk seçimi yapılması ihtiyacına dayanarak, haksız fiilin meydana gelmesinden önce de prensip olarak hukuk seçimi yapılabilmesinin kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Bu görüşte bkz. Nomer, **a.g.e.**, s. 354.

Söz konusu görüşün, *de lege ferenda* isabetli bir bakış açısını ortaya koyduğunu kabul etmekteyiz. Ancak MÖHUK m. 34, f. 5'teki açık düzenleme karşısında haksız fiilin meydana gelmesinden önce hukuk seçiminin mümkün olmayacağı düşüncesindeyiz.

meydana gelmesinden sonra yapılması şartıyla öngörölmüş olması eleştirilmektedir⁷⁷⁵. Hatta bu sınırlamanın, hukuk seçimi imkanını uygulama kabiliyetinden büyük ölçüde yoksun kıldığı ileri sürölmektedir⁷⁷⁶.

İmalatçının sorumluluğunda zarar görenin yalnızca tüketicilerden ibaret olmadığı düşünöldüğünde ticari bir faaliyet sürdüren tarafların, ürünün zarara yol açmasından önce de hukuk seçiminde bulunmak ve böylelikle aralarındaki hukuki ilişkideki belirsizlikleri ortadan kaldırmak açısından haklı menfaatleri bulunacaktır⁷⁷⁷.

Bu bakımdan Roma II Tüzüğü m. 14 hükmünde benimsenen esasa benzer şekilde, “*taraflardan birinin zayıf konumda olmadığı ilişkilerde, serbestçe müzakere edilmesi kaydıyla haksız fiilin meydana gelmesinden önce de taraflar hukuk seçiminde bulunabilir*” yönünde bir değişikliğin, MÖHUK m. 34, f. 5 açısından yapılması uygun olabilecektir. Böyle bir değişikliğin yapılması koşuluyla taraflar, haksız fiilin meydana gelmesinden önce de hukuk seçiminde bulunarak, ihtiyaç duydukları öngörülebilirliği sağlayabileceklerdir.

b) Seçimin Gerçekleştirilme Biçimine Yönelik Sınırlamalar

İsviçre hukukunda haksız fiilden doğan borç ilişkilerinde taraf iradesinin gerçekleşme biçimi sınırlandırılmamıştır. Buna göre açık hukuk seçimi ile birlikte

⁷⁷⁵ Nomer, **a.g.e.**, s. 354; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 293, par. 304, dn. 413.

⁷⁷⁶ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, par. 304, dn. 413.

Ayrıca haksız fiil ilişkisinin tarafları arasında önceden bir ilişkinin bulunmadığı hallerde uyumsuzluk meydana geldikten sonra tarafların, hukuk seçiminde bulunmak konusunda fazlaca istekli olmayacağı hakkında bkz. De Boer, **a.g.e.**, s. 29; Clarkson/Hill, **a.g.e.**, s. 285.

⁷⁷⁷ Doktrinde MÖHUK m. 34, f. 3’te yer alan daha sıkı ilişkili hukuk kuralının, haksız fiiller açısından önceden yapılmış bir hukuk seçimi gibi sonuç doğurabileceği belirtilmektedir (Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 462; Tarman, **Haksız Rekabet**, s. 124; Sarıöz, **a.g.e.**, s. 170). Dolaylı hukuk seçimi olarak adlandırılan bu durumda taraflar arasında mevcut sözleşmesel bir ilişki bulunması ve haksız fiilin bu ilişki ile irtibatlı olması halinde tarafların arasındaki sözleşmeye uygulanmak üzere seçtikleri hukukun, daha sıkı ilişkili hukuk kuralı syaesinde haksız fiile de uygulanması söz konusu olacaktır (Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 462; Tarman, **Haksız Rekabet**, s. 125; Sarıöz, **a.g.e.**, s. 170).

Ancak MÖHUK m. 36’da daha sıkı ilişkili hukuk kuralına yer verilmemiştir. Ayrıca hükümde MÖHUK m. 34, f. 3’e atıfta da bulunulmamıştır. Bu sebeple taraflar arasındaki mevcut sözleşme ilişkisine uygulanmak üzere seçilen hukukun, ürünün yol açtığı zararın doğumundan sonra zarar veren imalatçının sorumluluğu hakkında uygulanmasının tartışmaya açık olduğu düşüncesindeyiz. Bu konudaki değerlendirmemiz için bkz. aşağı. “Türk Hukuku Açısından Değerlendirmemiz” başlıklı bölüm (İkinci Bölüm, IV, B, 5, c).

zımni hukuk seçimi de İsviçre hukukunda kabul edilmiştir⁷⁷⁸.

Roma II Tüzüğü m. 14, f. 1’de hukuk seçiminin, “*açık şekilde veya halin icabından şüpheye yer bırakmayacak şekilde yapılabileceği*” düzenlenmiştir⁷⁷⁹. Hukuk seçiminin, somut olayın şartlarından tereddüde yer vermeyecek şekilde anlaşılması gerektiğinin belirtilmesiyle, farazi hukuk seçimi önlenmek istenmiştir⁷⁸⁰. Dolayısıyla tarafların, hukuk seçiminde bulunmak bakımından belirli bir bilinç ve iradelerinin bulunmamasına karşın, hukuk seçimi yapmayı arzu etselerdi seçebilecekleri düşünülen hukuk veya tarafların menfaatine uygun olduğu düşünülmüş ve hakim tarafından belirlenen hukuk şeklinde ortaya çıkabilecek farazi hukuk seçimi geçerli olmayacaktır⁷⁸¹.

Öte yandan Roma II Tüzüğü kapsamında yargılama aşamasında zımni hukuk seçiminde bulunulması için, tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarını objektif bağlama kuralının gösterdiği hukuk dışında belirli bir hukuka dayandırmalarının yeterli olmadığı belirtilmektedir⁷⁸². Zımni hukuk seçiminin söz konusu olması için, tarafların iddia ve savunmalarını dayandığı hukukun, objektif bağlama kuralının gösterdiği hukuk olmadığı hakkında belirli bir bilinç içerisinde hareket etmeleri gerekmektedir⁷⁸³. Bu sebeple imalatçının sorumluluğundan kaynaklanan bir uyuşmazlıkta tarafların, yargılama aşamasında yabancılık unsuru hakkında sessiz

⁷⁷⁸ Dutoit, **Commentaire**, s. 460; Imhoff-Scheier/Pattocchi, **a.g.e.**, s. 46; Othenin-Girard, **Rome II**, s. 78; Tarman, **Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi**, s. 10; Tarman, **Haksız Rekabet**, s. 125; Sarıöz, **a.g.e.**, s. 178.

İsviçre hukukunda haksız fiilden doğan borç ilişkilerinde hukuk seçiminin gerçekleştirilme biçimi açısından açık bir düzenleme İsv. MÖHK’da yer almamaktadır. Ancak sözleşmelere ilişkin İsv. MÖHK m. 116’da öngörülen esasların, haksız fiiller açısından da kıyasen uygulanacağı kabul edildiğinden, haksız fiiller alanında da zımni hukuk seçiminin sözleşmelerdeki esaslara uygun olarak yapılabileceği hakkında bkz. Othenin-Girard, **Rome II**, s. 78; Tarman, **Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi**, s. 10.

⁷⁷⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s. 839; Dutoit, **Rome II**, s. 314; Brière, **Rome II**, s. 58; Bach, **Art. 14 Rome II**, s. 330; Bertoli, **a.g.e.**, s. 706; Tarman, **Roma II**, s. 203.

⁷⁸⁰ Brière, **Rome II**, s. 58; Loquin, **a.g.e.**, s. 52; Graziano, **Rome II**, s. 452; Bertoli, **a.g.e.**, s. 706-707.

⁷⁸¹ Bach, **Art. 14 Rome II**, s. 330-331; Loquin, **a.g.e.**, s. 52.

⁷⁸² Bach, **Art. 14 Rome II**, s. 330-331 ve bu görüşteki diğer yazarlar için bkz. Bach, **Art. 14 Rome II**, s. 331, dn. 18.

Sözleşmeler açısından MÖHUK m. 24 uyarınca zımni hukuk seçimi hakkında benzer yönde Demir Gökyayla, **Tek Satıcılık**, s. 330-334; Demirkol, **a.g.e.**, s. 204 vd.

⁷⁸³ Bach, **Art. 14 Rome II**, s. 330-331 ve bu görüşteki diğer yazarlar için bkz. Bach, **Art. 14 Rome II**, s. 331, dn. 18.

Bu itibarla yetki sözleşmesinin varlığının da tek başına seçilen mahkemenin hukukunun uygulanması yönünde zımni hukuk seçimi teşkil etmeyeceği; yetki sözleşmesi yapabilecek kadar bilgi ve tecrübeye sahip tarafların hukuk seçimi hakkında sessiz kalmalarının, hukuk seçiminin bulunmadığı olarak yorumlanacağı hakkında bkz. Bach, **Art. 14 Rome II**, s. 331.

kalmaları veya karşılıklı iddia ve savunmalarını belirli bir ülke hukukuna dayandırmaları kanaatimizce zımni hukuk seçiminin kabulü için yeterli değildir⁷⁸⁴.

Türk hukukunda ise MÖHUK m. 34, f. 5 hükmünde haksız fiilden doğan borç ilişkilerinde tarafların açık hukuk seçiminde bulunabileceği öngörülmüştür. Zımni hukuk seçimi kabul edilmemiştir⁷⁸⁵. MÖHUK m. 34, f. 5'teki açık düzenleme karşısında imalatçının sorumluluğundan doğan uyuşmazlıklarda tarafların hukuk seçimine ilişkin iradelerinin, irade beyanları dışındaki hiçbir unsura başvurmadan, yoruma gerek kalmayacak şekilde net ve anlaşılır olması gerekecektir⁷⁸⁶.

Gerekçesine ilişkin bir açıklamaya yer verilmemekle birlikte doktrinde haksız fiillerde zımni hukuk seçiminin kabul edilmemesinin sebebi olarak, “*haksız fiil ilişkisinin niteliği*” gösterilmektedir⁷⁸⁷. Bu görüşün, haksız fiil ilişkisinin niteliği ile neyi kastettiği anlaşılamamaktadır. Şayet burada haksız fiilin meydana gelmesinden önce taraflar arasında çoğunlukla bir ilişki bulunmaması; haksız fiil oluştuktan sonra zarar gören ile failin menfaatlerinin farklı yönde olması veya tarafların eşit koşullarda bulunmaması sebebiyle zarar görenin menfaatinin korunmasının amaçlanması kastediliyorsa, kanaatimizce bu sebeplerden hiçbiri zımni hukuk seçiminin yasaklanmasına yol açmayacaktır. Sayılan bu sebepler en fazla, haksız fiillerde hukuk seçiminin kabul edilmemesi için gerekçe teşkil edebilecektir. Ancak MÖHUK'ta bu yönde bir tercihte de bulunulmadığı ortadadır. Ayrıca zımni hukuk seçiminin de taraf iradeleri arasında gerçek bir uyuşmayı yansıttığı açıktır⁷⁸⁸.

⁷⁸⁴ Farklı görüşte bkz. Fallon, s. 253-254.

⁷⁸⁵ Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 459; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 292-293, par. 304; Tiryakioğlu, **Haksız Filler**, s. 213; Tarman, **Contractual and non-contractual obligations**, s. 9; Tarman, **Haksız Rekabet**, s. 125; Tarman, **Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi**, s. 10.

Buna karşılık doktrinde farklı bir görüş, MÖHUK m. 34, f. 5'teki “*açık*” kavramının, 2675 sayılı mülga MÖHUK m. 24 kapsamında sözleşmeden doğan borç ilişkileri açısından “*açık*” kavramına verilen anlam çerçevesinde yorumlanması gerektiğini belirtmektedir. Böylelikle tarafların tereddüde yer vermeyecek şekilde Türk hukukunu seçtiklerinin tespit edilmesi halinde, Türk hukuku lehine yapılan bu seçime geçerlilik tanınmasının isabetli olacağını savunmaktadır. Bu görüşte bkz. Doğan, **a.g.e.**, s. 386.

⁷⁸⁶ Zımni hukuk seçimi hakkında genel olarak bkz. Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 358; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 250-251, par. 230; Özdemir Kocasakal, **MÖHUK m. 24**, s. 29; Doğan, **a.g.e.**, s. 347; Demir Gökyayla, **Tek Satıcılık**, s. 179-180; Elçin, **a.g.e.**, s. 79.

⁷⁸⁷ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 409.

MÖHUK m. 34 hükmüne ilişkin gerekçede, haksız fiillerde hukuk seçiminin zımni hukuk seçimi ile sınırlı tutulması hakkında ayrıca bir açıklamaya yer verilmemiştir (5718 Sayılı MÖHUK Tasarısı İle İlgili Adalet Komisyonu Raporu, s. 23).

⁷⁸⁸ Sözleşmeler açısından bu yönde bkz. Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 358; Özdemir Kocasakal, **MÖHUK m. 24**, s. 43-44.

Bu çerçevede MÖHUK uyarınca haksız fiillerde hukuk seçiminin, açık hukuk seçimi ile sınırlı tutulmasının isabetli olup olmadığının tartışmaya açık olduğu kanaatindeyiz. Nitekim MÖHUK m. 34, f. 5'teki hukuk seçimi imkanını uygulanma imkanından yoksun kılanın, yalnızca seçimin sonradan yapılma şartı olmadığını; hükümde, açık hukuk seçiminin aranması da olduğunu düşünmekteyiz. Kanımızca, MÖHUK m. 34, f. 5'te hukuk seçiminin açık olarak yapılması yönündeki sınırlamanın hükümden çıkartılması, irade serbestisi ilkesinin tam anlamıyla gerçekleşmesine ve taraf menfaatlerine uygun sonuçlar sağlanmasına hizmet edecektir.

c) Seçilebilecek Hukuka Yönelik Sınırlamalar

Seçilebilecek hukuk sistemlerine ilişkin olarak İsv. MÖHK m. 132'de tarafların sadece “*İsviçre hukukunu*” seçebileceği öngörülmüştür⁷⁸⁹. Topluluk hukuku ile Türk hukukunda ise bu yönde bir sınırlama kabul edilmemiştir.

Buna göre Roma II Tüzüğü uyarınca taraflar, AB üyesi olsun olmasın diledikleri devletin hukukunu seçebilirler⁷⁹⁰. MÖHUK m. 34, f. 5 uyarınca da haksız fiil ilişkisinin taraflarının diledikleri ülke hukukunu seçmeleri mümkündür⁷⁹¹. Ayrıca MÖHUK m. 34, f. 5 uyarınca tarafların seçeceği hukukun, uyuşmazlıkla bağlantılı olması veya bu hukukun seçilmesinde tarafların haklı menfaatlerinin bulunması gibi

⁷⁸⁹ Söz konusu hükmün yorumu için bkz. Bucher/Bonomi, **a.g.e.**, par. 1071; Bucher, **Actes illicites**, s. 115; Bourel, **a.g.e.**, s. 300; Othenin-Girard, **Rome II**, s. 78; Othenin-Girard, **Rome II et LDIP**, s. 385; Graziano, **Rome II**, s. 452, dn. 18; Imhoff-Scheier/Pattochi, **a.g.e.**, s. 45; Xu, **a.g.e.**, s. 40; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 454; Tarman, **Haksız Rekabet**, s. 126; Sarıöz, **a.g.e.**, s. 177.

İsviçre hukukunda haksız fiillerde hukuk seçiminin *lex fori* ile sınırlı tutulmasının, tarafların eşit koşullarda bulunmaması sebebiyle ilişkisinin zayıf tarafı kabul edilen zarar görenin menfaatinin korunmasının amaçlanması kaynaklandığı hakkında bkz. Bucher, **Actes illicites**, s. 115; Othenin-Girard, **Rome II**, s. 78; Xu, **a.g.e.**, s. 40; Tarman, **Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi**, s. 14; Sarıöz, **a.g.e.**, s. 177-178; Imhoff-Scheier/Pattochi, **a.g.e.**, s. 46.

Ancak seçimin, İsviçre hukuku ile sınırlanması ve bunun gerekçesi doktrinde eleştirilmektedir (Bucher, **Actes illicites**, s. 115-116; Bucher/Bonomi, **a.g.e.**, par. 1073; Xu, **a.g.e.**, s. 40; Imhoff-Scheier/Pattochi, **a.g.e.**, s. 46; Sarıöz, **a.g.e.**, s. 177-178). Seçilen yabancı hukuk da İsviçre hukuku gibi zarar görenin menfaatlerini koruyan maddi hukuk kurallarına sahip olabilecektir (Bucher, **Actes illicites**, s. 115; Bucher/Bonomi, **a.g.e.**, par. 1073). Dolayısıyla İsv. MÖHK'da sınırlamanın temel sebebinin, taraflar ve özellikle de sigortacılar açısından yargılama sürecinin kolaylaştırılması; tarafların dostane çözüm yolları ile uyuşmazlığın sona erdirilmesi hususunda daha kolay anlaşabilmeleri olarak gösterilmektedir (Bucher, **Actes illicites**, s. 115-116; Bucher/Bonomi, **a.g.e.**, par. 1073; Danthe, **a.g.e.**, s. 155).

⁷⁹⁰ Graziano, **Rome II**, s. 452; Dutoit, **Rome II**, s. 313; Othenin-Girard, **Rome II et LDIP**, s. 385-386; Bach, **Art. 14 Rome II**, s. 328; De Boer, **a.g.e.**, s. 29; von Hein, **a.g.e.**, s. 1688; Brière, **Rome II**, s. 58; Fröhlich, **a.g.e.**, s. 8-9; Tanrıbilir, **Roma II**, s. 129.

⁷⁹¹ Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 454; Tarman, **Haksız Rekabet**, s. 126.

koşullar da aranmamıştır⁷⁹². Böylelikle Türk mahkemeleri önündeki imalatçının sorumluluğundan kaynaklanan bir uyuşmazlıkta taraflar, kendileri için en uygun olduğunu düşündükleri hukuku seçmek açısından tam bir serbestiye sahiptir⁷⁹³.

ç) Seçilen Hukukun Etki Alanına Yönelik Sınırlamalar

Haksız fiillerde hukuk seçiminin etki alanının da sınırlandırılması tercih edilmektedir. Özellikle zarar verenin sigortacısı düşünülerek⁷⁹⁴, seçilen hukukun üçüncü kişilerin haklarını etkilemeyeceği, Roma II Tüzüğü m. 14, f. 1’de açıkça düzenlenmiştir⁷⁹⁵. İsviçre hukukunda da İsv. MÖHK m. 116, f. 3 hükmünün kıyasen uygulanmasıyla, haksız fiillere uygulanmak üzere seçilen hukukun, üçüncü kişilerin haklarını etkilemeyeceği kabul edilmektedir⁷⁹⁶.

MÖHUK m. 34, f. 5’te hukuk seçiminin üçüncü kişilerin haklarına etkisi hakkında bir düzenleme yapılmamıştır. Ancak sözleşmenin kurulmasından sonradan yapılan hukuk seçiminin üçüncü kişilerin haklarını etkilemeyeceğine ilişkin MÖHUK m. 24, f. 3 hükmünün, haksız fiilden kaynaklanan borç ilişkilerinde de kıyasen uygulanacağı kanısındayız⁷⁹⁷. Bu bakımdan imalatçının sorumluluğunda tarafların zararın meydana gelmesinden sonra yaptıkları hukuk seçimi, sigortacılar gibi üçüncü kişilerin haklarını etkilemeyecektir. Böylelikle tarafların hukuk seçiminde bulunması halinde zarar verenin sigortacısı, hukuk seçimi söz konusu olmasaydı objektif bağlama kuralı uyarınca belirlenen hukukun öngördüğü

⁷⁹² Bu yönde bkz. Tarman, **Haksız Rekabet**, s. 126.

⁷⁹³ Öte yandan tarafların seçtikleri hukukun, ABD gibi bölgesel hukuk düzenlerine sahip olması halinde bu seçimin de MÖHUK m. 34, f. 5 anlamında geçerli bir hukuk seçimi teşkil edeceği kanaatindeyiz. Bu durumda hangi bölge hukukunun uygulanacağı, MÖHUK m. 2, f. 5 uyarınca seçilen hukuktaki kurallara göre belirlenecek; seçilen hukukta bu yönde kuralların bulunmaması halindeyse uyuşmazlıkla en sıkı ilişkili bölge hukuku yetkili olacaktır.

⁷⁹⁴ Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s. 839; Dutoit, **Rome II**, s. 314; Graziano, **Rome II**, s. 456; Brière, **Rome II**, s. 58; Othenin-Girard, **Rome II**, s. 78; Othenin-Girard, **Rome II et LDIP**, s. 386; Bertoli, **a.g.e.**, s. 706; Tarman, **Roma II**, s. 203.

⁷⁹⁵ Söz konusu kuralın yorumu hakkında bkz. Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s. 839; Brière, **Rome II**, s. 58; De Boer, **a.g.e.**, s. 22; Bertoli, **a.g.e.**, s. 706; Tarman, **Roma II**, s. 203.

Bununla beraber Roma II Tüzüğü açısından bu sınırlamanın, yalnızca haksız fiilin meydana gelmesinden sonra yapılacak hukuk seçimi açısından geçerli olduğu; haksız fiilin meydana gelmesinden önce hukuk seçiminin söz konusu olduğu hallerde, bu kısıtlamanın uygulanmayacağı belirtilmektedir (Graziano, **Rome II**, s. 456). Zira aksi takdirde taraflara haksız fiilin meydana gelmesinden önce hukuk seçimi imkanı tanınmasının hiçbir anlamı kalmayacağı ifade edilmektedir (Graziano, **Rome II**, s. 456).

⁷⁹⁶ Dutoit, **Commentaire**, s. 460; Imhoff-Scheier/Pattocchi, **a.g.e.**, s. 46; Sarıöz, **a.g.e.**, s. 178.

⁷⁹⁷ Haksız rekabet açısından bu yönde bkz. Tarman, **Haksız Rekabet**, s. 130.

miktardan daha yüksek bir miktar ile sorumlu tutulamayacaktır⁷⁹⁸.

B) Zarar Görene Tanınan Seçim Hakkı

İsv. MÖHK m. 135 ve MÖHUK m. 36 uyarınca imalatçının sorumluluğuna uygulanacak hukuk, zarar görene tanınan seçim hakkı uyarınca belirlenmektedir. İmalatçının Sorumluluğu Hakkında La Haye Sözleşmesi'nde ise m. 4-5'te öngörülen kademeli bağlama kuralları somut olayda uygulanamadığı takdirde⁷⁹⁹ Sözleşme m. 6'da zarar görene seçim hakkı tanınmıştır.

Dolayısıyla İsviçre ve Türk hukukundan farklı olarak Sözleşme m. 6'daki seçim hakkı, tali olarak devreye girmektedir⁸⁰⁰. Uygulanacak hukukun belirlenebilmesi için bir bakıma son çaredir. Nitekim uygulamada bununla nadir olarak karşılaşılacağı ifade edilmektedir⁸⁰¹.

1) Zarar Görene Seçim Hakkı Tanınmasında Gözetilen Menfaatler

Uygulanacak hukukun, zarar görene tanınan seçim hakkı uyarınca belirlenmesi, ika yeri ile zarar yerinin farklı olduğu haksız fiiller açısından benimsenmiş alternatif sisteme (*Günstigkeitsprinzip, règle de l'ubiquité, ubiquity*) dayanır⁸⁰². Bu yöntem, maddi hukuka ilişkin menfaatlerin dikkate alınarak, haksız

⁷⁹⁸ Dutoit, **Rome II**, s. 314; Bach, **Art. 14 Rome II**, s. 338; Tarman, **Roma II**, s. 203.

⁷⁹⁹ Reese, **Explanatory Report**, s. 254; Fawcett, **a.g.e.**, s. 142; Fallon, **a.g.e.**, s. 246-248, 254; Plender/Wilderspin, **a.g.e.**, s. 565; Bertoli, **a.g.e.**, s. 701, dn. 12; Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 449; Niboyet/Pradelle, **a.g.e.**, s. 50; Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 65; Xu, **a.g.e.**, s. 14-15; Turhan, **a.g.e.**, s. 330; Öztekin Gelgel, **a.g.e.**, s. 125; Özel, **İmalatçının Sorumluluğu**, s. 915; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğuna İlişkin Kurallar**, s. 288; Tarman, **Devletler Özel İmalatçı**, s. 32-33.

Sözleşme m. 4 ve m. 5 hükümlerinin uygulanmadığı bir olaya örnek olarak, mutad meskeni İngiltere'de bulunan kişinin, Fransa'da tatilini geçirirken satın aldığı, esas işyeri Almanya'da bulunan imalatçı tarafından imal edilen ürün sebebiyle İtalya'da yaralanması gösterilmektedir. Bu ve benzer örnekler için bkz. Fawcett, **a.g.e.**, s. 142.

⁸⁰⁰ Bourel, **a.g.e.**, s. 298; Fawcett, **a.g.e.**, s. 142; Batiffol, **a.g.e.**, s. 257; Reese, **Explanatory Report**, s. 254.

⁸⁰¹ Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 66.

⁸⁰² Bucher, **Actes illicites**, s. 128; Schwartz, **a.g.e.**, par. 5, dn. 73; Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 63.

Ayrıca Roma II Tüzüğü'nde çevre zararlarına ilişkin Tüzüğün 7. maddesinde uygulanacak hukukun, zarara görene tanınan seçim hakkı uyarınca belirlenmesi benimsenmiştir. Tüzük m. 7'nin alternatif sisteme dayandığı hakkında bkz. Michael Bogdan, "The Treatment of Environmental Damage in Regulation Rome II", **The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations, A New International Litigation Regime**, Ed. John Ahern&William Binchy, Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2009, s. 220-221; Angelika Fuchs, "Chapter II- Torts/Delicts, Art. 7 Rome II", **Rome II Regulation Pocket Commentary**, Ed. Peter Huber, Munich: Sellier European Law Publishers, 2011, (Art. 7 Rome II), s. 203.

fiil ilişkisinin zayıf tarafı kabul edilen zarar görenin korunmasının amaçları⁸⁰³.

İmalatçının sorumluluğunda da zarar görenin menfaatinin korunmasına öncelik verilmesi dolayısıyla zarar görene seçim hakkı tanınması makul bulunmaktadır⁸⁰⁴. Böylelikle zarar gören, önceden belirlenmiş hukuklar arasında bir seçim yaparak, kendisi için en avantajlı maddi çözümü sunan hukukun uygulanmasını sağlayacaktır⁸⁰⁵. Zarar veren işyerini, daha düşük sorumluluk öngören bir ülkeye taşıyarak veya ürünlerini böyle bir ülke pazarında piyasaya sürerek, sorumluluktan kaçamayacaktır⁸⁰⁶.

Zarar görene seçim hakkı tanıyan kurallarda belirsizliğin önlenebileceği ifade edilmektedir⁸⁰⁷. Zarar görenin seçebileceği hukuklar, uyumsuzluk ve taraflarla ilişkili hukuklar olarak belirlenmektedir. Ayrıca seçilen hukukun uygulanmasının, zarar

⁸⁰³ Andrea Bonomi, “The Swiss Codification of Private International Law of 1987”, **Rapports suisses présentés au XVIIIe Congrès international de droit comparé: Washington, du 25 juillet au 1er août 2010**, Ed. Lukas Heckendorn Urscheler/Annelot Peters, Genève: Schulthess, 2010, (Swiss Codification), s. 47-48.

Tüzük m. 7 uyarınca çevre zararları bakımından bu yöntemin benimsenmesinin Tüzük’te çevrenin korunmasına verilen önem sebebiyle zarar görenin menfaatinin korunmasından kaynaklandığı hakkında bkz. Bogdan, **a.g.e.**, s. 220; Brière, **Rome II**, s. 57; Symeonides, **Centrist Critique**, s. 166. İsv. MÖHK’da imalatçının sorumluluğunu düzenleyen İsv. MÖHK m. 135 dışında, Kanun’un 138. maddesinde çevre zararları, 139. maddesinde ise kişilik haklarının ihlalinde, zarar görene seçim hakkı tanınmıştır. Bunun, zarar görenin korunması amacından kaynaklandığı hakkında bkz. Bonomi, **Swiss Codification**, s. 48. İsv. MÖHK m. 139 hakkında detaylı olarak bkz. Özel, **Kişilik Hakkı**, s. 106-110. MÖHUK’ta imalatçının sorumluluğu dışında, kişilik haklarının ihlaline uygulanacak hukuku düzenleyen 35. maddede zarar görene seçim hakkı tanınmıştır. MÖHUK m. 35 açısından bu tercihin, “zarar görene duyulan sempatiye” dayandığı hakkında bkz. Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 298, par. 312; zayıf durumda bulunan zarar görene kısıtlı da olsa seçim hakkı tanıdığı yönünde aynı görüşte bkz. Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 466.

⁸⁰⁴ François Knoepfler/Philippe Schweizer, **Précis de Droit International Privé Suisse**, Berne: Staempfli, 1990, s. 175; Kühne, **a.g.e.**, s. 27; Ena, **a.g.e.**, s. 1452-1453; Bucher/Bonomi, **a.g.e.**, par. 1078; Bourel, **a.g.e.**, s. 295; Weintraub, **Interest Analysis**, s. 504; Saravalle, **a.g.e.**, s. 111; Graziano, **Product Liability**, s. 480; Fallon, **a.g.e.**, s. 293; Fallon, **Autonomie de la volonté**, s. 181-182; Gaudemet-Tallon, **a.g.e.**, s. 238; Bucher, **Actes illicites**, s. 128; Imhoff-Scheier/Patochhi, **a.g.e.**, s. 59, 61; Nomer, **a.g.e.**, s. 354-355; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 421; Öztekin Gelgel, **a.g.e.**, s. 127; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 300, par. 316; Özel, **İmalatçının Sorumluluğu**, s. 911; Doğan, **a.g.e.**, s. 393; Çalışkan, **a.g.e.**, s. 307. Farklı yönde bkz. Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 73; Kozyris, **a.g.e.**, s. 495; Tarman, **Devletler Özel İmalatçı**, s. 44.

⁸⁰⁵ Russell Weintraub, “A Proposed Choice-of-Law Standard for International Products Liability Disputes”, **Brook. J. Int’l L.**, C. 16, 1990, (Choice-of-Law Standard), s. 233; Kühne, **a.g.e.**, s. 27; Kozyris, **a.g.e.**, s. 495; Bucher, **Actes illicites**, s. 128; Bourel, **a.g.e.**, s. 298; Imhoff-Scheier/Patochhi, **a.g.e.**, s. 61; Othenin-Girard, **Rome II**, s. 84; Othenin-Girard, **Rome II et LDIP**, s. 388; Bogdan, **a.g.e.**, s. 15; Bonomi, **Swiss Codification**, s. 47-48; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 300-301, par. 316; Tiryakioğlu, **Haksız Filler**, s. 213; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 468; Özel, **Uygulanacak Hukuk**, s. 223; Çalışkan, **a.g.e.**, s. 307; Tarman, **Contractual and non-contractual obligations**, s. 11; Tarman, **Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi**, s. 21.

⁸⁰⁶ Roma II Tüzüğü çevre zararları bakımından bu yönde bkz. Bogdan, **a.g.e.**, s. 220-221.

⁸⁰⁷ Fallon, **a.g.e.**, s. 299; Bucher, **Actes illicites**, s. 128; Batiffol, **a.g.e.**, s. 254; Özel, **Uygulanacak Hukuk**, s. 223; Özel, **İmalatçının Sorumluluğu**, s. 921-922.

verene tanınan savunma imkanı uyarınca engellenmesi, öngörülebilirliği ve zarar verenin menfaatinin korunmasını sağlayacaktır⁸⁰⁸. Böylelikle zarar göreni aşırı ölçüde koruyucu bir kural söz konusu olmayacaktır⁸⁰⁹.

Bunun yanında seçim hakkına konu olabilecek hukukların, zarar verenin dikkate alması gereken, onunla ilişkili hukuklar olarak sınırlandırılması da zarar verenin menfaatinin korunmasını temin eder⁸¹⁰. Böylelikle, dengeli bir çözüme ulaşılması amaçlanır⁸¹¹. Öte yandan, zarar görene seçim hakkı tanınmasının, uyuşmazlığın mahkeme dışında sona erdirilmesini de kolaylaştıracağı ifade edilmektedir⁸¹².

Buna karşılık bir bütün olarak ele alındığında belirli bir hukukun, bir diğerine göre her koşulda zarar görenin lehine sonuçlar sağlayamayabileceği belirtilmektedir⁸¹³. Daha da önemlisi zarar görenin seçim hakkını kullanırken kendi lehine olan hukuku nasıl belirleyeceği problemi doğmaktadır⁸¹⁴.

Kendi lehine olan hukuku seçebilmesi için, seçimine sunulan hukukların maddi içerikleri hakkında belirli ölçüde bilgiye sahip olmalıdır⁸¹⁵. Bu bakımdan

⁸⁰⁸ Bucher, *Actes illicites*, s. 128; Kozylis, *a.g.e.*, s. 495; Özel, *İmalatçının Sorumluluğu*, s. 921-922.

⁸⁰⁹ Fawcett, *a.g.e.*, s. 166; Bucher, *Actes illicites*, s. 128; Özel, *İmalatçının Sorumluluğu*, s. 922; benzer yönde bkz. Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, *a.g.e.*, s. 469.

⁸¹⁰ Fawcett, *a.g.e.*, s. 168; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, *a.g.e.*, s. 469; Tanrıbilir, *Ürün Sorumluluğuna İlişkin Kurallar*, s. 282.

⁸¹¹ Fallon, *a.g.e.*, s. 257; Bourel, *a.g.e.*, s. 298-299; Bureau/Watt, *a.g.e.*, s. 422; Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard, *a.g.e.*, par. 542; Bucher, *Actes illicites*, s. 128; Fawcett, *a.g.e.*, s. 144, 168; Graziano, *Responsabilité délictuelle*, s. 72; Özel, *Uygulanacak Hukuk*, s. 223; Özel, *İmalatçının Sorumluluğu*, s. 921-922; Tanrıbilir, *Ürün Sorumluluğuna İlişkin Kurallar*, s. 282; Tarman, *Devletler Özel İmalatçı*, s. 42.

⁸¹² Henri Batiffol, "La loi applicable à la responsabilité du fait des produits- Douzième Session de la Conférence de La Haye", *RCDIP*, 1973, s. 254.

İmalatçının sorumluluğundan doğan uyuşmazlıkların, devlet yargısı dışında çözümlenmeleri (*alternative dispute resolution*) söz konusu olabilir. Özellikle, ticari sırlarını ve itibarını korumak isteyen imalatçı, uyuşmazlığın gizlilik içerisinde çözümlenmesini tercih edebilir. Piyasaya sürülmüş ürün zarara yol açtıktan sonra, zarar gören ile imalatçının bir tahkim anlaşması yaparak, uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümlenmesini kararlaştırmaları da mümkündür. Tahkimin gizli olma özelliği, imalatçının ticari sırları ile itibarının korunmasına hizmet edecektir. Tahkimin bu yöndeki avantajı hakkında bkz. Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, Güncellenmiş 3. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013, (Tahkim), s. 9; Ziya Akıncı, *Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi*, Ankara: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmeleri Yayınları, 1994, (Ticari Hakem Kararları), s. 44; Hakan Pekcanıtez/Oğuz Atalay/Muhammet Özkes, *Medenî Usûl Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2013, s. 1068; Sibel Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri*, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2008, (Ticari Tahkim), s. 26.

⁸¹³ Batiffol, *a.g.e.*, s. 254; Roma II Tüzüğü m. 7 açısından bu yönde bkz. Bogdan, *a.g.e.*, s. 222..

⁸¹⁴ Bucher, *Actes illicites*, s. 128-129; Tanrıbilir, *Ürün Sorumluluğu*, s. 137, 176; Çalışkan, *a.g.e.*, s. 309.

⁸¹⁵ Bucher, *Actes illicites*, s. 128.

uzman bir kişiden hukuki yardım almayan zarar görenin, kendi menfaatine olan hukuku belirlemekte yetersiz kalacağı; tecrübesizliği ile bilgi eksikliğini gidermek için yapacağı masrafların ise kendisine ek bir külfet yükleyeceği ifade edilmektedir⁸¹⁶.

Hatta MÖHUK m. 36 açısından bu sonucun, hükmünün uygulanma kabiliyetini büyük ölçüde engelleyeceği de doktrinde ileri sürülmüřtür⁸¹⁷. Öte yandan Türk hukukunda avukatla temsil zorunluluğu bulunmadığından, zarar görenin avukatla temsil edilmediği bir durumda kendi lehine olan hukuku belirlemesinin son derece güç olacağını düşünmekteyiz.

Seçim hakkının zarar gören tarafından kullanılmasından ziyade bu görevin hakim tarafından yerine getirilmesinin daha uygun olacağı savunulmuřtur⁸¹⁸. Ancak her iki halde de öngörülebilirliğin zedelendiği, hukuk güvenliğinin tehlikeye düştüğü ve rekabet düzeninin olumsuz etkilendiğine dikkate çekilmektedir⁸¹⁹. Öngörülebilirliğin zedelenmesinin, uyuşmazlığın mahkeme dışında tarafların anlaşmasıyla sona erdirilmesini güçleştireceği de söylenebilir.

Bu açıdan uygulanacak hukukun zarar görene tanınan seçim hakkı uyarınca belirlenmesinin, imalatçının sorumluluğunun yapısına ve gözetilmesi gereken menfaatlere uygun çözümler sağlamadığı ileri sürülmektedir⁸²⁰.

2) Seçim Hakkının Kullanılmasına İlişkin Esaslar

a) Seçim Hakkının Niteliği ve Sınırları

Zarar görene tanınan seçim hakkı (*autonomie privée*) ile hukuk seçimi

⁸¹⁶ Imhoff-Scheier/Patochhi, **a.g.e.**, s. 61-62; Fawcett, **a.g.e.**, s. 167-168; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğu**, s. 174; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğuna İlişkin Kurallar**, s. 283; Tanrıbilir, **Roma II**, s. 137. Ayrıca ika yeri ile zarar yerinin farklı olduğu haksız fiillerde zarar görene seçim hakkı tanıyan alternatif yöntem açısından bu yönde bkz. Turhan, **a.g.e.**, s. 191.

⁸¹⁷ Tanrıbilir, **Roma II**, s. 137.

⁸¹⁸ Kühne, **a.g.e.**, s. 32.

⁸¹⁹ Bucher/Bonomi, **a.g.e.**, par. 1078; Fawcett, **a.g.e.**, s. 168; Kühne, **a.g.e.**, s. 31-32; Lorenz, **a.g.e.**, s. 337-338, 340; Graziano, **Product Liability**, s. 480; Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 73; Tanrıbilir, **Roma II**, s. 135; Tarman, **Devletler Özel İmalatçı**, s. 43; Çalışkan, **a.g.e.**, s. 309.

İmalatçının sorumluluğunda zarar görene tanınan seçim hakkının, rekabet düzenini olumsuz etkileyeceği kabul edilmekle birlikte bunun, mesele açısından daha az önem taşıdığı görüşünde bkz. Bucher, **Actes illicites**, s. 128. Farklı yönde bkz. Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 73.

⁸²⁰ Fawcett, **a.g.e.**, s. 168; Kühne, **a.g.e.**, s. 31-32; Lorenz, **a.g.e.**, s. 337-338, 340; Kozyris, **Rome II**, s. 487; Graziano, **Product Liability**, s. 480; Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 73; Tanrıbilir, **Roma II**, s. 135, 137; Tarman, **Devletler Özel İmalatçı**, s. 43; Çalışkan, **a.g.e.**, s. 309.

birbirinden farklıdır⁸²¹. Hukuk seçimi, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları sonucunda aralarındaki ilişkinin bütününe tabi olacağı hukuku belirlemeleridir. Zarar görene tanınan seçim hakkında ise taraflar arasında bir irade uyuşması söz konusu değildir⁸²². Burada yalnızca zarar görene tanınmış, tek taraflı bir seçim hakkı (*autonomie unilatérale, facultas alternativa*) söz konusudur⁸²³. Zarar gören, kendisine tanınan seçim hakkını, tek taraflı bir irade beyanı ile kullanır.

Zarar gören, seçim hakkını kullanırken prensip olarak, hukuk seçiminde olduğu gibi tam bir serbestiye de sahip değildir. Hukuk güvenliğini ve belirliliği sağlamak, taraf menfaatleri arasında denge kurmak amacıyla, zarar görenin seçebileceği hukukları gösteren bağlama noktaları önceden belirlenmiştir⁸²⁴. Zarar gören, ancak bu hukuklar arasında bir tercihte bulunabilir⁸²⁵. Bu alternatifler dışında bir ülke hukukunu seçmesi mümkün değildir.

İsv. MÖHK m. 135, f. 1 ile MÖHUK m. 36 uyarınca zarar gören, zarar verenin işyeri veya mutad mesken hukuku ile ürünün iktisap edildiği ülke hukuku arasında seçim hakkına sahiptir. La Haye Sözleşmesi m. 6'da ise zarar gören talebini, zararın meydana geldiği yer hukukuna dayandırmadığı takdirde zarar verenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukukunun uygulanacağı düzenlenmiştir⁸²⁶. Dolayısıyla Sözleşme'de zarar görene tanınan seçim hakkının, daha dar kapsamlı ve sınırlı

⁸²¹ Fallon, *a.g.e.*, s. 248; Imhoff-Scheier/Pattochi, *a.g.e.*, s. 45; Bertoli, *a.g.e.*, s. 700 ve dn. 7; Çelikel/Erdem, s. 421; Tiryakioğlu, *Haksız Filler*, s. 213; Tarman, *Contractual and non-contractual obligations*, s. 9; Tarman, *Haksız Rekabet*, s. 123; Tarman, *Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi*, s. 19; Çalışkan, *a.g.e.*, s. 307.

⁸²² Imhoff-Scheier/Pattochi, *a.g.e.*, s. 45; Fallon, *a.g.e.*, s. 248; Dutoit, *Commentaire*, s. 480; Çelikel/Erdem, *a.g.e.*, s. 421; Tiryakioğlu, *Haksız Filler*, s. 213; Tarman, *Haksız Rekabet*, s. 123; Çalışkan, *a.g.e.*, s. 307; Tarman, *Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi*, s. 21.

⁸²³ Fallon, *a.g.e.*, s. 254, 258; Bourel, *a.g.e.*, s. 299; Dutoit, *Commentaire*, s. 480; Tiryakioğlu, *Haksız Filler*, s. 213; Çalışkan, *a.g.e.*, s. 307; Tarman, *Haksız Rekabet*, s. 123; Tarman, *Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi*, s. 21.

⁸²⁴ Fallon, *a.g.e.*, s. 299; Bourel, *a.g.e.*, s. 298; Bucher, *Actes illicites*, s. 128; Reese, *Explanatory Report*, s. 254; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, *a.g.e.*, s. 300-301, par. 316; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, *a.g.e.*, s. 468; Özel, *Uygulanacak Hukuk*, s. 223; Özel, *İmalatçının Sorumluluğu*, s. 921-922; Tanrıbilir, *Ürün Sorumluluğu*, s. 172; Tarman, *Contractual and non-contractual obligations*, s. 11.

⁸²⁵ Bourel, *a.g.e.*, s. 298; Morse, *a.g.e.*, s. 75; Bucher, *Actes illicites*, s. 126; Dutoit, *Commentaire*, s. 479; Fawcett, *a.g.e.*, s. 160; Reese, *Explanatory Report*, s. 254-255; Othenin-Girard, *Rome II*, s. 84; Othenin-Girard, *Rome II et LDIP*, s. 388; Çelikel/Erdem, *a.g.e.*, s. 421-422; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, *a.g.e.*, s. 300-301, par. 316; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, *a.g.e.*, s. 468; Tanrıbilir, *Ürün Sorumluluğu*, s. 172; Tarman, *Haksız Rekabet*, s. 124; Tarman, *Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi*, s. 22.

⁸²⁶ Reese, *Explanatory Report*, s. 254-255; Dutoit, *Convention*, s. 119; Tebbens, *a.g.e.*, s. 346; Fallon, *a.g.e.*, s. 246; Fawcett, *a.g.e.*, s. 140, 142-143, Tanrıbilir, *Ürün Sorumluluğu*, s. 100.

olduğu söylenebilir⁸²⁷.

Zarar görenin seçtiği hukuk, emredici ve yedek hukuk kurallarıyla birlikte bir bütün olarak, imalatçının sorumluluğundan kaynaklanan uyuşmazlığa uygulanacaktır. Ancak öngörülebilirliğin temin edilerek, zarar verenin menfaatinin korunması için⁸²⁸, zarar görenin seçtiği hukukun uygulanması mutlak tutulmamıştır. Zarar verene, seçilen hukukun uygulanmasını önlemek için savunma imkanı tanınmıştır⁸²⁹.

b) Seçim Hakkının Kullanılma Zamanı

Zarar görene seçim hakkı tanıyan bağlama kurallarındaki belirsizliklerin, uygulamada bazı sorunlara yol açacağı ileri sürülmektedir⁸³⁰. Bunlardan biri, zarar görenin seçim hakkını hangi ana kadar kullanabileceğine ilişkindir. La Haye Sözleşmesi m. 6; İsv. MÖHK m. 135, f. 1 ve MÖHUK m. 36 hükümlerinde bu konuda bir düzenleme bulunmamaktadır. Bunun, usule ilişkin bir konu olarak *lex fori*'ye göre belirleneceği kabul edilmektedir⁸³¹.

⁸²⁷ Bu yönde bkz. Dutoit, **Convention**, s. 119; Bourel, **a.g.e.**, s. 2298; Tarman, **Devletler Özel İmalatçı**, s. 33.

⁸²⁸ Fawcett, **a.g.e.**, s. 161, 166; Fallon, **a.g.e.**, s. 257 vd.; Bourel, **a.g.e.**, s. 299; Morse, **a.g.e.**, s. 76; Bureau/Watt, **a.g.e.**, s. 422; Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard, **a.g.e.**, par. 542; Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 72; Reese, **Explanatory Report**, s. 255; Turhan, **a.g.e.**, s. 330; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 469; Özel, **Uygulanacak Hukuk**, s. 222, 224; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğu**, s. 173; Tanrıbilir, **Roma II**, s. 136; Öztekin Gelgel, **a.g.e.**, s. 125; Tarman, **Devletler Özel İmalatçı**, s. 42; Tarman, **Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi**, s. 22; Çalışkan, **a.g.e.**, s. 307.

⁸²⁹ Bucher/Bonomi, **a.g.e.**, par. 1097; Bucher, **Actes illicites**, s. 127; Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard, **a.g.e.**, par. 542; Imhoff-Scheier/Patochhi, **a.g.e.**, s. 61; Dutoit, **Commentaire**, s. 479; Morse, **a.g.e.**, s. 76; Fawcett, **a.g.e.**, s. 161; Fallon, **a.g.e.**, s. 257; Bourel, **a.g.e.**, s. 299; Othenin-Girard, **Rome II**, s. 84; Othenin-Girard, **Rome II et LDIP**, s. 388; Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 64, 66; Nomer, **a.g.e.**, s. 355; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 422; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 469; Özel, **Uygulanacak Hukuk**, s. 223-224; Özel, **İmalatçının Sorumluluğu**, s. 920; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 300-301, par. 316; Tarman, **Contractual and non-contractual obligations**, s. 11; Tarman, **Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi**, s. 22.

Böylelikle alternatif sistemin, zarar göreni aşırı ölçüde koruduğu eleştirisi sonucunda doktrinde geliştirilen ve zarar verene seçilen hukukun uygulanmasını önleme imkanı tanıyarak onu da korumaya yönelik olan “*fail lehine yumuşatılmış alternatif sistem*”e benzer bir yaklaşımın burada kabul edildiği kanaatindeyiz. Fail lehine yumuşatılmış alternatif sistem hakkında detaylı bilgi için bkz. Turhan, **a.g.e.**, s. 192-193.

⁸³⁰ Bu konuda genel olarak bkz. Fawcett, **a.g.e.**, s. 164-166; Gómez, **a.g.e.**, s. 299-300; Bucher, **Actes illicites**, s. 128-129; Imhoff-Scheier/Patochhi, **a.g.e.**, s. 61-63; Morse, **a.g.e.**, s. 76; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğu**, s. 174-175; Çalışkan, **a.g.e.**, s. 309.

⁸³¹ İmalatçının Sorumluluğu Hakkında La Haye Sözleşmesi m. 6 uyarınca zarar görenin hangi ana kadar seçim hakkını kullanmak zorunda olduğunun, usule ilişkin bir konu olduğu ve her akit devletin, kendi hukukuna göre çözüme kavuşturulacağı hakkında bkz. Dutoit, **Convention**, s. 119.

Çevre zararları hakkındaki Roma II Tüzüğü m. 7 açısından bu yönde bkz. Brière, **Rome II**, s. 57; von

Zarar görene seçim hakkı tanıyan bağlama kurallarında öngörülebilirliğin sağlanması ile usul ekonomisi açısından bu seçimin, yargılamanın mümkün olduğu kadar erken bir safhasında yapılması gerektiği belirtilmektedir⁸³². Nitekim, çevre zararlarına uygulanacak hukukun, zarar görene tanınan seçim hakkı uyarınca belirlenmesini öngören Roma II Tüzüğü m. 7 açısından konunun açıklığa kavuşturulması amacıyla Alm. MÖHK'ya 46a maddesi eklenmiştir. Bu hükümde zarar görenin seçim hakkını, “*yalnızca ilk derece mahkemesindeki yargulamalarda ve en geç ön duruşma (der frühe erste Termin) veya yazılı ön usule (schriftlichen Vorverfahren) kadar kullanabileceği*” düzenlenmiştir⁸³³.

Türk hukuku açısından mesele ele alındığında, tahkikat aşamasına geçilmeden önce zarar görenin, MÖHUK m. 36 uyarınca seçim hakkını kullanmasının uygun olacağı düşüncesindeyiz⁸³⁴. Zira tahkikat aşamasında hakim, tarafların ileri sürdüğü iddia ve savunmaları inceleyeceğinden⁸³⁵ uygulanacak hukuk, bu aşamada belirli olmalıdır. Ayrıca ön inceleme tamamlanıp, tahkikata başlanmadan önce HMK m. 142 gereği hak düşürücü süre ve zamanaşımına ilişkin itiraz ve defiler hakkında karar verilmesi gerekmektedir⁸³⁶. Zamanaşımı ve hak düşürücü süre, maddi hukuka ilişkin olduğundan, haklarında karar verilebilmesi için uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk belirlenmiş olmalıdır.

HMK m. 141 uyarınca iddia ve savunmanın genişletilmesi ya da değiştirilmesi yasağı (*teksif ilkesi*), dilekçelerin değişiminin bitmesinden sonra

Hein, **Article 7 Rome II**, s. 473; Fuchs, **Art. 7 Rome II**, s. 215-216. Yine Roma II Tüzüğü kapsamında birden fazla ülkeyi etkileyen rekabetin engellemesine ilişkin Tüzük m. 6, f. 3, b bendi açısından bu yönde bkz. Martin Illmer, “Chapter II- Torts/Delicts, Art. 6 Rome II”, **Rome II Regulation Pocket Commentary**, Ed. Peter Huber, Munich: Sellier European Law Publishers, 2011, (Art. 6 Rome II), s. 196.

⁸³² Çevre zararlarına ilişkin Roma II Tüzüğü m. 7 açısından bu yönde bkz. Fuchs, **Art. 7 Rome II**, s. 207, 215-216; von Hein, **Article 7 Rome II**, s. 473.

⁸³³ Alm. MÖHK m. 46a şu şekildedir: “*Die geschädigte Person kann das ihr nach Artikel 7 der Verordnung (EG) Nr. 864/2007 zustehende Recht, ihren Anspruch auf das Recht des Staates zu stützen, in dem das Schadensbegründende Ereignis eingetreten ist, nur im ersten Rechtszug bis zum Ende des frühen ersten Termins oder dem Ende des schriftlichen Vorverfahrens ausüben.*”.

⁸³⁴ MÖHUK m. 24 çerçevesinde, tarafların ön inceleme aşamasına kadar hukuk seçimine dair anlaşmalarını yapmaları ve sonradan yapılacak hukuk seçimine kural olarak imkan tanınmaması gerektiği görüşünde bkz. Hatice Özdemir Kocasakal, “Türk ve Çin Milletlerarası Özel Hukuk Sistemlerinde Sözleşmelere İlişkin Düzenlemeler”, **İpek Yolu Canlanıyor: Türk-Çin Hukuk Zirvesi, Konferans Bildiri Kitabı**, Ed. A. Caner Yenidünya/Mustafa Erkan/Rayhan Asat, Ankara: Adalet Yayınevi, 2013, (Türk ve Çin), s. 204.

⁸³⁵ Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, **Medenî Usûl Hukuku**, 22. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2011, s. 344; Pekcanıtez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s. 581 vd.

⁸³⁶ Pekcanıtez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s. 569-570.

başlamaktadır⁸³⁷. Buna göre zarar gören davacının kural olarak dava dilekçesinde; en geç, cevaba cevap (*replik*) dilekçesinde; davalı, cevap dilekçesi vermediği takdirde ise cevap süresinin sona ermesine kadar⁸³⁸, MÖHUK m. 36'daki seçim hakkını kullanması uygun olacaktır. Ancak HMK m. 141, c. 2'de davalının ön inceleme duruşmasına mazeretsiz olarak gelmemesi halinde onun muvafakatine ihtiyaç bulunmadan davacının, iddiasını serbestçe genişletip değiştirebileceği kabul edilmiştir⁸³⁹. Bu istisnai durumda zarar gören davacının, ön inceleme duruşmasında da seçim hakkını kullanabileceği söylenebilir.

Bununla birlikte MÖHUK m. 36'daki kuralın uygulanmasını kolaylaştırmak ve tartışmaları engellemek amacıyla zarar görenin seçim hakkını hangi ana kadar kullanabileceğinin hükümde açıkça düzenlenmesi yerinde olacaktır. Bu bakımdan hükmün ilk cümlesinden sonra “*zarar gören, dilekçelerin karşılıklı verilmesi aşaması sona erene kadar seçimde bulunmalıdır*” şeklinde bir ifadenin, hükme eklenmesi uygun olabilir.

c) Seçim Hakkının Zımni İrade Beyanı ile Kullanılması

İsviçre doktrinde azınlıkta kalan bir görüş⁸⁴⁰, uygulanacak hukuku belirleme yetkisinin taraflardan birinin seçimine bağlı olduğu hallerde, hukuk seçiminden farklı olarak tarafların karşılıklı irade uyuşmasının bulunmadığı gerekçesiyle, seçim hakkının zımni irade beyanı ile kullanılamayacağını ileri sürmektedir.

Farklı görüşteki yazarlar⁸⁴¹ ise zarar görenin seçim hakkını zımni olarak da kullanabileceğini savunmaktadır. Hatta İsv. MÖHK m. 135, f. 1'de karşılıklı irade uyuşması söz konusu olmadığından, hukuk seçimine nazaran burada zarar görenin zımni seçimde bulunabileceğinin çok daha rahat kabul edileceğini

⁸³⁷ Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s. 560; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 310, 328.

⁸³⁸ Davalı cevap dilekçesi vermediği takdirde, davacı da cevaba cevap dilekçesi veremeyeceği için yasağın, cevap süresinin sona ermesinden sonra başlayacağı hakkında bkz. Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s. 561.

⁸³⁹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s. 562; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 310.

⁸⁴⁰ Imhoff-Scheier/Patochhi, **a.g.e.**, s. 62.

⁸⁴¹ Bucher, **Actes illicites**, s. 128; Bucher/Bonomi, **a.g.e.**, par. 1099; Dutoit, **Commentaire**, s. 480.

Öte yandan çevre zararlarına ilişkin Roma II Tüzüğü m. 7 açısından da zarar görenin seçim hakkını zımni irade beyanı ile kullanması kabul edilmektedir (von Hein, **Article 7 Rome II**, s. 473).

belirtmektedirler⁸⁴². Böylelikle zarar görenin iddia ve taleplerini, İsv. MÖHK m. 135, f. 1’de öngörülen hukuklardan birine dayandırması halinde seçim hakkının zımni şekilde kullanılmış olacağı kabul edilmektedir⁸⁴³.

Kanımızca MÖHUK m. 36 uyarınca zarar görenin seçim hakkını, zımni irade beyanı ile kullanması mümkündür. Zarar görenin, mevcut uyuşmazlığın kanunlar ihtilafı problemi içerdiğinin bilincinde olarak dava dilekçesindeki iddia ve taleplerini, MÖHUK m. 36’da öngörülen hukuklardan birine dayandırıdığının tereddüde yer bırakmayacak şekilde anlaşılması halinde seçim hakkı, zımni şekilde kullanılmış olacaktır⁸⁴⁴. Dolayısıyla zarar gören davacının, MÖHUK m. 36’da öngörülen alternatiflerden birini seçtiğini dava dilekçesinde açıkça belirtmesine ihtiyaç bulunmamaktadır.

Ancak MÖHUK m. 2, f. 1 uyarınca hakim, Türk kanunlar ihtilafı kurallarını re’sen uygulamak zorunda olduğundan zarar görenin, MÖHUK m. 36’da kendisine tanınan seçim hakkını kullanma bilinciyle hareket edip etmediğini araştırması, gerekirse HMK m. 31 uyarınca davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde zarar görene bu hususta soru sorması yerinde olacaktır⁸⁴⁵.

ç) Zarar Görenin Seçim Hakkını Kullanmaması ve Sonuçları

İmalatçının Sorumluluğu Hakkında La Haye Sözleşmesi’nde, zarar görenin, zararın meydana geldiği yer hukukunun uygulanmasını seçmemesi halinde zarar verenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukukunun uygulanacağını düzenlemiştir (Sözleşme m. 6). Böylelikle Sözleşme uyarınca zarar gören, kendisine tanınmış seçim hakkını kullanmadığı takdirde hakim, zarar verenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukukunu uygulayacaktır⁸⁴⁶.

⁸⁴² Dutoit, **Commentaire**, s. 480.

⁸⁴³ Bucher, **Actes illicites**, s. 128; Dutoit, **Commentaire**, s. 480.

⁸⁴⁴ Sözleşmelere uygulanacak hukuk kapsamında katıldığımız görüşün de ifade ettiği gibi tarafların yargılama aşamasında karşılıklı iddia ve savunmalarını belirli bir hukuka dayandırmaları, zımni hukuk seçiminin kabulü için yeterli değildir (Demir Gökyayla, **Tek Satıcılık**, s. 330-331; kısmen bu yönde bkz. Demirkol, **a.g.e.**, s. 204 vd.). Nitekim Roma II Tüzüğü m. 14 kapsamında da zımni hukuk seçimi açısından doktrinde bu görüşü benimseyen yazarlar mevcuttur (Bach, **Art. 14 Rome II**, s. 330-331 ve bu görüşteki diğer yazarlar için bkz. Bach, **Art. 14 Rome II**, s. 331, dn. 18).

⁸⁴⁵ Sözleşmelere uygulanacak hukuk kapsamında zımni hukuk seçimi açısından bu yönde bkz. Demir Gökyayla, **Tek Satıcılık**, s. 333-334.

⁸⁴⁶ Xu, **a.g.e.**, s. 15.

Alternatif sistemin benimsendiği Alm. MÖHK m. 40, f. 1 hükmündeki haksız fiilden doğan

İsv. MÖHK m. 135, f. 1 ile MÖHUK m. 36 hükümlerinde ise Sözleşme'deki gibi bir düzenleme öngörülmemiştir. Bu durumda zarar gören davacı, seçim hakkını kullanmadığı takdirde ne yapılacağı sorusu ortaya çıkmaktadır.

Herşeyden önce uygulanacak hukukun belirlenebilmesi için, zarar görenin seçim hakkını kullanması gerektiği açıktır⁸⁴⁷. İsviçre hukukunda bu hakkın, zarar görene ait olduğu kabul edilmektedir⁸⁴⁸. MÖHUK m. 36'daki seçim hakkı da kanımızca yalnızca zarar görene aittir. Hükmün lafzından seçim hakkının yalnızca zarar görene tanındığı anlaşılmaktadır. Bu hak, zarar gören tarafından kullanılmadığı takdirde, zarar veren veya onun talebi üzerine ya da re'sen hakim tarafından kullanılamayacaktır⁸⁴⁹.

Zarar gören, seçim hakkını kullanmadığı takdirde hakimin, bu hakkı zarar görene işaret edip edemeyeceği, usul hukukuna ilişkin bir konu olarak⁸⁵⁰, *lex fori* uyarınca çözümlenecektir.

Türk hukukunda HMK m. 31'de düzenlenen davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde hakim, belirsizliği gidermek amacıyla taraflara soru sorup, açıklamada bulunmalarını isteyebilir. Davayı aydınlatma ödevi, dava konusu ile ilgili sağlıklı bilgiler verilebilmesi için davanın temelini oluşturan vakıalar, belirsiz ya da çelişkili görülen hukuki sebep, deliller ve talep sonucuna ilişkindir⁸⁵¹. Hakimin açıklatma ve

uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk hakkındaki genel kuralda da benzer bir düzenleme öngörülmüştür. Hükmünde, zarar gören tarafın zararın meydana geldiği yer hukukunun uygulanması seçilmediği takdirde ika yeri hukukunun uygulanacağı düzenlenmiştir. Böylelikle alternatif sistemin yaratabileceği belirsizliklerin önüne geçilmeye çalışılmıştır (Gómez, *a.g.e.*, s. 300).

⁸⁴⁷ Bucher, *Actes illicites*, s. 128.

⁸⁴⁸ Bucher, *Actes illicites*, s. 128; Bucher/Bonomi, *a.g.e.*, par. 1099; Dutoit, *Commentaire*, s. 480; Imhoff-Scheier/Patochhi, *a.g.e.*, s. 62; Tanrıbilir, *Ürün Sorumluluğu*, s. 174.

⁸⁴⁹ Bucher, *Actes illicites*, s. 128; Bucher/Bonomi, *a.g.e.*, par. 1099; Dutoit, *Commentaire*, s. 480.

İsviçre hukukunda zarar görenin seçimine sunulan hukuklardan hangisinin onun için daha avantajlı olduğunun belirlenmesinin iki hukuk sistemi arasında hassas bir değerlendirmeyi gerektireceği, kanunkoyucunun böylesine güç bir görevi hakime yüklemekten özellikle kaçındığı hakkında bkz. Bucher/Bonomi, *a.g.e.*, par. 1099.

⁸⁵⁰ İmalatçının Sorumluluğu Hakkında La Haye Sözleşmesi m. 6 açısından bu yönde bkz. Dutoit, *Convention*, s. 119.

Roma II Tüzüğü'nde çevre zararlarına ilişkin 7. madde açısından bu yönde bkz. von Hein, *Article 7 Rome II*, s. 473. Nitekim Roma II Tüzüğü m. 1, f. 3'te Tüzüğün usule ilişkin konularda uygulanmayacağı açıkça düzenlenmiştir.

⁸⁵¹ Yavuz Alangoya, *Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Getirilmesine İlişkin İlkeler*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi, 1979, s. 142 vd.; Nedim Meriç, "Hakimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü", *Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, DEÜHFD*, C. 11, Özel Sayı, 2009, s. 390-402.

işaret etme ödevi, davayı aydınlatma yükümlülüğünün bir parçasıdır⁸⁵².

Bu itibarla seçim hakkını kullanmamış zarar gören davacıya hakimin, ön inceleme aşamasında veya tahkikatın ilk duruşmasında MÖHUK m. 36'da kendisine tanınmış olan hakka işaret etmesi ve belirtilen hukuklardan hangisinin uygulanmasını istediğini sorarak, açıklattırması gerektiği kanısındayız⁸⁵³.

Hakimin işaret etmesine ve hangi hukukun uygulanması istediğini sormasına rağmen zarar gören davacı sessiz kalır ve seçim hakkını kullanmazsa ne olacaktır? Özellikle davacının avukatla temsil edilmediği hallerde, böyle bir ihtimalle karşılaşılması söz konusu olabilir⁸⁵⁴.

Doktrinde bir görüş⁸⁵⁵, zarar gören hukuk seçiminde bulunmadığı takdirde MÖHUK m. 34, f. 1-2-3 hükümlerinin uygulanacağına dair açık bir ifadenin, MÖHUK m. 36 hükmüne eklenmesinin yerinde olacağını belirtmiştir. *Olmaması gereken hukuk* açısından, zarar gören seçim hakkını kullanmadığında hangi hukukun uygulanacağını, MÖHUK m. 36'da açıkça düzenlenmesinin yerinde olacağına katılmaktayız. Ancak bu temenninin, hükmün mevcut halinde doğan sorunlara çözüm getirmediği ortadadır.

Burada hakimin, aydınlatma ödevini yerine getirdikten sonra davacının hareketsiz kalarak, seçim hakkını kullanmaması durumunda MÖHUK m. 36'daki hukuklardan birinin zarar görenin lehine olduğu düşüncesiyle, onun tarafından seçildiğini varsayarak uygulamasının mümkün olmadığını düşünmekteyiz⁸⁵⁶. Hakimin böyle bir davranışı, taraflar arasındaki dengenin bozulması suretiyle silahların eşitliğine, dolayısıyla davalının hukuki dinlenilme hakkına aykırı olacaktır (AİHS m. 6; AY m. 36; HMK m. 27).

⁸⁵² Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s. 373-376; Meriç, **a.g.e.**, s. 405-406.

Ayrıca HMK m. 31 hükmüne (HMK Tasarısı m. 36) ilişkin gerekçede hakimin işaret etme ödevinin de davayı aydınlatma ödevinin bir parçası olduğu belirtilmektedir. Bu hususta bkz. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, 1/574, s. 20, *Elektronik Kaynak*, <http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasarı/2011Yılı/kanmetni/6100ss.pdf>, (erişim tarihi: 20.10.2014).

⁸⁵³ İsviçre hukuku açısından benzer yönde bkz. Bucher, **Actes illicites**, s. 128; Imhoff-Scheier/Patochhi, **a.g.e.**, s. 62; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğu**, s. 174.

⁸⁵⁴ İsviçre hukuku açısından bu yönde bkz. Imhoff-Scheier/Patochhi, **a.g.e.**, s. 62.

⁸⁵⁵ Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğuna İlişkin Kurallar**, s. 283.

⁸⁵⁶ İsviçre hukuku açısından benzer yönde bkz. Bucher/Bonomi, **a.g.e.**, par. 1099. Ayrıca, hakimin davayı aydınlatma yükümlülüğünün sınırı hakkında bkz. Meriç, **a.g.e.**, s. 402-403.

Bu durumda hakimin, Türk hukukunu uygulayarak karar vermesinin de mümkün olmadığı düşüncesindeyiz. Zira MÖHUK m. 2 gereği hakim, Türk kanunlar ihtilafı kurallarını re'sen uygular. MÖHUK m. 2, f. 2'de yabancı hukukun olaya ilişkin hükümlerinin tüm çabalara rağmen tespit edilememesi halinde Türk hukukunun uygulanabileceği düzenlenmiştir. Burada ise böyle bir durum söz konusu değildir.

Böylelikle hakimin, zarar gören davacıya hangi hukukun uygulanmasını seçtiğini sormasına rağmen zarar gören cevap vermediği takdirde hakimin, HMK m. 150 uyarınca dosyanın işlemde kaldırılmasına karar vereceği düşüncesindeyiz⁸⁵⁷. Burada davacının sessiz kalması, yargılamanın ilerlemesi için üzerine düşen bir işlemi yapmaması ve adeta davayı takip etmek istememesi anlamı taşımaktadır. Bu durum da tıpkı davalının dava konusunu devretmesi halinde hakimin davacıya, HMK m. 125, f. 1'de tanınan hangi seçimlik hakkını kullanacağını sormasına rağmen onun cevapsız kalmasına benzemektedir ve bu halde dosyanın işlemde kaldırılması karar verilmektedir⁸⁵⁸.

Bunun, arzu edilmeyen bir sonuca yol açtığı açıktır. Bunun önlenmesi için zarar gören, seçim hakkını kullanmadığı takdirde hangi hukukun uygulanacağını, MÖHUK m. 36'da açıkça düzenlenmesine ihtiyaç bulunduğu düşüncesindeyiz. Ancak yukarıda belirtilen görüşten farklı olarak, bu durumda yalnızca MÖHUK m. 34, f. 3'teki daha sıkı ilişkili hukuk kuralının uygulanacağını hükme eklenmesinin yerinde olacağı kanısındayız. Zira MÖHUK m. 34, f. 1-2'deki ika yeri ve zarar yeri kriterlerinin yetersizliği sebebiyle MÖHUK m. 36'daki kural öngörülmüştür. Hükümün konuluş amacı (*ratio legis*) gözetildiğinde, yeniden ika yeri ve zarar yeri kriterlerine geri dönülmemesi gerekir.

Bu itibarla önerimiz, “zarar gören seçimde bulunmadığı takdirde uygulanacak hukuk, MÖHUK m. 34, f. 3 uyarınca belirlenir” şeklinde bir ifadenin, MÖHUK m. 36 hükmüne eklenmesidir. Böylelikle hakimin, somut olayın özelliklerine göre belirleyeceği sıkı ilişkili hukuk uygulanarak, uyumsuzluk

⁸⁵⁷ İsviçre hukukunda İsv. MÖHK m. 135 uyarınca zarar gören davacının seçim hakkını kullanması, davanın görülebilmesi için aranan bir şart olarak değerlendirilmekte ve bu hakkın kullanılmaması halinde davanın reddine karar verilemesi gerektiğinin doktrindeki hakim görüş olduğu açıklanmaktadır. Bu yönde bkz. Imhoff-Scheier/Patochhi, **a.g.e.**, s. 62; Bucher, **Actes illicites**, s. 128.

⁸⁵⁸ Bu hususta bkz. Baki Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, Altıncı Baskı, C. IV, İstanbul: Demir Demir Müşavirlik ve Yayıncılık, 2001, s. 4076; Pekcantez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s. 633-634.

çözömlenecektir. Hakimin, bu şekilde imal edilmiş şeyin iktisap edildiğı ölkö hukukunun sıkı ilişkili hukuk olarak uygulanacağına karar vermesi halinde zarar veren, MÖHUK m. 36, c. 2’de kendisine tanınan savunma imkanını kullanabilmelidir.

d) Zarar Görenin Seçtiğı Hukuku Sonradan Değıştirme İmkânı

MÖHUK m. 36 uyarınca zarar görenin seçtiğı hukuku sonradan değıştirmesinin, prensip olarak mümkün olmadığı kanısındaız⁸⁵⁹. Zira zarar görene tanınan seçim hakkı, onun tarafından bir kere kullanılmakla sona erecektir. Aksinin kabulünün, uygulanacak hukukta belirsizliğö yol açacağını; yargılama süresi ile masraflarını arttırarak, usul ekonomisine de uygun olmayacağını düşünmekteyiz.

Bununla beraber MÖHUK m. 36’da zarar verenin, ürünün o ölköye rızası dışında sokulduğunu ispatlaması halinde zarar gören tarafından seçilen iktisap yeri hukukunun uygulanmayacağı düzenlenmiştir. Böyle bir durumda, zarar görenin iktisap yeri hukuku lehine yaptığı seçim sonuçsuz kalacaktır. İktisap yeri hukukunun uygulanması bu şekilde engellendiğinde hakim, MÖHUK m. 36’daki diğör alternatif olan zarar verenin işyeri (veya mutad mesken) hukukunu uygulamalıdır⁸⁶⁰. Zarar verenin işyeri veya mutad mesken hukuku onunla ilişkili ve öngörölebilir bir hukuk olduğundan bu sonuç, zarar verenin menfaatine aykırı bir durum yaratmayacaktır⁸⁶¹.

e) Farklı Talepler Hakkında Farklı Hukukların Seçilme İmkânı

MÖHUK m. 36 hükmünün lafzından zarar görenin, kendisine sunulan alternatif iki hukuk arasında tek bir hukuku seçebileceğı anlaşılmaktadır⁸⁶². Bu itibarla İsviçre hukukunda da benimsendiğı gibi zarar görenin farklı talepleri için,

⁸⁵⁹ Çevre zararlarına ilişkin Roma II Tüzüğü m. 7 kapsamında zarar görenin yaptığı seçimi sonradan değıştiremeyeceğı hakkında Fuchs, **Art. 7 Rome II**, s. 216 ve bu görüşü paylaşan Fuchs, **Art. 7 Rome II**, s. 216, dn. 46’da belirtilen diğör yazarlar.

⁸⁶⁰ Özel, **Uygulanacak Hukuk**, s. 224; Tarman, **Contractual and non-contractual obligations**, s. 20. İsv. MÖHK m. 135, f. 1 açısından bu yönde bkz. Fawcett, **a.g.e.**, s. 161; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğı**, s. 173.

İmalatçının Sorumluluğı Hakkında La Haye Sözleşmesi açısından benzer yönde bkz. Fawcett, **a.g.e.**, s. 144; Reese, **Explanatory Report**, s. 263-264; Tarman, **Devletler Özel İmalatçı**, s. 33-34; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğına İlişkin Kurallar**, s. 288.

⁸⁶¹ İmalatçının Sorumluluğı Hakkında La Haye Sözleşmesi açısından bu yönde bkz. Fawcett, **a.g.e.**, s. 144; Reese, **Explanatory Report**, s. 263-264; Tarman, **Devletler Özel İmalatçı**, s. 33-34; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğına İlişkin Kurallar**, s. 288.

⁸⁶² İsv. MÖHK m. 135, f. 1 açısından bu yönde bkz. Bucher, **Actes illicites**, s. 128.

örneğin manevi zararının tazmini için zarar verenin işyeri hukukunun; maddi tazminat talepleri hakkında ise iktisap yeri hukukunun uygulanacağını dair bir seçim yapamayacağı kanısındayız⁸⁶³.

İmalatçının sorumluluğuna uygulanacak hukukun bu şekilde parçalanmasına (*dépeçage, severability*) izin verilmesinin, öngörülebilirliğin sağlanması amacına aykırı olacağı ve taraf menfaatleri arasındaki dengeyi olumsuz etkileyeceği görüşünü paylaşmaktayız⁸⁶⁴.

3) Seçim Hakkına Konu Olabilecek Hukuklar

a) Zarar Verenin Esas İşyeri, İşyeri, Mutad Mesken Hukuku

aa) Kriterin Benimsenmesinde Gözetilen Menfaatler

Zarar verenin işyeri, ürünün imalatı ve piyasaya sürülmesi ile yakından bağlantılı bir kriterdir⁸⁶⁵. Bu sebeple bu kriterin, öngörülebilirliği sağlayarak, zarar verenin menfaatinin korunmasına hizmet edeceği belirtilmektedir⁸⁶⁶.

Zarar verenin işyeri, bir bakıma haksız fiillere ilişkin genel kuraldaki ika yeri kriterinin yerine kullanılmaktadır⁸⁶⁷. İmalat yeri kriterinin yarattığı olumsuz sonuçlar karşısında⁸⁶⁸ zarar verenin işyeri kriterinin, hem menfaatler dengesini koruduğu hem de tespitinin kolay olması sebebiyle uygulama kolaylığı barındırdığı

⁸⁶³ İsv. MÖHK m. 135, f. 1 açısından bu yönde Dutoit, *Commentaire*, s. 480; Bucher, *Actes illicites*, s. 128; Imhoff-Scheier/Patochhi, *a.g.e.*, s. 62; Tanrıbilir, *Ürün Sorumluluğu*, s. 174.

Çevre zararlarına ilişkin Roma II Tüzüğü m. 7 açısından da zarar görenin tüm talepleri bakımından, tek bir hukuku uygulanmak üzere seçme hakkına sahip olduğu kabul edilmektedir (Fuchs, *Art. 7 Rome II*, s. 215; von Hein, *Article 7 Rome II*, s. 473; Bogdan, *a.g.e.*, s. 222).

⁸⁶⁴ İsviçre hukukunda bu görüşte bkz. Bucher, *Actes illicites*, s. 128; Imhoff-Scheier/Patochhi, *a.g.e.*, s. 62; Tanrıbilir, *Ürün Sorumluluğu*, s. 174.

Roma II Tüzüğü m. 7 açısından uygulanacak hukukun bu şekilde parçalanmasına izin verilmemektedir (Fuchs, *Art. 7 Rome II*, s. 215; von Hein, *Article 7 Rome II*, s. 473).

⁸⁶⁵ Fawcett, *a.g.e.*, s. 166; Imhoff-Scheier/Patochhi, *a.g.e.*, s. 59; ayrıca bu yönde bkz. 5718 Sayılı MÖHUK Tasarısı İle İlgili Adalet Komisyonu Raporu, s. 24.

⁸⁶⁶ Saravalle, *a.g.e.*, s. 112, 123-124; Kühne, *a.g.e.*, s. 12; Graziano, *Product Liability*, s. 477, 487; Bourel, *a.g.e.*, s. 294-295; Plender/Wilderspin, *a.g.e.*, s. 547; Tarman, *Devletler Özel İmalatçı*, s. 41-42.

⁸⁶⁷ Bucher, *Actes illicites*, s. 126.

Ayrıca zarar verenin işyerinin, genellikle imalat yeri ile örtüşeceği hakkında bkz. Bucher, *Actes illicites*, s. 126.

⁸⁶⁸ Bu hususta genel olarak bkz. Fawcett, *a.g.e.*, s. 122-123, 127; Kühne, *a.g.e.*, s. 12, 23; Weintraub, *Interest Analysis*, s. 506; Rigaux/Fallon, *a.g.e.*, s. 960; Tarman, *Contractual and non-contractual obligations*, s. 11; Özel, *Uygulanacak Hukuk*, s. 223; Tanrıbilir, *Ürün Sorumluluğu*, s. 92; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, *a.g.e.*, s. 300, par. 316.

belirlenmektedir⁸⁶⁹.

Ayrıca bu kriterin, imalatçının, bulunduğu ülkeye kıyasla daha düşük düzeyde sorumluluk öngören ülkelere ürünlerini düşük fiyatta satmasını ve güvenliği hakkında şüpheli olduğu ürünlerini o ülkelerde test etmek amacıyla piyasaya sürmesini engelleyeceği ifade edilmektedir⁸⁷⁰.

Ancak zarar verenin işyeri kriterinin, zarar görenin menfaatlerinin korunması açısından tam anlamıyla uygun olmadığı ifade edilmektedir⁸⁷¹. Bu kriterin, daha ziyade ihracat yapan imalatçılar ile piyasanın menfaatlerinin korunmasına hizmet ettiği belirtilmektedir⁸⁷². Nitekim, ihracatın yüksek olduğu piyasalardaki ekonomik menfaatlerin korunmasına hizmet etmesi sebebiyle özellikle tercih edildiği dile getirilmektedir⁸⁷³.

Zarar verenin işyeri kriterinin, rekabet düzenini bozucu etkilerinin de olabileceği belirtilmektedir⁸⁷⁴. Tüketicilerin, piyasadaki ürünlerin güvenliği ile bu ürünlerin yol açacağı olası zararlar karşısında zarar verenin sorumluluk derecesi hakkında emin olmadıkları takdirde, yerel imalatçıların ürünlerini tercih edecekleri söylenmektedir⁸⁷⁵.

bb) Kriterin Uygulanmasının Şarta Bağlanmamış Olması

Zarar verenin işyeri (veya mutad mesken) kriteri, zarar veren ile yakın ilişkili ve öngörülebilir bir hukuku göstermektedir⁸⁷⁶. Dolayısıyla zarar gören tarafından seçilmesi halinde uygulanması, zarar vereni elverişsiz bir konuma sokmayacak,

⁸⁶⁹ Fawcett, **a.g.e.**, s. 127; Bucher/Bonomi, **a.g.e.**, par. 1096; Bucher, **Actes illicites**, s. 126; Imhoff-Scheier/Patochhi, **a.g.e.**, s. 59; Özel, **Uygulanacak Hukuk**, s. 223. Farklı görüşte bkz. Kühne, **a.g.e.**, s. 21.

⁸⁷⁰ Fawcett, **a.g.e.**, s. 163; Weintraub, **Interest Analysis**, s. 506; Weintraub, **Choice-Of-Law**, s. 231; Özel, **İmalatçının Sorumluluğu**, s. 921.

⁸⁷¹ Bu konudaki eleştiriler için bkz. Watt, **a.g.e.**, s. 259, dn. 703; Graziano, **Product Liability**, s. 487-488; Öztekin Gelgel, **a.g.e.**, s. 122.

⁸⁷² Fallon, **a.g.e.**, s. 298-299; Watt, **a.g.e.**, s. 259, dn. 703; Bourel, **a.g.e.**, s.295.

⁸⁷³ Fallon, **a.g.e.**, s. 298-299; Bourel, **a.g.e.**, s. 295-296.

⁸⁷⁴ Fawcett, **a.g.e.**, s. 130-131, 167; Graziano, **Product Liability**, s. 480; Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 72; ayrıca bkz. Roma II Açıklayıcı Rapor, s. 15.

⁸⁷⁵ Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 72.

⁸⁷⁶ Imhoff-Scheier/Patochhi, **a.g.e.**, s. 59; Fawcett, **a.g.e.**, s. 166; Çalışkan, **a.g.e.**, s. 307-308; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 421; Öztekin Gelgel, **a.g.e.**, s. 122; Tarman, **Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi**, s. 22.

menfaatine aykırı bir sonuç yaratmayacaktır⁸⁷⁷.

Bu sebeple, zarar verenin işyeri (veya mutad mesken) kriterinin uygulanması için herhangi bir şart aranmamaktadır. İmalatçının Sorumluluğu Hakkında La Haye Sözleşmesi m. 6; İsv. MÖHK m. 135, f. 1 ve MÖHUK m. 36 hükümlerinde seçilmesi halinde, bu kriterin gösterdiği hukukun uygulanmasını önlemek için zarar verene savunma imkanı tanınmamıştır.

Böylelikle zarar veren, daha düşük sorumluluk öngören bir ülkede imalatını gerçekleştiriyor ve yine daha düşük sorumluluk öngören bir ülkeye ürünlerini pazarlıyor olsa bile kendi işyerinin bulunduğu ülkenin sorumluluk standartlarından kaçamayacaktır⁸⁷⁸.

cc) Esas İşyeri, İşyeri ve Mutad Mesken Kavramları

La Haye Sözleşmesi m. 6'da zarar verenin esas işyeri (*principal établissement, principal place of business*); İsv. MÖHK m. 135 f. 1, a bendinde zarar verenin işyeri (*établissement, place of business*), bulunmaması halinde zarar verenin mutad meskeni; MÖHUK m. 36'da ise zarar verenin mutad mesken veya işyeri hukukunun, zarar gören tarafından seçilebileceği düzenlenmiştir.

Uygulanacak hukuku belirleyebilmek için, mutad mesken, işyeri ve esas işyeri bağlama noktalarının anlamlarının açıklığa kavuşturulması gerekir.

La Haye Sözleşmesi'nde mutad mesken ve esas işyeri kavramları tanımlanmamıştır⁸⁷⁹. Böylelikle bu kavramların nitelendirilmesi, davaya bakan hakim tarafından yapılacaktır⁸⁸⁰. Sözleşme hakkındaki Açıklayıcı Rapor'da mutad mesken kavramının, gerçek kişileri; tüzel kişiliği bulunan şirketleri, dernekleri ve tüzel kişiliğe sahip olmayan toplulukları kapsadığı ifade edilmiştir⁸⁸¹. Esas işyerinin ise hem tüzel kişiler hem de gerçek kişiler açısından uygulama alanı bulacak bir

⁸⁷⁷ Fawcett, **a.g.e.**, s. 144, 166.

⁸⁷⁸ Özel, **Uygulanacak Hukuk**, s. 223; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 300-301, par. 316.

⁸⁷⁹ Fawcett, **a.g.e.**, s. 151; Özel, **İmalatçının Sorumluluğu**, s. 918.

Açıklayıcı Rapor'da diğer La Haye Sözleşmeleri'nde de kullanılan mutad mesken kavramının, İmalatçının Sorumluluğu Hakkında Sözleşme'de ayrıca tanımlanmasına gerek duyulmadığı belirtilmiştir (Reese, **Explanatory Report**, s. 261).

⁸⁸⁰ Özel, **İmalatçının Sorumluluğu**, s. 918.

⁸⁸¹ Reese, **Explanatory Report**, s. 261.

kriter olduğu belirtilmiştir⁸⁸².

Roma II Tüzüğü'nde de mutad mesken kavramı tanımlanmamıştır⁸⁸³. Ancak Tüzük m. 23'te şirketler, dernekler, tüzel kişiliğe sahip olan ya da olmayan topluluklar⁸⁸⁴ ile iş sahibi gerçek kişiler açısından, mutad mesken kavramından anlaşılması gereken belirtilmiştir⁸⁸⁵. Söz konusu hükme göre, şirketler ile tüzel kişiliğe sahip olan ya da olmayan topluluklar için mutad mesken, idare merkezlerinin (*administration centrale, central administration*) bulunduğu yerdir (Tüzük m. 23, f. 1, c. 1). Zarara yol açan fiilin, şube, acenta veya diğer kuruluşlar aracılığıyla işlenmesi halinde mutad mesken, şube, acenta ya da diğer kuruluşun bulunduğu yerdir (Tüzük m. 23, f. 1, c. 2). İş sahibi gerçek kişiler açısından mutad mesken, onların esas işyeridir (Tüzük m. 23, f. 2).

Tüzük m. 23'te kullanılan idare merkezi ile esas işyeri kavramları hakkında Tüzük'te ayrıca bir açıklama veya tanıma yer verilmemiştir. Tüzük çerçevesinde idare merkezinin, otonom yorumlanması gerektiği belirtilerek bunun, statüsü bulunan tüzel kişiler açısından statüsünde gösterilen idare merkezi olmadığı ifade edilmektedir⁸⁸⁶. Buna göre Tüzük uyarınca idare merkezi, şirket veya topluluğun fiilen yönetiminin gerçekleştirildiği yer (*actual centre of administration, centre of management*) olarak kabul edilmektedir⁸⁸⁷. Yine Tüzük çerçevesinde esas işyerinin fiili bir kavram olduğu ve kişinin, esaslı işini yürüttüğü yeri ifade ettiği

⁸⁸² Reese, **Explanatory Report**, s. 262.

⁸⁸³ Dietmar Baetge, "Article 23- Habitual Residence", **Calliess Rome Regulations, Commentary on the European Rules of the Conflict of Laws**, Ed. Gralf-Peter Calliess, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Law International, 2011, s. 607; Illmer, **Art. 5 Rome II**, s. 128; Huber/Illmer, **a.g.e.**, s. 40; Illmer, **Product Liability**, s. 286; Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 444.

⁸⁸⁴ Doktrinde Tüzük m. 23, f. 1'de yapılan sayımın teknik anlamda anlaşılmaması gerektiği ve söz konusu hükmün, tüzel kişiliğe sahip şirketler, dernekler, vakıflar ile adi ortaklık gibi tüzel kişiliğe sahip olmayan her türlü topluluğu kapsayacak şekilde geniş bir anlama sahip olduğu açıklanmaktadır (Baetge, **a.g.e.**, s. 607-608).

⁸⁸⁵ Stone, **Product Liability**, s. 180, 186; Stone, **Rome II**, s. 105; Plender/Wilderspin, **a.g.e.**, s. 569; Bach, **Art. 4 Rome II**, s. 96-97; Illmer, **Art. 5 Rome II**, s. 128; Huber/Illmer, **a.g.e.**, s. 40; Illmer, **Product Liability**, s. 286; Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 444; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 477.

⁸⁸⁶ Baetge, **a.g.e.**, s. 608; Stone, **EU PIL**, s. 379; Stone, **Rome II**, s. 105; Stone, **Product Liability**, s. 186.

⁸⁸⁷ Baetge, **a.g.e.**, s. 608; Stone, **EU PIL**, s. 379; Stone, **Rome II**, s. 105; Stone, **Product Liability**, s. 186.

Dolayısıyla Tüzük uyarınca idare merkezi fiili bir kavram olup; somut olaya göre şirket veya topluluğun yönetildiği, merkez ofislerinin bulunduğu ve yönetim hakkı sahibi kişilerin toplanarak o şirketin yönetimine ilişkin kararların alındığı yeri göstermektedir (Baetge, **a.g.e.**, s. 608; Stone, **EU PIL**, s. 379; Stone, **Rome II**, s. 105; Stone, **Product Liability**, s. 186).

benimsenmektedir⁸⁸⁸.

Tacir olmayan gerçek kişilerin mutad meskeni hakkında ise Tüzük m. 23'te hiçbir açıklamaya yer verilmemiştir. Bunun bilinçli bir tercih olduğu, kendi kendini açıklayan gerçek kişinin mutad meskeni gibi bir kavramın ayrıca tanımlanmasının gerekli olmadığı belirtilmektedir⁸⁸⁹.

ATAD kararlarında gerçek kişinin mutad meskeninin, somut olayın tüm şartlarının gözönüne alınarak tespit edilmesi gerektiği ve bu tespit yapılırken, kişinin belirli bir yerde kaldığı sürenin uzunluğu ile sürekliliği, kalış sebebi, işini veya eğitimini sürdürdüğü yer, sosyal temasları, ailesinin geri kalan bireylerinin yerleşim yeri gibi esasların dikkate alınacağı açıklanmaktadır⁸⁹⁰. Bu çerçevede gerçek kişinin mutad meskeni, somut olayın şartları uyarınca kişinin hayat ilişkilerinin merkezi olan yer (*centre effectif de la vie, factual centre of living*) şeklinde tanımlanmaktadır⁸⁹¹.

İsviçre hukukunda ise İsv. MÖHK m. 20-21 hükümlerinde yerleşim yeri, mutad mesken, işyeri ve şirket merkezi kavramları tanımlanmıştır⁸⁹². Dolayısıyla İsv. MÖHK m. 135, f. 1, a benindindeki zarar verenin işyeri ve mutad mesken hukuku ile hangi ülke hukukunun kastedildiği, İsv. MÖHK m. 20-21 gereği tespit edilecektir⁸⁹³.

Buna göre gerçek kişilerin mutad meskeni, sınırlı bir süre de olsa belirli bir

⁸⁸⁸ Markus Altenkirch, "Chapter VI- Other Provisions, Art. 23 Rome II", **Rome II Regulation Pocket Commentary**, Ed. Peter Huber, Munich: Sellier European Law Publishers, 2011, s. 415; Baetge, **a.g.e.**, s. 610.

Tüzük uyarınca esas işyerinin tespitinde bir yerde çalışan işçi sayısı, ciro ve o yer için yapılan masrafların hangi düzeyde olduğunun dikkate alınacağı belirtilmektedir (Altenkirch, **a.g.e.**, s. 415; Baetge, **a.g.e.**, s. 610).

⁸⁸⁹ Baetge, **a.g.e.**, s. 611; Hohloch, **a.g.e.**, s. 11-12.

Bu hususta ayrıca bir tanıma yer verilmemiş olmasının, kavramın sahip olduğu esnekliği kaybetmemesinin amaçlanmasından kaynaklandığı hakkında bkz. Baetge, **a.g.e.**, s. 611; Hohloch, **a.g.e.**, s. 11-12; Illmer, **Art. 5 Rome II**, s. 128; Illmer, **Product Liability**, s. 286.

⁸⁹⁰ ATAD, *Doris Knoch / Bundesanstalt für Arbeit*, 8.7.1992, C-102/91, (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:61991CJ0102> (erişim tarihi: 20.10.2014)); ATAD, *Korkein hallinto-oikeus*, 2.4.2009, C-523/07, (<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=73639&doclang=EN> (erişim tarihi: 20.10.2014)).

⁸⁹¹ Hohloch, **a.g.e.**, s. 11; Baetge, **a.g.e.**, s. 611; Altenkirch, **a.g.e.**, s. 415; farklı yönde bkz. Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 445.

⁸⁹² İsv. MÖHK m. 20, f. 2 uyarınca yerleşim yeri ve mutad mesken hakkında İsv. MK hükümlerinin uygulanmayacağı düzenlendiğinden, söz konusu kavramların tespiti, münhasıran İsv. MÖHK m. 20'deki tanımlar uyarınca yapılacaktır. Bu hususta bkz. Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard, **a.g.e.**, par. 275-276; Bucher/Bonomi, **a.g.e.**, par. 82.

⁸⁹³ Bucher/Bonomi, **a.g.e.**, par. 1096; Dutoit, **Commentaire**, s. 479; Fawcett, **a.g.e.**, s. 160; Özel, **İmalatçının Sorumluluğu**, s. 918.

süre boyunca kişinin yaşamını sürdürdüğü yerdir (İsv. MÖHK m. 20, f. 1, b). Gerçek kişinin işyeri ise mesleki ve ticari faaliyetlerini sürdürdüğü yerdir (İsv. MÖHK m. 20, f. 1, c). Şirket⁸⁹⁴ ve mal toplulukları açısından işyeri, şirketin merkezinin veya şubelerinden birinin bulunduğu yeri ifade eder (İsv. MÖHK m. 21, f. 4). Şirket merkezi ise şirket sözleşmesi veya statüsünde bir yer belirtilmişse bu yer, belirtilmemişse şirketin fiilen idare edildiği yerdir (İsv. MÖHK m. 21, f. 2).

MÖHUK'ta yerleşim yeri, mutad mesken, işyeri ve şirket merkezi kavramları tanımlanmamıştır⁸⁹⁵. Bağlama noktalarının kural olarak *lex fori*'ye göre vasıflandırılacağı kabul edildiğinden⁸⁹⁶, MÖHUK m. 36'daki mutad mesken ve işyeri kavramları Türk hukukunda benimsenen esaslar çerçevesinde yorumlanacaktır.

Türk hukukunda mutad meskeni tanımlayan herhangi bir kanun hükmü bulunmamakla birlikte, teminat gösterme yükümlülüğünü düzenleyen HMK m. 89 hükmünün gerekçesinde mutad mesken kavramı, “*kişinin tüm hayat ilişkilerinin belirli bir coğrafi alanda yoğunlaşması*” olarak nitelendirilmiştir⁸⁹⁷. MÖHUK'ta mutad mesken bağlama noktasına yer verilen 13. maddenin gerekçesinde söz konusu kavram, kişinin hayat ilişkilerinin merkezi ve fiili ikametgahı olarak açıklanmıştır⁸⁹⁸. Doktrinde mutad meskenin, fiili bir kavram olduğu ve kişinin belirli bir süreye yayılacak şekilde hayat ilişkilerinin merkezi olan yeri ifade ettiği belirtilmektedir⁸⁹⁹.

MÖHUK m. 36'da kullanılan işyeri kavramı ile kastedilen yerin de açıklığa kavuşturulması gerekir. MÖHUK'ta tanımlanmamış işyeri kriteri⁹⁰⁰, Türk

⁸⁹⁴ İsv. MÖHK m. 150, f. 1 uyarınca şirket kavramı sadece ticari şirketleri değil; her türlü kişi veya mal topluluğunu da ifade ettiğinden söz konusu kavram, İsv. MÖHK'da iç hukuktan daha geniş ele alınmış olmaktadır (Bucher/Bonomi, **a.g.e.**, par. 1156).

⁸⁹⁵ Söz konusu kavramların, özellikle de işyeri ve merkez kavramlarının, MÖHUK çerçevesinde tanımlar başlıklı ayrı bir hüküm içerisinde tanımlanmasının yararlı olacağı görüşünde bkz. Sarıöz, **a.g.e.**, s. 164.

⁸⁹⁶ Bu konuda farklı bir değerlendirme için bkz. İlyas Arslan, **Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014, s. 101-103.

⁸⁹⁷ Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, 1/574, s. 34.

⁸⁹⁸ 5718 Sayılı MÖHUK Tasarısı İle İlgili Adalet Komisyonu Raporu, s. 12.

⁸⁹⁹ Işıl Özkan, **Devletler Özel Hukukunda İkametgah, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi**, Ankara: Natürel Yayıncılık, 2003, s. 31-43, s. 81 vd.; Nomer, **a.g.e.**, s. 119-120; Ziya Akıncı/Cemile Demir Gökyayla, **Milletlerarası Aile Hukuku**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010, s. 215; Arslan, **a.g.e.**, s. 45 vd.; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 68; Özdemir Kocasakal, **MÖHUK m. 24**, s. 56; Doğan, **a.g.e.**, s. 168-169.

⁹⁰⁰ İşyeri kriterine yer verilen MÖHUK m. 24, f. 4 hükmünün gerekçesinde işyeri hakkında bir tanım getirilmekten kaçınıldığı, doktrin ve uygulamanın önünün açık bırakılmak istendiği belirtilmiştir (5718 Sayılı MÖHUK Tasarısı İle İlgili Adalet Komisyonu Raporu, s. 19).

İşyeri kavramı, milletlerarası sözleşmelerde de kullanılmaktadır. Buna göre CISG'nin uygulama

hukukunun farklı alanlarında, kanımızca o alanın amaç ve ihtiyaçları çerçevesinde değişik anlamlara gelecek şekilde ele alınmıştır. İş Kanunu m. 2⁹⁰¹ ile Vergi Usul Kanunu m. 156⁹⁰² hükümlerinde ve diğer yasal düzenlemelerde⁹⁰³ öngörülen işyeri tanımlarının, milletlerarası özel hukuk açısından uygulanabilirliğinin değerlendirilmesi gerektiği doktrinde ifade edilmiştir⁹⁰⁴.

Doktrinde bir görüş⁹⁰⁵, İş Kanunu'nda öngörülen işyeri tanımının, milletlerarası özel hukuk bakımından yetersiz kaldığını belirtmektedir. MÖHUK m. 24, f. 4 kapsamında ileri sürülen bir diğer görüşe göre⁹⁰⁶ işyeri kavramının geniş bir şekilde yorumlanması ve ticari ya da sınai bir faaliyetin yürütülmesinde kullanılan bütün birimlerin işyeri olarak kabul edilmesi uygun olacaktır. Başka bir görüş⁹⁰⁷ ise MÖHUK'taki işyeri kavramının, İş Kanunu'nda tanımlandığı kadar geniş şekilde anlaşılamayacağını, söz konusu kavramın ticaret hukukunda olduğu gibi işletme

alanının belirlenmesinde CISG m. 1, f. 1'de kullanılan bu kavram, Antlaşma'da da tanımlanmamıştır. Ancak doktrinde CISG kapsamında işyerinin, asgari bir bağımsızlığa sahip olarak iş faaliyetinin belirli bir süreklilik ve düzen arz edecek şekilde, fiilen ve ağırlıklı olarak yürütüldüğü yer olarak anlaşılabileceği belirtilmektedir (Yeşim M. Atamer, **Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları**, İstanbul: Beta Yayınevi, 2005, (CISG), s. 49; Zafer Zeytin, "Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın (CISG) Uygulama Alanına İlişkin Bir İnceleme", **BATİDER**, C. 24, S. 3, Haziran 2008, s. 236-237; Toker, **a.g.e.**, s. 36-37; Özdemir Kocasakal, **MÖHUK m. 24**, s. 58; Demir Gökyayla, **Tek Satıcılık**, s. 394; Demirkol, **a.g.e.**, s. 315).

Uluslararası Sözleşmelerde Elektronik İletilerin Kullanılması Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonu'nda işyeri tanımlanmıştır. Konvansiyon m. 4 uyarınca ise bir yerin, işyeri olarak kabul edilmesi için ekonomik bir faaliyetin belirli bir süreklilik çerçevesinde bir yerde sürdürülmesi aranmıştır (Hatice Özdemir Kocasakal, "Uluslararası Sözleşmelerde Elektronik İletilerin Kullanılması Hakkında BM Konvansiyonu", **GSÜHFD**, 2007/2, (Elektronik İletiler), s. 269). Söz konusu Konvansiyon için bkz. *Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux*, http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/electronic_commerce/2005Convention.html.

⁹⁰¹ İş Kanunu (RG. 10.6.2003-25134) m. 2 uyarınca işyeri, işveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla kullanılan, maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birim olarak tanımlanmış; aynı hükümde bu mal ya da hizmetlerle nitelik yönünden bağılılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler ile çocuk emzirme, uyku, muayene bakım, avlu gibi diğer eklentiler ile araçların da işyeri olarak kabul edileceği açıklanmıştır. Söz konusu tanım hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kübra Doğan Yenisey, **İş Hukukunda İşyeri ve İşletme –Alman ve Fransız Hukuklarıyla Karşılaştırmalı Bir İnceleme**, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2007, s. 9 vd.

⁹⁰² Vergi Usul Kanunu (RG. 10.1.1961-10705) m. 156 hükmünde ise işyeri, mağaza, yazıhane, idarehane, imalathane, şube, depo, otel, kahvehane, tarla, bağ, bahçe, çiftlik, hayvancılık tesisleri, madenler, inşaat şantiyeleri gibi ticari, sınai, zirai veya mesleki bir faaliyetin icrasına tahsis edilen veya bu faaliyetlerde kullanılan yer olarak tanımlanmıştır.

⁹⁰³ İşyeri ve Bina Eklentilerinde Alınacak Sağlık ve Güvenlik Önlemlerine İlişkin Yönetmelik (RG. 17.7.2013-28710) m. 4, f. 1, a; Yeraltı ve Yerüstü Maden İşletmelerinde Sağlık ve Güvenlik Şartları Yönetmeliği (RG. 21.2.2004-25380) m. 4, b hükümleri örnek gösterilebilir.

⁹⁰⁴ Özkan, **a.g.e.**, s. 88; Demir Gökyayla, **Tek Satıcılık**, s. 393.

⁹⁰⁵ Özkan, **a.g.e.**, s. 89, 91.

⁹⁰⁶ Özdemir Kocasakal, **MÖHUK m. 24**, s. 59.

⁹⁰⁷ Demirkol, **a.g.e.**, s. 314 vd.

açısından esaslı faaliyetin yapıldığı yeri ifade ettiğini ileri sürmektedir. Benzer bir görüş⁹⁰⁸ de haksız rekabete ilişkin MÖHUK m. 37, f. 2’de yer alan işyeri kavramı açısından Vergi Usul Kanunu m. 156’daki tanımın, milletlerarası özel hukuk açısından daha doğru sonuçlar doğuracağını belirtmektedir.

Bu bağlamda işyeri kriterinin, mesleki veya ticari bir faaliyetin, belirli bir süreklilik arz edecek şekilde sabit olarak yürütüldüğü yer olarak yorumlanabileceği görüşünü paylaşmaktayız⁹⁰⁹. Böylelikle MÖHUK m. 36 kapsamında işyeri, ürünün imalatı ve piyasaya sürülmesi süreci ile ilgili faaliyetin, belirli süreklilik içerecek şekilde sürdürüldüğü yer olacaktır. Dolayısıyla zarar veren tüzel kişi açısından işyerinin, idare merkezi olması şart değildir.

çç) Zarar Veren Tacir Olup Olmamasına Bağlı Olarak Tek Bir Hukukun Seçilebilmesi

İsv. MÖHK m. 135, f. 1, a uyarınca zarar veren gerçek kişi olduğunda işyeri bulunduğu takdirde işyeri hukuku; bulunmadığı takdirde mutad mesken hukuku seçilebilecektir⁹¹⁰. Zarar veren tüzel kişi ya da tüzel kişiliğe sahip olmayan bir topluluk olduğunda ise işyeri hukuku seçilecektir⁹¹¹. Dolayısıyla İsv. MÖHK m. 135, f. 1, a bendi uyarınca zarar görenin seçimine sunulan hukuk bir tanedir⁹¹².

MÖHUK m. 36 çerçevesinde mutad mesken, gerçek kişilere özgü bir kavram olduğundan⁹¹³, zarar veren gerçek kişi olması halinde onun mutad mesken hukuku seçilebilir. Zarar veren gerçek kişi tacir içinse mutad mesken değil; işyeri hukuku seçime konu olabilir. Zira işyeri, hem gerçek kişiler hem de tüzel kişiler bakımından uygulanan bir kriterdir⁹¹⁴. İmalatçının Sorumluluğu Hakkında La Haye

⁹⁰⁸ Sarıöz, **a.g.e.**, s. 163-164.

⁹⁰⁹ Milletlerarası özel hukukta işyeri kavramı açısından benzer yönde bkz. Özdemir Kocasakal, **Elektronik İletiler**, s. 270; Sarıöz, **a.g.e.**, s. 164; Demirkol, **a.g.e.**, s. 314.

⁹¹⁰ Dutoit, **Commentaire**, s. 479; Othenin-Girard, **Rome II**, s. 84; Othenin-Girard, **Rome II et LDIP**, s. 388.

⁹¹¹ Dutoit, **Commentaire**, s. 479; Othenin-Girard, **Rome II**, s. 84; Othenin-Girard, **Rome II et LDIP**, s. 388.

⁹¹² Dutoit, **Commentaire**, s. 479; Bucher, **Actes illicites**, s. 126; Othenin-Girard, **Rome II**, s. 84; Othenin-Girard, **Rome II et LDIP**, s. 388.

⁹¹³ Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 368; Özdemir Kocasakal, **MÖHUK m. 24**, s. 56; Arslan, **a.g.e.**, s. 166-167. HMK m. 84 hükmünün bu yöndeki gerekçesi için bkz. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, s. 34.

⁹¹⁴ Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 366; Özdemir Kocasakal, **MÖHUK m. 24**, s. 56. Ayrıca işyeri kriterinin kullanıldığı MÖHUK m. 24, f. 4’teki objektif bağlama kuralının gerekçesinde de bu hususu belirtilmiştir bkz. 5718 Sayılı MÖHUK Tasarısı ile İlgili Adalet Komisyonu Raporu, s. 18.

Sözleşmesi'nde de esas işyeri kavramının, hem gerçek hem de tüzel kişiler için uygulanabileceği açıklanmaktadır⁹¹⁵. Roma II Tüzüğü'nde de mesleki bir faaliyet (*activité professionnelle, business activity*) yürüten gerçek kişiler açısından mutad meskenin, onların esas işyeri olarak anlaşılabileceği düzenlenmiştir⁹¹⁶.

Böylelikle MÖHUK m. 36 kapsamında zarar veren gerçek kişi tacir dahil olmak üzere, zarar verenin tüzel kişiliğe sahip bir ticari şirket ya da adi ortaklık gibi tüzel kişiliği bulunmayan bir işletme olması halinde onun, işyerinin bulunduğu ülke hukuku seçilebilecektir. Dolayısıyla MÖHUK m. 36'da “zarar verenin mutad meskeni veya işyeri hukuku”nun belirtilmesiyle, zarar görenin seçimine tek bir hukuk sunulmuştur⁹¹⁷. Hükümde “veya” bağlacının kullanılması da zarar verenin tacir olup olmamasına göre yapılacak bir ayrımın esas alındığını gösterdiği kanısındayız.

Böylelikle mehz İsviçre düzenlemesinden farklı olarak, MÖHUK m. 36'da “zarar verenin işyeri, işyerinin bulunmaması halinde mutad mesken hukukunun” seçilebileceğinin belirtilmemiş olması, yani “işyerinin bulunmamasına” hükümde vurgu yapılmamış olması, kanımızca farklı bir sonuç yaratmamaktadır. Zira zarar görenin hangi hukuku seçeceği, zarar verenin tacir olup olmamasına bağlı olarak, onun mutad meskeni mi yoksa işyeri hukukunun mu bulunduğuna göre belirlenmektedir.

Bu gerekçelerle doktrindeki MÖHUK m. 36'da ürünün iktisap yeri hukuku ile birlikte zarar verenin mutad mesken hukuku ve işyeri hukuku olmak üzere üç alternatif hukukun zarar görenin seçimine sunulduğu yönündeki görüşü⁹¹⁸ paylaşmamaktayız. Mehaz İsv. MÖHK m. 135, f. 1 açısından iktisap yeri hukuku ile birlikte toplam iki alternatif hukukun, zarar görenin seçimine sunulduğu konusunda doktrinde görüş ayrılığı bulunmadığını da belirtmek isteriz⁹¹⁹.

Son olarak, Türk hukukunda dernek veya vakıfların amaçlarına ulaşmak için

⁹¹⁵ Reese, **Explanatory Report**, s. 262.

⁹¹⁶ Tüzük m. 23, f. 2 hakkında detaylı bilgi için bkz. Altenkirch, **a.g.e.**, s. 415; Stone, **Product Liability**, s. 180.

⁹¹⁷ Özel, **Uygulanacak Hukuk**, s. 222; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğuna İlişkin Kurallar**, s. 282. İsviçre hukuku açısından bu yönde bkz. Bucher, **Actes illicites**, s. 126; Dutoit, **Commentaire**, s. 479; Othenin-Girard, **Rome II**, s. 84; Othenin-Girard, **Rome II et LDIP**, s. 388;

⁹¹⁸ Bu görüşte bkz. Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 421-422; Çalışkan, **a.g.e.**, s. 307.

⁹¹⁹ Dutoit, **Commentaire**, s. 479; Bucher, **Actes illicites**, s. 126; Bucher/Bonomi, **a.g.e.**, par. 1095; Imhoff-Scheier/Patochhi, **a.g.e.**, s. 59; Othenin-Girard, **Rome II**, s. 84; Othenin-Girard, **Rome II et LDIP**, s. 388.

ticari bir faaliyet sürdürmesi mümkündür. Ticari bir işletme işleten dernek ve vakıflar, tacir sayılırlar (TTK m. 16). Bunlar açısından ticari işletmenin bulunduğu yer, işyeri olacaktır. Dolayısıyla MÖHUK m. 36 uyarınca zarar gören, bu yer hukukunu seçebilecektir.

Buna karşılık dernek veya vakfın, ticari bir faaliyette bulunmamasına rağmen güvenli olmayan ürün sebebiyle zarara yol açması söz konusu olabilir. Örneğin, griple mücadele amacıyla kurulmuş bir dernek, kendi ürettiği aşılardan dileyen kişilere ücretsiz olarak aşı yaptıktan sonra bu aşılardan hatalı olması, kişilerin vücut bütünlüğünde zarara yol açmış olabilir. Bu dernek, tüzel kişi olduğundan mutad meskeni bulunmayacak; tacir sıfatına sahip olmadığından işyeri söz konusu olmayacaktır. MÖHUK m. 36’da “*zarar verenin mutad meskeni veya işyeri hukuku*” dendiğinden, acaba zarar görenin seçim hakkını kullanamayacağı ve mecburen hükümdeki diğer hukukun mu uygulanacağı sonucuna varılacaktır?

MÖHUK m. 36’da tacir sıfatına sahip olmayan tüzel kişiler bakımından bir boşluk bulunduğunu ve bu boşluğun, TMK m. 1, f. 2 uyarınca doldurulacağını düşünmekteyiz. Dolayısıyla MÖHUK m. 36’da zarar görenin seçimine sunulan ilk hukukun bertaraf edilmesi için geçerli bir sebep bulunmayacaktır. Tacir sıfatına sahip olmayan dernek veya vakıflar bakımından zarar görenin, bunların statülerindeki idare merkezi hukukunu seçme imkanına sahip olacağı kabul edilebilir⁹²⁰.

dd) Zarar Veren Birden Çok İşyerinin Bulunması

Günümüzdeki üretim ve ticaret ağı çerçevesinde zarara yol açan ürünün imalatçısının ya da piyasaya sürülmesinde rol alan sağlayıcı ve dağıtıcıların, birden çok ülkede işyerinin bulunması söz konusu olabilir. Böyle bir durumda “*zarar verenin işyeri*” olarak hangi ülke hukukunun esas alınacağı değerlendirilmelidir.

İsviçre hukuku ile La Haye Sözleşmesi’nde bu açıdan bir sorunla karşılaşılacaktır. Zira İsv. MÖHK m. 21, f. 4 uyarınca şirketler ile kişi ve mal

⁹²⁰ Sözleşmelere uygulanacak hukuku düzenleyen MÖHUK m. 24, f. 4, c. 2’de yer alan “*karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku*” ifadesinin tüzel kişiler açısından idare merkezinin esas alınması gerektiği şeklinde yorumlanacağı kabul edilmektedir (Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 367; hükmün bu yöndeki gerekçesi için bkz. 5718 Sayılı MÖHUK Tasarısı İle İlgili Adalet Komisyonu Raporu, s. 18). Ancak MÖHUK m. 24 çerçevesinde bu hususun, Kanun’da açıkça belirtilmesinin çok daha yerinde olacağı ifade edilmiştir (Özdemir Kocasakal, **MÖHUK m. 24**, s. 57).

toplulukları açısından işyerinin, şirket merkezinin veya şirketin şubelerinden birinin bulunduğu yer olduğu düzenlenmiştir. La Haye Sözleşmesi m. 6’da ise zarar görenin, zarar verenin “*esas işyeri hukukunu*” seçebileceği açıkça belirtilmiştir.

MÖHUK m. 36’da ise bu hususta bir açıklık bulunmamaktadır. Hükümde zarar verenin “*esas işyerinden*” bahsedilmemiştir. Hükme ilişkin gerekçede de zarar verenin birden çok işyerinin bulunması ihtimali bakımından bir açıklamaya yer verilmemiştir.

Türk hukukunda sözleşmelere uygulanacak hukuka ilişkin MÖHUK m. 24, f. 4, c. 2; kişilik haklarının ihlaline uygulanacak hukuku düzenleyen MÖHUK m. 35 ile münhasıran belirli bir işletmenin menfaatine yönelik haksız fiillere ilişkin MÖHUK m. 37, f. 2 çerçevesinde mesele doktrinde değerlendirilmiştir. Buna göre MÖHUK m. 24, f. 4, c. 2’de “*söz konusu sözleşme ile en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri*” ifadesi kullanılmıştır. Sözleşme ile ilişkili birden çok işyerinin bulunması halinde sözleşmenin kurulmasında muhatap alınan, sözleşme müzakerelerinin kendisi ile yürütüldüğü işyerinin yakın bağlantılı işyeri olarak kabul edilebileceği; sözleşmede karakteristik edimin başka bir işyeri tarafından temin edileceğinin belirtilmiş veya alıcının böyle bir durumu öngörebileceği halde ise bu işyerinin esas alınacağı doktrinde belirtilmiştir⁹²¹. MÖHUK m. 35 açısından zarar verenin birden çok işyeri varsa herhangi bir işyerinin değil; haksız fiil ile ilgili işyerinin seçileceği belirtilmiştir⁹²². MÖHUK m. 37, f. 2 hakkında da şirketin merkezi veya şubesinin bulunduğu yerden hangisinin, somut olay ile doğrudan ilişki sağlıyorsa o yer hukukunun uygulanması gerektiği ifade edilmiştir⁹²³.

MÖHUK m. 36 bakımından da yukarıdaki görüşler ile paralel bir çözümün benimsenebileceği kanısındayız. MÖHUK m. 36’da zarar verenin işyeri hukukunun, ürünün imalatı ile piyasaya sürülmesi süreçlerinin yönetimi ile ilişkili bir hukuk olarak öngörüldüğü dikkate alındığında⁹²⁴, zarar verenin birden çok işyerinin bulunması durumunda bu süreçlerle ilgili esaslı işin yürütüldüğü yer hukuku seçime konu olmalıdır. Bu yerin, zarar veren tüzel kişi açısından idare merkezini göstermesi

⁹²¹ Özdemir Kocasakal, **MÖHUK m. 24**, s. 59-60.

⁹²² Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 467.

⁹²³ Sarıöz, **a.g.e.**, s. 165-166.

⁹²⁴ Mehaz İsv. MÖHK m. 135, f. 1 açısından bu yönde bkz. Imhoff-Scheier/Patochhi, **a.g.e.**, s. 59; Fawcett, **a.g.e.**, s. 166; ayrıca bu yönde bkz. 5718 Sayılı MÖHUK Tasarısı İle İlgili Adalet Komisyonu Raporu, s. 24.

mümkündür. Ancak bu, zarar verenin birden fazla işyerinin bulunduğu her halde onun idare merkezi hukukunun seçime konu olacağı anlamına gelmeyecektir.

Somut uyuşmazlığın özellikleri uyarınca bir değerlendirme yapılarak uyuşmazlıkla gerçekten ilişkili olan zarar verenin hukukunun seçilmesi, milletlerarası özel hukuk adaletinin gereğidir⁹²⁵. Bu sebeple, zarar veren tüzel kişi şirketin, vergi avantajı veya kuruluş işlemlerinin daha az maliyetli olması sebebiyle bir ülkede kurulmasına karşın üretim ve satışın başka bir ülkeden yapılması halinde zarar verenin işyeri hukuku olarak şirket merkezinin bulunduğu ülke hukukunun değil; ürünün imalatı ve piyasaya sürülmesi sürecinin yürütülmesi ile ilişkili olan işyerinin bulunduğu ülke hukukunun seçilebileceği düşüncesindeyiz⁹²⁶.

Roma II Tüzüğü m. 5 bakımından da ulaştığımız sonuç ile benzer bir çözüm doktrinde savunulmuştur. Buna göre zarar verenin birden çok şubesi veya kuruluşunun bulunması halinde ürünün imalatı ve piyasaya sürülmesi ile ilişkili olan yerin dikkate alınabileceği; birden çok yerin bu şekilde uyuşmazlıkla ilişkili olması halinde ise idare merkezinin esas alınacağı belirtilmektedir⁹²⁷.

ee) Statü Değişikliğinden Kaynaklanan Problemler

MÖHUK m. 36'da kullanılan bağlama noktalarından zarar verenin işyeri veya mutad meskeninin zaman içinde değişmesi mümkündür. Örneğin, zarar veren işyerini başka bir ülkeye taşıyabilir⁹²⁸. Böyle bir durumda uygulanacak hukukun tayininde kullanılan bağlama noktalarının değişmesinden kaynaklanan problemler (*conflict mobile*) doğacaktır.

MÖHUK m. 36'da sabit bağlama öngörülmemiştir. Ancak hükümde zarar görenin seçebileceği ikinci hukuku gösteren iktisap yeri açısından, statü değişikliğinden kaynaklanan bir problem doğmayacaktır. Zira ürünün iktisap edildiği

⁹²⁵ MÖHUK m. 35 açısından bu yönde bkz. Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 467.

⁹²⁶ Doktrinde aynı örnek ele alınmış ve MÖHUK m. 36'da daha sıkı ilişkili hukuk kuralının öngörülmemiş olması sebebiyle, bir istisna olmayacağı ve davalının işyeri hukukunun uygulanacağı sonucuna varılmıştır (Özel, **Uygulanacak Hukuk**, s. 224). Burada meselenin, MÖHUK m. 36'da daha sıkı ilişkili hukuk kuralının öngörülmemiş olması kapsamında ele alınmasına ihtiyaç bulunmadığını düşünmekteyiz.

⁹²⁷ Bu görüşte bkz. Stone, **EU PIL**, s. 395; Stone, **Rome II**, s. 122; Stone, **Product Liability**, s. 187.

⁹²⁸ Zarar verenin işyerini daha düşük standartta sorumluluk öngören sağlayan bir ülkeye taşımasının her zaman mümkün olduğu ve bunun, zarar görenin aleyhine sonuçlar yaratacağı doktrinde sürülmüştür (Pryles, **a.g.e.**, s. 127; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğu**, s. 175-176).

yer kriterinin, niteliği gereği sonradan değişmesi mümkün değildir⁹²⁹. Ürün, nerede iktisap edilmişse iktisap yeri orasıdır.

MÖHUK m. 36'daki zarar verenin işyeri veya mutad meskeni açısından ise aynı sonuç geçerli değildir. Zarar veren, ürünü piyasa sürdükten veya o ürün bir zarara yol açtıktan sonra işyerini, başka bir ülkeye taşıyabilir; ticari ve mesleki faaliyetlerine burada devam edebilir. Böyle bir değişiklik söz konusu olduğunda MÖHUK m. 36 uyarınca zarar görenin, zarar verenin hangi andaki işyeri veya mutad mesken hukukunu esas alacağı problem doğmaktadır⁹³⁰.

Statü değişikliğinden kaynaklanan problemler hakkında MÖHUK m. 3'te genel bir kural düzenlenmiştir. Bu kural uyarınca yetkili hukukun vatandaşlık, yerleşim yeri veya mutad mesken esaslarına göre tayin edildiği hallerde aksine hüküm olmadıkça dava tarihindeki vatandaşlık, yerleşim yeri ya da mutad meskenin esas alınır. Doktrinde MÖHUK m. 3'ün, yetkili hukukun vatandaşlık, yerleşim yeri veya mutad mesken esasına göre tayin edildiği hallere münhasır olduğu kabul edilmektedir⁹³¹. Statü değişikliğine ilişkin problemlerin doğabileceği işyeri açısından MÖHUK'ta hangi andaki işyerinin esas alınacağı hakkında özel bir hüküm bulunmaması ve bu bağlama noktasının, MÖHUK m. 3'teki genel kuralın dışında tutulması sebebiyle meselenin tartışmaya açık bir hale geldiği belirtilmiştir⁹³².

MÖHUK m. 36 kapsamında meseleyi değerlendirdiğimizde hükümde öngörülmüş zarar verenin mutad meskeni açısından, MÖHUK m. 3 uyarınca dava tarihinde zarar verenin mutad meskeninin bulunduğu yer esas alınacaktır. Buna karşılık zarar verenin işyeri açısından MÖHUK m. 3'teki genel kural uygulanamasa bile MÖHUK m. 36'nın konulma amacı ve korumayı hedeflediği menfaatler dahilinde zarar verenin, uyuşmazlık doğduktan sonra halihazırda içinde bulunduğu bir hukuka tabi olması gerektiği düşüncesindeyiz. Bu sebeple, zarar verenin dava tarihinde işyerinin bulunduğu ülke hukukunun esas alınması gerekecektir. Böylelikle

⁹²⁹ Haksız fiilin ika yeri veya zararın meydana geldiği yer gibi bazı bağlama noktalarının niteliği icabı, değiştirilmeye elverişli olmamaları sebebiyle statü değişikliğinden kaynaklanan problemler yaratmayacakları hakkında bkz. Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 45-47, par. 50, 52.

⁹³⁰ İmalatçının Sorumluluğu Hakkında La Haye Sözleşmesi'nde de hangi andaki esas işyerinin dikkate alınacağı düzenlenmemiştir. Bunun, davaya bakan hakim tarafından tespit edileceği belirtilmektedir (Özel, **İmalatçının Sorumluluğu**, s. 918).

⁹³¹ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 171; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 45-46, par. 50; Doğan, **a.g.e.**, s. 228.

⁹³² Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 47, par. 52.

zarar verenin, ürünün piyasaya sürülmesinden veya zararın meydana gelmesinden sonra işyerini farklı bir ülkeye taşıması halinde zarar gören, dava tarihindeki işyeri hukukunu seçecektir.

Bununla beraber MÖHUK m. 36 hükmünün uygulanmasını kolaylaştırmak ve tartışmaları engellemek amacıyla, zarara verenin dava tarihindeki işyeri hukukunun seçilebileceğinin hükümde açıkça belirtilmesinin uygun olacağı kanısındayız. Bu itibarla, “zarar verenin mutad meskeni veya dava tarihindeki işyeri hukuku” ifadesine hükümde yer verilebilir.

b) İktisap Yeri Hukuku

aa) Kriterin Benimsenmesinde Gözetilen Menfaatler

İktisap yeri kriterinin (*lieu d'acquisition, place where the product is acquired*), imalatçının sorumluluğunda gözetilmesi gereken menfaatleri dikkate alan, bunlar arasında denge kuran, hukuki kesinlik ve öngörülebilirliği sağlayan, uygulama kolaylığı barındıran, işlevsel ve uygun bir kriter olarak, öne çıktığı ifade edilmektedir⁹³³.

İmalatçının sorumluluğunda iktisap yeri, mesafeli haksız fiillerdeki zarar yeri kriterinin yerine kullanılmaktadır⁹³⁴. İktisap yerinin, uyuşmazlığın tüm taraflarına eşit mesafede, nötr bir kriter olduğu ileri sürülmektedir⁹³⁵.

Bu kriter, Avusturya Yüksek Mahkemesi'nin 29.10.1987 tarihli kararında uygulanmıştır⁹³⁶. Karara konu olayda merkezi Almanya'da bulunan imalatçının

⁹³³ Kühne, **a.g.e.**, s. 12; Tebbens, **a.g.e.**, s. 371, 374; Saravalle, **a.g.e.**, s. 123-124; Graziano, **Product Liability**, s. 481-482, 487; Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 69-71, 100; Graziano, **Rome II**, s. 482; Huber/Illmer, **a.g.e.**, s. 41; Watt, **a.g.e.**, s. 260-261; Bureau/Watt, **a.g.e.**, s. 422; Kozyris, **Rome II**, s. 492; Plender/Wilderspin, **a.g.e.**, s. 566; Schwartz, **a.g.e.**, par. 3.2; Imhoff-Scheier/Patocchi, **a.g.e.**, s. 59; Öztekin Gelgel, **a.g.e.**, s. 121; Tarman, **Devletler Özel İmalatçı**, s. 43-44; ayrıca bkz. Hamburg Grubu Rapor, s. 17.

Bu açıdan İmalatçının Sorumluluğu Hakkında La Haye Sözleşmesi, Roma II Tüzüğü, İsviçre ve İtalya hukukundaki bağlama kurallarında iktisap yeri kriterinin benimsenmiş olmasının, onun uygun ve isabetli bir çözüm sunduğunu gösterdiği ifade edilmektedir (Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 70, 74; Graziano, **Product Liability**, s. 481-482; Kozyris, **Rome II**, s. 492). Belirtilen düzenlemelerde bu kriterin benimsenmesinin, bağlama kurallarında yeknesaklığı sağlayarak, *forum shopping* olasılığını azalttığı ve milletlerarası karar ahengine hizmet ettiği hakkında bkz. Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 100; Plender/Wilderspin, **a.g.e.**, s. 566.

⁹³⁴ Bucher, **Actes illicites**, s. 127; Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 63, 100-101.

⁹³⁵ Bu yönde bkz. Graziano, **Product Liability**, s. 481.

⁹³⁶ OGH, 29.10.1987, IPRE 2/87, (*naklen*, Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 66-67; Graziano,

ürettiği meyve suyu strelizasyonunu sağlayan aletler, Avusturya’da bulunan dağıtıcı tarafından burada faaliyet gösteren çeşitli işletmelere satılmıştır. Aletler, hatalı olmaları sebebiyle yeterli derecede strelizasyonu sağlayamamıştır. Bunun üzerine merkezi Avusturya’da bulunan meyve suyu üreticisi, Almanya’da bulunan imalatçıdan uğradığı zararın giderilmesini talep etmiştir. Avusturya Yüksek Mahkemesi davacının talebinin, haksız fiile dayandığını tespit etmiştir. Mahkeme, haksız fiillere uygulanacak hukuka ilişkin Avusturya MÖHK m. 48, f. 1, c. 2’deki istisna kuralı uyarınca hatalı ürünün piyasaya sürüldüğü ve zarar gören tarafından iktisap edildiği yer hukukunun (*Recht des Marktes*) uygulanacağına karar vermiştir.

İktisap yeri, haksız rekabet ve rekabetin engellenmesine ilişkin bağlama kurallarında kabul edilen “*etkilenen piyasa kriteri*” ile örtüşmektedir⁹³⁷. Her üç halde de işletmelerin kazanç sağlamak amacıyla ürün veya hizmetlerini sundukları ve bunların zararlı sonuçlarının ortaya çıktığı yer hukuku esas alınmış olmaktadır⁹³⁸. Bu açıdan iktisap yeri, rekabet düzeni ve ticaret hayatının korunmasını sağlamaktadır⁹³⁹. Zira bu kriter, o piyasada faaliyet gösteren tüm aktörlerin uyduğu, tarafsız bir hukuk olarak rekabet düzenini koruyacak, ekonomik menfaatlere hizmet edecektir⁹⁴⁰.

Bir ürünün bedeli, o ürünün piyasaya sürüldüğü yerdeki güvenlik standartları, sorumluluk rejimi, ürünün zarar riski ve buna ilişkin sigorta maliyeti uyarınca belirlenirken o ürünü iktisap edenler, onun taşıdığı zarar riskine ilişkin maliyeti, ürün fiyatıyla birlikte üstlenmiş olurlar⁹⁴¹. Böylelikle imalatçı ya da dağıtıcının, ticari yollardan ürününü bir ülkede piyasaya sürmesi, o ülke hukuku uyarınca sorumlu

Product Liability, s. 480; Lorenz, **a.g.e.**, s. 332).

Ayrıca İngiliz İstinaf Mahkemesi’nin milletlerarası yetkisini incelediği 1980 tarihli *Jayne Susan Castree / E R Squibb & Sons Ltd.* kararında ((1980) 2 All ER 589 (*naklen*, Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 67-68; Graziano, **Product Liability**, s. 482), imalat yerinin de zarar yerinin de haksız fiilin meydana geldiği yer olmadığı; bunun, hatalı ürünün piyasaya sürüldüğü yer olduğuna karar verilmiştir.

⁹³⁷ Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 100. Haksız rekabet açısından etkilenen piyasa kriterinin, zararın meydana geldiği yer kriterinin özel bir görünümü olduğu hakkında bkz. Tiryakioğlu, **Haksız Filler**, s. 214-215; Tiryakioğlu, **Rekabet**, s. 77 vd.

⁹³⁸ Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 100; Fallon **a.g.e.**, s. 400-401.

⁹³⁹ Watt, **a.g.e.**, s. 260-261; Plender/Wilderspin, **a.g.e.**, s. 566; Imhoff-Scheier/Patocchi, **a.g.e.**, s. 59-60. Farklı görüşte bkz. Yuko Nishitani, “The Rome II Regulation From a Japanese Point of View”, **YPIL**, C. 9, 2007, (Rome II), s. 185 vd.

⁹⁴⁰ Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 70-71, 72; Graziano, **Rome II**, s. 482; Graziano, **Product Liability**, s. 481-482; ayrıca bkz. Hamburg Grubu Rapor, s. 17; Dutoit, **Convention**, s. 117. Farklı yönde bkz. Koziris, **a.g.e.**, s. 503.

⁹⁴¹ von Hein, **a.g.e.**, s. 1697; Watt, **a.g.e.**, s. 256 vd., 260-261; Nishitani, **a.g.e.**, s. 653-654; Plender/Wilderspin, **a.g.e.**, s. 566; Weintraub, **Interest Analysis**, s. 507.

olmayı kabul etmesi anlamı taşır⁹⁴².

Ayrıca zarar görenin ürünü iktisap ettiği yer, çoğu kez onun mutad meskeninin bulunduğu yer olacaktır⁹⁴³. Böylelikle iktisap yeri kriterine bağlanması, zarar görenin sıkı ilişkide olduğu ve bildiği bir hukuka tabi olmasını sağlayarak, onun menfaatini koruyacaktır⁹⁴⁴.

Ancak zarara yol açan ürünü iktisap etmemiş fakat bir şekilde bu ürün sebebiyle zarar görmüş üçüncü kişiler (*bystander*) bakımından iktisap yerinin, yeterli bağlantıyı sağlamadığı belirtilerek, onlar açısından uygun bir kriter olmadığı ifade edilmektedir⁹⁴⁵. Ayrıca zarara yol açan ürünü yabancı bir ülkede bulundukları esnada, örneğin bir seyahat sırasında edinenler veya imalat hatası bulunan bir uçağın sebep olduğu zararlar gibi uyuşmazlıklarda da iktisap yerinin uygun çözümler sunamadığı belirtilmektedir⁹⁴⁶. Öte yandan mesafeli sözleşmelerin söz konusu olduğu hallerde de iktisap yerinin belirlenmesinin zorluk taşıdığı dile getirilmektedir⁹⁴⁷.

bb) Ürünün İktisap Edilmesine Verilen Anlam

İsv. MÖHK m. 135, f. 1, b ve MÖHUK m. 36 uyarınca zarar görenin seçebileceği diğer hukuk, iktisap yeri hukukudur. Her iki Kanun'da ürünün iktisap edilmesine verilecek anlam açıklanmamış; iktisap yerini tanımlayan bir hükme yer verilmemiştir. Esasen, iktisap yeri kriterini kullanan Roma II Tüzüğü ve La Haye

⁹⁴² Fawcett, **a.g.e.**, s. 143; Tebbens, **a.g.e.**, s. 346-348; Kozyris, **Rome II**, s. 492; Plender/Wilderspin, **a.g.e.**, s. 566; Graziano, **Product Liability**, s. 481; Özel, **İmalatçının Sorumluluğu**, s. 915; Tarman, **Devletler Özel İmalatçı**, s. 33.

⁹⁴³ Kühne, **a.g.e.**, s. 12; Tebbens, **a.g.e.**, s. 371; Saravalle, **a.g.e.**, s. 123-124; Kozyris, **a.g.e.**, s. 501-502, 504; Saravalle, **a.g.e.**, s. 124; Weintraub, **Mass Tort Litigation**, s. 147; Fawcett, **a.g.e.**, s. 164; Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s. 807; Dickinson, **a.g.e.**, s. 372; Graziano, **Product Liability**, s. 481; Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 70-71; Graziano, **Rome II**, s. 482; Stone, **EU PIL**, s. 398; Bureau/Watt, **a.g.e.**, s. 422; Imhoff-Scheier/Patocchi, **a.g.e.**, s. 59; Nomer, **a.g.e.**, s. 354; Öztekin Gelgel, **a.g.e.**, s. 121; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğuna İlişkin Kurallar**, s. 282; Tarman, **Devletler Özel İmalatçı**, s. 41, 43-44; Tarman, **Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi**, s. 22; ayrıca bkz. Roma II Açıklayıcı Rapor, s. 14; Hamburg Grubu Rapor, s. 17.

⁹⁴⁴ İmalatçının sorumluluğunda zarar görenin aşına ve sıkı ilişkide olduğu bir hukuka tabi tutulmasının önemi hakkında bkz. Kühne, **a.g.e.**, s. 22, 30; Bourel, **a.g.e.**, s. 296; Graziano, **Rome II**, s. 482; Öztekin Gelgel, **a.g.e.**, s. 120 vd., 127.

⁹⁴⁵ Saravalle, **a.g.e.**, s. 124; Tebbens, **a.g.e.**, s. 382; Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 74; Graziano, **Product Liability**, s. 482; Graziano, **Rome II**, s. 483; Bucher, **Actes illicites**, s. 127; Bucher/Bonomi, **a.g.e.**, par. 1098; Imhoff-Scheier/Patochhi, **a.g.e.**, s. 60; Fawcett, **a.g.e.**, s. 164; Illmer, **Product Liability**, s. 291; Tarman, **Devletler Özel İmalatçı**, s. 44; Tarman, **Roma II**, s. 206; ayrıca bkz. Hamburg Grubu Rapor, s. 17.

⁹⁴⁶ Fawcett, **a.g.e.**, s. 164; Fallon, **a.g.e.**, s. 307; Tebbens, **a.g.e.**, s. 386 vd.; Saravalle, **a.g.e.**, s. 124.

⁹⁴⁷ Bu yönde bkz. Plender/Wilderspin, **a.g.e.**, s. 548; Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 445.

Sözleşmesi için de aynı durum söz konusudur.

Bu suretle zarar görenin iktisap yeri hukuku olarak hangi hukuku seçeceğini belirleyebilmek için, öncelikle ürünün iktisap edilmesinden ne anlaşılabacağı; daha sonra ise iktisap yerinin nasıl tespit edileceği değerlendirilmelidir.

Hukuk güvenliğini sağlamak ve zarar görenin menfaatinin korunmasını temin etmek amacıyla İsviçre hukuku, La Haye Sözleşmesi ve Roma II Tüzüğü açısından ürünün iktisap edilmesinin, o ürün üzerindeki fiili hakimiyetin ve kontrolün kazanılmasını ifade ettiği kabul edilmektedir⁹⁴⁸. Dolayısıyla ürünün iktisap edilmesi için, mülkiyetinin kazanılması şart değildir⁹⁴⁹. Yalnızca satım sözleşmesi değil; kira, leasing gibi kullandırma hakkı tanıyan sözleşmeler ya da mülkiyeti muhafaza kaydıyla yapılan bir satım sonucunda da ürünün iktisap edilmesi mümkündür⁹⁵⁰.

Böylelikle iktisap yeri kriteri, imalatçının sorumluluğunun yapısı ve özelliklerine uygun olarak, ürünün mülkiyetinin devredildiği durumlar dışında da uygulanabilmektedir⁹⁵¹.

Bu açıklamalar çerçevesinde MÖHUK m. 36 uyarınca imal edilen şeyin iktisap edilmesi, o şey üzerinde fiili hakimiyetin ele geçirilmesini, yani o şeyin zilyedi olmayı ifade edecektir. İmal edilen şeyin iktisap edilmesi için, onun maliki olunması şart olmadığından, kiracı ya da leasing alan da o ürünü iktisap etmiş olacaktır.

Öte yandan MÖHUK m. 36'da imal edilen şeyin ticari bir ilişkiye dayanılarak iktisap edilmesi şartı aranmadığından, herhangi bir karşılık beklemeden yapılan

⁹⁴⁸ Bucher, *Actes illicites*, s. 127; Bucher/Bonomi, *a.g.e.*, par. 1098; Dutoit, *Commentaire*, s. 480; Imhoff-Scheier/Patochhi, *a.g.e.*, s. 60; Resse, *Explanatory Report*, s. 262; Fallon *a.g.e.*, s. 402; Dickinson, *a.g.e.*, s. 383; Plender/Wilderspin, *a.g.e.*, s. 571; Illmer, *Art. 5 Rome II*, s. 129.

⁹⁴⁹ Bucher, *Actes illicites*, s. 127; Bucher/Bonomi, *a.g.e.*, par. 1098; Dutoit, *Commentaire*, s. 480; Imhoff-Scheier/Patochhi, *a.g.e.*, s. 60; Resse, *Explanatory Report*, s. 262; Fallon *a.g.e.*, s. 402; Dickinson, *a.g.e.*, s. 383; Plender/Wilderspin, *a.g.e.*, s. 571-572; Illmer, *Art. 5 Rome II*, s. 129.

Ayrıca Roma II Tüzüğü m. 5 hükmünün Fransızca metninde ürünün satın alınması (*le produit a été acheté*) ifadesinin kullanılmış olmasına karşın, hükmün İngilizce metnindeki iktisap edilme (*acquired*) ifadesinin tercih edilmesi gerektiği belirtilmektedir (Plender/Wilderspin, *a.g.e.*, s. 571-572).

⁹⁵⁰ Bucher, *Actes illicites*, s. 127; Bucher/Bonomi, *a.g.e.*, par. 1098; Dutoit, *Commentaire*, s. 480; Imhoff-Scheier/Patochhi, *a.g.e.*, s. 60; Resse, *Explanatory Report*, s. 262; Fallon *a.g.e.*, s. 402; Dickinson, *a.g.e.*, s. 383; Plender/Wilderspin, *a.g.e.*, s. 571-572; von Hein, *a.g.e.*, s. 1697; Illmer, *Art. 5 Rome II*, s. 129.

⁹⁵¹ Bucher, *Actes illicites*, s. 127; Bucher/Bonomi, *a.g.e.*, par. 1098; Dutoit, *Commentaire*, s. 480; Imhoff-Scheier/Patochhi, *a.g.e.*, s. 60; Dickinson, *a.g.e.*, s. 382.

kazandırmalar sonucunda da bir ürünün iktisap edileceğini düşünmekteyiz⁹⁵². Dolayısıyla bağışlanan ya da promosyon amacıyla verilen bir ürün de iktisap edilmiş olacaktır.

Ayrıca iktisap yeri hukukunun seçilebilmesi için, zarara yol açan ürünün doğrudan sorumluluğuna başvurulana kişiden iktisap edilmesinin aranmayacağı açıktır⁹⁵³. İmalatçının sorumluluğunun niteliği gereği, sorumluluğuna başvurulana kişi, zarara yol açan ürünün kendisinden iktisap edilmediğini ileri sürerek iktisap yeri hukukunun uygulanmasını engelleyemeyecektir.

cc) İktisap Yerinin Belirlenmesi

İktisap yerinin, imalatçının sorumluluğuna uygun bir kriter olduğu kabul edilmekle birlikte bu yerin belirlenmesi, ileri sürüldüğü gibi kolay değildir. La Haye Sözleşmesi'ni hazırlayanlar bu konuda fikir birliğine varamamıştır⁹⁵⁴. Ürünün iktisap edildiği yer olarak, sözleşmenin kurulduğu yerin mi yoksa ürünün teslim edildiği yerin mi esas alınacağı hakkında Sözleşme'de açıklık bulunmamaktadır⁹⁵⁵.

Washington İstinaf Mahkemesi'nin 1977 tarihli *Croze / Volkswagenwerk Aktiengesellschaft* kararında⁹⁵⁶ ürünün iktisap edildiği yerin neresi olduğu değerlendirilmiştir. Karara konu teşkil eden olayda, Volkswagen marka bir minibüste bulunan bir yolcu Kaliforniya'da geçirdiği kaza sonucu yaralanmıştır. Minibüs, yerleşim yeri Kaliforniya'da bulunan bir kişiye aittir. Bu kişi, minibüsü Kaliforniya'da bulunduğu sırada Almanya'da bulunan yetkili dağıtıcıdan sipariş etmiş ve minibüsü, Almanya'da teslim almıştır. Daha sonra kendi imkanlarıyla minibüsünü Kaliforniya'ya getirmiştir. Mahkeme, ürünün iktisap edildiği yer olarak, mülkiyetinin devredildiği yerin mi; ürün üzerinde fiili hakimiyetin sağlandığı yerin mi; yoksa satıcının, ürünün başka bir ülkeye götürülerek orada kullanılacağını bildiği

⁹⁵² Roma II Tüzüğü m. 5 açısından bu yönde bkz. Stone, **EU PIL**, s. 396; Plender/Wilderspin, **a.g.e.**, s. 571.

Bununla birlikte Roma II Tüzüğü m. 5, f. 1, b bendinde ürünün o ülkede pazarlanması şartı öngörüldüğünden, ürünün iktisap edilmesinin ticari bir temele dayanmasının gerekip gerekmediğinin açık olmadığı, ancak yine de promosyon ya da hediye olarak verilen şeylerin de iktisap edilmiş sayılacağı görüşünde bkz. Dickinson, **a.g.e.**, s. 382-383.

⁹⁵³ Roma II Tüzüğü m. 5 açısından bu yönde bkz. Huber/Ilmer, **a.g.e.**, s. 41; Ilmer, **Product Liability**, s. 287; Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 445; Tanrıbilir, **Roma II**, s. 130.

⁹⁵⁴ Fallon **a.g.e.**, s. 408.

⁹⁵⁵ Detaylı bilgi ve tartışmalar için bkz. Fallon, **a.g.e.**, s. 408-410.

⁹⁵⁶ Sup. Ct. of Washington, 88 Wash. 2d 50, 558 P. 2d 764 (*naklen*, Fallon **a.g.e.**, s. 410 vd.).

gerekçesiyle ürünün kullanılacağı yerin mi esas alınacağını değerlendirmiştir. Mahkemeye göre bir ürünün mutad olarak kullanılacağı veya somut olarak gönderileceği yer, o ürünün bulunduğu gerçek pazarı ifade eder. Bu yer, sorumluluğuna başvuru şirket açısından da somut olayda öngörülebilir olduğundan ürünün, Kaliforniya’da iktisap edildiğine karar vermiştir⁹⁵⁷.

İsviçre doktrinde iktisap yerinin, o ürünün iktisap edilmesine yönelik irade beyanında bulunulan yer; hazır olmayanlar arasında ise zarar göreni korumak amacıyla onun, kabul beyanında bulunduğu yer olarak kabul edilmektedir⁹⁵⁸. Nitekim kabul beyanında bulunulan yerin, çoğunlukla o ürünü iktisap eden kişinin mutad meskeni olacağı ifade edilmektedir⁹⁵⁹.

Roma II Tüzüğü m. 5 kapsamında iktisap yeri, ürünün mülkiyeti ya da zilyetliğinin kazanıldığı yer değil; ürünün gönderileceği (*country of dispatch*) veya teslim edileceği yer (*country of receipt*) olarak anlaşılmaktadır⁹⁶⁰. Mesafeli sözleşmelerde iktisap yerinin tespitinin güçlük taşıdığı belirtilerek⁹⁶¹, taraflar arasındaki menfaat dengesinin sağlanması açısından ürünün teslim edileceği yerin esas alınacağı ileri sürülmektedir⁹⁶².

MÖHUK m. 36 açısından da imal edilen şeyin iktisap edildiği yerin, o şeyin zilyetliğinin ya da mülkiyetinin kazanıldığı yer olarak yorumlanmayacağı düşüncesindeyiz. MÖHUK m. 36’da mamülün teslim edildiği yerden değil, iktisap edildiği yerden bahsedilmiş olmasının da bu yorumu destekleyeceği kanısındayız. Bu bakımdan İsviçre doktrindeki görüşlere paralel olarak iktisap yeri, imal edilmiş şeyin iktisap edilmesine yönelik irade beyanında bulunulan yer; hazır olmayanlar arasında ise mamül iktisap edecek kişinin kabul beyanında bulunduğu yer olacaktır.

Böylelikle mamülün mülkiyetinin veya zilyetliğinin kazanılıp kazanılmadığından doğacak milletlerarası özel hukuk problemleri ile borçlandırıcı

⁹⁵⁷ Bu kararda mahkemenin, ürünü iktisap eden ve onu orada kullanacak olan kişinin mutad meskenini, iktisap yeri olarak esas aldığı hakkında bkz. Fallon, **a.g.e.**, s. 414.

⁹⁵⁸ Imhoff-Scheier/Patochhi, **a.g.e.**, s. 60; Knoepfler/Schweizer, **a.g.e.**, s. 175; Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard, **a.g.e.**, par. 542; Dutoit, **Commentaire**, s. 481.

⁹⁵⁹ Dutoit, **Commentaire**, s. 481.

⁹⁶⁰ Dickinson, **a.g.e.**, s. 382.

⁹⁶¹ Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 445; Illmer, **Product Liability**, s. 287.

⁹⁶² Illmer, **Art. 5 Rome II**, s. 129; Huber/Illmer, **a.g.e.**, s. 46; Dickinson, **a.g.e.**, s. 382; Plender/Wilderspin, **a.g.e.**, s. 572; Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 445.

işlem/tasarruf işlemi ayrımı bulunmayan hukuk sistemleri açısından ortaya çıkabilecek problemler önlenebilecektir⁹⁶³.

Ayrıca bu sonuç benimsendiği takdirde, iktisap yeri olarak tesadüfi bir yer yerine, tarafların öngörebileceği ve onlarla gerçekten ilişkili olan bir hukuka bağlanılmış olacaktır⁹⁶⁴. Örneğin, Çin’de bulunan bir makineyi, Kırgızistan’daki şantiyesinde kullanmak için İsviçreli bir şirketten kiralayan Türkiye’deki bir inşaat şirketinin, bu makineyi daha sonra Özbekistan’daki şantiyesinde kullanırken makinenin hatalı olması sebebiyle meydana gelen zararda iktisap yeri, şirketin merkezinin bulunduğu Türkiye olacaktır.

Son olarak, yukarıda da belirtildiği gibi⁹⁶⁵ iktisap yeri kriterinin niteliği gereği zaman içinde değişmesi mümkün olmadığından, burada statü değişikliğinden kaynaklanan bir problem ile karşılaşılmayacaktır.

çç) Zarar Gören Üçüncü Kişinin İktisap Yeri Hukukunu Seçme İmkânı

İsv. MÖHK m. 135, f. 1’de ürünün, zarar gören tarafından iktisap edilmesi şartı aranmadığından, ürünü iktisap etmemiş zarar gören üçüncü kişilerin de iktisap yeri hukukunu seçebilecekleri kabul edilmektedir⁹⁶⁶. Zarar gören üçüncü kişiyi, ürünü iktisap edenden farklı bir muameleye tabi tutmak, iktisap yeri hukukunu seçme imkanından yoksun kılmak için geçerli bir sebep bulunmadığı belirtilmektedir⁹⁶⁷.

MÖHUK m. 36’da da imal edilen şeyin, zarar gören tarafından iktisap edilmesi şartı aranmamıştır. Bu bakımdan İsviçre hukukunda kabul edildiği gibi zarar gören üçüncü kişilerin de MÖHUK m. 36 uyarınca iktisap yeri hukukunu seçebileceği düşüncesindeyiz. Bununla birlikte iktisap yeri ile zarar gören üçüncü

⁹⁶³ Özellikle ticari satımlarda kullanılan farklı teslim şekilleri ve ödeme yöntemleri gözönüne alındığında iktisap yerinin belirlenmesine yönelik problemlerin artacağı hakkında bkz. Stone, **Product Liability**, s. 189.

⁹⁶⁴ Roma II Tüzüğü m. 5 açısından benzer yönde bkz. Stone, **Product Liability**, s. 189.

⁹⁶⁵ Bu konuda bkz. yuk. “Statü Değişikliğinden Kaynaklanan Problemler” başlıklı bölüm (İkinci Bölüm, IV, B, 3, a, ee).

⁹⁶⁶ Bucher, **Actes illicites**, s. 127; Bucher/Bonomi, **a.g.e.**, par. 1098; Dutoit, **Commentaire**, s. 480; Imhoff-Scheier/Patochhi, **a.g.e.**, s. 60.

⁹⁶⁷ Bucher/Bonomi, **a.g.e.**, par. 1098; Imhoff-Scheier/Patochhi, **a.g.e.**, s. 60.

kişi arasında çoğunlukla yakın bir ilişki bulunmayacaktır⁹⁶⁸. Zira iktisap yeri, ürünü iktisap eden kişiye göre belirlenmektedir.

Örneğin, bir Fransız vatandaşının, Fransa’da satın aldığı bir ürünü Türkiye’deki yazlık evinde kullandığı sırada ürün alev alarak bir yangına sebep olabilir. Çıkan yangında o sırada evde bulunan bir Türk vatandaşı yaralandığı takdirde zarara yol açan şey Fransa’da satın alınmış olduğundan zarar gören üçüncü kişi, iktisap yeri hukuku olarak Fransız hukukunu seçebilir. Ancak bu yer ile üçüncü kişi arasında yeterli ilişki bulunmadığından, iktisap yeri kriteri burada tatmin edici bir çözüm sunamayacaktır⁹⁶⁹.

Bu problem karşısında İsviçre doktrininde bir görüş⁹⁷⁰, zarar gören üçüncü kişiye İsv. MÖHK m. 133, f. 2 uyarınca seçim hakkı tanınmasını; dolayısıyla iktisap yeri hukuku ile zarar verenin, zararın bu ülkede gerçekleşebileceğini öngörebilmesi koşuluyla zarar yeri hukuku arasında bir seçim yapılabileceğini ileri sürmüştür.

Nitekim zarar gören üçüncü kişiler bakımından iktisap yeri kriterinin tatmin edici bir çözüm sağlamadığı, onlar açısından zarar yeri hukukunun önem taşıması sebebiyle bu hukukun uygulanması gerektiği doktrinde genel olarak paylaşılan bir görüştür⁹⁷¹.

Türk hukukunda zarar görenin, ürünü iktisap eden kişi olmadığı hallerde MÖHUK m. 36 hükmünün uygulanmasının tartışmalara sebep olacağı belirtilmiştir⁹⁷². Bu çerçevede doktrinde bir görüş⁹⁷³, zarar gören üçüncü kişiler açısından tekrar fiil yeri hukukuna bağlanması gerektiğini belirtmiştir.

⁹⁶⁸ İsviçre doktrininde bir görüş, iktisap yerinin zarar gören üçüncü kişi ile ilişkisinin zayıf olacağını kabul etmekle birlikte bu yerin, yalnızca zarar gören ile ilişkisi bakımından tercih edilmediğini; onun, ürünün pazarlandığı ülke, dolayısıyla pazar ile ilişkili olduğunu vurgulamaktadır. Bu görüşte bkz. Imhoff-Scheier/Patochhi, **a.g.e.**, s. 60.

⁹⁶⁹ Bucher, **Actes illicites**, s. 127; Bucher/Bonomi, **a.g.e.**, par. 1098; Imhoff-Scheier/Patochhi, **a.g.e.**, s. 60; Fawcett, **a.g.e.**, s. 164; Nomer, **a.g.e.**, s. 354; Saravalle, **a.g.e.**, s. 124; Tebbens, **a.g.e.**, s. 382; Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 74; Graziano, **Product Liability**, s. 482; Graziano, **Rome II**, s. 483; Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 445; Tarman, **Devletler Özel İmalatçı**, s. 44; Hamburg Grubu Rapor, s. 17.

⁹⁷⁰ Bucher/Bonomi, **a.g.e.**, par. 1098.

⁹⁷¹ Tebbens, **a.g.e.**, s. 381; Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 74; Graziano, **Product Liability**, s. 482; Graziano, **Rome II**, s. 483; Illmer, **Product Liability**, s. 291; Illmer, **Art. 5 Rome II**, s. 139; Huber/Illmer, **a.g.e.**, s. 46; Schwartz, **a.g.e.**, par. 5; Tarman, **Roma II**, s. 205; Tarman, **Devletler Özel İmalatçı**, s. 44.

⁹⁷² Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğuna İlişkin Kurallar**, s. 282.

⁹⁷³ Nomer, **a.g.e.**, s. 354.

Kanımızca, zarar gören üçüncü kişiler bakımından iktisap yeri hukukunun yeterli ilişkiyi sağlamaması halinde onlara, MÖHUK m. 34, f. 2 uyarınca zararın meydana geldiği yer hukukunu seçme imkanı tanınması uygun olacaktır. Dolayısıyla burada MÖHUK m. 36 ile genel haksız fiil kuralı olan MÖHUK m. 34 arasında ilişki kurulmalıdır. MÖHUK m. 36'nın öncelikli olarak zarar görenin menfaatini korumayı amaçlaması da zarar gören üçüncü kişilerin, iktisap yeri hukukuna göre daha sıkı ilişki içinde bulundukları zarar yeri hukukunu seçmelerini makul kıldığı kanısındayız.

Bu sonuç, imalatçının sorumluluğunda zarar yerinin tesadüfi olması sebebiyle öngörülebilirliğin zedeleneyeceği, zarar verenin menfaatinin ihlal edileceği gerekçesiyle eleştirilebilir. Ancak MÖHUK m. 36'da iktisap yeri hukukunun uygulanmasında zarar verene tanınan savunma imkanının, zarar yeri hukuku açısından da benimsenmesi mümkündür. Böylelikle zarar veren, zararın meydana geldiği ülkeye ürünün rızası dışında sokulduğunu ispatlayarak zarar yeri hukukunun uygulanmasını engelleyebilecektir.

c) Zararın Meydana Geldiği Yer Hukuku

aa) Kriterin Benimsenmesinde Gözetilen Menfaatler

Zarar yeri kriterinin, imalatçının sorumluluğu ile bağlantısının zayıf olması dışında kişilerin seyahat imkanlarının ve yer değiştirmelerinin çoğaldığı günümüzdeki koşullarda zarar görenin menfaatini korunmak açısından bu kriterin uygun olmadığı kabul edilmektedir⁹⁷⁴.

Bununla birlikte hatalı ürünü kendisi iktisap etmemiş ve ancak bir şekilde bu ürün sebebiyle zarar gören üçüncü kişiler (*bystanders*) açısından zararın meydana geldiği yer önem taşıdığından bu kriterin, tamamen gözardı edilemeyeceği

⁹⁷⁴ Bureau/Watt, **a.g.e.**, s. 422; Saravalle, **a.g.e.**, s. 112; Cavers, **a.g.e.**, s. 706; Hay/Borchers/Symeonides, **a.g.e.**, s. 1027; Kaye, **a.g.e.**, s. 92-93; Ena, **a.g.e.**, s. 1443; Kahn-Freund, **Delictual Liability**, s. 28, 44; Bucher/Bonomi, **a.g.e.**, par. 1078; Graziano, **Product Liability**, s. 477; Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 53; Brière, **Rome II**, s. 46; Plender/Wilderspin, **a.g.e.**, s. 547; Öztekin Gelgel, **a.g.e.**, s. 119-120; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğu**, s. 89; Özel, **Uygulanacak Hukuk**, s. 220; Tarman, **Devletler Özel İmalatçı**, s. 36-37; Tarman, **Roma II**, s. 204-205; ayrıca bkz. Hamburg Grubu Rapor, s. 16.

Roma II Tüzüğü hakkındaki Açıklayıcı Rapor'da Alman vatandaşı bir turist, Roma havaalanında Fransa'da imal edilmiş bir ürünü satın alıp, Afrika'ya seyahat etikten sonra bu ürünün hatalı olması sonucunda patlayarak, söz konusu kişinin Afrika'da yaralanması örneği verilmiştir (Roma II Açıklayıcı Rapor, s. 14, dn. 25). Benzer bir örnek için ayrıca bkz. Hamburg Grubu Rapor, s. 16.

belirtilmektedir⁹⁷⁵.

bb) Kriterin Uygulanması

İmalatçının Sorumluluğu Hakkında La Haye Sözleşmesi m. 6'da zarar gören, zarar verenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukukunu seçmediği takdirde zararın meydana geldiği yer hukukunun uygulanacağı düzenlenmiştir. İsviçre ve Türk hukukundan farklı olarak La Haye Sözleşmesi'nde iktisap yeri hukukunun seçilmesine imkan tanınmamıştır.

Sözleşme uyarınca zararın meydana geldiği yerin, zarar verici olayla ilk temasın gerçekleştiği (*first impact rule*) veya zararlı sonucun ilk defa ortaya çıktığı yer olarak anlaşılabacağı açıklanmaktadır⁹⁷⁶. Örneğin, seyahati sırasında hatalı üretilmiş ilaçları ilk defa (A) ülkesinde kullanan, (B) ülkesinde rahatsızlanan ve (C) ülkesinde sağlığı tamamen bozulan bir kişi açısından hatalı ürünle ilk temasın gerçekleştiği yer (A) ülkesi; zararlı sonucun etkisini ilk gösterdiği yer ise (B) ülkesidir⁹⁷⁷.

Sözleşme'de bu iki hukuktan birinin, zararın meydana geldiği yer hukuku olarak esas alınması konusunda *for* hakimine takdir hakkı tanındığı belirtilmektedir⁹⁷⁸. Ancak zarara yol açan ürünün imal edildiği veya zararlı sonucun tamamen ortaya çıktığı yerin (yukarıdaki örnekte (C) ülkesinin), zararın meydana geldiği yer olarak esas alınmayacağı ifade edilmektedir⁹⁷⁹.

4) İktisap Yeri ve Zararın Meydana Geldiği Yer Hukukunun Uygulanmasının Şarta Bağlanmış Olması

a) Şartın Kabulünde Gözetilen Menfaatler

Hukuki kesinliği sağlayacak kriterlerin öngörülmesi, imalatçının

⁹⁷⁵ Tebbens, **a.g.e.**, s. 381; Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 74; Graziano, **Product Liability**, s. 482; Tarman, **Roma II**, s. 205; Tarman, **Devletler Özel İmalatçı**, s. 44; Nomer, **a.g.e.**, s. 354; ayrıca bu görüşteki diğer yazarlar için bkz. Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 69, dn. 364 ve s. 74, dn. 389'da belirtilen yazarlar.

⁹⁷⁶ Reese, **Explanatory Report**, s. 260-261; Dutoit, **Convention**, s. 118; Fallon **a.g.e.**, s. 387.

⁹⁷⁷ Reese, **Explanatory Report**, s. 261; Dutoit, **Convention**, s. 118; Fallon **a.g.e.**, s. 387.

⁹⁷⁸ Reese, **Explanatory Report**, s. 260; Turhan, **a.g.e.**, s. 329; Fallon **a.g.e.**, s. 387, 396-396.

⁹⁷⁹ Reese, **Explanatory Report**, s. 261; Dutoit, **Convention**, s. 118; Fallon **a.g.e.**, s. 387.

sorumluluğunda öngörülebilirliğin sağlanması için yeterli değildir⁹⁸⁰. Milletlerarası ticaretin ulaştığı boyut, bir ülkede imal edilmiş ürünlerin dünyanın farklı yerlerine dağıtılarak, çok sayıda ülkede piyasaya sürülmesine yol açmaktadır. Buna kişilerin yer değiştirmeleri ile seyahat imkanlarının artması da eklendiğinde zarar veren, piyasaya sürdüğü ürünlerin zarar görenler tarafından hangi ülkede iktisap edileceğini bilmesi ve öngörmesi mümkün olmayacaktır.

Böylelikle zarar verenin öngöremeyeceği, kendisiyle hiçbir ilişkisi bulunmayan tesadüfi bir hukuka tabi olmasını önleyebilecek savunma imkanının, zarar veren lehine tanınması ihtiyacı doğmaktadır⁹⁸¹. Bu şekilde zarar verenin, piyasasına ürün sürmediği, doğrudan ya da dolaylı olarak ürünlerinin satışına rıza göstermediği bir ülke hukuku ile sorumlu tutulması önlenilebilecektir⁹⁸².

Zarar verene tanınacak savunma imkanının, öngörülebilirliği temin etmesinin yanında zarar verenin menfaatini gözeterek, taraf menfaatleri arasındaki dengeyi sağlayacağı ifade edilmektedir⁹⁸³. Ayrıca uyumsuzlukla ilişkisi zayıf olan bir hukukun uygulanması da önlenmiş olacaktır⁹⁸⁴.

⁹⁸⁰ Kühne, **a.g.e.**, s. 31; Saravalle, **a.g.e.**, s. 112.

⁹⁸¹ Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 72; Graziano, **Rome II**, s. 483; Fallon, **a.g.e.**, s. 258 vd.; Fallon, **Autonomie de la volonté**, s. 185; Kozyris, **a.g.e.**, s. 502-503; Weintraub, **Choice-of-Law Standard**, s. 233; Nomer, **a.g.e.**, s. 355; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 469; Çalışkan, **a.g.e.**, s. 308; 5718 Sayılı MÖHUK Tasarısı İle İlgili Adalet Komisyonu Raporu, s. 24.

Ancak bu ihtiyaç, her hukuk düzeni tarafından kabul görmemiştir. Örneğin, Bununla beraber imalatçının sorumluluğuna uygulanacak hukuku İsv. MÖHK m. 135'e benzer şekilde düzenleyen Quebec Medeni Kanunu m. 3128'de zarar verene, iktisap yeri hukukunun uygulanmasını önleyebilecek bir savunma imkanı tanınmamıştır (Lorenz, **a.g.e.**, s. 335-336).

⁹⁸² Stone, **Product Liability**, s. 188; Özel, **Uygulanacak Hukuk**, s. 222.

Nitekim ihracatçı firmaların genel olarak sipariş aldıkları ülkenin özelliklerine göre üretim yaptıkları, ihracatçı firmanın bilgisi olmadan ürünün siparişi veren ülke dışında bir ülkede satılması halinde iktisap yeri hukukunun uygulanmasının adaletsiz sonuçlar doğuracağı hakkında bkz. Günseli Öztekin Gelgel/B. Bahadır Erdem, **12.12.2007 Tarih ve 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun**, İstanbul: Beta Yayınevi, 2008, s. 110-111.

⁹⁸³ Dickinson, **a.g.e.**, s. 365; Kühne, **a.g.e.**, s. 31; Weintraub, **Choice-of-Law Standard**, s. 233; Fallon, **a.g.e.**, s. 257 vd.; Bourel, **a.g.e.**, s. 298-299; Fawcett, **a.g.e.**, s. 168; Stone, **EU PIL**, s. 391; Kozyris, **a.g.e.**, s. 494; Kozyris, **Rome II**, s. 488; Dickinson, **a.g.e.**, s. 365; Bureau/Watt, **a.g.e.**, s. 422; Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard, **a.g.e.**, par. 542; Knoepfler/Schweizer, **a.g.e.**, s. 175; Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 72; Graziano, **Rome II**, s. 483; Huber/Illmer, **a.g.e.**, s. 45; Illmer, **Product Liability**, s. 298; Nomer, **a.g.e.**, s. 355; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 469; Özel, **Uygulanacak Hukuk**, s. 222, 224; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğuna İlişkin Kurallar**, s. 282; Öztekin Gelgel, **a.g.e.**, s. 125; Çalışkan, **a.g.e.**, s. 307-308; Tarman, **Devletler Özel İmalatçı**, s. 42; Tarman, **Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi**, s. 22; Tarman, **Contractual and non-contractual obligations**, s. 11; 5718 Sayılı MÖHUK Tasarısı İle İlgili Adalet Komisyonu Raporu, s. 24.

⁹⁸⁴ Batiffol, **a.g.e.**, s. 258; Nomer, **a.g.e.**, s. 355; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 421; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 469; Tarman, **Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi**, s. 22;

Zarar verene savunma imkanı tanıyan bu kurallar doktrinde, “öngörülebilirlik kuralı (*clause de prévisibilité, foreseeability rule*)” olarak adlandırılmaktadır⁹⁸⁵. Burada bir bağlama kuralı değil; maddi bir şart söz konusudur⁹⁸⁶. Kuralda öngörülen şarta ilişkin vakianın, zarar veren tarafından ileri sürülmesi ve ispatlanması gerekir. Hakim tarafından re’sen dikkate alınması mümkün değildir⁹⁸⁷.

Bununla beraber milletlerarası ticaret ile dağıtım zincirlerinin ulaştığı boyutun, öngörülebilirlik savunmasının ileri sürülmesini oldukça sınırladığı; bu kuralın, daha ziyade yerel piyasalarda faaliyet gösteren imalatçılar açısından bir değer taşıdığı doktrinde ileri sürülmektedir⁹⁸⁸. Bu noktada 1990 ile 2005 yılları arasında Amerikan mahkemelerinde görülen imalatçının sorumluluğu hakkındaki davaların hiçbirinde bu yönde bir savunmanın ileri sürülmediği de belirtilmektedir⁹⁸⁹.

Ayrıca hakim tarafından re’sen dikkate alınmadığından zarar verenin, seçilen hukukun kendisi için elverişsiz sonuçlar sağladığı takdirde uygulanmasını engelleyeceği; buna karşılık, daha düşük standartta sorumluluk gibi kendi lehine sonuçlar sağlaması halinde haklı olarak bu kuraldan yararlanmayacağı belirtilmektedir⁹⁹⁰.

b) İktisap Yeri Hukukunun Uygulanması İçin Aranan Şart

aa) İspat Yükü ve Konusu

İsv. MÖHK m. 135, f. 1, b bendinde zarar verenin, ürünün iktisap edildiği ülkede rızası dışında pazarlandığını ispatlaması halinde bu hukukun uygulanmayacağı düzenlenmiştir. MÖHUK m. 36’da ise iktisap yeri hukukunun uygulanması, zarar verenin mamülün o ülkeye rızası dışında sokulduğunu ispat

Bucher/Bonomi, **a.g.e.**, par. 1097; Dutoit, **Commentaire**, s. 480; Imhoff-Scheier/Patochhi, **a.g.e.**, s. 60-61; Kozyris, **a.g.e.**, s. 503; ayrıca bkz. Hamburg Grubu Rapor, s. 18 ve 5718 Sayılı MÖHUK Tasarısı İle İlgili Adalet Komisyonu Raporu, s. 24.

⁹⁸⁵ Dutoit, **Commentaire**, s. 480; Imhoff-Scheier/Patochhi, **a.g.e.**, s. 61; Tarman, **Contractual and non-contractual obligations**, s. 20.

⁹⁸⁶ Zarar yeri hukukunun uygulanması açısından benzer bir şart öngören İmalatçının Sorumluluğu Hakkında La Haye Sözleşmesi m. 7 kapsamında bu yönde bkz. Fallon, **a.g.e.**, s. 248, 250.

⁹⁸⁷ İmalatçının Sorumluluğu Hakkında La Haye Sözleşmesi m. 7 açısından bu yönde bkz. Fallon, **a.g.e.**, s. 251.

⁹⁸⁸ Kühne, **a.g.e.**, s. 31; Graziano, **Rome II**, s. 483; Stone, **Product Liability**, s. 188; Imhoff-Scheier/Patochhi, **a.g.e.**, s. 61; Symeonides, **Centrist Critique**, s. 169; Symeonides, **Rome II**, s. 207.

⁹⁸⁹ Symeonides, **Centrist Critique**, s. 169.

⁹⁹⁰ Bourel, **a.g.e.**, s. 299

edememesi şartına bağlanmıştır.

Böylelikle İsviçre ve Türk hukukunda zarar verenin, ürünün o ülkede pazarlandığını / sokulduğunu öngörmesi veya öngörebilecek durumda olması, yeterli sayılmamıştır⁹⁹¹. Zarar verenin, ürünün o ülkede rızası dışında pazarlandığını / girdiğini, ispatlaması aranmıştır. İspat yükü, zarar verene aittir⁹⁹².

Zarar veren, bu vakianın gerçekleştiğini ispatladığı takdirde, iktisap yeri hukukunun uygulanmasını engelleyecektir⁹⁹³. Bu durumda zarar verenin işyeri (veya mutad mesken) hukuku uygulanacaktır⁹⁹⁴.

Türk hukukuna bakıldığında, MÖHUK m. 36'nın lafzının, mehzaz İsviçre düzenlemesinden farklı olduğu görülecektir. İsv. MÖHK m. 135, f. 1, b bendinde ürünün, "o ülkede pazarlanmış olmasından (*commercialisé dans cet Etat, introduced in the market of that state*)"⁹⁹⁵ bahsedilmişken; MÖHUK m. 36'da mamülün "o ülkeye sokulmasından" söz edilmiştir⁹⁹⁶. Kanun koyucunun, ülkeye sokulması ifadesini kullanarak, mehzaz hükümden farklı bir sonuç mu öngördüğü hakkında bir açıklama bulunmamaktadır⁹⁹⁷.

MÖHUK m. 36'nın lafzındaki bu farklılığa rağmen, mehzaz İsviçre düzenlemesi ile aynı esasın kastedildiğini düşünmekteyiz. Zira pazarlamak, bir ürünü, malı veya hizmeti satacak uygun piyasa bulunması anlamı taşır⁹⁹⁸. Roma II

⁹⁹¹ İsviçre hukuku açısından bu yönde bkz. Morse, **a.g.e.**, s. 76; Fawcett, **a.g.e.**, s. 161.

MÖHUK m. 36 açısından zarar verenin, hükümde öngörülen vakıayı ispatlaması gerektiği hakkında bkz. Nomer, **a.g.e.**, s. 355; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 422; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 469; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 300-301, par. 316; Özel, **Uygulanacak Hukuk**, s. 224; Doğan, **a.g.e.**, s. 393; Tarman, **Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi**, s. 22.

MÖHUK m. 36 hükmünün gerekçesinde de zarar verenin, imal edilen şeyin söz konusu ülkeye kendi rızası dışında getirildiğini ispat etmesi gerektiği belirtilmiştir (5718 Sayılı MÖHUK Tasarısı İle İlgili Adalet Komisyonu Raporu, s. 24).

⁹⁹² Özel, **Uygulanacak Hukuk**, s. 224; Fawcett, **a.g.e.**, s. 161.

⁹⁹³ Nomer, **a.g.e.**, s. 355; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 469; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 300-301, par. 316; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 422; Özel, **Uygulanacak Hukuk**, s. 224; Doğan, **a.g.e.**, s. 393; Tarman, **Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi**, s. 22.

⁹⁹⁴ Özel, **Uygulanacak Hukuk**, s. 224; Tarman, **Contractual and non-contractual obligations**, s. 20; Fawcett, **a.g.e.**, s. 161; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğu**, s. 173.

⁹⁹⁵ İsv. MÖHK m. 135 hükmünün İngilizce, Almanca ve İtalyanca metinleri için bkz. Dutoit, **Commentaire**, s. 476-477.

⁹⁹⁶ Hükmün gerekçesinde de imal edilen şeyin söz konusu ülkeye getirilmesinden bahsedilmiş olmakla birlikte bu konuda ayrıca bir açıklamaya yer verilmemiştir (5718 Sayılı MÖHUK Tasarısı İle İlgili Adalet Komisyonu Raporu, s. 24).

⁹⁹⁷ MÖHUK m. 36 hükmünün gerekçesinde de bu hususta bir açıklama bulunmamaktadır.

⁹⁹⁸ Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük'teki bu yöndeki tanım için bkz.

Tüzüğü m. 5, f. 1 açısından da ürünün pazarlanması ile ticari amaçlarla hareket eden bir sağlayıcı tarafından, bir ürünün hukuki yollarla toplumun genelinin tüketimine sunulması anlaşılmaktadır⁹⁹⁹. Dolayısıyla ürünün bir ülkede pazarlanması için, onun ilk önce hukuki yollarla o ülkeye sokulması gerekir. Ülkeye sokulmamış bir ürünün, o ülkede pazarlanması da söz konusu olmayacaktır. Doktrinde de bir yazar, ayrıca bir gerekçe belirtmeksizin, MÖHUK m. 36'daki iktisap yeri hukukunun uygulanması için, “*malın o ülkede pazarlanmış olması*” şartının arandığını ifade etmiştir¹⁰⁰⁰.

Bununla birlikte MÖHUK m. 36 ve İsv. MÖHK'da yalnızca “ürünün” o ülkede pazarlanmasından bahsedilmiştir. Roma II Tüzüğü ve La Haye Sözleşmesi'nde olduğu gibi hükümde “*aynı türden ürünlerden*” söz edilmemiştir¹⁰⁰¹. Dolayısıyla zarar veren, zarara yol açan ürünün o ülkede pazarlanmadığını ispatlamak suretiyle iktisap yeri hukukunun uygulanmasını engelleyecektir. Tüzük ve Sözleşme'nin aksine, zarar verenin aynı türden ürünleri o ülkeye sokmuş olması, bir önem taşımayacaktır.

Son olarak, ara parça imalatçısının sorumluluğunun ileri sürüldüğü bir uyuşmazlıkta ürünün hangi ülkeye zarar verenin rızası ile sokulduğunun kabul edileceği değerlendirilmelidir. Roma II Tüzüğü kapsamında doktrinde bir görüş¹⁰⁰²,

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.54705c0192dd41.94092238 (erişim tarihi: 12.11.2014).

⁹⁹⁹ Dickinson, **a.g.e.**, s. 372; Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 440-441; Stone, **EU PIL**, s. 396; Stone, **Rome II**, s. 122; Illmer, **Art. 5 Rome II**, s. 130; Illmer, **Product Liability**, s. 290-291; Plender/Wilderspin, **a.g.e.**, s. 582; Schwartz, **a.g.e.**, par. 3.2, dn. 44; ayrıca bkz. Roma II Tüzüğü Açıklayıcı Rapor, s. 14. Esasen, Roma II Tüzüğü'nde ürünün pazarlanması hakkında bir tanım ya da açıklamaya yer verilmemiştir. Bu durum, doktrinde bir eksiklik olarak da değerlendirilmektedir (Corneloup, **a.g.e.**, s. 97).

Tüzük hakkındaki Açıklayıcı Rapor'daki ifadelerle dayanılarak doktrinde bir ürünün, hukuki yollarla dağıtıldığı veya satışa sunulduğu bir ülkede pazarlanmış olacağı kabul edilmektedir (Illmer, **Art. 5 Rome II**, s. 130; Illmer, **Product Liability**, s. 288; Plender/Wilderspin, **a.g.e.**, s. 582; Stone, **Rome II**, s. 122; Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 441; Dutoit, **Rome II**, s. 317; Corneloup, **a.g.e.**, s. 97; Graziano, **Rome II**, s. 481; Schwartz, **a.g.e.**, par. 3.2; Tanrıbilir, **Roma II**, s. 131).

Bununla birlikte ürünün pazarlanmasının, 85/374 sayılı İmalatçının Sorumluluğu Hakkındaki Konsey Yönergesi m. 6-7 hükümlerinde öngörülen, bir ürünün imalatçısı veya sürüm zincirinde yer alan kişilerin hakimiyet alanından çıkmasını ifade eden, ürünün piyasaya sürülmesinden farklı bir anlam taşıdığı ileri sürüldüğü gibi (Illmer, **Art. 5 Rome II**, s. 131; Illmer, **Product Liability**, s. 290-291; Schwartz, **a.g.e.**, par. 3.2); bu iki kavramın aynı anlama geldiği de savunulmaktadır (Dickinson, **a.g.e.**, s. 374-375; Corneloup, **a.g.e.**, s. 97).

¹⁰⁰⁰ Tarman, **Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi**, s. 22.

Ancak bu yazar dışında doktrinde genel olarak malın, “*iktisap edildiği ülkeye sokulmasından / girmesinden*” söz edilmektedir (Nomer, **a.g.e.**, s. 355; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 469; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 300-301, par. 316; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 422; Özel, **Uygulanacak Hukuk**, s. 224; Doğan, **a.g.e.**, s. 393).

¹⁰⁰¹ Bu konuda bkz. aşağı. “Öngörülebilirlik Kuralı” başlıklı bölüm (İkinci Bölüm, IV, C, 3, b).

¹⁰⁰² Dickinson, **a.g.e.**, s. 373.

zarar görenin en iyi şekilde korunabilmesi için, nihai ürünün pazarlandığı ülkenin esas alınması gerektiğini ileri sürmüştür. Ancak bu çözümün, adaletsiz sonuçlara yol açacağını ve ekonomik açıdan da uygun olmadığını belirten farklı bir görüş¹⁰⁰³ ise ara parçanın kendisinin o ülkede pazarlanmış olması koşulunun aranacağını savunmuştur.

MÖHUK m. 36 açısından da ikinci çözümün benimsenmesinin uygun olacağı düşüncesindeyiz. Ara parça imalatçısının sorumluluğuna başvurulduğunda, imal ettiği ara parçaları o ülkede pazarlamadığını ispatlayarak, nihai ürünün iktisap edildiği yer hukukunun uygulanmasını engelleyebilmelidir.

bb) İspat Yükünün Yerine Getirilmesi

Doktrinde, İsv. MÖHK m. 135, f. 1, b hükmündeki ispat yükünün tam anlamıyla açık olmadığı ifade edilmektedir¹⁰⁰⁴. Zarar verenin, o ülkede ürünlerini pazarlamadığını, dağıtımına rıza göstermediğini ispatlamasının yeterli mi kabul edileceği; yoksa ürünlerinin, o ülkede dağıtılmasını önlemek için somut önlemler almış olmasının mı aranacağı ve bir şekilde ürünlerinin o ülkede pazarlandığını bilmesine rağmen, bunu engellemek için hiçbir önlem almaması halinde rızasının bulunduğu mu kabul edileceği tartışılmıştır¹⁰⁰⁵.

İsviçre hukukunda zarar verenin ispat yükünü yerine getirdiğinin kolaylıkla kabul edilmemesi gerektiği belirtilmektedir¹⁰⁰⁶. Buna göre zarar verenin, ürünün o ülkede dağıtılmasını yasaklayan talimatlar vermiş olması yeterli görülmemektedir¹⁰⁰⁷. Bu talimatların yanında ürünün o ülkeye sokulmaması için gereken tüm önlemlerin alınmış olması da aranmaktadır¹⁰⁰⁸.

Zarar verenin, ürünün bir ülkede pazarlanmasına zımnen de rızası

¹⁰⁰³ Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 443.

¹⁰⁰⁴ Morse, **a.g.e.**, s. 76; Fawcett, **a.g.e.**, s. 161, 166; Özel, **İmalatçının Sorumluluğu**, s. 920.

¹⁰⁰⁵ Morse, **a.g.e.**, s. 76; Fawcett, **a.g.e.**, s. 165-166; Özel, **İmalatçının Sorumluluğu**, s. 920.

¹⁰⁰⁶ Bucher, **Actes illicites**, s. 127; Dutoit, **Commentaire**, s. 480; Imhoff-Scheier/Patochhi, **a.g.e.**, s. 61; Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 64, dn. 329.

¹⁰⁰⁷ Bucher, **Actes illicites**, s. 127.

¹⁰⁰⁸ Bucher, **Actes illicites**, s. 127; Bucher/Bonomi, **a.g.e.**, par. 1097; Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 64, dn. 329.

Bununla birlikte ürünlerin serbest dolaşımının söz konusu olduğu ülkeler arasında bu nitelikte önlemlerin alınamayacağı hakkında bkz. Bucher, **Actes illicites**, s. 127.

bulunabileceğinden¹⁰⁰⁹, gerekli önlemleri almamış bir imalatçının, ürünün çok sayıda ülke pazarında bulunabileceğini öngörebileceği açıklanmaktadır¹⁰¹⁰. Özellikle ürünlerini dünya çapında pazarlayan imalatçılar açısından bu durum geçerlidir¹⁰¹¹.

MÖHUK m. 36 çerçevesinde meseleyi değerlendirdiğimizde herşeyden önce, ürünün bizzat zarar veren tarafından o ülkeye sokulması, dağıtımın yapılması halinde zarar verenin, hükümdeki savunma imkanından yararlanması mümkün olmayacaktır¹⁰¹². Zarar veren, ürünü bir ülkeye sokarak, o ülke hukuku uyarınca sorumlu olmayı kabul etmiş olacaktır¹⁰¹³.

Bununla birlikte ürünün bir ülkeye sokulmasının, bizzat zarar veren tarafından yerine getirilmesi şart değildir. Zarar veren, kendi dağıtım zinciri içerisindeki ticari kanallar aracılığıyla da bir ürünü pazarlayabilir¹⁰¹⁴. Zarar verenin, kendi dağıtım zinciri içinde olanlardan sorumlu olacağı kabul edilir. Dolayısıyla zarar verenin o ülkede yetkili dağıtıcısının bulunması halinde ürünün o ülkeye sokulmasına rızası bulunacaktır¹⁰¹⁵. Ürünün, pazarlandığı ülkede isminin veya ambalajının farklı olması, bu açıdan bir önem taşımayacaktır¹⁰¹⁶.

Zarar veren, bir ülkeye ürünlerini göndermediği, o ülkede kimseye dağıtım yetkisi vermediği takdirde kural olarak, ürünlerinin o ülkeye sokulmasına rızası bulunmayacaktır. Bir dağıtım sözleşmesi söz konusu olduğunda, zarar verenin ürünlerinin belirli bölge ya da ülkelere dağıtımını ve satışını yasaklaması halinde bu ülkeler açısından zarar verenin rızası bulunmayacaktır¹⁰¹⁷.

Bu noktada zarar verenin, kendi dağıtım zinciri dışında bildiği veya bilmek

¹⁰⁰⁹ Bucher/Bonomi, **a.g.e.**, par. 1097; Bucher, **Actes illicites**, s. 127; Dutoit, **Commentaire**, s. 480.

¹⁰¹⁰ Bucher, **Actes illicites**, s. 127.

Ancak bu sonucun, yalnızca ürünün dağıtım ve piyasaya sürülmesi aşamasında belirleyici olan kişiler bakımından geçerli olduğu hakkında bkz. Bucher, **Actes illicites**, s. 127.

¹⁰¹¹ Dutoit, **Commentaire**, s. 480.

¹⁰¹² Roma II Tüzüğü m. 5 açısından bu yönde bkz. Illmer, **Product Liability**, s. 290.

¹⁰¹³ Fawcett, **a.g.e.**, s. 143; Tebbens, **a.g.e.**, s. 346-348; Plender/Wilderspin, **a.g.e.**, s. 566; Özel, **İmalatçının Sorumluluğu**, s. 915; Tarman, **Devletler Özel İmalatçı**, s. 33.

¹⁰¹⁴ Roma II Tüzüğü açısından bu yönde bkz. Stone, **EU PIL**, s. 396; Stone, **Rome II**, s. 122; Stone, **Product Liability**, s. 188; Huber/Illmer, **a.g.e.**, s. 41-42; Illmer, **Product Liability**, s. 290; Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 441; Graziano, **Rome II**, s. 481.

¹⁰¹⁵ Fawcett, **a.g.e.**, s. 161.

¹⁰¹⁶ Tarman, **Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi**, s. 22; Tarman, **Devletler Özel İmalatçı**, s. 42; Roma II Tüzüğü m. 5 açısından bu yönde bkz. Tarman, **Roma II**, s. 205; Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 444; Schwartz, **a.g.e.**, par. 3.2.

¹⁰¹⁷ Roma II Tüzüğü m. 5 çerçevesinde bu yönde bkz. Illmer, **Product Liability**, s. 299.

durumunda olduğu hususlardan her koşulda sorumlu tutulamayacağı düşüncesindeyiz¹⁰¹⁸. Zira zarar verenin, kendi dağıtım zinciri dışında olanlara müdahale yetkisi sınırlıdır. Hakimiyet alanı dışında meydana gelen hususlardan zarar verenin sorumlu tutulmaması gerekir¹⁰¹⁹. Ancak müdahale yetkisi bulunan, hakimiyet alanına dahil olan hallerde gerekli önlemleri almamış bir imalatçının, ürünün o ülkeye sokulmasına zımnen rızası bulunduğu kabul edilebilir.

Ürünün bir ülkeye sokulması, onun hukuki yollarla o ülkeye girmesi anlamı taşıdığından¹⁰²⁰, kaçak yollarla ülkeye giren mallar açısından zarar verenin rızası bulunmayacaktır. Yine, ürünün ülkeye sokulmasının yasaklanmış olmasına rağmen, karaborsada satılan ürünler bakımından da zarar verenin rızası söz konusu olmayacaktır¹⁰²¹.

Bu kapsamda örneğin, henüz Türkiye’de piyasaya sürülmemiş bir cep telefonunun, Türk vatandaşı (A) tarafından ABD’deki yetkili mağazadan satın aldıktan sonra Türkiye’ye getirilerek, (B)’ye satıldığı bir ihtimalde imalatçı, bu ürünün henüz Türkiye’ye sokulmadığını ispatlayarak iktisap yeri hukukunun uygulanmasını önleyebilir.

Bazı durumlarda ürünün belirli bir ülke pazarına yönelik olduğu, somut olayın koşullarından anlaşılabilir. Ürünün etiketi, ambalajı ya da kullanım talimatı üzerinde, “*yalnızca (X) ülkesinde satışa/kullanıma sunulmuştur*” gibi ibareler bulunabilir¹⁰²². Bu yönde ibarelerin bulunması halinde imalatçının, belirtilen ülkeler dışındaki ülkelere ürünün sokulmasına rızası bulunmayacaktır¹⁰²³. Belirtilen ülkeler dışındaki yerlerde bu ürünü iktisap edenler, iktisap yeri hukukunun uygulanmaması riskine katlanacaktır.

Bir ürün, belirli bir ülkenin koşulları ve teknik standartlarına uygun özellikler taşıyacak şekilde de üretilmiş olabilir. Örneğin, belirli bir ülkedeki elektrik prizleri ya da elektrik akımına uygun imal edilmiş ürünler açısından zarar verenin, bu

¹⁰¹⁸ Farklı bkz. Tarman, **Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi**, s. 22.

¹⁰¹⁹ Benzer yönde bkz. Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 444.

¹⁰²⁰ Roma II Tüzüğü m. 5 açısından benzer yönde bkz. Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 440; Dickinson, **a.g.e.**, s. 372 vd.

¹⁰²¹ Roma II Tüzüğü m. 5 açısından bu yönde bkz. Clarkson/Hill, **a.g.e.**, s. 273.

¹⁰²² Illmer, **Art. 5 Rome II**, s. 137-138; Illmer, **Product Liability**, s. 299; Tanrıbilir, **Roma II**, s. 133.

¹⁰²³ Roma II Tüzüğü m. 5 açısından bu yönde bkz. Illmer, **Art. 5 Rome II**, s. 137-138; Illmer, **Product Liability**, s. 299; Tanrıbilir, **Roma II**, s. 133.

ürünlerin yalnızca o ülkeye sokulmasına rızası söz konusudur¹⁰²⁴. Aynı sonucun, o ülkenin hava durumu veya basınç farklılıkları gözönüne alınarak üretilmiş ürünler bakımından da söz konusu olacaktır. Örneğin, Türkiye’deki bir imalatçının Arap ülkelerindeki yüksek sıcaklığa uygun olarak ürettiği buzdolapları açısından, yalnızca bu iklimin yaşandığı ülkere ürünün sokulmasına rızası olacaktır.

Kullanım kılavuzu veya ürüne ilişkin bilgilendirmenin birden çok dilde kaleme alınmış olması halinde ise zarar verenin, bu dillerin kullanıldığı ülkelere ürünün sokulmasına rızası bulunduğu söylenebilir¹⁰²⁵. TKHK m. 55, f. 4’te imalatçı ve ithalatçının, Türkçe kullanım kılavuzu hazırlama zorunluluğu öngörülmüştür. Türkçe kullanım kılavuzu bulunan bir ürün söz konusu olduğunda yabancı ülkede bulunan imalatçının, Türkiye’de yetkili dağıtıcısı bulunmadığını, hukuki yollarla ürünlerini Türkiye’ye sokmadığını ispatlaması halinde iktisap yeri hukukunun uygulanmasını önleyebilecektir.

Ürün hakkında belirli bir ülkeye yönelik reklam faaliyetlerinin gerçekleştirilmesi de tek başına ürünün o ülkede pazarlandığı anlamına gelmeyecektir¹⁰²⁶.

İnternet aracılığıyla pazarlanan ürünlerde, tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukuku düzenleyen Roma I Tüzüğü m. 6 ile Brüksel I Tüzüğü m. 15’teki özel yetki kuralında kullanılan “yönelmiş faaliyet (*activité dirigée, targeted activity*) kriteri”¹⁰²⁷ uyarınca bir değerlendirme yapılabilir¹⁰²⁸. Buna göre somut olaydaki imalatçı veya dağıtıcının internet sitesinin içeriği dikkate alınarak, zarar

¹⁰²⁴ Roma II Tüzüğü m. 5 açısından bu yönde Illmer, **Product Liability**, s. 300.

¹⁰²⁵ Roma II Tüzüğü m. 5 açısından bu yönde Illmer, **Product Liability**, s. 300.

¹⁰²⁶ Illmer, **Art. 5 Rome II**, s. 130; Plender/Wilderspin, **a.g.e.**, s. 584; Dickinson, **a.g.e.**, s. 372-373.

¹⁰²⁷ AB hukukunda benimsenmiş yönelmiş faaliyet kriteri ve bu kriterin değerlendirilmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hatice Özdemir Kocasakal, **Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2003, (Elektronik Sözleşmeler), s. 137-141; Graf-Peter Calliess, “Consumer Contracts- Article 6 Rome I”, **Calliess Rome Regulations, Commentary on the European Rules of the Conflict of Laws**, Ed. Graf-Peter Calliess, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Law International, 2011, (Article 6 Rome I), s. 140-146.

¹⁰²⁸ Roma II Tüzüğü m. 5, f. 1’de aranan pazarlanma şartı bakımından, Brüksel I Tüzüğü m. 15 ve Roma I Tüzüğü m. 6 hükümlerine paralel olarak, mesleki veya ticari bir faaliyetin o ülke pazarına yönelmiş olmasının aranacağı hakkında bkz. Illmer, **Art. 5 Rome II**, s. 130; Plender/Wilderspin, **a.g.e.**, s. 584; Dickinson, **a.g.e.**, s. 372-373. Bu yönde ile bir yorum yapılabilmesi için, geçerli bir sebep bulunmadığı yönünde farklı görüşte bkz. Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 441.

verenin iradesi tespit edilmelidir¹⁰²⁹.

Zarar verenin, internet sitesinde ürünlerinin dağıtımını ve teslimatını kabul ettiği tüm ülkeler bakımından rızası bulunacaktır¹⁰³⁰. İnternet sitesindeki nakliye seçenekleri ile gümrük ve vergi konularındaki açıklamalar da bu kapsamda dikkate alınabilir¹⁰³¹. Buna karşılık zarar verenin, ürünlerinin dağıtım ve teslimatının yapılmayacağını belirttiği ülkeler açısından ürünün o ülkelere sokulmasına rızası bulunmayacaktır.

Ürünün pazarlanma zamanı açınsındansa ürünün iktisap edildiği anın esas alınacağı ileri sürülebilir¹⁰³². Böylelikle zarar gören tarafından iktisap edildiği anda ürünün o ülkede pazarlanmadığı ispatlandığında, iktisap yeri hukukunun uygulanması engellenmiş olacaktır. Bu yorum benimsenirse, ürünün iktisap edildiği andan sonra zarar veren tarafından o ülkeye sokulmuş olması bir önem taşımayacaktır. Dolayısıyla iktisap anının esas alınması, zarar verenin menfaatine hizmet edecektir.

Burada dava tarihinin esas alınması ise zarar görenin menfaatini koruyacaktır. Böylelikle davanın açıldığı tarihten önce, zarar verenin hukuki yollarla ürünü o ülkeye sokmuş olması yeterli olacaktır¹⁰³³. Böylelikle yukarıdaki cep telefonu örneği açısından (B) telefonu iktisap ettikten sonra imalatçı, bu telefonları Türkiye’de pazarlamaya başlarsa, (B)’nin bu tarihten sonra zarara uğraması halinde imalatçı, ürünün Türkiye’ye sokulmasına rızasının bulunmadığını ileri süremeyecektir.

c) Zararın Meydana Geldiği Yer Hukukunun Uygulanması İçin Aranılan Şart

La Haye Sözleşmesi m. 6 uyarınca zarar yeri hukukunun uygulanması, Sözleşme m. 7’deki öngörülebilirlik şartı ile sınırlandırılmıştır¹⁰³⁴. Bu şart, Roma II

¹⁰²⁹ Tüketici sözleşmeleri açısından bu yönde bkz. Özdemir Kocasakal, **Elektronik Sözleşmeler**, s. 140; Calliess, **Article 6 Rome I**, s. 144.

¹⁰³⁰ İsv. MÖHK m. 135, f. 1 açısından bu yönde bkz. Dutoit, **Commentaire**, s. 481; Roma II Tüzüğü m. 5 açısından bu yönde bkz. Illmer, **Art. 5 Rome II**, s. 131; Illmer, **Product Liability**, s. 291; Clarkson/Hill, **a.g.e.**, s. 273.

¹⁰³¹ Tüketici sözleşmeleri açısından bu yönde bkz. Calliess, **Article 6 Rome I**, s. 144.

¹⁰³² Roma II Tüzüğü m. 5’teki iktisap yeri bakımından, ürünün iktisap edildiği anın esas alınacağı görüşünde bkz. Plender/Wilderspin, **a.g.e.**, s. 581.

¹⁰³³ Roma II Tüzüğü m. 5’teki iktisap yeri bakımından bu yönde geniş bir yorum yapılabileceği görüşünde bkz. Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 442.

¹⁰³⁴ Reese, **Explanatory Report**, s. 254-255; Fawcett, **a.g.e.**, s. 143; Batiffol, **a.g.e.**, s. 257-258; Bourel, **a.g.e.**, s. 298-299; Fallon, **a.g.e.**, s. 246; Dickinson, **a.g.e.**, s. 389; Plender/Wilderspin, **a.g.e.**,

Tüzüğü m. 5; İsv. MÖHK m. 135, f. 1, b ve dolayısıyla MÖHUK m. 36 hükümleri ile benzerdir¹⁰³⁵.

Sözleşme m. 7’de zarar verenin, ürünün ya da aynı türden ürünlerinin ticari yollarla o ülkede pazarlandığını makul olarak öngöremeyecek olduğunu ispatlaması halinde zarar yeri hukukunun uygulanmayacağı düzenlenmiştir¹⁰³⁶. Bu durumda Sözleşme m. 6’daki son alternatif olan zarar verenin esas işyeri hukuku uygulanacaktır¹⁰³⁷.

Sözleşme’deki bu şartın, hakim tarafından re’sen dikkate alınması mümkün değildir¹⁰³⁸. Hükümdeki vakiya ilişkin ispat yükü, zarar verene aittir¹⁰³⁹. Bununla birlikte Sözleşme uyarınca ispat yükünün konusunun açık olmadığı ifade edilmektedir¹⁰⁴⁰. Doktrinde zarar verenin, o ülkede ürünlerini piyasaya sürmediğini veya ticari yollarla dağıtılmasına rızasının bulunmadığını ispatlaması yeterli kabul edilmektedir¹⁰⁴¹.

5) Daha Sıkı İlişkili Hukuk Kuralına Yer Verilmemiş Olması ve Sonuçları

a) Daha Sıkı İlişkili Hukuk Kuralının Öngörülmesinde Gözetilen Menfaatler

İmalatçının sorumluluğuna ilişkin bağlama kuralının, uyumsuzlıkla en sıkı ilişkili hukukun tesisini sağlayacak esnek bir çözüm sunabilmesi, öngörülebilirlik ve esneklik arasında bir denge kurulması amaçlanmaktadır¹⁰⁴². Bu açıdan *proper law*

s. 565; Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 449; Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 66; Turhan, **a.g.e.**, s. 330; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğu**, s. 100; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğuna İlişkin Kurallar**, s. 288; Özel, **İmalatçının Sorumluluğu**, s. 915; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 300, par. 315, dn. 440; Tarman, **Devletler Özel İmalatçı**, s. 33.

¹⁰³⁵ Roma II Tüzüğü ve İsviçre hukuku açısından bu yönde bkz. Dickinson, **a.g.e.**, s. 381, 389; Bourel, **a.g.e.**, s. 299; Illmer, **Product Liability**, s. 297.

¹⁰³⁶ Sözleşme m. 7 hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Batiffol, **a.g.e.**, s. 257-258; Bourel, **a.g.e.**, s. 299; Reese, **Explanatory Report**, s. 255; Fallon, **a.g.e.**, s. 246; Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 66; Turhan, **a.g.e.**, s. 330; Öztekin Gelgel, **a.g.e.**, s. 127; Tarman, **Devletler Özel İmalatçı**, s. 33.

¹⁰³⁷ Reese, **Explanatory Report**, s. 263-264; Fawcett, **a.g.e.**, s. 144; Plender/Wilderspin, **a.g.e.**, s. 565; Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 449; Özel, **İmalatçının Sorumluluğu**, s. 918; Tarman, **Devletler Özel İmalatçı**, s. 33-34; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğu**, s. 100; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğuna İlişkin Kurallar**, s. 288.

¹⁰³⁸ Fallon, **a.g.e.**, s. 251.

¹⁰³⁹ Fallon, **a.g.e.**, s. 259.

¹⁰⁴⁰ Fawcett, **a.g.e.**, s. 143; Fallon, **a.g.e.**, s. 259; Özel, **İmalatçının Sorumluluğu**, s. 918.

¹⁰⁴¹ Fawcett, **a.g.e.**, s. 143; Özel, **İmalatçının Sorumluluğu**, s. 915; Tarman, **Devletler Özel İmalatçı**, s. 33.

¹⁰⁴² Ena, **a.g.e.**, s. 1441-1442; Saravalle, **a.g.e.**, s. 123; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 457.

doktrinin, Kıta Avrupası hukukuna teşmili olarak nitelendirilen¹⁰⁴³, somut olayın tüm şartları değerlendirildiğinde uyuşmazlıkla açıkça daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde bu hukukun uygulanmasına imkan tanıyan bir kural, önem taşır¹⁰⁴⁴. Böylelikle katı bir kuralın yol açacağı olumsuz sonuçların önlenmesi, somut uyuşmazlığın ağırlık merkezinin dikkate alınması suretiyle onun açıkça daha sıkı ilişkili olduğu hukuka tabi tutulması sağlanacaktır¹⁰⁴⁵.

Daha sıkı ilişkili hukuk kuralının, taleplerin yarışmasından doğabilecek problemleri de önleyebileceği belirtilmektedir¹⁰⁴⁶. Ayrıca iktisap yeri kriterinin olumsuzluklarının, daha sıkı ilişkili hukuk kuralı sayesinde aşılabileceği ifade edilmektedir¹⁰⁴⁷. Bu sayede zarar gören üçüncü kişilerin menfaatinin korunması da temin edilecektir¹⁰⁴⁸. Roma II Tüzüğü m. 5, f. 2’de öngörülen daha sıkı ilişkili hukuk istisnasının, belirtilen bu ihtimallerde gerekli esnekliği sağlayarak, bir bakıma objektif bağlama kuralını düzeltici bir işlev gördüğü açıklanmaktadır¹⁰⁴⁹.

Daha sıkı ilişkili hukukun uygulanmasına imkan veren bir kural, bir ölçüde belirsizliği de beraberinde getireceğinden, istisnai nitelikte taşıması ve belirli kriterlere bağlı olarak devreye girmesi, hukuk güvenliği ile milletlerarası özel hukuk adaleti açısından önemlidir¹⁰⁵⁰.

¹⁰⁴³ Lagarde, **a.g.e.**, s. 122-126; Bureau/Watt, **a.g.e.**, s. 400; Bucher, **Cours Général**, s. 95; Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 26-27; Brière, **Rome II**, s. 53; Öztekin Gelgel, **a.g.e.**, s. 285; Tanrıbilir, **Roma II**, s. 124-125.

¹⁰⁴⁴ Kozyris, **a.g.e.**, s. 496; farklı görüşte bkz. Bucher, **Actes illicites**, s. 127.

Bununla beraber Hamburg Grubu tarafından hazırlanan Rapor’da imalatçının sorumluluğunda çoğu kez istisna hükmüne ihtiyaç duyulmayacağı belirtilmiştir (Hamburg Grubu Rapor, s. 18).

¹⁰⁴⁵ Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 26-27; Kozyris, **Rome II**, s. 481; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 457; Roma II Açıklayıcı Rapor, s. 12. Daha sıkı ilişkili hukuk istisnası açısından genel olarak bu hususta bkz. Gaudemet-Tallon, **a.g.e.**, s. 332; Symeonides, **Centrist Critique**, s. 158.

¹⁰⁴⁶ Illmer, **Product Liability**, s. 282; Huber/Illmer, **a.g.e.**, s. 46; Graziano, **Freedom to choose**, s. 124-125; Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 112; Özel, **Uygulanacak Hukuk**, s. 222; Roma II Açıklayıcı Rapor, s. 12-13.

¹⁰⁴⁷ Saravalle, **a.g.e.**, s. 124; Tarman, **Roma II**, s. 205; Illmer, **Product Liability**, s. 291; Hamburg Grubu Rapor, s. 19.

¹⁰⁴⁸ Saravalle, **a.g.e.**, s. 124; Illmer, **Product Liability**, s. 282.

¹⁰⁴⁹ Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 446-447; von Hein, **Article 4**, s. 418 vd.; Loquin, **a.g.e.**, s. 46-49; Illmer, **Product Liability**, s. 282, 301; Illmer, **Art. 5 Rome II**, s. 139; Huber/Illmer, **a.g.e.**, s. 46; Brière, **a.g.e.**, s. 47, 52; Niboyet/Pradelle, **a.g.e.**, s. 44.

¹⁰⁵⁰ Gaudemet-Tallon, **a.g.e.**, s. 219, 334; Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 26-27; Othenin-Girard, **Rome II**, s. 75; Kozyris, **Rome II**, s. 481; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 455; Tarman, **Roma II**, s. 201; ayrıca bkz. Roma II Açıklayıcı Rapor, s. 12.

b) Daha Sıkı İlişkili Hukuk Kuralının Zarar Görene Tanınan Seçim Hakkı ile Bağdaşmaması

İsviçre, Türk hukuku ve La Haye Sözleşmesi'nde daha sıkı ilişkili hukukun uygulanmasına imkan tanıyan bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

La Haye Sözleşmesi açısından bu durumun, milletlerarası bir sözleşme olarak belirli bir uzlaşmanın ürünü olmasından ve bu konuda, La Haye Milletlerarası Özel Hukuk Konferansına üye devletlerin hukuklarındaki farklılıklardan kaynaklandığı açıklanmaktadır¹⁰⁵¹.

İsviçre hukukundaki genel haksız fiil kuralı İsv. MÖHK m. 133'ün 3. fıkrasında haksız fiilin, zarar gören ile zarar veren arasında daha önceden mevcut olan bir hukuki ilişkiyi ihlal etmesi halinde taraflar arasındaki ilişkiyi idare eden hukukun, haksız fiil hakkında da uygulanacağı düzenlenmiştir¹⁰⁵². Ancak İsv. MÖHK m. 135'te bu düzenlemeye atıfta bulunulmamıştır¹⁰⁵³. Sistematik yorum ile bu düzenlemenin, imalatçının sorumluluğundan kaynaklanan uyuşmazlıklar hakkında uygulanmayacağı doktrindeki hakim görüştür¹⁰⁵⁴.

Öte yandan İsv. MÖHK m. 135 hükmünde zarar görenin seçtiği hukuk dışında bir hukukun imalatçının sorumluluğu ile daha sıkı ilişkili olması halinde bu hukukun uygulanacağı düzenlenmemiştir. Kanun, tasarı halindeyken hükmün üçüncü fıkrası olarak daha sıkı ilişkili hukuk kuralı öngörülmüştü. Ancak bu kural, hükmün

¹⁰⁵¹ Lorenz, **a.g.e.**, s. 337.

¹⁰⁵² Fer'i bağlama noktası (*rattachement accessoire*) olarak adlandırılan İsv. MÖHK m. 133, f. 3 uyarınca taraflar arasında daha önceden mevcut olan hukuki ilişki, sözleşmesel bir ilişki olabileceği gibi, aile hukukundan kaynaklanan bir ilişki de olabilir. Bu hüküm hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bucher, **Actes illicites**, s. 118-119; Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard, **a.g.e.**, par. 539; Bucher/Bonomi, **a.g.e.**, par. 1083-1084; Imhoff-Scheier/Patocchi, **a.g.e.**, s. 49-51; Dutoit, **Commentaire**, s. 463; Xu, **a.g.e.**, s. 42 vd.; Sarıöz, **a.g.e.**, s. 169 vd.; Tarman, **Haksız Rekabet**, s. 135 vd.

¹⁰⁵³ Buna karşılık haksız rekabete uygulanacak hukuku düzenleyen İsv. MÖHK m. 136, f. 3'te fer'i bağlama noktasına ilişkin İsv. MÖHK m. 133, f. 3'e atıfta bulunulmuştur. Bu konuda bkz. Bucher/Bonomi, **a.g.e.**, par. 1085; Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard, **a.g.e.**, par. 540; Imhoff-Scheier/Patocchi, **a.g.e.**, s. 68; Bucher, **Actes illicites**, s. 121, 133; Othenin-Girard, **Rome II**, s. 79, 85; Othenin-Girard, **Rome II et LDIP**, s. 388; Sarıöz, **a.g.e.**, s. 171-172; Tarman, **Haksız Rekabet**, s. 136.

¹⁰⁵⁴ Dutoit, **Commentaire**, s. 480; Bucher, **Actes illicites**, s. 121-123; Bucher/Bonomi, **a.g.e.**, par. 1085; Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard, **a.g.e.**, par. 540; Imhoff-Scheier/Patocchi, **a.g.e.**, s. 57; Othenin-Girard, **Rome II**, s. 79, 84; Othenin-Girard, **Rome II et LDIP**, s. 388; Graziano, **Product Liability**, s. 478, dn. 17.

Nitekim kişilik hakkının medya yoluyla ihlaline uygulanacak hukuku düzenleyen ve zarar görene seçim hakkı tanıyan İsv. MÖHK m. 139 açısından da taraflar arasında mevcut hukuki ilişkiye uygulanan hukukun bertaraf edildiği kabul edilmektedir (Özel, **Kişilik Hakkı**, s. 109).

temel amacı olan zarar görenin menfaatinin korunmasına aykırılık taşıyacağı gerekçesiyle hükümden çıkarılmıştır¹⁰⁵⁵.

Bu bakış açısıyla İsv. MÖHK m. 15'te tarafların hukuk seçiminde bulundukları haller dışında Kanun'da düzenlenen tüm uyuşmazlıklar açısından geçerli olan, genel hüküm niteliğindeki istisna kuralının da imalatçının sorumluluğundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda uygulama alanı bulmayacağı kabul edilmektedir¹⁰⁵⁶.

Nitekim daha sıkı ilişkili hukuk kuralının, uygulanacak hukukun zarar görene tanınan seçim hakkı uyarınca benimsenmesini kabul eden alternatif sistemle uyumlu olmadığı; zarar göreni, kendisine en uygun olan hukuku seçme imkanından mahrum bırakacağı, zarar görenin menfaatinin korunmasına aykırı bir sonuç yaratacağı doktrinde paylaşılan bir görüştür¹⁰⁵⁷.

c) Türk Hukuku Açısından Değerlendirmemiz

MÖHUK m. 36'da zarar görenin seçtiği ülke hukuku dışında bir hukukun somut uyuşmazlık ile daha sıkı ilişkili olması halinde bu hukukun uygulanmasına imkan tanıyacak bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Hükümde genel haksız fiil kuralı olan MÖHUK m. 34, f. 3'teki daha sıkı ilişkili hukuk istisnasına atıfta da bulunulmamıştır. Bu durum karşısında, MÖHUK m. 36 uyarınca zarar gören tarafından seçilen hukuk dışında bir hukukun, somut uyuşmazlıkla daha sıkı ilişkili olması halinde bu hukukun uygulanmasının sağlanıp sağlanamayacağı değerlendirilmelidir¹⁰⁵⁸.

¹⁰⁵⁵ Imhoff-Scheier/Patocchi, **a.g.e.**, s. 57; Bucher, **Actes illicites**, s. 121.

¹⁰⁵⁶ Bucher/Bonomi, **a.g.e.**, par. 1085; karşı. Bucher, **Actes illicites**, s. 123.

İsv. MÖHK m. 15 uyarınca, “*somut olayın tüm şartları göz önüne alındığında İsv. MÖHK'daki kurallar uyarınca belirlenen hukuk dışında başka bir hukukun olayla daha sıkı ilişkili olduğu anlaşıldığında istisnai olarak bu hukuk uygulanır. Bu hüküm, tarafların hukuk seçiminde bulundukları hallerde uygulanmaz*”.

¹⁰⁵⁷ Çevre zararına ilişkin Roma II Tüzüğü m. 7 açısından bu yönde bkz. Fuchs, **Art. 7 Rome II**, s. 213; von Hein, **Article 7 Rome II**, s. 468. Nitekim Tüzük m. 7'de de daha sıkı ilişkili hukuk kuralına yer verilmemiş ve genel haksız fiil kuralı olan 4. maddenin 3. fıkrasındaki istisnaya atıfta bulunulmamıştır. Buna göre çevre zararları bakımından daha sıkı ilişkili hukuk istisnasının uygulanmayacağı kabul edilmektedir (Bogdan, **a.g.e.**, s. 226).

Zarar görenin menfaatinin korunmasına aykırılık taşıyacağı yönünde bkz. Imhoff-Scheier/Patocchi, **a.g.e.**, s. 57; Bucher, **Actes illicites**, s. 121.

¹⁰⁵⁸ Benzer bir tartışma, haksız rekabete uygulanacak hukuku düzenleyen MÖHUK m. 37 çerçevesinde yapılmıştır. MÖHUK m. 37 düzenlemesinde de daha sıkı ilişkili hukuk kuralına yer

Doktrinde bir görüş¹⁰⁵⁹, MÖHUK m. 36'da daha sıkı ilişkili hukukun uygulanması öngörülmediğinden, bir istisna olmayacağını belirtmiştir. Diğer bir görüş¹⁰⁶⁰ ise mevcut durum hakkında bir değerlendirmede bulunmaksızın, MÖHUK m. 36'ya Roma II Tüzüğü m. 5'teki gibi daha sıkı ilişkili hukuk kuralının getirilmesinin yerinde olacağını ileri sürmüştür. Bu görüşteki yazar, somut uyuşmazlıkla daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde bu hukukun uygulanmasının, zarar gören ile zarar verenin menfaatlerinin dengelenmesini sağlayacağı gerekçesine dayanmaktadır. Benzer bir diğer görüş¹⁰⁶¹, MÖHUK m. 36'da basamaklı bir kuralın öngörülmesi ve hükmün, MÖHUK m. 34'te ile bağlantının sağlanması gerektiğinden bahsederek, bu suretle genel hükümdeki daha sıkı ilişkili hukuk istisnasının uygulanabileceğini ifade etmiştir.

İmalatçının sorumluluğunda, daha sıkı ilişkili hukuk kuralına ihtiyaç bulunduğunu kabul etmekteyiz. Yukarıda açıkladığı gibi, MÖHUK m. 36 uyarınca zarar gören üçüncü kişiler, iktisap yeri hukukunu seçme imkanına sahip olmakla birlikte bu hukuk, onlar açısından tesadüfi olacağından, yeterli ilişkiyi kuramayacaktır¹⁰⁶². Ayrıca, zarara yol açan ürünü yabancı bir ülkede bulundukları esnada, örneğin bir seyahat sırasında edinenler açısından da iktisap yeri sıkı ilişkiyi sağlayamayacaktır¹⁰⁶³. Bu hallerde milletlerarası özel hukuk adaletinin sağlanabilmesi için, daha sıkı ilişkili hukuk kuralına ihtiyaç vardır. Ayrıca bu kural, taleplerin yarışmasından kaynaklanan problemleri de engelleyecektir¹⁰⁶⁴.

verilmemiştir. Doktrinde bir görüş, MÖHUK m. 37, f. 2 kapsamındaki belirli bir işletmenin menfaatine ihlal eden haksız rekabet eylemleri için fer'i bağlama kuralının kabul edilmesinin uygun olacağını belirtmektedir (Sarıöz, **a.g.e.**, s. 149). Diğer bir görüş ise bir ayırmada bulunmaksızın somut olayın şartları dahilinde haksız rekabette fer'i bağlamanın kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir (Tarman, **Haksız Rekabet**, s. 138).

¹⁰⁵⁹ Özel, **Uygulanacak Hukuk**, s. 223, 224; Tarman, **Contractual and non-contractual obligations**, s. 11.

¹⁰⁶⁰ Çalışkan, **a.g.e.**, s. 309.

¹⁰⁶¹ Tanrıbilir, **Roma II**, s. 138.

¹⁰⁶² Bucher, **Actes illicites**, s. 127; Bucher/Bonomi, **a.g.e.**, par. 1098; Imhoff-Scheier/Patochhi, **a.g.e.**, s. 60; Fawcett, **a.g.e.**, s. 164; Nomer, **a.g.e.**, s. 354; Saravalle, **a.g.e.**, s. 124; Tebbens, **a.g.e.**, s. 382; Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 74; Graziano, **Product Liability**, s. 482; Graziano, **Rome II**, s. 483; Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 445; Tarman, **Devletler Özel İmalatçı**, s. 44; Hamburg Grubu Rapor, s. 17.

Örneğin, hatalı üretilmiş bir uçağın sebep olduğu kaza sonucunda meydana gelen zararlarda iktisap yeri hukuku seçilebilecek olmasına rağmen bu hukukun yeterli bağlantıyı kuramayacağı hakkında bkz. Fawcett, **a.g.e.**, s. 164; Tebbens, **a.g.e.**, s. 386 vd.; Saravalle, **a.g.e.**, s. 124.

¹⁰⁶³ Fawcett, **a.g.e.**, s. 164.

¹⁰⁶⁴ Daha sıkı ilişkili hukuk kuralı açısından genel olarak bu yönde bkz. Graziano, **Freedom to choose**, s. 124-125; Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 112; Illmer, **Product Liability**, s. 282;

Bununla birlikte daha sıkı ilişkili hukuk istisnasının, MÖHUK m. 36'nın mevcut hali ile bağdaşıp bağdaşmadığı konusunda çekincemiz bulunmaktadır. Zira daha sıkı ilişkili hukuk kuralı, MÖHUK m. 36'da zarar görene tanınan seçim hakkını etkisiz hale getirecektir. Bu da hükmün temel amacı olan zarar görenin menfaatinin korunmasına aykırı olacaktır.

Bu gerekçeye dayanarak, hükmün mevcut hali ile MÖHUK m. 34, f. 3 arasında ilişki kurulmasının mümkün olmadığını düşünmekteyiz. Böylelikle imalatçının sorumluluğunda zarar görenin seçtiği hukuk dışında bir hukuk somut uyuşmazlıkla daha sıkı ilişkili bulunsa bile MÖHUK m. 34, f. 3 aracılığıyla bu hukukun uygulanmasının mümkün olmadığı kanısındayız. Yine daha sıkı ilişkili hukuk kuralının, zarar görenin seçim hakkı ile bağdaşmadığını düşündüğümüzden, yukarıda belirtilen görüşten¹⁰⁶⁵ farklı olarak, MÖHUK m. 36'nın mevcut haline Roma II Tüzüğü m. 5'teki gibi daha sıkı ilişkili hukuk kuralının getirilemeyeceği düşüncesindeyiz.

C) Zarar Görene Seçim Hakkı Tanımayan Kurallardaki Bağlama Noktaları

1) Genel Olarak

İmalatçının Sorumluluğu Hakkında La Haye Sözleşmesi m. 4-5 ile Roma II Tüzüğü m. 5'te kademeli bağlama kuralları öngörülmüştür¹⁰⁶⁶. Her kademedeki bağlama noktasının gösterdiği hukukun uygulanması, o kademedeki öngörülen şartın gerçekleşmesine bağlı tutulmuştur. İlk kademedeki aranan şartın, somut olayda gerçekleşmemiş olması halinde bir sonraki kademeye geçilecektir¹⁰⁶⁷.

Bu çerçevede Roma II Tüzüğü'nün 5. maddesinde dört kademe

Huber/Illmer, **a.g.e.**, s. 46; Özel, **Uygulanacak Hukuk**, s. 222; Roma II Açıklayıcı Rapor, s. 12-13.

¹⁰⁶⁵ Çalışkan, **a.g.e.**, s. 309.

¹⁰⁶⁶ Fallon, **a.g.e.**, s. 246-248; Pryles, **a.g.e.**, s. 128; Lorenz, **a.g.e.**, s. 340; Fawcett, **a.g.e.**, s. 147-148; Reese, **Explanatory Report**, s. 260; Batiffol, **a.g.e.**, s. 255; Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s. 807; Dickinson, **a.g.e.**, s. 364; Illmer, **Product Liability**, s. 273, 285; Illmer, **Art. 5 Rome II**, s. 127; Huber/Illmer, **a.g.e.**, s. 40; Stone, **EU PIL**, s. 391; Stone, **Product Liability**, s. 184; Graziano, **Rome II**, s. 479; Brière, **Rome II**, s. 46; Dutoit, **Rome II**, s. 317; Mayer/Heuzé, **a.g.e.**, s. 527; Niboyet/Pradelle, **a.g.e.**, s. 45; Corneloup, **a.g.e.**, s. 86; Clarkson/Hill, **a.g.e.**, s. 272; Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 438, 449; Joubert, **a.g.e.**, s. 65-66; Turhan, **a.g.e.**, s. 327; Öztekin Gelgel, **a.g.e.**, s. 124; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğuna İlişkin Kurallar**, s. 284; Tanrıbilir, **Roma II**, s. 127; Çalışkan, **a.g.e.**, s. 308-309; Tarman, **Devletler Özel İmalatçı**, s. 28; Tarman, **Roma II**, s. 204.

¹⁰⁶⁷ Illmer, **Art. 5 Rome II**, s. 128; Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 438; Stone, **Rome II**, s. 121; Stone, **Product Liability**, s. 184; Symeonides, **Centrist Critique**, s. 167; Niboyet/Pradelle, **a.g.e.**, s. 45.

öngörülmüştür. İlk kademe olan zarar gören ve zarar verenin müşterek mutad mesken hukuku bulunmadığı takdirde, hükümdeki diğer kademelere geçilecektir. Müşterek mutad mesken kriteri dışındaki m. 5, f. 1, a-b-c bentlerindeki hukukun uygulanması, ürünün o ülkede pazarlanması şartına bağlı tutulmuştur. Zarar verenin, ürünün o ülkede pazarlandığını makul olarak öngöremeyeceğini ispatlaması halinde onun mutad mesken hukukunun uygulanacağı düzenlenmiştir (*default rule, fall-back rule*)¹⁰⁶⁸. Tüzüğün 5. maddesinin ikinci fıkrasında ise genel haksız fiil kuralı Tüzük m. 4, f. 3'e benzer şekilde düzenlenmiş¹⁰⁶⁹, daha sıkı ilişkili hukuk istisnasına yer verilmiştir.

Böylelikle Roma II Tüzüğü'nde hukuk seçimi ile birlikte imalatçının sorumluluğuna uygulanacak hukukun belirlenmesinde yedi farklı kriter söz konusudur¹⁰⁷⁰. İsviçre ve Türk hukukundan farklı olarak Tüzük'te uygulanacak hukukun, zarar görene tanınan seçim hakkı uyarınca belirlenmesi kabul edilmemiştir¹⁰⁷¹.

Roma II Tüzüğü m. 5'teki kural ile İmalatçının Sorumluluğu Hakkında La Haye Sözleşmesi m. 4-5 hükümlerinde, büyük ölçüde benzer bir yöntem benimsenmiştir¹⁰⁷². Sözleşme'de de değişik ihtimallere göre uygulanma imkanına

¹⁰⁶⁸ Illmer, **Art. 5 Rome II**, s. 128; Stone, **EU PIL**, s. 400; Stone, **Product Liability**, s. 184-185; Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 438-439, 446; Illmer, **Product Liability**, s. 285; Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s. 807; Corneloup, **a.g.e.**, s. 95-97; Özel, **Uygulanacak Hukuk**, s. 222.

Tüzük m. 5'teki bağlama kuralının uygulanacak hukuk ile milletlerarası yetki arasında belirli ölçüde uyum sağlandığı (*Gleichlauf*) yönünde bkz. Plender/Wilderspin, **a.g.e.**, s. 566. Farklı görüşte bkz. Illmer, **Art. 5 Rome II**, s. 140-142; Illmer, **Product Liability**, s. 307 vd.

¹⁰⁶⁹ Corneloup, **a.g.e.**, s. 96; Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 446-447; Stone, **Product Liability**, s. 184-185.

¹⁰⁷⁰ Plender/Wilderspin, **a.g.e.**, s. 568; Stone, **EU PIL**, s. 394-395; Stone, **Product Liability**, s. 184-185; Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 438; Dickinson, **a.g.e.**, s. 377 vd.; Illmer, **Product Liability**, s. 285; Huber/Illmer, **a.g.e.**, s. 31, 39; Schwartze, **a.g.e.**, par. 3; karş. Tanrıbilir, **Roma II**, s. 127-128.

Tüzük uyarınca imalatçının sorumluluğuna uygulanacak hukukun belirlenmesini Amerikan hukukundaki uygulamayla karşılaştıran bir görüş, Tüzük m. 5'teki kuralın çoğunlukla zarar görenin mutad mesken hukukunun uygulanması sonucunu doğuracağını; hükümde diğer kriterlerin genellikle işlevsiz kalacağını veya uygulama alanlarının oldukça sınırlı olacağını dile getirmektedir (Symeonides, **Rome II**, s. 208; Symeonides, **Centrist Critique**, s. 169).

Ayrıca 2006 tarihli Değiştirilmiş Tüzük Teklifi'nde zarar veren ve zarar görenin müşterek mutad meskeni; zarar görenin mutad meskeni ve zarar verenin mutad meskeni olmak üzere üç farklı kriterle yer veren kuralın, mevcut hükme nazaran daha basit olduğu ve uygulanacak hukukun tespitinde kolaylık sağladığı hakkında bkz. Schwartze, **a.g.e.**, par. 3.

¹⁰⁷¹ Othenin-Girard, **Rome II**, s. 84; Othenin-Girard, **Rome II et LDIP**, s. 388; Özel, **Uygulanacak Hukuk**, s. 222; Tarman, **Devletler Özel İmalatçı**, s. 38.

Dolayısıyla imalatçının sorumluluğuna uygulanacak hukukun, La Haye Sözleşmesi'ne taraf olmayan AB üyesi devlet mahkemeleri ile İsviçre veya Türk mahkemesi tarafından karara bağlanmasında farklı sonuçlar ortaya çıkacaktır. Bu husustaki bir örnek için bkz. Othenin-Girard, **Rome II**, s. 84.

¹⁰⁷² Bureau/Watt, **a.g.e.**, s. 422; Tarman, **Roma II**, s. 204-205.

sahip olan birden fazla bağlama noktası öngörülmüştür. Hükümlerdeki bağlama noktasının gösterdiği ülke hukukunun uygulanması, aynı hükümde öngörülen diğer kriterlerden en az birinin o ülkede bulunması şartına bağlanmıştır. Böylelikle tesadüfi hukukların uygulanması önlenmek istenmiştir¹⁰⁷³. Şayet o hükümde aranan şartlar sağlanmamışsa, bundan sonra gelen hükmün uygulanmasına geçilecektir¹⁰⁷⁴.

Ayrıca zararın meydana geldiği yer ile zarar görenin mutad mesken hukukunun uygulanması, Sözleşme m. 7'deki öngörülebilirlik kuralı ile sınırlandırılmıştır¹⁰⁷⁵. Bu kural, Roma II Tüzüğü m. 5, f. 1 ile paralellik göstermektedir¹⁰⁷⁶. Ancak Roma II Tüzüğü'nden farklı olarak Sözleşme'de daha sıkı ilişkili hukuk kuralına yer verilmemiştir.

Somut uyuşmazlıkta Sözleşme m. 4 ve m. 5'teki şartların aynı anda sağlanması halinde 5. maddenin uygulanacağı kabul edilmektedir¹⁰⁷⁷. Bu açıdan Sözleşme'deki temel bağlama noktasının, zarar gören kişinin mutad meskeni olduğu ifade edilmektedir¹⁰⁷⁸.

Sözleşme m. 4 ve m. 5'teki koşulların hiçbirinin somut olayda gerçekleşmediği takdirde ise yukarıda açıklandığı gibi Sözleşme m. 6'daki tali kurala başvurulacağından uygulanacak hukuk, zarar görenin seçimine göre belirlenecektir¹⁰⁷⁹. Dolayısıyla Roma II Tüzüğü'nden farklı olarak Sözleşme'de tali

¹⁰⁷³ Reese, **Explanatory Report**, s. 254; Fallon, **a.g.e.**, s. 254; Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 65; Xu, **a.g.e.**, s. 13; Turhan, **a.g.e.**, s. 327; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğuna İlişkin Kurallar**, s. 284; Özel, **İmalatçının Sorumluluğu**, s. 914-915; Tarman, **Devletler Özel İmalatçı**, s. 30 vd.

¹⁰⁷⁴ Reese, **Explanatory Report**, s. 260-263; Plender/Wilderspin, **a.g.e.**, s. 564-565; Fawcett, **a.g.e.**, s. 147 vd.; Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 449; Niboyet/Pradelle, **a.g.e.**, s. 49-50; Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 65; Turhan, **a.g.e.**, s. 327; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğuna İlişkin Kurallar**, s. 284.

¹⁰⁷⁵ Reese, **Explanatory Report**, s. 255; Fawcett, **a.g.e.**, s. 143; Fallon, **a.g.e.**, s. 255-256, 258; Batiffol, **a.g.e.**, s. 257-258; Dickinson, **a.g.e.**, s. 389; Plender/Wilderspin, **a.g.e.**, s. 565; Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 449; Turhan, **a.g.e.**, s. 330; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğu**, s. 100; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğuna İlişkin Kurallar**, s. 288; Tarman, **Devletler Özel İmalatçı**, s. 33.

¹⁰⁷⁶ Illmer, **Product Liability**, s. 297; Huber/Illmer, **a.g.e.**, s. 44; Dickinson, **a.g.e.**, s. 381, 389; Bourel, **a.g.e.**, s. 299.

¹⁰⁷⁷ Reese, **Explanatory Report**, s. 262; Fawcett, **a.g.e.**, s. 141-142; Fallon, **a.g.e.**, s. 285; Plender/Wilderspin, **a.g.e.**, s. 564, dn. 101; von Hein, **a.g.e.**, s. 1696-1697; Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 65; Xu, **a.g.e.**, s. 14; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 476; Özel, **İmalatçının Sorumluluğu**, s. 915; Tarman, **Devletler Özel İmalatçı**, s. 31.

¹⁰⁷⁸ Xu, **a.g.e.**, s. 14.

¹⁰⁷⁹ Fawcett, **a.g.e.**, s. 142; Fallon, **a.g.e.**, s. 246-247; Reese, **Explanatory Report**, s. 254; Plender/Wilderspin, **a.g.e.**, s. 565; Bertoli, **a.g.e.**, s. 701, dn. 12; Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 449; Niboyet/Pradelle, **a.g.e.**, s. 50; Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 65; Xu, **a.g.e.**, s. 14-15; Turhan, **a.g.e.**, s. 330; Öztekin Gelgel, **a.g.e.**, s. 125; Özel, **İmalatçının Sorumluluğu**, s. 915; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğuna İlişkin Kurallar**, s. 288; Tarman, **Devletler Özel İmalatçı**, s. 32-33.

olarak da olsa zarar görene seçim hakkı tanınmıştır.

2) Bağlama Noktalarına İlişkin Açıklamalar

a) Zarar Gören ve Zarar Verenin Müşterek Mutad Meskeni

Roma II Tüzüğü m. 5, f. 1'in ilk cümlesinde Tüzük m. 4, f. 2 hükmünün uygulanması saklı tutulmuştur. Genel haksız fiil kuralı olan Tüzük m. 4'ün 2. fıkrasında zararın meydana geldiği anda zarar gören ile zarar verenin mutad meskenlerinin aynı ülkede bulunması halinde bu ülke hukukunun uygulanacağı düzenlenmiştir¹⁰⁸⁰. Tüzük m. 5'te bu hükme yapılan yollama sonucunda, ürün zarara yol açtığı anda zarar gören ile zarar verenin mutad meskeninin aynı ülkede bulunması halinde bu hukuk uygulanacaktır¹⁰⁸¹.

Müşterek mutad mesken kriteri, Tüzük m. 5, f. 1'de öngörülen diğer bağlama noktalarının önüne geçmektedir¹⁰⁸². Tüzük m. 14 uyarınca taraflar hukuk seçimi yapmadığı takdirde, zararın meydana geldiği anda tarafların müşterek mutad meskeni bulunuyorsa, Tüzük m. 5, f. 1'deki diğer kademeler dikkate alınmayacaktır¹⁰⁸³. Ancak, zararın meydana geldiği anda tarafların müşterek mutad meskeni

¹⁰⁸⁰ Esasen Tüzük m. 4, f. 2 kapsamında tarafların müşterek mutad meskeninin, zararın meydana geldiği ülke dışında bir ülkede bulunması halinde müşterek mutad mesken kriterinin bir anlam ifade edeceği hakkında bkz. Niboyet/Pradelle, **a.g.e.**, s. 44.

Roma II Tüzüğü'nde zarar gören ile zarar verenin, zararın doğduğu anda müşterek mutad mesken hukukunun bulunması halinde zarar yeri hukuku yerine bu hukuka öncelik tanınmasının, milletlerarası yetki ile uygulanacak hukuk arasında paralellik sağladığı, böylelikle mahkemenin hukukunun uyumsuzlukta yetkili kalındığı yönünde bkz. Bach, **Art. 4 Rome II**, s. 92; Clarkson/Hill, **a.g.e.**, s. 267.

Buna karşılık imalatçının sorumluluğuna yol açan davranışın, piyasa üzerinde etkilerinin bulunması sebebiyle burada müşterek mutad mesken kriterinin uygun bir kriter olmadığı görüşünde bkz. Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 45; Bourel, **a.g.e.**, s. 286-287, 295 vd.).

¹⁰⁸¹ Dickinson, **a.g.e.**, s. 377, 385; Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s. 808; Plender/Wilderspin, **a.g.e.**, s. 568-569; Illmer, **Product Liability**, s. 285; Illmer, **Art. 5 Rome II**, s. 117, 127; Huber/Illmer, **a.g.e.**, s. 39, 45; Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 439; Graziano, **Rome II**, s. 480; Brière, **Rome II**, s. 46; Dutoit, **Rome II**, s. 317; Corneloup, **a.g.e.**, s. 96; Othenin-Girard, **Rome II**, s. 85; Othenin-Girard, **Rome II et LDIP**, s. 388; Stone, **EU PIL**, s. 394; Stone, **Product Liability**, s. 184, 192; Symeonides, **Centrist Critique**, s. 168; Clarkson/Hill, **a.g.e.**, s. 273; Niboyet/Pradelle, **a.g.e.**, s. 45; Joubert, **a.g.e.**, s. 66; Schwartze, **a.g.e.**, par. 3.1; Tanrıbilir, **Roma II**, s. 126, 129; Tarman, **Rome II**, s. 206.

¹⁰⁸² Huber/Illmer, **a.g.e.**, s. 45; Plender/Wilderspin, **a.g.e.**, s. 569; Illmer, **Product Liability**, s. 300; Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 439; Graziano, **Rome II**, s. 480; Brière, **Rome II**, s. 46; Corneloup, **a.g.e.**, s. 96; Othenin-Girard, **Rome II**, s. 85; Othenin-Girard, **Rome II et LDIP**, s. 388; Stone, **Product Liability**, s. 192; Schwartze, **a.g.e.**, par. 3.1; Symeonides, **Rome II**, s. 207; Tanrıbilir, **Roma II**, s. 127, 129; Tarman, **Roma II**, s. 206.

¹⁰⁸³ Illmer, **Art. 5 Rome II**, s. 127; Plender/Wilderspin, **a.g.e.**, s. 569; Huber/Illmer, **a.g.e.**, s. 45; Graziano, **Rome II**, s. 480; Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 438; Brière, **Rome II**, s. 46; Othenin-Girard, **Rome II**, s. 85; Othenin-Girard, **Rome II et LDIP**, s. 388; Symeonides, **Centrist Critique**, s. 168; Tanrıbilir, **Roma II**, s. 127, 129; Tarman, **Rome II**, s. 206.

bulunmadığında diğer kademelere geçilecektir¹⁰⁸⁴.

Tüzük m. 5, f. 2'deki istisna kuralının, müşterek mutad mesken hukukunun bulunması halinde devreye girip girmeyeceği tartışmalıdır. Doktrinde bir görüş¹⁰⁸⁵, Tüzük m. 5, f. 2'deki istisna kuralında hükmün yalnızca ilk fıkrasına atıf yapıldığını, bu sebeple müşterek mutad mesken hukuku bulunduğunda, istisna kuralının devreye girmeyeceğini savunmaktadır. Dolayısıyla somut olaydaki tüm şartlar gözönüne alındığında, tarafların müşterek mutad mesken hukukuna göre uyumsuzlıkla açıkça daha sıkı ilişkili bir hukuk bulursa bile bu hukuk uygulanamayacaktır.

Farklı bir görüş¹⁰⁸⁶ ise Tüzük m. 4'teki genel haksız fiil kuralında tarafların müşterek mutad mesken hukuku bulursa bile daha sıkı ilişkili hukuk istisnasının uygulanmasının kabul edildiğini; bu sebeple imalatçının sorumluluğunda farklı bir sonucun benimsenmesinin isabetsiz olacağını belirtmektedir. Bu görüşteki yazarlar, Tüzük m. 5, f. 2'de hükmün ilk fıkrasına yapılan yollamanın geniş yorumlanmasıyla müşterek mutad mesken hukuku bulursa bile istisna kuralının uygulanacağını kabul etmektedir. İmalatçının sorumluluğunda istisna kuralının öngörülme amacını da dikkate alarak, bu görüşün benimsediği çözüme katılmaktayız.

Müşterek mutad mesken hukukunun uygulanması, Tüzük m. 5, f. 1'deki diğer kriterlerin aksine hiçbir koşula tabi tutulmamış ve zarar verene, bu hukukun uygulanmasını engelleyebilmesi için savunma imkanı tanınmamıştır¹⁰⁸⁷. Buna göre

¹⁰⁸⁴ Bununla birlikte doktrinde bir görüş, zarar gören ile zarar verenin mutad meskenleri aynı ülkede bulunmasa dahi mutad mesken hukuklarının maddi içeriklerinin aynı olması halinde Tüzük m. 4, f. 3 ve benzer şekilde Tüzük m. 5, f. 2'deki istisna kuralı aracılığıyla bu hukukun uygulanabileceğini ileri sürmektedir (Symeonides, **Centrist Critique**, s. 156; Stone, **Rome II**, s. 109; Stone, **EU PIL**, s. 400; Stone, **Product Liability**, s. 177).

¹⁰⁸⁵ Illmer, **Art. 5 Rome II**, s. 127.

¹⁰⁸⁶ Plender/Wilderspin, **a.g.e.**, s. 569; Dickinson, **a.g.e.**, s. 345; Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s. 808; Symeonides, **Rome II**, s. 207; Symeonides, **Centrist Critique**, s. 168; Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 433; Stone, **EU PIL**, s. 400; müşterek mutad mesken hukuku bulursa daha sıkı ilişkili hukukun varlığı halinde Tüzük m. 5, f. 2'deki istisna kuralı aracılığıyla daha sıkı ilişkili hukukun yetkili olacağı yönünde bkz. Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s. 808; Othenin-Girard, **Rome II**, s. 85; Othenin-Girard, **Rome II et LDIP**, s. 388; Symeonides, **Centrist Critique**, s. 168.

¹⁰⁸⁷ Dickinson, **a.g.e.**, s. 377; Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s. 808; Huber/Illmer, **a.g.e.**, s. 45; Illmer, **Art. 5 Rome II**, s. 127; Illmer, **Product Liability**, s. 301; Plender/Wilderspin, **a.g.e.**, s. 569; Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 439; Brière, **Rome II**, s. 46; Dutoit, **Rome II**, s. 317; Stone, **EU PIL**, s. 397-398; Symeonides, **Rome II**, s. 207; Symeonides, **Centrist Critique**, s. 168.

Bunun, Tüzük m. 5, f. 2'deki istisna kuralına atfettiği önemi gösterdiği hakkında bkz. Huber/Illmer, **a.g.e.**, s. 45. Nitekim müşterek mutad mesken kriterinin, hem zarar verenin hem de zarar görenin menfaatine hizmet ettiği yönünde bkz. Stone, **EU PIL**, s. 397.

Bu sonucun, Tüzük m. 5 hükmü içerisinde tutarsızlık yarattığı görüşünde bkz. Dickinson, **a.g.e.**, s. 385. Ayrıca zarar veren açısından öngörülebilirliğin taşıdığı önem sebebiyle müşterek mutad mesken

müşterek mutad mesken hukukunun uygulanması, ürünün o ülkede pazarlanması koşuluna bağlı değildir¹⁰⁸⁸. Ayrıca zarar veren, ürünün o ülkede pazarlandığını makul olarak öngöremeyeceğini ispatlasa bile, müşterek mutad mesken hukukunun uygulanmasını önleyemeyecektir¹⁰⁸⁹.

Hükümde, zarar gören ile zarar verenin mutad meskeninin “*zararın meydana geldiği anda*” aynı ülkede bulunması gerektiği öngörüldüğünden, sabit bir bağlama kuralı söz konusudur¹⁰⁹⁰. Ürün zarara yol açtığı anda tarafların mutad meskenlerinin aynı ülkede bulunması halinde bu ülke hukuku uygulanabilecektir. Buna karşılık zarar gören ile imalatçının, zararın meydana gelmesinden sonra mutad meskenlerinin aynı ülkede bulunmasının bir etkisi olmayacaktır¹⁰⁹¹. Bu durumda zararın meydana geldiği anda tarafların müşterek mutad meskeni bulunmadığından, Tüzük m. 5, f. 1’deki diğer kademelere geçilecektir.

b) Zarar Görenin Mutad Meskeni

aa) Kriterin Benimsenmesinde Gözetilen Menfaatler

İmalatçının sorumluluğunda zarar görenin menfaatini koruyan, onun iyi bildiği hukuka tabi tutulması tercih edilmektedir¹⁰⁹². Zarar görenin mutad meskeni kriteri sayesinde zarar görenin aşına olduğu, sıkı ilişki içinde bulunduğu hukuka bağlanılarak, menfaatinin korunacağı belirtilmektedir¹⁰⁹³.

Zarar görenin kendi mutad meskeninde tüketici hakları konusunda asgari bilgiye sahip olduğu; olası bir uyuşmazlık halinde daha rahat ve az masrafla hukuki

hukukunun uygulanmasının, ürünün o ülkede pazarlanması koşuluyla birlikte hükümde ayrı bir kademe olarak düzenlenmesinin tartışmaya açık olduğu hakkında bkz. Illmer, **Product Liability**, s. 301.

¹⁰⁸⁸ Dickinson, **a.g.e.**, s. 377; Illmer, **Art. 5 Rome II**, s. 127; Huber/Illmer, **a.g.e.**, s. 45; Illmer, **Product Liability**, s. 301; Symeonides, **Rome II**, s. 207; Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 439; Tanrıbilir, **Roma II**, s. 129.

¹⁰⁸⁹ Illmer, **Art. 5 Rome II**, s. 127; Huber/Illmer, **a.g.e.**, s. 45; Illmer, **Product Liability**, s. 301; Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 440; Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s. 808; Tanrıbilir, **Roma II**, s. 129.

¹⁰⁹⁰ Baetge, **a.g.e.**, s. 612; Bach, **Art. 4 Rome II**, s. 99; Illmer, **Product Liability**, s. 287.

¹⁰⁹¹ Bach, **Art. 4 Rome II**, s. 99.

¹⁰⁹² Kühne, **a.g.e.**, s. 22, 30; Bourel, **a.g.e.**, s. 296; Graziano, **Rome II**, s. 482; Öztekin Gelgel, **a.g.e.**, s. 120 vd., 127.

¹⁰⁹³ Symeonides, **Rome II**, s. 208-209; Fallon, **a.g.e.**, s. 303; Bucher/Bonomi, **a.g.e.**, par. 1098; Saravalle, **a.g.e.**, s. 111-112; Pryles, **a.g.e.**, s. 129-130; Dutoit, **Convention**, s. 117; Weintraub, **Mass Tort Litigation**, s. 137-138; Graziano, **Rome II**, s. 481-482; Graziano, **Product Liability**, s. 484; Kozyris, **Rome II**, s. 490; Plender/Wilderspin, **a.g.e.**, s. 565-566; Stone, **Product Liability**, s. 192-193; Öztekin Gelgel, **a.g.e.**, s. 121-122; ayrıca bkz. Roma II Açıklayıcı Rapor, s. 14-15.

destek alabileceği ifade edilmektedir¹⁰⁹⁴. Ayrıca kişiye ve mala yönelik zararlarda tazminat hakkı ve kapsamı bakımından yeterli bağlantıyı sağladığı kabul edilmektedir¹⁰⁹⁵. Tazminat miktarının, zarar görenin içinde bulunduğu hukuka göre belirlenmesinin zarar göreninin menfaatine olduğu ileri sürülmektedir¹⁰⁹⁶. Bu kriterin, devam eden zararların telafisi açısından da uygun olduğu dile getirilmektedir¹⁰⁹⁷.

Bunun yanında hem ürünü iktisap etmiş kişiler hem de iktisap etmemesine rağmen o ürün sebebiyle zarar görmüş üçüncü kişiler bakımından uygulama alanı bulabilecek bir kriterdir¹⁰⁹⁸.

Buna ek olarak, zarar görenin mutad meskeni, genellikle imalatçı tarafından ürünün piyasaya sürüldüğü ve zarar gören tarafından o ürünün iktisap edildiği yer olacaktır¹⁰⁹⁹. Bu açıdan söz konusu kriterin, taraflar arasındaki ilişkide yeterli bağlantıyı kurarak, elverişli bir çözüm sunacağı ileri sürülmektedir¹¹⁰⁰.

Buna karşılık zarar görenin mutad meskeni, zarar veren açısından sıkı ilişkiyi sağlamakta yetersiz kalması ve ekonomik menfaatlerin korunmasına hizmet etmemesi sebebiyle eleştirilmektedir¹¹⁰¹. Zarar verenin, ürünü piyasaya sürdüğü ülkedeki sorumluluk rejimi ve standartlara göre o ürünün fiyatını belirleyeceği; daha farklı bir rejimin geçerli olduğu zarar görenin mutad mesken hukukunu bu aşamada dikkate almayacağı ve bu sebeple de zarar görenin, kendi mutad mesken hukukunun uygulanmasını bekleyemeyeceği ifade edilmektedir.

Ayrıca zarar görenin mutad mesken hukukunun içeriği bilinmeden, bu hukukun zarar göreni koruyucu olup olmadığının tespit edilemeyeceği

¹⁰⁹⁴ Plender/Wilderspin, **a.g.e.**, s. 565-566.

¹⁰⁹⁵ Weintraub, **Choice-of-Law Standard**, s. 231.

¹⁰⁹⁶ Plender/Wilderspin, **a.g.e.**, s. 565-566; Weintraub, **Choice-of-Law Standard**, s. 231.

¹⁰⁹⁷ Öztekin Gelgel, **a.g.e.**, s. 122.

¹⁰⁹⁸ Graziano, **Rome II**, s. 481.

¹⁰⁹⁹ Kühne, **a.g.e.**, s. 12; Saravalle, **a.g.e.**, s. 123-124; Graziano, **Product Liability**, s. 487; Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 70, 74; Graziano, **Rome II**, s. 482; Bureau/Watt, **a.g.e.**, s. 422; Weintraub, **Mass Tort Litigation**, s. 147; Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s. 807; Nomer, **a.g.e.**, s. 354; Imhoff-Scheier/Patocchi, **a.g.e.**, s. 59; Tarman, **Devletler Özel İmalatçı**, s. 41; ayrıca bkz. Roma II Açıklayıcı Rapor, s. 14; Hamburg Grubu Rapor, s. 17.

¹¹⁰⁰ Weintraub, **Choice-of-Law Standard**, s. 229; Weintraub, **Mass Tort Litigation**, s. 147.

¹¹⁰¹ Watt, **a.g.e.**, s. 256 vd.; Weintraub, **Interest Analysis**, s. 507; Nishitani, **a.g.e.**, s. 653-654; Schwartze, **a.g.e.**, par. 3.2.

savunulmaktadır¹¹⁰². Zarar görenin mutad mesken hukukunun, imalatçıyı daha yüksek standartta sorumluluk öngören kurallara tabi tutmadığında, zarar görenin menfaatini yeterli ölçüde koruyamayacağı dile getirilmektedir¹¹⁰³. Bu bakımdan zarar görenin mutad mesken kriterinin, gelişmiş ülkelerde mutad meskeni bulunan kişileri koruduğu ileri sürülmektedir¹¹⁰⁴.

Öte yandan cezalandırıcı tazminat, zararın telafisini değil; zarar verenin cezalandırılması ile ibret verilmesini amaçlamadığından, zarar görenin mutad mesken hukukunun cezalandırıcı tazminat açısından uygun bir kriter olmadığı da ileri sürülmektedir¹¹⁰⁵. Cezalandırıcı tazminatın amaçlarının gerçekleştirilebilmesinin, ancak zarar veren ve onun hukuka aykırı eylemi ile bağlantılı bir hukukun uygulanmasıyla temin edilebileceği belirtilmektedir¹¹⁰⁶. Amerikan mahkemeleri, imalatçının sorumluluğunda cezalandırıcı tazminata hükmettikleri kararlarında zarar görenin mutad meskeni yerine, imalatçının zarara yol açan ağır kusurlu davranışının gerçekleştiği yer kriterini tercih etmiştir¹¹⁰⁷.

bb) Kriterin Uygulanması

Zararın meydana geldiği anda zarar gören ile zarar verenin müşterek mutad meskeni bulunmadığı takdirde Tüzük m. 5, f. 1, a hükmündeki basamağa geçilecektir¹¹⁰⁸. Bu kademede, ürünün o ülkede pazarlanması koşuluyla zararın

¹¹⁰² Kühne, **a.g.e.**, s. 28; Özel, **İmalatçının Sorumluluğu**, s. 918.

¹¹⁰³ Symeonides, **Rome II**, s. 208; Symeonides, **Centrist Critique**, s. 169; Nishitani, **a.g.e.**, s. 653-654; Özel, **İmalatçının Sorumluluğu**, s. 918; Weintraub, **Mass Tort Litigation**, s. 138.

¹¹⁰⁴ Symeonides, **Rome II**, s. 208; Symeonides, **Centrist Critique**, s. 169.

¹¹⁰⁵ Willis L. M. Reese, "The Law Governing Airplane Accidents", **Wash & Lee L. Rev.**, C. 39, 1982, (Airplane Accidents), s. 1313; Symeon C. Symeonides, "The Need for a Third Conflicts Restatement (And a Proposal for Tort Conflicts)", **Ind. L. J.**, C. 75, 2000, (Proposal for Tort Conflicts), s. 471, dn. 158; Symeon C. Symeonides, "Resolving Punitive Damages Conflicts", **YPIL**, C. 5, 2003, (Punitive Damages Conflicts), s. 15; Patrick J. Borchers, "Punitive Damages, Forum Shopping and the Conflict of Laws", **La. L. Rev.**, C. 70, 2010, s. 545-546; Weintraub, **Choice-of-Law Standard**, s. 231; Weintraub, **Interest Analysis**, s. 507; Rushworth, **a.g.e.**, s. 216.

¹¹⁰⁶ Reese, **Airplane Accidents**, s. 1313; Weintraub, **Choice-of-Law Standard**, s. 231; Weintraub, **Interest Analysis**, s. 507; Weintraub, **Mass Tort Litigation**, s. 147; Symeonides, **Punitive Damages Conflicts**, s. 546-549; Rushworth, **a.g.e.**, s. 216; Borchers, **a.g.e.**, s. 545-546.

Bu bağlamda imalatçının sorumluluğunda cezalandırıcı tazminatın, imalatçının işyeri veya imalatçının ağır kusurlu davranışının gerçekleştiği yere bağlanması gerektiği savunulmaktadır (Reese, **Airplane Accidents**, s. 1313; Weintraub, **Choice-of-Law Standard**, s. 231; Weintraub, **Interest Analysis**, s. 507; farklı bkz. Boskovic, **a.g.e.**, s. 97-99). Cezalandırıcı tazminat açısından zarar yeri kriterinin de tesadüfi olacağı ve gerekli bağlantıyı kurmakta yetersiz kalacağı belirtilmektedir (Reese, **Airplane Accidents**, s. 1314; farklı bkz. Symeonides, **Proposal for Tort Conflicts**, s. 471).

¹¹⁰⁷ Bu yöndeki kararlar için bkz. Weintraub, **Interest Analysis**, s. 507, dn. 86.

¹¹⁰⁸ Plender/Wilderspin, **a.g.e.**, s. 569; Dickinson, **a.g.e.**, s. 377; Niboyet/Pradelle, **a.g.e.**, s. 45; Brière,

meydana geldiği anda zarar görenin mutad meskeni hukukunun uygulanacağı düzenlenmiştir¹¹⁰⁹. Tüzük kapsamında bu kriterin en çok uygulama alanı bulacak kriter olduğu ileri sürülmektedir¹¹¹⁰.

Tüzük uyarınca zarar görenin mutad mesken hukukunun uygulanabilmesi için, zarara yol açan ürünün zarar görenin mutad meskeninde iktisap edilmiş olması şart değildir¹¹¹¹. Benzer nitelikteki ürünlerin, zarar görenin mutad meskeninde pazarlanmasının yeterli olduğu kabul edilmektedir¹¹¹².

Tüzük m. 5, f. 1, a bendinde “zararın meydana geldiği anda” zarar görenin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukunun uygulanacağı öngörüldüğünden, sabit bağlama söz konusudur¹¹¹³. Ancak sabit bağlama yönündeki tercihin, devam eden zararlar bakımından uygun olmadığı ileri sürülmektedir¹¹¹⁴. Zira Tüzük m. 4, f. 1’teki genel kuralın aksine burada zararın, doğrudan zarar olarak anlaşılabileceği açıkça belirtilmemiştir¹¹¹⁵. Bu durum karşısında doktrinde üç farklı çözüm yolu ileri sürülmüştür¹¹¹⁶:

(i) farklı zamanlarda meydana gelen zararlarda zarar görenin o anda mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku uygulanarak, aynı uyuşmazlıkta farklı hukukların yetkili olması (mozaik prensibi);

(ii) taraf menfaatleri arasındaki denge ile öngörülebilirliğin sağlanması için, devam eden zararlarda Tüzük m. 5, f. 1, a hükmünün bertaraf edilerek,

a.g.e., s. 46; Joubert, a.g.e., s. 66; Corneloup, a.g.e., s. 96; Graziano, **Rome II**, s. 480; Tanrıbilir, **Roma II**, s. 130.

¹¹⁰⁹ Dickinson, a.g.e., s. 377; Plender/Wilderspin, a.g.e., s. 569; Cheshire/North/Fawcett, a.g.e., s. 807; Illmer, **Art. 5 Rome II**, s. 128; Brière, **Rome II**, s. 46; Dutoit, **Rome II**, s. 317; Stone, **EU PIL**, s. 394; Stone, **Product Liability**, s. 193; Graziano, **Rome II**, s. 480-481; Dutoit, **Rome II**, s. 317; Niboyet/Pradelle, a.g.e., s. 45; Corneloup, a.g.e., s. 96; Joubert, a.g.e., s. 65; Clarkson/Hill, a.g.e., s. 272; Özel, **Uygulanacak Hukuk**, s. 222; Tarman, **Devletler Özel İmalatçı**, s. 40; Tarman, **Roma II**, s. 204.

¹¹¹⁰ Schwartze, a.g.e., par. 5; Symeonides, **Rome II**, s. 208; Symeonides, **Centrist Critique**, s. 169.

¹¹¹¹ Cheshire/North/Fawcett, a.g.e., s. 807; Graziano, **Rome II**, s. 481.

¹¹¹² Graziano, **Rome II**, s. 481; Illmer, **Art. 5 Rome II**, s. 132-134; Illmer, **Product Liability**, s. 292-293, 295-296; Huber/Illmer, a.g.e., s. 42-43; Plender/Wilderspin, a.g.e., s. 576-577; Dickinson, a.g.e., s. 372-373; Kozyris, **Rome II**, s. 489.

¹¹¹³ Dickinson, a.g.e., s. 377; Cheshire/North/Fawcett, a.g.e., s. 808; Illmer, **Art. 5 Rome II**, s. 129; Illmer, **Product Liability**, s. 287.

¹¹¹⁴ Plender/Wilderspin, a.g.e., s. 570; Dickinson, a.g.e., s. 378.

¹¹¹⁵ Dickinson, a.g.e., s. 378.

¹¹¹⁶ Dickinson, a.g.e., s. 378-379.

doğrudan bir sonraki basamağa geçilmesi¹¹¹⁷;

(iii) Zararın meydana geldiği anın, zarar görenin ürünün zararlı etkileri ile ilk temas ettiği an olarak anlaşılmasıdır.

Bu çözümler arasında ikinci ve üçüncü seçeneğin, hukuki kesinliği sağlaması sebebiyle daha isabetli olduğu belirtilmektedir¹¹¹⁸.

İmalatçının Sorumluluğu Hakkında La Haye Sözleşmesi'nin 5. maddesinde de zarar görenin mutad mesken kriteri kabul edilmiştir. Bu hükme göre zarar görenin mutad meskeni, aynı zamanda zarar verenin esas işyerinin bulunduğu veya ürünün iktisap edildiği yer ise zarar görenin mutad mesken hukuku uygulanabilecektir. Dolayısıyla Sözleşme'de bu hukukun uygulanması, zarar verenin esas işyerinin de o ülkede bulunmasına; bulunmadığı takdirde ise ürünün o ülkede iktisap edilmiş olması şartına bağlanmıştır¹¹¹⁹.

Doktrinde Sözleşme'de zarar görenin mutad mesken hukukunun uygulanmasının daha zor şartlara tabi tutulduğu; bu itibarla Tüzük m. 5, f. 1, a düzenlemesinin zarar görenin daha lehine olduğu ve menfaatini daha iyi koruduğu ileri sürülmektedir¹¹²⁰.

Öte yandan Sözleşme'de zarar görenin hangi andaki mutad meskeninin esas alınacağı düzenlenmediğinden bunun, davaya bakan hakim tarafından çözümleneceği kabul edilmektedir¹¹²¹.

c) İktisap Yeri

Roma II Tüzüğü m. 5, f. 1, b hükmü uyarınca Tüzük'te öngörülen üçüncü bağlama noktası, ürünün iktisap edildiği yerdir. Önceki kademelerde öngörülen kriterlerin uygulanamaması halinde, ürünün o ülkede pazarlanmış olması koşuluyla,

¹¹¹⁷ Devam eden zararların, doğrudan Tüzük m. 5, f. 1, a hükmünün bertaraf edilmesi için yeterli bir sebep olmadığı görüşünde bkz. Plender/Wilderspin, **a.g.e.**, s. 570-571.

¹¹¹⁸ Dickinson, **a.g.e.**, s. 380.

¹¹¹⁹ Reese, Explanatory Report, s. 262; Fawcett, **a.g.e.**, s. 141-142; Plender/Wilderspin, **a.g.e.**, s. 564; Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 449; Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 65; Xu, **a.g.e.**, s. 14; Turhan, **a.g.e.**, s. 329-330; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 476; Özel, **İmalatçının Sorumluluğu**, s. 915; Tarman, **Devletler Özel İmalatçı**, s. 31.

¹¹²⁰ Plender/Wilderspin, **a.g.e.**, s. 565, dn. 108'de belirtilen yazarlar.

¹¹²¹ Özel, **İmalatçının Sorumluluğu**, s. 918.

iktisap yeri hukukunun uygulanacağı düzenlenmiştir¹¹²².

Bununla birlikte imalatçının sorumluluğunda önemli bir kriter olarak kabul edilen iktisap yerine 5. maddenin ilk basamağında yer verilmemiş olması, doktrinde bir eksiklik olarak görülmektedir¹¹²³.

Roma II Tüzüğü çerçevesinde ürünün iktisap edilmesine verilen anlam ile iktisap yerinin tespiti, La Haye Sözleşmesi, İsviçre ve Türk hukuku ile paralel olduğundan ve bu konu, yukarıda açıklandığından¹¹²⁴ burada ayrıca ele alınmayacaktır.

Bununla birlikte İsviçre ve kanımızca Türk hukukundan farklı olarak, Roma II Tüzüğü açısından ürünü iktisap etmemiş ve ancak bir şekilde ondan zarar görmüş üçüncü kişiler hakkında iktisap yeri kriterinin uygulanmayacağı hakim görüştür¹¹²⁵. Buna göre Tüzük m. 5'te öngörülen zarar görenin mutad meskeni ile zararın meydana geldiği yer kriterlerinin, zarar gören ile ilişkili oldukları belirtilerek, iktisap yeri açısından da aynı ilişkinin aranması gerektiği ifade edilmektedir¹¹²⁶. Bu çerçevede zarar gören üçüncü kişi olduğunda Tüzük m. 5, f. 2'de öngörülen istisna kuralının devreye gireceği¹¹²⁷ ve ürünün o ülkede pazarlanması koşulu aranmadan, zararın meydana geldiği yer hukukunun uygulanacağı belirtilmektedir¹¹²⁸.

¹¹²² Plender/Wilderspin, **a.g.e.**, s. 571; Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s. 807; Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 445; Graziano, **Rome II**, s. 482; Brière, **a.g.e.**, s. 46; Stone, **EU PIL**, s. 398; Niboyet/Pradelle, **a.g.e.**, s. 45; Dutoit, **Rome II**, s. 317; Corneloup, **a.g.e.**, s. 96; Joubert, **a.g.e.**, s. 66; Clarkson/Hill, **a.g.e.**, s. 272; Stone, **Product Liability**, s. 193-194; Tanrıbilir, **Roma II**, s. 130; Özel, **Uygulanacak Hukuk**, s. 222; Tarman, **Roma II**, s. 204.

¹¹²³ Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 70, 74; Graziano, **Product Liability**, s. 481-482; Kozyris, **Rome II**, s. 492.

¹¹²⁴ Bu konuda bkz. yuk. "Ürünün İktisap Edilmesine Verilen Anlam" başlıklı bölüm (İkinci Bölüm, IV, B, 3, b, bb).

¹¹²⁵ Dickinson, **a.g.e.**, s. 383; Illmer, **Art. 5 Rome II**, s. 129; Huber/Illmer, **a.g.e.**, s. 46; Illmer, **Product Liability**, s. 287; Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 445; Graziano, **Rome II**, s. 483; Stone, **EU PIL**, s. 396-397; Stone, **Rome II**, s. 122; Schwartz, **a.g.e.**, par. 5.

Buna karşılık hükümde, ürünün kimin tarafından iktisap edilmesi gerektiğinin belirtilmediği gerekçesiyle farklı görüşte bkz. Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s. 807. Yine hükümde ürünü iktisap eden kişi ile zarar gören üçüncü kişi arasında ayırım yapılmadığı gerekçesiyle aynı doğrultuda bkz. Symeonides, **Centrist Critique**, s. 167; Symeonides, **Rome II**, s. 206, dn. 146.

¹¹²⁶ Stone, **EU PIL**, s. 396; Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 445.

Bununla birlikte zarar gören üçüncü kişinin, ürünü iktisap eden ile ailevi bir ilişki gibi yakın bir ilişki içinde bulunması söz konusu olduğunda farklı bir değerlendirmenin mümkün olabileceği görüşünde bkz. Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 445, dn. 112.

¹¹²⁷ Dickinson, **a.g.e.**, s. 383; Huber/Illmer, **a.g.e.**, s. 46; Illmer, **Product Liability**, s. 287; Illmer, **Art. 5 Rome II**, s. 139; Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 445; Stone, **Rome II**, s. 122; Graziano, **Rome II**, s. 483.

¹¹²⁸ Illmer, **Product Liability**, s. 291; Illmer, **Art. 5 Rome II**, s. 139; Huber/Illmer, **a.g.e.**, s. 46;

ç) Zararın Meydana Geldiği Yer

Yukarıda ele alınan kademelerin uygulanması halinde Tüzük m. 5, f. 1, c bendinde ürünün o ülkede pazarlanmış olması koşuluyla zararın meydana geldiği yer hukukunun uygulanacağı düzenlenmiştir. Tüzük m. 5, f. 1, c uyarınca zarar yeri hukukunun, sınırlı olarak uygulama alanı bulabileceği doktrinde belirtilmektedir¹¹²⁹.

Zararın meydana geldiği yerin tespiti, genel haksız fiil kuralı olan Tüzük m. 4, f. 1 hakkında benimsenmiş esaslara uygun yapılacaktır¹¹³⁰. Zarar yeri ile kastedilen, doğrudan zararın doğduğu yerdir; dolaylı zararların doğduğu yer önem taşımaz¹¹³¹. Ancak Tüzük m. 4, f. 1'den farklı olarak burada zarar yeri hukukunun uygulanması, ürünün o ülkede pazarlanmış olması şartına bağlanmıştır¹¹³².

Zararın meydana geldiği yer kriteri, İmalatçının Sorumluluğu Hakkında La Haye Sözleşmesi m. 4'te de kabul edilmiştir. Sözleşme uyarınca zarar yerinin tespiti, yukarıda açıklandığından¹¹³³, burada ayrıca ele alınmayacaktır.

La Haye Sözleşmesi'nde zarar yerinin tesadüfi olma ihtimali karşısında bu yerin, 4. maddede belirtilen yerlerden biri ile örtüşmesi aranmıştır¹¹³⁴. Buna göre zarar yeri hukukunun uygulanabilmesi için bu yerin, doğrudan zarar gören kişinin mutad meskeninin bulunduğu veya zarar verenin esas işyerinin bulunduğu ya da doğrudan zarar gören kişinin ürünü iktisap ettiği yer olması gerekir. Bu bağlamda doktrinde Sözleşme m. 4 uyarınca esasen zarar yeri hukukunun uygulanmadığı, zararın meydana geldiği yer ile çakışması halinde hükümde belirtilen üç kriterden

Graziano, **Rome II**, s. 483; Schwartz, **a.g.e.**, par. 5.

¹¹²⁹ Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 446.; Graziano, **Rome II**, s. 483; Tarman, **Roma II**, s. 205.

¹¹³⁰ Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 446; Schwartz, **a.g.e.**, par. 3.2.

¹¹³¹ Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 446; Hohloch, **a.g.e.**, s. 7 ve Tüzük uyarınca zararın meydana geldiği yerin tespiti hakkında ayrıca bkz. Graziano, **Rome II**, s. 457; Stone, **EU PIL**, s. 384-386; Stone, **Rome II**, s. 110-112; Bureau/Watt, **a.g.e.**, s. 412-413; Brière, **Rome II**, s. 42; Dutoit, **Rome II**, s. 315; Bach, **Art. 4 Rome II**, s. 72; Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s. 796; Clarkson/Hill, **a.g.e.**, s. 266; Stone, **Rome II**, s. 110.

¹¹³² Illmer, **Product Liability**, s. 287; Huber/Illmer, **a.g.e.**, s. 41; Plender/Wilderspin, **a.g.e.**, s. 561; Corneloup, **a.g.e.**, s. 96; Brière, **a.g.e.**, s. 46; Niboyet/Pradelle, **a.g.e.**, s. 45; Clarkson/Hill, **a.g.e.**, s. 272; Stone, **Product Liability**, s. 193.

¹¹³³ Bu konuda bkz. yuk. "Kriterin Uygulanması" başlıklı bölüm (İkinci Bölüm, IV, B, 3, c, bb).

¹¹³⁴ Fawcett, **a.g.e.**, s. 140-141; Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 65; Xu, **a.g.e.**, s. 14; Stone, **Product Liability**, s. 194-195; Turhan, **a.g.e.**, s. 328; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 476; Özel, **İmalatçının Sorumluluğu**, s. 914.

birinin gösterdiği hukukun uygulandığı ifade edilmektedir¹¹³⁵.

d) Zarar Verenın Mutad Meskenı

Roma II Tüzüğü m. 5'teki son kademedede, zarar verenin mutad mesken hukukunun uygulanacağı düzenlenmiştir¹¹³⁶. Buna göre zarar verenin, Tüzük m. 5, f. 1, a-b-c bentleri uyarınca tespit edilen ülkede ürünün veya aynı nitelikteki bir ürünün pazarlandığını makul olarak öngöremeyecek olduğunu ispatladığı takdirde, zarar verenin mutad mesken hukuku uygulanacaktır (Tüzük m. 5, f. 1, c. 2). Zarar verenin mutad mesken hukukunun uygulanabilmesi için aranan şart, aşağıdaki başlıkta açıklanacaktır.

Bununla birlikte Tüzük m. 5, f. 1, a-b-c bentlerinde sayılan ülkelerde ürünün pazarlanmamış olması halinde, zarar verenin mutad mesken hukukunun mu uygulanacağı yoksa başka farklı bir çözümün mü benimseneceği doktrinde tartışmalıdır¹¹³⁷. Bir görüşe¹¹³⁸ göre Tüzük m. 5'te bu duruma ilişkin bir çözüm düzenlenmediğinden, genel haksız fiil kuralı olan Tüzük m. 4 uyarınca uygulanacak hukuk belirlenecektir. Ancak farklı bir görüş¹¹³⁹, bu durumda Tüzük m. 4'ün uygulanmasına karşı çıkmaktadır. Bu görüşü paylaşan bazı yazarlar, bu durumda Tüzük m. 5, f. 2'deki istisna kuralı aracılığıyla uygulanacak hukukun tespit edileceğini ileri sürmektedir¹¹⁴⁰. Bazı yazarlar ise bu durumda Tüzük m. 5, f. 1, ikinci cümlesinin kıyasen uygulanması suretiyle zarar verenin mutad mesken hukukunun yetkili olacağını kabul etmektedir¹¹⁴¹.

Son olarak, İmalatçının Sorumluluğu Hakkında La Haye Sözleşmesi m. 7

¹¹³⁵ Fawcett, *a.g.e.*, s. 140-141; Xu, *a.g.e.*, s. 14.

¹¹³⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Illmer, *Art. 5 Rome II*, s. 137; Illmer, *Product Liability*, s. 296; Nishitani, *Rome II*, s. 187; Schmid/Pinkel, *a.g.e.*, s. 446; Dickinson, *a.g.e.*, s. 384; Plender/Wilderspin, *a.g.e.*, s. 587; Stone, *Rome II*, s. 121; Stone, *Product Liability*, s. 195; Cheshire/North/Fawcett, *a.g.e.*, s. 808; Niboyet/Pradelle, *a.g.e.*, s. 45; Tanrıbilir, *Roma II*, s. 132; Tarman, *Roma II*, s. 205.

¹¹³⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Dickinson, *a.g.e.*, s. 385; Schmid/Pinkel, *a.g.e.*, s. 446; Plender/Wilderspin, *a.g.e.*, s. 561-562; Illmer, *Art. 5 Rome II*, s. 136; Huber/Illmer, *a.g.e.*, s. 43-44; Illmer, *Product Liability*, s. 296-297; Tanrıbilir, *Roma II*, s. 132.

¹¹³⁸ Adam Rushworth/Andrew Scott, "A Commentary on the Rome II Regulation: Choice of Law for Non-Contractual Obligations", *LMCLQ*, 2008, s. 284; Cheshire/North/Fawcett, *a.g.e.*, s. 807-808; Dutoit, *Rome II*, s. 317; Hartley, *a.g.e.*, s. 905.

¹¹³⁹ Schmid/Pinkel, *a.g.e.*, s. 446; Huber/Illmer, *a.g.e.*, s. 43-44; Illmer, *Product Liability*, s. 296; Plender/Wilderspin, *a.g.e.*, s. 561.

¹¹⁴⁰ Huber/Illmer, *a.g.e.*, s. 43-44; Tanrıbilir, *Roma II*, s. 132.

¹¹⁴¹ Dickinson, *a.g.e.*, s. 385; Plender/Wilderspin, *a.g.e.*, s. 562; Clarkson/Hill, *a.g.e.*, s. 272; Schmid/Pinkel, *a.g.e.*, s. 446; Illmer, *Art. 5 Rome II*, s. 136; Schwartz, *a.g.e.*, par. 3.2.

uyarınca zarar verenin, ürünlerinin ticari yollarla m. 4-5’de belirtilen ülkelerde pazarlandığını makul olarak öngöremeyecek olduğunu ispatlaması halinde Sözleşme m. 6’daki son alternatif olan zarar verenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukukunun uyuşmazlıkta yetkili olacağı kabul edilmektedir¹¹⁴².

3) Bağlama Noktalarının Uygulanmasına İlişkin Şartlar

a) Ürünün O Ülkede Pazarlanmış Olması

Roma II Tüzüğü m. 5, f. 1, a-b-c bentlerindeki zarar görenin mutad meskeni; ürünün iktisap edildiği yer; zararın meydana geldiği yer kriterlerinin uygulanması, ürünün o ülkede pazarlanmış olması şartına bağlanmıştır. Bunun sebebi, zarar görenin menfaatinin korumak amacıyla kabul edilmiş bu kriterler karşısında zarar verenin menfaatinin de gözetilerek, dengeli bir çözüme ulaşılmasının amaçlanmasıdır¹¹⁴³.

Ürünün, o ülkede pazarlandığını ispat yükü, zarar görene aittir¹¹⁴⁴. Öte yandan, Tüzük m. 5, f. 1’in son cümlesindeki öngörülebilirlik şartında, “*ürün veya aynı türden üründen*” bahsedilmiştir. Bu sebeple, sadece zarara yol açan ürünün değil; aynı türden ürünlerin de o ülkede pazarlanmış olması halinde aranan koşulun gerçekleştiği kabul edilmektedir¹¹⁴⁵.

Ürünün pazarlanma zamanı bakımından, zarar görenin mutad meskeni ile zarar yeri kriterleri bakımından zararın meydana geldiği anın; iktisap yeri açısındansa ürünün iktisap edildiği anın esas alınacağı belirtilmektedir¹¹⁴⁶. Ancak daha geniş bir yorumun yapılabileceği belirtilerek, davanın açıldığı tarihten önce herhangi bir zamanda ürünün o ülkede pazarlanmış olmasının yeterli olacağı da

¹¹⁴² Reese, **Explanatory Report**, s. 263-264; Fawcett, **a.g.e.**, s. 1143-44; Plender/Wilderspin, **a.g.e.**, s. 565; Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 449; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğuna İlişkin Kurallar**, s. 288.

¹¹⁴³ Illmer, **Art. 5 Rome II**, s. 130; Huber/Illmer, **a.g.e.**, s. 41; Illmer, **Product Liability**, s. 288-289; Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s. 807; Stone, **Product Liability**, s. 188; Tanrıbilir, **Roma II**, s. 131.

¹¹⁴⁴ Dickinson, **a.g.e.**, s. 375-376; Symeonides, **Rome II**, s. 206; Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 442; Illmer, **Product Liability**, s. 303.

¹¹⁴⁵ Illmer, **Art. 5 Rome II**, s. 132-134; Illmer, **Product Liability**, s. 292-293, 295-296; Huber/Illmer, **a.g.e.**, s. 42-43; Plender/Wilderspin, **a.g.e.**, s. 576-577; Dickinson, **a.g.e.**, s. 372-373; Kozyris, **Rome II**, s. 489; Graziano, **Rome II**, s. 481; Schwartze, **a.g.e.**, par. 3.2; farklı görüşte bkz. von Hein, **a.g.e.**, s. 1696 vd.; Hartley, **a.g.e.**, s. 904; Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 441-442.

¹¹⁴⁶ Plender/Wilderspin, **a.g.e.**, s. 581.

savunulmaktadır¹¹⁴⁷.

Ürünün pazarlanması ile kastedilen yukarıda açıklandığından¹¹⁴⁸, burada yeniden ele alınmayacaktır.

b) Öngörülebilirlik Kuralı

Roma II Tüzüğü m. 5, f. 1, son cümlesinde sorumlu olduğu ileri sürülen kişi, hükmün a-b-c bentleri uyarınca tespit edilen ülkede ürünün veya aynı türden ürünün pazarlandığını makul olarak öngöremeyeceğini ispatladığı takdirde onun mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku uygulanacaktır.

Sözleşme m. 7’de ise sorumlu olduğu ileri sürülen kişinin, ürünün veya aynı türden ürünlerinin ticari yollarla o ülkede pazarlandığını makul olarak öngöremediğini ortaya koyması halinde m. 4-5-6 hükümlerindeki zarar yeri ile zarar gören kişinin mutad mesken hukuku uygulanmayacaktır.

Her iki düzenleme de benzer koşullar öngörmektedir¹¹⁴⁹. Bu koşullar, öngörülebilirlik kuralı olarak adlandırılmaktadır¹¹⁵⁰. İspat yükü, bu kurallardan yararlanacak olan zarar verene aittir¹¹⁵¹.

İsviçre ve Türk hukukundan farklı olarak burada, zarar verenin rızasının bulunmadığı değil; ürünün o ülkede pazarlandığını “*makul olarak öngöremediğini*” ispatlaması aranmıştır. Roma II Tüzüğü açısından, küreselleşen dünya ve milletlerarası ticaretin ulaştığı boyut karşısında zarar verenin rızasının bulunmadığını ispatlamasından vazgeçildiği belirtilmektedir¹¹⁵². Ancak yine de dağıtım kanalları gözönüne alındığında hükmün bu haliyle dahi uygulanma imkanının sınırlı olacağı

¹¹⁴⁷ Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 442.

¹¹⁴⁸ Bu konuda bkz. yuk. “İspat Yükü ve Konusu” başlıklı bölüm (İkinci Bölüm, IV, B, 4, b, aa).

¹¹⁴⁹ Illmer, **Product Liability**, s. 297; Huber/Illmer, **a.g.e.**, s. 44; Dickinson, **a.g.e.**, s. 381, 389; Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s. 808; Bourel, **a.g.e.**, s. 299; Schwartz, **a.g.e.**, par. 3.2.

¹¹⁵⁰ Illmer, **Product Liability**, s. 297; Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 443; Huber/Illmer, **a.g.e.**, s. 44; Illmer, **Art. 5 Rome II**, s. 137; Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s. 808; Graziano, **Rome II**, s. 483; Dutoit, **Rome II**, s. 318; Joubert, **a.g.e.**, s. 65.

¹¹⁵¹ Illmer, **Product Liability**, s. 303-304; Illmer, **Art. 5 Rome II**, s. 140; Symeonides, **Rome II**, s. 206; Symeonides, **Centrist Critique**, s. 167-168; Schwartz, **a.g.e.**, par. 3.2; La Haye Sözleşmesi açısından bkz. Fallon, **a.g.e.**, s. 259.

¹¹⁵² 2003 tarihli Tüzük Teklifi’nde zarar verenin rızasının bulunmasına yönelik olarak öngörülen koşulun, globalleşen dünyada ve milletlerarası ticaretin ulaştığı boyut karşısında uygun olmayacağı sebebiyle Tüzük m. 5’te farklı bir tercihte bulunduğu hakkında bkz. Illmer, **Product Liability**, s. 298-299; Graziano, **Product Liability**, s. 485.

vurgulanmaktadır¹¹⁵³.

Ayrıca yine İsviçre ve Türk hukukundan farklı olarak, yalnızca üründen değil; “*aynı türden üründen*” de bahsedilmiştir. Tüzük ve La Haye Sözleşmesi kapsamında aynı türden ürünün, sorumlu olduğu ileri sürülen kişi tarafından pazarlanan veya üretilen ürünler ile sınırlı olduğu açıklanmaktadır¹¹⁵⁴. Buna göre bir başka kişi tarafından o ülkede aynı türden benzer ürünler pazarlanıyor olsa bile sorumlu olduğu ileri sürülen kişi, öngörülebilirlik kuralından yararlanabilecektir.

Aynı türden ürün ile neyin kastedildiği hakkında ise doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüş¹¹⁵⁵, benzer ürünlerin amacı, fiyatı, hedef kitlesi ve imalatı için kullanılan teknoloji çerçevesinde bir değerlendirme yapılmasını önermektedir. Buna göre iki ürünün ambalajı veya ürün üzerindeki basit farklılıkların, onların benzer ürün olarak değerlendirilmesini etkilemeyeceğini; imalatçı ya da ürünü piyasaya süren diğer kişilerin kontrolü dışında ürün üzerinde değişiklik yapılması halinde ise benzer ürünlerin söz konusu olmayacağını belirtilmektedir¹¹⁵⁶.

Farklı bir görüş¹¹⁵⁷ ise burada ayırt edici kriterin, somut olayın özellikleri çerçevesinde ürünlerin güvenlik özellikleri olduğunu belirtmektedir. Böylelikle bir ürünün tasarımı veya dış görünüşü değiştirilip, ek veya değişik malzemeler kullanılmış ya da ambalajı ve ismi değiştirilmiş olsa dahi o ürünün güvenlik özellikleri değişmediği sürece aynı türden ürün olarak kabul edileceğini ifade etmektedir¹¹⁵⁸. İmalatçının sorumluluğunda üründeki güvenlik eksikliği belirleyici unsur olduğundan; ikinci görüşün somut olayın özellikleri çerçevesinde ürünün güvenlik özelliklerini esas aldığı yorumu daha isabetli bulmaktayız.

Roma II Tüzüğü kapsamında zarar verenin ürünün dağıtım ve pazarlanmasına

¹¹⁵³ Graziano, **Rome II**, s. 483.

¹¹⁵⁴ Dickinson, **a.g.e.**, s. 380-381; Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 444; Clarkson/Hill, **a.g.e.**, s. 273; ayrıca bkz. Roma II Tüzüğü Açıklayıcı Rapor, s. 14.

Bunun, Tüzüğe ilişkin hazırlık çalışmaları ile Tüzüğün temel amaçlarından biri olan öngörülebilirliğin sağlanmasından anlaşıldığı; ayrıca bir kişinin, hakimiyet alanı dışında meydana gelen hatalardan sorumlu tutulmamasının temel bir prensip olduğu hakkında bkz. Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 444.

¹¹⁵⁵ Dickinson, **a.g.e.**, s. 381. Daha genel bir ifadeyle aynı türden ürün kavramı ile özellikleri itibarıyla zarara yol açan ürüne benzeyen ürünlerin kastedildiği hakkında bkz. Tanrıbilir, **Roma II**, s. 133.

¹¹⁵⁶ Dickinson, **a.g.e.**, s. 373.

¹¹⁵⁷ Illmer, **Art. 5 Rome II**, s. 134; Illmer, **Product Liability**, s. 293, 295-296; Huber/Illmer, **a.g.e.**, s. 43-44; Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 444.

¹¹⁵⁸ Illmer, **Art. 5 Rome II**, s. 134-135; Huber/Illmer, **a.g.e.**, s. 43-44; Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 444.

yönelik kısıtlamalar öngörmüş olması¹¹⁵⁹ veya ürünün ambalajı ya da etiketinde o ürünün belirli bir ülkede dağıtımın yapıldığının özel olarak belirtilmiş olması¹¹⁶⁰ durumunda öngörülebilirlik şartının gerçekleştiği kabul edilmektedir. Ayrıca Tüzük'te zarar verenin ürünün o ülkede pazarlandığını “*makul*” olarak öngörebilmesinden bahsedildiğinden, bu hallerde öngörülen koşul gerçekleşmiş olacaktır¹¹⁶¹.

Ancak ürünlerin serbest dolaşımının mümkün olduğu AB, NAFTA veya EFTA ülkeleri açısından sorumlu olduğu ileri sürülen kişinin, ürünün birden çok ülkede pazarlandığını öngörebileceği belirtilerek, bu halde ispat yükünün yerine getirilmesinin daha güç olacağı ve ilave önlemlerin alınmış olmasının aranabileceği ileri sürülmektedir¹¹⁶².

Zarar veren ispat yükünü yerine getirdiği takdirde La haye Sözleşmesi ve Tüzük'te zarar verenin hukukuna bağlanılmaktadır. Buna göre Sözleşme m. 6 uyarınca zarar verenin esas işyeri hukukunun¹¹⁶³; Tüzük m. 5, f. 1, son cümlesi uyarınca zarar verenin mutad mesken hukukunun uygulanacağı kabul edilmiştir.

Bununla birlikte Tüzük kapsamında bir görüş¹¹⁶⁴, Tüzük m. 5, f. 1, a-b-c bentlerinden birinin gösterdiği hukukun uygulanması öngörülebilirlik savunması ile engellendiğinde, bir sonraki kademeye geçilmesinin hükmün amacına daha uygun olduğunu belirtmektedir. Bu görüşe göre, ancak zararın meydana geldiği yer hukukunun uygulanması bu şekilde engellendiğinde son çare olarak, zarar verenin mutad mesken hukukunun uygulanacağını ileri sürmektedir.

4) Daha Sıkı İlişkili Hukuk Kuralı

Çalışma kapsamında incelenen düzenlemeler arasında imalatçının sorumluluğunda daha sıkı ilişkili hukuk kuralının kabul edildiği tek düzenleme, Roma II Tüzüğü'dür.

¹¹⁵⁹ Illmer, **Product Liability**, s. 291, 299; Illmer, **Art. 5 Rome II**, s. 137-138.

¹¹⁶⁰ Illmer, **Art. 5 Rome II**, s. 137-138; Illmer, **Product Liability**, s. 299; Tanrıbilir, **Roma II**, s. 133.

¹¹⁶¹ Illmer, **Product Liability**, s. 299-300; Illmer, **Art. 5 Rome II**, s. 138.

¹¹⁶² Illmer, **Product Liability**, s. 300; Illmer, **Art. 5 Rome II**, s. 138.

¹¹⁶³ Reese, **Explanatory Report**, s. 263-264; Fawcett, **a.g.e.**, s. 144; Plender/Wilderspin, **a.g.e.**, s. 565; Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 449; Özel, **İmalatçının Sorumluluğu**, s. 918; Tarman, **Devletler Özel İmalatçı**, s. 33-34; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğu**, s. 100; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğuna İlişkin Kurallar**, s. 288.

¹¹⁶⁴ Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 443-444.

Tüzük m. 5, f. 2’de öngörülen ve temelini yakınlık ilkesinde (*proximité*) bulan¹¹⁶⁵ bu kural uyarınca, “*somut olaydaki tüm hal ve şartlar uyarınca hükmün 1. fıkrasında sayılan ülke hukukları dışında bir hukukun zarara yol açan olayla açıkça daha sıkı ilişkili olması halinde bu hukuk uygulanır*”.

Hükümde daha sıkı ilişkili hukuk hakkında bir karineye de yer verilmiştir. Buna göre, “*daha sıkı ilişkili hukuk, uyuşmazlık konusu haksız fiil ile sıkı ilişki kuran, haksız fiilin gerçekleşmesinden önce taraflar arasında mevcut olan sözleşme gibi bir hukuki ilişki olabilir*”.

Böylelikle Tüzük’teki genel haksız fiil kuralı olan 4. maddenin 3. fıkrasındaki istisna kuralı ile benzer bir düzenlemeye imalatçının sorumluluğunda da yer verilmiştir¹¹⁶⁶. Tüzük m. 5, f. 1 uyarınca belirlenen hukuk, daha sıkı ilişkili hukukun bulunması halinde bertaraf edilmiş olacaktır¹¹⁶⁷.

Ancak, daha sıkı ilişkili hukuk kuralı istisnai niteliktedir. Zira, aksi takdirde öngörülebilirlik ortadan kalkacak ve objektif bağlama kuralında öngörülen kriterlerin hiçbir değeri kalmayacaktır¹¹⁶⁸. Nitekim Tüzük m. 5, f. 2’nin lafzında yer alan “*somut olaydaki tüm hal ve şartlar*” ile “*açıkça (tereddüde yer vermeyecek şekilde)*” ifadeleri, daha sıkı ilişkili hukuk kuralının istisnai olduğunu ve uygulama alanının sınırlı olduğunu vurgulamaktadır¹¹⁶⁹.

Tüzük çerçevesinde daha sıkı ilişkili hukuk kuralının uygulama alanı bulacağı iki farklı ihtimalden söz edilmektedir¹¹⁷⁰. Bunlardan ilki, hükmün ikinci cümlesinde açıkça belirtilen, taraflar arasında mevcut olan, sözleşme gibi bir ilişkinin

¹¹⁶⁵ Brière, **a.g.e.**, s. 52-53; istisna kuralı açısından genel olarak bu yönde bkz. Gaudemet-Tallon, **a.g.e.**, s. 328.

¹¹⁶⁶ Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s. 808; Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 446; von Hein, **Article 4**, s. 419; Schwartz, **a.g.e.**, par. 3.3.

¹¹⁶⁷ Plender/Wilderspin, **a.g.e.**, s. 569; Dickinson, **a.g.e.**, s. 345; Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s. 808; Symeonides, **Rome II**, s. 207; Symeonides, **Centrist Critique**, s. 168; Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 433; Stone, **EU PIL**, s. 400; Illmer, **Product Liability**, s. 301; Illmer/Huber, **a.g.e.**, s. 45; Othenin-Girard, **Rome II**, s. 85; Othenin-Girard, **Rome II et LDIP**, s. 388; Symeonides, **Centrist Critique**, s. 168; Clarkson/Hill, **a.g.e.**, s. 273; Stone, **Product Liability**, s. 196;.

Ancak yukarıda belirtildiği gibi, zarar gören ve zarar verenin müşterek mutad mesken hukukunun Tüzük m. 5, f. 2 uyarınca bertaraf edilemeyeceği yönünde doktrinde azınlıkta kalan farklı görüş için bkz. Illmer, **Art. 5 Rome II**, s. 127.

¹¹⁶⁸ Brière, **a.g.e.**, s. 53.

¹¹⁶⁹ Brière, **a.g.e.**, s. 52-53; Schwartz, **a.g.e.**, par. 3.3. Ayrıca aynı düzenlemeyi içeren genel haksız fiil kuralı Tüzük m. 4, f. 3 açısından bu yönde bkz. Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s. 799.

¹¹⁷⁰ Stone, **EU PIL**, s. 400; Stone, **Product Liability**, s. 196-197; Tanrıbilir, **Roma II**, s. 133.

varlığıdır¹¹⁷¹. İmalatçının sorumluluğunda zarar gören ile imalatçı arasında sözleşmesel bir ilişkinin bulunması ile oldukça nadir olarak karşılaşılabacaktır. Ancak zarar görenin, ithalatçı veya sürüm zincirinde yer alan kişilerin sorumluluğuna başvurması halinde, taraflar arasında sözleşmesel bir ilişki söz konusu olacaktır¹¹⁷². Buna göre Tüzük m. 5, f. 2 uyarınca somut olayın tüm unsurları gözönüne alındığında, taraflar arasındaki sözleşmeyi idare eden hukukun hiçbir tereddüde yer vermeyecek şekilde uyumsuzlıkla daha sıkı ilişkiyi sağlaması halinde, bu hukuk (*lex contractus*) uygulanacaktır¹¹⁷³. Mevcut sözleşme ilişkisi ile imalatçının sorumluluğundan kaynaklanan uyumsuzluk arasında sıkı bir ilişkinin bulunduğunu takdir hakkı, hakime aittir¹¹⁷⁴.

Daha sıkı ilişkili hukuk kuralının uygulanabileceği ikinci hal ise hatalı ürün sebebiyle o ürünü iktisap etmemiş üçüncü kişilerin zarar gördüğü uyumsuzluklardır¹¹⁷⁵. Zarar görmüş üçüncü kişiler açısından Tüzük m. 5, f. 2 aracılığıyla ürün o ülkede pazarlanmış olmasa da zararın meydana geldiği yer hukukunun uygulanabileceği belirtilmektedir¹¹⁷⁶.

V) Ara Sonuç: MÖHUK m. 36 Hükmündeki Bağlama Noktaları ile Hükmün Yapısının Değerlendirilmesi

MÖHUK çerçevesinde, imalatçının sorumluluğuna özgü bir bağlama

¹¹⁷¹ Brière, *a.g.e.*, s. 53-54; Stone, *EU PIL*, s. 400; Clarkson/Hill, *a.g.e.*, s. 273-274; Illmer, *Art. 5 Rome II*, s. 139; Huber/Illmer, *a.g.e.*, s. 45-46; Illmer, *Product Liability*, s. 301; Graziano, *Rome II*, s. 480; Stone, *Product Liability*, s. 196; Tanrıbilir, *Roma II*, s. 133; Tarman, *Roma II*, s. 206; ayrıca bkz. bu yönde Hamburg Grubu Rapor, s. 18.

¹¹⁷² Schwartze, *a.g.e.*, par. 3.3.

¹¹⁷³ Stone, *EU PIL*, s. 400; Stone, *Product Liability*, s. 196; Illmer, *Product Liability*, s. 301-302; Illmer, *Art. 5 Rome II*, s. 139; Huber/Illmer, *a.g.e.*, s. 45-46; Clarkson/Hill, *a.g.e.*, s. 273-274; Graziano, *Rome II*, s. 480. Ayrıca Tüzük m. 4, f. 3'teki istisna kuralı açısından bu yönde bkz. Cheshire/North/Fawcett, *a.g.e.*, s. 802; Roma II Tüzüğü Açıklayıcı Rapor, s. 8.

Bununla birlikte taraflar arasında sözleşmesel bir ilişkinin mevcut olduğu her durumda doğrudan sözleşmeye uygulanan hukukun yetkili olmayacağı belirtilmektedir. Bu açıdan tarafların, aralarındaki sözleşmeye uygulanmak üzere hukuk seçiminde bulunmadıkları ve sözleşmeye uygulanacak hukukun objektif bağlama kuralı uyarınca belirlendiği durumlarda sözleşme statüsünün, haksız fiil ile sıkı ilişkiyi kurmakta zayıf kalabileceği ifade edilmektedir (Othenin-Girard, *Rome II*, s. 80).

Öte yandan garanti taahhüdünün, Tüzük m. 5, f. 2 kapsamında daha sıkı ilişkiyi kurmayacağı görüşünde bkz. Illmer, *Art. 5 Rome II*, s. 139.

¹¹⁷⁴ Cheshire/North/Fawcett, *a.g.e.*, s. 803; Roma II Tüzüğü Açıklayıcı Rapor, s. 12.

¹¹⁷⁵ Dickinson, *a.g.e.*, s. 383; Huber/Illmer, *a.g.e.*, s. 46; Illmer, *Product Liability*, s. 287; Illmer, *Art. 5 Rome II*, s. 139; Schmid/Pinkel, *a.g.e.*, s. 445; Stone, *Rome II*, s. 122; Graziano, *Rome II*, s. 483; Tanrıbilir, *Roma II*, s. 133.

¹¹⁷⁶ Illmer, *Product Liability*, s. 291; Illmer, *Art. 5 Rome II*, s. 139; Huber/Illmer, *a.g.e.*, s. 46; Graziano, *Rome II*, s. 483.

kuralının kabulünün yerinde olduğu düşüncesindeyiz. Bununla birlikte MÖHUK m. 36'daki kuralda öngörülen bağlama noktalarının, ulaşılmak istenen amaçlara hizmet edip etmediğinin değerlendirilmesi gerekmektedir.

Herşeyden önce MÖHUK m. 36'da, zarar görenin mutad mesken kriterine yer verilmemiştir. Zarar gören, sıkı ilişki içinde bulunduğu, tüketici hakları konusunda asgari bilgiye sahip olduğu, olası bir uyuşmazlık halinde daha kolay ve masrafsız hukuki destek alabileceği mutad mesken hukukunu seçme imkanına sahip değildir.

Zarar görenin mutad mesken hukukunun içeriği bilinmeden onu koruyup korumadığının bilinemeyeceği; MÖHUK m. 36'da öngörülen imalatçının işyeri kriterinin, daha yüksek standartta sorumluluk öngörebileceği eleştirisi burada ileri sürülebilir¹¹⁷⁷. Ancak imalatçının sorumluluğundaki bağlama noktalarının, zarar görenin en lehine maddi hukuk çözümünü sağladıkları için öngörülmediği ifade edilmektedir¹¹⁷⁸. MÖHUK m. 36'da zarar görene tanınan seçim hakkı da içeriğine bakılmaksızın önceden belirlenen hukuklar arasında gerçekleştirilmektedir¹¹⁷⁹. Dolayısıyla zarar görenin mutad mesken hukuku, maddi içeriğinden ziyade, onunla sıkı ilişkili bir hukuk olması sebebiyle tercih edilmektedir¹¹⁸⁰.

Zarar görenin, MÖHUK m. 36'daki iktisap yeri hukukunu seçerek, dolaylı olarak kendi mutad mesken hukukunun uygulanmasını sağlayabileceği ifade edilmektedir¹¹⁸¹. Bu sonuç, zarar görenin, ürünü çoğu kez kendi mutad meskeninde iktisap edeceği varsayımına dayanmaktadır¹¹⁸². Ancak bu sonuç, her durumda geçerli

¹¹⁷⁷ Zarar görenin mutad mesken hukukuna getirilen bu yöndeki eleştiriler için bkz. Kühne, *a.g.e.*, s. 28; Özel, *İmalatçının Sorumluluğu*, s. 918; Symeonides, *Rome II*, s. 206; Nishitani, *a.g.e.*, s. 653-654; Weintraub, *Mass Tort Litigation*, s. 138.

¹¹⁷⁸ İsv. MÖHK m. 135 açısından bu yönde bkz. Kozyris, *a.g.e.*, s. 494; İmalatçının Sorumluluğu Hakkında La Haye Sözleşmesi ve Roma II Tüzüğü m. 5 açısından bu yönde bkz. Kozyris, *Rome II*, s. 493; Stone, *EU PIL*, s. 396; Stone, *Product Liability*, s. 190; Symeonides, *Centrist Critique*, s. 169.

¹¹⁷⁹ Weintraub, *a.g.e.*, s. 232-233; Weintraub, *Mass Tort Litigation*, s. 147; Kozyris, *Rome II*, s. 493; Özel, *İmalatçının Sorumluluğu*, s. 922; Özel, *Uygulanacak Hukuk*, s. 223.

¹¹⁸⁰ Bourel, *a.g.e.*, s. 296; Graziano, *Rome II*, s. 482; Kühne, *a.g.e.*, s. 22, 30. Ayrıca 2003 tarihli Roma II Tüzük Teklifi açısından zarar görenin, zarar verenin hukuku ile korunamayacağı yönünde bkz. Öztekin Gelgel, *a.g.e.*, s. 122.

¹¹⁸¹ Benzer yönde bkz. Nomer, *a.g.e.*, s. 354-355; Tanrıbilir, *Ürün Sorumluluğuna İlişkin Kurallar*, s. 282; Tarman, *Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi*, s. 22; Fawcett, *a.g.e.*, s. 164.

¹¹⁸² Kühne, *a.g.e.*, s. 12; Tebbens, *a.g.e.*, s. 371; Bureau/Watt, *a.g.e.*, s. 422; Kozyris, *a.g.e.*, s. 501-502, 504; Cavers, *a.g.e.*, s. 730; Dickinson, *a.g.e.*, s. 372; Saravalle, *a.g.e.*, s. 124; Graziano, *Product Liability*, s. 481; Graziano, *Responsabilité délictuelle*, s. 70-71; Graziano, *Rome II*, s. 482; Imhoff-Scheier/Patocchi, *a.g.e.*, s. 59; Nomer, *a.g.e.*, s. 354; Öztekin Gelgel, *a.g.e.*, s. 121; Tarman, *Devletler Özel İmalatçı*, s. 43-44; Tarman, *Akit Dışı Tarman, Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi*, s. 22.

olmayacaktır¹¹⁸³. Zarar gören üçüncü kişiler ve bir seyahat sırasında edinilen ürünler gibi iktisap yerinin tesadüfi olduğu durumlar açısından iktisap yeri ile zarar görenin mutad meskeni örtüşmeyecektir. Bu gibi durumlarda zarar gören, iktisap yeri kriteri aracılığıyla kendisine en yakın hukuk olan mutad mesken hukukunun uygulanmasını sağlayamayacaktır. Ayrıca MÖHUK m. 36'da zarar verenin, ürünün o ülkede rızası dışında pazarlandığını ispatlayarak, iktisap yeri hukukunun uygulanmasını engellediği takdirde iktisap yeri ile zarar görenin mutad meskeni örtüşse bile, bu hukukun uygulanması mümkün olmayacaktır.

MÖHUK m. 36'da imalat yeri kriteri yerine zarar verenin işyeri kriterinin öngörülmüş olması olumlu bir tercihtir. Böylelikle imalatçı, kendisi için daha düşük sorumluluk öngören bir ülkede imalatını gerçekleştiriyor ve daha düşük sorumluluk öngören bir ülkeye ürünlerini pazarlıyor olsa bile işyerinin bulunduğu ülkenin sorumluluk standartlarından kaçamayacaktır¹¹⁸⁴. Bunun da hükmün temel amacı olan zarar görenin menfaatinin korunmasına uygun olduğunu; ayrıca, zarar verene yakın bir hukuk olarak onun açısından da öngörülebilirliği sağladığını söyleyebiliriz. Bu açıdan zarar verenin işyeri kriteri, taraf menfaatleri arasında denge sağlanması amacına hizmet etmektedir.

MÖHUK m. 36'da zararın meydana geldiği yer kriteri öngörülmemiştir. İmalatçının sorumluluğunda zarar yerini tesadüflerin belirlemesi sebebiyle zarar yeri kriterine ilk sırada yer verilmemesi tercih edilir¹¹⁸⁵. Bununla birlikte zarar gören üçüncü kişiler açısından bu kriter önem taşımaktadır¹¹⁸⁶. Özellikle iktisap yeri ile üçüncü kişiler arasında yakın bir ilişki bulunmadığından, bu kişilerin menfaatlerinin korunması için, zararın meydana geldiği yer hukukuna bağlanması uygundur. Bu durum karşısında yukarıda, MÖHUK m. 34, f. 2 uyarınca zarar gören üçüncü kişilere, zararın meydana geldiği yer hukukunu seçme imkanı tanınmasının uygun

¹¹⁸³ Fawcett, **a.g.e.**, s. 164; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğuna İlişkin Kurallar**, s. 282; Tanrıbilir, **Roma II**, s. 136.

¹¹⁸⁴ Fawcett, **a.g.e.**, s. 163; Özel, **Uygulanacak Hukuk**, s. 223; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 300-301, par. 316; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğu**, s. 175; Tarman, **Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi**, s. 20.

¹¹⁸⁵ Bu yönde bkz. Bureau/Watt, **a.g.e.**, s. 422; Brière, **a.g.e.**, s. 46; Graziano, **Rome II**, s. 483; Tarman, **Roma II**, s. 204, 205.

¹¹⁸⁶ Tebbens, **a.g.e.**, s. 381; Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 74; Graziano, **Product Liability**, s. 482; Illmer, **Product Liability**, s. 291; Tarman, **Roma II**, s. 205; Tarman, **Devletler Özel İmalatçı**, s. 44.

olacağı açıklanmıştı¹¹⁸⁷.

Ancak farklı görüş ve uygulamalara yol açabilecek yöntemler yerine MÖHUK m. 36'da zararın meydana geldiği yer hukukunun da zarar görenin seçimine sunulmasının uygun olacağını düşünmekteyiz. Bu itibarla hükmün, “(...) zarar görenin seçimine göre, zarar verenin mutad meskeni veya işyeri hukuku, imal edilen şeyin iktisap edildiği ülke hukuku ya da zararın meydana geldiği ülke hukuku uygulanır. İktisap yeri hukuku ile zararın meydana geldiği yer hukukunun uygulanabilmesi için zarar verenin, mamülün o ülkeye rızası dışında sokulduğunu ispat edememiş olması gerekir” şeklinde yeniden ele alınması da düşünülebilir.

MÖHUK m. 36'ya mehzaz teşkil eden İsv. MÖHK m. 135 hakkında doktrinde zarar görene seçim hakkı tanınarak onun lehine bir hüküm öngörülmüş gibi gözükse de hükümdeki bağlama noktalarının zarar verene göre hazırlandığı ifade edilmiştir¹¹⁸⁸. Zarar görenin mutad meskeni ile zararın meydana geldiği yer kriterleri yerine zarar verenin işyeri kriterinin öngörülmüş olması ve iktisap yeri hukukunun uygulanmasının şarta bağlanmasının, bu sonuca yol açtığı belirtilmektedir¹¹⁸⁹.

Doktrinde ifade edilen bu sonuç, MÖHUK m. 36 açısından da geçerlidir. Ancak bunun, olumsuz bir eleştiri olarak yorumlanmaması da mümkündür. Zira kanımızca bu sonuç, hükümde yalnızca zarar görenin menfaatinin korunmasının amaçlanmadığını ortaya koymaktadır. Bu açıdan MÖHUK m. 36 düzenlemesinin amacı, zarar gören ile zarar verenin menfaatleri arasında bir denge kurulmasıdır.

Zarar verenin işyeri kriterinin tercih edilmesinin ikinci sonucu, ekonomik menfaatlerin korunmasının amaçlanmasıdır¹¹⁹⁰. Nitekim İsv. MÖHK m. 135, f. 1'de zarar görenin mutad mesken kriterinin öngörülmemesinin, İsviçre endüstrisinin korunmasından kaynaklandığı belirtilmektedir¹¹⁹¹. Bu açıdan bakıldığında MÖHUK m. 36'da yalnızca taraf menfaatlerinin değil; piyasanın menfaatlerinin de

¹¹⁸⁷ Bu konuda bkz. yuk. “Zarar Gören Üçüncü Kişinin İktisap Yeri Hukukunu Seçme İmkânı” başlıklı bölüm (İkinci Bölüm, IV, 3, b, çç). Ayrıca bu yönde bkz. Nomer, **a.g.e.**, s. 354; Bucher/Bonomi, **a.g.e.**, par. 1098.

¹¹⁸⁸ Fawcett, **a.g.e.**, s. 166, 167-168; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğu**, s. 176.

¹¹⁸⁹ Fawcett, **a.g.e.**, s. 166, 167-168; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğu**, s. 176.

¹¹⁹⁰ İmalatçının sorumluluğunda zarar görenin mutad mesken kriterinin, ekonomik menfaatlerin korunmasına hizmet etmediği yönünde bkz. Watt, **a.g.e.**, s. 256 vd.; Pryles, **a.g.e.**, s. 295; Nishitani, **a.g.e.**, s. 653-654; Fallon, **a.g.e.**, s. 399.

¹¹⁹¹ Pryles, **a.g.e.**, s. 295; Fallon, **a.g.e.**, s. 399.

korunmasının amaçlandığı söylenebilir.

Bununla birlikte zarar görenin mutad mesken kriterinin, ithal ürünlerin bulunduğu ülkelere yönelik olduğu; zarar verenin işyeri kriterinin ise ihracatçı ülkelerin menfaatine hizmet ettiği açıklanmaktadır¹¹⁹². Türkiye'nin ihracatçı bir ülke olmadığı, Türkiye pazarında ithal ürünlerin daha çok bulunduğu bir gerçektir¹¹⁹³. Bu bakımdan dengeli bir dış ticarete sahip olduğu belirtilen¹¹⁹⁴ İsviçre'nin öngördüğü bağlama noktalarının, MÖHUK m. 36'da aynen benimsenmiş olmasının, Türkiye'nin ekonomik menfaatlerine ne ölçüde hizmet ettiği sorgulanabilir.

Ancak MÖHUK m. 36'daki bu yöndeki tercihin, Türkiye'de bulunan imalatçıların menfaatinin korunması amacıyla yapıldığı kanısındayız. Bu sayede Türk imalatçılarına karşı Türk mahkemeleri önünde ileri sürülen taleplerde, zarar verenin işyeri hukuku olarak Türk hukukunun uygulanması sağlanabilecektir. Böylelikle Türkiye'de bulunan imalatçıların, daha yüksek standartta sorumluluk öngören bir hukuka tabi olması önlenecektir. Bunun da hem imalatçılar hem de ülke ekonomisi bakımından olumlu sonuçlar doğuracağı açıktır.

Ayrıca bu tercihin, yalnızca zarar verenin lehine olmadığını; ithal ürünlerden zarar gören Türk vatandaşlarının da menfaatine hizmet edeceğini düşünmekteyiz. Çalışmanın ilk bölümünde ortaya konulduğu gibi birçok yabancı hukuk sistemi, Türk hukukuna nazaran zarar göreni daha fazla korumaktadır. İthal ürünler sebebiyle zarar gören Türk vatandaşları, zarar verenin işyeri hukukunu seçerek, kendileri içi daha elverişli maddi hukuk çözümüne ulaşabileceklerdir. Dolayısıyla MÖHUK m. 36'daki zarar verenin işyeri kriteri, zarar gören Türk vatandaşları açısından da ilk bakışta sanıldığı kadar olumsuz sonuçlar doğurmayacaktır.

Doktrinde ayrıca zarar verenin işyeri kriterinin kabulünün, yabancı imalatçı ve yatırımcıları o ülkeye çekmekte rol oynayacağı belirtilmektedir¹¹⁹⁵. MÖHUK m. 36'da zarar verenin işyeri hukukunun tercih edilmesi ile Türkiye'ye yatırım yapmayı

¹¹⁹² Pryles, **a.g.e.**, s. 295; Fallon, **a.g.e.**, s. 399 vd.

¹¹⁹³ Türkiye İstatistik Kurumu tarafından hazırlanan 2014 yılının ağustos ayına kadarki dış ticaret istatistikleri için bkz. <http://www.tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri.do?id=16078> (erişim tarihi: 20.11.2014); Türkiye Cumhuriyeti Ekonomi Bakanlığı'nın internet sitesinde yayımlanan 2013-2014 dış ticaret istatistikleri hakkında ayrıca bkz. <http://www.ekonomi.gov.tr/index.cfm?sayfa=79192159-19DB-2C7D-3D5AE56731D11E50> (erişim tarihi: 20.11.2014).

¹¹⁹⁴ Tanrıbilir, **Roma II**, s. 138.

¹¹⁹⁵ Watt, **a.g.e.**, s. 258-259.

düşünen yabancı imalatçıların teşvik edilmesi de amaçlanmış olabilir. Bunun da Türkiye ekonomisine olumlu katkılar sağlayarak, ekonomik menfaatlere hizmet edeceği açıktır.

Öte yandan, İsviçre ve Türk hukukunda zarar görene tanınan seçim hakkının, imalatçının sorumluluğunun yapısına ve gözetilmesi gereken menfaatlere uygun olmayan, özellikle de öngörülebilirliği zedeleyen, çeşitli sorunlara yol açan bir yöntem olduğu doktrinde genel olarak paylaşılan bir görüştür¹¹⁹⁶. Bu çerçevede Roma II Tüzüğü'ndeki kademeli bağlama kuralının, korunması gereken menfaatleri dikkate alan, daha dengeli bir çözüm olduğu savunulmaktadır¹¹⁹⁷.

Nitekim, 5718 sayılı MÖHUK Tasarı halindeyken zarar görene seçim hakkı tanınması yerine, iki bağlama noktasının aynı ülkede olması halinde o ülke hukukunun uygulanacağını öngören bir bağlama kuralı düzenlenmesinin daha yerinde olacağı ifade edilmiştir¹¹⁹⁸.

MÖHUK yürürlüğe girdikten sonra ise hükümdeki mevcut sistem yerine, Roma II Tüzüğü'ndeki gibi kademeli bir bağlama kuralının, daha elverişli bir çözüm sunacağı ileri sürülmüştür¹¹⁹⁹. Bu görüş, MÖHUK m. 36'da La Haye Sözleşmesi ile Roma II Tüzüğü'ne kıyasla basit bir kuralın düzenlendiğini kabul etmekle birlikte, davacıya uygulanacak hukuku araştırma ve seçme yükümlülüğü öngörmesinin, hükmü uygulanma kabiliyetinden büyük ölçüde yoksun kıldığını belirtmektedir¹²⁰⁰. Toplumdaki yaygın tavır ve davranışlar açısından da MÖHUK m. 36'nın çok uygun olmadığını ifade etmektedir¹²⁰¹. Böylelikle MÖHUK m. 36'da kademeli bağlama kuralının düzenlenmesini ve genel hükümle bağlantısının kurulması gerektiğini ortaya koymaktadır¹²⁰².

¹¹⁹⁶ Fawcett, **a.g.e.**, s. 168; Kühne, **a.g.e.**, s. 31-32; Lorenz, **a.g.e.**, s. 337-338, 340; Kozyris, **Rome II**, s. 487; Graziano, **Product Liability**, s. 480; Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 73; Schwartz, **a.g.e.**, par. 5; Tanrıbilir, **Roma II**, s. 135-137; Tarman, **Devletler Özel İmalatçı**, s. 43; Çalışkan, **a.g.e.**, s. 309.

¹¹⁹⁷ Stone, **EU PIL**, s. 391; Graziano, **Rome II**, s. 479; Brière, **Rome II**, s. 46; Clarkson/Hill, **a.g.e.**, s. 272; Illmer, **Art. 5 Rome II**, s. 121; Kozyris, **Rome II**, s. 486; Plender/Wilderspin, **a.g.e.**, s. 549; Schwartz, **a.g.e.**, par. 5.

¹¹⁹⁸ Tarman, **Devletler Özel İmalatçı**, s. 44-45.

¹¹⁹⁹ Tanrıbilir, **Roma II**, s. 135-138; Çalışkan, **a.g.e.**, s. 308-309.

¹²⁰⁰ Tanrıbilir, **Roma II**, s. 136-137. Bu görüşe atfen, hükmün uygulamada sorunlara sebep olacağı hakkında bkz. Çalışkan, **a.g.e.**, s. 308-309.

¹²⁰¹ Tanrıbilir, **Roma II**, s. 137.

¹²⁰² Tanrıbilir, **Roma II**, s. 138.

İmalatçının sorumluluğunda uygun ve tatmin edici çözüm sağlayan bir bağlama kuralının oluşturulmasının zorluğu, doktrinde sıklıkla ifade edilmiştir¹²⁰³. Sorumluluğun karmaşık yapısı ve birden fazla ülkeyle ilişkisi, korunması gereken farklı düzeydeki menfaatler ile birlikte ülkelerin ekonomik ve sosyal politikaları sebebiyle hukuk sistemlerinde konuya ilişkin farklı tercihler söz konusudur¹²⁰⁴.

¹²⁰³ Fawcett, **a.g.e.**, s. 136; Kozyris, **a.g.e.**, s. 479-480; Graziano, **Product Liability**, s. 476-477; Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 62-63; Graziano, **Rome II**, s. 479; Pryles, **a.g.e.**, s. 120; Watt, **a.g.e.**, s. 260; Dutson, **a.g.e.**, s. 129; Nomer, **a.g.e.**, s. 354; Tanrıbilir, **Roma II**, s. 138; Tarman, **Devletler Özel İmalatçı**, s. 27.

¹²⁰⁴ Fawcett, **a.g.e.**, s. 9; Kozyris, **a.g.e.**, s. 496; Weintraub, **Interest Analysis**, s. 503; Graziano, **Product Liability**, s. 476; Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 62-63; Pryles, **a.g.e.**, s. 120; Dutson, **a.g.e.**, s. 129; Plender/Wilderspin, **a.g.e.**, s. 544; Tanrıbilir, **Roma II**, s. 138; Tarman, **Devletler Özel İmalatçı**, s. 27.

Bu noktada çalışma kapsamında incelenen bağlama kuralları dışında farklı kural önerilerinin doktrinde ileri sürülmüş olduğunu belirtmek isteriz. Bu öneriler, imalatçının sorumluluğu alanında hukuk sistemlerinde benimsenmiş bağlama kurallarının geliştirilmesinde rol oynamışlardır. Bu özellikleri sebebiyle, doktrindeki önerilere burada yer verilmesi uygun bulunmuştur.

Buna göre, CAVERS tarafından geliştirilen ve “*tercih prensibi*” olarak adlandırılan kural önerisi şu şekildedir: “(a) Hatalı bir ürünün imalatçısından, vücut bütünlüğünün veya mallarının gördüğü zararın tazmini talebinde bulunan kişi, hatalı ürünün imal edildiği (veya hatalı tasarımın onaylandığı) yer hukukunun sağladığı korumaya tabidir. (b) Ancak bu hukuk, (i) ürünün iktisap edildiği veya zararın meydana geldiği yer olan zarar görenin mutad mesken hukukundan daha düşük bir koruma sağlıyorsa; veya (ii) ürünün iktisap edildiği ve zararın meydana geldiği yer hukukundan daha düşük bir koruma sağlıyorsa, bu takdirde zarar gören tazminat talebini, bu iki hukuktan birine dayandırabilir. (c) Ürünün, önceki fıkra da sayılan yerlerde bulunduğu imalatçı tarafından makul olarak öngörülemeyeceği ispatlandığı takdirde zarar gören, yukarıdaki fıkra da sayılan hukuklardan birinin uygulanmasını isteyemez”. Bu kural hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Cavers, **a.g.e.**, s. 728-729; Fawcett, **a.g.e.**, s. 174-175; Özel, **İmalatçının Sorumluluğu**, s. 923-925; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğu**, s. 143-145.

WEINTRAUB tarafından, menfaat analizine dayanan kural önerisine göre, “(I) Davacının, uğradığı zarar için tazminata hak kazanıp kazanamayacağı ve bu hakkın kapsamı, (A) Zarara yol açan ürünün veya aynı türden ürünlerin, ticari kanallar vasıtasıyla pazarda mevcut olması ve imalatçının, ürünlerin orada bulunduğunu öngörebilmesi koşuluyla, zarar görenin mutad mesken hukukuna tabidir. (B) Yukarıdaki fıkra da belirtilen koşullar uyarınca zarar görenin mutad mesken hukukunun uygulanamaması halinde davalı yine de bu hukukun uygulanmasını seçebilir. (C) Her iki fıkra uyarınca zarar görenin mutad mesken hukukunun uygulanamaması halinde zarar görenin seçimine göre, (1) imalatçının işyeri hukuku; (2) imalatçının, ürünün ticari kanallar vasıtasıyla o yerde pazarlandığını öngörebilmesi halinde, zarara yol açan ürünün iktisap edildiği veya zararın meydana geldiği yer hukuku; (3) ürünün veya ara parçalarının imal edildiği ya da tasarlandığı yer hukuku uygulanır. (D) Zarar görenin, yukarıdaki fıkra da sayılan hukuklardan birini seçmediği hallerde imalatçı, I (C)’de gösterilen hukuklardan birinin uygulanmasını seçebilir. (II) Cezalandırıcı tazminatın uygulanması ve sınırları, (A) Zarar görenin, I (C) kapsamında uygulanmasını seçtiği hukuka tabidir. (B) Zarar görenin hukuk seçiminde bulunmadığı hallerde imalatçının, I (C) hükmünde sayılan hukuklar arasında seçtiği hukuka tabidir. (III) I ve II numaralı kurallara istisnalar: (A) Yukarıdaki I ve II)’deki hükümler uyarınca belirlenen hukukun uygulanması, somut olayın şartları uyarınca taraflar ve uyumsuzlukla ilişkili olan başka bir devletin temel menfaatlerinin gerçekleştirilmesine hizmet ettiği takdirde, bu devlet hukukunun uygulanmasına engel olmaz. (B) Mevcut zarar için zarar görenin tazminata hak kazanıp kazanamayacağı ve tazminatın kapsamının belirlenmesinde zarar görenin, bu mutad mesken hukuku yerine I (C)’de sayılan hukuklardan birini seçebilir. Bunun için zarar görenin, bu hukuku mutad mesken hukukuna tercih etmesi veya imalatçının davranışının, cezalandırma ve caydırma gerektirecek ağırlıkta olması gerekir”. Söz konusu öneri ve değerlendirilmesi hakkında bkz. Weintraub, **Interest Analysis**, s. 507-508; Weintraub, **Choice-of-Law Standard**, s. 238; Weintraub, **Mass Tort Litigation**, s. 148; Fawcett, **a.g.e.**, s. 177 vd.; Özel, **İmalatçının Sorumluluğu**, s. 928-930; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğu**, s. 147-149.

Ayrıca mevcut bağlama kurallarının, gözetilmesi gereken menfaatler arasında denge kurmaya çalışan bir uzlaşmanın ürünü olduğu; Roma II Tüzüğü de dahil olmak üzere özellikle daha iyi çözüm sunan bir modelin bulunmadığı da doktrinde belirtilmektedir¹²⁰⁵.

Roma II Tüzüğü m. 5 incelenirken yukarıda değinilen problemler ile hükmün uygulanmasına ilişkin doktrindeki farklı görüşler çerçevesinde bunun yerinde bir tespit olduğunu düşünmekteyiz. Bu açıdan bakıldığında, MÖHUK m. 36'nın mevcut hali yerine kademeli bir bağlama kuralının öngörülmesi, imalatçının sorumluluğu alanında karşılaşılabilecek her türlü probleme cevap veren, “sihirli” bir formül sunmayacaktır.

Buradan hareket edildiğinde, MÖHUK m. 36'nın mevcut halinde sorun yaratabilecek çelişki ve boşlukların ortadan kaldırılması da bir seçenek olarak değerlendirilebilir. Buna göre, zarar görenin seçim hakkını kullanma zamanı; zarar

JUENGER tarafından ileri sürülmüş, “*alternatif müracaat kuralı*” olarak adlandırılan öneri uyarınca, “*Milletlerarası nitelikte hatalı bir ürünün meydana getirdiği zararlara ilişkin tazminat talebinde mahkeme, aşağıda sayılan hukukları dikkate alacaktır: (a) Zararın meydana geldiği yer hukuku; (b) Zarara yol açan davranışın gerçekleştiği yer hukuku; (c) Ürünün iktisap edildiği yer hukuku; (d) Tarafların mutad meskeni, merkezi veya işyeri hukuku. Her somut uyumsuzlukta mahkeme, bu hukuklar arasında imalatçının sorumluluğu ile ilgili modern standartlara en uygun olan hukuku uygulayacaktır*”. Söz konusu kural hakkında bkz. Friedrich K. Juenger, “What Now?”, *Ohio St. L. J.*, C. 46, 1985, s. 521; Fawcett, *a.g.e.*, s. 182-184; Özel, *İmalatçının Sorumluluğu*, s. 930-931.

KOZYRIS tarafından geliştirilen öneriye göre, “**(1) Genel Kural:** Cezalandırıcı tazminat da dahil olmak üzere imalatçıya karşı hatalı ürünün yol açtığı vücut bütünlüğünün ihlalinin doğan talepler, ürünün iktisap edene teslim edildiği yer hukukuna tabidir. **(2) İstisnalar:** (a) Ürünün, iktisap edene teslim edildiği yerin, o ürünün kullanılacağı yer olmaması halinde, iktisap eden tarafından teslimden önce bunun imalatçı veya yetkili sağlayıcıya bildirilmiş olması halinde ürünün kullanılacağı yer hukuku uygulanır. (b) Şayet ürün, doğası gereği açıkça birden çok ülkede kullanılmaya yönelikse, ürünün kullanılmasının planlandığı zararın meydana geldiği yer hukuku; veya bunun bulunmaması halinde zararın meydana geldiği anda zarar görenin mutad mesken hukuku uygulanır. (c) Zarar görenin, sorumlu ile doğrudan ya da dolaylı olarak ticari veya başka bir ilişkisinin bulunmaması halinde zarar gören, zararın meydana geldiği anda sorumlunun aynı nitelikteki ürünlerinin o yerde pazarlanması ve zarar görenin mutad meskeni ile de aynı yer olması koşullarına zararın meydana geldiği yer hukukunun uygulanmasını seçebilir”. Bu kural hakkında bkz. Kozyris, *a.g.e.*, s. 506-507; Fawcett, *a.g.e.*, s. 187 vd.; Özel, *İmalatçının Sorumluluğu*, s. 931-933; Tanrıbilir, *Ürün Sorumluluğu*, s. 145-147.

SYMEONIDES tarafından öne sürülen kural ise şu şekildedir, “**(1) Zarar görenin seçimi:** Hatalı ürünün sebep olduğu zarardan doğan sorumluluk ve tazminat hakkı, aşağıda belirtilen iki yer ile bağlantılı olan zarar görenin seçtiği hukuka tabidir: (a) zarar yeri; (b) zarar görenin yerleşim yeri; (c) davalının yerleşim yeri; (d) imalat yeri; (e) ürünün iktisap edildiği yer. Zarar görenin seçimi, davalı tarafından ürünlerin normal yollarla piyasaya sürülmediği hallerde dikkate alınmayacaktır. **(2) Davalının seçimi:** Zarar görenin seçim hakkını kullanmaması halinde davalı, zarar yeri veya zarar görenin yerleşim yeri hukukunun uygulanmasını seçebilir”. Söz konusu kural için bkz. Symeonides, *Proposal for Tort Conflicts*, s. 471, dn. 158; Tanrıbilir, *Ürün Sorumluluğu*, s. 149.

¹²⁰⁵ Illmer, *Product Liability*, s. 280; Symeonides, *Rome II*, s. 209; Lorenz, *a.g.e.*, s. 336, 339; Watt, *a.g.e.*, s. 260; Weintraub, *Interest Analysis*, s. 504; Saravalle, *a.g.e.*, s. 122-123; Graziano, *Product Liability*, s. 479; Graziano, *Responsabilité délictuelle*, s. 69; Dickinson, *a.g.e.*, s. 366; Watt, *a.g.e.*, s. 260; Kozyris, *Rome II*, s. 479.

verenin işyeri açısından hangi andaki hukukun seçilebileceği ve seçim hakkı kullanılmadığı takdirde uygulanacak hukukun nasıl belirleneceğinin hükümde açıklığa kavuşturulması, birçok tartışma ve sorunu engelleyebilecektir.

Bununla birlikte, MÖHUK m. 36'daki zarar görene seçim hakkı tanıyan bir kurala kıyasla kademeli bir bağlama kuralının, imalatçının sorumluluğunda hukuki kesinlik ve öngörülebilirliği sağlamak açısından daha avantajlı bir çözüm sunacağını kabul etmekteyiz. Zarar görenin kendi lehine olan hukuku nasıl belirleyeceği, seçim hakkı kullanılana dek öngörülebilirliğin sağlanamaması, bu belirsizliğin imalatçının menfaatlerini zedelemesi, rekabet düzenini olumsuz etkilemesi yanında uyuşmazlığın, mahkeme dışında sonlandırılmasını zorlaştırması, mevcut düzenlemenin olumsuz yanları olarak sayılabilir.

MÖHUK m. 36'nın mevcut hali yerine gelecekte kademeli bir bağlama kuralı öngörülmesi arzu edildiği takdirde oluşturulacak kuralın açık, yalın ve uygulama kolaylığı sunacak bir kural olması oldukça önemlidir. Bu noktada, Roma II Tüzüğü m. 5'teki kurala yöneltilecek eleştirilerin dikkate alınarak daha sade bir kuralın oluşturulmasının yerinde olacağı kanısındayız.

Ayrıca toplumun genelini oluşturan tüketicileri koruyan; sektörel bazda ayırım gözetmeksizin Türkiye'de bulunan imalatçılar ile dağıtım zincirinde yer alan aktörlerin menfaatine hizmet eden, böylelikle Türkiye'nin ekonomik menfaatlerini dikkate alan bir kuralın oluşturulmasının, her dönem için önem taşıyacağı açıktır. Öngörülecek kademeli bağlama kuralında, bu amaçlara hizmet eden birden fazla kriterin benimsenmesi gereklidir. Bu çerçevede, aşağıdaki gibi kademeli bir bağlama kuralı önerisinde bulunabiliriz:

(1) Ürünün yol açtığı zarardan doğan sorumluluğa, ürünün o ülkede pazarlanmış olması koşuluyla ürünün iktisap edildiği ülke hukuku; bulunmadığı takdirde, ürünün o ülkede pazarlanmış olması koşuluyla zarar görenin mutad mesken hukuku; bulunmadığı takdirde, ürünün o ülkede pazarlanmış olması koşuluyla zararın meydana geldiği ülke hukuku; bulunmadığı takdirde, zarar verenin mutad meskeni veya dava tarihindeki işyerinin bulunduğu ülke hukuku uygulanır.

(2) Somut olaydaki tüm hal ve şartlar uyarınca ürünün yol açtığı zarardan doğan borç ilişkisinin, başka bir ülke hukuku ile açıkça daha sıkı ilişkili olması

halinde, bu ülke hukuku uygulanır.

VI) İmalatçının Sorumluluğuna Özgü Bağlama Kurallarının Uygulama Alanı

A) Roma II Tüzüğü m. 5 Hükümünün Uygulama Alanı

1) Konu Bakımından

a) Zarar Görenin Talebinin Sözleşme Dışı Sorumluluğa Dayanması

Roma II Tüzüğü'ndeki diğer kurallar gibi imalatçının sorumluluğu hakkındaki 5. maddesindeki bağlama kuralı da sözleşme dışı sorumluluktan kaynaklanan talepleri kapsar¹²⁰⁶. Uygulanacak hukukun, Roma II Tüzüğü uyarınca belirlenebilmesi için, zarar gören tarafından sorumlu olduğu iddia edilen kişiye yönetlilen talebin, onun “*serbestçe üstlenmediği bir borç ve yükümlülüğten*” doğması gerekir¹²⁰⁷. Dolayısıyla zarar görenin, sözleşmeye dayanan talepleri hakkında Roma II Tüzüğü uygulama alanı bulmaz¹²⁰⁸. Ancak taraflar arasında sözleşmesel bir ilişki bulunsa bile ürün sebebiyle zarar gören talebini, sözleşme dışı sorumluluğa

¹²⁰⁶ Bureau/Watt, **a.g.e.**, s. 422; Corneloup, **a.g.e.**, s. 90-91; Rafaël Jafferali, “Rome II où la loi applicable aux obligations non contractuelles (2e partie)”, **Revue Générale des Assurances et des Responsabilités**, S. 14399, 2008, s. 2; Illmer, **Art. 5 Rome II**, s. 121; Illmer, **Product Liability**, s. 281; Dutoit, **Rome II**, s. 317; Stone, **EU PIL**, s. 394; Stone, **Rome II**, s. 120.

¹²⁰⁷ Tüzük m. 2’de hangi hukuki ilişkilerin, sözleşme dışı borç ilişkisi kapsamında olduğu belirtilmiş; ancak sözleşme dışı borç ilişkisi kavramı Tüzük’te tanımlanmamıştır (Dickinson, **a.g.e.**, s. 190; Halfmeier, **Article 1**, s. 380; Bach, **Art. 1 Rome II**, s. 36; Stone, **EU PIL**, s. 370-371; Lookofsky/Hertz, **a.g.e.**, s. 117; Çalışkan, **a.g.e.**, s. 298). Tüzüğün Başlangıç Bölümü’nde sözleşme dışı borç ilişkisi kavramının, üye devletlerin hukukunda değişiklik gösterdiği belirtilerek bunun, belirli bir ülkenin hukukuna bağlı kalınmaksızın, otonom yorumlanacağı açıklanmıştır (Tüzük Başlangıç Bölümü par. 11; ayrıca bu hususta bkz. Niboyet/Pradelle, **a.g.e.**, s. 41; Bureau/Watt, **a.g.e.**, s. 420; Brière, **Rome II**, s. 38; Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s. 777; Corneloup, **a.g.e.**, s. 90-91; Clarkson/Hill, **a.g.e.**, s. 260; Stone, **Rome II**, s. 98).

Burada ATAD’ın Roma Konvansiyonu, Roma I Tüzüğü ve Brüksel I Tüzüğü kapsamındaki kararlarında “*tarafların birbirlerine karşı serbestçe üstlendikleri borç ve yükümlülüklerin varlığı*” olarak açıklanan sözleşmeden doğan borç ilişkisi kavramının karşıt anlamının, belirleyici olacağı ifade edilmektedir (Dickinson, **a.g.e.**, s. 190; Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s. 777-778; Halfmeier, **Article 1**, s. 380; Bach, **Art. 1 Rome II**, s. 36; Lookofsky/Hertz, **a.g.e.**, s. 117; Brière, **Rome II**, s. 38-39; Corneloup, **a.g.e.**, s. 90-91; Scott, **a.g.e.**, s. 62; Clarkson/Hill, **a.g.e.**, s. 263; Sarıöz, **a.g.e.**, s. 98-99).

Nitekim Roma II Tüzüğü kapsamında haksız fiil kavramı da belirli bir ülkenin hukukuna bağlı kalınmaksızın, otonom yorumlanacaktır (Bach, **Art. 4 Rome II**, s. 65; Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s. 778, 790; Clarkson/Hill, **a.g.e.**, s. 261). Tüzük uyarınca haksız fiil kavramının, sözleşmeden doğan bir borcun ihlali dışında kalan, davalının haksız eylemi sonucunda belirli bir zarara veya zarar tehlikesine yol açan ve zarar görene tazminat hakkı ya da gelecekteki haksız fiil teşkil edecek davranışların engellenmesi talebini (*negatory claims*) tanıyan halleri kastettiği belirtilmektedir (Kramer, **a.g.e.**, s. 415; Brière, **Rome II**, s. 39; Stone, **Rome II**, s. 98; Bach, **Art. 4 Rome II**, s. 65-66; Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s. 790-791; Tarman, **Haksız Rekabet**, s. 70; Sarıöz, **a.g.e.**, s. 99).

¹²⁰⁸ Fransız hukukunda yer alan “*action directe*”, sözleşme dışı sorumluluktan kaynaklanan bir talep olarak değerlendirilmekte ve Tüzük m. 5’in kapsamına girdiği belirtilmektedir (Illmer, **Art. 5 Rome II**, s. 121; Illmer, **Product Liability**, s. 269, 282-283).

dayandığı takdirde uygulanacak hukuk, Tüzük m. 5 uyarınca tespit edilir¹²⁰⁹.

Tüzük uyarınca sözleşme dışı sorumluluk, hem kusur sorumluluğunu hem de kusursuz sorumluluğu içerecek şekilde geniş anlaşılmaktadır¹²¹⁰. Bu açıdan Tüzük m. 5 kapsamında imalatçının sorumluluğunun, kusura dayalı veya kusursuz sorumluluk olması önem taşımaz¹²¹¹.

Doktrinde imalatçının sorumluluğuna uygulanacak hukukun, Roma II Tüzüğü içerisinde düzenlenerek konunun, sözleşme dışı sorumluluk ile sınırlandırılmış olması eleştirilmektedir¹²¹². İdeal çözümün, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin niteliği dikkate alınmaksızın, ürünün yol açtığı zarardan kaynaklanan tüm uyumsuzluklar hakkında geçerli olacak bir bağlama kuralının öngörülmesi olduğu savunulmaktadır. Bu çerçevede imalatçının sorumluluğuna uygulacak hukukun, zarar gören ile zarar veren arasındaki hukuki ilişkinin niteliğinden bağımsız olarak Topluluk hukukunda yeniden ele alınmasının uygun olacağı belirtilmektedir¹²¹³.

b) Zarar Kavramı

Tüzüğün 5. maddesi, haksız fiillere uygulanacak hukuku düzenleyen Tüzük m. 4'teki hüküm karşısında özel hüküm (*lex specialis*) niteliği taşır¹²¹⁴. Sözleşme dışı sorumluluğa ilişkin olduğu tespit edilen mevcut uyumsuzluğun, Tüzük m. 5 kapsamında değerlendirilebilmesi için, “ürünün yol açtığı zarardan (*dommage causé par un produit, damage caused by a product*)” kaynaklanan bir talep söz konusu olmalıdır.

Roma II Tüzüğünde zarar kavramı açıklanmıştır. Tüzük m. 2, f. 1 uyarınca

¹²⁰⁹ Stone, **EU PIL**, s. 394.

Bu açıdan İmalatçının Sorumluluğu Hakkında La Haye Sözleşmesi m. 1, f. 2'den farklı bir sonucun Tüzük'te benimsendiği hakkında bkz. Stone, **EU PIL**, s. 394.

¹²¹⁰ Huber/Illmer, **a.g.e.**, s. 31, 37; Halfmeier, **Article 1**, s. 381; Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s. 791; Stone, **Rome II**, s. 98; Schwartz, **a.g.e.**, par. 2; Tüzük Başlangıç Bölümü par. 11.

¹²¹¹ Kurt Siehr, “The Rome II Regulation and Specific Maritime Torts: Product Liability, Enviromental Damage, Industrial Action”, **RebelsZ Bd.**, C. 74, 2010, (Specific Maritime Torts), s. 144; Illmer, **Product Liability**, s. 281-282; Illmer, **Art. 5 Rome II**, s. 121; Huber/Illmer, **a.g.e.**, s. 37; Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s. 806; Stone, **EU PIL**, s. 393; Schwartz, **a.g.e.**, par. 2; ayrıca bkz. Tüzük Başlangıç Bölümü, par. 11.

¹²¹² Bu görüşte bkz. Corneloup, **a.g.e.**, s. 91-92; Boskovic, **a.g.e.**, s. 307 vd.

¹²¹³ Bu görüşte bkz. Corneloup, **a.g.e.**, s. 92, 100.

¹²¹⁴ Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s. 805-806; Plender/Wilderspin, **a.g.e.**, s. 560; Illmer, **Art. 5 Rome II**, s. 116; Joubert, **a.g.e.**, s. 55, 64; Loquin, **a.g.e.**, s. 35; Corneloup, **a.g.e.**, s. 86; Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 433, 447.

zarar, haksız fiil, *culpa in contrahendo*, sebepsiz zenginleşme ve vekaletsiz iş görmeden (*negotiorium in gestio*) kaynaklanan her türlü sonucu içerecek şekilde anlaşılır. Ayrıca yalnızca mevcut zararlar için değil; meydana gelmesi muhtemel zararlar hakkında da Tüzük uygulama alanı bulur¹²¹⁵.

Tüzük hakkındaki Açıklayıcı Rapor'da imalatçının sorumluluğu hakkındaki 5. maddenin kapsamının, 85/374 sayılı Yönerge'den daha geniş olduğu belirtilmiştir¹²¹⁶. Açıklayıcı Rapor'daki bu ifade ile Tüzük'te zarar kavramının geniş şekilde ele alınmasına dayanan doktrindeki bir görüş¹²¹⁷, Tüzük m. 5 açısından zararın, Yönerge'de olduğu gibi kişiye ve hatalı ürün dışındaki mala yönelik zararlar ile sınırlı olmadığını ileri sürmüştür. Bu görüş, ürünün kendisinde meydana gelen zararlar dahil, ürünün yol açtığı maddi ve manevi her türlü zarar açısından uygulanacak hukukun, Tüzük m. 5 uyarınca tespit edileceğini savunmaktadır. Böylelikle aynı uyuşmazlıkta, farklı bağlama kurallarının ve bu kuralların göstereceği farklı hukukların uygulanmasının önlenilebileceği belirtilmektedir.

Aksi yöndeki görüş¹²¹⁸ ise Tüzük m. 5'in hatalı ürünün kendisinde meydana gelen zararları kapsamadığını savunmaktadır. Bu görüşe göre, hatalı ürünün kendisinde meydana gelen zararın sözleşme dışı sorumluluk kapsamında tazminine uygulanacak hukuk, Tüzük m. 4'teki genel kural uyarınca belirlenecektir¹²¹⁹.

Kanımızca, Açıklayıcı Rapor ile Tüzük'te zarar kavramının geniş şekilde tanımlanmış olması, hatalı ürünün kendisinde meydana gelen zararların da Tüzük m. 5 kapsamında olduğunun savunulması için yeterli değildir. Topluluk düzenlemelerinde yer alan kuralların yorumlanmasında, lafzi yorum değil; amaçsal

¹²¹⁵ Tüzük m. 2, f. 3 hakkında bkz. Halfmeier, **Article 1**, s. 394-395; Bach, **Art. 1 Rome II**, s. 61-62; Brière, **Rome II**, s. 40.

¹²¹⁶ Roma II Açıklayıcı Rapor, s. 13.

¹²¹⁷ Dickinson, **a.g.e.**, s. 367; Plender/Wilderspin, **a.g.e.**, s. 558; Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 434, 437; Corneloup, **a.g.e.**, s. 93.

¹²¹⁸ Gérard Légier, "Le Règlement 'Rome II' sur la loi applicable aux obligations non contractuelles", **JCP/La Semaine Juridique**, Edition Générale, S. 207, 21 Novembre 2007, par. 55; s. 488; Kozyris, **Rome II**, s. 488; Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s. 806; Clarkson/Hill, **a.g.e.**, s. 271; Stone, **Product Liability**, s. 181-182; Stone, **EU PIL**, s. 393; Stone, **Rome II**, s. 119; Dutoit, **Rome II**, s. 317; Illmer, **Art. 5 Rome II**, s. 122.

¹²¹⁹ Dutoit, **Rome II**, s. 317; Clarkson/Hill, **a.g.e.**, s. 271; Illmer, **Art. 5 Rome II**, s. 122.

Öte yandan hatalı ürün satıcısının, sürüm zincirinde kendinden önce yer alan diğer sağlayıcılara yönelik rücu taleplerinin, sözleşme dışı sorumluluğa ait olacağı belirtilmekle birlikte bu durumda uygulanacak hukukun, Tüzük m. 5 uyarınca değil; Tüzük m. 4 uyarınca belirleneceği hakkında bkz. Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 434. Bu durumda da Tüzük m. 5 uygulanarak, yetkili hukukun tespit edileceği yönünde aksi görüşte bkz. Illmer, **Product Liability**, s. 282.

yorum esastır¹²²⁰. Topluluk Tüzüklerinde kullanılan kavramların yorumlanmasında Yönerge gibi Topluluk hukukunda yer alan ikincil hukuk kaynaklarına başvurulacağı kabul edilmektedir¹²²¹. Özellikle de benzer veya ortak amaçları bulunan Topluluk düzenlemelerinin yorumlanmasında bu esas geçerlidir¹²²². Böylelikle Topluluk hukukunun yeknesak uygulanması sağlanmış olacaktır¹²²³.

Nitekim, Tüzük m. 5 ile 85/374 sayılı Konsey Yönergesi, ortak ve benzer amaçlara sahip olan, birbirini tamamlayan düzenlemelerdir¹²²⁴. Açıklayıcı Rapor'da imalatçının sorumluluğu hakkındaki bağlama kuralının kapsamının, Yönerge'den daha geniş olduğunun belirtilmesi, kanımızca 5. maddenin hem kusura dayalı hem de kusursuz sorumluluğu kapsadığını ifade etmeyi amaçlamaktadır¹²²⁵. Bu itibarla Tüzük m. 5 açısından zararın, Yönerge uyarınca yorumlanacağını; hatalı ürünün kendisinde meydana gelen zararların, hükmün kapsamı dışında kaldığı görüşünü paylaşmaktayız.

c) Ürün ve Hatalı Ürün Kavramları

Tüzüğün 5. maddesinde “ürünün yol açtığı zarardan” bahsedilmiştir. “Hatalı ürün” veya “üründeki hatanın” yol açtığı zarar şeklinde bir ifadeye hükümde yer verilmemiştir¹²²⁶. Roma II Tüzüğü'nde ürün kavramı tanımlanmamıştır. Tüzük

¹²²⁰ Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s. 773.

¹²²¹ ATAD, *Gemeente Seteenbergen / Luc Bateen*, 14.11.2002, C-271/00, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62000CJ0271:EN:HTML> (erişim tarihi: 24.10.2014); ayrıca bu hususta bkz. Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s. 773.

¹²²² ATAD, *Apple and Pear Development / Commissioners of Customs and Excise*, 8.3.1988, C-102/86, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:61986CJ0102> (erişim tarihi: 24.10.2014); ayrıca bu hususta bkz. Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 435.

¹²²³ Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 435.

¹²²⁴ Bu yönde bkz. Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 435.

¹²²⁵ Benzer yönde bkz. Stone, **Product Liability**, s. 181.

¹²²⁶ Bununla birlikte Roma II Tüzüğü'nün kabulü sürecinde hazırlanan 22.7.2003 tarihli Tüzük Teklifi ile 21.2.2006 tarihli Değişiklik Yapılmış Tüzük Teklifi'ndeki imalatçının sorumluluğu hakkındaki bağlama kurallarında “hatalı ürün” ifadesine açıkça yer verildiğine dikkat çekmek isteriz.

Buna göre 2003 tarihli Tüzük Teklifi m. 4'te yer alan imalatçının sorumluluğu başlıklı hükümde “Tüzük m. 3 (2) ve m. 3 (3) 'teki kurallar saklı kalmak kaydıyla, hatalı ürünün yol açtığı zarar veya zarar riskinden kaynaklanan sözleşme dışı borç ilişkisine zarar görenin mutad mesken hukuku uygulanır. Sorumlu olduğu ileri sürülen kişinin, ürünün bu ülkede rızası dışında pazarlandığını ortaya koyması halinde sorumlu olduğu ileri sürülen kişinin mutad mesken hukuku uygulanır”.

2006 tarihli Değişiklik Yapılmış Tüzük Teklifi'ndeki bağlama kuralında yalnızca zarar riski ifadesi hükümden kaldırılmış ve zarar görenin mutad mesken hukuku sabit bir bağlama ile düzenlenerek, zararın meydana geldiği andaki zarar görenin mutad mesken hukukunun uygulanacağı hükme eklenmiştir. Bunun dışında 2003 tarihli Teklif'teki kural aynen muhafaza edilmiştir.

Bu konuda bkz. Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s. 806, dn. 328; Plender/Wilderspin, **a.g.e.**, s. 555; Stone, **EU PIL**, s. 392; Stone, **Rome II**, s. 119; Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 436; Öztekin Gelgel, **a.g.e.**,

hakkındaki Açıklayıcı Rapor'da ürün ve hatalı ürün kavramlarının, 85/374 sayılı Yönerge uyarınca yorumlanacağı belirtilmiştir¹²²⁷.

Doktrinde bir görüş¹²²⁸, Tüzük m. 5'te hatalı üründen değil; üründen bahsedilmiş olması gerekçesiyle zarara yol açan ürünün hatalı olmasının gerekmediğini belirtmektedir. Buna göre, hatalı olmayan veya hatalı olmamasına karşın yapısı itibariyle tehlikeli olan sigara, asbest ya da silah gibi ürünlerin de 5. maddenin kapsamında olduğunu savunmaktadır. Bu görüşe göre, trafik kazasının sürücünün hatası sonucu meydana gelmesi halinde Tüzük m. 4'teki genel kuralın uygulanacak; buna karşılık kazanın, araba hatalı olmasa da arabadaki bir sorun sebebiyle meydana gelmesi halindeyse Tüzük m. 5 uygulanacaktır¹²²⁹

Buna karşılık aksi görüşteki yazarlar¹²³⁰, Tüzük m. 5'teki bağlama kuralının yalnızca hatalı ürün ve hatalı bilgilendirmeden kaynaklanan zararları kapsadığını savunmaktadır. Bu görüşe göre, hatalı olmamasına rağmen zarara yol açan ürünler ile yapısı itibariyle tehlikeli sayılan ürünlerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuk, genel kural olan Tüzük m. 4 uyarınca belirlenecektir.

Kanımızca, Tüzük m. 5'in uygulanabilmesi için, ürünün zarara yol açması yeterli değildir. Zararın, o üründeki hatadan kaynaklanması gerekir. Zira Tüzük hakkındaki Açıklayıcı Rapor'da Tüzük'teki bağlama kuralının hatalı ürünün yol açtığı zararlardan kaynaklanan sözleşme dışı borç ilişkilerine özgü olduğu belirtilmiştir.

Ürün kavramı açısından ise Tüzük Hakkındaki Açıklayıcı Rapor'da bu kavramın, Yönerge uyarınca yorumlanacağı belirtilmiştir¹²³¹. Böylelikle Tüzük m. 5

s. 132.

¹²²⁷ Roma II Açıklayıcı Rapor, s. 13. Ayrıca bu konuda bkz. Illmer, **Product Liability**, s. 283; Huber/Illmer, **a.g.e.**, s. 37; Dutoit, **Rome II**, s. 317; Dickinson, **a.g.e.**, s. 368; Kozyris, **Rome II**, s. 487-488; Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s. 806; Stone, **EU PIL**, s. 393; Stone, **Rome II**, s. 118-119; Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 434; Schwartze, **a.g.e.**, par. 2; Tanrıbilir, **Roma II**, s. 125-126.

¹²²⁸ Dickinson, **a.g.e.**, s. 368; Brière, **Rome II**, s. 47; Dutoit, **Rome II**, s. 317; Plender/Wilderspin, **a.g.e.**, s. 556; Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 436.

¹²²⁹ Bu örnek için bkz. Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 436.

¹²³⁰ Illmer, **Art. 5 Rome II**, s. 122-123; Kozyris, **Rome II**, s. 487-488; Stone, **EU PIL**, s. 393; Stone, **Rome II**, s. 119; Stone, **Product Liability**, s. 181; Schwartze, **a.g.e.**, par. 2.

Bu açıdan ürünün hatalı olmasına verilecek anlamın, 85/374 sayılı Yönerge m. 6 uyarınca ürünün haklı güvenlik beklentisini karşılamaması şeklinde yorumlanacağı hakkında bkz. Schwartze, **a.g.e.**, par. 2.

¹²³¹ Roma II Açıklayıcı Rapor, s. 13.

uyarınca ürün kavramının kapsamı, Yönerge uyarınca ürün kabul edilen mallar ile sınırlıdır¹²³². Ayrıca Tüzük m. 5'te ürünün pazarlanması şartına yer verildiğinden, ürün olarak değerlendirilecek şeyler, ticari bir faaliyet yoluyla piyasaya sürülmüş şeyleri kapsayacaktır¹²³³.

2) Kişi Bakımından

a) Sorumlu Olduğu İleri Sürülen Kişi Kavramı

Sorumlu olduğu ileri sürülen kişiler açısından Tüzük'te herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir. Tüzük hakkındaki Açıklayıcı Rapor'da, bu konuda Yönerge'nin dikkate alınacağı ifade edilmiştir¹²³⁴. Böylelikle Tüzük m. 5 uyarınca sorumluluğu iddia edilen kişi kavramı geniş yorumlanır. Yalnızca nihai ürün imalatçısı değil; ara parça imalatçıları ile birlikte sürüm zincirinde yer alan satıcı, ithalatçı, dağıtıcı gibi kişiler, sorumlulular kapsamında olacaktır¹²³⁵.

Ayrıca Tüzük m. 5'te ürünün pazarlanmasından bahsedildiğinden, zararın meydana geldiği anda zarara yol açan ürünün maliki veya kullanıcısına yönelik talepler hakkında 5. madde uygulama alanı bulmayacaktır¹²³⁶.

b) Zarar Gören Kavramı

Ürün sebebiyle zarar gören kişi kavramı da geniş olarak yorumlanmaktadır. Buna göre tüketici olma şartı aranmaksızın, gerçek veya tüzel, doğrudan ya da dolaylı bir şekilde ürün sebebiyle zarara uğrayan üçüncü kişiler (*bystander*) de dahil

¹²³² Brière, **Rome II**, s. 46; Illmer, **Art. 5 Rome II**, s. 22; Huber/Illmer, **a.g.e.**, s. 38; Dickinson, **a.g.e.**, s. 367-368; Stone, **EU PIL**, s. 392; Stone, **Rome II**, s. 118-119; Stone, **Product Liability**, s. 181; Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 435.

Buna karşılık farklı bir görüş, ürün kavramının, Yönerge'den daha geniş bir kapsama sahip olduğunu ileri sürmektedir (Plender/Wilderspin, **a.g.e.**, s. 551-554). Bu görüşe göre Tüzük m. 5 uyarınca yetkili hukukun tespit edilebilmesi için zarara yol açan şeyin, alışverişe konu olabilmesi ve parasal bir değere sahip olması yeterlidir. Böylelikle taşınmaz mallar hariç olmak üzere hizmetlerin de Tüzük m. 5 uyarınca ürün kavramına dahil olduğu açıklanmaktadır (Plender/Wilderspin, **a.g.e.**, s. 553-554).

Açıklayıcı Rapor'da ürün kavramının, Yönerge uyarınca belirleneceğinin ifade edilmiş olmasının, bu görüşün savunulmasını güçleştirdiği kanısındayız.

¹²³³ Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 435-436.

¹²³⁴ Roma II Açıklayıcı Rapor, s. 15; ayrıca bu konuda bkz. Illmer, **Product Liability**, s. 284; Stone, **Rome II**, s. 120; Stone, **Rome II**, s. 120; Dutoit, **Rome II**, s. 317; Tanrıbilir, **Roma II**, s. 126.

¹²³⁵ Dickinson, **a.g.e.**, s. 368-369; Illmer, **Product Liability**, s. 284; Illmer, **Art. 5 Rome II**, s. 126; Huber/Illmer, **a.g.e.**, s. 38; Kozyris, **Rome II**, s. 488; Brière, **Rome II**, s. 47; Stone, **EU PIL**, s. 393-394; Stone, **Rome II**, s. 120; Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 437; Corneloup, **a.g.e.**, s. 94; Tanrıbilir, **Roma II**, s. 126; ayrıca bkz. Roma II Açıklayıcı Rapor, s. 15.

¹²³⁶ Stone, **Rome II**, s. 120; Stone, **EU PIL**, s. 393; Stone, **Product Liability**, s. 182.

her kişi, zarar gören kabul edilir¹²³⁷.

Ürün sebebiyle zarar gören kişinin ticari veya mesleki bir faaliyet sürdürmesi 5. maddenin uygulanması açısından önem taşımaz. Bu kişilerin de ürün sebebiyle gördükleri zarardan doğan uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuk, Tüzük m. 5 gereği tespit edilecektir¹²³⁸.

B) İmalatçının Sorumluluğu Hakkında La Haye Sözleşmesi'nin Uygulama Alanı

1) Roma II Tüzüğü ve İmalatçının Sorumluluğu Hakkında La Haye Sözleşmesi'nin Karşılıklı Uygulama Alanı

Roma II Tüzüğü'nde, Tüzük tarafından düzenlenen konularda AB üyesi devletlerin Tüzüğün kabulünden önce taraf olduğu milletlerarası sözleşmelerin uygulanması saklı tutulmuştur (Tüzük m. 28). Böylelikle Tüzüğün kabulünden önce üye devletlerin taraf olduğu uygulanacak hukuku düzenleyen milletlerarası sözleşmeler ve diğer milletlerarası sözleşmelerde yer alan bağlama kuralları, Tüzüğe göre öncelikli olarak uygulanacaktır¹²³⁹.

İmalatçının Sorumluluğu Hakkında La Haye Sözleşmesi de AB üyesi ülkelerden bazılarının, Tüzüğün kabulünden önce taraf olduğu bir milletlerarası sözleşme olduğundan, Roma II Tüzüğü'nün uygulanmasını saklı tuttuğu sözleşmelerden biridir¹²⁴⁰. AB üyesi ülkelerden Belçika, Fransa, Finlandiya,

¹²³⁷ Dutoit, **Rome II**, s. 317; Dickinson, **a.g.e.**, s. 367; Plender/Wilderspin, **a.g.e.**, s. 550; Illmer, **Product Liability**, s. 282, 284; Illmer, **Art. 5 Rome II**, s. 126; Huber/Illmer, **a.g.e.**, s. 38; Kozyris, **Rome II**, s. 490; Stone, **EU PIL**, s. 393; Stone, **Product Liability**, s. 182; Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 436-437; Corneloup, **a.g.e.**, s. 94; Tanrıbilir, **Roma II**, s. 126.

¹²³⁸ Stone, **EU PIL**, s. 393; Stone, **Product Liability**, s. 182; Corneloup, **a.g.e.**, s. 94-95.

¹²³⁹ Martin Illmer, "Chapter VI- Other Provisions, Art. 28 Rome II", **Rome II Regulation Pocket Commentary**, Ed. Peter Huber, Munich: Sellier European Law Publishers, 2011, (Art. 28 Rome II), s. 446; Halfmeier/Sonder, **Article 28**, s. 640; Stone, **Rome II**, s. 101; Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 447.

Tüzük tarafından düzenlenen konularda üye devletlerin daha önce taraf olduğu milletlerarası sözleşmelerin saklı tutulması, Tüzüğün bağlama kurallarını yeknesaklaştırma amacını zedelediği; öngörülebilirliği ortadan kaldırdığı; *forum shopping*'i engelleme amacını tehlikeye soktuğu ve uygulanacak hukukta parçalanmaya yol açtığı gerekçesiyle eleştirilmektedir (Brière, **Rome II**, s. 72; Illmer, **Product Liability**, s. 311-312; Meglio, **a.g.e.**, s. 36; von Hein, **a.g.e.**, s. 1697; Othenin-Girard, **Rome II**, s. 85; Othenin-Girard, **Rome II et LDIP**, s. 388; Illmer, **Art. 28 Rome II**, s. 444; Dickinson, **a.g.e.**, s. 389; Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 450; Joubert, **a.g.e.**, s. 64-65).

¹²⁴⁰ Georgina Garriga, "Relationship between "Rome II" and other international instruments", A commentary on Article 28 of the Rome II Regulation", **YPIL**, 2007, C. 9, s. 138; Carine Brière, "Réflexions sur les interactions entre les propositions du Règlement "Rome II" et les conventions internationales", **Journal du droit international**, Janvier-Février-Mars 2005, S. 1, (Conventions internationales), s. 682; Meglio, **a.g.e.**, s. 36; Illmer, **Product Liability**, s. 311; Illmer, **Art. 5 Rome II**, s. 118; Illmer, **Art. 28 Rome II**, s. 446; Dickinson, **a.g.e.**, s. 387; Plender/Wilderspin, **a.g.e.**, s.

Hollanda, İtalya, Lüksemburg, İspanya, Portekiz, Slovenya ve Hırvatistan, Tüzüğün kabulünden önce La Haye Sözleşmesi'ne taraf olmuştur. Dolayısıyla bu ülke mahkemeleri önüne gelen ve imalatçının sorumluluğu hakkındaki bir uyuşmazlıkta uygulanacak hukukun, Roma II Tüzüğü mü yoksa La Haye Sözleşmesi mi uyarınca mı tespit edileceği sorusu ortaya çıkmaktadır¹²⁴¹.

Sözleşme ve Tüzük'te aynı bağlama kriterleri benimsenmediğinden, hangi düzenlemenin uygulanacağına bağlı olarak aynı uyuşmazlıkta farklı hukukların yetkili olması söz konusu olabilecektir¹²⁴². Ayrıca Sözleşme, Roma II Tüzüğü'ne göre özel bir düzenleme niteliğindedir. Tüzüğe göre düzenlediği konular daha sınırlıdır. İmalatçının sorumluluğu hakkındaki bir uyuşmazlıktan kaynaklanan her hususa Sözleşme'de bir çözüm getirilmemiştir¹²⁴³.

Doktrinde bir görüşe göre¹²⁴⁴, yukarıda sayılan AB üyesi akit devlet mahkemelerinde Sözleşme'nin kapsamına giren uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuk, Sözleşme gereği belirlenecektir. Bu görüş benimsendiği takdirde, akit

563; Kramer, **a.g.e.**, s. 418; Brière, **Rome II**, s. 46, 72; Mayer/Heuzé, **a.g.e.**, s. 522; Stone, **EU PIL**, s. 376; Stone, **Rome II**, s. 101; Bureau/Watt, **a.g.e.**, s. 409, dn. 4, 422; Niboyet/Pradelle, **a.g.e.**, s. 44; Joubert, **a.g.e.**, s. 64; Corneloup, **a.g.e.**, s. 86 vd.; Othenin-Girard, **Rome II**, s. 85; Othenin-Girard, **Rome II et LDIP**, s. 388; Graziano, **Rome II**, s. 484; von Hein, **a.g.e.**, s. 1697; Halfmeier/Sonder, **Article 28**, s. 643; Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 447; Tanrıbilir, **Roma II**, s. 134.

Öte yandan Trafik Kazalarına Uygulanacak Hukuk Hakkındaki 4.5.1971 tarihli La Haye Sözleşmesi de Roma II Tüzüğü m. 28 uyarınca saklı tutulan milletlerarası sözleşmelerden biridir (Garriga, **a.g.e.**, s. 138; Kramer, **a.g.e.**, s. 418; Brière, **Rome II**, s. 72; Mayer/Heuzé, **a.g.e.**, s. 522).

¹²⁴¹ İmalatçının Sorumluluğu Hakkında La Haye Sözleşmesi'ne taraf olmayan AB üyesi ülkeler açısından böyle bir sorunun ortaya çıkmayacağı ve taraf olmayan üye ülkelerde doğrudan Roma II Tüzüğü uyarınca uygulanacak hukukun belirleneceği açıktır (Mayer/Heuzé, **a.g.e.**, s. 526; Tanrıbilir, **Roma II**, s. 134).

¹²⁴² Meglio, **a.g.e.**, s. 36; Halfmeier/Sonder, **Article 28**, s. 643; Joubert, **a.g.e.**, s. 65; Corneloup, **a.g.e.**, s. 98.

Örneğin, mutad meskeni Fransa'da bulunan Fransız vatandaşı bir kişi, Ukrayna'ya yaptığı seyahat sırasında merkezi Almanya'da bulunan imalatçı tarafından üretilerek, eski Doğu bloku ülkelerinde pazarlanan bir saç kurutma makinesini Ukrayna'da satın almış ve Fransa'ya döndükten sonra saç kurutma makinesinin alev alması sonucunda yaralandığında imalatçı, Sözleşme m. 7'deki savunma imkanından yararlanmadığı takdirde, La Haye Sözleşmesi m. 4 uyarınca zararın meydana geldiği yer olan Fransız hukuku yetkili olacaktır. Buna karşılık aynı örnekte yetkili hukuk Roma II Tüzüğü m. 5 uyarınca tespit edildiğinde söz konusu ürün, Fransa'da pazarlanmadığından Tüzük m. 5, f. 1, a gereği zarar görenin mutad meskeni olan Fransız hukuku uygulanamayacaktır. Tüzük m. 5, f. 1, b gereği ürünün iktisap edildiği Ukrayna hukuku yetkili olacaktır. Ukrayna hukukunun uygulanması ise ancak Tüzük m. 5, f. 2 uyarınca somut uyuşmazlıkla açıkça daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde engellenebilecektir. Söz konusu örnek için bkz. Corneloup, **a.g.e.**, s. 98-99.

¹²⁴³ Meglio, **a.g.e.**, s. 36; Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 449; Joubert, **a.g.e.**, s. 65; Corneloup, **a.g.e.**, s. 88.

¹²⁴⁴ Thomas Kadner Graziano, "The Rome II Regulation and the Hague Conventions on Traffic Accidents and Product Liability - Interaction, conflicts and future perspectives", **NIPR**, S. 4, 2008, (Hague Conventions), s. 427; Kramer, **a.g.e.**, s. 418; Bureau/Watt, **a.g.e.**, s. 422; Niboyet/Pradelle, **a.g.e.**, s. 44-45; Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s. 806; Tanrıbilir, **Roma II**, s. 134; Tarman, **Roma II**, s. 218.

devletlerden Fransa mahkemeleri önündeki imalatçının sorumluluğundan kaynaklanan bir uyuşmazlıkta, bu uyuşmazlığın Sözleşme'nin uygulama alanına girmemesi halinde Roma II Tüzüğü uygulanabilecektir.

Buna karşılık bizim de paylaştığımız diğer bir görüş¹²⁴⁵, böyle bir durumda öncelikle Sözleşme'nin uygulama alanı bulacağını kabul etmekle birlikte Sözleşme'de düzenlenmeyen konularda Roma II Tüzüğü'nün uygulanacağını savunmaktadır. Dolayısıyla Roma II Tüzüğü'nün, Sözleşme'deki boşlukları doldurmak üzere uygulanması söz konusu olacaktır¹²⁴⁶.

Buna göre akit devlet mahkemesi önündeki uyuşmazlıkta uygulanacak hukuk, Sözleşme'deki bağlama kuralları uyarınca belirlenecektir. Ancak, tarafların hukuk seçimi yapıp yapamayacağı, zarar görenin doğrudan zarar verenin sigortacısına başvuru hakkının bulunup bulunmadığı ile rücu ve halefiyet ilişkileri hakkında Roma II Tüzüğü uygulanacaktır¹²⁴⁷.

Doktrinde Roma II Tüzüğü ve La Haye Sözleşmesi'nin karşılıklı uygulama alanı hakkında doğacak problemlerin mümkün ölçüde önlenmesi için, tarafların La Haye Sözleşmesi'ne taraf olmayan bir AB üyesi devlet mahkemesinin yetkili olması hususunda yetki sözleşmesi yapmaları veya Fransız Yüksek Mahkemesi ile Avusturya mahkemesi kararlarında¹²⁴⁸ kabul edildiği üzere, La Haye Sözleşmesi'nin uygulanmasını hariç tutmaları (*opt-out*) önerilmektedir¹²⁴⁹.

¹²⁴⁵ Plender/Wilderspin, **a.g.e.**, s. 563; Dickinson, **a.g.e.**, s. 387-388; Brière, **Rome II**, s. 72-73; Illmer, **Art. 5 Rome II**, s. 120; Corneloup, **a.g.e.**, s. 88 vd.; Meglio, **a.g.e.**, s. 36; Halfmeier/Sonder, **Article 28**, s. 643.

¹²⁴⁶ Illmer, **Art. 5 Rome II**, s. 120.

¹²⁴⁷ Brière, **Rome II**, s. 72-73; Corneloup, **a.g.e.**, s. 102-106; Meglio, **a.g.e.**, s. 36. Hukuk seçimi açısından bu yönde bkz. Halfmeier/Sonder, **Article 28**, s. 643; Dutoit, **Rome II**, s. 313; Corneloup, **a.g.e.**, s. 100; Illmer, **Art. 5 Rome II**, s. 120.

Bu görüş çerçevesinde örneğin Fransa mahkemeleri önüne gelen ve imalatçının sorumluluğu hakkındaki bir uyuşmazlıkta yetkili hukuk, Sözleşme'nin kapsamına girmesi kaydıyla La Haye Sözleşmesi uyarınca tespit edilecektir. Ancak tarafların, uyuşmazlığın meydana gelmesinden önce veya sonra hukuk seçiminde bulunma imkanlarının mevcut olup olmadığı, *for* devletinin hukuku olarak Roma II Tüzüğü uyarınca belirlenecektir (Corneloup, **a.g.e.**, s. 100).

¹²⁴⁸ Cour de Cassation, Iere Chambre Civile, 19.4.1988, 85-18715, (<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007020194>; Oberster Gerichtshof, 30.1.2003, (*naklen*, Illmer, **Art. 5 Rome II**, s. 120).

¹²⁴⁹ Öte yandan bu problemlerin önlenmesi için *de lege ferenda* en ideal çözümün, İmalatçının Sorumluluğu Hakkında La Haye Sözleşmesi'ne taraf AB üyesi devletlerin, Sözleşme'den çekilmeleri olduğu savunulmaktadır (Illmer, **Art. 5 Rome II**, s. 119).

Zira Roma II Tüzüğü'nde, Tüzüğün milletlerarası sözleşmelere göre öncelikle uygulanacağına yönelik bir düzenleme öngörülmesi hukuken mümkün değildir. Ancak 2006 tarihli Değiştirilmiş Tüzük

2) Sözleşme'nin Konu Bakımından Uygulama Alanı

a) Taraflar Arasındaki Hukuki İlişkinin Niteliğinin Belirleyici Olmaması

La Haye Sözleşmesi'nin, sözleşme dışı sorumluluğa özgü olduğu belirtilmemiştir¹²⁵⁰. Bununla birlikte, “*hatalı ürünün mülkiyetinin veya kullanımına ilişkin bir hakkın, sorumlu tutulan uyarınca zarar görene devredildiği bir durumda taraflar arasındaki uyuşmazlıkta Sözleşme'nin uygulanmayacağı*” düzenlenmiştir (Sözleşme m. 1, f. 2).

Bu hüküm uyarınca zarar görenin talebinin, sözleşme dışı sorumluluktan kaynaklanması şartıyla La Haye Sözleşmesi'nin uygulanacağı ileri sürülmektedir¹²⁵¹. Zarar görenin sözleşmeden doğan taleplerinin, Sözleşme'nin kapsamı dışında kaldığı belirtilmektedir¹²⁵². Fransız Yüksek Mahkemesi de 16.12.1997 tarihli bir kararında¹²⁵³ merkezi Hollanda'da bulunan imalatçı ile merkezi Fransa'da bulunan satıcı arasındaki ilişkinin sözleşmesel niteliğini gerekçe göstererek, La Haye Sözleşmesi'nin uygulanmayacağına karar vermiştir.

Buna karşılık doktrinde farklı bir görüş¹²⁵⁴, Sözleşme'nin taraflar arasındaki

Teklifi'nde söz konusu olduğu gibi somut olaydaki tüm şartların, AB üyesi ülkelerde yer alması halinde Tüzüğü Sözleşme'ye göre öncelikle uygulanacağına yönelik bir çözümün öngörülebileceği belirtilmektedir (Corneloup, **a.g.e.**, s. 86-87).

¹²⁵⁰ Buna karşılık Trafik Kazalarına Uygulanacak Hukuk Hakkındaki 4.5.1971 tarihli La Haye Sözleşmesi'nde söz konusu Sözleşme'nin, trafik kazalarından kaynaklanan “sözleşme dışı sorumluluğa” ilişkin uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuku düzenlediği Sözleşme'nin Başlangıç Bölümü'nde açıkça belirtilmiştir.

¹²⁵¹ Yvon Loussouarn, “La Convention de la Haye sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits”, **Journal du Droit International**, S. 1, 1974, s. 38; Pierre Cavin, “La douzième session de la conference de la Haye de droit international privé”, **Annuaire Suisse du Droit International**, C. XXVIII, 1972, s. 49; Bryant Durham, “Hague Convention on the Law Applicable to Products Liability”, **Ga. J. Int'l & Comp. L.**, C. 4, 1974, s. 183; Dutoit, **Convention**, s. 114; Fawcett, **a.g.e.**, s. 138; Güngör, **Tüketici**, s. 133.

¹²⁵² Pryles, **a.g.e.**, s. 116-117; Reese, **Explanatory Report**, s. 257; Cavin, **a.g.e.**, s. 50; Fawcett, **a.g.e.**, s. 138-139; Durham, **a.g.e.**, s. 183; Stone, **EU PIL**, s. 394, dn. 110; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğu**, s. 96; Özel, **İmalatçının Sorumluluğu**, s. 913; Tarman, **Devletler Özel İmalatçı**, s. 29.

Sözleşme m. 1, f. 2 hükmü incelendiğinde bu hükümde sözleşme kavramından da hiç bahsedilmediği görülecektir. Bunun bilinçli bir tercih olduğu ve sözleşme kavramının vasıflandırılması bakımından doğabilecek problemlerin önlenmesinin amaçlandığı ifade edilmektedir (Reese, **Explanatory Report**, s. 257; Dutoit, **Convention**, s. 114; Fawcett, **a.g.e.**, s. 138; Cavin, **a.g.e.**, s. 50; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğu**, s. 96; Tarman, **Devletler Özel İmalatçı**, s. 29).

¹²⁵³ *Cour de Cassation*, Chambre civile 1, 16.12.1997, başvuru numarası: 95-19119, (<http://www.juritravail.com/jurisprudence/JURITEXT000007039313.html>), (erişim tarihi: 5.6.2014).

¹²⁵⁴ Audit, **a.g.e.**, s. 708; Mayer/Heuzé, **a.g.e.**, s. 527; Brière, **Rome II**, s. 46; Bureau/Watt, **a.g.e.**, s. 410 ve dn. 3-4; Corneloup, **a.g.e.**, s. 90; Meglio, **a.g.e.**, s. 37-38.

Bu görüş kapsamında Sözleşme açısından taraflar arasındaki hukuki ilişki ve taleplerin, *lex fori* uyarınca vasıflandırılmayacağı hakkında bkz. Meglio, **a.g.e.**, s. 38.

hukuki ilişkinin niteliğini dikkate almadığını belirterek, Sözleşme'nin uygulama alanının çok daha geniş olduğunu ileri sürmektedir. Fransız Yüksek Mahkemesi de 7.3.2000 tarihli kararında¹²⁵⁵ bu görüşü kabul etmiştir¹²⁵⁶. Yüksek Mahkeme daha sonraki kararlarında¹²⁵⁷ da görüşünü sürdürmüştür. Bu kararlarda, La Haye Sözleşmesi'nin uygulama alanı bulması bakımından, taraflar arasındaki ilişkinin hukuki niteliğinin belirleyici olmadığı ifade edilmektedir.

Bu kararlar ışığında doktrinde Sözleşme'nin, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin niteliğinden bağımsız olarak, zarara yol açan hatalı ürünün mülkiyetinin veya kullanımına ilişkin bir hakkın, davalı tarafından “*doğrudan zarar gören davacıya*” devredilmediği her durumda uygulanacağı belirtilmektedir¹²⁵⁸.

Roma II Tüzüğü gibi Sözleşme de hem kusura dayalı hem de kusursuz sorumluluğu kapsamaktadır¹²⁵⁹.

b) Ürün ve Zarar Kavramları

La Haye Sözleşmesi m. 1'de imalatçının sorumluluğu kapsamındaki zararlar açıklanmış¹²⁶⁰; Sözleşme m. 2, a ve b bentleri uyarınca ürün ve zarar kavramları tanımlanmıştır¹²⁶¹. Sözleşme'ye taraf devlet mahkemeleri, ürün ve zarar kavramlarını bu hükümler uyarınca yorumlayacaktır¹²⁶².

¹²⁵⁵ *Cour de Cassation*, Chambre civile 1, 7.3.2000, başvuru numarası: 97-21222, (<http://www.juritravail.com/jurisprudence/JURITEXT000007044077.html>), (erişim tarihi: 5.6.2014).

¹²⁵⁶ Bureau/Watt, **a.g.e.**, s. 410 ve dn. 4; Corneloup, **a.g.e.**, s. 90.

¹²⁵⁷ *Cour de Cassation*, Chambre civile 1, 6.2.2008, başvuru numarası: 07-12672, (<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000018097014&fastReqId=940129113&fastPos=1>); *Cour de Cassation*, Chambre civile 3, 16.1.2013, başvuru numarası: 11-13509, (<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000026961503&fastReqId=824043547&fastPos=1>), (erişim tarihi: 5.6.2014).

¹²⁵⁸ Meglio, **a.g.e.**, s. 37-38; Bureau/Watt, **a.g.e.**, s. 410 ve dn. 3-4; Brière, **Rome II**, s. 46; Corneloup, **a.g.e.**, s. 90.

¹²⁵⁹ Siehr, **Specific Maritime Torts**, s. 144.

¹²⁶⁰ Sözleşme m. 1 uyarınca, “söz konusu Sözleşme, bir ürünün yanlış tanıtımı veya onun kalitesi, özellikleri ya da kullanım şekli hakkında yeterli bilgilendirmede bulunulmamasından kaynaklanan zararlar da dahil olmak üzere, bir ürünün sebep olduğu zarardan dolayı imalatçıların ve 3. maddede sayılan kişilerin sorumluluğuna uygulanacak hukuku düzenlemektedir”.

¹²⁶¹ Sözleşme m. 2, a hükmü uyarınca “ürün, işlenmiş veya işlenmemiş, taşınır ya da taşınmaz, doğal yolla elde edilen veya sanayi ürünlerini kapsar”.

Sözleşme m. 2, b gereği “zarar, ekonomik kayıplarda da dahil olmak üzere kişiye veya mala yönelik tüm zararları kapsamakta olup; ürünün kendisinde meydana gelen zarar ile ekonomik kayıpların, diğer zararlarla birleşmediği takdirde hariç tutulmuştur”.

¹²⁶² Reese, **Explanatory Report**, s. 253.

Sözleşme’de ürün kavramı, doğal yolla elde edilen şeyler dahil, taşınmaz malları da içerecek şekilde oldukça geniş şekilde tanımlanmıştır¹²⁶³. Sözleşme’deki ürün kavramı, taşınmaz malları da içerdiğinden Roma II Tüzüğü m. 5’ten daha geniştir¹²⁶⁴.

Sözleşme, hatalı ürünün yol açtığı zararlar ile sınırlı değildir. Hatalı bilgilendirmeden kaynaklanan zararları da kapsamaktadır¹²⁶⁵. İspanya Yüksek Mahkemesi, 29.5.1993 tarihli kararında¹²⁶⁶ ürünün hatalı olması dışında kullanma kılavuzundaki eksiklikler, ürünün kalite ve özelliklerine ilişkin eksik veya yanlış bilgilendirmeler ile ürünü kullanırken alınması gereken önlemlerin belirtilmemiş olmasının yol açtığı zararların da Sözleşme kapsamında olduğunu belirtmiştir.

Sözleşme’de zarar kavramı, kişiye ve mala yönelik zararlar olarak geniş şekilde tanımlanmıştır. Ancak diğer zararlarla birleşmedikçe hatalı ürünün kendisinde meydana gelen zararlarda Sözleşme’nin uygulama alanı bulmayacağı kabul edilmiştir¹²⁶⁷. Dolayısıyla hatalı ürünün kendisinde meydana gelen zararların tazminine uygulanacak hukuk, La Haye Sözleşmesi’ne göre değil; *for* devletinin kanunlar ihtilafı kurallarına göre tespit edilecektir.

3) Sözleşme’nin Kişi Bakımından Uygulama Alanı

Sözleşme uyarınca kişi kavramı, gerçek ve tüzel kişilerin yanında kişi ve mal topluluklarını içerecek şekilde geniş bir anlama sahiptir¹²⁶⁸.

Sözleşme m. 3’te sorumlu tutulan kişiler, geniş bir şekilde düzenlenmiştir¹²⁶⁹.

¹²⁶³ Reese, **Explanatory Report**, s. 253, 258; Dutoit, **Convention**, s. 113-114; Fawcett, **a.g.e.**, s. 140; Turhan, **a.g.e.**, s. 325, dn. 63 ve s. 326; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 476; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğuna İlişkin Kurallar**, s. 285; Güngör, **Tüketici**, s. 133; Tarman, **Devletler Özel İmalatçı**, s. 29.

¹²⁶⁴ Corneloup, **a.g.e.**, s. 93.

¹²⁶⁵ Reese, **Explanatory Report**, s. 253, 257-258; Dutoit, **Convention**, s. 112; Plender/Wilderspin, **a.g.e.**, s. 556; Turhan, **a.g.e.**, s. 326; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğu**, s. 95-96; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğuna İlişkin Kurallar**, s. 284-285.

¹²⁶⁶ İspanya Yüksek Mahkemesi’nin 29.5.1993 tarihli söz konusu kararının Fransızca özeti için bkz. Sumampouw, **a.g.e.**, s. 318.

¹²⁶⁷ Reese, **Explanatory Report**, s. 254, 258-259; Dutoit, **Convention**, s. 113; Fawcett, **a.g.e.**, s. 139; Plender/Wilderspin, **a.g.e.**, s. 557; Corneloup, **a.g.e.**, s. 93; Turhan, **a.g.e.**, s. 326; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğu**, s. 97; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğuna İlişkin Kurallar**, s. 285; Güngör, **Tüketici**, s. 133, dn. 318; Tarman, **Devletler Özel İmalatçı**, s. 29.

¹²⁶⁸ Reese, **Explanatory Report**, s. 259; Corneloup, **a.g.e.**, s. 94; Turhan, **a.g.e.**, s. 327; Tarman, **Devletler Özel İmalatçı**, s. 30.

¹²⁶⁹ Sözleşme m. 3 uyarınca, “*nihai ürün ve ara parça imalatçılarının, doğal yolda elde edilen ürün*

Nihai ürün ve ara parça imalatçıları ile birlikte ürünün depolanması ve onarımı dahil, ürünün piyasaya sürülmesine ilişkin sürecin hazırlık ve dağıtım aşamalarında yer alan herkes, sorumlu tutulan kişilere dahildir¹²⁷⁰. Ayrıca bu kişilerin acente ve işçilerinin de Sözleşme kapsamında olduğu açıkça düzenlenmiştir. Ürünün nakliyesini yapanlar ile güvenlik testlerini gerçekleştirenler, kapsam dışındadır¹²⁷¹.

Sözleşme m. 1, f. 2 hükmünde, “zarar gören (*the person suffering damage, la personne lésée*)” kavramı kullanılmışken, Sözleşme m. 4-5’teki bağlama kurallarında “doğrudan zarar gören (*the person directly suffering damage, la personne directement lésée*)” ifadesine yer verilmiştir. Sözleşme hakkındaki Açıklayıcı Rapor’da m. 1, f. 2’deki zarar gören kavramının, uğradığı zararın tazminini talep eden herkesi ifade ettiği; buna karşılık m. 4-5 hükümlerindeki doğrudan zarar gören kavramının, vücut bütünlüğü veya malvarlığı değerlerinde ilk elden zararın meydana geldiği kişiyi kastettiği açıklanmaktadır¹²⁷².

Dolayısıyla hatalı ürün sebebiyle hayatını kaybeden bir kişinin mirasçılarının o ürünün imalatçısına karşı tazminat taleplerinde, Sözleşme m. 4-5 uyarınca doğrudan zarar gören kişi, mirasçılar değil; hatalı ürün sebebiyle hayatını kaybetmiş kişidir¹²⁷³.

C) MÖHUK m. 36 Hükümünün Uygulama Alanı

1) Konu Bakımından

a) Zarar Görenin Talebinin Sözleşme Dışı Sorumluluğa Dayanması

Türk mahkemeleri önündeki bir uyuşmazlıktaki hukuki ilişki ve taleplerin, *lex*

imalatçıların, ürün sağlayıcılarının, tamirci ile antrepocular dahil olmak üzere ürünün hazırlanması veya dağıtımına ilişkin ticari zincirde yer alan diğer kişilerin sorumluluğu hakkında Sözleşme uygulanır. Sayılan tüm bu kişilerin işçileri ve acentelerinin sorumluluğu hakkında da Sözleşme uygulanacaktır”.

¹²⁷⁰ Reese, **Explanatory Report**, s. 254, 259; Tebbens, **a.g.e.**, s. 336-337; Dutoit, **Convention**, s. 112; Fawcett, **a.g.e.**, s. 139; Corneloup, **a.g.e.**, s. 94; Tarman, **Devletler Özel İmalatçı**, s. 29.

Ürünün tedarikçisi olarak, satıcı ve dağıtıcı dışında bir ürünü kiralayan veya teminat veren kişilerin de sorumluluğuna başvurulacağı hakkında bkz. Reese, **Explanatory Report**, s. 259; Tarman, **Devletler Özel İmalatçı**, s. 29, dn. 16.

¹²⁷¹ Reese, **Explanatory Report**, s. 259; Dutoit, **Convention**, s. 112.

¹²⁷² Reese, **Explanatory Report**, s. 257-258, 262.

¹²⁷³ Reese, **Explanatory Report**, s. 262.

fori uyarınca vasıflandırılacağı benimsenebilir¹²⁷⁴. Böylelikle mevcut uyuşmazlıktaki hukuki ilişki ile talepler, Türk hukuku uyarınca yorumlanarak, Türk hukukunda bunlara tanınan hukuki niteliğe göre uygulanacak hukuku gösteren yetkili bağlama kuralı belirlenecektir.

Bununla birlikte vasıflandırmanın mümkün olduğunca esnek bir şekilde ele alınarak, her somut olayın özelliklerine göre vasıflandırmaya uygulanacak hukukun belirlenmesi yönündeki görüşe¹²⁷⁵ itibar edildiği takdirde, genişletilmiş *lex fori* vasıflandırmanın¹²⁷⁶ burada uygun bir çözüm sunabileceği kanısındayız¹²⁷⁷. Böylelikle Türk hukukundaki mevcut hukuki kategori ve kavramların, mukayeseli hukuk da gözönüne alınarak, Türk hukukunda onlara tanınan anlamdan daha geniş bir şekilde yorumlanması suretiyle bir çözüme ulaşılabilecektir. Nitekim cezalandırıcı tazminata ilişkin bir talep söz konusu olduğunda, Türk hukukunda cezalandırıcı tazminatın mevcut olmaması sebebiyle *lex fori* vasıflandırmanın bir çözüm üretemeyeceği açıktır¹²⁷⁸. Genişletilmiş *lex fori* vasıflandırmaya başvurulduğunda ise cezalandırıcı tazminata ilişkin talebin, Türk hukukunda tanınan özel hukuk cezası olarak yorumlanması mümkün olacaktır¹²⁷⁹.

Bu bağlamda piyasaya sürülmüş bir ürünün yol açtığı zarardan kaynaklanan bir uyuşmazlık Türk mahkemesi önüne geldiğinde mahkeme, genişletilmiş *lex fori* vasıflandırma sonucunda davacının ileri sürdüğü talebin, taraflar arasındaki sözleşmeye dayandığını belirlemesi halinde uygulanacak hukuk, sözleşmenin

¹²⁷⁴ Hatalı ürünün yol açtığı zararın tazminine ilişkin uyuşmazlıkta vasıflandırmanın *lex fori* uyarınca yapılacağı görüşünde bkz. Özel, **İmalatçının Sorumluluğu**, s. 911, dn. 157; Dutoit, **Commentaire**, s. 478; Goldring, **a.g.e.**, s. 1001.

¹²⁷⁵ Bu görüşte bkz. Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 90 vd.; Tiryakioğlu, **Taşınır Mallar**, s. 84; Akıncı, **Uygulanacak Hukuk**, s. 67; Doğan, **a.g.e.**, s. 174; Elçin, **a.g.e.**, s. 14 vd.

¹²⁷⁶ Genişletilmiş *lex fori* vasıflandırma (*enlightened lex fori*) hakkında ayrıntılı olarak bkz. Kahn-Freund, **General Problems**, s. 227 vd.

¹²⁷⁷ Doktrinde Türk hukukunda tanınmayan hukuki olay ve ilişkiler hakkında, bunların irtibatlı oldukları ülke hukukları kapsamında mukayeseli hukuk esasına göre vasıflandırma yapılmasının, milletlerarası özel hukuk adaletinin sağlanması açısından isabetli olacağı görüşünde bkz. Doğan, **a.g.e.**, s. 174; hizmet sözleşmesi bakımından karşılaştırmalı hukuktan yararlanarak bağımsız vasıflandırma yapılması yönünde bkz. Elçin, **a.g.e.**, s. 19 vd.

¹²⁷⁸ Belirli bir kurum veya ilişkinin hakimnin hukukunda tanınmamış olması sebebiyle reddedilmemesi gerektiği hakkında bkz. Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard, **a.g.e.**, par. 285 vd.

Lex fori'de yabancı hukukta yer alan kuruma benzer veya yakın bir kurumun mevcut olmaması halinde *lex fori* vasıflandırmanın çözüm üretemeyeceği hakkında bkz. Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 84, 87; Tekinalp/Uyamık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 43; Tiryakioğlu, **Taşınır Mallar**, s. 85.

¹²⁷⁹ Bu konudaki değerlendirmemiz için bkz. yuk. "Türk Hukuku Açısından Hukuki Niteliğinin Değerlendirilmesi" başlıklı bölüm (Birinci Bölüm, II, A, 3, b).

niteliğine göre sözleşmelere ilişkin genel hüküm¹²⁸⁰ olan MÖHUK m. 24 veya tüketici sözleşmelerine ilişkin¹²⁸¹ MÖHUK m. 26 uyarınca belirlenecektir.

Öte yandan davacının talebinin, mala yönelik bir zarardan kaynaklanması ve uygulanma koşulların da gerçekleşmesi halinde AY m. 90 ve MÖHUK m. 1, f. 2 gereği bağlama kurallarına başvurulmaksızın, doğrudan *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler (Viyana) Antlaşması'nın*¹²⁸² hükümleri uygulanarak uyuşmazlık çözümlenecektir.

Piyasaya sürülmüş ürün sebebiyle zarar gören kişiler ile zarar veren arasında sözleşmesel bir ilişkinin bulunması düşük bir ihtimal olduğundan, zarar görenin tazminat talebi çoğunlukla haksız fiilden kaynaklanacaktır¹²⁸³. Özellikle ürün sebebiyle zarar görenlerin, o ürünü iktisap edenler dışındaki üçüncü kişiler olması halinde bu kişiler ile imalatçı, ithalatçı, dağıtıcı ya da satıcı arasında sözleşmesel bir ilişki mevcut olmayacaktır¹²⁸⁴.

Vasıflandırma sonucunda üründen zarar görenin talebinin, haksız fiile ilişkin olduğu saptandığı takdirde uygulama alanına girmesi kaydıyla, MÖHUK m. 36 uyarınca uygulanacak hukuk belirlenecektir.

¹²⁸⁰ MÖHUK m. 24 hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özdemir Kocasakal, **MÖHUK m. 24**, s. 28-63; Demir Gökyayla, **Tek Satıcılık**, s. 289-398; Demirkol, **a.g.e.**, s. 64-343.

¹²⁸¹ MÖHUK m. 26 hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Zeynep Çalışkan, “5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 26. Maddesine Göre Tüketici Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, **MHB**, Y. 28, S. 1-2, 2008, s. 27-49; Günseli Öztekin Gelgel, “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Bünyesinde Tüketici Sözleşmeleri”, **Avrupa’da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Akitler Ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri**, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2010, (Tüketici), s. 197 vd.

¹²⁸² *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, yürürlüğe giriş tarihi: 1.1.1988. Antlaşma’nın İngilizce ve Türkçe metinleri için bkz. <http://cisg.bilgi.edu.tr/cisg-metin> (erişim tarihi: 12.5.2014).

Milletlerarası nitelikte mal satımına ilişkin sözleşmeler hakkında maddi hukuk kuralları içeren söz konusu Antlaşma’ya, 2014 itibarıyla 81 devlet taraftır. Taraf devletlerin listesi için bkz. http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html (erişim tarihi: 12.5.2014).

Antlaşma, 1.8.2011 tarihi itibarıyla Türkiye açısından yürürlüğe girmiştir (RG. 7.4.2010-27545).

Antlaşma’nın uygulama alanı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Loukas Mistelis, “CISG’in Uygulama Alanı: Yer, Zaman, Kişi Bakımından”, **Milletlerarası Satım Hukuku**, Ed. Yeşim Atamer, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2008, s. 7-24; Ali Gümrah Toker, **Uluslararası Taşınır Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nin (Viyana Sözleşmesi) Uygulama Alanı**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2005, (Viyana Sözleşmesi), s. 31 vd.; Atamer, **CISG**, s. 36-62.

¹²⁸³ Batiffol, **a.g.e.**, s. 252; Illmer, **Product Liability**, **a.g.e.**, s. 282; Graziano, **Product Liability**, s. 480; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 300, par. 315; Çalışkan, **a.g.e.**, s. 306.

¹²⁸⁴ Illmer, **Product Liability**, s. 282.

Nitekim, İsv. MÖHK m. 135'in yalnızca sözleşme dışı sorumluluğa özgü olduğu; garanti taahhüdü ya da ayıba karşı tekeffülden kaynaklanan sözleşmesel talepler hakkında uygulanmayacağı ifade edilmektedir¹²⁸⁵. Aynı sonuç, MÖHUK m. 36 bakımından da geçerlidir. Vasıflandırma neticesinde garanti taahhüdü ya da ayıba karşı tekeffülden kaynaklanan talepler hakkında MÖHUK m. 36 uygulanmayacaktır.

MÖHUK m. 36 kapsamında değerlendirilecek olan haksız fiil sorumluluğu, kusur sorumluluğu ile birlikte kusursuz sorumluluğu da içerecek şekilde, geniş bir anlama sahiptir¹²⁸⁶.

MÖHUK m. 36'daki hüküm, MÖHUK m. 34'e nazaran özel bir düzenlemedir (*lex specialis*). Bununla birlikte MÖHUK m. 36'nın uygulama koşulları gerçekleşmediği takdirde, zarar görenin haksız fiilden kaynaklanan talebine uygulanacak hukuk, MÖHUK m. 34 gereği tespit edilecektir.

b) Ürün Kavramının “İmal Edilen Şeyler” ile Sınırlandırılmış Olması

İsv. MÖHK m. 135'te “üründeki hata veya hatalı bilgilendirmeden doğan taleplerden” bahsedilmiştir. Ürün, hatalı ürün ve hatalı bilgilendirme kavramları hakkında İsv. MÖHK'da bir tanım ya da açıklamaya yer verilmemiştir¹²⁸⁷. Doktrinde söz konusu hükmün, iç hukukun dar sınırlarından bağımsız olarak, yabancı hukuk sistemlerindeki farklılıkları da gözeterek geniş yorumlanması gerektiği belirtilmektedir¹²⁸⁸. Bu bakımdan İsv. MÖHK m. 135'teki ürün kavramının belirlenmesinde, İmalatçının Sorumluluğu Hakkındaki Sözleşme'nin esas alınacağı belirtilmektedir¹²⁸⁹. Böylelikle İsv. MÖHK m. 135 açısından ürün kavramının geniş anlamda anlaşılacağı; imal edilen şeylerin yanında doğal yolla veya tarım, hayvancılık, avlanma sonucu elde edilen her türlü maddi varlığı ve Sözleşme'ye

¹²⁸⁵ Bucher, *Actes illicites*, s. 125; Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard, *a.g.e.*, par. 542; Dutoit, *Commentaire*, s. 478; Bucher/Bonomi, *a.g.e.*, par. 1100; Imhoff-Scheier/Patocchi, *a.g.e.*, s. 57; Tanrıbilir, *Ürün Sorumluluğuna İlişkin Kurallar*, s. 282; Tanrıbilir, *Ürün Sorumluluğu*, s. 172.

¹²⁸⁶ Ayrıca MÖHUK m. 36 uyarınca tespit edilen uygulanacak hukukta meselenin, sözleşme dışı sorumluluk kapsamında düzenlenmemiş olması önem taşımayacaktır. Mehaz İsv. MÖHK m. 135 açısından bu yönde bkz. Bucher/Bonomi, *a.g.e.*, par. 1100.

¹²⁸⁷ Bunun, hükmün uygulama alanı açısından belirsizliğe yol açtığı görüşünde bkz. Fallon, *a.g.e.*, s. 453, dn. 67; Fawcett, *a.g.e.*, s. 165-166; Imhoff-Scheier/Patochhi, *a.g.e.*, s. 56.

¹²⁸⁸ Imhoff-Scheier/Patochhi, *a.g.e.*, s. 57.

¹²⁸⁹ Dutoit, *Commentaire*, s. 479; Imhoff-Scheier/Patocchi, *a.g.e.*, s. 58.

uygun olarak taşınmazları da kapsayacağı kabul edilmektedir¹²⁹⁰.

MÖHUK m. 36 hükmünün ilk cümlesinde ise “*imal edilen şeylerin sebep olduğu zarardan doğan sorumluluktan*” bahsedilmiş ve hükmün ikinci cümlesinde “*mamül*” kavramına yer verilmiştir.

Görüldüğü üzere mehaz İsviçre düzenlemesinin aksine, MÖHUK m. 36’da ürün, hatalı ürün veya hatalı bilgilendirme kavramlarına hiçbir şekilde yer verilmemiştir. Daha da önemlisi, MÖHUK m. 36’nın ilk cümlesinde “imal edilen şeyler” ifadesi kullanıldığından ürün kavramı, imal edilen şeylerle sınırlandırılmıştır¹²⁹¹. Nitekim hükmün ikinci cümlesinde de “mamül” terimine yer verilmiştir. Mamül, yapılmış, işlenmiş, imal edilmiş şey anlamına gelmektedir. Ürün ise hem doğadan elde edilen, hem de işlenmiş şeyleri içeren, mamüle göre daha geniş bir kavramdır. Ürün yerine “mamül” teriminin kullanılmış olması da hükmün, “imal edilen şeylerle” sınırlandırılmış olduğunu bir kere daha vurgulamaktadır.

MÖHUK m. 36’da öngörülen bu sınırlama, tarım, hayvancılık, balıkçılık, avlanma ile ağaç ve orman ürünleri gibi doğadan elde edilen şeylerin, hükmün uygulama alanı dışında kalmasına yol açmaktadır¹²⁹². Bunun sonucunda bu gibi şeylerin yol açtığı zararların sözleşme dışı sorumluluk kapsamında tazminine uygulanacak hukuk, MÖHUK m. 34 gereği tespit edilecektir.

La Haye Sözleşmesi ile Roma II Tüzüğü’ne¹²⁹³ bakıldığında bu düzenlemelerde MÖHUK m. 36’nın aksine imal edilen şeyler ya da mamül kavramlarına yer verilmediği; hatta böyle bir sınırlamadan özellikle kaçınıldığı görülecektir¹²⁹⁴. Mehaz İsviçre düzenlemesinde de böyle bir sınırlamaya yer

¹²⁹⁰ Bucher/Bonomi, **a.g.e.**, par. 1100; Dutoit, **Commentaire**, s. 479; Imhoff-Scheier/Patocchi, **a.g.e.**, s. 58; Bucher, **Actes illicites**, s. 126.

¹²⁹¹ Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğuna İlişkin Kurallar**, s. 283.

Aynı ifadenin yer aldığı ve imalatçının sözleşme dışı sorumluluğunu düzenleyen MÖHUK Tasarısı m. 25b açısından da benzer yönde bkz. Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğu**, s. 189.

¹²⁹² Bununla birlikte tekstil ve deri ürünleri gibi tarıma dayalı olmakla birlikte işlenmiş olan ürünlerin, MÖHUK m. 36’nın kapsamı içerisinde olduğu düşüncesindeyiz.

¹²⁹³ Bu itibarla 22.7.2003 tarihli Tüzük Teklifi ile 21.2.2006 tarihli Değiştirilmiş Tüzük Teklifi’ndeki imalatçının sorumluluğu hakkındaki bağlama kurallarında “imal edilen şeyler” ifadesinin kullanılmadığını; yalnızca “*hatalı ürün (defective product, produit defectueux)*” kavramına yer verildiğini belirtmek isteriz. Dolayısıyla Tüzük Teklifi’nde yer alan bağlama kuralındaki hatalı ürün ifadesi yerine, “*imal edilen şey*” kavramı kullanılarak yapılan Türkçe tercüme ve aktarmanın, Tüzük metninin aslından farklı bir aktarım olduğu düşüncesindeyiz. Söz konusu aktarım için bkz. Öztekin Gelgel, **a.g.e.**, s. 119.

¹²⁹⁴ Roma II Tüzüğü açısından bu yönde bkz. Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 435; Stone, **Rome II**, s. 119.

verilmemiştir. Bunun sonucunda, MÖHUK m. 36'nın uygulama alanı, söz konusu düzenlemelere kıyasla önemli ölçüde daralmaktadır.

MÖHUK m. 36 hükmünün gerekçesinde ürün kavramının, imal edilen şeylerle sınırlı tutulma nedeni ve hangi gerekçeyle bu hususta yukarıda belirtilen düzenlemelerden farklı bir tercihte bulunulduğu açıklanmamıştır. Ancak bu sınırlama önemli sonuçlara yol açmaktadır.

Herşeyden önce MÖHUK m. 36'da özel bir bağlama kuralının düzenlenmesi, genel haksız fiil kuralının imalatçının sorumluluğundan doğan uyumsuzluklarda yetersiz kalması ve ihtiyaçlara cevap verememesinden kaynaklanmaktadır¹²⁹⁵. Ancak MÖHUK m. 36 açısından bu amacın, belirli bir alanda faaliyet gösteren imalatçılara yönelik olduğu açıktır. Hüküm, “imal edilmiş şeyler”den bahsederek, sanayi sektöründe faaliyet gösteren Türk ihracatçıları korumayı amaçlamaktadır. Doğadan elde edilen, işlenmemiş bitkisel ve hayvansal ürünleri piyasaya süren Türkiye’de bulunan ihracatçılar, MÖHUK m. 36’nın sağladığı öngörülebilirlik korumasından yoksun kalacaktır.

İkinci olarak, insan vücudu, dokusu, organları ile kan ve kan ürünlerinin MÖHUK m. 36 kapsamına dahil edilip edilmeyeceği sorusu doğmaktadır. Bu noktada öncelikle MÖHUK m. 36'da mamülün bir ülkeye sokulması yani pazarlanmasından bahsedildiği için, hükümde ticari bir faaliyete konu olabilecek şeylerin kastedildiğini düşünmekteyiz. Kan veya insan organlarının, ivaz karşılığı alışverişe konu olması mümkün değildir. Ancak bunlar bağışlandıktan sonra, sağlık kuruluşları tarafından tedavi amaçlı olarak kullanılmaktadır. Bu amaç doğrultusunda da insan kanı, dokusu veya organları, çeşitli tıbbi yöntemlerle, farklı işlemlerden geçirilmektedir. Buradan hareket edilirse, tedavi amaçlı yapılan bir kan, organ veya doku nakli, hizmet olarak kabul edilmediği takdirde, işlenerek ortaya çıkarılmış birşey söz konusu olacağından bunların, MÖHUK m. 36 kapsamında değerlendirilmesi mümkün olabilir.

Ayrıca bu alandaki eğilimin tarımsal ürünlerin de sorumluluk kapsamına alınması yönünde olduğu hakkında bkz. Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğuna İlişkin Kurallar**, s. 283.

¹²⁹⁵ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 421; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 300, par. 315; Doğan, **a.g.e.**, s. 392; Çalışkan, **a.g.e.**, s. 306; Tarman, **Devletler Özel İmalatçı**, s. 27, 41; Tarman, **Contractual and non-contractual obligations**, s. 11; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 338; ayrıca 5718 sayılı Kanun’un Gerekçesi’nde de bu husus belirtilmiştir bkz. 5718 Sayılı MÖHUK Tasarısı İle İlgili Adalet Komisyonu Raporu, s. 11; 24.

c) Hükümde “Hatalı Ürün veya Hatalı Bilgilendirmeden” Bahsedilmemiş Olması

İsv. MÖHK m. 135, f. 1 düzenlemesinde “üründeki hata veya hatalı bilgilendirmeden doğan taleplerden” bahsedilmiştir. Bu sebeple, İsv. MÖHK m. 135’in uygulanabilmesi için ürünün bir zarara yol açması yeterli değildir¹²⁹⁶. Uygulanacak hukukun İsv. MÖHK m. 135 uyarınca belirlenebilmesi için, hatalı bir ürün veya hatalı bilgilendirmenin mevcut olması ve meydana gelmiş zararın, bu hatadan kaynaklanması gerekir¹²⁹⁷. Bu açıdan İsv. MÖHK m. 135’teki bağlama kuralının uygulama alanı, zarara yol açan şeyin hatalı olması ile sınırlıdır¹²⁹⁸.

Hatalı ürün ve hatalı bilgilendirme hakkında İsv. MÖHK’da bir tanım ya da açıklamaya yer verilmemiştir¹²⁹⁹. Ancak İsv. MÖHK m. 135 açısından hata kavramının geniş yorumlanacağı; imalat ve tasarım hataları ile birlikte bilgilendirme ve gelişim hatalarının da madde kapsamına girdiği doktrinde belirtilmektedir¹³⁰⁰. Ayrıca üründeki hatanın, nakliye veya depolama sırasında meydana gelmiş güvenlik eksiklerini de içereceği kabul edilmektedir¹³⁰¹. Hatalı bilgilendirme bakımından ise ürüne ilişkin kullanım talimatlarındaki eksiklikler örnek olarak gösterilmektedir¹³⁰².

MÖHUK m. 36’da ise mehz İsv. MÖHK m. 135’in aksine hatalı ürün veya hatalı bilgilendirmeden hiçbir şekilde bahsedilmemiştir. Hükme ilişkin gerekçede de zarara yol açan imal edilmiş şeyin hatalı olması ve meydana gelen zararın bu hatadan kaynaklanmasına dair bir açıklama bulunmamaktadır¹³⁰³. Bu bakımdan uygulanacak hukukun MÖHUK m. 36 uyarınca belirlenebilmesi için, kanımızca imal edilen şeyin zarara yol açması yeterli olacaktır. MÖHUK m. 36’nın uygulanabilmesi için, imal edilmiş şeyin ayrıca hatalı olması ve zararın, bu hatadan kaynaklanması gerekmeyecektir.

¹²⁹⁶ Dutoit, **Commentaire**, s. 478; Imhoff-Scheier/Patocchi, **a.g.e.**, s. 58.

¹²⁹⁷ Morse, **a.g.e.**, s. 75; Dutoit, **Commentaire**, s. 478; Bucher/Bonomi, **a.g.e.**, par. 1100; Bucher, **Actes illicites**, s. 126; Imhoff-Scheier/Patocchi, **a.g.e.**, s. 58; Tanrıbilir, **İmalatçının Sorumluluğuna İlişkin Kurallar**, s. 282; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğu**, s. 172.

¹²⁹⁸ Imhoff-Scheier/Patocchi, **a.g.e.**, s. 58.

¹²⁹⁹ Bunun, hükmün uygulama alanı açısından belirsizliğe yol açtığı görüşünde bkz. Fallon, **a.g.e.**, s. 453, dn. 67; Fawcett, **a.g.e.**, s. 165-166; Imhoff-Scheier/Patocchi, **a.g.e.**, s. 56.

¹³⁰⁰ Dutoit, **Commentaire**, s. 479; Bucher/Bonomi, **a.g.e.**, par. 1100; Bucher, **Actes illicites**, s. 126; Imhoff-Scheier/Patocchi, **a.g.e.**, s. 58.

¹³⁰¹ Bucher, **Actes illicites**, s. 126; Bucher/Bonomi, **a.g.e.**, par. 1100.

¹³⁰² Bucher, **Actes illicites**, s. 126; Bucher/Bonomi, **a.g.e.**, par. 1100.

¹³⁰³ Bu hususta bkz. 5718 Sayılı MÖHUK Tasarısı İle İlgili Adalet Komisyonu Raporu, s. 24.

MÖHUK m. 36'nın uygulama alanının hatalı ürün veya bilgilendirme ile sınırlanmadığını düşündüğümüzden, hatalı olmamasına karşın, yapısı itibarıyla tehlikeli olan asbest veya sigara gibi imal edilmiş şeylerin yol açtığı zarardan kaynaklanan uyuşmazlıklarda da MÖHUK m. 36'nın uygulanacağı kanısındayız. Bununla birlikte zarara yol açan ürünün hatalı olmasının gerekip gerekmediği, bunun nasıl tespit edileceği, meydana gelmiş zarar ile ürünlerdeki hata arasında nedensellik bağının bulunup bulunmadığı gibi konuların, MÖHUK m. 36 gereği tespit edilecek hukuka göre belirleneceği açıktır¹³⁰⁴.

2) Kişi Bakımından

İsv. MÖHK m. 135, Roma II Tüzüğü m. 5 ve İmalatçının Sorumluluğu Hakkında La Haye Sözleşmesi'nde olduğu gibi MÖHUK m. 36 düzenlemesinde de yalnızca “*zarar gören*”den bahsedilmiştir. Zarar görenin, tüketici olması gibi bir şart aranmamıştır. Bu itibarla MÖHUK m. 36 uyarınca zarar gören kavramı geniş yorumlanacaktır¹³⁰⁵. Tüketici olsun olmasın, üçüncü kişiler de dahil olmak üzere herkes, hükmün kapsamına girecektir.

MÖHUK m. 36, “imalatçının sözleşme dışı sorumluluğu” başlığını taşımasına karşın maddede imalatçı ifadesine yer verilmemiş; sadece “*zarar veren*”den bahsedilmiştir. Mevzuat İsv. MÖHK m. 135 açısından da aynı durum geçerlidir. İsv. MÖHK m. 135 uyarınca zarar veren kavramının geniş şekilde anlaşılacağı belirtilmektedir¹³⁰⁶. Bu çerçevede MÖHUK m. 36'da kullanılan zarar veren kavramı ile yalnızca imalatçı kastedilmemiştir. İmalatçı dışında sürüm zincirinde yer alan ithalatçı, dağıtıcı gibi diğer kişiler de MÖHUK m. 36 uyarınca zarar veren kavramına dahildir¹³⁰⁷. Ayrıca MÖHUK m. 36'daki “*zarar verenin, mamülün o ülkeye rızası dışında sokulması*” şartı gözönüne alındığında ürünün bir ülkeye sokulmasında rol alan herkesin sorumlu olduğu iddia edilebilecektir.

¹³⁰⁴ Dutoit, **Commentaire**, s. 479; Bucher, **Actes illicites**, s. 126; Imhoff-Scheier/Patocchi, **a.g.e.**, s. 58, dn. 79.

¹³⁰⁵ İsv. MÖHK m. 135 açısından bu yönde bkz. Dutoit, **Commentaire**, s. 479; Bucher/Bonomi, **a.g.e.**, par. 1098; Imhoff-Scheier/Patocchi, **a.g.e.**, s. 59.

¹³⁰⁶ Morse, **a.g.e.**, s. 75; Dutoit, **Commentaire**, s. 479; Imhoff-Scheier/Patocchi, **a.g.e.**, s. 59.

¹³⁰⁷ İsv. MÖHK m. 135 açısından bu yönde Dutoit, **Commentaire**, s. 479; Bucher, **Actes illicites**, s. 126.

İsviçre hukukunda bu konuda İmalatçının Sorumluluğu Hakkında La Haye Sözleşmesi m. 3'te düzenlenen sorumlular tanımının esas alınabileceği görüşünde bkz. Dutoit, **Commentaire**, s. 479.

Buna karşılık ürünün kullanıcısı, maliki veya onların işvereni, zarar veren kapsamında değerlendirilmeyecektir. Örneğin, arabanın hatalı olması sebebiyle meydana gelen bir trafik kazasında yaralanan yayaların, arabayı kullanan kişiye ya da o arabanın malikine karşı tazminat talepleri hakkında uygulanacak hukuk, MÖHUK m. 36 değil; MÖHUK m. 34 uyarınca belirlenecektir¹³⁰⁸.

Ç) İmalatçının Sorumluluğuna Özgü Bağlama Kurallarının Diğer Bağlama Kuralları ile İlişkisi

1) Taleplerin Yarışması

Piyasaya sürülmüş ürünün yol açtığı zararlarda zarar gören, tazminat talebini haksız fiile dayandırabileceği gibi taraflar arasında sözleşmesel bir ilişkisinin bulunması halinde sözleşmeye aykırılığa da dayandırabilir¹³⁰⁹. Örneğin, satıcının aynı zamanda imalatçı olduğu bir durumda zarar gören alıcı, tazminat talebini hem sözleşmeye aykırılığa hem de maddi hukukta imalatçının sorumluluğunun haksız fiil sorumluluğu olarak da nitelendirilmesi halinde haksız fiile dayandırabilir¹³¹⁰.

Milletlerarası özel hukukta aynı zamanda sözleşmeye aykırılık sonucunu da doğuran fiiller, taleplerin yarışması (*concours des actions, concurrent claims*) çerçevesinde ele alınır. Taleplerin yarışması hakkında doktrinde farklı çözüm yolları ileri sürülmüştür¹³¹¹. Bir görüş¹³¹², taleplerin ayrı ayrı incelenerek, her bir talebin ait

¹³⁰⁸ Roma II Tüzüğü m. 5 kapsamında bu yönde bkz. Stone, **Product Liability**, s. 182.

¹³⁰⁹ Scott, **a.g.e.**, s. 60, 71; Illmer, **Product Liability**, s. 281; Dutson, **Characterisation**, s. 224; Goldring, **a.g.e.**, s. 423; Tarman, **Devletler Özel İmalatçı**, s. 25; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğu**, s. 75-76.

¹³¹⁰ Günseli Öztekin Gelgel, **Türk Devletler Özel Hukukunda Tüketici Akitlerine İlişkin Sorunlar**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2000, (Tüketici Akitleri), s. 42-43; Çalışkan, **a.g.e.**, s. 292.

¹³¹¹ Maddi hukuk düzenlerinde de konuya ilişkin yeknesak bir çözüm mevcut değildir. Fransız hukukunda *non-cumul* prensibi uyarınca taraflar arasındaki mevcut sözleşme ilişkisinin, haksız fiil veya sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan talepleri engelleyeceği; bu sebeple sözleşmeden doğan bir talep var olduğu sürece haksız fiil hükümlerine başvurulamayacağı kabul edilmektedir (Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 111; Bach, **Art. 1 Rome II**, s. 37; Illmer, **Product Liability**, s. 283).

Buna karşılık İngiliz, İsviçre, Alman ve İtalyan hukukunda taleplerin yarışması kabul edilerek, davacının tercih hakkının bulunduğu benimsenmektedir (Graziano, **Freedom to choose**, s. 124).

Türk hukukunda ise BK m. 60 uyarınca zarar gören aksini talep etmiş veya kanunda aksi öngörülmüş olmadıkça hâkimin zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar vereceği düzenlenmiştir.

¹³¹² Tarman, **Haksız Rekabet**, s. 101, dn. 190'da belirtilen yazarlar.

Alman Federal Mahkemesi, sözleşmesel ve sözleşme dışı sorumluluktan doğan talepleri ayrı ayrı inceleyerek, her bir talep hakkında uygulanacak hukuku, kendileri için öngörülmüş bağlama kuralı uyarınca tespit etmiş ve aynı uyumsuzlukta iki farklı hukuku uygulamıştır (BGH, 28.3.1961, *naklen*, Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 111, dn. 550).

olduğu hukuki kategoriye bağlanması ve bunun sonucunda aynı uyumsuzlukta iki farklı hukukun uygulanması gerektiğini ileri sürer.

Buna karşılık, aynı uyumsuzlukta farklı hukukların uygulanmasının yaratacağı uyumsuzluk ve problemler karşısında tek bir hukukun uygulanması gerektiği görüşü ağırlık kazanmaktadır¹³¹³. Buna göre davacının talebi doğrultusunda vasıflandırma ile bir çözüme varılarak mevcut uyumsuzlukta tek bir hukukun yetkili olmasının sağlanacağı veya daha sıkı ilişkili hukuk hukuk kuralı ya da haksız fiillerde hukuk seçimi imkanının tanınması suretiyle taleplerin yarışmasından kaynaklanan problemlerin çözümleneceği; uyumsuzlukta tek bir hukukun yetkili kılınabileceği belirtilmektedir¹³¹⁴.

İmalatçının Sorumluluğu Hakkında La Haye Sözleşmesi'nde hatalı ürünün mülkiyetinin veya kullanımına ilişkin bir hakkın, sorumlu tutulanlar uyarınca zarar görene devredildiği bir durumda Sözleşme'nin uygulanmayacağı düzenlenmiştir (Sözleşme m. 1, f. 2). Bu düzenlemenin, taleplerin yarışmasından doğacak sorunları, en başından ortadan kaldırmaya hizmet ettiği belirtilmektedir¹³¹⁵. Zira böyle bir durumda zarar gören haksız fiil hükümlerine dayansa bile La Haye Sözleşmesi'nin uygulanmayacağı ileri sürülmektedir¹³¹⁶. Ancak farklı bir görüş¹³¹⁷, taraflar arasında sözleşmesel bir ilişki bulursa bile zarar görenin, haksız fiil hükümlerine dayanması halinde Sözleşme'nin uygulanacağını savunmaktadır.

Roma II Tüzüğü açısından bir uyumsuzlukta davacının, hem sözleşmeye aykırılığa hem de haksız fiile dayanması halinde teorik olarak sözleşmeden

¹³¹³ Martin Czepelak, "Concurrent Causes of Actions Under Rome I and Rome II Regulations", **Journal of Private International Law**, C. 7, S. 2, 2011, s. 401, 403; Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 111; Rigaux/Fallon, **a.g.e.**, s. 933; Clarkson/Hill, **a.g.e.**, s. 299; Tiryakioğlu, **Taşınır Mallar**, s. 56.

¹³¹⁴ Lorenz, **a.g.e.**, s. 337; Czepelak, **a.g.e.**, s. 403-404; Graziano, **Freedom to choose**, s. 124-125; Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 44, 112; Rigaux/Fallon, **a.g.e.**, s. 933; Clarkson/Hill, **a.g.e.**, s. 299; Fallon, **Autonomie de la volonté**, s. 167.

Bununla birlikte somut uyumsuzlukta her iki sorumluluğa ait hükümlerin birlikte uygulanıp uygulanamayacağının veya zarar görenin, tercih hakkının bulunup bulunmadığının, esasa ilişkin bir mesele olduğu ve uyumsuzluğun esasına uygulanan hukuka göre çözümleneceği de ileri sürülmüştür. Bu yönde bkz. Kahn-Freund, **Delictual Liability**, s. 130 vd.; Bucher, **Actes illicites**, s. 126.

¹³¹⁵ Cavin, **a.g.e.**, s. 50; Loussouarn, **a.g.e.**, s. 38-39.

Taleplerin yarışması halinde tek bir hukukun uygulanmasını temin edecek daha sıkı ilişkili hukuk kuralının Sözleşme'de düzenlenmemiş olmasının, Sözleşme'nin bir uzlaşmanın ürünü olmasından ve bu konuda, La Haye Milletlerarası Özel Hukuk Konferansına üye devletlerin hukukundaki farklılıklardan kaynaklandığı görüşünde bkz. Lorenz, **a.g.e.**, s. 337.

¹³¹⁶ Dutoit, **Convention**, s. 114; Stone, **EU PIL**, s. 394, dn. 110.

¹³¹⁷ Tebbens, **a.g.e.**, s. 356-357; Pryles, **a.g.e.**, s. 116-117; Fawcett, **a.g.e.**, s. 138.

kaynaklanan taleplerin, Roma I Tüzüğü; haksız fiilden kaynaklanan taleplerin ise Roma II Tüzüğü uyarınca belirlenecek hukuka tabi olacağı belirtilmektedir¹³¹⁸. Bununla birlikte temelini yakınlık ilkesinde (*principe de proximité*) bulan¹³¹⁹ Roma II Tüzüğü m. 4, f. 3'teki istisna kuralı sayesinde taleplerin yarışması halinde tek bir hukukun uygulanması sağlanacaktır¹³²⁰. İmalatçının sorumluluğu hakkındaki Tüzük m. 5'teki bağlama kuralının ikinci fıkrasında da istisna kuralı öngörülmüştür. Bu kural, Tüzük m. 4, f. 3'teki istisna kuralı ile benzerdir¹³²¹. Böylelikle imalatçının sorumluluğundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda Tüzük m. 5 f. 2 sayesinde yarışan taleplerin tek ve aynı hukuka tabi kılınması mümkün olacaktır¹³²².

Türk hukukuna bakıldığında doktrinde taleplerin yarışmasında haksız fiil statüsünün değil; sözleşme statüsünün tercih edilmesi gerektiği savunulmuştur¹³²³. Farklı bir görüş¹³²⁴ ise davacının tercih hakkının bulunduğunu ifade ederek; davacının tercihi ve hukuki nitelendirmesine göre bir çözüme varılacağını ileri sürmektedir.

¹³¹⁸ Halfmeier, **Article 1**, s. 383; Illmer, **Product Liability**, s. 281-282.

¹³¹⁹ İstisna kuralının yakınlık ilkesinin bir ürünü olduğu yönünde genel olarak bkz. Lagarde, **a.g.e.**, s. 122-126; Bucher, **Cours Général**, s. 94-95.

¹³²⁰ Halfmeier, **Article 1**, s. 383; Bach, **Art. 1 Rome II**, s. 37; von Hein, **Article 4**, s. 425; Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 44; Dickinson, **a.g.e.**, s. 345-346; Brière, **Rome II**, s. 14; Clarkson/Hill, **a.g.e.**, s. 299-301; ayrıca bkz. Roma II Açıklayıcı Rapor, s. 12-13.

Haksız fiillere ilişkin genel kural olan Tüzük m. 4'ün 3. fıkrasında somut olayın tüm şartları gözönüne alındığında haksız fiil ilişkisinin, ilk iki fıkra ile belirlenen ülke hukukları dışında başka bir ülke hukuku ile açıkça -tereddüde yer vermeyecek şekilde- daha sıkı ilişkili olması halinde bu hukukun uygulanacağı düzenlenmiştir. Hükmün devamında ise daha sıkı ilişkili hukuk hakkında bir karine öngörülmüştür. Buna göre haksız fiil ile sıkı ilişki kuran haksız fiilin gerçekleşmesinden önce taraflar arasında mevcut, sözleşme gibi bir hukuki ilişki olabilir.

Haksız fiil ile ilişkili taraflar arasındaki mevcut hukuki ilişki kavramı geniş yorumlanmaktadır (von Hein, **Article 4**, s. 426-427; Dickinson, **a.g.e.**, s. 345-346). Buna göre aile hukukundan kaynaklanan bir ilişki olabileceği gibi, sözleşme öncesi müzakereler ya da kamu hukukundan kaynaklanan bir ilişki de dikkate alınabilecektir.

Böylelikle taraflar arasındaki hukuki ilişkiye uygulanacak hukuk, haksız fiil ilişkisine de uygulanacaktır (Bach, **Art. 4 Rome II**, s. 102; von Hein, **Article 4**, s. 426). Mevcut ilişkiye uygulanacak hukuk, *for* hukukundaki kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenecektir (von Hein, **Article 4**, s. 426).

¹³²¹ Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s. 808; Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 446; von Hein, **Article 4**, s. 419.

¹³²² Illmer, **Product Liability**, **a.g.e.**, s. 282 ve dn. 46; Stone, **Product Liability**, s. 183; Özel, **Uygulanacak Hukuk**, s. 222.

¹³²³ Bu görüşte bkz. Nomer, **a.g.e.**, s. 351-352; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 374-376; Doğan, **a.g.e.**, s. 388-389; Tiryakioğlu, **Taşınır Mallar**, s. 56-57.

Ancak bu görüşteki yazarlar, üçüncü kişileri etkileyen bir haksız fiilin söz konusu olduğu durumlarda sözleşme statüsünün değil, hukuk güvenliği ve üçüncü kişinin menfaatinin korunması amacıyla haksız fiil statüsünün tercih edilmesi gerektiğini belirtmektedir (Tekinalp, **a.g.e.**, s. 376; Doğan, **a.g.e.**, s. 388-389).

¹³²⁴ Bu görüşte bkz. Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 292, par. 302; Çalışkan, **a.g.e.**, s. 294. Zarar görenin, iki sebepten birine dayanarak davasını yürütmesinin mümkün olduğu yönünde bkz. Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 410.

İmalatçının sorumluluğu özelinde konuyu ele alan doktrindeki bir görüş¹³²⁵, uyuşmazlığın tarafları arasında sözleşmesel bir ilişki bulunsa bile zarar görenin, haksız fiil hükümlerine göre dava açabileceğini belirtmektedir. Başka bir görüş¹³²⁶, taraflar arasında sözleşmesel bir ilişkinin bulunması veya bulunmaması bile sözleşmesel ilişkinin sınırlarının, mevcut uyuşmazlığı kapsamına alacak şekilde genişlediği hallerde sözleşmeye uygulanacak hukukun yetkili olacağını savunmaktadır.

Öte yandan CISG m. 5'te mala yönelik zararlar kapsam dışında tutulmadığından, ürünün yol açtığı mala yönelik zararlar bakımından hem CISG hem de haksız fiil hükümlerine dayanan bir talep aynı anda söz konusu olabilir¹³²⁷. Doktrinde, CISG ve haksız fiil hükümleri arasındaki yarışmada davacının talebinin ve hukuki nitelendirmesinin dikkate alınacağı ve davacının, talebini haksız fiile dayandırması halinde haksız fiillere uygulanacak hukuka göre bir çözüme varılacağı savunulmuştur¹³²⁸.

Bu bağlamda taleplerin yarışması halinde sözleşme statüsüne öncelik verilmesi yönünde Türk hukukunda bir zorunluluk ya da kuralın bulunmadığı kanaatindeyiz. Meselenin, davacının somut uyuşmazlıkta ileri sürdüğü talebe göre çözümleneceği görüşünü paylaşmaktayız¹³²⁹. Davacının tercihi uyarınca, ileri sürdüğü talebin vasıflandırma sonucunda belirlenen hukuki niteliğine göre mevcut uyuşmazlığın, MÖHUK'taki hangi bağlama kuralı altında değerlendirileceği; CISG'in uygulanıp uygulanmayacağı tespit edilmiş olacaktır.

¹³²⁵ Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğu**, s. 76.

¹³²⁶ Özel, **İmalatçının Sorumluluğu**, s. 911, dn. 157.

¹³²⁷ CISG m. 5 uyarınca, “*Bu Antlaşma'nın satıcının, malların bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına sebep olmasından kaynaklanan sorumluluğuna uygulanmaz*”. Buna göre satım sözleşmesinin konusu olan malın meydana getirdiği kişiye yönelik zararlar, CISG'in uygulama alanı dışında bırakılmıştır. Bu sebeple bu konuda taleplerin yarışması ile karşılaşılmayacaktır (Atamer, **CISG**, s. 124). Ancak mala yönelik zararlar, Antlaşma'nın kapsamı dışında tutulmamıştır.

¹³²⁸ Bu görüşte bkz. Çalışkan, **a.g.e.**, s. 294.

¹³²⁹ Benzer yönde bkz. Kühne, **a.g.e.**, s. 6; Dutson, **Characterisation**, s. 226-227; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğuna İlişkin Kurallar**, s. 272, 278.

Bu durumda davacının tercih hakkına üstünlük tanınmasının, taraflar arasındaki menfaat dengesini bozan, adaletsiz sonuçlara yol açabileceği ileri sürülmüştür. Bu yönde bkz. Scott, **a.g.e.**, s. 60. Ancak, aynı uyuşmazlıkta iki farklı hukukun uygulanmasının yaratacağı uyumsuzluk ve istenmeyen sonuçlar karşısında tek bir hukukun uygulanmasının tercih edilmesi kanımızca daha uygun bir çözümdür.

2) Haksız Fiillere İlişkin Diğer Bağlama Kuralları ile Karşılıklı Uygulama Alanı

Roma II Tüzüğü çerçevesinde bir ürünün çevre zararına sebep olması ya da sözleşme görüşmeleri sırasındaki eksik veya hatalı bilgilendirmede bulunulması sebebiyle ürünün zarara yol açması halinde Tüzük m. 5'in mi yoksa Tüzük'teki diğer bağlama kurallarının mı uygulanacağı sorusu doğmaktadır. Bu soru, Tüzük'teki bağlama kurallarında aynı esasların benimsenmemiş olması nedeniyle uygulanacak bağlama kuralına göre farklı hukukların yetkili olması sonucuyla karşılaşılabacağından önemlidir.

Roma II Tüzüğü m. 7'de çevre zararları ile çevre kirliliğinin sebep olduğu kişiye ve mala yönelik zararlara uygulanacak hukuk düzenlenmiştir. Çevre zararının, hatalı bir üründen kaynaklanması halinde uygulanacak hukukun, Tüzük m. 7 mi yoksa Tüzük m. 5 uyarınca mı tespit edileceği değerlendirilmelidir¹³³⁰. Doktrinde hatalı bir ürünün yol açtığı çevre zararından kaynaklanan sorumlulukta uyuşmazlığın ağırlık noktasının, çevre zararı olduğu; Tüzük m. 7 hükmünün m. 5'e kıyasla daha özel bir düzenleme teşkil ettiği ve Tüzük'te çevrenin korunmasına atfedilen önem (*favor naturae*)¹³³¹ sebebiyle uygulanacak hukukun, Tüzük m. 7 uyarınca tespit edileceği ileri sürülmektedir¹³³². Diğer bir görüş¹³³³ ise Tüzük m. 7'nin önceliğe sahip olduğunu kabul etmekle birlikte her somut olayın şartları uyarınca uyuşmazlığın ağırlık noktası belirlenerek, uygulanacak hukuku gösterecek en uygun bağlama kuralının tercih edilmesi gerektiğini ifade etmektedir.

Roma II Tüzüğü kapsamında incelenmesi gereken ikinci husus, sözleşme görüşmeleri sırasındaki kusurlu davranıştan doğan sorumluluğa (*culpa in contrahendo*) uygulanacak hukuku düzenleyen Tüzük m. 12 ile Tüzük m. 5 arasındaki ilişkidir. Burada bir ayırım yapılması gerektiği belirtilmektedir. Buna göre sözleşme görüşmeleri sırasında kusurlu davranışta bulunduğu iddia edilen kişi ile hatalı ürün sebebiyle sorumluluğuna başvurulmuş kişinin farklı olması halinde hatalı

¹³³⁰ Plender/Wilderspin, **a.g.e.**, s. 562; Dickinson, **a.g.e.**, s. 371; Illmer, **Art. 5 Rome II**, s. 123; Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 447; Joubert, **a.g.e.**, s. 83. Bu hususta hangi bağlama kuralının uygulanacağı hakkında Tüzük'te boşluk olduğu yönünde bkz. Tarman, **Roma II**, s. 206.

¹³³¹ Tüzük Başlangıç Bölümü par. 25.

¹³³² Plender/Wilderspin, **a.g.e.**, s. 562; Dickinson, **a.g.e.**, s. 371; Illmer, **Art. 5 Rome II**, s. 123; Brière, **Rome II**, s. 47; von Hein, **Article 7 Rome II**, s. 468.

¹³³³ Fuchs, **Art. 7 Rome II**, s. 213; Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 447.

üründen kaynaklanan taleplerde Tüzük m. 5; sözleşmesi öncesi görüşmelerden kaynaklanan taleplerde ise Tüzük m. 12 uygulanacaktır¹³³⁴. Sorumlu olduğu ileri sürülenlerin aynı kişi olması halinde ise zarar görenin ileri sürdüğü talep temeline göre hangi bağlama kuralının uygulanacağı belirlenecektir¹³³⁵.

MÖHUK'ta çevre zararları ile *culpa in contrahendo*'ya uygulanacak hukuk hakkında özel bağlama kuralları öngörülmemiştir. Çevre zararından doğan sorumluluğun, geniş anlamda haksız fiil sorumluluğu olarak vasıflandırılması¹³³⁶ sonucunda uygulanacak hukuk, MÖHUK m. 1, f. 2 gereği Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmeler saklı kalmak kaydıyla¹³³⁷ MÖHUK m. 34'teki haksız fiillere ilişkin genel hüküm uyarınca tespit edilecektir¹³³⁸. *Culpa in contrahendo*'nun ise genel olarak sözleşme statüsüne tabi olduğu kabul edilmektedir¹³³⁹. Ancak *culpa in contrahendo*'nun farklı görünüm şekillerine göre bir değerlendirme yapılarak, vasıflandırma neticesinde buna uygun bağlama kuralının uygulanması da önerilmiştir¹³⁴⁰.

Bu bağlamda imal edilmiş bir ürünün yol açtığı çevre zararları ile sözleşme öncesi ürün hakkında hatalı bilgilendirmede bulunulmuş olmasından kaynaklanan zararlarda MÖHUK çerçevesinde meselenin, uyuşmazlığın niteliğine ve ağırlık

¹³³⁴ Illmer, **Art. 5 Rome II**, s. 123-124.

¹³³⁵ Illmer, **Art. 5 Rome II**, s. 124.

Öte yandan böyle bir durumda Tüzük m. 5, f. 2'de yer alan istisna kuralının devreye girerek, her iki talep açısından da aynı hukukun uygulanmasının sağlanabileceği yönünde bkz. Illmer, **Art. 5 Rome II**, s. 124.

¹³³⁶ Arzu Oğuz, "Sınır Ötesi Çevre Kirlenmelerinden Doğan Kanunlar İhtilafı", **TBB**, S. 1, 1991, s. 29-34.

¹³³⁷ Örneğin, Türkiye'nin taraf olduğu 1992 tarihli Petrol Kirliliğinden Doğan Zararın Hukuki Sorumluluğu ile İlgili Uluslararası Sözleşme mevcuttur (Cüneyt Süzel, "Çatmadan Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk", **MHB**, Y. 28, S. 1-2, 2008, s. 183, dn. 32). Çevre kirliliği ile ilgili Türkiye'nin taraf olduğu diğer milletlerarası sözleşmeler hakkında ayrıntılı olarak bkz. Oğuz, **a.g.e.**, s. 29-32.

¹³³⁸ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 291, par. 301- s. 297, par. 310; Tarman, **Contractual and non-contractual obligations**, s. 9.

Açık denizlerde meydana gelen çevre kirliliğinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda uygulanacak hukukun MÖHUK m. 34 aracılığıyla tespit edileceği hakkında bkz. Sema Çörtoğlu Koca, "Milletlerarası Özel Hukuka Göre Açık Denizlerde Meydana Gelen Çevre Kirliliğine Uygulanacak Hukuk", **DEÜHFD**, C. 9, Özel Sayı 2007, s. 800-804; çatmadan kaynaklanan çevre zararları hakkında aynı yönde bkz. Süzel, **a.g.e.**, s. 183, dn. 32; 2675 sayılı mülga MÖHUK döneminde çevre zararlarında uygulanacak hukukun haksız fiillere ilişkin MÖHUK m. 25 uyarınca tespit edileceği hakkında bkz. Oğuz, **a.g.e.**, s. 35 vd.;

¹³³⁹ Nomer, **a.g.e.**, s. 325-326; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 126.

¹³⁴⁰ Bu görüşte bkz. Zeynep Derya Tarman, "Milletlerarası Özel Hukukta Culpa in Contrahendo Sorumluluğu", **Prof. Dr. Rona Serozan Armağanı**, C. 2, İstanbul 2010, (Culpa in Contrahendo), s. 1677 vd.. Ayrıca bu konuda bkz. Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 126-127.

noktasına göre çözümleneceği kanaatindeyiz. Örneğin, arıtma borularının hatalı üretilmesi sebebiyle atık suların yol açtığı çevre kirliliği sebebiyle zarar görenin, sağlığının bozulmasından kaynaklanan zararların tazminini, zarar veren atık su arıtma işletmesinden talep ettiği bir uyuşmazlıkta uygulanacak hukuk, MÖHUK m. 34 gereği belirlenecektir. Buna karşılık zarar görenin, atık su borularındaki hataya dayanarak bu boruların imalatçısına yönelttiği talepler açısından MÖHUK m. 36 uygulanacaktır.

D) Bağlama Kurallarının Zaman Bakımından Uygulama Alanı

Milletlerarası özel hukuk kurallarında değişiklik yapıldığında, yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklarda eski bağlama kurallarının mı yoksa yeni kuralların mı uygulanacağı belirlenmelidir¹³⁴¹. Bu açıdan, 5718 sayılı MÖHUK'un yürürlüğe girdiği 12.12.2007 tarihinden önce imal edilmiş ve piyasaya sürülmüş bir ürünün, bu tarihten sonra meydana getirdiği zarar sebebiyle Türk mahkemelerinde açılan bir davada 2675 sayılı mülga MÖHUK m. 25'in mi yoksa 5718 sayılı MÖHUK m. 36 hükmünün mü uygulanacağı belirlenmelidir.

5718 sayılı MÖHUK'ta Kanun'un yayımı tarihinde yürürlüğe gireceğini düzenleyen 65. maddesi dışında intikal hükmü öngörülmemiştir¹³⁴². Bu sebeple genel nitelikteki intikal hükümleri öngören Türk Medeni Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun¹³⁴³ uyarınca bağlama kurallarının zaman itibarıyla uygulama alanı belirlenecektir¹³⁴⁴.

Buna göre 2675 sayılı mülga MÖHUK döneminde doğan ve tamamlanan işlem ve ilişkiler hakkında bunların sona erdiği tarihte yürürlükte olan bağlama kuralları uygulanır¹³⁴⁵. 2675 sayılı mülga MÖHUK döneminde doğan ve halen devam eden işlem ve ilişkiler hakkında ise ilişkinin meydana gelişi ve sonuçları

¹³⁴¹ Kurt Siehr, "Intemporeles Recht im IPR", **MHB, Prof. Dr. Gülören Tekinalp'a Armağan**, 2003, S. 1-2, (Intemporeles), s. 656-657; Nomer, **a.g.e.**, s. 29; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 164-165; Doğan, **a.g.e.**, s. 35.

¹³⁴² Bununla birlikte İsviçre hukukunda (İsv. MÖHK m. 195-196), Alman hukukunda (Alm. MÖHK m. 220) ve İngiliz hukukunda bağlama kurallarının zaman bakımından uygulama alanını düzenleyen hükümler öngörülmüş olup; söz konusu düzenlemelerde yeni Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce tamamlanmış olayların, eski Kanun uyarınca hükme bağlanacağı açıklanmıştır; bkz. Emre Esen, "5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Zaman İtibarıyla Uygulanma Alanı", **İBD**, C. 83, S. 3, 2009, s. 1371.

¹³⁴³ RG. 8.12.2001-24607.

¹³⁴⁴ Nomer, **a.g.e.**, s. 29; Esen, **a.g.e.**, s. 1372.

¹³⁴⁵ Nomer, **a.g.e.**, s. 29; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 166; Esen, **a.g.e.**, s. 1372; Doğan, **a.g.e.**, s. 36.

hakkında bir ayırım yapılarak, meydana gelişi hakkında mülga Kanun hükümleri, halen devam eden sonuçları hakkında ise 5718 sayılı MÖHUK'taki bağlama kuralları uygulanır¹³⁴⁶.

Haksız fiilin meydana gelmesi, haksız fiilin tamamlanması anlamı taşıdığından, zarar ya da dava tarihinin değil; haksız fiilin meydana geldiği tarihin esas alınarak, o tarihte yürürlükte olan bağlama kuralının uygulanacağı ifade edilmektedir¹³⁴⁷. Bu görüş kabul edildiği takdirde yukarıda verdiğimiz örnekte haksız fiilin meydana geldiği tarihte, 2675 sayılı mülga MÖHUK yürürlükte olduğundan uygulanacak hukuk, MÖHUK m. 25 uyarınca belirlenecektir.

Roma II Tüzüğü'nde Tüzüğün, 29. maddesi hariç olmak üzere yürürlüğe girdiği tarih olan 11.1.2009'dan sonra meydana gelen zarara yol açan olaylar hakkında uygulanacağı kabul edilmiştir¹³⁴⁸. Bu açıdan doğrudan ya da dolaylı zararın meydana geldiği anın belirleyici olmadığı; haksız fiilin işlendiği anın esas alınacağı ifade edilmektedir¹³⁴⁹. İmalatçının sorumluluğu açısından, ürünün imal edildiği ya da zararın meydana geldiği anın değil; ürünün piyasaya sürüldüğü tarihin dikkate alınacağı kabul edilmektedir¹³⁵⁰. Zira zarar yol açan olayın, ürünün piyasaya sürülmesi ile meydana geldiği, doktrinde genel olarak benimsenmektedir¹³⁵¹.

Bununla birlikte ATAD, Brüksel I Tüzüğü'nün haksız fiillere ilişkin yetki kuralını düzenleyen 5. maddesinin 3. fıkrası hakkında¹³⁵² verdiği iki kararda¹³⁵³,

¹³⁴⁶ Nomer, **a.g.e.**, s. 29; Doğan, **a.g.e.**, s. 36; farklı yönde bir değerlendirme için bkz. Esen, **a.g.e.**, s. 1373-1375.

¹³⁴⁷ Esen, **a.g.e.**, s. 1379.

¹³⁴⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Martin Illmer, "Chapter VII- Final Provisions, Art. 31-32 Rome II", **Rome II Regulation Pocket Commentary**, Ed. Peter Huber, Munich: Sellier European Law Publishers, 2011, (Art. 31-32 Rome II), s. 464; Dutoit, **Rome II**, s. 312; Kramer, **a.g.e.**, s. 414; Niboyet/Pradelle, **a.g.e.**, s. 41.

¹³⁴⁹ Axel Halfmeier/Nicolas Sonder, "Article 32- Date of Application", **Rome Regulations, Commentary on the European Rules of the Conflict of Laws**, Ed. Galf-Peter Calliess, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Law International, 2011, (Article 32), s. 652; Illmer, **Article 31-32**, s. 464.

Uygulanacak hukukun subjektif bağlama ile belirlenmesi açısından da tarafların hukuk seçiminde bulunduğu tarihin önemli olmayacağı ve yine zarara yol açan olayın gerçekleştiği anın esas alınacağı hakkında bkz. Illmer, **Article 31-32**, s. 464.

¹³⁵⁰ Illmer, **Art. 31-32 Rome II**, s. 465; Halfmeier/Sonder, **Article 32**, s. 652.

¹³⁵¹ Bu görüşte bkz. Illmer, **Art. 31-32 Rome II**, s. 465; Halfmeier/Sonder, **Article 32**, s. 652; Kozyris, **a.g.e.**, s. 500, 509.

¹³⁵² Haksız fiilden doğan uyuşmazlıklarda, Danimarka dışında AB üyesi ülke mahkemeleri arasında milletlerarası yetkiyi düzenleyen Brüksel I Tüzüğü m. 5, f. 3 uyarınca haksız fiillerden doğan davalar, zarara yol açan olayın meydana geldiği veya gelebileceği yer mahkemesinde görülecektir. Hükümdeki zarara yol açan olayın meydana geldiği yer, ATAD'ın yerleşmiş içtihadı uyarınca hem fiilin hem de zararın meydana geldiği yeri kapsayacak şekilde yorumlanmaktadır (ATAD, *Handelskwekerij G. J.*

imalatçının sorumluluğundan doğan davalarda fiilin işlendiği yer olarak, “ürünün imal edildiği yeri” esas almıştır. Yakın tarihli ikinci kararında ATAD, sorumluluğa yol açan unsurun ürünündeki hata olması gerekçesiyle, somut olayda ürününün hatalı olmasına yol açan eksikliğin gerçekleştiği imalat yeri olan imalatçının işyerinin esas alınacağını ifade etmiştir¹³⁵⁴. ATAD’ın bu kararları gözönüne alındığında, Tüzüğün zaman bakımından uygulanması hakkında da haksız fiilin işlendiği an olarak ürünün imal edildiği tarihin dikkate alınacağı söylenebilir.

VII) İmalatçının Sorumluluğu Statüsünün Kapsamı

A) Genel Olarak

2675 sayılı mülga MÖHUK’ta olduğu gibi, 5718 sayılı MÖHUK’ta da Kanun’da öngörülen bağlama kurallarının kapsamı hakkında bir hükme yer verilmemiştir. Dolayısıyla MÖHUK m. 34 ile MÖHUK m. 36’daki kuralların gösterdiği hukukun, hangi konularda yetkili olduğu hakkında MÖHUK’ta bir hüküm bulunmamaktadır.

Ancak imalatçının sorumluluğu, bir haksız fiil olduğundan, haksız fiil statüsünün kapsamı hakkında doktrinde yapılan açıklamalar ile diğer milletlerarası özel hukuk kurallarındaki düzenlemeler, statünün kapsamının tespitinde belirleyici olacaktır¹³⁵⁵.

Buna göre İsv. MÖHK m. 142, f. 1 ile Belçika MÖHK m. 103’te tüm haksız

Bier BV / Mines de potasses d’Alsace, 30.11.1976, C-21/76, par. 24-25, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=21/76>, (erişim tarihi: 15.3.2014); ATAD, *Verein für Konsumenteninformation / Karl Heinz Henkel*, 1.10.2002, C-167/00, par. 44, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-167/00>, (erişim tarihi: 15.3.2014)). Böylelikle zarar gören davacı, seçim hakkı kendisine ait olmak üzere ika yeri veya zarar yeri mahkemelerinden birinde dava açabilecektir (Ulrich Magnus/Peter Mankowski, **Brussel I Regulation, European Commentaries on Private International Law**, Munich: Sellier European Law Publishers, 2007, s. 190-191).

Brüksel I Tüzüğü m. 5, f. 3’teki yetki kuralının kapsamına, imalatçının sorumluluğundan doğan zararların da dahil olduğu hakkında bkz. Magnus/Mankowski, **a.g.e.**, s. 188-189.

¹³⁵³ ATAD, *Zuid-Chemie BV / Philippo’s Mineralenfabriek NV/SA*, 16.7.2009, C-189/08, par. 27-29, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=72472&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=96011> (erişim tarihi: 15.3.2014); ATAD, *Andreas Kainz / Pantherwerke AG.*, 16.1.2014, C-45/13, par. 26-29, <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62013CJ0045&lang1=en&lang2=NL&type=NOT&ancre=> (erişim tarihi: 15.3.2014).

¹³⁵⁴ ATAD, *Andreas Kainz / Pantherwerke AG.*, 16.1.2014, C-45/13, par. 26, 29.

¹³⁵⁵ Haksız rekabet statüsünün kapsamı bakımından da haksız fiil statüsü hakkında yapılan açıklamaların geçerli olacağı yönünde bkz. Sarıöz, **a.g.e.**, s. 195; Tarman, **Haksız Rekabet**, s. 106.

fiil türleri bakımından geçerli olacak şekilde uygulanacak hukukun kapsamı açıkça düzenlenmiştir¹³⁵⁶. Benzer yönde düzenlemelere, Roma II Tüzüğü m. 15 ile İmalatçının Sorumluluğu hakkında La Haye Sözleşmesi m. 8 hükümlerinde de yer verilmiştir¹³⁵⁷. La Haye Sözleşmesi ile Tüzük'te uygulanacak hukukun kapsamı, mümkün olduğu kadar geniş şekilde ele alınmıştır¹³⁵⁸. Ancak tüm bu düzenlemelerin ortak noktası, uygulanacak hukukun kapsamı bakımından sınırlı bir sayım yapılmamış olmasıdır¹³⁵⁹.

Söz konusu düzenlemeler ve doktrinde yapılan açıklamalar çerçevesinde en genel ifadeyle haksız fiillerde sorumluluğun meydana gelişi, şartları, kapsamı ile hüküm ve sonuçları, uygulanacak hukuka tabidir¹³⁶⁰.

¹³⁵⁶ İsv. MÖHK m. 142, f. 1 hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bucher/Bonomi, **a.g.e.**, par. 1124; Belçika MÖHK m. 103 hakkında bilgi için bkz. Rigaux/Fallon, **a.g.e.**, s. 931-932.

¹³⁵⁷ Roma II Tüzüğü m. 15 hükmünün, İmalatçının Sorumluluğu Hakkında La Haye Sözleşmesi ile Trafik Kazalarına Uygulanacak Hukuk Hakkındaki 4.5.1971 tarihli La Haye Sözleşmesi'ndeki statünün kapsamına ilişkin düzenlemelerden esinlenerek hazırlandığı hakkında bkz. Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s. 841; Brière, **Rome II**, s. 61.

Öte yandan, Roma II Tüzüğü m. 20 ve m. 22 hükümlerinde de uygulanacak hukukun kapsamına giren konulara yer verilmiştir.

¹³⁵⁸ Bu yönde bkz. Olivera Boskovic, "Le domaine de la loi applicable", **Le Règlement Communautaire "Rome II" sur la loi applicable aux obligations non contractuelles**, Actes de Colloque du 20 septembre 2007-Dijon, Ed. Sabine Corneloup/Natalie Joubert, Paris: Litec, 2008, (Domaine de la loi applicable), s. 184 vd.

¹³⁵⁹ İsv. MÖHK m. 142, f. 1 açısından bu yönde bkz. Bucher/Bonomi, **a.g.e.**, par. 1124; Bucher, **Actes illicites**, s. 144; Roma II Tüzüğü m. 15 açısından bu yönde bkz. Ivo Bach, "Chapter V- Common rules, Art. 15 Rome II", **Rome II Regulation Pocket Commentary**, Ed. Peter Huber, Munich: Sellier European Law Publishers, 2011, (Art. 15 Rome II), s. 343 vd.; Axel Halfmeier, "Article 15- Scope of The Law Applicable", **Calliess Rome Regulations, Commentary on the European Rules of the Conflict of Laws**, Ed. Galf-Peter Calliess, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Law International, 2011, (Article 15), s. 554 vd.; Boskovic, **Domaine de la loi applicable**, s. 184; Dickinson, **a.g.e.**, s. 569 vd.; Brière, **Rome II**, s. 60 vd.; Dutoit, **Rome II**, s. 324; Stone, **Rome II**, s. 98, 103; İmalatçının Sorumluluğu Hakkında La Haye Sözleşmesi açısından aynı yönde bkz. Reese, **Explanatory Report**, s. 255, 264 vd.; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğu**, s. 100-101; Özel, **İmalatçının Sorumluluğu**, s. 917; Turhan, **a.g.e.**, s. 330; Boskovic, **a.g.e.**, s. 5.

¹³⁶⁰ Bucher/Bonomi, **a.g.e.**, par. 1124; Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard, **a.g.e.**, par. 531; Loussouarn/Bourel, **a.g.e.**, par. 408-409; Rigaux/Fallon, **a.g.e.**, s. 931-932; Mayer/Heuzé, **a.g.e.**, s. 528; Dickinson, **a.g.e.**, s. 569 vd.; Brière, **Rome II**, s. 60 vd.; Dutoit, **Rome II**, s. 324; Stone, **Rome II**, s. 98, 103; Reese, **Explanatory Report**, s. 255, 264 vd.; Boskovic, **Domaine de la loi applicable**, s. 187; Göğer, **Haksız Fiil**, s. 491; Nomer, **a.g.e.**, s. 303, 349-350; Turhan, **a.g.e.**, s. 250-261, 330; Tekinalp/Uyamık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 126-128, 459-460; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 295, par. 307; Doğan, **a.g.e.**, s. 387; Özel, **İmalatçının Sorumluluğu**, s. 917; Özel, **Kişilik Hakkı**, s. 89; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğu**, s. 100-101, 188; Çalışkan, **a.g.e.**, s. 308.

Bununla birlikte yakın bir zamanda doktrinde zararın tazminine ilişkin konuların esasa uygulanan hukuka tabi olmasının adaletsiz ve istenmeyen sonuçlar yarattığı ileri sürülerek, borçlar hukukuna ait uyumsuzluklarda zararın tazmininin ayrı ve bağımsız bir statü olarak ele alınarak bu konuda özel bir bağlama kuralının düzenlenmesi savunulmuştur. Bu görüşte bkz. Boskovic, **a.g.e.**, s. 209 vd.; Boskovic, **Domaine de la loi applicable**, s. 188 vd. Bu görüşün değerlendirilmesi için bkz. Adam Rushworth, "Remedies and the Rome II Regulation", **The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations, A New International Litigation Regime**, Ed. John Ahern&William Binchy, Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2009, s. 210-218; Gaudemet-

Bunu, imalatçının sorumluluğu açısından somutlaştırmak gerekirse, aşağıda sayılacak konular, imalatçının sorumluluğuna uygulanacak hukuka tabi olacaktır:

- sorumluluğun doğması için gerekli şartlar: ürün kavramı, ürünün hatalı olmasının gerekip gerekmediği, hata kavramına verilecek anlam ve sonuçları, ürünlerdeki hatanın tespit edileceği an, zarar verenin kusurunun gerekip gerekmeyeceği, zararın varlığı ve nedensellik bağının tespiti;
- sorumluluğun niteliği: kusur sorumluluğu mu yoksa kusursuz sorumluluk mu olduğu;
- sorumluların tespiti: nihai ürünün imalatçısının, ara parçaların imalatçısının, imalatçı gibi hareket edenlerin, ithalatçının, sürüm zincirinde yer alan dağıtıcı ve satıcının, ürünün tasarımını, nakliyesini, depolamasını yapanların sorumlu tutulup tutulamayacağı;
- müteselsil sorumluluğun söz konusu olup olmadığı ve şartları;
- müteselsil sorumluluk söz konusu ise rücu ilişkisi;
- üçüncü kişinin fiilinden sorumluluğun bulunup bulunmadığı;
- sorumluluktan kurtuluş sebepleri;
- sorumluluğu sınırlandıran veya ortadan kaldıran anlaşmaların geçerliliği ve sonuçları;
- sorumluluk kapsamındaki zararın niteliği;
- sorumlululara karşı tazminat talebinde bulunabilecek olanlar;
- tazminatın türü ve şekli; bu açıdan cezalandırıcı tazminatın söz konusu olup olmayacağı¹³⁶¹;
- tazminatın miktarının belirlenmesi¹³⁶², tazminatta indirim sebepleri;
- tazminat alacağının temliki veya mirasçılar tarafından talep edilemeyeceği¹³⁶³;
- zamanaşımı ve hak düşürü süre ile zamanaşımının durması ve kesilmesine

Tallon, **a.g.e.**, s. 226.

¹³⁶¹ Rushworth, **a.g.e.**, s. 201; Boskovic, **Domaine de la loi applicable**, s. 188-189; ayrıca bkz. Roma II Tüzüğü Başlangıç Bölümü par. 32.

¹³⁶² İngiliz hukukunda tazminatın koşullarının esasa ilişkin bir konu olarak *lex causae*'ya tabi olduğu kabul edilmektedir. Ancak AB düzenlemeleri hariç tutulduğunda, tazminat miktarının belirlenmesinin (*quantification*), usul hukukuna ait olduğu kabul edilerek, *lex fori*'nin hâkimiyeti benimsenmiştir. Bu konuda bkz. Rushworth, **a.g.e.**, s. 199-200; Andrew Scott, "Substance and procedure and choice of law in torts", **LMCLQ**, S.1, 2007, (Torts), s. 45-46; Boskovic, **a.g.e.**, s. 32-33, 40-41; Dickinson, **a.g.e.**, s. 575; Özel, **İmalatçının Sorumluluğu**, s. 920, dn. 191.

¹³⁶³ Kimlerin mirasçı olduğunun tespitinin, miras statüsüne tabi olduğu açıktır (Turhan, **a.g.e.**, s. 270-271).

yol açan sebepler¹³⁶⁴;

- maddi hukuka ilişkin kabul edilen, ispat yükü ile taraf sıfatı¹³⁶⁵.

B) Özel Durumlar

1) Tazminat Borcunun İfa Şekli; Zarar Miktarı ile Tazminat Tutarının Yabancı Para Birimi Üzerinden Belirlenmesi

Tazminat borcunun ifa şekline ilişkin konularda *lex causae* değil; ifa yeri hukukunun yetkili olduğu kabul edilmektedir¹³⁶⁶. Dolayısıyla hangi tarihteki kurun esas alınacağı bakımından tazminat borcunun ifa yeri hukuku yetkili olacaktır¹³⁶⁷.

Zararın yabancı para üzerinden doğduğu hallerde ise zarar miktarı ile hükmedilecek tazminat tutarının hangi para birimi üzerinden belirleneceği, usule ilişkin bir konu olarak *lex fori*'nin hakimiyetinde olacaktır¹³⁶⁸. Buna göre Türk mahkemesi, Türk hukukuna göre bu meseleyi çözüme kavuşturacaktır. Ancak Türk hukukunda zarar miktarının ve hükmedilecek tazminat tutarının hangi para birimiyle belirleneceği konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır¹³⁶⁹.

Doktrinde tazminatın amacı gözetilerek, gerek sözleşmesel gerek sözleşme dışı sorumlulukta yabancılik unsuru bulunan hallerde zarar gören açısından zarar hangi para birimi üzerinden doğmuşsa, zararın tespitinde ve tazminat miktarının belirlenmesinde o para biriminin esas alınması gerektiği ifade edilmiştir¹³⁷⁰. Yargıtay da tazminatın, zararın tamamen giderilmesini amaçlaması gerekçesiyle zararın

¹³⁶⁴ Kıta Avrupası hukuku ve Türk hukuku zamaşımı, maddi hukuka ait bir konu olarak kabul edildiğinden, hüküm statüsüne tabi tutulmaktadır (Nomer, **a.g.e.**, s. 213; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 468-469; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 142-143).

Nitekim MÖHUK m. 8 uyarınca zamaşımının, esasa uygulanan hukuka tabi olduğu açıkça düzenlenmiştir. Ancak hak düşürücü sürenin MÖHUK m. 8'in kapsamına girmediği kabul edildiğinden, burada MÖHUK m. 8 atfıyla değil, doğrudan esasa uygulanan hukukun yetkili olacağı hakkında bkz. Uluocak, **a.g.e.**, s. 199.

¹³⁶⁵ Taraf sıfatı ve ispat yükünün tabi olduğu hukuk hakkında bkz. Pekcanitez/Atalay/ Özkes, **a.g.e.**, s. 304, 667; Nomer, **a.g.e.**, s. 385, 390; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 455.

¹³⁶⁶ Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar**, s. 176; Turhan, **Yabancı Para Kayıtları**, s. 61, 77.

¹³⁶⁷ Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar**, s. 176.

¹³⁶⁸ Boskovic, **Domaine de la loi applicable**, s. 190.

¹³⁶⁹ Nami Barlas, "Adlî ve İdarî Yargıda Haksız Fiil Tazminatına Yabancı Para Üzerinden Hükmedilmesi Mümkün Müdür?", **Prof. Dr. Nami Barlas-Makalelerim**, C. I, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008, s. 276; Hakan Pekcanitez, **Yabancı Para Alacaklarının Tahsili**, Ankara: Yetkin Yayınları, 3. Bası, 1998, s. 46.

¹³⁷⁰ Pekcanitez, **a.g.e.**, s. 51 vd., özellikle s. 55-56; Barlas, **a.g.e.**, s. 280.

yabancı para üzerinden gerçekleştiği uyuşmazlıklarda zararın doğduğu para birimi üzerinden tazminata hükmedilmesini kabul etmiştir¹³⁷¹.

Dolayısıyla Türk mahkemesi önündeki bir uyuşmazlıkta hatalı ürünün yol aç zararın, yabancı para üzerinden doğması halinde zarar miktarının ve hükmedilecek tazminat tutarının, zararın doğduğu para birimi üzerinden belirlenmesi mümkündür¹³⁷². Zararın, yabancı para üzerinden doğmasının, zarar görenin mutad mesken, yerleşim yeri veya malvarlığının yabancı ülkede bulunması ya da zarar görenin haksız fiil sebebiyle yabancı para ile bir ödeme yapmış olmasına bağlı olduğu ifade edilmektedir¹³⁷³.

2) Zarar Görenin Doğrudan Zarar Veren Sigortacısına Başvuru Hakkı

Piyasaya sürülmüş ürün sebebiyle zarar gören kişinin, bu zararın tazmini için doğrudan zarar verenin sigortacısına başvuru hakkının bulunup bulunmadığı, esasa uygulanan hukuka tabidir¹³⁷⁴. Ancak esasa uygulanan hukukun bu imkanı tanımadığı ve fakat sigorta sözleşmesine uygulanan hukuk tarafından tanındığı durumlarda¹³⁷⁵, sigorta sözleşmesine uygulanan hukuka etki tanınıp tanınmayacağı sorusu doğmaktadır.

¹³⁷¹ Yargıtay'ın bu yöndeki kararları için bkz. Y. HGK, 10.12.2003, E. 4-754, K. 749 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Y. HGK, 11.11.2009, E. 4-238, K. 493 (http://www.kazancihukuk.net/yargi-kararlari/yhgk-11112009-e20064238-k2009493/#.U7pi5fl_uls).

¹³⁷² Tarafların her ikisinin de yerleşim yerinin Türkiye'de bulunması, zarara sebep olan olayın Türkiye'de gerçekleşmesi ve zararın giderilmesi amacıyla yapılan masrafların Türkiye'de Türk Lirası olarak yapılması halinde zarar miktarı ve tazminat tutarının Türk Lirası olarak belirleneceği; bu halde Türk mahkemesinin yabancı para üzerinden tazminata hükmetmesinin hem mümkün olmayacağı hem de hiç bir anlamı olmayacağı hakkında bkz. Barlas, **a.g.e.**, s. 277.

Öte yandan zararın yabancı para üzerinden doğmasına karşın zarar gören, zararın tazminini ülke parası olarak talep ettiğinde mahkemenin talep dışında başka bir para üzerinden tazminat miktarını belirlemesinin mümkün olmayacağı hakkında bkz. Pekcanitez, **a.g.e.**, s. 55.

¹³⁷³ Barlas, **a.g.e.**, s. 277; Serkan Ayan, "Yabancı Para Borçlarının İfası", **Journal of Yaşar University**, Özel Sayı, C. 8, S. 1, 2013, s. 517.

Dolayısıyla zarar gören ya da zarar verenin vatandaşlıkları, burada tek başına belirleyici olmayacaktır (Boskovic, **a.g.e.**, s. 49, dn. 148). Ayrıca zarar yol açan hareketin meydana geldiği veya tazminat borçlusunun malvarlığının bulunduğu yerin de bir etkisi bulunmayacaktır (Pekcanitez, **a.g.e.**, s. 62).

¹³⁷⁴ Sigortacının, zarar görenin uğradığı zararı tazmin ettikten sonra, sigortalı ile arasındaki rücu ilişkisinden doğan talepler hakkında zarar gören ile sigortacı arasındaki sigorta sözleşmesine uygulanacak hukuk yetkili olacaktır (Nuray Ekşi, **Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Yabancı Unsurlu Sigorta Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk**, İstanbul: Beta Yayınevi, 2012, (Sigorta Sözleşmeleri), s. 51; Nomer, **a.g.e.**, s. 321; Turhan, **a.g.e.**, s. 275-276).

¹³⁷⁵ Sigorta sözleşmesine Türk hukukunun uygulanması halinde, 6102 sayılı TTK m. 1478 uyarınca zarar görenin, doğrudan zarar verenin sigortacısına başvuru hakkı, enredici bir hükümle düzenlenmiş bulunmaktadır. Söz konusu hüküm gereği zarar gören, uğradığı zararın sigorta bedeline kadar olan kısmının tazminini, sigorta sözleşmesi için geçerli zamanaşımı süresi içinde kalmak şartıyla, doğrudan sigortacıdan talep edebilecektir.

MÖHUK m. 34, f. 4'te zarar görenin, doğrudan zarar verenin sigortacısına başvuruda bulunup bulunamayacağını, haksız fiile uygulanan hukuka veya sigorta sözleşmesine uygulanan hukuka tabi olduğu düzenlenmiştir¹³⁷⁶. Benzer bir düzenleme, Roma II Tüzüğü m. 18 ile İsv. MÖHK m. 141'de yer almaktadır. Bu hükümler, “ortak hükümler” başlığı altında öngörülmüştür. Dolayısıyla haksız fiilden kaynaklanan tüm borç ilişkileri açısından, Tüzük m. 18 ile İsv. MÖHK m. 141 uygulama alanı bulacaktır¹³⁷⁷.

MÖHUK'ta ise m. 34, f. 4'te yer alan kuralın, Kanun'da özel olarak düzenlenmiş haksız fiil türleri hakkında uygulanacağına dair bir hüküm bulunmamaktadır. Nitekim, haksız fiillere özgü diğer bağlama kuralları gibi MÖHUK m. 36'da bu hükme atıf da yapılmamıştır.

Doktrinde bir görüş¹³⁷⁸, haksız fiillere ilişkin kurallarda zarar görenin zayıf konumda olması sebebiyle daha çok korunma ihtiyacı bulunduğunu; zarar görenin menfaatine olan MÖHUK m. 34, f. 4'teki bu imkanın, MÖHUK'ta düzenlenen tüm özel haksız fiiller bakımından uygulanacağını ifade etmektedir.

MÖHUK m. 34'te öngörülen prensiplerin, niteliğine aykırı olmadığı takdirde MÖHUK'ta özel olarak düzenlenmiş haksız fiiller hakkında uygulama alanı bulacağı; böylelikle genel kuralın, özel bağlama kurallarını tamamlayıcı bir niteliğe sahip olduğu yukarıda açıklanmıştır¹³⁷⁹. MÖHUK m. 34, f. 4'teki kural, imalatçının sorumluluğunun niteliğine aykırı olmadığından, uygulanmasının mümkün olduğunu düşünmekteyiz.

Bununla birlikte ortaya çıkabilecek yorum farklılıkların önlenmesi açısından, MÖHUK'ta tüm haksız fiil türleri hakkında uygulanacak hükümler ve özel haksız fiil

¹³⁷⁶ Bu düzenlemenin, haksız fiile uygulanan hukukun bu imkanı tanımadığı ve fakat sigorta sözleşmesine uygulanan hukukun tanıdığı hallerde, zarar görenin doğrudan sigortacıya karşı talepte bulunmasını mümkün kılması sebebiyle önem taşıdığı hakkında bkz. Tiryakioğlu, **Haksız Filler**, s. 214; benzer yönde bkz. Mayer/Heuzé, **a.g.e.**, s. 528.

¹³⁷⁷ Roma II Tüzüğü m. 18 açısından bu hususta bkz. Markus Altenkirch, “Chapter V- Common Rules, Art. 18 Rome II”, **Rome II Regulation Pocket Commentary**, Ed. Peter Huber, Munich: Sellier European Law Publishers, 2011, (Art. 18 Rome II), s. 374 vd.; Urs Peter Gruber, “Article 18 Direct Action Against The Insurer of The Person Liable”, **Calliess Rome Regulations, Commentary on the European Rules of the Conflict of Laws**, Ed. Graf-Peter Calliess, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Law International, 2011, s. 589; Dickinson, **a.g.e.**, s. 610-614; Boskovic, **Domaine de la loi applicable**, s. 191; İsv. MÖHK m. 141 açısından bkz. Bucher/Bonomi, **a.g.e.**, par. 1123.

¹³⁷⁸ Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 460.

¹³⁷⁹ Bu konuda bkz. yuk. “Türk Hukuku Açısından Değerlendirmemiz” başlıklı bölüm (İkinci Bölüm, IV, A, 2, b).

türleri hakkında uygulanacak hükümler şeklinde bir ayrımın açıkça yapılmasının uygun olacağı kanısındayız. Böylelikle, İsv. MÖHK. Ve Roma II Tüzüğü'ne benzer şekilde MÖHUK'ta tüm haksız fiil türleri hakkında uygulama alanı bulacak hükümlerin “ortak hükümler” şeklinde ayrıca belirtilmesi yerinde olabilir.

3) Geçici Hukuki Koruma Önlemleri

Roma II Tüzüğü m. 15'te zararın önlenmesi veya durdurulması amacıyla mahkemenin alabileceği önlemlerin, uygulanacak hukukun kapsamında olduğu belirtilmiş; ancak hakimin bu yönde karar alırken, kendi usul hukukunun tanıdığı yetkiler ile bağlı olduğu açıklanmıştır¹³⁸⁰. Buna göre Tüzük uyarınca geçici hukuki koruma önlemleri, *lex fori*'ye tabi olup; somut uyuşmazlıkta böyle bir önlemin alınması için gerekli koşulların oluşup oluşmadığı uygulanacak hukuka göre belirlenmektedir¹³⁸¹.

İsv. MÖHK'da, geçici hukuki koruma önlemlerine hukuk hakkında bir düzenleme bulunmamaktadır. Konu hakkında İsviçre doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Geçici hukuki koruma önlemlerinin, uyuşmazlığın esasına uygulanan hukuka tabi olduğu savunulduğu¹³⁸² gibi *lex fori*'nin uygulanacağı da ileri sürülmüş¹³⁸³ ve prensip olarak, esasa uygulanan hukuka tabi olmakla birlikte, yabancı hukukun ilgili hükümlerinin makul bir süre içinde tespit edilememesi halinde, acil ve ivedilikle karar verilmesi gereken bir mesele olması sebebiyle *lex fori*'nin uygulanacağı öne sürülmüştür¹³⁸⁴.

MÖHUK'ta da geçici hukuki koruma önlemlerine uygulanacak hukuk hakkında genel bir kural yoktur. Yalnızca MÖHUK m. 14, f. 4'te geçici tedbir taleplerine Türk hukukunun uygulanacağı, sözleşmeden doğan borçlar bakımındansa MÖHUK m. 33'te malların korunmasına ilişkin tedbirlerin, tedbirin alındığı yer hukukuna tabi olduğu düzenlenmiştir.

¹³⁸⁰ Boskovic, *Domaine de la loi applicable*, s. 189.

¹³⁸¹ Bach, *Art. 15 Rome II*, s. 348-349; Dickinson, *a.g.e.*, s. 582-583; Rushworth, *a.g.e.*, s. 204-207.

¹³⁸² Knoepfler/Schweizer, *a.g.e.*, s. 211; Danthe, *a.g.e.*, s. 188.

¹³⁸³ İsv. MÖHK. m. 10 hükmünün, zımnın *lex fori*'ye atıf yaptığına dayanan bu görüş için bkz. Bucher/Bonomi, *a.g.e.*, par. 189-190.

¹³⁸⁴ Imhoff-Scheier/Patocchi, *a.g.e.*, s. 88.

Türk hukukundaki hakim görüşü¹³⁸⁵, geçici hukuki koruma önlemlerinin, acil ve ivedilikle karara bağlanması gereken hususlar olması, bu tür durumlarda yabancı hukukun içeriğinin tam ve doğru olarak tespit edilerek uygulanmasının mümkün olmaması gerekçesiyle bunların, *lex fori*'ye tabi oldukları yönündedir. Doktrindeki hakim görüşü paylaşmaktayız. Buna göre, Türk mahkemesinde görülen imalatçının sorumluluğu hakkındaki uyuşmazlığın esasına yabancı bir hukuk uygulansa bile bu davadaki geçici hukuki koruma önlemleri hakkında *lex fori* Türk hukukunun uygulanması gerektiği düşüncesindeyiz.

4) Tazminat Talebi İçeren Sınıf Davası

Piyasaya sürülmüş bir ürünün kitlesel zarara yol açtığı hallerde zarar görenlerin sınıf davası (*class actions*) açıp açamayacakları; açabildikleri takdirde bu davada tazminat talebinde bulunup bulunamayacakları, usule ilişkin bir konu olarak, *lex fori*'ye göre belirlenecektir¹³⁸⁶.

HMK m. 113'te Türk hukukunda ilk defa topluluk davası genel olarak düzenlenmiştir¹³⁸⁷. Ancak gerek HMK m. 113'te gerekse TKHK'daki yukarıda belirtilen hükümlerde tazminat talebi içeren topluluk davası kabul edilmemiştir¹³⁸⁸. Bu itibarla ürünün kitlesel zarara yol açtığı hallerde topluluk davası yoluyla Türk mahkemesi önünde tazminat talebinde bulunulması mümkün değildir.

Bununla birlikte TKHK m. 74, f. 1 uyarınca satışa sunulan bir seri malın ayıplı olduğunun tespiti, üretiminin veya satışının durdurulması, aybın ortadan kaldırılması ve satış amacıyla elinde bulunduranlardan toplatılması için Bakanlık, tüketiciler veya tüketici örgütlerinin dava açabileceği düzenlenmiştir.

Dolayısıyla Türkiye'de piyasaya sürülmüş hatalı ürünlerin, üretimi veya

¹³⁸⁵ Uluocak, **a.g.e.**, s. 110; Nomer, **a.g.e.**, s. 194, dn. 215, s. 257; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 474-476.

Geçici hukuki koruma önlemlerine *lex fori*'nin uygulanmasının gerekçesi için bkz. Süheylâ Balkar, **Uluslararası Ticari Tahkim ve Geçici Hukuki Koruma Tedbirleri**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi, Şubat 2010, s. 199-200.

Ayrıca MÖHUK m. 14, f. 4'te yer alan düzenlemenin, yabancılık unsuru taşıyan tüm milletlerarası nitelikteki uyuşmazlıklar hakkında Türk mahkemelerinden alınacak geçici tedbir talepleri hakkında uygulama alanı bulacağı yönünde bkz. Deniz Defne Kırılı Aydemir, **Milletlerarası Usul Hukukunda İhtiyati Tedbirler**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2013, s. 340 vd.

¹³⁸⁶ Boskovic, **Domaine de la loi applicable**, s. 190-191.

¹³⁸⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Pekcanıtez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s. 494 vd.

¹³⁸⁸ Pekcanıtez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s. 496.

satışının durdurulması ve bu ürünlerin toplatılması amacıyla, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı ile birlikte tüketici örgütleri ve diğer tüketiciler, dava açabilecektir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İmalatçının Sorumluluğuna Uygulanacak Hukukun Sınırları

I) Kamu Düzeni Müdahalesi

A) Kamu Düzeni Kavramı

1) Tanım ve Kapsam

Milletlerarası özel hukuk kapsamındaki bir uyuşmazlıkta *for*'un kanunlar ihtilafı kurallarının gösterdiği yabancı hukukun uygulanması mutlak değildir. Yetkili yabancı hukuktaki hükmün uygulanması ile ortaya çıkacak sonucun, *for*'un kamu düzenine aykırı olması halinde bu yabancı hukuk hükmü uygulanmaz¹³⁸⁹. Bu açıdan kamu düzeni, yabancı hukukun uygulanmasını sınırlayan bir istisnadır¹³⁹⁰.

¹³⁸⁹ Mario Giuliano/Paul Lagarde, "Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations", JO C-280, 31.10.1980, Article 16, *Elektronik Kaynak*, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31980Y1031%2801%29:EN:HTML> (erişim tarihi: 20.1.2015); Erdoğan Göger, **Devletler Hususî Hukuku**, Üçüncü Bası, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1975, s. 96; Yılmaz Altuğ, "Amme İntizamı ve Tesirleri (Bir Özet)", **AÜSBFD**, C. XXVII, S. 3, Eylül 1972, s. 374; Atâ Sakmar, **Devletler Hususî Hukukunda Boşanma**, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1976, (Boşanma), s. 136; Nomer, **a.g.e.**, s. 157; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 156; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 52; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 74, par. 76; Akıncı, **Uygulanacak Hukuk**, s. 54; Sargın, **a.g.e.**, s. 150; Tiryakioğlu, **Taşınır Mallar**, s. 265; Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar**, s. 22-23; Doğan, **a.g.e.**, s. 209, 211; Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s. 23; Demir Gökyayla, **Tek Satıcılık**, s. 399; Elçin, **a.g.e.**, s. 162, 200; Tarman, **Haksız Rekabet**, s. 142; Demirkol, **a.g.e.**, s. 30; Bucher, **Cours Général**, s. 229; Bucher/Bonomi, **a.g.e.**, par. 470, 475; Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard, **a.g.e.**, par. 351; Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s. 852; Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 119; von Hein, **Article 26**, s. 625-626; Fuchs, **Art. 26 Rome II**, s. 428-429; Reese, **Explanatory Report**, s. 269.

¹³⁹⁰ Jacob Dolinger, **Evolution of Principles for Resolving Conflicts in the Field of Contracts and Torts**, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, C. 283, Dordrecht-Boston-London: Martinus Nijhoff Publishers, 2000, s. 287, 289; Andreas Bucher, **L'Ordre Public et le But Social des**

Uygulanacak yabancı hukuka kamu düzeni müdahalesi, milletlerarası sözleşmelerde, Topluluk hukukunda ve ülkelerin milletlerarası özel hukuk kurallarında kabul edilmiş; milletlerarası özel hukukun yerleşmiş bir prensibidir¹³⁹¹. MÖHUK m. 5 uyarınca, “*yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde, bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hallerde, Türk hukuku uygulanır*”. Benzer bir hüküm, İmalatçının Sorumluluğu Hakkında La Haye Sözleşmesi m. 10; Roma II Tüzüğü m. 26 ile İsv. MÖHK m. 17’de yer almaktadır.

Kamu düzeninin, konuya, zamana ve mekana göre değişken olması nedeniyle mutlak bir tanımı bulunmaz¹³⁹². Ancak iç hukuktaki kamu düzeni anlayışının, milletlerarası özel hukuktakinden farklı olması¹³⁹³ özellikle önemlidir.

Milletlerarası özel hukukta kamu düzeni, iç hukuktakinden daha dar ve sınırlıdır. İç hukukta emredici kurallarla düzenlenmiş, tarafların irade serbestisine sahip olmadığı her hususa aykırılık, milletlerarası özel hukukta kamu düzeninin

Lois en Droit International Privé, Recueil des Cours de l’Académie de Droit International, C. 239, Dordrecht-Boston-London: Martinus Nijhoff Publishers, 1993, (Ordre Public), s. 19; Loussouarn/Bourel, **a.g.e.**, par. 252; Rigaux/Fallon, **a.g.e.**, s. 306-307; Nomer, **a.g.e.**, s. 158; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 153; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 75-76, par. 78; Doğan, **a.g.e.**, s. 213; Tiryakioğlu, **Taşınır Mallar**, s. 78; Öztekin Gelgel, **a.g.e.**, s. 274; von Hein, **Article 26**, s. 625; Brière, **Rome II**, s. 68.

¹³⁹¹ Alex Mills, “The Dimensions of Public Policy in Private International Law”, **Journal of Private International Law**, C. 4, S. 2, 2008, s. 201; Bucher, **Ordre Public**, s. 19-20, 22; Dolinger, **a.g.e.**, s. 289; Rigaux/Fallon, **a.g.e.**, s. 311; Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 119; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 148; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 73, par. 76.

¹³⁹² Gündüz Ökçün, **Devletler Hususî Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni**, Ankara: Sermaye Piyasası Kurulu Yayınları, 1967, s. 13-14; Kemal Dayınlı, “Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni”, **Prof. Dr. Yaşar Karayalçın’a 65. Yaş Armağanı**, Ankara: Olgaç Matbaası, 1988, s. 659; Atâ Sakmar, **Yabancı İlamların Türkiye’deki Sonuçları**, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1982, (Yabancı İlamlar), s. 77; Aydanur Gürzumar, “Türk Devletler Özel Hukuku Açısından Boşanma Davalarında Kamu Düzeninin Etkileri”, **MHB**, Y. 14, S. 1-2, 1994, s. 21; Nomer, **a.g.e.**, s. 161; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 158; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 80, par. 83; Doğan, **a.g.e.**, s. 213; **a.g.e.**, s. 77-78; Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s. 24-25; Bucher, **Ordre Public**, s. 45-46.

¹³⁹³ Cemal Şanlı, **Milletlerarası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk**, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1986, (Esasa Uygulanacak Hukuk), s. 379; Altuğ, **a.g.e.**, s. 374; Ökçün, **a.g.e.**, s. 15; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 149, 152; Nomer/Şanlı, **a.g.e.**, s. 169-170; Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s. 217; Akıncı, **Uygulanacak Hukuk**, s. 54; Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar**, s. 98; Ekşi, **Tanıma-Tenfiz**, s. 279; Tiryakioğlu, **Taşınır Mallar**, s. 76; Öztekin Gelgel, **Tüketici Akitleri**, s. 73; Dayınlı, **a.g.e.**, s. 663; Doğan, **a.g.e.**, s. 215-216; Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s. 36-38; Tarman, **Haksız Rekabet**, s. 142; Sarıöz, **a.g.e.**, s. 189; Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s. 852; Bucher, **Ordre Public**, s. 23-24; Bucher/Bonomi, **a.g.e.**, par. 473; Mayer/Heuzé, **a.g.e.**, par. 205; Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard, **a.g.e.**, par. 354; Dolinger, **a.g.e.**, s. 282; Loussouarn/Bourel, **a.g.e.**, par. 249; von Hein, **Article 26**, s. 625; Fuchs, **Art. 26 Rome II**, s. 429.

müdahalesine yol açmaz¹³⁹⁴.

Milletlerarası özel hukukta kamu düzeni, toplumun temel yapısı ile temel çıkarlarını koruyan kurallar bütünüdür¹³⁹⁵. Bu kurallar, hakim hukukunun “dokunulmaz kısmını”, “sert çekirdeğini” oluşturur¹³⁹⁶. Hakimin hukukunun vazgeçilemez temel prensipleri ile genel hukuk politikası, Anayasa ve milletlerarası sözleşmeler ile koruma altına alınmış temel hak ve özgürlükler, dürüstlük kuralı gibi hukukun temel ilkeleri ile genel ahlak ve adap anlayışı olarak somutlaşır¹³⁹⁷.

2) Özellikleri

Ülkelerin temel adalet anlayışı, siyasi, sosyal, ekonomik ve ahlaki değerleri farklı olduğundan, her ülkenin kendine özgü bir kamu düzeni anlayışı söz konusudur¹³⁹⁸. Yetkili yabancı hukuka kamu düzeni müdahalesini düzenleyen

¹³⁹⁴ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 149, 158; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 52; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 86, par. 84; Sakmar, **Boşanma**, s. 132; Ökçün, **a.g.e.**, s. 15; Şanlı, **Esasa Uygulanacak Hukuk**, s. 379; Turhan, **Yabancı Para Kayıtları**, s. 198-199; Dayınlarlı, **a.g.e.**, s. 663-664, 676; Doğan, **a.g.e.**, s. 216; Tiryakioğlu, **Taşınır Mallar**, s. 76-77; Öztekin Gelgel, **Tüketici Akitleri**, s. 71; Güven, **Tanıma-Tenfiz**, s. 131-132; Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s. 37; Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s. 852; Mayer/Heuzé, **a.g.e.**, par. 205; Bucher, **Ordre Public**, s. 24; Bucher/Bonomi, **a.g.e.**, par. 475; Fuchs, **Art. 26 Rome II**, s. 429; Brière, **Rome II**, s. 68; von Hein, **Article 26**, s. 625; Mills, **a.g.e.**, s. 213; ayrıca bkz. Roma II Açıklayıcı Rapor, s. 28.

10.2.2012 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu kararında her emredici hükmün ihlalinin veya her emredici hükmü ihlal eden bir yabancı kararın, Türk kamu düzenine aykırı sayılmayacağı ifade edilmiştir (Y. İBHGK, 10.2.2012, E. 2010/1, K. 2012/1 (RG. 20.10.2102-28417)).

¹³⁹⁵ Dolinger, **a.g.e.**, s. 287-288; Nygh, **a.g.e.**, s. 379; Dickinson, **a.g.e.**, s. 627-628; Bucher, **Ordre Public**, s. 25; Bucher, **Cours Général**, s. 228; Bucher/Bonomi, **a.g.e.**, par. 475; Niboyet/Pradelle, **a.g.e.**, par. 307; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 149; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 52; Doğan, **a.g.e.**, s. 213.

¹³⁹⁶ Nomer, **a.g.e.**, s. 163; Öztekin Gelgel, **Tüketici Akitleri**, s. 70; Bucher, **Ordre Public**, s. 26; Bucher/Bonomi, **a.g.e.**, par. 475; Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard, **a.g.e.**, par. 355.

¹³⁹⁷ Hıfzı Timur, “Devletler Hususî Hukukunda Amme İntizamı”, **İÜHFİM**, S. 4, 1941, s. 866-905; Cemile Demir Gökyayla, “Yeni Yargıtay Kararları Işığında Gereksiz Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, C. 9, S. 105-106, 2013, s. 9; Ökçün, **a.g.e.**, s. 139; Nomer, **a.g.e.**, s. 168-176; Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s. 213-214; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 162-163; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 73-74, par. 77; Sakmar, **Boşanma**, s. 130-131; Dayınlarlı, **a.g.e.**, s. 661-662; Ekşi, **Tanıma-Tenfiz**, s. 280; Doğan, **a.g.e.**, s. 214-216; Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar**, s. 21; Gürzumar, **a.g.e.**, s. 22; Güven, **Tanıma-Tenfiz**, s. 132; Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s. 26-27; Bucher/Bonomi, **a.g.e.**, par. 476 vd., 485-486; Reese, **Explanatory Report**, s. 269; Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s. 853-854; Fuchs, **Art. 26 Rome II**, s. 428.

Ayrıca bkz. Y. İBHGK, 10.2.2012, E. 2010/1, K. 2012/1 (RG. 20.10.2102-28417); Y. HGK., 22.4.1998, E. 1998/2-276, K. 1998/297 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); ATF 117 II 494 (<http://www.bger.ch/fr/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-leitentscheide1954.htm>); ATF 125 III 443 (<http://www.bger.ch/fr/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-leitentscheide1954.htm>) (erişim tarihleri: 2.2.2015)).

¹³⁹⁸ Dolinger, **a.g.e.**, s. 288; Fuchs, **Art. 26 Rome II**, s. 429; Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard, **a.g.e.**, par. 355, 359; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 158.

hükümlerde *for*'un kamu düzeni esas alınmıştır.

Roma II Tüzüğü m. 26 hükmünde de yetkili yabancı hukukun, hakimın hukukunun kamu düzenine aykırılığı düzenlenmiştir¹³⁹⁹. Topluluk hukukunun temel prensipleri (*ordre public communautaire, community public policy*), üye ülkelerin kamu düzeninin bir parçası olduğundan hükümde ayrıca atıfta bulunulmamıştır¹⁴⁰⁰.

Kamu düzeninin müdahalesi için, yetkili yabancı hukukun bir bütün olarak hakimın hukukundakinden farklı olması önem taşımaz¹⁴⁰¹. Yabancı hukukun mevcut uyumsuzlukta uygulanacak hükmünün, hakimın hukukundakinden farklı olması veya yabancı hukuktaki kurumun, hakimın hukukunda mevcut olmamasının da bir etkisi yoktur¹⁴⁰². Zira kamu düzeninin müdahalesi için gerekli olan, yetkili yabancı hukuk hükmünün uygulanmasının, *for* hukukunun temel prensip ve değerleri açısından kabul edilemez bir sonuç yaratmasıdır.

Dolayısıyla esas olan yabancı hukukun uygulanması olup, kamu düzeninin müdahalesi istisnaıdır¹⁴⁰³. Kamu düzeni müdahalesini düzenleyen kurallarda aykırılığın “açık (*manifestement, manifestly*)” olması şartı aranarak, bu müdahalenin

¹³⁹⁹ Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s. 853; von Hein, **Article 26**, s. 621; Brière, **Rome II**, s. 68; Dickinson, **a.g.e.**, s. 629; Tarman, **Roma II**, s. 217; Sarıöz, **a.g.e.**, s. 193.

Tüzüğün hazırlık çalışmalarında söz konusu hüküm, Topluluk hukukunun temel prensiplerine aykırılığı içerecek şekilde düzenlenmişti (2003 tarihli Tüzük Teklifi m. 23 ile 2006 tarihli Değiştirilmiş Tüzük Teklifi m. 3). Ayrıca bu konuda bkz. Willibald Posch, “The ‘Draft Regulation Rome II’ in 2004: Its Past and Future Perspectives”, **YPIL**, C. 6, 2004, s. 151-152; von Hein, **Article 26**, s. 622-624; Öztekin Gelgel, **a.g.e.**, s. 274-275.

¹⁴⁰⁰ von Hein, **Article 26**, s. 621, 624; Fuchs, **Art. 26 Rome II**, s. 424, dn. 1.

Ayrıca hakimın, kamu düzenine aykırılığı tespit ederken Topluluk hukukunun temel prensipleri, AIHS’de somutlaşan ilkeleri öncelikle dikkate alacağı yönünde bkz. Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s. 853; Graziano, **Rome II**, s. 509; Fuchs, **Art. 26 Rome II**, s. 429-430; Tarman, **Roma II**, s. 217.

¹⁴⁰¹ Nomer, **a.g.e.**, s. 167; Gürzumar, **a.g.e.**, s. 37; Dayınlarlı, **a.g.e.**, s. 687; Doğan, **a.g.e.**, s. 211; Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s. 37; Bucher, **Ordre Public**, s. 34; Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard, **a.g.e.**, par. 353; Giuliano/Lagarde, **a.g.e.**, Article 16; Dickinson, **a.g.e.**, s. 1840; von Hein, **Article 26**, s. 625; Fuchs, **Art. 26 Rome II**, s. 428.

¹⁴⁰² Sakmar, **Boşanma**, s. 132; Nomer, **a.g.e.**, s. 160; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 158; Ekşi, **Tanım-Tenfiz**, s. 680; Turhan, **Yabancı Para Kayıtları**, s. 199; Doğan, **a.g.e.**, s. 214; Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s. 37; Elçin, **a.g.e.**, s. 204-205; Tarman, **Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi**, s. 26; Sarıöz, **a.g.e.**, s. 191-192; Bucher, **Ordre Public**, s. 22; Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard, **a.g.e.**, par. 352; von Hein, **Article 26**, 629; Fuchs, **Art. 26 Rome II**, s. 428; Dickinson, **a.g.e.**, s. 626. Ayrıca bkz. Y. 2. HD., 23.6.1983, E. 5550, K. 5697 (**YKD**, 1984/1, s. 46-47); Y. İBHKGK, 10.2.2012, E. 2010/1, K. 2012/1 (RG. 20.10.2102-28417).

¹⁴⁰³ von Hein, **Article 26**, s. 625-626; Giuliano/Lagarde, **a.g.e.**, Article 16; Dickinson, **a.g.e.**, s. 626; Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard, **a.g.e.**, par. 352; Rigaux/Fallon, **a.g.e.**, s. 306-307; Reese, **Explanatory Report**, s. 269; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 52; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 76, par. 79; Öztekin Gelgel, **Tüketici Akitleri**, s. 70; Tarman, **Devletler Özel İmlatçı**, s. 35.

istisnai niteliği vurgulanmıştır¹⁴⁰⁴.

Kamu düzenine aykırılığı belirleme görevi, hakime aittir. Hakim, her somut uyuşmazlığın özellikleri çerçevesinde yabancı hukukun uygulanmasının yaratacağı somut sonucun, kamu düzenine aykırılık taşıyıp taşımayacağını re'sen takdir edecektir¹⁴⁰⁵. Kamu düzenine aykırılığın açık olmasının aranması, hakimin takdir hakkını sınırlar¹⁴⁰⁶. Uygulanacak hukukun sübjektif veya objektif bağlama uyarınca belirlenmiş olması¹⁴⁰⁷, kamu düzeni müdahalesi açısından bir fark yaratmaz¹⁴⁰⁸. Kamu düzeni, zamana göre değişken olduğundan hakim, uyuşmazlığın görüldüğü anda geçerli olan kamu düzeni anlayışını esas alacaktır¹⁴⁰⁹.

Yetkili yabancı hukuka kamu düzeninin müdahalesinin söz konusu olabilmesi için, prensip olarak somut uyuşmazlık ile o ülke arasında belirli bir bağlantının bulunması gerekir¹⁴¹⁰. Dolayısıyla somut uyuşmazlığın, hakimin hukuku ile ilişkisi yoğunlaştıkça kamu düzeninin müdahale etme olasılığı da artacaktır¹⁴¹¹.

¹⁴⁰⁴ von Hein, **Article 26**, s. 625; Brière, **Rome II**, s. 68; Mills, **a.g.e.**, s. 207 vd.; Fuchs, **Art. 26 Rome II**, s. 428; Dickinson, **a.g.e.**, s. 626-627; Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s. 852; Nomer, **a.g.e.**, s. 158; Sakmar, **Boşanma**, s. 130; **Çelikel**, s. 157; **Tekinalp**, s. 38; Akıncı, **Uygulanacak Hukuk**, s. 54; Gürzumar, **a.g.e.**, s. 28; Dayınlarlı, **a.g.e.**, s. 687.

¹⁴⁰⁵ Ökçün, **a.g.e.**, s. 157; Nomer, **a.g.e.**, s. 161; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 158; Gürzumar, **a.g.e.**, s. 25; Dayınlarlı, **a.g.e.**, s. 661; Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s. 31; Bucher, **Ordre Public**, s. 28; Mills, **a.g.e.**, s. 202; von Hein, **Article 26**, s. 630; Fuchs, **Art. 26 Rome II**, s. 427; Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard, **a.g.e.**, par. 370a; Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s. 852.

¹⁴⁰⁶ Nomer, **a.g.e.**, s. 169; Sakmar, **Boşanma**, s. 240; Gürzumar, **a.g.e.**, s. 29; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 158; Giuliano/Lagarde, **a.g.e.**, Article 16; Mills, **a.g.e.**, s. 206; Reese, **Explanatory Report**, s. 269.

¹⁴⁰⁷ Bununla birlikte İsv. MÖHK m. 132 uyarınca haksız fiilden doğan borç ilişkilerinde hukuk seçimi İsviçre hukuku ile sınırlı tutulduğundan İsviçre kamu düzeni müdahalesinin gündeme gelmeyeceği de açıktır.

¹⁴⁰⁸ Fausto Pocar, **La protection de la partie faible en droit international privé**, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, C. 188, Dordrecht-Boston-London: Martinus Nijhoff Publishers, 1984, s. 395-396; von Hein, **Article 26**, s. 620; Akıncı, **Uygulanacak Hukuk**, s. 56; Demir Gökyayla, **Tek Satıcılık**, s. 399; Tarman, **Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi**, s. 25.

¹⁴⁰⁹ Nomer, **a.g.e.**, s. 169; Dolinger, **a.g.e.**, s. 296; Loussouarn/Bourel, **a.g.e.**, par. 250; Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard, **a.g.e.**, par. 358.

¹⁴¹⁰ Nomer, **a.g.e.**, s. 174; Ökçün, **a.g.e.**, s. 157; Gürzumar, **a.g.e.**, s. 25; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 53; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 77-78, par. 80; Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar**, s. 23; Doğan, **a.g.e.**, s. 217; Tiryakioğlu, **Taşımır Mallar**, s. 77; Bucher, **Ordre Public**, s. 52; Bucher, **Cours Général**, s. 231; Mills, **a.g.e.**, s. 211; Bucher/Bonomi, **a.g.e.**, par. 491-492; Rigaux/Fallon, **a.g.e.**, s. 323; Loussouarn/Bourel, **a.g.e.**, par. 254-2; Mills, **a.g.e.**, s. 211; von Hein, **Article 26**, s. 627; Fuchs, **Art. 26 Rome II**, s. 429.

Bununla birlikte temel hak ve özgürlükler açısından kamu düzeninin müdahalede bulunabilmesi için böyle bir ilişkinin aranmayacağı hakkında bkz. Nomer, **a.g.e.**, s. 171; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 79, par. 80; Bucher, **Ordre Public**, s. 53-54; von Hein, **Article 26**, s. 627; Fuchs, **Art. 26 Rome II**, s. 429; Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard, **a.g.e.**, par. 366a.

¹⁴¹¹ Nomer, **a.g.e.**, s. 174; Ökçün, **a.g.e.**, s. 157; Gürzumar, **a.g.e.**, s. 25; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 77-78, par. 80; Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar**, s. 23; Mills, **a.g.e.**, s. 212; Loussouarn/Bourel, **a.g.e.**, par. 254-2; Rigaux/Fallon, **a.g.e.**, s. 323-324; Fuchs,

3) İşlevi

Kamu düzeninin müdahalesi, somut uyuşmazlıkta uygulanacak kanunlar ihtilafı kurallarının belirlenip, bu kuralların yabancı bir hukuku göstermesi ile başlar. Uygulanacak yabancı hukuka kamu düzeninin müdahalede bulunması neticesinde iki etki doğabilir¹⁴¹².

Kamu düzeninin olumsuz etkisi olarak adlandırılan ilk etki, yabancı hukuk hükmünün uygulanmasının, kamu düzeni ile bağdaşmayan bir sonuç yaratması sebebiyle bu hükmün uygulanmasından vazgeçilmesidir. Kamu düzeni müdahalesinin asıl işlevi de budur¹⁴¹³. Burada yetkili yabancı hukukun bir bütün olarak uygulanmasından vazgeçilmemekte; sadece *for*'un kamu düzenine esaslı derecede aykırı sonuç yaratan yabancı hukukun ilgili hükmü bertaraf edilmektedir. Dolayısıyla bertaraf edilen hüküm dışında uyuşmazlığın geri kalan kısmında yabancı hukuk yetkili kalmaya devam edecektir¹⁴¹⁴.

Kamu düzeninin olumlu etkisi denilen ikinci sonuç ise yabancı hukuktaki hükmün uygulanmaması neticesinde doğacak boşluğun, hakim hukuku uyarınca doldurulmasıdır¹⁴¹⁵. Ancak, bunun söz konusu olabilmesi için ilk önce olumsuz etkisinin gerçekleşmesi, yani yabancı hukukun ilgili hükmünün uygulanmasından vazgeçilmesi gerekir¹⁴¹⁶. Yabancı hukuktaki hükmün uygulanmaması sebebiyle oluşan boşluğun, öncelikle yetkili yabancı hukuk uyarınca doldurulması; bunun mümkün olmaması halinde hakim hukukuna başvurulması gerektiği, prensip olarak

Art. 26 Rome II, s. 429.

¹⁴¹² Nomer, **a.g.e.**, s. 163; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 160; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 53; Akıncı, **Uygulanacak Hukuk**, s. 55; Gürzumar, **a.g.e.**, s. 28; Dayınlarlı, **a.g.e.**, s. 680; Doğan, **a.g.e.**, s. 211; Tiryakioğlu, **Taşınır Mallar**, s. 77; Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s. 32; Tarman, **Haksız Rekabet**, s. 146; Bucher, **Ordre Public**, s. 28-29; Bucher, **Cours Général**, s. 229; Nygh, **a.g.e.**, s. 379; Loussouarn/Bourel, **a.g.e.**, par. 255; Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard, **a.g.e.**, par. 368; von Hein, **Article 26**, s. 620.

¹⁴¹³ Nygh, **a.g.e.**, s. 379; Dolinger, **a.g.e.**, s. 290-291; Bucher, **Ordre Public**, s. 29; Loussouarn/Bourel, **a.g.e.**, par. 255; Nomer, **a.g.e.**, s. 176; Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar**, s. 21.

¹⁴¹⁴ Reese, **Explanatory Report**, s. 269; Loussouarn/Bourel, **a.g.e.**, par. 257; Bucher, **Ordre Public**, s. 28; Fuchs, **Art. 26 Rome II**, s. 430; Dickinson, **a.g.e.**, s. 631; Ökçün, **a.g.e.**, s. 94-95; Tiryakioğlu, **Taşınır Mallar**, s. 77, dn. 299.

¹⁴¹⁵ Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 53; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 88, par. 85; Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar**, s. 21;

¹⁴¹⁶ Loussouarn/Bourel, **a.g.e.**, par. 255; Bucher, **Ordre Public**, s. 28-29; Bucher, **Cours Général**, s. 230; Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar**, s. 21; Doğan, **a.g.e.**, s. 212.

kabul edilir¹⁴¹⁷.

Öte yandan kamu düzeninin müdahalesi ile yabancı hükmün uygulanması bertaraf edildiğinde uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması da söz konusu olabilir¹⁴¹⁸. Böyle bir durumda yabancı hukuktaki hükmünün uygulanmaması bir boşluk yaratmadığından, kamu düzeninin olumlu etkisinin devreye girmesi de söz konusu olmayacaktır.

B) İmalatçının Sorumluluğuna Uygulanacak Hukuka Kamu Düzeni Müdahalesi

1) Kamu Düzeni Müdahalesinin Söz Konusu Olabileceği Haller

Milletlerarası ilişkilerin yaygınlaşmasıyla kamu düzeni müdahalesinin önemi de artmıştır¹⁴¹⁹. Kamu düzeni, esasen aile ve şahsın hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda daha yoğun bir müdahale alanına sahiptir¹⁴²⁰. Haksız fiilden doğan borç ilişkilerinde ise kamu düzeni müdahalesinin nadir olarak devreye gireceği belirtilmektedir¹⁴²¹. Bu durum, özel bir haksız fiil türü olan imalatçının sorumluluğu açısından da geçerlidir.

Kamu düzeninin müdahale edebileceği hallerin, sınırlı bir şekilde sayılması, elbette mümkün değildir. Kamu düzeni müdahalesinin istisnai niteliğini ortadan kaldıracak sınıflandırma ve sayımlardan kaçınılması gerekir.

Bununla beraber imalatçının sorumluluğunda genel olarak, sorumluluğun şartları, sınırlandırılması, tazminat ve zamanaşımını ilgilendiren konularda kamu düzeni müdahalesi ile karşılaşılabileceği söylenebilir¹⁴²². Bu müdahale, La Haye

¹⁴¹⁷ Nomer, **a.g.e.**, s. 178; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 88, par. 85; Doğan, **a.g.e.**, s. 212, 217; Elçin, **a.g.e.**, s. 201; Tarman, **Haksız Rekabet**, s. 147; Dolinger, **a.g.e.**, s. 290, 296-297; Bucher, **Ordre Public**, s. 29-30; Boskovic, **a.g.e.**, s. 347; von Hein, **Article 26**, s. 630; Fuchs, **Art. 26 Rome II**, s. 430; bu konudaki diğer yöntem ve uygulamalar için bkz. Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard, **a.g.e.**, par. 369.

Ancak bu yaklaşımın, hayat gerçeklerine uygun olmadığı hakkında bkz. Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 88, par. 85.

¹⁴¹⁸ Bucher, **Ordre Public**, s. 29; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 157; Doğan, **a.g.e.**, s. 218

¹⁴¹⁹ Mills, **a.g.e.**, s. 202; Dolinger, **a.g.e.**, s. 304-305; Loussouarn/Bourel, **a.g.e.**, par. 248.

¹⁴²⁰ Dolinger, **a.g.e.**, s. 304; Loussouarn/Bourel, **a.g.e.**, par. 254; Boskovic, **a.g.e.**, s. 336; Özdemir Kocasalak, **Doğrudan Uygulanan Kurallar**, s. 22. Bunun sebebi, şahsi statüye ilişkin konuların, ülkelerin sosyal, kültürel ve ahlaki alanlardaki temel değerleriyle yakından ilişkili olmasıdır.

¹⁴²¹ Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 121; Graziano, **Rome II**, s. 508; Brière, **Rome II**, s. 68; Loussouarn/Bourel, **a.g.e.**, par. 253; Boskovic, **a.g.e.**, s. 336.

¹⁴²² Haksız fiilden kaynaklanan uyuşmazlıklarda kamu düzeni müdahalesi açısından bu yönde bkz. Dolinger, **a.g.e.**, s. 294; Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 120-121; von Hein, **Article 26**, s.

Sözleşmesi m. 10; Roma II Tüzüğü m. 26; İsv. MÖHK m. 17 ile MÖHUK m. 5'teki genel kural uyarınca gerçekleşecektir.

Bu çerçevede, Türk mahkemesi önündeki imalatçının sorumluluğundan kaynaklanan uyuşmazlıkta sübjektif veya objektif bağlama uyarınca belirlenen yabancı hukuk hükmünün uygulanmasının yaratacağı somut sonucun, Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde, MÖHUK m. 5 uyarınca bu hükmün uygulanması engellenecektir.

İmalatçının sorumluluğuna uygulanan yabancı hukuktaki kurala Türk kamu düzeninin müdahalede bulunup bulunmayacağı, her bir somut uyuşmazlığın özelliklerine göre değerlendirilecektir. Herşeyden önce uygulanacak yabancı hukukun, piyasaya sürülmüş üründen zarar gören hakkında Türk hukukundakinden daha elverişsiz bir çözüm sağlaması, Türk kamu düzeninin müdahalesi için yeterli değildir¹⁴²³.

Yabancı hukuktaki düzenlemenin Türk hukukundan farklı olması da prensip olarak kamu düzeni müdahalesine yol açmaz¹⁴²⁴. Bu açıdan yabancı hukukun, imalatçı lehine Türk hukukunda mevcut olmayan bir kurtuluş kanıtı, örneğin gelişim hatası savunması öngörmesi, Türk kamu düzenine tahammül edilemez derecede aykırı bir sonuç yaratmaz¹⁴²⁵.

Yabancı hukuktaki zamanaşımı süresinin, Türk hukukundakinden farklı düzenlenmiş olması da kural olarak, kamu düzeni müdahalesini gerektirmez. Ancak hiç zamanaşımı süresi öngörmeyen veya zamanaşımı kurumunun öngörülme amacını

628-629; Brière, **Rome II**, s. 68; Fuchs, **Art. 26 Rome II**, s. 430; Boskovic, **a.g.e.**, s. 338-339; Schwartz, **a.g.e.**, par. 3.5; Sarıöz, **a.g.e.**, s. 192.

¹⁴²³ Pierre Mayer, "La protection de la partie faible en droit international privé- Rapport Français", **La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaisons franco-belge**, Paris: LGDJ, 1996, s. 519; iş sözleşmeleri kapsamında benzer yönde bkz. Elçin, **a.g.e.**, s. 197.

¹⁴²⁴ Sistem farklılıklarının, kamu düzeni müdahalesine yol açmayacağı hakkında genel olarak bkz. Nomer, **a.g.e.**, s. 160; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 158; Sakmar, **Boşanma**, s. 132; Ekşi, **Tamma-Tenfiz**, s. 680; Doğan, **a.g.e.**, s. 214; Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s. 37; Elçin, **a.g.e.**, s. 204-205; Sarıöz, **a.g.e.**, s. 191-192; Dutoit, **Commentaire**, s. 481; Bucher, **Ordre Public**, s. 22; Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard, **a.g.e.**, par. 352; von Hein, **Article 26**, 629; Fuchs, **Art. 26 Rome II**, s. 428; Dickinson, **a.g.e.**, s. 626; Clarkson/Hill, **a.g.e.**, s. 290.

¹⁴²⁵ AB üyesi ülkeler bakımından, 85/374 sayılı Yönerge'nin üye devletlerin iç hukuklarına aktarılırken üye ülkelere Yönerge'de tanınmış imkan çerçevesinde ülke hukuklarında meydana gelebilecek farklılıkların, örneğin, gelişim hatası savunmasını kabul eden bir hukukun uygulanmasının bunu öngörmeyen *for* ülkesinin kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyeceği yönünde bkz. Fawcett, **a.g.e.**, s. 146; Özel, **İmalatçının Sorumluluğu**, s. 916-917; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğu**, s. 157; Tarman, **Devletler Özel İmalatçı**, s. 35; karşı. Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s. 853).

ortadan kaldıracak şekilde aşırı uzun bir zamanaşımı süresi öngören yabancı hukuktaki kurala, Türk kamu düzeni müdahale edebilir¹⁴²⁶.

Yabancı hukukun, imalatçının sorumlu tutulacağı zararlar bakımından Türk hukukundan farklı düzenlemeler öngörmesi de doğrudan MÖHUK m. 5'in devreye girmesine yol açmamalıdır¹⁴²⁷. Örneğin, destekten yoksun kalanlar dışında salt ekonomik zararların tazminini kabul eden yabancı hukuktaki bir kuralın, Türk hukukunun temel prensiplerini açıkça ihlal etmeyeceği düşüncesindeyiz.

Zararın tazmin sınırının çizilmesinde kamu düzeninin rolünün önemli olduğu bir gerçektir¹⁴²⁸. Ancak yabancı hukukun öngördüğü tazminatın, miktar olarak Türk hukukundan fazla olması tek başına, Türk kamu düzenine açıkça aykırı bir sonuç doğurmaz¹⁴²⁹. Meselenin, cezalandırıcı tazminat özelinde değerlendirilmesi, aşağıda incelenecektir¹⁴³⁰.

Bununla birlikte yabancı hukukun öngördüğü tazminatın çok düşük veya sembolik bir miktarda olması, Türk kamu düzenine açıkça aykırı bir sonuç meydana getirebilir. Özellikle hatalı ürünün kişinin vücut bütünlüğüne yönelik meydana getirdiği zararlarda yabancı hukukun çok düşük bir miktarda tazminat öngörmesi, zarar görenin AİHS m. 2'deki yaşam hakkı ile AY m. 17'deki kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığının korunmasına aykırı bir sonuca yol açacaktır.

Öte yandan MÖHUK m. 5'in müdahalede bulunabilmesi için imalatçının sözleşme dışı sorumluluğu hakkındaki uyuşmazlıkla Türkiye arasında belirli bir bağlantı da bulunmalıdır. Bu bağlantının tespitinde somut uyuşmazlığın tüm özellikleri dikkate alınacaktır¹⁴³¹. Örneğin, zarar veren imalatçının işyeri ya da mutad

¹⁴²⁶ Y. 13. HD., 15.6.1993, E. 2112, K. 5075 (YKD, 1993, S. 10, s. 1526 vd.); Y. 19. HD., 17.5.2002, E. 6649; K. 3760 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Doğan, **a.g.e.**, s. 215; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 85-86, par. 84, dn. 158; ayrıca benzer yönde bkz. von Hein, **Article 26**, s. 629; Brière, **Roma II**, s. 68; Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard, **a.g.e.**, par. 362; Bucher, **Ordre Public**, s. 31; Clarkson/Hill, **a.g.e.**, s. 290.

¹⁴²⁷ Roma II Tüzüğü m. 26 kapsamında benzer yönde bkz. von Hein, **Article 26**, s. 629; Fuchs, **Art. 26 Rome II**, s. 428; Brière, **Roma II**, s. 68.

¹⁴²⁸ Nomer, **a.g.e.**, s. 350.

¹⁴²⁹ Mills, **a.g.e.**, s. 218; Boskovic, **a.g.e.**, s. 342; Dutoit, **Commentaire**, s. 481; Bucher, **Ordre Public**, s. 53; Bucher/Bonomi, **a.g.e.**, par. 1101; Bucher, **Actes illicites**, s. 130.

¹⁴³⁰ Bu konuda bkz. aşı. "Cezalandırıcı Tazminat Özelinde Kamu Düzenine Aykırılık" başlıklı bölüm (Üçüncü Bölüm, I, C).

¹⁴³¹ Bucher, **Ordre Public**, s. 52-53; Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard, **a.g.e.**, par. 366a.

meskeninin Türkiye’de bulunması halinde böyle bir bağlantı söz konusu olabilir¹⁴³².

2) Özel Kamu Düzeni Kuralı

a) Kavram

Özel kamu düzeni kuralları (*clause spéciale d’ordre public, specific ordre public clause*), toplumdaki siyasal, sosyal, ekonomik menfaatler ile temel hukuki yapının korunmasını temin etmeyi amaçlar¹⁴³³. Bu kurallar, *lex fori*’nin, bir sınırlandırma sebebi olarak, yetkili yabancı hukukla birlikte uygulanmasının özel bir görünüm biçimidir¹⁴³⁴.

Genel kural uyarınca kamu düzeni müdahalesi söz konusu olduğunda, kamu düzeninin olumlu etkisi her durumda devreye girmez. Özel kamu düzeni kuralları ise düzenledikleri konudaki yabancı hukuktaki kuralın bertaraf edilerek, bunun yerine *lex fori*’nin uygulanmasını sağlar¹⁴³⁵. Bu itibarla özel kamu düzeni kuralları, *lex fori*’nin uygulama alanını genişleten, istisnai kurallardır¹⁴³⁶.

Bu kurallar, düzenledikleri konuda hakimın hukukundaki kamu düzeni anlayışının somutlaşmış halini ifade ederler¹⁴³⁷. Bu açıdan, genel kamu düzeni müdahalesinin özel bir uygulama alanını oluştururlar¹⁴³⁸.

¹⁴³² Bucher, **Ordre Public**, s. 53; Roma II Tüzüğü m. 26 açısından bu yönde bkz. Fuchs, **Art. 26 Rome II**, s. 429.

¹⁴³³ Graziano, **Product Liability**, s. 485; Rigaux/Fallon, **a.g.e.**, s. 961.

¹⁴³⁴ Pryles, **a.g.e.**, s. 63; Kahn-Freund, **Delictual Liability**, s. 15-17; Fawcett, **a.g.e.**, s. 161; Graziano, **General Principles**, s. 253; Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 120; Clarkson/Hill, **a.g.e.**, s. 290; Turhan, **a.g.e.**, s. 231-235; Özel, **İmalatçının Sorumluluğu**, s. 895; Özel, **Uygulanacak Hukuk**, s. 920; Güven, **Rekabetin Engellenmesi**, s. 434.

¹⁴³⁵ Bununla birlikte bazı özel kamu düzeni kurallarında, tarafların vatandaşlığı veya mutad meskeninin bulunduğu yere bağlı olarak devreye girecekleri düzenlenmiştir (Boskovic, **a.g.e.**, s. 192). Örneğin, mülga Alm. MÖHK m. 12 ve m. 38’de sadece Alman vatandaşlarına yönelik özel kamu düzeni kuralı öngörülmüştü (Nomer, **a.g.e.**, s. 174; Ekşi, **Tanıma-Tenfiz**, s. 659-660; Hay, **German Conflicts Law**, s. 640; Bucher, **Ordre Public**, s. 35; Xu, **a.g.e.**, s. 84). Ancak “gerçek kural” olarak nitelendirilenlerin, tarafların vatandaşlığına bağlı olmadan, kayıtsız şartsız *lex fori*’nin uygulanmasını sağladıkları belirtilmektedir (Nomer, **a.g.e.**, s. 175).

¹⁴³⁶ Nomer, **a.g.e.**, s. 175; Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 121.

¹⁴³⁷ Nomer, **a.g.e.**, s. 175; Dutoit, **Commentaire**, s. 481; Bucher/Bonomi, **a.g.e.**, par. 1101; Bucher, **Actes illicites**, s. 130; Imhoff-Scheier/Patochhi, **a.g.e.**, s. 63; Hay, **German Conflicts Law**, s. 640; Behr, **Punitive Damages in American and German Law**, s. 155; Brière, **Rome II**, s. 68-69; Graziano, **Rome II**, s. 509; Güven, **Rekabetin Engellenmesi**, s. 434.

¹⁴³⁸ Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard, **a.g.e.**, par. 542a; Hay, **German Conflicts Law**, s. 640; Dickinson, **a.g.e.**, s. 630; Tiryakioğlu, **Rekabet**, s. 156; Güven, **Rekabetin Engellenmesi**, s. 458; Tarman, **Haksız Rekabet**, s. 144.

Bu kuralların uygulama alanı, düzenledikleri konu ile sınırlıdır¹⁴³⁹. Düzenledikleri alan dışındaki konularda yetkili yabancı hukuka kamu düzeni müdahalesi, genel kural uyarınca gerçekleştirilir.

Kamu düzeninin zamana göre değişken olmasına karşın, özel kamu düzeni kuralları sabittir¹⁴⁴⁰. Bu nedenle özel kamu düzeni kuralı öngören hükümde değişiklik yapılmıyca kadar bu kurallar, hakim hukukundaki kamu düzeni anlayışının zaman içinde değişmesinden etkilenmezler¹⁴⁴¹.

Özel kamu düzeni kuralları, tıpkı kamu düzeni müdahalesine ilişkin genel kural gibi maddi hukuk menfaatlerinin, milletlerarası özel hukuk menfaatlerinin önüne geçtiği kurallardır. Bunlar, milletlerarası özel hukuk adaletini zedeleyen ve *lex fori*'nin uygulama alanını gereksiz şekilde genişleten kurallar olmaları sebebiyle eleştirilmektedir¹⁴⁴². Ayrıca uyumsuzluğa uygulanacak hukukta parçalanmaya (*dépeçage, severability*) yol açacakları da belirtilmektedir¹⁴⁴³.

b) Haksız Fiillerde Özel Kamu Düzeni Kuralının Kabul Gerekçesi

Haksız fiillerde kamu düzeni müdahalesi ile esas olarak tazminata ilişkin konularda karşılaşılabileceği belirtilmektedir¹⁴⁴⁴. Bu sebeple bazı hukuk sistemleri, yabancı hukuklardaki zararın telafisi dışında amaçlar taşıyan, fahiş miktardaki tazminatları gözönüne alarak, bu alanda özel kamu düzeni kuralları öngörmüşlerdir¹⁴⁴⁵.

Tazminat açısından özel kamu düzeni kurallarına, Alman hukukunda haksız

¹⁴³⁹ Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard, **a.g.e.**, par. 542a; Imhoff-Scheier/Patochhi, **a.g.e.**, s. 63.

¹⁴⁴⁰ Behr, **Punitive Damages in Germany**, s. 201; Bucher, **Actes illicites**, s. 130.

¹⁴⁴¹ Behr, **Punitive Damages in Germany**, s. 201.

Rekabetin engellenmesine ilişkin MÖHUK m. 38, f. 2'de öngörülen özel kamu düzeni kuralının, RKHK'da yer alan üç kat tazminat düzenlemesinin gelecekte kanun koyucu tarafından değiştirilerek, bu oranın daha aza indirilmesi veya tamamen gerçek zararlarla sınırlanması halinde anlam kazanacağı doktrinde ifade edilmiştir (Tiryakioğlu, **Haksız Filler**, s. 218; Tarman, **Haksız Rekabet**, s. 145). MÖHUK m. 38, f. 2 bakımından bu görüşün, özel kamu düzeni kuralındaki kamu düzeni anlayışının sabit olduğunu gösterdiği kanısındayız.

¹⁴⁴² Güven, **Rekabetin Engellenmesi**, s. 434.

¹⁴⁴³ Kozyris, **a.g.e.**, s. 498; ayrıca bkz. Weintraub, **Mass Tort Litigation**, s. 139-141.

¹⁴⁴⁴ Graziano, **General Principles**, s. 253; Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 121-122; von Hein, **Article 26**, s. 620-621; Nomer, **a.g.e.**, s. 350; imalatçının sorumluluğu açısından bu yönde bkz. Schwartze, **a.g.e.**, s. 4.

¹⁴⁴⁵ Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 121; Bucher, **Cours Général**, s. 405; Rigaux/Fallon, **a.g.e.**, s. 325; Xu, **a.g.e.**, s. 84 vd.; Tiryakioğlu, **Rekabet**, s. 156-157.

fiillere ilişkin genel hükümde (Alm. MÖHK m. 40, f. 3); İsviçre hukukunda rekabetin engellenmesi ile imalatçının sorumluluğunda (İsv. MÖHK m. 137, f. 2; İsv. MÖHK m. 135, f. 2); Türk hukukunda ise yalnızca rekabetin engellenmesi hakkındaki özel bağlama kuralında (MÖHUK m. 38, f. 2) yer verilmiştir¹⁴⁴⁶.

Belirtilen bu kuralların hepsinin, yabancı hukuktaki misli tazminat ya da cezalandırıcı tazminat gibi aşırı miktardaki tazminatlar için öngörüldüğü ifade edilmektedir¹⁴⁴⁷. Bu kuralların amacı, *for* devletinin ekonomik menfaatlerinin korunmasını sağlamaktır.

c) İmalatçının Sorumluluğunda Özel Kamu Düzeni Kuralının Etkisi

Çalışma kapsamında incelenen hukuk sistemleri arasında imalatçının sorumluluğu açısından yalnızca İsviçre hukukunda özel kamu düzeni kuralı öngörülmüştür. İsv. MÖHK m. 135, f. 2 uyarınca, *“İsviçre’de üründeki hata veya hatalı bilgilendirmeden kaynaklanan bir talebe yabancı hukukun uygulandığı hallerde İsviçre hukukunun bu halde öngöreceği tazminattan daha fazlasına hükmedilemez”*.

Bu kuralın, İsviçre sanayisi ile sigortacıların menfaatlerinin korunması amacıyla düzenlendiği belirtilmektedir¹⁴⁴⁸. Bu açıdan, zarar veren ve onun sigortacısının menfaatinin korunmaktadır. Böylelikle İsv. MÖHK m. 135, f. 1’de zarar görene tanınan seçim hakkının sağladığı korumanın sınırlandığı; taraflar

¹⁴⁴⁶ Rekabetin engellenmesi hakkında MÖHUK m. 38, f. 2’de yer verilen özel kamu düzeni kuralının değerlendirilmesi hakkında bkz. Tiryakioğlu, **Haksız Filler**, s. 217-218; Güven, **Rekabetin Engellenmesi**, s. 458-460; Güven, **Tanım-Tenfiz**, s. 143; Tarman, **Haksız Rekabet**, s. 144-145.

Öte yandan MÖHUK m. 38, f. 2 düzenlemesinin, cezai nitelik taşıyan, fahiş tazminat miktarlarına hükmedilebilen hukukların uygulanması sonucunda yabancı mahkemelerce verilen ve Türk hukukuna göre fahiş sayılabilecek miktarlardaki tazminat hükümlerinin tenfizinin engellenmesinin amaçlandığı da doktrinde ileri sürülmüştür (Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 427). Kanımızca, MÖHUK m. 38, f. 2 yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi kapsamında uygulama alanı bulmaması gereken bir kuraldır. Zira MÖHUK m. 38, f. 2 uygulanacak hukuk kapsamında öngörülen bir düzenlemedir. Bu sebeple, rekabet alanında fahiş miktarda tazminat öngören yabancı mahkeme kararlarının tenfizinin, MÖHUK m. 54, f. 1, c kapsamında kamu düzenine aykırılık çerçevesinde incelenmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

¹⁴⁴⁷ Graziano, **Responsabilité délictuelle**, s. 121; Hay, **German Conflicts Law**, s. 639, 640-641; Sonnenberger, **a.g.e.**, s. 662; Behr, **Punitive Damages in Germany**, s. 201; von Hein, **Article 26**, s. 620-621; Dutoit, **Commentaire**, s. 481; Bucher/Bonomi, **a.g.e.**, par. 1101; Bucher, **Actes illicites**, s. 129; Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard, **a.g.e.**, par. 542a; Imhoff-Scheier/Patochhi, **a.g.e.**, s. 63; Othenin-Girard, **Rome II**, s. 80; Othenin-Girard, **Rome II et LDIP**, s. 387; Nomer, **a.g.e.**, s. 350, dn. 189; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğu**, s. 163; Güven, **Rekabetin Engellenmesi**, s. 434, 453; Tarman, **Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi**, s. 26; Sarıöz, **a.g.e.**, s. 193.

¹⁴⁴⁸ Bucher, **Ordre Public**, s. 54-55; Bucher, **Actes illicites**, s. 130; Bucher/Bonomi, **a.g.e.**, par. 1101; Imhoff-Scheier/Patochhi, **a.g.e.**, s. 63; Sonnenberger, **a.g.e.**, s. 662.

arasındaki menfaat dengesinin temin edildiği belirtilmektedir¹⁴⁴⁹.

İsv. MÖHK m. 135, f. 2 hükmünün uygulama alanının, tazminat ile sınırlı olduğu açıktır¹⁴⁵⁰. Maddi tazminatın yanında manevi tazminatı da kapsadığı konusunda bir kuşku bulunmamaktadır¹⁴⁵¹.

Bununla birlikte hükmün lafzı sebebiyle, müdahale alanı hakkında doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür¹⁴⁵². Bizim de paylaştığımız görüş¹⁴⁵³, hükmün ifade biçiminin aksine, İsviçre hukukundan daha fazla bir miktarda tazminat öngören her yabancı hukuk kuralının bertaraf edilmesini amaçlamadığını savunmaktadır. Aksine bir yorumun, İsv. MÖHK m. 135, f. 1'deki bağlama kuralının içini boşaltacağı; zarar görene seçim hakkı tanınması amacını ortadan kaldıracağı belirtilmektedir¹⁴⁵⁴. Dolayısıyla İsv. MÖHK m. 135, f. 2'deki özel kamu düzeni kuralı, dar yorumlanmalıdır¹⁴⁵⁵. Uygulanan yabancı hukukun, tazminat miktarını İsviçre hukukundan farklı belirlemesi veya sadece İsviçre hukukunun öngöreceğinden daha yüksek miktarda tazminat öngörmesi, kuralın müdahalede bulunması için yeterli olmayacaktır¹⁴⁵⁶. Bu kuralın, İsviçre hukukunun tazminata ilişkin temel prensiplerinden açıkça farklı amaçlara hizmet eden yabancı hukuktaki tazminatlar hakkında uygulama alanı bulacağı kabul edilmektedir¹⁴⁵⁷.

Buna göre zararın telafisini sağlayacak miktarın oldukça üstünde olan veya

¹⁴⁴⁹ Bucher, *Actes illicites*, s. 129; ayrıca bu yönde bkz. Message du Conseil Fédéral, s. 414.

¹⁴⁵⁰ Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard, *a.g.e.*, par. 542a; Bucher/Bonomi, *a.g.e.*, par. 1101; Bucher, *Actes illicites*, s. 129; Imhoff-Scheier/Patochhi, *a.g.e.*, s. 63; Boskovic, *a.g.e.*, s. 193.

¹⁴⁵¹ Bucher, *Actes illicites*, s. 129.

¹⁴⁵² Hükmün farklı yorumlara yol açan lafzı sebebiyle Alman hukukundaki özel kamu düzeni kuralının, açık, amacına uygun ve isabetli bir düzenleme teşkil ettiği görüşünde bkz. Graziano, *Responsabilité délictuelle*, s. 121-122; Othenin-Girard, *Rome II*, s. 81, dn. 85; farklı bkz. Boskovic, *a.g.e.*, s. 344.

Söz edilen Alm. MÖHK m. 40, f. 3'te zarar görenin zararının telafi edilmesini sağlayacak miktarı aşan veya açıkça zararı telafi etme amacı dışında başka amaçlar taşıyan bir tazminat öngören yabancı hukukun uygulanmayacağı düzenlenmiştir.

¹⁴⁵³ Dutoit, *Commentaire*, s. 481; Bucher/Bonomi, *a.g.e.*, par. 1101; Bucher, *Actes illicites*, s. 129-130; bu görüşü paylaşan diğer yazarlar için bkz. Othenin-Girard, *Rome II*, s. 80, dn. 82.

Karş. Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard, *a.g.e.*, par. 542a; Boskovic, *a.g.e.*, s. 192-193, 337; Özel, *İmalatçının Sorumluluğu*, s. 920-921; Tarman, *Devletler Özel İmalatçı*, s. 35, dn. 26.

¹⁴⁵⁴ Dutoit, *Commentaire*, s. 481; Bucher/Bonomi, *a.g.e.*, par. 1101; Bucher, *Actes illicites*, s. 129-130.

¹⁴⁵⁵ Dutoit, *Commentaire*, s. 481.

¹⁴⁵⁶ Dutoit, *Commentaire*, s. 481; Bucher/Bonomi, *a.g.e.*, par. 1101; Bucher, *Actes illicites*, s. 130; karşı. Tarman, *Devletler Özel İmalatçı*, s. 35, dn. 26.

¹⁴⁵⁷ Dutoit, *Commentaire*, s. 481; Bucher/Bonomi, *a.g.e.*, par. 1101; Bucher, *Actes illicites*, s. 129-130; Imhoff-Scheier/Patochhi, *a.g.e.*, s. 63.

zararı telafi etme amacı taşımayan, zarar verenin cezalandırılması ile ibret verilmesine hizmet eden tazminatlar açısından devreye gireceği¹⁴⁵⁸; zira sadece bu nitelikteki yaptırımların, İsviçre hukukunun temel prensiplerine açıkça aykırılık taşıyabileceği kabul edilmektedir¹⁴⁵⁹. Bu açıdan İsv. MÖHK m. 135, f. 2 hükmünde Amerikan hukukundaki cezalandırıcı tazminat veya misli tazminatlar gibi yaptırımların kastedildiği belirtilmektedir¹⁴⁶⁰.

Öte yandan İsv. MÖHK m. 135, f. 2'deki kuralın uygulanmasında genel kamu düzeni müdahalesine özgü özelliklerin de dikkate alınacağı¹⁴⁶¹; bu bakımdan uyuşmazlığın ülke ile bağlantısının gözönüne alınacağı belirtilmektedir¹⁴⁶². Bu kural, İsviçreli imalatçıları korumak amacıyla öngörüldüğünden, zarar veren imalatçının yabancı ülkede bulunması halinde kuralın uygulanmasını sağlayacak yeterlilikte bir bağlantı bulunmayabilir¹⁴⁶³.

MÖHUK m. 36'da, İsv. MÖHK m. 135, f. 2'ye benzer bir düzenlemeye yer verilmemiştir. MÖHUK m. 36'nın gerekçesinde bu konuda bir açıklama bulunmamaktadır. Özel kamu düzeni kuralının, MÖHUK'a yabancı olduğu ileri sürülemez. Zira rekabetin engellenmesi hakkında MÖHUK m. 38, f. 2'de özel kamu düzeni kuralı öngörülmüştür. Bu itibarla imalatçının sorumluluğunda İsviçre hukukundan farklı bir tercihte bulunulmuş olması ile sonuçları değerlendirilmelidir.

MÖHUK m. 36'da özel kamu düzeni kuralının bulunmaması, hükümde boşluk bulunduğunu göstermemektedir. Zira Türk hukukunun temel prensiplerine açıkça aykırılık taşıyacak yabancı hukuktaki tazminatların, MÖHUK m. 5'teki kamu düzeni müdahalesi aracılığıyla önlenmesi mümkündür¹⁴⁶⁴. Dolayısıyla MÖHUK'ta meseleye cevap veren, uygulanabilir bir hüküm bulunduğundan, bu hususta boşluk

¹⁴⁵⁸ Dutoit, *Commentaire*, s. 481; Bucher/Bonomi, *a.g.e.*, par. 1101; Bucher, *Actes illicites*, s. 129-130; Imhoff-Scheier/Patochhi, *a.g.e.*, s. 63.

¹⁴⁵⁹ Bucher/Bonomi, *a.g.e.*, par. 1101; Bucher, *Actes illicites*, s. 130.

¹⁴⁶⁰ Dutoit, *Commentaire*, s. 481; Bucher/Bonomi, *a.g.e.*, par. 1101; Bucher, *Actes illicites*, s. 129; Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard, *a.g.e.*, par. 542a; Imhoff-Scheier/Patochhi, *a.g.e.*, s. 63; Othenin-Girard, *Rome II*, s. 80.

¹⁴⁶¹ Bucher, *Actes illicites*, s. 130.

¹⁴⁶² Bucher, *Actes illicites*, s. 130; Bucher, *Ordre Public*, s. 54-55.

¹⁴⁶³ Bucher, *Ordre Public*, s. 54-55.

¹⁴⁶⁴ Tarman, *Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi*, s. 26.

Alm. MÖHK'daki kamu düzeni müdahalesi hakkındaki genel kuralın aynı sonuca ulaşılmasını mümkün kılması karşısında Alm. MÖHK m. 40, f. 3'teki özel kamu düzeni kuralına gerek bulunmadığı görüşünde bkz. Sonnenberger, *a.g.e.*, s. 662.

bulunduğundan bahsedilemeyecektir¹⁴⁶⁵.

Buna bağlı olarak, rekabetin engellenmesi hakkında MÖHUK m. 38, f. 2'deki özel kamu düzeni kuralının, imalatçının sorumluluğunda kıyasen uygulanması da söz konusu olmayacaktır¹⁴⁶⁶. Zira kıyas metodu, kanun boşluğu bulunan hallerde hakimnin bu boşluğu doldurmak için hukuk yaratırken kullandığı yöntemlerden biridir¹⁴⁶⁷. Oysa ki MÖHUK m. 36'da boşluk bulunmamaktadır.

MÖHUK m. 36'da tazminat açısından özel kamu düzeni kuralına yer verilmemiş olması, kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olarak değerlendirilebilir. Ancak bu sonuç, imalatçının sorumluluğundan doğan uyuşmazlıklarda yabancı hukuktaki cezalandırıcı tazminat gibi yaptırımların Türk kamu düzenine aykırı görülmediği şeklinde yorumlanamaz. Zira yetkili yabancı hukuktaki bu gibi yaptırımların, somut uyuşmazlığın özellikleri çerçevesinde MÖHUK m. 5'teki Türk kamu düzeni müdahalesiyle bertaraf edilmesi her zaman söz konusu olabilir.

Bununla birlikte MÖHUK m. 36'da özel kamu düzeni kuralının bulunmaması, kanımızca önemli bir sonuç doğurmaktadır. Bu da imalatçının sorumluluğunda tazminat hakkında Türk kamu düzeni anlayışının, MÖHUK'ta sabitlenmemiş olmasıdır. Bu açıdan İsviçre hukukundakinden daha liberal bir bakış açısının MÖHUK'ta benimsendiği söylenebilir.

C) Cezalandırıcı Tazminat Özelinde Kamu Düzenine Aykırılık

1) Milletlerarası Özel Hukukta Cezalandırıcı Tazminata Yönelik Değişen Bakış Açısı

a) Maddi Hukuk Sistemlerindeki Kurum ve Gelişmelerin Etkisi

Kıta Avrupası ülkelerinin hukuk sistemlerinde cezalandırıcı tazminat

¹⁴⁶⁵ Kanun boşluğu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. M. Kemal Oğuzman/Nami Barlas, **Medenî Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012, s. 98, 100 vd.; Serozan, **Medeni Hukuk**, s. 143, par. 27 vd.

¹⁴⁶⁶ İsviçre hukukunda rekabetin engellenmesi ve imalatçının sözleşme dışı sorumluluğunda öngörülen özel kamu düzeni kurallarının, bu yönde bir kurala yer verilmemiş haksız rekabet, kişilik haklarının ihlali gibi diğer haksız fiiller açısından uygulanmasına yönelik tartışmalar için bkz. Dutoit, **Commentaire**, s. 486; Danthe, **a.g.e.**, s. 80; Othenin-Girard, **Rome II**, s. 80-81; Tarman, **Haksız Rekabet**, s. 145-146; Sarıöz, **a.g.e.**, s. 193.

¹⁴⁶⁷ Hakimnin hukuk yaratırken yararlanacağı kıyas yolu hakkında bkz. Oğuzman/Barlas, **a.g.e.**, s. 120-121; Serozan, **Medeni Hukuk**, s. 149, par. 32a vd.

düzenlenmemiştir¹⁴⁶⁸. Çalışmanın ilk bölümünde ortaya konulduğu gibi¹⁴⁶⁹ tazminatın, meydana gelmiş zararın telafisini amaçladığı; cezalandırma amacının, özel hukukun dışında bırakıldığı; tazminatın önleme amacının bulunmadığı¹⁴⁷⁰ ya da bunun, tali bir amaç olduğu benimsenmiştir¹⁴⁷¹.

Bununla birlikte bu hukuklarda tazminat ve sorumluluk hukukunun temel prensiplerinden ayrılan, zarar miktarından ve hatta zararın varlığından bağımsız, cezalandırma ile caydırma amaçlarına hizmet eden, özel hukuk alanında istisnai bazı yaptırımlar mevcuttur¹⁴⁷².

Örneğin, Fransız hukukunda cezai şart kabul edilmiş; mahkeme kararını yerine getirmeyen davalının, davacıya karşı ödemeye mahkum edildiği bir miktar para olarak tanımlanabilecek bir özel hukuk yaptırımı olan *astreinte* öngörülmüş ve sigorta kanununda iki misli tazminat düzenlenmiştir¹⁴⁷³. Alman hukukunda cezai şartın yanında fikri mülkiyet alanında üç misli tazminat düzenlenmiş; iş hukukunda ayrımcılık sebebiyle uğranılan zararlarda zarar miktarını aşan tazminatlara izin

¹⁴⁶⁸ Koziol, **Reports and Conclusions**, s. 282-284; Koziol, **Punitive Damages**, s. 743 vd.; Meurkens, **a.g.e.**, s. 13; Gotanda, **Supplemental Damages**, s. 200; Gotanda, **Comparative Analysis**, s. 396; Gotanda, **Charting Developments**, s. 510; Schlueter, **a.g.e.**, s. 685 vd.; Englard, **a.g.e.**, s. 6; Werner, **a.g.e.**, s. 101; Wagner, **a.g.e.**, s. 1404; Isidro, **Punitive Damages**, s. 311; Ekşi, **Tanıma-Tenfiz**, s. 581, 634.

Fransız hukukunda cezalandırıcı tazminatın kabul edilmediği hakkında bkz. Suzanne Galand-Carval, “Damages Under French Law”, **Unification of Tort Law: Damages**, Ed. Ulrich Magnus, The Hague-London-Boston: Kluwer Law International, 2001, s. 77; Borghetti, **Punitive Damages**, s. 56; Parker, **a.g.e.**, s. 391; Alman hukuku açısından aynı yönde bkz. Magnus, **Punitive Damages**, s. 248; Bungert, **a.g.e.**, s. 1082; Beucher/Sandage, **a.g.e.**, s. 970-971; Wells, **a.g.e.**, s. 560; Englard, **a.g.e.**, s. 5; Behr, **Punitive Damages in American and German Law**, s. 106; Ekşi, **Tanıma-Tenfiz**, s. 632; Ekşi, **Punitive Tazminat Kararı**, s. 28; Belçika hukuku açısından bkz. Evelien de Kezel, “The Protection and Enforcement of Private Interests by (The Recognition of US) Punitive Damages in Belgium: Limits and Opportunities”, **The Power of Punitive Damages- Is Europe Missing Out?**, Ed. Lotte Meurkens/Emily Nordin, Cambridge-Antwerp-Portland: Intersentia, 2012, s. 228.

¹⁴⁶⁹ Bu konuda bkz. “Kıta Avrupası Hukukunda Tazminatın Kabul Edilen Amaçları” başlıklı bölüm (Birinci Bölüm, II, A, 2, a, aa).

¹⁴⁷⁰ Behr, **Punitive Damages in American and German Law**, s. 106-107, 148; Bungert, **a.g.e.**, s. 1083; Meurkens, **a.g.e.**, s. 48; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 427; Tiryakioğlu, **Haksız Filler**, s. 217.

¹⁴⁷¹ Koziol, **Reports and Conclusions**, s. 291; Stiefel/Stürner/Stadler, **a.g.e.**, s. 788; Meurkens, **a.g.e.**, s. 43.

¹⁴⁷² Brockmeier, **a.g.e.**, s. 47; Gotanda, **Charting Developments**, s. 517 vd.; Salvador Coderch, **a.g.e.**, s. 605 vd.; Meurkens, **a.g.e.**, s. 43 vd.; Özden Merhacı, **a.g.e.**, s. 165-169; Fransız hukuku açısından bu yönde bkz. Borghetti, **Punitive Damages**, s. 56-66; Parker, **a.g.e.**, s. 399; Alman hukuku açısından bu yönde bkz. Magnus, **Punitive Damages**, s. 251 vd.; Behr, **Punitive Damages in American and German Law**, s. 106, 125 vd.; Schlueter, **a.g.e.**, s. 688 vd.; Jansen/Rademacher, **a.g.e.**, s. 77; Fuchs, **Art. 26 Rome II**, s. 432.

¹⁴⁷³ Borghetti, **Punitive Damages**, s. 56-66; Ancel, **a.g.e.**, s. 4; Boskovic, **a.g.e.**, s. 341; Salvador Coderch, **a.g.e.**, s. 606; Brand, **Punitive Damages**, s. 172.

verilmiştir¹⁴⁷⁴. İsviçre hukukunda cezai şart öngörülmüş; hizmet sözleşmesinde fesih hakkının kötüye kullanılması ve haksız fesih halinde işçi zarar uğramasa veya zararını ispat edemese bile tazminat talebinde bulunabileceği düzenlenmiştir¹⁴⁷⁵.

Bu hukuk sistemlerinde mahkemelerin, tazminata ilişkin temel prensiplerden ayrılan bazı kararları da söz konusudur¹⁴⁷⁶. Fransız Yüksek Mahkemesi, 5.11.1996 tarihli kararında kişilik haklarının ihlal edilmesinin tek başına tazminat sorumluluğunun doğması için yeterli olacağına karar vermiştir¹⁴⁷⁷. Alman Federal Mahkemesi, *Caroline-I* olarak anılan kararında¹⁴⁷⁸ kişilik hakkının ihlalinde tazminat miktarını belirlerken zarar verenin elde ettiği haksız kazancı da dikkate almıştır. Federal Mahkeme, kişilik hakkını koruyan hükümlerin caydırıcı bir özellik taşıması gerektiğini vurgulamıştır¹⁴⁷⁹.

AB hukukunda da cezalandırıcı tazminat düzenlenmemiştir¹⁴⁸⁰. Buna karşılık ATAD’ın *Brasserie du Pêcheur* ve *Factortame*¹⁴⁸¹ ile *Manfredi*¹⁴⁸² kararlarında iç hukuk uyarınca kabul edilmesi halinde Topluluk hukukunun ihlaline dayanan taleplerde cezalandırıcı tazminata hükmedilebileceği belirtilmiştir¹⁴⁸³.

Mahkeme kararları ile ülke hukuklarında düzenlenmiş yaptırımlar gözönüne alındığında Kıta Avrupası hukukunda tazminat anlayışının, katı bir şekilde zararın

¹⁴⁷⁴ Behr, **Punitive Damages in Germany**, s. 213-218, 220; Behr, **Punitive Damages in American and German Law**, s. 137-145; Magnus, **Punitive Damages**, s. 252-256; Jansen/Rademacher, **a.g.e.**, s. 82-85; Gotanda, **Charting Developments**, s. 518-519; Salvador Coderch, **a.g.e.**, s. 606.

¹⁴⁷⁵ Ergüne, **a.g.e.**, s. 330-331, dn. 112; Brand, **Punitive Damages**, s. 171-172.

¹⁴⁷⁶ Borghetti, **Punitive Damages**, s. 56, 63-66; van Dam, **a.g.e.**, s. 1201-1202; Behr, **Punitive Damages in American and German Law**, s. 130, 136 vd.; Fuchs, **Art. 26 Rome II**, s. 432-433.

¹⁴⁷⁷ Karar hakkında ayrıntılı olarak bkz. Borghetti, **Punitive Damages**, s. 64-65.

¹⁴⁷⁸ BGHZ, 15.11.1994-VI 56/94, (*naklen*, Jansen/Rademacher, **a.g.e.**, s. 80-81; Behr, **Punitive Damages in Germany**, s. 209-211; Behr, **Punitive Damages in American and German Law**, s. 136; Meurkens, **a.g.e.**, s. 32).

¹⁴⁷⁹ Federal Mahkeme’nin bu kararı sonrasında tazminatin, cezalandırma ve caydırma amacı taşıdığının Alman hukukunda kabul edildiği görüşünde bkz. Behr, **Punitive Damages in Germany**, s. 210, 224; Behr, **Punitive Damages in American and German Law**, s. 136, 146; farklı görüşte bkz. Jansen/Rademacher, **a.g.e.**, s. 81.

¹⁴⁸⁰ Bernard A. Koch, “Punitive Damages in European Law”, **Punitive Damages Common Law and Civil Law Perspectives**, Ed. Helmut Koziol/Vanessa Wilcox, Springer: New York-Wien, 2009, s. 197 vd.

¹⁴⁸¹ ATAD, *Brasserie du Pêcheur SA / Federal Republic of Germany and The Queen / Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd and others.*, 5.3.1996, Joined Cases C-46/93 ve C-48/93, (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:61993CJ0046>).

¹⁴⁸² ATAD, *Manfredi / Llyod Adriatico Assicurazioni SpA*, 13.7.2006, Joined Cases C- 295/04-C-298/04, (<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-295/04>).

¹⁴⁸³ Söz konusu kararların değerlendirilmesi için bkz. Koch, **a.g.e.**, s. 205-207; Wilcox, **a.g.e.**, s. 23-24.

telafisi ile sınırlı tutulmadığı ifade edilmektedir¹⁴⁸⁴. Cezalandırıcı tazminat, kurum olarak dışlanmakla birlikte bu hukuk düzenlerinde de özel hukuk alanında cezalandırma ve önleme amaçlarına yer verilmektedir¹⁴⁸⁵. Bu sonuç, Kıta Avrupası ülkelerinde cezalandırıcı tazminatın kamu düzenine aykırılığının değerlendirilmesinde rol oynamaktadır¹⁴⁸⁶.

Ayrıca kamu düzeninin zamana göre değişken bir kavram olması, *for*'un kamu düzeni anlayışının maddi hukuk sistemlerindeki gelişmelerden etkilenmesine sebep olacaktır¹⁴⁸⁷. Fransa'da borçlar hukuku alanında reform yapılması amacıyla hazırlanan “*Catala Ön Tasarısı*”nın¹⁴⁸⁸ 1371. maddesinde cezalandırıcı tazminat açıkça öngörülmüştür¹⁴⁸⁹. Tasarı kabul edilmemiştir; ancak, Kıta Avrupası hukuk geleneğine bağlı bir ülkede cezalandırıcı tazminatın düzenlenmesi yönünde bir adım atılmış olması açısından önemlidir. Bunun, cezalandırıcı tazminat hükmü içeren yabancı mahkeme kararlarının Fransa'da tenfiz edilme ihtimalini arttırdığı ileri sürülmüştür¹⁴⁹⁰.

b) Cezalandırıcı Tazminatın Kamu Düzenine Aykırılığının Tespitinde Yeni Bir Ölçütün Benimsenmesi

aa) Genel Olarak

Çalışmanın konusu, imalatçının sorumluluğuna uygulanacak hukuk ile

¹⁴⁸⁴ Behr, **Punitive Damages in American and German Law**, s. 149, 159; Behr, **Punitive Damages in Germany**, s. 221; Fuchs, **Art. 26 Rome II**, s. 433; Meurkens, **a.g.e.**, s. 43, 45; Ancel, **a.g.e.**, s. 4-5; Boskovic, **a.g.e.**, s. 341.

¹⁴⁸⁵ Brand, **Punitive Damages**, s. 172; Behr, **Punitive Damages in American and German Law**, s. 160.

Hatta Alman sorumluluk hukukunda önleme amacının gittikçe önem kazandığı görüşünde bkz. Magnus, **Punitive Damages**, s. 256.

¹⁴⁸⁶ Behr, **Punitive Damages in American and German Law**, s. 159; Ancel, **a.g.e.**, s. 4-5; Gotanda, **Charting Developments**, s. 525 vd.

¹⁴⁸⁷ Benzer yönde bkz. Behr, **Punitive Damages in American and German Law**, s. 151, 155.

¹⁴⁸⁸ 2005 yılında Fransız Adalet Bakanlığı'na sunulan ve “*Catala Ön Tasarısı (Avant-Projet Catala)*” adıyla anılan söz konusu Tasarı için bkz. http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf (erişim tarihi: 23.12.2014).

¹⁴⁸⁹ Tasarı'nın 1371. maddesinde zarar görenin hukuka aykırı davranışının kasten ve özellikle kazanç elde etmeye yönelik olması halinde tazminata ek olarak cezalandırıcı tazminata hükmedilebileceği; cezalandırıcı tazminatın belirli bir kısmının hakim tarafından devlete ödenmesine karar verilebileceği öngörülmüştür. Ayrıntılı bilgi için bkz. Parker, **a.g.e.**, s. 392, 424-431; de Kezel, **a.g.e.**, s. 236-237; Koziol, **Reports and Conclusions**, s. 288; Ay, **a.g.e.**, s. 163.

¹⁴⁹⁰ Bu görüşte bkz. Michel Attal, “Le droit français est-il devenu favorable aux dommages-intérêts punitifs?”, **Droit et Patrimoine**, S. 205, 2011, s. 42-50; Gotanda, **Charting Developments**, s. 526.

sınırlıdır. Bu sebeple, cezalandırıcı tazminat kararlarının tenfizinde kamu düzenine aykırılığı değerlendiren mahkeme kararları ile doktrindeki görüşlerin burada incelenerek olması yadırganabilir¹⁴⁹¹.

Ancak, Kıta Avrupası hukuku ülke mahkemelerince cezalandırıcı tazminat özelinde kamu düzenine aykırılığı inceleyen kararlar, tenfiz ile ilgili olmuştur. Bu sebeple konunun değerlendirilmesi yapılırken, tenfiz ile ilgili mahkeme kararlarından yararlanılacaktır. Nitekim, tenfizde kamu düzeni kavramı ve içeriği, yabancı hukukun uygulanmasına engelleyen kamu düzeninden farklı değildir¹⁴⁹².

Dolayısıyla konuya ilişkin mahkeme kararları ile doktrindeki görüşlere burada yer verilmesinin amacı, cezalandırıcı tazminat özelindeki yabancı hukuk sistemlerinde kamu düzeni anlayışını yansıtabilmektir.

bb) Mahkeme Kararlarında Ulaşılan Sonuçların Değerlendirilmesi

Kıta Avrupası hukuku ülkelerinde cezalandırıcı tazminat kararlarının, kamu düzenine aykırılık sebebiyle tenfiz edilemeyeceği, doktrinde genel olarak savunulmuştur¹⁴⁹³. Cezalandırıcı tazminat hükmünün yaratacağı sonucun, Kıta Avrupası hukukunun tazminata ilişkin temel prensiplerine aykırı olması ve özel hukuka ilişkin bir uyuşmazlıkta devlete ait bir yetki olduğu kabul edilen cezalandırma işlevine hizmet etmesi, kamu düzenine aykırılığa yol açan hususlar olarak görülmektedir¹⁴⁹⁴.

¹⁴⁹¹ Ayrıca yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde kamu düzenine aykırılığın, uygulama alanı, etkisi ve sonuçları açısından yetkili yabancı hukuka kamu düzeni müdahalesinden ayrıldığı da bir gerçektir. Bu konuda bkz. Nomer, **a.g.e.**, s. 505-506; Sakmar, **Boşanma**, s. 129; Gürzumar, **a.g.e.**, s. 26; Dayınları, **a.g.e.**, s. 691; Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s. 23-24; Bucher, **Ordre Public**, s. 22, 47; Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard, **a.g.e.**, par. 356 vd.; Isidro, **Punitive Damages**, s. 311 vd.

¹⁴⁹² Nomer, **a.g.e.**, s. 505; Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s. 27.

¹⁴⁹³ Bu görüşte bkz. Zekoll, **American Products Liability Awards**, s. 329-330; Hay, **German Conflicts Law**, s. 641; ayrıca Zekoll, **American Products Liability Awards**, s. 325, dn. 126'da belirtilen diğer yazarlar.

Bu yöndeki görüşlerin açıklanması için bkz. Wolfgang Wurmnest, "Recognition and Enforcement of U.S. Money Judgments in Germany", **Berkeley Journal of International Law**, C. 23, S. 1, 2005, s. 22; Behr, **Punitive Damages in Germany**, s. 203 vd.; Behr, **Punitive Damages in American and German Law**, s. 156; Koziol, **Punitive Damages**, s. 751 vd.; Gotanda, **Comparative Analysis**, s. 396-397; Meurkens, **a.g.e.**, s. 30-31; Tebbens, **Punitive Damages**, s. 278 vd.; de Kezel, **a.g.e.**, s. 235-236; Ekşi, **Tanma-Tenfiz**, s. 634 vd.

¹⁴⁹⁴ Koziol, **Reports and Conclusions**, s. 294; Koziol, **Punitive Damages**, s. 751 vd.; Magnus, **Punitive Damages**, s. 248-249; Meurkens, **a.g.e.**, s. 13, 15, 16 vd.; de Kezel, **a.g.e.**, s. 229; Parker, **a.g.e.**, s. 408-409; Englard, **a.g.e.**, s. 16 vd.; Gotanda, **Supplemental Damages**, s. 203; Gotanda,

Alman Federal Mahkemesi'nin 4.6.1992 tarihli kararı¹⁴⁹⁵ da bu görüşü yansıtmaktadır¹⁴⁹⁶. Federal Mahkeme, Kaliforniya mahkemesi kararındaki cezalandırıcı tazminat hükmünün, cezalandırma ve ibret verme amacı taşıdığını; makul bir miktarda olmadığını; ölçülülük ilkesini ihlal ettiğini; zarar görenin zenginleşmesine yol açtığını belirterek, Alman hukukunun temel prensiplerine aykırı olduğuna karar vermiştir.

Ancak Federal Mahkeme'nin bu kararda cezalandırıcı tazminatı kurum olarak reddetmeyip, her somut olayın özelliklerine göre bir değerlendirme yapılması gerektiğini belirtmiş olması önemlidir¹⁴⁹⁷. Kararda fahiş miktarda cezalandırıcı tazminattan bahsedildiğinden, ancak bu nitelikteki hükümlerin tenfizinin Alman kamu düzenine aykırı bulunacağı doktrinde ileri sürülmüştür¹⁴⁹⁸.

İtalyan Yüksek Mahkemesi'nin 19.1.2007 tarihli *Fimez* kararında¹⁴⁹⁹ da Alman Federal Mahkemesi ile benzer bir sonuca ulaşılmıştır. Amerikan mahkemesinin imalatçının sorumluluğuna ilişkin bir davada merkezi İtalya'da bulunan şirket aleyhine hükmettiği cezalandırıcı tazminatın tenfizi reddedilmiştir¹⁵⁰⁰.

Tenfiz talebinde bulunanlar, İtalyan hukukunda cezalandırma ve caydırma

Comparative Analysis, s. 396; Behr, **Punitive Damages in American and German Law**, s. 129; Menyhárd, **a.g.e.**, s. 89-90; Wurmnest, **a.g.e.**, s. 22; Nettesheim/Stahl, **a.g.e.**, s. 425; Tebbens, **Punitive Damages**, s. 282; Isidro, **Punitive Damages**, s. 325-326; Stiefel/Stürner, **a.g.e.**, s. 786 vd.

¹⁴⁹⁵ BGH, 4.6.1992, (*naklen*, Behr, **Punitive Damages in American and German Law**, s. 157-159; Behr, **Punitive Damages in Germany**, s. 205; Brand, **Punitive Damages**, s. 163-166; Brand, **Punitive Damages Revisited**, s. 185; Bungert, **a.g.e.**, s. 1076-1077; Nettesheim/Stahl, **a.g.e.**, s. 416 vd).

Kaliforniya mahkemesinin kararında, cinsel saldırıya uğrayan kişinin, tedavi giderleri ve manevi zararının tazminine ek olarak, Alman ve ABD vatandaşı olan davalı aleyhine, dört yüz bin Amerikan Doları cezalandırıcı tazminata hükmedilmiştir.

¹⁴⁹⁶ Olivera Boskovic, "Note: Cass. 1re civ. - 1er déc. 2010", **Journal du Droit International**, S. 3, Juillet 2011, *Elektronik Kaynak*, LexisNexis, (Note), s. 3; Brand, **Punitive Damages**, s. 171; Behr, **Punitive Damages in American and German Law**, s. 158; Nettesheim/Stahl, **a.g.e.**, s. 418-419.

¹⁴⁹⁷ Behr, **Punitive Damages in American and German Law**, s. 158; Wurmnest, **a.g.e.**, s. 22; Boskovic, **a.g.e.**, s. 344-345; Tebbens, **Punitive Damages**, s. 280; Hay, **American Money-Judgments**, s. 750; de Kezel, **a.g.e.**, s. 237.

¹⁴⁹⁸ Bu görüşte bkz. Behr, **Punitive Damages in American and German Law**, s. 158; karşı. Wurmnest, **a.g.e.**, s. 23.

¹⁴⁹⁹ Kararın İngilizce tercümesi için bkz. Quarta, **a.g.e.**, s. 780-782. Söz konusu kararın değerlendirilmesi için bkz. Tebbens, **Punitive Damages**, s. 276 vd.

¹⁵⁰⁰ Alabama mahkemesi kararına konu teşkil eden somut olayda merkezi İtalya'da bulunan imalatçı tarafından üretilen motosiklet kasklarındaki imalat ve tasarım hatası sebebiyle Amerikan vatandaşı olan bir kişi, 1989 yılında hayatını kaybetmiştir. Alabama mahkemesi, zarar görenin ailesinin açtığı davada İtalyan imalatçı aleyhine bir milyon Amerikan Doları tutarında tazminata karar vermiştir. Kararda, bu tutarın hangi kısmının cezalandırıcı tazminata ilişkin olduğuna dair bir açıklama yer almamıştır. Ancak, İtalyan mahkemesi kararda hükmedilen tazminatın tamamını, cezalandırıcı tazminat olarak yorumlayarak, tenfizini reddetmiştir (Tebbens, **Punitive Damages**, s. 277).

amacı taşıyan manevi tazminat ve cezai şart gibi kurumların bulunduğunu; cezalandırıcı tazminatın İtalyan hukukuna tamamen yabancı olmadığını ileri sürmüştür. Fakat Yüksek Mahkeme, İtalyan hukuku uyarınca tazminatın amacının zararın telafisi ile sınırlı olduğunu ifade etmiş; cezai şartın ise cezalandırmayı amaçlamadığını; tarafları, sözleşmeden doğan borçlara uygun davranmaya teşvik ettiğini; borca aykırılık halinde tazminat miktarının önceden götürü olarak belirlenmesi işlevi gördüğünü belirtmiştir. Fahiş cezai şartın hakim tarafından re'sen tenkis edileceğini öngören İtalyan hukukundaki düzenlemenin, bu kurumun cezalandırma amacı taşımadığını gösterdiğini ifade etmiştir. Manevi tazminatın ise tazminatın temel prensipleriyle çelişmediğini; varlığının, zarar görenin uğradığı gerçek zarara bağlı olduğunu vurgulamıştır.

İsviçre Basel mahkemesi ise 1.2.1989 tarihli kararında¹⁵⁰¹, cezalandırıcı tazminat hükmünün tenfizini kabul etmiştir. Karar, İsviçre Federal Mahkemesi tarafından onanmıştır¹⁵⁰².

Bu kararda Basel mahkemesi ilk olarak, davalı şirketin merkezinin İsviçre'de bulunması dışında, uyuşmazlığın İsviçre ile bağlantısının zayıf olduğunu ifade etmiştir. İkinci olarak yabancı mahkeme kararında hükmedilmiş cezalandırıcı tazminatın telafi edici yönü olduğunu, hatta bunun ağır bastığını kabul etmiştir. Mahkeme'ye göre hükmedilen cezalandırıcı tazminat, sözleşmenin ihlali sebebiyle davalının elde ettiği menfaatin devrini amaçlamaktadır.

Böylelikle Mahkeme, yabancı kararda hükmedilen cezalandırıcı tazminat ile İsviçre hukukunda mevcut bazı kurumlar arasında benzerlik tespit etmiştir. Bunlardan ilki, İsviçre hukukunda gerçek olmayan vekaletsiz iş görme sonucunda öngörülen menfaat devri yaptırımı; ikincisi ise cezai şarttır. Bunlar, cezalandırma ve telafi etme amaçlarını birarada içeren yaptırımların, İsviçre kamu düzenine açıkça aykırı olmadığını ortaya koymaktadır. İsviçre hukukunda cezalandırıcı tazminatın mevcut olmamasına karşın Mahkeme, karardaki cezalandırıcı tazminat hükmünün İsviçre kamu düzenine aykırı olmadığı sonucuna varmıştır.

¹⁵⁰¹ *Naklen*, Brand, **Punitive Damages**, s. 169-170; Ekşi, **Tanıma-Tenfiz**, s. 663-664.

Tenfizi talep edilen Kaliforniya Mahkemesi kararında merkezi İsviçre'de bulunan şirket ile merkezi ABD'de bulunan şirket arasındaki acentelik sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkta İngiliz hukuku uygulanarak, İsviçreli şirket aleyhine elli bin Dolar tutarında cezalandırıcı tazminata hükmedilmiştir.

¹⁵⁰² ATF 116 II 376, (<http://www.bger.ch/fr/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-leitentscheide1954.htm>).

Mahkemenin ulaştığı sonuç, doktrin tarafından isabetli bulunmuştur¹⁵⁰³. Cezalandırıcı tazminatın, otomatik olarak İsviçre kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesiyle İsviçre’de tenfiz edilemeyeceğini savunan görüşün etkisini kaybettiği dile getirilmektedir¹⁵⁰⁴.

Bu bağlamda İsviçre hukukunda cezalandırıcı tazminatın düzenlenmemiş olmasının tek başına, cezalandırıcı tazminat hükmünün kamu düzenine aykırılığına yol açmayacağı; yabancı mahkeme kararındaki cezalandırıcı tazminatın, zararı telafi edici olarak yorumlanabileceği; hükmedilen miktar, telafi amacı ile ölçülü olduğu takdirde İsviçre’de tenfizinin kabul edilebileceği ifade edilmektedir¹⁵⁰⁵. Yabancı mahkeme kararındaki cezalandırıcı tazminat hükmünün fahiş miktarda tazminat öngörmesi halinde tenfiz edilmeyeceği savunulmaktadır¹⁵⁰⁶.

İspanya Yüksek Mahkemesi de 13.11.2001 tarihli *Miller Import Corp. / Alabastres SL*. kararında¹⁵⁰⁷, Amerikan mahkemesince hükmedilen cezalandırıcı tazminatın tenfizini kabul etmiştir¹⁵⁰⁸.

Yüksek Mahkeme, cezalandırıcı tazminatın İspanyol hukukunun bir parçası olmadığını; hükmedilen tazminatın, zararın telafisini aşan bir miktarda olmasının, cezalandırma amacı taşıdığını gösterdiğini belirtmiştir. Ancak Mahkeme, İspanyol hukukundaki manevi tazminatı örnek göstererek, tazminatın telafi etme işlevini ayırt etmenin bazı hallerde güç olabileceğini ifade etmiştir. Ayrıca Amerikan mahkemelerinin de cezalandırıcı tazminat miktarını sınırlamaya çalıştığını vurgulamıştır.

Bunlara bağlı olarak Mahkeme, İspanyol hukukunda cezalandırma amacı taşıyan istisnai bazı özel hukuk yaptırımlarının var olduğunu belirterek, cezalandırıcı tazminatın özü itibarıyla kamu düzenine tahammül edilemez derecede aykırı

¹⁵⁰³ Bu görüşte bkz. Martin Bernet/Nicolas C. Ulmer, “Recognition and Enforcement of Foreign Civil Judgments in Switzerland”, *Int’l L.*, C. 27, 1993, s. 328 vd.; Siehr, *a.g.e.*, s. 705-709, (*naklen*, Brand, **Punitive Damages**, s. 170-171).

¹⁵⁰⁴ Bernet/Ulmer, *a.g.e.*, s. 328.

¹⁵⁰⁵ Siehr, *a.g.e.*, s. 705-709, (*naklen*, Brand, **Punitive Damages**, s. 170-171).

¹⁵⁰⁶ Bu görüşte bkz. Bucher/Bonomi, *a.g.e.*, par. 277; Bernet/Ulmer, *a.g.e.*, s. 328.

¹⁵⁰⁷ STS, 13.11.2001, Tenfiz no: 2039/1999. Kararın İngilizce özeti için bkz. Scott R. Jablonski, “Translation and Comment: Enforcing U.S. Punitive Damages Awards in Foreign Courts- A Recent Case in the Supreme Court of Spain”, *J. L. & Com.*, C. 24, 2004-2005, s. 231-243; ayrıca söz konusu karar hakkında bkz. Isidro, **Punitive Damages**, s. 326-327; Meurkens, *a.g.e.*, s. 31.

¹⁵⁰⁸ Amerikan mahkemesi kararında dağıtım sözleşmesinden kaynaklanan bir uyuşmazlıkta merkezi İspanya’da bulunan şirket aleyhine fikri hak ihlali sebebiyle cezalandırıcı tazminata hükmedilmişti

olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Ayrıca kararda, hükmedilen cezalandırıcı tazminatın, rekabet düzenini ve fikri hakları korumayı amaçladığı belirtilerek; bunun, ortak ekonomik, sosyal ve hukuki değerleri paylaşan ülkeler tarafından benimsenmiş genel bir değer olduğu vurgulanmıştır.

Fransız Yüksek Mahkemesi de 2010 ve 2012 tarihli kararlarında İspanyol Mahkemesi ile benzer bir sonuca ulaşmıştır.

Yüksek Mahkeme, 1.12.2010 tarihli *Fontaine Pajot* kararında¹⁵⁰⁹ cezalandırıcı tazminatın, prensip olarak Fransız kamu düzenine aykırı olmadığını ifade etmiştir. Bununla birlikte Mahkeme, somut olaydaki zarar ile cezalandırıcı tazminat miktarının orantısız olduğuna karar vermiştir. Bu orantısızlık sebebiyle cezalandırıcı tazminat hükmünün tenfizinin, kamu düzenine aykırı olduğu sonucuna varmıştır¹⁵¹⁰.

Yüksek Mahkeme, 7.11.2012 tarihli kararında¹⁵¹¹ da bu görüşünü sürdürmüş ve yabancı mahkemenin hükmettiği cezalandırıcı tazminat ile zarar miktarı arasındaki orantısızlık sebebiyle kararın tenfizini reddetmiştir.

Fransız doktrininde tazminatın telafi amacı ile sınırlı olması ve tam tazmin ilkeleri değil; hükmedilen yaptırımın ölçülü olmasının, Fransız kamu düzenine ait

¹⁵⁰⁹ Cour de Cassation, 1ere Chambre Civile, 1.12.2010, Karar no: 1090, 09-13.303, (http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/1090_1_18234.html (erişim tarihi: 2.2.2014)). Kararın Türkçe tercümesi için ayrıca bkz. Ay, **a.g.e.**, s. 158-160.

Tenfiz taleple edilen Kaliforniya Mahkemesi kararına konu olan somut uyuşmazlıkta ABD vatandaşı davacı eşler, merkezi Fransa’da bulunan Fontaine Pajot Şirketi tarafından imal edilen bir katamaran satın almışlardır. Taraflar arasındaki sözleşmeye uygulanmak üzere Kaliforniya hukuku seçilmiş ve Kaliforniya mahkemeleri yetkili kılınmıştır. Sözleşme konusu katamaran, davacılara teslim edilmeden önce limanda bağlı olduğu sırada fırtına sebebiyle hasar görmüştür. Davalı şirket, geminin hasar gördüğünü davacılardan saklayarak, gemiyi onlara teslim etmiştir. Geminin hasar gördüğünü farkına varan davacılar, Fontaine Pajot Şirketi’ne karşı Kaliforniya Mahkemesi’nde bir dava açmıştır. Mahkeme, davacıların geminin tamiri için yaptığı masraflar (1.391.650,12 \$) ile avukatlık masraflarına (402.084, 33 \$) ek olarak, davalı şirket aleyhine 1.460.000 Amerikan Doları tutarında cezalandırıcı tazminata hükmetmiştir.

¹⁵¹⁰ Ancak Fransız Yüksek Mahkemesi’nin cezalandırıcı tazminatın ölçüsüz olup olmadığını değerlendirirken zarar miktarını esas almış olması eleştirilmektedir (Benjamin West Janke/François-Xavier Licari, “Enforcing Punitive Damages Awards in France after Fontaine Pajot”, **Am. J. Comp. L.**, C. 60, 2012, s. 800 vd.; Boskovic, **Note**, s. 4 vd.).

¹⁵¹¹ Cour de Cassation, 1ere Chambre Civile, 7.11.2012, Karar no: 1252, 11-23.871, (http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/1252_7_24521.html (erişim tarihi: 2.2.2014)).

Tenfiz taleple edilen Kaliforniya Mahkemesi kararlarında Fransız vatandaşı olan şirket ortağı aleyhine sebepsiz zenginleşme nedeniyle cezalandırıcı tazminata hükmedilmiştir. Karar hakkında bkz. Ay Chelli, **a.g.e.**, s. 182-188.

temel bir prensip olduğu kabul edilmektedir¹⁵¹². Ayrıca fahiş miktarda cezalandırıcı tazminatın önlenmesi hakkındaki Amerikan hukukundaki gelişmelerin, cezalandırıcı tazminat kararlarının Fransa’da tenfiz olasılığını arttırabileceği dile getirilmektedir¹⁵¹³.

Yukarıdaki kararlardan görüleceği üzere cezalandırıcı tazminata yönelik katı bakış açısı, günümüzde etkisini kaybetmeye başlamıştır¹⁵¹⁴. Kıta Avrupası hukuku ülkelerinde zararın telafisini amaçlamayan tazminatlar, prensip olarak kamu düzenine aykırı bulunmamaktadır¹⁵¹⁵. Cezalandırıcı tazminatın da kendisi değil; yabancı mahkeme kararında hükmedilen miktarın fahiş ve ölçüsüz olması halinde kamu düzenine aykırılık taşıyacağı kabul edilmektedir¹⁵¹⁶.

Bu noktada cezalandırıcı tazminat olarak hükmedilen miktarın, ölçülü olup olmadığının nasıl değerlendirileceği; hangi kriterlerin bu değerlendirmede esas alınacağı sorusu doğmaktadır¹⁵¹⁷. Burada AİHS’de teminat altına alınan temel hak ve özgürlükler açısından bir değerlendirme yapılacağı belirtilmektedir¹⁵¹⁸. Buna göre, somut olayın özellikleri uyarınca temel hak ve özgürlüklerin kullanımının kısıtlanmasına veya engellenmesine yol açacak derecede aşırılık taşıyan cezalandırıcı tazminat hükümlerinin, ölçülü olmayacağı ve kamu düzenine aykırılık taşıyacağı belirtilmektedir. Bu bakımdan AİHS’de teminat altına alınan yaşama hakkı (m. 2); özel hayatın ve aile hayatının korunması (m. 8); ifade özgürlüğü (m. 10) ile AİHS’e

¹⁵¹² Janke/Licari, **a.g.e.**, s. 797-800; Ancel, **a.g.e.**, s. 5-6; s. 13; Boskovic, **a.g.e.**, s. 345-346; François Xavier-Licari, “Note: Cour d’appel de Poitiers”, **Journal du Droit International**, S. 4, Octobre 2010, *Elektronik Kaynak*, LexisNexis, s. 14, 16; Pauline Rémy-Corlay, “Dommages-intérêts punitifs et ordre public international: Contrôle de proportionnalité”, **RTD Civ.**, 15.6.2011, s. 317 vd.; Amaury S. Sibon, “Enforcing Punitive Damages Awards in France: Facing Proportionality within International Public Policy”, *Elektronik Kaynak*, s. 13, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2382817 (erişim tarihi: 10.2.2015); farklı bkz. Niboyet/Pradelle, **a.g.e.**, s. 48.

¹⁵¹³ Andrea Pinna, “Recognition and *Res Judicata* of US Class Action Judgments in European Legal Systems”, **Erasmus Law Review**, C. 1, S. 2, 2008, s. 54; Behr, **Punitive Damages in American and German Law**, s. 150, 160-161; karşı. Wurmnest, **a.g.e.**, s. 23.

¹⁵¹⁴ Gotanda, **Charting Developments**, s. 507; Englard, **a.g.e.**, s. 13-14; Meurkens, **a.g.e.**, s. 30-31; Boskovic, **Note**, s. 3.

¹⁵¹⁵ Boskovic, **Note**, s. 4; Janke/Licari, **a.g.e.**, s. 791-793.

¹⁵¹⁶ Batiffol/Lagarde, **a.g.e.**, s. 415-416; Bureau/Watt, **a.g.e.**, s. 405; Bucher/Bonomi, **a.g.e.**, par. 277; Boskovic, **a.g.e.**, s. 341-342, 347; Ancel, **a.g.e.**, s. 5; Pinna, **a.g.e.**, s. 53; Janke/Licari, **a.g.e.**, s. 778-779, dn. 14’te belirtilen diğer yazarlar.

Ayrıca cezalandırıcı tazminat kararlarının AB üyesi ülkelerde tenfizinin mümkün olduğu hakkında bir değerlendirme için bkz. Berch, **a.g.e.**, s. 93 vd.

¹⁵¹⁷ Bununla birlikte yabancı mahkeme kararında hükmedilen cezalandırıcı tazminatın ölçülü olup olmadığının değerlendirilmesinin, kararın esastan incelenmesi (*révision au fond*) yasağına aykırılık teşkil edeceği hakkındaki görüşler ve bu görüşlerin değerlendirilmesi için bkz. Ay Chelli, **a.g.e.**, s. 185-187; Janke/Licari, **a.g.e.**, s. 801-802; Boskovic, **Note**, s. 5; Isidro, **Punitive Damages**, s. 329.

¹⁵¹⁸ Licari, **a.g.e.**, s. 22; Isidro, **Punitive Damages**, s. 322.

Ek 1 numaralı Protokol¹⁵¹⁹ uyarınca mülkiyet hakkının korunması (m. 1) kapsamında bir değerlendirme yapılacağı ifade edilmektedir¹⁵²⁰.

Son olarak, 30 Haziran 2005 Tarihli Yetki Sözleşmesi'ne Dair La Haye Konvansiyonu'nda¹⁵²¹ gerçek zararın telafisini amaçlamayan cezalandırıcı tazminat hükümlerinin tanınması ve tenfizinin reddedilebileceği düzenlenmiştir (Konvansiyon m. 11). Böylelikle ancak telafi amacı taşımaması halinde yabancı mahkeme kararındaki cezalandırıcı tazminat hükümlerinin tenfizinin reddedileceği kabul edilmiştir¹⁵²².

c) Roma II Tüzüğü'nde Fahiş Miktarda Cezalandırıcı Tazminatın Kamu Düzenine Aykırılık Taşıyabileceğinin Kabul Edilmesi

Roma II Tüzüğü'nde özel kamu düzeni kuralı mevcut değildir. Tüzük Taslaklarındaki cezalandırıcı tazminat gözetilerek öngörülen özel kamu düzeni kuralına, yasallaşmış Tüzük metninde yer verilmemiştir¹⁵²³.

¹⁵¹⁹ Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan 20.3.1952 tarihli *İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'ye Ek Protokol No. 1 (Protocol No. 1 to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms)*, 18.5.1954 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Protokol'ün Türkçe tercümesi için bkz. http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf, s. 29-31 (erişim tarihi: 15.2.2015).

¹⁵²⁰ Licari, *a.g.e.*, s. 22; Isidro, *Punitive Damages*, s. 322; Ekşi, *Tanma-Tenfiz*, s. 681.

¹⁵²¹ *Convention du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for*; Konvansiyon'un Fransızca metni için bkz. http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.text&cid=98 (erişim tarihi: 5.2.2015).

Konvansiyon, Meksika tarafından onaylanmıştır. ABD ise 19.1.2009 tarihinde Konvansiyon'u imzalamış; ancak henüz onaylamamıştır. Bu itibarla Konvansiyon, henüz yürürlüğe girmemiştir (http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.status&cid=98 (erişim tarihi: 5.2.2015)).

Ancak, AT, 2007 yılında La Haye Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı'na üye olmuş ve 1.4.2009 tarihinde söz konusu Konvansiyon'u imzalamıştır. AB Konseyi, 4-5 Aralık 2014 kararı uyarınca Konvansiyon'un onaylanmasını uygun bulmuştur (<http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%2012052%202014%20INIT> (erişim tarihi: 5.2.2015)).

Bunun sonucunda yakın bir gelecekte Danimarka dışındaki AB üyesi ülkeler ile Meksika arasında Konvansiyon yürürlüğe girecektir.

¹⁵²² Bureau/Watt, *a.g.e.*, s. 405; Janke/Licari, *a.g.e.*, s. 797; Boskovic, *Note*, s. 6; Tebbens, *Punitive Damages*, s. 285; Gotanda, *Charting Developments*, s. 527.

¹⁵²³ 2003 tarihli Tüzük Teklifi m. 24 ile 2006 tarihli Değiştirilmiş Tüzük Teklifi m. 23 hükümlerinde özel kamu düzeni kuralı düzenlenmişti. Söz konusu hükümlerde cezalandırıcı tazminat gibi zararı telafi etme amacı taşımayan aşırı tazminat hükümlerinin uygulanmasının, Topluluk hukukunun temel prensiplerine aykırı olabileceği öngörülmüştü. İngiltere'nin bu düzenlemelere karşı çıkması ve doktrin tarafından bu yöndeki düzenlemelerin gereksiz bulunması üzerine Tüzüğün yasallaşmış halinde özel kamu düzeni kuralına yer verilmemiştir. Bu konuda bkz. von Hein, *Article 26*, s. 622-625; Fuchs, *Art. 26 Rome II*, s. 433; Koch, *a.g.e.*, s. 198-199; Graziano, *Rome II*, s. 509; Othenin-Girard, *Rome II*, s. 81; Othenin-Girard, *Rome II et LDIP*, s. 387; Brière, *Rome II*, s. 68; Licari, *a.g.e.*, s. 14-15; Isidro, *Punitive Damages*, s. 318-319; Isidro, *PIL Perspective*, s. 253-254; Posch, *a.g.e.*, s. 152; Tebbens, *Punitive Damages*, s. 287.

Buna karşılık Tüzüğün Başlangıç Bölümü'nde “*yetkili yabancı hukuktaki zararın telafisini amaçlamayan, fahiş nitelikteki cezalandırıcı tazminata ilişkin düzenlemelerin, somut olayın özellikleri ile for ülkesinin hukuk düzeni çerçevesinde kamu düzenine aykırılık taşıyabileceği*” ifade edilmiştir (par. 32).

Buna göre Roma II Tüzüğü'nde uygulanacak hukuktaki zarar miktarını aşan her türlü tazminatın kendiliğinden kamu düzenine aykırılık taşıyacağı ifade edilmemiştir¹⁵²⁴. Burada cezalandırıcı tazminatın kendisinin, kamu düzenine aykırı olduğu da kabul edilmemiştir¹⁵²⁵. Ayrıca cezalandırıcı tazminatın özü itibarıyla fahiş bir yaptırım olduğundan da söz edilmemektedir¹⁵²⁶.

Burada ifade edilmek istenen, kamu düzenine aykırılık “*yaratabilecek*” olanın, zararın telafisini amaçlamayan ve fahiş miktarda cezalandırıcı tazminatlar olduğudur¹⁵²⁷. Bunun için, somut olayın özellikleri ve *for* hukukunun temel prensipleri çerçevesinde cezalandırıcı tazminat öngören yabancı hukuktaki kuralın uygulanmasıyla ortaya çıkacak sonucun, *for* ülkesinin kamu düzenine tahammül edilemez derecede aykırılık yaratması gerekecektir¹⁵²⁸. Hakim, ancak bu koşulda Tüzük m. 26 uyarınca yabancı hukuktaki cezalandırıcı tazminat kuralını uygulamayacaktır¹⁵²⁹.

Ayrıca Başlangıç Bölümü'ndeki bu ifadede “*aykırılık taşıyabileceğinden*” bahsedildiğinden, üye devlet mahkemelerine bu konuda geniş bir takdir hakkı da tanınmıştır¹⁵³⁰. Hakim, yabancı hukuktaki tazminatın telafi amacının ötesine geçip geçmediğini ve fahiş olup olmadığını değerlendirecektir¹⁵³¹. AB üyesi devlet

¹⁵²⁴ von Hein, **Article 26**, s. 629; Brière, **Rome II**, s. 68-69; Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s. 852.

¹⁵²⁵ Brière, **Rome II**, s. 68; Licari, **a.g.e.**, s. 14-15; von Hein, **Article 26**, s. 628; Ancel, **a.g.e.**, s. 5; Isidro, **Punitive Damages**, s. 319; Boskovic, **Note**, s. 4; Koziol, **Punitive Damages**, s. 750; Ay, **a.g.e.**, s. 163.

¹⁵²⁶ Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s. 852.

¹⁵²⁷ Brière, **Rome II**, s. 68, 70; Fuchs, **Art. 26 Rome II**, s. 434; von Hein, **Article 26**, s. 628; Koziol, **Punitive Damages**, s. 750; Ancel, **a.g.e.**, s. 5; Tebbens, **Punitive Damages**, s. 287; Isidro, **Punitive Damages**, s. 319; Isidro, **PIL Perspective**, s. 254; Bogdan, **a.g.e.**, s. 226; Niboyet/Pradelle, **a.g.e.**, s. 48; Boskovic, **Note**, s. 4; Ay, **a.g.e.**, s. 163.

¹⁵²⁸ von Hein, **Article 26**, s. 629.

¹⁵²⁹ Brière, **Rome II**, s. 68; Fuchs, **Art. 26 Rome II**, s. 434; von Hein, **Article 26**, s. 628; Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s. 852; Dickinson, **a.g.e.**, s. 578; Tebbens, **Punitive Damages**, s. 287; Koch, **a.g.e.**, s. 199; Boskovic, **Note**, s. 4.

¹⁵³⁰ Fuchs, **Art. 26 Rome II**, s. 434; Brière, **Rome II**, s. 68; von Hein, **Article 26**, s. 628; Dickinson, **a.g.e.**, s. 578; Boskovic, **Note**, s. 4.

¹⁵³¹ Dickinson, **a.g.e.**, s. 578; Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s. 852; Tarman, **Roma II**, s. 217.

Nitekim İngiliz hukukunda kabul edilen bir yaptırım olduğundan, İngiliz mahkemelerinin

mahkemeleri arasında cezalandırıcı tazminatın fahiş olup olmadığının değerlendirilmesinde ortaya çıkabilecek yorum farklılıklarının, ileride ATAD uyarınca çözüme kavuşturularak, konuya ilişkin yeknesak bir uygulamanın sağlanabileceği belirtilmektedir¹⁵³².

Bu itibarla Roma II Tüzüğü'nün cezalandırıcı tazminatın kamu düzenine aykırılığına yönelik bakış açısının, yukarıda açıklanan mahkeme kararları ile doktrinde benimsenmiş esaslar ile aynı doğrultuda olduğunu ifade edebiliriz¹⁵³³.

2) Yabancı Hukuktaki Cezalandırıcı Tazminatın Türk Kamu Düzenine Aykırılığının Değerlendirilmesi

a) Doktrindeki Görüşler

Türk mahkemeleri cezalandırıcı tazminatın kamu düzenine aykırılığı konusunda şu ana kadar bir karar vermemiştir. Ancak doktrinde cezalandırıcı tazminat ve misli tazminatlar hakkında genel olarak katı bir bakış açısı hakimdir.

Yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi kapsamında bir grup yazar¹⁵³⁴, cezalandırıcı tazminatın, cezai niteliğe sahip olduğunu; bu sebeple MÖHUK m. 50, f. 2'de öngörülen özel hukuka ilişkin olma şartına aykırılık taşıyacağını belirterek, tanıma ve tenfize konu edilemeyeceğini savunmaktadır.

Misli tazminat kararlarının, Türk sorumluluk hukukunun temel ilkelerine, özellikle de telafi ilkesi ile zarar miktarını aşan bir tazminata hükmedilemeyeceği ilkesine aykırı olmaları gerekçesiyle Türk kamu düzeni müdahalesine uğrayabileceği belirtilmektedir¹⁵³⁵.

cezalandırıcı tazminat öngören yabancı hukuku uygulamalarının bir problem teşkil etmeyeceği hakkında bkz. Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s. 852; Clarkson/Hill, **a.g.e.**, s. 289.

¹⁵³² Plender/Wilderspin, **a.g.e.**, s. 752.

¹⁵³³ Bu yönde bkz. Licari, **a.g.e.**, s. 22; Boskovic, **Note**, s. 3-4.

¹⁵³⁴ Cezalandırıcı tazminat açısından bu görüşte bkz. Nomer, **a.g.e.**, s. 490; genel olarak cezalandırma amacı ile hükmedilen tazminat kararları bakımından bu görüşte bkz. Doğan, **a.g.e.**, s. 106.

Öte yandan maddi hukuktan doğan haklardan ziyade kamu adına caydırma, korkutma ve iyileştirme amacı taşıdığı ölçüde cezai oldukları görüşünde bkz. Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s. 198; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 474, par. 204.

Özel hukuka ait olduğu yönünde katıldığımız farklı görüş için bkz. Ekşi, **Tanıma-Tenfiz**, s. 680; Güven, **Rekabetin Engellenmesi**, s. 454; Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s. 179.

¹⁵³⁵ Nomer, **a.g.e.**, s. 490.

Yine zarar vereni cezalandırmak amacıyla gerçek zararın üzerinde tazminata hükmedilmesinin, Türk hukukunun temel prensiplerine aykırı olduğu ifade edilmektedir¹⁵³⁶. Bu görüşteki yazar, yukarıda aktarılan İsviçre mahkemesi kararında benimsenen sonucun, Türk hukuku bakımından kabul edilemeyeceğini savunmuştur¹⁵³⁷. Yazara göre, Türk kamu düzenine aykırılık yaratan tazminatın miktarı değil; cezalandırma amacıyla hükmedilmesidir.

Bununla birlikte doktrinde farklı görüşler de ileri sürülmüştür. Misli tazminatlar ve cezalandırıcı tazminat açısından bir görüş¹⁵³⁸, Türk hukukunda bu nitelikte yaptırımların kabul edildiğini belirtip, kamu düzeni müdahalesinin istisnai niteliğini de dikkate alarak, yabancı mahkeme kararındaki tazminatın, sırf cezalandırma amacı taşıması sebebiyle kamu düzeni müdahalesine uğramayacağını; cezalandırıcı tazminatın *per se* Türk kamu düzenine aykırı olmadığını savunmaktadır. Bu görüşe göre, ancak somut olayın şartları uyarınca yabancı mahkeme kararında fahiş bir tazminata hükmedilmesi halinde kamu düzeni müdahalesi söz konusu olacaktır.

Benzer bir görüş¹⁵³⁹, Türk hukukunda cezalandırıcı ve caydırıcı özel hukuk yaptırımlarının bulunduğunu; cezalandırıcı tazminatın, somut olayın özelliklerine göre fahiş miktarda olması, aleyhine tenfiz kararı verilecek tarafın ekonomik yıkımına ya da AİHS'e Ek 1 numaralı Protokol uyarınca teminat altına alınmış mülkiyet hakkını ihlal etmesi halinde, Türk kamu düzenine aykırılık taşıyacağını savunmaktadır.

Esasa uygulanan hukuk kapsamında doktrinde Türk hakiminin, yetkili yabancı hukukta yer alan, fakat Türk hukukunun tanımadığı, cezai nitelik taşıyan cezalandırıcı tazminat hakkındaki yabancı hukuk kuralını uygulamak durumunda olmadığı ifade edilmiştir¹⁵⁴⁰.

Öte yandan tazminat miktarının, zararın tazmini amacı taşımasının temel bir prensip olduğu belirtilerek¹⁵⁴¹, ABD hukukundaki cezalandırıcı tazminat gibi

¹⁵³⁶ Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s. 178-180.

¹⁵³⁷ Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s. 179-180.

¹⁵³⁸ Güven, **Rekabetin Engellenmesi**, s. 460, 465; Güven, **Tanıma-Tenfiz**, s. 143-144.

¹⁵³⁹ Ekşi, **Tanıma-Tenfiz**, s. 681.

¹⁵⁴⁰ Nomer, **a.g.e.**, s. 194-195.

¹⁵⁴¹ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 296, par. 309.

cezalandırma amacı taşıyan, gerçek zarar miktarının çok üstünde tazminat öngören yabancı hukuktaki kuralın, Türk hukukunun temel prensiplerine aykırılık teşkil edebileceği ve Türk kamu düzeni müdahalesine uğrayabileceği ifade edilmektedir¹⁵⁴². Bu hususta her somut olayda hükmedilen tazminatların değerlendirilmesi ve Türk hukukunda geçerli olan talepler ile karşılaştırılmasının esas olduğu dile getirilmiştir¹⁵⁴³.

Nihayet, imalatçının sorumluluğunda Türk hakiminin, uygun bir tazminat miktarını aşan, Amerikan hukukundaki cezalandırıcı tazminat gibi kuralları uygulamak durumunda olmadığı; bu kuralların, kamu düzeni müdahalesi ile karşılaşabileceği doktrinde ileri sürülmüştür¹⁵⁴⁴.

b) Değerlendirmemiz

aa) Cezalandırıcı Tazminatın Özü İtibariyle Türk Kamu Düzenine Aykırılık Taşımaması

Sistem farklılıkları, prensip olarak kamu düzeni müdahalesine yol açmaz. Hakimin hukukunda tanınmayan bir kurumun da her koşulda kamu düzenine aykırılık yaratmayacak¹⁵⁴⁵ olmasına karşın, Türk hukukundaki tazminat anlayışı ile çelişen yaptırımlara karşı olumsuz bir bakış açısı hakimdir.

Bu bakış açısı, Türk sorumluluk hukukunun temel ilkeleri olarak kabul edilen esaslardan kaynaklanmaktadır. Bunlar, tazminatın temel amacının zararın telafisi olması; bu nedenle tazminatın, zarar miktarını aşmaması; zarar görenin zenginleşmesine yol açmaması ve cezalandırma amacı taşımamasıdır¹⁵⁴⁶. Bu ilkelere dayanılarak yabancı hukuktaki cezalandırıcı tazminatın, Türk kamu düzenine aykırı olduğu savunulmaktadır.

¹⁵⁴² Nomer, **a.g.e.**, s. 350; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 296, par. 309; Tarman, **Haksız Rekabet**, s. 146.

¹⁵⁴³ Tarman, **Haksız Rekabet**, s. 146.

¹⁵⁴⁴ Tarman, **Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi**, s. 26.

¹⁵⁴⁵ Bucher, **Ordre Public**, s. 22.

¹⁵⁴⁶ Oğuzman/Öz, **C. II**, s. 82, 108; Tandoğan, **Mes'uliyet**, s. 315; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak, **a.g.e.**, s. 581, 583; Eren, **a.g.e.**, s. 514, 724; H. Nomer, **Haksız Fiil Sorumluluğu**, s. 33-35, 63; Tiftik, **a.g.e.**, s. 61-62; Ergüne, **a.g.e.**, s. 330-332; Topuz, **a.g.e.**, s. 233-234; Atamer, **Uygun Nedensellik**, s. 98; Nomer, **a.g.e.**, s. 490; Ekşi, **Tanım-Tenfiz**, s. 605; Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s. 182; Özden Merhacı, **a.g.e.**, s. 37, 155, 157-158.

Oysa ki Türk hukukunda zarar miktarını aşan ve hatta zararın varlığından bağımsız olan, cezalandırma ve caydırma amacı taşıyan yaptırımlar mevcuttur. Buna göre,

- Rekabet hukuku ile fikri mülkiyet hukuku alanında üç misli tazminat kabul edilmiştir¹⁵⁴⁷ (RKHK m. 58, f. 2; FSEK m. 68, f. 1).
- Kişilik hakkının ihlali sebebiyle zarar verenin elde ettiği kazancın, vekaletsiz iş görme hükümleri uyarınca zarar görene iade edilmesi mümkündür¹⁵⁴⁸ (TMK m. 25, f. 3; TBK m. 530).
- Gerçek olmayan vekaletsiz işgörmeye işsahibi, işgörmenden doğan faydaları işi görenden edinme hakkına sahiptir (TBK m. 530). Menfaat devri olarak adlandırılan söz konusu yaptırım, zarardan bağımsızdır. Eski hale getirmeyi amaçlamaz, caydırıcı ve cezalandırıcıdır.
- Maddi ve manevi hakları ihlal edilen eser sahibi, tazminattan başka temin edilen kârın kendisine verilmesini talep edebilir (FSEK m. 70, f. 3). Ticari işlere dair haksız rekabet teşkil eden hallerde hakim, davalının elde etmesi mümkün görülen menfaatin karşılığına karar verebilir (TTK m. 56, f. 1). Bunlar, menfaat devri yaptırımın özel uygulama alanlarına örnektir.
- Kötü niyetli haksız zilyed, elde ettiği ve elde etmeyi ihmal ettiği kazançları, iade talep edene tazmin edecektir (TMK m. 995, f. 1).
- Yeniden kiralama yasağına aykırı davranan kiraya veren, eski kiracısına son kira yılında ödenmiş olan bir yıllık kira bedelinden az olmamak üzere tazminat ödemekle yükümlüdür (TBK m. 355, f. 3).
- Belirsiz süreli iş sözleşmelerinde bildirim şartına uyulmaksızın sözleşmenin feshi halinde ihbar tazminatı talep edilebilmesi için zararın varlığı ve miktarının ispatı gerekmez (İş Kanunu m. 17, f. 4).
- İşverenin iş sözleşmesini fesih hakkını kötüye kullanması halinde öngörülen kötüniyet tazminatı da zararın varlığı ve miktarından bağımsızdır. İşçiye bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödeneceği düzenlenmiştir (İş Kanunu m. 17, f. 6).

¹⁵⁴⁷ RKHK'da değişiklik yapılması amacıyla hazırlanan ve 2.1.2014 tarihinde TBMM'ne sunulan Kanun Tasarısı'nda da RKHK m. 58'deki üç misli tazminat düzenlemesi korunmuştur. Kanun Tasarısı için bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0882.pdf> (erişim tarihi: 10.2.2015).

¹⁵⁴⁸ Kişilik hakkının ihlalinde manevi tazminatın, gerçek anlamda zararı gidermeyi amaçlamadığı, cezalandırıcı tazminat görünümünde olduğu görüşünde bkz. Serozan, **Medeni Hukuk**, s. 477, par. 19f.

- Ticari işletme rehninde talep üzerine hâkimin, rehin verenin kusurunu dikkate alarak, rehinle temin edilen alacak miktarına kadar alacaklıya munzam bir tazminatın ödenmesine karar verebilir (Ticari İşletme Rehni Kanunu m. 12, f. 3).
- Gemi kira sözleşmesinde sözleşmenin bitiminde gemiyi iadede geciken kiracının, geciktiği sürenin ilk onbeş gününden sonraki günler için kira bedelinin iki katı üzerinden hesaplanacak bir tazminatı ödemekle yükümlüdür (TTK m. 1129, f. 2). Benzer bir hüküm, zaman charteri sözleşmesinde de öngörülmüştür. Sözleşme sona erdiğinde gemiyi sözleşmede belirlenen hal ve yerde iade etmekte gecikenin, zaman charteri sözleşmesinin bittiği tarihte ödenmesi gereken tahsis ücretinin iki katını ödemeyecektir (TTK m. 1137, f. 2).
- İcra hukukunda itirazın iptali davası sonucunda alacaklının talebi halinde öngörülen icra inkâr tazminatı, zararın varlığından bağımsızdır¹⁵⁴⁹.
- Borcunu ihlal eden borçlunun, alacaklıya ceza tutarı ödemesini kabul ettiği cezai şart, zararın varlığına bağlı değildir¹⁵⁵⁰. BK m. 180 uyarınca borcun ihlali sonucunda hiçbir zarar doğmasa dahi alacaklı, cezai şart talep edebilir. Taraflar, cezai şart miktarını serbestçe belirleme hakkına sahiptir. Ancak BK m. 182 uyarınca hakim, fahiş bulunduğu cezai şartı re'sen indirecektir. Fakat TTK m. 22'de ticari işlerde tacir sıfatına sahip borçlu aleyhine kararlaştırılmış cezai şartın indirilmeyeceği düzenlenmiştir. Cezai şart anlaşmasının, ahlaka veya kişilik haklarına aykırılık taşıması halinde TBK m. 27 uyarınca hakim, cezai şartın geçersizliğine karar verebilir¹⁵⁵¹.

Türk hukukunda mevcut, sayılan bu yaptırımlar çerçevesinde cezalandırıcı tazminatın, ilk bakışta düşünüldüğü kadar Türk hukukuna yabancı olmadığı ifade edilebilir¹⁵⁵².

¹⁵⁴⁹ Saim Üstündağ, **İcra Hukukunun Esasları**, 8. Bası, İstanbul, 2004, s. 107 vd.; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özekes, **İcra ve İflâs Hukuku**, 7. Bası, Ankara: Yetkin Yayınları, 2009, s. 179.

Ancak yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi kapsamında icra inkâr tazminatının, borçlar hukuku anlamında bir tazminat değil; cezai bir müeyyide olduğu ileri sürülerek, tanıma ve tenfize konu olmayacağı hakkında bkz. Nomer, **a.g.e.**, s. 490.

¹⁵⁵⁰ Oğuzman/Öz, **C. II**, s. 518; Eren, **a.g.e.**, s. 1138; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 358.

¹⁵⁵¹ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 84; Oğuzman/Öz, **C. II**, s. 522; Eren, **a.g.e.**, s. 1138; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 357-358.

¹⁵⁵² Benzer yönde bkz. Güven, **Rekabetin Engellenmesi**, s. 462-463.

Yukarıda belirtilen yaptırımlar çerçevesinde telafi amacının, Türk sorumluluk hukukunun temel amacı olduğunun kabulü de kanımızca güçleşmektedir¹⁵⁵³. Yine Türk hukukunda tazminatın önleme amacının bulunmadığını veya bunun, tali bir amaç olduğunu¹⁵⁵⁴ ifade etmek de aynı ölçüde zorlaşmaktadır. Ayrıca özel hukuk cezaları ile cezai şart, adı üstünde cezalandırma amacı taşıdıklarından bu amacın, mutlak olarak özel hukukun dışında bırakıldığını söylemek de kanımızca mümkün değildir.

Yukarıda sayılan yaptırımlar ile sonuçlarını dikkate aldığımızda, bunları düzenleyen bir hukukta cezalandırıcı tazminatın, telafi amacı taşımamasının, cezalandırma ve ibret verme işlevine sahip olmasının, Türk hukukunun temel prensiplerine tahammül edilemez derecede aykırı bir sonuca yol açmayacağı düşüncesindeyiz.

Kaldı ki cezai şartın varlığının taraflar arasındaki anlaşmaya dayanması; buna karşılık cezalandırıcı tazminatın kanun veya müşterek hukuktan kaynaklanması dışında her iki yaptırım, pek çok açıdan benzerlik taşımaktadır. Cezai şartın, zararın varlığından bağımsız olması ve ticari işlerde tacir sıfatına sahip borçlunun cezai şartın tenkisini dahi isteyemediği düşünüldüğünde, yabancı hukuktaki cezalandırıcı tazminatın hangi gerekçeye dayanılarak doğrudan Türk kamu düzenine aykırı sayılacağı, ciddi bir soru işareti teşkil edecektir.

Ayrıca yetkili yabancı hukukun öngördüğü yaptırımın, meşru bir amaca hizmet etmesi, kamu düzenine aykırılığın değerlendirilmesinde dikkate alınmaktadır¹⁵⁵⁵. İmalatçının sorumluluğunda da cezalandırıcı tazminat, meşru bir amaca hizmet etmektedir¹⁵⁵⁶. Bu amaç, toplumun sağlığını ve güvenliğini tehlikeye düşüren, hatta hiçe sayan imalatçıların cezalandırılması ve ibret verilmesi yoluyla, toplumun sağlık ve güvenliğinin korunmasıdır¹⁵⁵⁷. Nitekim AY m. 56'da herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu düzenlenmiş; AY m. 172'de ise tüketicilerin korunması, teminat altına alınmıştır.

¹⁵⁵³ Benzer görüşte bkz. Sanlı, **a.g.e.**, s. 162-163.

¹⁵⁵⁴ Eren, **a.g.e.**, s. 514-515; H. Nomer, **Haksız Fiil Sorumluluğu**, s. 34-35; Tiftik, **a.g.e.**, s. 62; Atamer, **Uygun Nedensellik**, s. 98; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 427; Tiryakioğlu, **Haksız Filler**, s. 217.

¹⁵⁵⁵ Ancel, **a.g.e.**, s. 4.

¹⁵⁵⁶ Haksız fiilden doğan uyumsuzluklarda cezalandırıcı tazminatın Fransız hukuku açısından meşru bir amaca hizmet ettiği hakkında bkz. Parker, **a.g.e.**, s. 409.

¹⁵⁵⁷ Bu konuda bkz. "İmalatçının Sorumluluğunda Cezalandırıcı Tazminatın Uygulanmasına İlişkin Esaslar" başlıklı bölüm (Birinci Bölüm, II, B, 3).

Burada, imalatçının sorumluluğunda cezalandırıcı tazminatın isabetli bir yaptırım olup olmadığı veya Türk hukukunda mevcut olmamasının bir eksiklik teşkil edip etmediği ile ilgilenmediğimizi özellikle vurgulamak isteriz. Cezalandırıcı tazminatın Türk hukukunda düzenlenmemiş olması¹⁵⁵⁸, bir hukuk politikası tercihidir. Ancak yabancı hukuktaki cezalandırıcı tazminat kuralını, MÖHUK m. 5 uyarınca doğrudan bertaraf etmek yerine, buna ne ölçüde tolerans gösterilebileceği değerlendirilmelidir. Cezalandırıcı tazminatın, adeta mekanik bir şekilde tamamen reddedilmesi, tek çözüm olmamalıdır¹⁵⁵⁹. Özellikle kamu düzeni müdahalesinin istisnai niteliği dikkate alındığında, burada farklı bir değerlendirme yapılmasının zorunlu olduğu düşüncesindeyiz.

Bu çerçevede yabancı hukuktaki zararın telafisini amaçlamayan, cezalandırma ve caydırma amacı taşıyan tazminatların, kural olarak, Türk kamu düzenine açıkça aykırılık taşımadığı kanısındayız. Bu bakımdan cezalandırıcı tazminatın da özü itibarıyla Türk kamu düzenine açıkça aykırı olmadığını düşünmekteyiz. Zira yabancı hukuktaki cezalandırıcı tazminat kuralının uygulanması, her durumda Türk kamu düzenine tahammül edilemez derecede aykırı bir sonuç meydana getirmeyecektir¹⁵⁶⁰.

Türk kamu düzenine açıkça aykırılık yaratabilecek olan, somut olayın özellikleri uyarınca yabancı hukukun fahiş miktarda cezalandırıcı tazminat öngörmesi olacaktır¹⁵⁶¹. Buna göre yabancı hukuktaki cezalandırıcı tazminat kuralının, somut olayın koşulları çerçevesinde Türk hukukunun temel prensip ve değerleri açısından kabul edilebilirlik sınırında kalıp kalmadığı, adil bir sonuç yaratıp yaratmayacağı değerlendirilmelidir. Doktrinde gerçek zarar miktarının çok üstünde bir tazminat ödenmesine imkan veren yabancı hukuk kuralının, Türk kamu düzeni müdahalesine uğrayabileceğinin ifade edilmiş olması¹⁵⁶² da kanımızca ulaştığımız sonucu desteklemektedir.

¹⁵⁵⁸ Türk hukukunda cezalandırıcı tazminatın kabul edildiği ve cezalandırıcı tazminata ilişkin düzenlemelerin yapıldığı yönünde farklı görüşte bkz. Güven, **Tanıma-Tenfiz**, s. 142-143.

¹⁵⁵⁹ Benzer yönde bkz. Quarta, **a.g.e.**, s. 754.

¹⁵⁶⁰ Fransız hukuku açısından benzer yönde bkz. Gérard Légier, “Fasc: 553-2; Sources Extra-Contractuelles des Obligations- Domaine de la loi applicable”, **JurisClasseur Droit International**, s. 23, par. 101, (*naklen*, Boskovic, **a.g.e.**, s. 342).

¹⁵⁶¹ Fransız hukuku açısından benzer yönde bkz. Ancel, **a.g.e.**, s. 5; Boskovic, **a.g.e.**, s. 342; Alman hukuku açısından bu yönde bkz. Stiefel/Stürner, **a.g.e.**, s. 793.

¹⁵⁶² Nomer, **a.g.e.**, s. 350; Tarman, **Haksız Rekabet**, s. 146.

bb) Cezalandırıcı Tazminat Öngören Yabancı Hukukun Uygulanması ve Tazminat Miktarının Belirlenmesi

İmalatçının sorumluluğuna uygulanacak hukuk, yabancı bir hukuk olduğu takdirde Türk hakimi, aynen yabancı hakim gibi hareket edecek ve yetkili yabancı hukuku, yabancı hakimin uyguladığı şekilde uygulayacaktır¹⁵⁶³. Dolayısıyla Türk hakimi, yetkili yabancı hukukun öngördüğü cezalandırıcı tazminatın miktarını belirlerken, yabancı hukukta öngörülen esasları ve sınırlamaları dikkate alacaktır¹⁵⁶⁴.

Herşeyden önce Türk hakiminin, yabancı hukuku uygulayarak Türk kamu düzenine aykırılık yaratmayacak, ölçülü ve makul miktarda cezalandırıcı tazminat öngörmesinin mümkün olduğu düşüncesindeyiz¹⁵⁶⁵. Çalışmanın ilk bölümünde açıklandığı üzere kanuni düzenlemenin bulunmaması halinde cezalandırıcı tazminat miktarı, müşterek hukukta ortaya konulmuş esaslara göre takdir edilmektedir¹⁵⁶⁶. Bu esaslar uyarınca cezalandırıcı tazminat miktarını belirleyecek Türk hakimi, somut olayın özelliklerini, bu yaptırımın amaçlarını, imalatçının hukuka aykırı davranışını, ekonomik gücü ile malvarlığını öncelikle dikkate alacaktır.

Ayrıca İngiliz ve Amerikan hukukunda fahiş miktarda cezalandırıcı tazminatın önlenmesi amacıyla çeşitli sınırlamalar söz konusudur¹⁵⁶⁷. Türk hakimi de yetkili yabancı hukuktaki bu sınırlamalara uygun olarak, cezalandırıcı tazminat miktarını takdir edecektir.

Buna göre imalatçının kusurunun ağırlığını, cezalandırıcı tazminat ile tazminat miktarı arasında kabul edilebilir ve makul bir oranın bulunmasını, imalatçının ayrıca cezai veya idari nitelikte parasal yaptırımlarla sorumlu tutulmuş olup olmadığını, belirlenecek miktarın imalatçıyı, ekonomik yıkıma sürükleyip sürüklemeyeceğini, mülkiyet hakkından yoksunluğa veya bu hakkın kullanımında kısıtlamaya yol açıp açmayacağını gözetecektir.

¹⁵⁶³ Nomer, **a.g.e.**, s. 194-195; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 174; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 61, par. 67.

¹⁵⁶⁴ Benzer yönde bkz. Boskovic, **Note**, s. 4.

¹⁵⁶⁵ Fransız hukukunda bu görüşte bkz. Légier, **a.g.e.**, s. 23, par. 101 (*naklen*, Boskovic, **a.g.e.**, s. 342); Ancel, **a.g.e.**, s. 5-6.

¹⁵⁶⁶ Bu konuda bkz. yuk. “Tazminat Miktarının Belirlenmesi” başlıklı bölüm (Birinci Bölüm, II, C, 1).

¹⁵⁶⁷ Bu konuda bkz. yuk. “Fahiş Miktarda Cezalandırıcı Tazminatın Önlenmesi” başlıklı bölüm (Birinci Bölüm, II, C, 2).

Böylelikle hakim, yabancı hukuku uygulayarak somut olayın özellikleri kapsamında fahiş olmayan, kabul edilebilirlik sınırlarında kalan makul bir miktarı, cezalandırıcı tazminat olarak belirleyebilecektir. Nitekim cezalandırıcı tazminatın düzenlendiği hukuklarda benimsenmiş bu esaslar uyarınca yapılacak bir değerlendirme, Türk hakimine çok yabancı değildir. Hakim, cezai şartın fahiş olup olmadığının tespitinde, somut olayın özellikleri çerçevesinde benzer bir değerlendirmede bulunmaktadır¹⁵⁶⁸.

Öte yandan hakimin, yabancı hukuku uygulayarak cezalandırıcı tazminat miktarını tayin ederken, meydana gelmiş zarar miktarına katı bir şekilde bağlı kalmamasının uygun olacağını düşünmekteyiz. Cezalandırıcı tazminat, meydana gelmiş zararın tazmini için değil; zarar verenin ağır kusurlu davranışı sebebiyle öngörülmektedir. Zarar miktarına katı bir şekilde bağlı kalınması halinde cezalandırıcı tazminat, gerçek zarar miktarından fazla olacağından, onun fahiş olduğu sonucuna varılacaktır¹⁵⁶⁹. Nasıl ki cezai şartın fahiş olup olmadığının değerlendirilmesinde cezai şartın, zarar miktarını aşmasının tek başına tenkisini gerektirmeyeceği kabul ediliyorsa, burada da benzer bir değerlendirme yapması uygun olacaktır.

cc) Fahiş Miktarda Cezalandırıcı Tazminatın Türk Kamu Düzenine Aykırılığı

Yabancı hukukta yer alan kanuni bir düzenlemenin aşırı miktarda cezalandırıcı tazminat öngörmesi ve fahiş cezalandırıcı tazminatı önleyen esasların, bu hukukta bulunmaması söz konusu olabilir. Böyle bir hukukun uygulanması, aşırı ve fahiş bir miktarda cezalandırıcı tazminatın öngörülmesi sonucunu doğuracağından, bu sonuca MÖHUK m. 5 uyarınca Türk kamu düzeni müdahalesi söz konusu olacaktır.

Yabancı hukukun öngöreceği fahiş cezalandırıcı tazminatın, milletlerarası

¹⁵⁶⁸ Buna göre hakim, somut olayın tüm özellikleri çerçevesinde borçlunun kusur derecesi, tarafların ekonomik durumu, borçlunun ödeme kabiliyeti, borçlunun borca aykırı davranışı sayesinde elde ettiği menfaatleri, alacaklının menfaatleri, alacaklının kusuru gibi kriterleri dikkate alarak, cezai şart miktarının fahiş olup olmadığını tespit etmektedir (Tunçomağ, *a.g.e.*, s. 146-150; Oğuzman/Öz, *C. II*, s. 520; Eren, *a.g.e.*, s. 1189; Derya Ateş, *Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlak Aykırılık*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2007, s. 269-270; Nagehan Kırkbeşoğlu, *Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011, s. 308). Ayrıca bkz. Y. 13. HD., 23.12.1983, E. 6675, K. 9202 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Y. 13. HD., 22.12.2014, E. 8929, K. 40995 (LegalBank).

¹⁵⁶⁹ Benzer yönde bkz. West/Licari, *a.g.e.*, s. 800 ; Boskovic, *Note*, s. 4; Licari, *a.g.e.*, s. 22.

sözleşmeler ve Anayasa ile teminat altına alınan temel hak ve özgürlükleri ihlal edecek olması, Türk kamu düzenine açıkça aykırı bir sonuç doğuracaktır. Mülkiyet hakkının korunması, Türk hukukunun temel bir prensibidir. Cezalandırıcı tazminat sebebiyle zarar verenin olağandışı ve aşırı bir mali yük altına sokulması, ekonomik hayatını sürdürmesinin aşırı ölçüde zorlaştırılması, AIHS'e Ek 1 numaralı Protokol m. 1 ile AY m. 35 uyarınca korunan mülkiyet hakkının ihlaline yol açabilecektir¹⁵⁷⁰.

Yabancı hukukun öngördüğü cezalandırıcı tazminatın, zarar vereni olağan dışı mali bir külfet altına sokması halinde onu, mülkiyet hakkından yoksun bırakan veya bu hakkın kullanımını kısıtlayan ölçüsüz bir müdahaleden bahsedilecektir. Kanımızca burada, ölçülülük değerlendirilmesi yapılırken, zarar verenin ekonomik durumunun dikkate alınması yerinde olacaktır¹⁵⁷¹.

Öte yandan cezalandırıcı tazminatın zarar verenin ekonomik özgürlüğünü kısıtlaması, ekonomik yıkımına veya iflasına yol açacak derecede fahiş olması, ahlaka aykırılık sebebiyle de Türk kamu düzeni müdahalesine yol açabilir.

Türk hukukunda ölçülülüğün aşırı bozulduğu hallerde dürüstlük kuralı da devreye girmektedir. Örneğin, TBK m. 138'de düzenlenen aşırı ifa güçlüğü'nün temelinde dürüstlük kuralı bulunmaktadır. Yine cezai şartın indirilmesine ilişkin hükümler, dürüstlük kuralı ile adalet ve hakkaniyet anlayışına dayanmaktadır¹⁵⁷². Bu açıdan yetkili yabancı hukukta, cezalandırıcı tazminatın fahiş miktarda olmasını engelleyen esasların bulunmaması, dürüstlük kuralının ihlali sebebiyle de Türk kamu düzenine açıkça aykırılık taşıyacaktır.

Bunun yanında yabancı hukukun öngöreceği cezalandırıcı tazminat, Türkiye'nin sosyal ve ekonomik menfaatlerine aykırı sonuçlar da doğurabilir¹⁵⁷³. Doktrinde yabancı mahkeme kararlarının tenfizi kapsamında, yabancı kararın

¹⁵⁷⁰ AIHS'e Ek 1 numaralı Protokol kapsamında mülkiyet hakkı için detaylı olarak bkz. H. Burak Gemalmaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Mülkiyet Hakkı**, İstanbul: Beta Yayınevi, 2009, (Mülkiyet), s. 131 vd.; H. Burak Gemalmaz, "Mali Güç Ölçütünü Dikkate Almayan Aşırı Vergi Mülkiyet Hakkı İhlalidir: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Macaristan'a Karşı 14 Mayıs 2013 Tarihinde Verdiği N.K.M. Kararının İncelenmesi", **İBD**, C. 88, S. 2, 2014, s. 130 vd.

¹⁵⁷¹ AIHS çerçevesinde mülkiyet hakkının sınırlanmasında ölçülülük değerlendirmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gemalmaz, **Mülkiyet**, s. 531 vd.; özellikle ekonomik durumun dikkate alınması hakkında bkz. Gemalmaz, **Mülkiyet**, s. 599-602.

¹⁵⁷² Nomer, **a.g.e.**, s. 173.

¹⁵⁷³ Fransız hukukunda cezalandırıcı tazminat açısından bu yönde bkz. Boskovic, **Note**, s. 5; Ancel, **a.g.e.**, s. 5.

tenfizinin Türk ekonomisine veya Türk kamu kuruluşuna tahammülü güç bir mali yük getirmiş olmasının, bazı şartlar altında kamu düzeni kavramı içinde değerlendirilebileceği belirtilmektedir¹⁵⁷⁴. Anayasa’da ekonomik kamu düzeni anlayışı benimsenmiştir¹⁵⁷⁵. Anayasa m. 48 uyarınca devlet, özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri almakla yükümlüdür. Ayrıca AY m. 167’de rekabet düzeninin korunması düzenlenmiştir. Bu kapsamda Türkiye’de bulunan imalatçının, fahiş cezalandırıcı tazminatla sorumlu tutulacak olması, Türk piyasalarındaki rekabeti bozacak, Türk ekonomisini olumsuz etkileyecek bir sonuca yol açabilecektir. Bu halde Türk kamu düzeni müdahalesinin devreye girmesi söz konusu olacaktır.

Bu açıklamadan anlaşılaacağı üzere, yetkili yabancı hukuktaki cezalandırıcı tazminata Türk kamu düzeninin müdahalede bulunması için, somut uyuşmazlığın Türkiye ile bağlantısı da önem taşımaktadır¹⁵⁷⁶. Örneğin, Türkiye’de bulunan imalatçının fahiş cezalandırıcı tazminatla sorumlu tutulması, üretim için sarfettiği sabit maliyeti arttırabilir. Bu, yurtdışındaki imalatçı ile arasındaki rekabetin bozulmasına, Türkiye’deki üretimin düşmesine sebep olabilir. Düşük verimlilik, cari açığa yol açacağından, Türk ekonomisi bu durumdan olumsuz etkilenir. Yabancı hukukun uygulanması ile doğacak bu olumsuz sonuca, MÖHUK m. 5 müdahalesi söz konusu olabilir.

Ayrıca doktrinde kamu düzeninin korunması, Türk vatandaşının zarar görmesine yol açtığı takdirde kamu düzeni müdahalesinde hassas olunması gerektiği belirtilmiştir¹⁵⁷⁷. Bu açıdan zarar gören Türk vatandaşının, yetkili yabancı hukukun öngördüğü cezalandırıcı tazminattan mahrum bırakılarak, yabancı ülke yerine Türk mahkemesinde dava açmış olması yüzünden cezalandırılmamalıdır. Bu sonuç benimsendiği takdirde, hatalı ürün sebebiyle zarar görenlerin, *forum shopping* teşkil

¹⁵⁷⁴ Aysel Çelikel, “Yeni Kanun’a Göre Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfiz Şartları”, **MHB**, C. 2, S. 2, 1982, s. 11; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 649; Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s. 190.

¹⁵⁷⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa Erkan/Mustafa Yaşar Demircioğlu, “Ülke Derecelendirmesinin Ekonomik Kamu Düzeni Üzerindeki Etkisi”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 1, S. 1, 2010, s. 113-114.

¹⁵⁷⁶ Cezalandırıcı tazminatın kamu düzenine aykırılığının tespitinde ülke ile bağlantının önemi hakkında bkz. Tebbens, **Punitive Damages**, s. 282; Bungert, **a.g.e.**, s. 1084, 1089; Hay, **a.g.e.**, s. 740 vd.; Ancel, **a.g.e.**, s. 5.

Türk doktrininde cezai şart açısından yapılan benzer bir değerlendirme için bkz. Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s. 190.

¹⁵⁷⁷ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 79, par. 81.

edecek davranışları da önlenabilir.

II) Doğrudan Uygulanan Kurallar

A) Kavram

Hukuk düzenlerinde, devlet yapılanması tarafından üstlenilmeyi gerektirecek kadar önemli siyasi, sosyal ve ekonomik menfaatlerin korunmasına hizmet eden maddi hukuk kuralları bulunmaktadır¹⁵⁷⁸. Bu kurallar, uygulama alanlarına giren ve ülke ile ilişkili tüm özel hukuk uyuşmazlıklarında, o uyuşmazlık yabancılik unsuru taşısın veya taşımasın, öngörölme amaçlarını gerçekleştirmek için zorunlu olarak uygulanırlar¹⁵⁷⁹.

Doğrudan uygulanan kural olarak adlandırılan bu kurallar, “*devletin, ekonomik, sosyal ve siyasal alanda izlediği belirli politikaları, özel hukuk ilişkileri üzerinde etkili olacak şekilde yansıtan ve uygulama alanlarına giren tüm uyuşmazlıklara uygulanmaları, bu politikaların yerine getirilmesi için zorunlu olan kurallar*” olarak tanımlanırlar¹⁵⁸⁰.

¹⁵⁷⁸ Phocion Francescakis, “Lois d’application immediate et règles de conflit”, **RDIPP**, 1967, s. 697; Andrea Bonomi, “Overriding Mandatory Provisions in the Rome I Regulation on the Law Applicable to Contracts”, **YPIL**, C. 10, 2008, (Overriding Mandatory Provisions), s. 289; Mehmet Kösoğlu, “Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 31. Maddesi: Sözleşme ile Sıkı İlişkili Üçüncü Bir Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarına Etki Tanınması”, **MHB**, Y. 28, S. 1-2, 2008, s. 148; Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar**, s. 11-12, Nomer, **a.g.e.**, s. 181; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 155, 397; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 58, 379; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 7, par. 5; Akıncı, **Uygulanacak Hukuk**, s. 56; Turhan, **Yabancı Para Kayıtları**, s. 201-202; Sargın, **a.g.e.**, s. 246; Doğan, **a.g.e.**, s. 229; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğu**, s. 191; Öztekin Gelgel, **Tüketici Akitleri**, s. 80-81; Dardağan Kibar, **a.g.e.**, s. 137; Demir Gökyayla, **Tek Satıcılık**, s. 400; Elçin, **a.g.e.**, s. 163, 169; Nygh, **a.g.e.**, s. 380; Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard, **a.g.e.**, par. 376c; Bucher/Bonomi, **a.g.e.**, par. 370.

¹⁵⁷⁹ Nuray Ekşi, **Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu**, İstanbul: Beta Yayınevi, 2004, (Roma Konvansiyonu), s. 152; Sedat Sirmen, “Türk Kanunlar İhtilafı Hukukunda Zarar Sigortaları Kapsamına Giren Milletlerarası Unsurlu Sigorta Akitlerine Uygulanacak Hukuk”, **BATİDER**, C. XXVI, S. 3, 2010, s. 56; Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar**, s. 12-13, 16; Özdemir Kocasakal, **MÖHUK m. 24**, s. 71; Nomer, **a.g.e.**, s. 181; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 59; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 335; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 155; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 7-8, par. 5; Turhan, **Yabancı Para Kayıtları**, s. 201; Doğan, **a.g.e.**, s. 229; Sargın, **a.g.e.**, s. 245; Tiryakioğlu, **Rekabet**, s. 31; Öztekin Gelgel, **Tüketici Akitleri**, s. 80; Demir Gökyayla, **Tek Satıcılık**, s. 401; Nygh, **a.g.e.**, s. 381-382; Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard, **a.g.e.**, par. 377; Mayer/Heuzé, **a.g.e.**, s. 90; Bonomi, **Overriding Mandatory Rules**, s. 288.

¹⁵⁸⁰ Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar**, s. 13; Özdemir Kocasakal, **MÖHUK m. 24**, s. 70-71.

ATAD’ın 23.11.1999 tarihli *Arblade* kararında doğrudan uygulanan kurallar, “*devletin ekonomik, sosyal ve siyasal organizasyonunun korunması için o devlet topraklarında bulunan herkese veya o ülke bağlantılı tüm hukuki ilişkilerde uygulanması zorunlu iç hukuk kuralı*” olarak tanımlanmıştır

Doğrudan uygulanan kurallar, kanunlar ihtilâfı kurallarından bağımsız olarak, kendi uygulama alanlarını tayin ederler¹⁵⁸¹. Ülke ile bağlantılı olan ve uygulama alanlarına giren tüm olay ile ilişkilerde kanunlar ihtilafı kurallarının devreye girmesini engelleyerek, onlara rağmen uygulanırlar¹⁵⁸².

Doğrudan uygulanan kurallar, kanunlar ihtilafı kuralları uygulandıktan sonra uygulanacak hukukun yabancı hukuk olması halinde devreye girebilen kamu düzeni müdahalesinden net bir şekilde ayrılır¹⁵⁸³. Kamu düzeni müdahalesinin aksine, doğrudan uygulanan kurallar düzeltici bir işlev görmez; kanunlar ihtilafı kurallarını bertaraf ederler¹⁵⁸⁴.

Söz konusu kurallar, mevcut uyumsuzlukta uygulama alanına giren konuda maddi bir çözüm öngörürler¹⁵⁸⁵. Hüküm statüsünün sübjektif veya objektif bağlama

(ATAD, *Jean-Claude Arblade et Arblade & Fils SARL (C-369/96) et Bernard Leloup, Serge Leloup et Sofrage SARL (C-376/96)*, 23.11.1989, Affaires jointes C-369/96 et C-376/96, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:61996CJ0369> (erişim tarihi: 20.2.2015)).

Ayrıca Roma I Tüzüğü m. 9, f. 1 hükmünde doğrudan uygulanan kurallar tanımlanmıştır. Bu hükme göre doğrudan uygulanan kurallar, “*bir devletin, politik, sosyal veya ekonomik organizasyonu gibi kamusal çıkarlarının korunması için uyulması hayati önem taşıyan, bu nedenle uygulama alanına giren tüm uyumsuzluklara bu Tüzüğe göre sözleşmeye uygulanması gereken hukuk ne olursa olsun, uygulanması zorunlu olan, emredici kurallardır*”. Tüzük’teki bu tanımın, *Arblade* kararından esinlenilerek yapıldığı hakkında bkz. Bonomi, **Overriding Mandatory Rules**, s. 287; Özdemir Kocasakal, **MÖHUK m. 24**, s. 80, dn. 175.

¹⁵⁸¹ Bahadır Erdem, “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’da Düzenlenen Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Uygulanacak Olan Hukuk”, **Avrupa’da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Akitler Ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri**, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2010, (Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri), s. 102; Zeynep Derya Tarman, “Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, **AÜHFD**, C. 59, S. 3, 2010, (İş Sözleşmeleri), s. 541; Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar**, s. 28; Nomer, **a.g.e.**, s. 181, 182; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 59; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 397; Ökçün, **a.g.e.**, s. 48; Doğan, **a.g.e.**, s. 229; Ekşi, **Roma Konvansiyonu**, s. 152; Turhan, **Yabancı Para Kayıtları**, s. 201; Tiryakioğlu, **Rekabet**, s. 30; Tiryakioğlu, **Taşınır Mallar**, s. 13; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğu**, s. 190; Öztekin Gelgel, **Tüketici Akitleri**, s. 80; Demir Gökyayla, **Tek Satıcılık**, s. 402; Elçin, **a.g.e.**, s. 163; Sirmen, **a.g.e.**, s. 56; Tarman, **Akdi Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi**, s. 164; Demirkol, **a.g.e.**, s. 15; Kösoğlu, **a.g.e.**, s. 155; Rigaux/Fallon, **a.g.e.**, s. 823; Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard, **a.g.e.**, par. 376c.

¹⁵⁸² Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar**, s. 17, 22; Nomer, **a.g.e.**, s. 181; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 59; Doğan, **a.g.e.**, s. 229; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 90, dn. 87; Sargın, **a.g.e.**, s. 125-126; Öztekin Gelgel, **Tüketici Akitleri**, s. 83; Demir Gökyayla, **Tek Satıcılık**, s. 400; Tarman, **Haksız Rekabet**, s. 148; Pocar, **a.g.e.**, s. 399; Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard, **a.g.e.**, par. 383; Rigaux/Fallon, **a.g.e.**, s.137.

¹⁵⁸³ Kamu düzeni müdahalesi ile doğrudan uygulanan kurallar arasındaki farklılıklar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar**, s. 20-23.

¹⁵⁸⁴ Peter Hay, **Flexibility versus Predictability and Uniformity in Choice of Law**, Recueil des Cours de l’Académie de Droit International, C. 226, Dordrecht-Boston-London: Martinus Nijhoff Publishers, 1991, (Flexibility), s. 381; Sargın, **a.g.e.**, s. 149-150.

¹⁵⁸⁵ Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar**, s. 21; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 155, 397; Kösoğlu, **a.g.e.**, s. 153; Bucher, **Ordre Public**, s. 38.

Doğrudan uygulanan kurallar, yalnızca yabancılık unsuru taşıyan uyumsuzluklar için öngörülen maddi milletlerarası özel hukuk kurallarından da farklıdır. Bu konuda bkz. Özdemir Kocasakal, **Doğrudan**

ile belirlenmesinden bağımsız olarak, esasa uygulanan hukuk ister *lex fori* ister yabancı bir hukuk olsun, bir kural doğrudan uygulanan kural niteliğine sahipse kaçınılmaz bir şekilde uygulanacaktır¹⁵⁸⁶. Ancak bunun için, mevcut hukuki ilişki veya olay ile doğrudan uygulanan kuralları uygulanacak ülke arasında belirli bir bağlantının bulunması gerekir¹⁵⁸⁷.

Doğrudan uygulanan kurallar, iç hukuk kurallarıdır¹⁵⁸⁸. Bunlar, kamu hukuku kuralı olabileceği gibi özel hukuk kuralı da olabilir¹⁵⁸⁹. Ancak her emredici kural, doğrudan uygulanan kural niteliğine sahip değildir¹⁵⁹⁰. Bir kuralın doğrudan uygulanan kural niteliğine sahip olması için, kamusal çıkarlara hizmet etmesi gerekir¹⁵⁹¹.

Doğrudan uygulanan kurallara genel olarak ithalat ve ihracat mevzuatı, rekabet yasakları, döviz mevzuatı gibi sermaye, mal ve hizmetlerin kontrolü; sosyal devlet anlayışına bağlı olarak tüketicinin korunması, işçinin korunması, iş güvenliği, ürün güvenliği ve toplum sağlığı, taşınmaz kiralari, sigortalının korunması ile kültür

Uygulanan Kurallar, s. 25-27.

¹⁵⁸⁶ Nomer, **a.g.e.**, s. 181; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 378; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 397; Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar**, s. 27-29; Özdemir Kocasakal, **MÖHUK m. 24**, s. 71; Doğan, **a.g.e.**, s. 229; Turhan, **Yabancı Para Kayıtları**, s. 201; Erdem, **Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri**, s. 102; Demir Gökyayla, **Tek Satıcılık**, s. 400; Tarman, **İş Sözleşmeleri**, s. 540-541; Tarman, **Akdi Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi**, s. 164; Bonomi, **Overriding Mandatory Rules**, s. 288; Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s. 849.

¹⁵⁸⁷ Nygh, **a.g.e.**, s. 385; Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar**, s. 33; Özdemir Kocasakal, **MÖHUK m. 24**, s. 71; Demir Gökyayla, **Tek Satıcılık**, s. 403-404; Demirkol, **a.g.e.**, s. 20.

¹⁵⁸⁸ Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar**, s. 26.

¹⁵⁸⁹ Mustafa Erkan, "MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XV, S. 2, 2011, s. 91; Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar**, s. 12; Nomer, **a.g.e.**, s. 182; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 58; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 397; Doğan, **a.g.e.**, s. 229; Sargın, **a.g.e.**, s. 125; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğu**, s. 190; Tiryakioğlu, **Rekabet**, s. 30; Dardağan Kibar, **a.g.e.**, s. 141; Erdem, **Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri**, s. 102; Öztekin Gelgel, **Tüketici Akitleri**, s. 84; Demir Gökyayla, **Tek Satıcılık**, s. 401; Kösoğlu, **a.g.e.**, s. 148; Bucher/Bonomi, **a.g.e.**, par. 370; Nygh, **a.g.e.**, s. 381-382.

¹⁵⁹⁰ Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 59; Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar**, s. 11-13, 20-21; Özdemir Kocasakal, **MÖHUK m. 24**, s. 75; Sargın, **a.g.e.**, s. 124; Ekşi, **Roma Konvansiyonu**, s. 151; Demir Gökyayla, **Tek Satıcılık**, s. 401, 414 vd.; Tarman, **Akdi Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi**, s. 165; Nygh, **a.g.e.**, s. 381.

¹⁵⁹¹ Nomer, **a.g.e.**, s. 182; Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar**, s. 16-17, 100; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 397; Doğan, **a.g.e.**, s. 231-232, 234; Tiryakioğlu, **Rekabet**, s. 33; Sargın, **a.g.e.**, s. 245; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğu**, s. 190-191; Öztekin Gelgel, **Tüketici Akitleri**, s. 80-81, 85; Erdem, **Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri**, s. 102; Elçin, **a.g.e.**, s. 167, 169; Erkan, **a.g.e.**, s. 84, 91; Tarman, **İş Sözleşmeleri**, s. 541; Tarman, **Akdi Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi**, s. 165.

varlıkları ve çevrenin korunması gibi alanlarda karşılaşıldığı belirtilmektedir¹⁵⁹².

B) Hakimin Hukukunun Doğrudan Uygulanan Kuralları

1) İmalatçının Sorumluluğunda Doğrudan Uygulanan Kuralların Tespiti

MÖHUK m. 6’da, Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralları hakkında genel bir hüküm öngörülmüştür¹⁵⁹³. Benzer bir hükme, İsv. MÖHK m. 18 ile Roma II Tüzüğü m. 16’da da yer verilmiştir. Böylelikle yetkili yabancı hukukun uygulanması, hakimin hukukunun doğrudan uygulanan kuralları ile sınırlandırılmıştır. İmalatçının sorumluluğundan kaynaklanan uyuşmazlığa yabancı bir hukuk uygulansa dahi uygulama alanlarına giren konuda, hakimin hukukunda bulunan doğrudan uygulanan kurallar uyarınca karar verilecektir¹⁵⁹⁴.

Bu noktada imalatçının sorumluluğu ile ilgili hangi kuralların, doğrudan uygulanan kural niteliğine sahip olduğu belirlenmelidir. Bir kuralın, doğrudan uygulanan kural olup olmadığı, hükümde bu konuda bir açıklık bulunmadığı takdirde, o hükmün konulma amacı (*ratio legis*), içeriği ve yerine getirdiği işlevin yorumlanması suretiyle tespit edilecektir¹⁵⁹⁵.

¹⁵⁹² Nomer, **a.g.e.**, s. 180-181, 183; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 379; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 8-10, par. 5, s. 285, par. 293; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 397; Ekşi, **Roma Konvansiyonu**, s. 149-150; Tiryakioğlu, **Rekabet**, s. 31; Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar**, s. 16-17; Sargın, **a.g.e.**, s. 145; Öztekin Gelgel, **Tüketici Akitleri**, s. 80-81; Erdem, **Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri**, s. 102; Demir Gökyayla, **Tek Satıcılık**, s. 400; Elçin, **a.g.e.**, s. 164; Tarman, **Haksız Rekabet**, s. 148-149; Tarman, **İş Sözleşmeleri**, s. 540; Kösoğlu, **a.g.e.**, s. 150; Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard, **a.g.e.**, par. 378-379; Nygh, **a.g.e.**, s. 380-381; Bonomi, **Overriding Mandatory Provisions**, s. 291; Rigaux/Fallon, **a.g.e.**, s. 139-140.

¹⁵⁹³ 2675 sayılı mülga MÖHUK’ta bu yönde bir düzenlemeye yer verilmemiş olmasına karşın, Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının uygulanması hakkında bir tereddüt bulunmamaktaydı (Akıncı, **Uygulanacak Hukuk**, s. 56; Tiryakioğlu, **Rekabet**, s. 159; Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar**, s. 35-36; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 11, par. 8; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 335; Erdem, **a.g.e.**, s. 104; Demir Gökyayla, **Tek Satıcılık**, s. 405).

Nitekim Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının uygulanma gücünün, MÖHUK m. 6’dan değil; bu kuralların niteliğinden kaynaklandığı belirtilmektedir (Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 11, par. 8).

¹⁵⁹⁴ Fallon, **a.g.e.**, s. 166; Mayer, **a.g.e.**, s. 522; Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar**, s. 33; Akıncı, **Uygulanacak Hukuk**, s. 56; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 398; Doğan, **a.g.e.**, s. 231; Erdem, **Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri**, s. 103; Demir Gökyayla, **Tek Satıcılık**, s. 405; Tarman, **İş Sözleşmeleri**, s. 543; Kösoğlu, **a.g.e.**, s. 155.

¹⁵⁹⁵ Andrea Bonomi, “Mandatory Rules in Private International Law- The Quest for Uniformity of Decisions in a Global Environment”, **YPIL**, C. 1, 1999, (Mandatory Rules), s. 233; Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar**, s. 14-15, 32; Nomer, **a.g.e.**, s. 181-182; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 155-156; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 10, par. 7; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 59; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 335; Akıncı, **Uygulanacak Hukuk**, s. 57; Sargın, **a.g.e.**, s. 249; Ekşi, **Roma Konvansiyonu**, s. 152-153; Doğan, **a.g.e.**, s. 229, 231; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğu**, s. 191;

Doğrudan uygulanan kurallar, yalnızca tarafların menfaatlerine hizmet etmeyen, güçlü şekilde kamu menfaatinin gözetilen kurallardır¹⁵⁹⁶. Taraf menfaatinin korunması amacıyla öngörülen kurallar, devletin ekonomik ve sosyal menfaatlerinin korunmasına hizmet ettikleri takdirde kamusal çıkarların korunması söz konusu olacaktır¹⁵⁹⁷. Doğrudan uygulanan kuralların, kamu menfaatine önemli ölçüde hizmet etmeleri, cezai veya idari nitelikte yaptırım ya da tedbirlerle desteklenmelerine de yol açabilir¹⁵⁹⁸.

Bu bağlamda imalatçının sorumluluğunda, devletin ekonomik ve sosyal politikalarını gerçekleştirmeye yönelik olarak, kamu sağlığı ve güvenliğinin korunması amacıyla öngörülmüş düzenlemelerin, doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilebileceği söylenebilir¹⁵⁹⁹.

Bu kurallar arasında ilk grup, ürünlerin üretimi, dağıtımı, piyasaya sürülmesi ve kullanımı aşamalarına müdahale eden, ürün güvenliği ve teknik standartlarla ilgili kurallardır¹⁶⁰⁰. İmalatçı, ürünün teknik düzenleme ve standartları hakkında hiçbir taahhütte bulunmasa bile her tüketici piyasaya sürülen bir üründen bu özellikleri beklemekte haklıdır¹⁶⁰¹.

İkinci grup ise zarar gören tüketicinin menfaatinin korunması yoluyla, devletin tüketici hukuku alanındaki politikasını belirleyen, toplumun genelinin

Öztekin Gelgel, **Tüketici Akitleri**, s. 80; Demir Gökyayla, **Tek Satıcılık**, s. 402-403; Tarman, **Akdi Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi**, s. 165; Kösoğlu, **a.g.e.**, s. 151-152; Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard, **a.g.e.**, par. 376b; Nygh, **a.g.e.**, s. 385-386; Mayer, **a.g.e.**, s. 522; Vischer, **a.g.e.**, s. 159-160.

¹⁵⁹⁶ Nomer, **a.g.e.**, s. 182; Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar**, s. 16-17, 100; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 397; Doğan, **a.g.e.**, s. 231-232, 234; Tiryakioğlu, **Rekabet**, s. 33; Sargın, **a.g.e.**, s. 245; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğu**, s. 190-191; Öztekin Gelgel, **Tüketici Akitleri**, s. 80-81, 85; Erdem, **Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri**, s. 102; Elçin, **a.g.e.**, s. 167, 169; Erkan, **a.g.e.**, s. 84, 91; Tarman, **İş Sözleşmeleri**, s. 541; Tarman, **Akdi Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi**, s. 165.

¹⁵⁹⁷ Visher, **a.g.e.**, s. 184; Güngör, **a.g.e.**, s. 117; Elçin, **a.g.e.**, s. 163-164.

¹⁵⁹⁸ Elçin, **a.g.e.**, s. 168-169.

¹⁵⁹⁹ Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar**, s. 135-136; Xu, **a.g.e.**, s. 80-81. Tüketici sözleşmelerinde doğrudan uygulanan kuralların benzer bir nitelendirmesi için bkz. Öztekin Gelgel, **Tüketici Akitleri**, s. 86; Güngör, **a.g.e.**, s. 117. İş sözleşmeleri bakımından benzer yönde bir nitelendirme için bkz. Elçin, **a.g.e.**, s. 167-168, 175.

¹⁶⁰⁰ Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar**, s. 135-136; Demir Gökyayla, **Tek Satıcılık**, s. 417.

Topluluk hukukunda, 3.12.2001 tarih ve 2001/95 sayılı Genel Ürün Güvenliği Yönergesi'nin (*Directive 2001/95/EC of the European Parliament and of the Council of 3 December 2001 on general product safety* (JO L, 15.1.2002)) imalatçının sorumluluğu alanında doğrudan uygulanan kurallar içerdiği yönünde bkz. Plender/Wilderspin, **a.g.e.**, s. 591; Dickinson, **a.g.e.**, s. 635.

¹⁶⁰¹ Atamer/Baş, **a.g.e.**, s. 25.

menfaatinin korunmasına hizmet eden kurallar olacaktır¹⁶⁰². Tüketicinin korunmasına ilişkin mevzuatlarda¹⁶⁰³ ve imalatçının sorumluluğuna ilişkin düzenlemelerde¹⁶⁰⁴ bu nitelikte kurallar bulunabilir. İmalatçının zorunlu sigorta yaptırma yükümlülüğünü öngören kuralların da bu kapsamda değerlendirilmesi mümkündür¹⁶⁰⁵.

2) İmalatçının Sorumluluğunda Türk Hukukunun Doğrudan Uygulanan Kuralları

Diğer konular gibi, imalatçının sorumluluğunda da doğrudan uygulanan kuralların sınırlı bir şekilde sayılması mümkün değildir. Bu sebeple burada karşılaşılma olasılığı yüksek olan, konuya ilişkin Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının ele alınmasıyla yetinilecektir.

AY m. 56'da herkesin dengeli ve sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı ile AY m. 172'de tüketicinin korunması, devletin sağlamakla yükümlü olduğu amaçlar olarak kabul edilmiştir. Bunlar, devletin sosyal ve ekonomik politikasını yansıtan amaçlardır. Bu amaçları gerçekleştirmek için Türk hukukunda ürünlerin güvenliği, imali ve hazırlanma şartlarına ilişkin olarak, Türkiye'de piyasaya sürülecek tüm ürünler bakımından uygulanacak kurallar bulunmaktadır¹⁶⁰⁶. Bu kurallar, bireysel olarak tüketicinin korunması amacını aşarak, toplumun genelinin sağlığı ve güvenliğini koruma görevi üstlenmektedir. Devletin üstün ekonomik ve sosyal çıkarlarını gözetmektedir. Bu sebeple, uygulama alanlarına giren konuda, yabancı hukukun uygulanması mümkün değildir¹⁶⁰⁷. Bu kurallar, yabancı bir ülkede üretilmiş olmasına karşın, Türkiye'de piyasaya sürülecek tüm ürünler bakımından

¹⁶⁰² Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar**, s. 104-105.

¹⁶⁰³ Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar**, s. 113; Güngör, **Tüketici**, s. 176; Öztekin Gelgel, **Tüketici Akitleri**, s. 85, 86-87; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğu**, s. 191.

¹⁶⁰⁴ Alman hukukunda, tıbbi ürünlerin yol açacağı zararlara ilişkin Kanun'daki (*Arzneimittelgesetz*) bazı hükümlerin, doğrudan uygulanan kural olarak değerlendirildiği hakkında bkz. Jan von Hein, "Article 16- Overriding Mandatory Rules, **Rome Regulations, Commentary on the European Rules of the Conflict of Laws**, Ed. Gralf-Peter Calliess, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Law International, 2011, (Article 16), s. 566).

Topluluk hukukunda 85/374 sayılı Yönerge'deki hükümlerin doğrudan uygulanan kural olarak yorumlanabileceği hakkında ve bu konudaki tartışmalar için bkz. Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 448.

¹⁶⁰⁵ Xu, **a.g.e.**, s. 86.

¹⁶⁰⁶ Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar**, s. 136; Demir Gökyayla, **Tek Satıcılık**, s. 417.

¹⁶⁰⁷ Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar**, s. 113, 136; Demir Gökyayla, **Tek Satıcılık**, s. 417.

bağlayıcıdır. Uyuşmazlığa yabancı bir hukuk uygulansa bile ürünlerini Türkiye’de piyasaya sürecek her imalatçı ve dağıtıcı, bu kurallara uygun davranmakla yükümlüdür.

Bu nitelikteki kuralların bir kısmına, 6502 sayılı TKHK’da yer verilmiştir¹⁶⁰⁸. Buna göre,

- TKHK m. 10, f. 3 uyarınca imalatçı ve ithalatçının, piyasaya sürülen malın ayıplı olduğu konusunda tüketiciyi bilgilendirmesi ve teknik düzenlemelere uygun olmayan ürünlerin hiçbir şekilde piyasaya sürülemeyeceği düzenlenmiştir.
- TKHK m. 54’te ürünlerin etiketlerinde yer alması gereken bilgiler öngörülmüştür.
- TKHK m. 55’te Türkiye’de piyasaya sürülecek mallar için tanıtma ve kullanma kılavuzu hazırlama yükümlülüğü öngörülmüştür. Kişinin sağlığı ile çevreye zararlı olabilecek ürünlerin güvenli kullanılabilmesi için, bu durumla ilgili açıklayıcı bilgilere yer verilmesi zorunlu tutulmuştur. İmalatçı ve ithalatçı, Türkçe kullanım kılavuzu hazırlama zorundadır. TKHK m. 55’e aykırı davranan imalatçı ile ithalatçılar, idari para cezası ile sorumlu tutulmuştur (TKHK m. 77, f. 6). Bu konuda hazırlanan, Tanıtma ve Kullanma Kılavuzu Yönetmeliği’nde¹⁶⁰⁹ doğrudan uygulanan kural niteliğine sahip, ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir.
- TKHK m. 56 uyarınca üretilen veya ithal edilen mallar açısından imalatçı ve ithalatçının zorunlu garanti yükümlülüğü söz konusudur. Aykırılık halinde idari para cezası öngörülmüştür (TKHK m. 77, f. 6). Bu konu hakkında çıkarılan Garanti Belgesi Yönetmeliği’nde¹⁶¹⁰ zorunlu garanti taahhüdüne ilişkin esaslar ayrıca düzenlenmiştir.
- TKHK m. 61, f. 3’te tüketiciyi aldatıcı, can ve mal güvenliğini tehlikeye düşürücü, kamu sağlığını bozucu reklamların yapılamayacağı düzenlenmiştir.

¹⁶⁰⁸ TKHK m. 1-2 uyarınca söz konusu Kanun’un, kamu yararına uygun olarak tüketicinin sağlık ve güvenliği ile ekonomik çıkarlarını koruyucu, her türlü tüketici işlemi ile tüketiciye yönelik uygulamalarda uygulanacağı hakkında bkz. Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar**, s. 114; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğu**, s. 192; Güngör, **Tüketici**, s. 177-178; Öztekin Gelgel, **Tüketici Akitleri**, s. 86; Tiryakioğlu, **Rekabet**, s. 31.

¹⁶⁰⁹ RG. 13.6.2014-29029.

¹⁶¹⁰ RG. 13.6.2014-29029.

Ayrıca Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği¹⁶¹¹ de devletin, tüketici ve ekonomi politikasına ilişkin belirli hükümler içermektedir.

- TKHK m. 74'te üretimin veya satışın durdurulması ile malın toplatılması düzenlenmiştir. Bu yükümlülüğe aykırı davranan imalatçı ile ithalatçılar, idari para cezası ile sorumlu tutulmuştur (TKHK m. 77, f. 14).
- Yine toplumun geneliğinin sağlığı ve güvenliği açısından TKHK m. 79 uyarınca yiyecek taklidi ürünlerin, üretimi, pazarlanması, ithalat ve ihracatı yasaklanmıştır.

Ayrıca Türkiye'de imal edilecek ve burada piyasaya sürülecek tüm ürünlerin, toplum sağlığı ve güvenliği ile birlikte tüketici ve çevrenin korunması açısından asgari güvenlik koşullarını karşılaması gerekir. Bunu sağlamak amacıyla ürün güvenliği ve teknik düzenlemeler mevzuatı öngörülmüştür¹⁶¹². Bu mevzuatın bir parçası olan 4703 sayılı Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun ve uygulama yönetmeliklerinde Türkiye'de piyasaya sürülecek ürünlerin asgari güvenlik koşullarını karşılaması amacıyla öngörülen kurallar, yabancı ülkede bulunan imalatçılar için de bağlayıcıdır. Türkiye'de piyasaya sürülecek tüm ürünler, bu kurallara uygun olmalıdır.

4703 sayılı Kanun'un ürünlerin teknik düzenlemelerine ilişkin 4. maddesi; ürünlerin piyasaya sürülmesinde imalatçı ve dağıtıcıların yükümlülükleri hakkındaki 5. maddesi; ürünlerin piyasaya sürülmesinin yasaklanması, toplatılması ve bertarafını öngören 11. maddesi, Türkiye'de piyasaya sürülecek tüm ürünler açısından uyulması zorunlu kurallardır. Bu kurallara aykırılık halinde Kanun'un 12. maddesinde cezai yaptırımlar da düzenlenmiştir.

Türkiye'de bir ürünün piyasaya sürülmesi, dağıtımı ve piyasada bulunması aşamasında ilgili teknik düzenlemeye uygun üretilip üretilmediği, güvenli olup olmadığının denetlenmesi amacıyla piyasa gözetimi ve denetimi de söz konusudur¹⁶¹³. Ürünlerin Piyasa Gözetimi ve Denetimine Dair Yönetmelik¹⁶¹⁴ ile

¹⁶¹¹ RG. 10.1.2015-29232.

¹⁶¹² Ürün güvenliği ve teknik düzenleme mevzuatında yer alan yasal düzenlemeler için bkz. <http://www.ekonomi.gov.tr> (erişim tarihi: 21.2.2015).

¹⁶¹³ Piyasa gözetimi ve denetimi, Ekonomi Bakanlığı koordinatörlüğünde, diğer bakanlık ve kurumlarla işbirliği içinde yürütülmektedir. Piyasa gözetimi ve denetimi hakkında genel bilgi için bkz. <http://www.ekonomi.gov.tr> (erişim tarihi: 21.2.2015).

Bakanlıkların faaliyet alanlarına giren konularda yayımladıkları piyasa gözetim ve denetim yönetmelikleri bulunmaktadır. Örneğin, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Piyasa Gözetimi ve Denetimi Yönetmeliği'nde¹⁶¹⁵ Türkiye'de piyasaya sürülecek ürünlerin teknik düzenlemelerini, güvensiz ürünlerin piyasaya sürülmesinin yasaklanması ve piyasada bulunanların toplatılması, ürünlerin izlenebilirliğinin sağlanması açısından düzenlemeler öngörülmüştür. Yönetmelik m. 5, m. 11, m. 12, m. 17 ile m. 18 hükümlerinde yer alan kurallara yabancı ülkede bulunan imalatçılar da uymak zorundadır.

Benzer şekilde, ithalat ve ihracatta ürünlerin tabi olacağı teknik düzenlemeler ve standartlar hakkındaki Teknik Düzenlemeler ve Standardizasyon Rejimi Kararı¹⁶¹⁶; Dış Ticarete Teknik Düzenlemeler ve Standardizasyon Yönetmeliği¹⁶¹⁷ ile Ürün Güvenliği ve Denetimi Tebliği¹⁶¹⁸, yabancı ülkede bulunan imalatçıların uyması zorunlu kurallar öngörmektedir.

Son olarak, çalışmanın ilk bölümünde incelenen Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu Taslağı m. 7, f. 4'te imalatçının sorumluluğunu kaldıran veya sınırlandırılan anlaşmaların geçersiz olacağı düzenlenmiştir. Taslağın kabul edilerek, yürürlüğe girmesi halinde söz konusu hükmün, doğrudan uygulanan kural olarak değerlendirilebileceği kanısındayız¹⁶¹⁹. Zira burada, zarar görenin etkin bir şekilde korunmasını sağlamak amacıyla, devletin tüketici hukuku politikasını belirleyen, kamusal menfaatlerin korunmasını amaçlayan bir düzenleme söz konusudur.

C) Uygulanacak Hukukun Doğrudan Uygulanan Kuralları

Uyuşmazlığın esasına uygulanan hukuk, tüm emredici ve yedek hukuk kurallarıyla birlikte bir bütün olarak uygulanır¹⁶²⁰. Bu sebeple, esasa uygulanan

¹⁶¹⁴ RG. 17.1.2002-24643 ve Ürünlerin Piyasa Gözetimi ve Denetimi Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik (RG. 27.6.2013-28690).

¹⁶¹⁵ RG. 12.6.2014-29028.

¹⁶¹⁶ RG. 22.2.2013-28567

¹⁶¹⁷ RG. 31.12.2003-25333.

¹⁶¹⁸ Her yıl yayımlanan söz konusu Tebliğler'de farklı ürün çeşitlerine göre ürünlerin ithalatında uyulacak kurallar ile birlikte bazı ülkelerden ithal edilen ürünlerin radyasyon kontrolü gibi kurallar yer almaktadır. Söz konusu Tebliğler için bkz. <http://www.ekonomi.gov.tr> (erişim tarihi: 21.2.2015).

¹⁶¹⁹ Topluluk hukukunda 85/374 sayılı Yönerge'nin 12. maddesinde yer alan benzer yöndeki hükmün, doğrudan uygulanan kural olarak değerlendirilmesi hakkında bkz. Plender/Wilderspin, **a.g.e.**, s. 592.

¹⁶²⁰ Bu prensip, İsv. MÖHK m. 13'te açık bir hükümle düzenlenmiştir. MÖHUK'ta bu yönde bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak MÖHUK m. 2'den hareketle aynı sonuca varılacaktır (Sargın, **a.g.e.**, s. 248; Doğan, **a.g.e.**, s. 233; Erkan, **a.g.e.**, s. 95).

hukukta yer alan doğrudan uygulanan kurallar da o hukukun bir parçası olarak uygulanırlar¹⁶²¹.

Uyuşmazlığa yabancı bir hukuk uygulandığı takdirde yabancı hukuktaki hangi kuralların doğrudan uygulanan kural niteliği taşıdığı, o kuralı koyan hukuka göre belirlenecektir¹⁶²². Dolayısıyla burada *lex fori* vasıflandırmaya başvurulmayacaktır.

Yabancı hukuktaki doğrudan uygulanan kuralların uygulanmasının sınırı, *for*'un kamu düzenidir¹⁶²³. Hakimin hukukunun kamu düzenine açıkça aykırı bir sonuç doğuracak olan yetkili yabancı hukuktaki doğrudan uygulanan kural, kamu düzeni müdahalesiyle bertaraf edilecektir.

Bu bağlamda MÖHUK uyarınca imalatçının sorumluluğuna uygulanacak hukukta yer alan doğrudan uygulanan kurallar, o hukuktaki diğer kurallarla birlikte uygulanacaktır. İmalatçının sorumluluğuna uygulanan yabancı hukuktaki doğrudan uygulanan kuralların yaratacağı sonuç, Türk kamu düzenine aykırı olduğu takdirde MÖHUK m. 5 müdahale edecektir. Özellikle yabancı hukukun doğrudan uygulanan kuralları ile ortaya koyduğu amaç ve politikaların, Türk devletinin imalatçının sorumluluğu ve tüketicinin korunması alanında izlediği politika ve çıkarlara açıkça aykırı olması halinde, kamu düzeni müdahalesi gündeme gelecektir¹⁶²⁴.

¹⁶²¹ Bonomi, **Mandatory Rules**, s. 234; Vischer, **a.g.e.**, s. 167; Pocar, **a.g.e.**, s. 401; Dickinson, **a.g.e.**, s. 636; Gómez, **a.g.e.**, s. 306; Nomer, **a.g.e.**, s. 327; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 381; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 398; Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar**, s. 53-54; Özdemir Kocasakal, **MÖHUK m. 24**, s. 72-73; Sargın, **a.g.e.**, s. 248; Tiryakioğlu, **Taşınır Mallar**, s. 79; Tiryakioğlu, **Rekabet**, s. 34; Turhan, **Yabancı Para Kayıtları**, s. 208; Doğan, **a.g.e.**, s. 233; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 288, par. 295; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 323, 335; Erdem, **Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri**, s. 103; Tanrıbilir, **Ürün Sorumluluğu**, s. 191; Elçin, **a.g.e.**, s. 179; Erkan, **a.g.e.**, s. 85, dn. 22; Tarman, **İş Sözleşmeleri**, s. 542; Tarman, **Akdi Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi**, s. 164; Kösoğlu, **a.g.e.**, s. 157; Demirkol, **a.g.e.**, s. 22.

Bu noktada yetkili yabancı hukukta yer alan doğrudan uygulanan kuralların kamu hukuku kuralı olması halinde uygulanıp uygulanmayacağı sorusu doğmaktadır. Kamu hukuku kuralı olmasının, onların uygulanmasını engellemeyeceği ve doğrudan uygulanan kural niteliğine sahip kamu hukuku kurallarının, özel hukuk alanına dahil bir ilişkiyi düzenlemesi söz konusu olduğunda bunların uygulanacağı hakkında bkz. Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar**, s. 36-43; Sargın, **a.g.e.**, s. 250; Erkan, **a.g.e.**, s. 91; Demir Gökyayla, **Tek Satıcılık**, s. 407.

¹⁶²² Rigaux/Fallon, **a.g.e.**, s. 141; Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar**, s. 69; Ekşi, **Roma Konvansiyonu**, s. 161-162; Öztekin Gelgel, **Tüketici Akitleri**, s. 86; Demir Gökyayla, **Tek Satıcılık**, s. 408; Elçin, **a.g.e.**, s. 177, 179; Erkan, **a.g.e.**, s. 111.

¹⁶²³ Nomer, **a.g.e.**, s. 327; Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar**, s. 54, 89; Özdemir Kocasakal, **MÖHUK m. 24**, s. 72; Doğan, **a.g.e.**, s. 234; Demir Gökyayla, **Tek Satıcılık**, s. 409; Elçin, **a.g.e.**, s. 177.

¹⁶²⁴ Yetkili yabancı hukuktaki doğrudan uygulanan kurallara, Türk kamu düzeninin müdahalesi ve

C) Üçüncü Bir Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları

1) Üçüncü Bir Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarına Etki Tanınması

Hakimin hukuku ve uyuşmazlığın esasına uygulanan hukuk dışında üçüncü bir devletin hukukunda yer alan doğrudan uygulanan kuralların, belirli şartlarda dikkate alınması mümkündür. Özellikle sözleşmeler alanında sözleşme ile ilişkili üçüncü bir devletin, sözleşmenin geçerliliği veya ifasına ilişkin doğrudan uygulanan kurallarının dikkate alınmasında önemli menfaatler bulunduğu belirtilerek, bu kurallara etki tanınması kabul edilmektedir¹⁶²⁵. Nitekim sözleşmelere uygulanacak hukuk açısından Roma I Tüzüğü m. 19, f. 3 ile MÖHUK m. 31’de üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınması açıkça düzenlenmiştir¹⁶²⁶.

Dikkat edilirse üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının “*uygulanması*” değil; bunlara “*etki tanınması*” ya da bunların “*dikkate alınması*” söz konusudur. Bir kurala etki tanınması onun, diğer bir hukuk kuralının uygulanması için gereken fiili bir unsur -vakıa- olarak kabul edilmesidir¹⁶²⁷. Bu sebeple, bir kurala etki tanınmasının sonuçları, uyuşmazlığın esasına uygulanan hukuka göre belirlenecektir.

Sözleşmelere kıyasla haksız fiilden doğan borç ilişkilerinde, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınmasına daha mesafeli yaklaşılmıştır¹⁶²⁸. Roma II Tüzüğü’nün hazırlık çalışmalarında sözleşme dışı borç ilişkisi ile sıkı ilişkili olan üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabileceği yönündeki genel düzenlemeye, yasallaşmış Tüzük metninde yer verilmemiştir¹⁶²⁹.

kamu düzeni anlayışının yorumlanması hakkında bkz. Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar**, s. 54, 89-91.

¹⁶²⁵ Sözleşmeler alanında üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının dikkate alınmasına yol açan sebepler hakkında bkz. Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar**, s. 56-57; Özdemir Kocasakal, **MÖHUK m. 24**, s. 73-74; Nomer, **a.g.e.**, s. 329-330; Sargın, **a.g.e.**, s. 252-254; Demir Gökyayla, **Tek Satıcılık**, s. 407; Elçin, **a.g.e.**, s. 179-181.

¹⁶²⁶ MÖHUK m. 31 ile Roma I Tüzüğü m. 9, f. 3 hükümlerinin karşılaştırılması için Özdemir Kocasakal, **MÖHUK m. 24**, s. 79-86; Erkan, **a.g.e.**, s. 108-109, 113; Kösoğlu, **a.g.e.**, s. 170-171.

¹⁶²⁷ Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar**, s. 74; Özdemir Kocasakal, **MÖHUK m. 24**, s. 75-76; Nomer, **a.g.e.**, s. 327-330; Demir Gökyayla, **Tek Satıcılık**, s. 410; farklı bkz. Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 286, par. 294.

¹⁶²⁸ Boskovic, **Domaine de la loi applicable**, s. 193.

Bunun bir sebebinin de sözleşmelere kıyasla haksız fiilden doğan borç ilişkilerinde üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kurallarının dikkate alınacağı hallerin daha az söz konusu olması gösterilmektedir (Boskovic, **Domaine de la loi applicable**, s. 193).

¹⁶²⁹ GEDIP tarafından hazırlanan 1997 tarihli Sözleşme Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk

MÖHUK'ta da haksız fiilden doğan borç ilişkilerinde üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabileceğini düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır.

İsviçre hukukunda ise üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınması, İsv. MÖHK m. 19'da düzenlenmiştir. Hükümde yabancılık unsuru içeren tüm hukuki ilişki ve olayları kapsayacak şekilde üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabileceği kabul edilmiştir. Dolayısıyla bu hüküm, MÖHUK m. 31'den farklı olarak yalnızca sözleşmeden doğan borç ilişkilerine özgü değildir¹⁶³⁰.

2) Sorumluluğa Yol Açan Olayın Meydana Geldiği Yerdeki Kurallara Etki Tanınması

a) Genel Olarak

İmalatçının Sözleşme Dışı Sorumluluğu Hakkında La Haye Sözleşmesi m. 9'da ürünün piyasaya sürüldüğü yerde yürürlükte olan güvenlik kurallarının dikkate

Konusunda Avrupa Konvansiyonu Önerisi'nin 9. maddesinde üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınması düzenlenmişti. Bu düzenleme, Roma I Konvansiyonu m. 7, f. 1 ile paraleldi. Konavsiyon önerisini hazırlayanlar her ne kadar haksız fiilden kaynaklanan borç ilişkilerinde sözleşmelere kıyasla üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınmasının daha nadir söz konusu olacağını kabul etse de bu yönde bir kurala yer verilmesine ihtiyaç bulunduğunu belirtmekteydi. Bunun, zarar verenin sorumluluğunun takdirinde gerekli olacağı kabul edilmekteydi. Konvansiyon önerisindeki bu yöndeki açıklamalar için bkz. Fallon/Lagarde, **a.g.e.**, s. 6. Buna karşılık, 2002 yılında hazırlanan Sözleşme Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Tüzük Taslağı'nda üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kuralları hakkında bir düzenlemeye yer verilmemişti. Taslak'ta bu konuya hiç yer verilmemiş olması bir eksiklik olarak görülmüştü (Hamburg Grubu Rapor, s. 46).

Bunun üzerine, 2003 tarihli Tüzük Teklifi m. 12, f. 1 ile 2006 tarihli Tüzük Teklifi m. 13, f. 2 hükümlerinde sözleşme dışı borç ilişkisi ile sıkı ilişkili olan üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabileceği açıkça düzenlenmişti. Ancak söz konusu düzenleme, birçok AB üyesi ülke tarafından eleştirilmişti (Dickinson, **a.g.e.**, s. 637).

Bunun sonucunda 2006 tarihli Değiştirilmiş Tüzük Teklifi'nde bu düzenleme kaldırılmıştı. Konsey, doğrudan uygulanan kurallar konusunun sadeleştirilmesi gerektiğini; sorumluluğa yol açan olayın meydana geldiği yerdeki güvenlik ve davranış kurallarının dikkate alınacağını düzenleyen Tüzük Teklifi'ndeki hükmün, bu konuda yeterli çözümü sağladığını; bu sebeple, ayrıca bir düzenlemenin öngörülmesinde Topluluğun korunmaya değer bir menfaatinin bulunmadığını ifade etmiştir (JO, CE/2006/289/68). Ayrıca bu konuda bkz. Dickinson, **a.g.e.**, s. 637; von Hein, **Article 16**, s. 567-568; Boskovic, **Domaine de la loi applicable**, s. 193.

Buna rağmen haksız fiilden kaynaklanan uyuşmazlıklarda üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının dikkate alınmasının, milletlerarası karar ahengine hizmet edeceği; bu sebeple, konuya ilişkin açık düzenlemelerin öngörülmesine ihtiyaç bulunduğu doktrinde ifade edilmektedir. Bu görüşte bkz. Gómez, **a.g.e.**, s. 306. Ayrıca bu konudaki diğer görüşler için bkz. von Hein, **Article 16**, s. 567, dn. 65'te belirtilen yazarlar.

¹⁶³⁰ Xu, **a.g.e.**, s. 77; Doğan, **a.g.e.**, s. 191; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 285, par. 294, dn. 399; Erkan, **a.g.e.**, s. 84-85; Tarman, **Akdi Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi**, s. 164, dn. 82.

alınacağı düzenlenmiştir¹⁶³¹. Benzer bir hüküm İsviçre hukukunda, tüm haksız fiiller bakımından öngörülerek, haksız fiilin işlendiği yerdeki davranış kuralları ve güvenlik standartlarının dikkate alınacağı belirtilmiştir (İsv. MÖHK m. 142, f. 2). Roma II Tüzüğü m. 17’de de sorumlu olduğu ileri sürülen kişinin davranışının değerlendirilmesinde, gerekli görüldüğü takdirde sorumluluğa yol açan olayın gerçekleştiği yer ve andaki güvenlik ve davranış kurallarının dikkate alınacağı öngörülmüştür¹⁶³².

Bu düzenlemelerin amacı, zarar veren ile zarar gören arasındaki menfaat dengesini sağlamaktır¹⁶³³. Öte yandan, sorumluluğa yol açan yerdeki kuralların dikkate alınmasının, esasa uygulanan hukuktaki maddi kuralların, milletlerarası nitelikteki uyuşmazlıklara uygun çözümler sunmasına da yol açtığı belirtilmektedir¹⁶³⁴.

Burada haksız fiilin işlendiği yerdeki kuralların uygulanması değil; gerekli görüldüğü takdirde uygulanacak hukuk kapsamında bu kurallara etki tanınması söz konusudur¹⁶³⁵. Dolayısıyla zarar verenin bu kurallara uymamasının sonuçları,

¹⁶³¹ Söz konusu düzenlemenin, 1971 tarihli Trafik Kazalarına Uygulanacak Hukuk Hakkında La Haye Sözleşmesi m. 7’den esinlenilerek öngörüldüğü hakkında bkz. Reese, **Explanatory Report**, s. 269; Fallon **a.g.e.**, s. 249; Fawcett, **a.g.e.**, s. 144-145; Özel, **Uygulanacak Hukuk**, s. 916).

¹⁶³² Tüzük m. 17’deki hükmün, Trafik kazalarına Uygulanacak Hukuk Hakkında La Haye Sözleşmesi ile İmalatçının Sorumluluğuna Uygulanacak Hukuk Hakkında La Haye Sözleşmesi’nden esinlenilerek hazırlandığı hakkında bkz. Loquin, **a.g.e.**, s. 43; Dickinson, **a.g.e.**, s. 638-639; Plender/Wilderspin, **a.g.e.**, s. 540; Boskovic, **Domaine de la loi applicable**, s. 194; Symeonides, **Rome II**, s. 211.

¹⁶³³ Jan von Hein, “Article 17- Rules of Safety and Conduct”, **Rome Regulations, Commentary on the European Rules of the Conflict of Laws**, Ed. Gralf-Peter Calliess, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Law International, 2011, (Article 17), s. 570-571; Bucher, **Actes illicites**, s. 124; Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s. 855; Plender/Wilderspin, **a.g.e.**, s. 540, 596; Fuchs, **Art. 7 Rome II**, s. 218; Tüzük Başlangıç Bölümü par. 34.

Bununla birlikte Roma II Tüzüğü m. 17 hükmünün, zarar verenin menfaatini koruyan, tek yanlı bir düzenleme olduğu ileri sürülmüştür (Symeon C. Symeonides, “The American Revolution and the European Evolution in Choice-of-law: Reciprocal Lessons”, **Tul. L. Rev.**, 2008, (Reciprocal Lessons), s. 1758; Symeonides, **Centrist Critique**, s. 164). Ancak bu görüş doktrinde eleştirilerek, Tüzük m. 17’nin yalnızca zarar verenin menfaatini korumayı amaçlamadığı, aksine taraf menfaatleri arasında denge kurmaya çalıştığı savunulmuştur (Plender/Wilderspin, **a.g.e.**, s. 597). Ayrıca her ne kadar Tüzük m. 17’de yalnızca zarar verenden bahsedilse de zarar gören bakımından da benzer bir değerlendirmenin yapılabileceği belirtilmektedir (Dickinson, **a.g.e.**, s. 641). Özellikle, zarar görenin müterafik kusurunun bulunup bulunmadığının incelenmesinde bu yönde bir değerlendirmenin yapılabileceği yönünde bkz. Dickinson, **a.g.e.**, s. 641.

¹⁶³⁴ Gómez, **a.g.e.**, s. 307.

¹⁶³⁵ Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s. 855; Plender/Wilderspin, **a.g.e.**, s. 594-596; Dickinson, **a.g.e.**, s. 639-640; Loquin, **a.g.e.**, s. 43; Brière, **Rome II**, s. 57; Boskovic, **Domaine de la loi applicable**, s. 194; Bogdan, **a.g.e.**, s. 227; Stone, **Rome II**, s. 103; Fuchs, **Art. 7 Rome II**, s. 218; von Hein, **Article 17**, s. 571; von Hein, **Article 7 Rome II**, s. 479; Bucher, **Actes illicites**, s. 124; Imhoff-Scheier/Patochhi, **a.g.e.**, s. 98; Xu, **a.g.e.**, s. 93; Roma II Tüzüğü Açıklayıcı Rapor, s. 25; karşı. Fawcett, **a.g.e.**, s. 145; Symeonides, **Rome II**, s. 212-213; Symeonides, **Centrist Critique**, s. 162-164; Tarman, **Devletler Özel İmalatçı**, s. 34.

uyuşmazlığın esasına uygulanan hukuka göre belirlenecektir¹⁶³⁶. Sorumluluğu doğuran olayın meydana geldiği yerdeki kuralların fiili bir unsur olarak dikkate alınması, zarar verenin kusur derecesi; dürüstlük kuralına uygun davranıp davranmadığı ya da tazminat miktarının belirlenmesinde indirim sebebi olarak dikkate alınması anlamını taşır¹⁶³⁷.

Öte yandan bu kurallara etki tanınması zorunlu değildir. Roma II Tüzüğü m. 17’de “*gerekli görüldüğü takdirde*” diye belirtilmesi de bunu ifade etmektedir. Buna göre somut olayın özellikleri uyarınca hakim, bu kurallara etki tanıyıp tanımamak konusunda takdir hakkına sahiptir¹⁶³⁸.

Hakim takdir hakkını kullanırken, bu kuralların amacını, niteliğini ve içeriğini dikkate alarak, somut olayın özellikleri çerçevesinde kurala etki tanınıp tanınmamasından doğacak sonuçlar ve korumakla yükümlü olduğu *for* devletinin çıkarları çerçevesinde bir değerlendirmede bulunmalıdır¹⁶³⁹.

Sorumluluğa yol açan olayın meydana geldiği ülke hukukundaki etki tanınacak kuralların, belirli bir konuda asgari güvenlik ve davranış standardı öngören kurallar olduğu belirtilmektedir¹⁶⁴⁰. Kural kavramı, geniş yorumlanmaktadır¹⁶⁴¹ ve kanunlar, tüzükler, yönetmelikler, tebliğler ile yerel yönetimlerin kararlarını da kapsadığı kabul edilmektedir¹⁶⁴².

Bu kurallar hakkında en klasik örnek, trafik kazalarından doğan sorumluluk konusunda verilmektedir. Buna göre iki Fransız vatandaşı arasında İngiltere’de meydana gelen ve Roma II Tüzüğü m. 4 uyarınca Fransız hukukunun uygulandığı bir trafik kazasından kaynaklanan uyuşmazlıkta, kazaya yol açan kişinin sorumluluğunun değerlendirilmesinde, İngiltere’de trafiğin soldan akmasının dikkate alınacağı belirtilmektedir (Hamburg Grubu Rapor, s. 47; Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s. 855; Stone, **Rome II**, s. 104).

¹⁶³⁶ Bucher, **Actes illicites**, s. 124; Imhoff-Scheier/Patochhi, **a.g.e.**, s. 98; von Hein, **Article 17**, s. 571; Légier, **a.g.e.**, s. 3; Sarıöz, **a.g.e.**, s. 109-110.

¹⁶³⁷ Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s. 855; Dickinson, **a.g.e.**, s. 641; Brière, **Rome II**, s. 57; Bogdan, **a.g.e.**, s. 227-228; Boskovic, **Domaine de la loi applicable**, s. 194; Imhoff-Scheier/Patochhi, **a.g.e.**, s. 96, 98; Gómez, **a.g.e.**, s. 307; Symeonides, **Rome II**, s. 212-213.

¹⁶³⁸ Loquin, **a.g.e.**, s. 43; Bogdan, **a.g.e.**, s. 227-228; Fuchs, **Art. 7 Rome II**, s. 218; Fawcett, **a.g.e.**, s. 145; Reese, **a.g.e.**, s. 269; von Hein, **Article 7 Rome II**, s. 479; Symeonides, **Rome II**, s. 212; Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar**, s. 76; Demir Gökyayla, **Tek Satıcılık**, s. 410; Tarman, **Devletler Özel İmalatçı**, s. 34.

¹⁶³⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar**, s. 70-73.

¹⁶⁴⁰ Imhoff-Scheier/Patochhi, **a.g.e.**, s. 95; Bogdan, **a.g.e.**, s. 227.

¹⁶⁴¹ Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s. 855; Plender/Wilderspin, **a.g.e.**, s. 541, 593; Dickinson, **a.g.e.**, s. 640; Reese, **a.g.e.**, s. 269; Tarman, **Devletler Özel İmalatçı**, s. 34.

¹⁶⁴² Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s. 855; Plender/Wilderspin, **a.g.e.**, s. 593; Dickinson, **a.g.e.**, s. 640; Reese, **a.g.e.**, s. 269; Tarman, **Devletler Özel İmalatçı**, s. 34.

b) İmalatçının Sorumluluğunda “Sorumluluğa Yol Açan Olayın Meydana Geldiği Yerin” Tespiti

İmalatçının sorumluluğunda, fiilin işlendiği yerdeki kurallara etki tanınabilmesi için, öncelikle fiilin nerede işlendiği tespit edilmelidir. La Haye Sözleşmesi m. 9 açısından bu yönde bir problem doğmayacaktır. Zira hükümde, “ürünün piyasaya sürüldüğü yerdeki” kuralların dikkate alınacağı açıkça düzenlenmiştir¹⁶⁴³. İsv. MÖHK m. 142, f. 2 ile Roma II Tüzüğü m. 17’de ise bu yönde bir açıklık bulunmamaktadır.

İsv. MÖHK’da düzenlenen özel haksız fiil türleri açısından, 142. maddenin 2. fıkrasındaki “fiilin işlendiği yer” ile hangi yerin anlaşılması gerektiğinin, sorunlara yol açacağı belirtilmiştir¹⁶⁴⁴. İmalatçının sorumluluğunda ürünün imal edildiği yer, haksız fiilin işlendiği yer olarak yorumlandığından¹⁶⁴⁵, İsv. MÖHK m. 142, f. 2 açısından imalat yerinin esas alınacağı sonucuna varılabilir.

Roma II Tüzüğü m. 17 kapsamında sorumluluğu yol açan olayın gerçekleştiği yerin, “ürünün piyasaya sürüldüğü yer” olarak yorumlanacağı doktrinde ifade edilmektedir¹⁶⁴⁶. Ancak Tüzük m. 17’nin lafzının La Haye Sözleşmesi’ndeki gibi ürünün piyasaya sürüldüğü yer ile sınırlanmadığı belirtilerek, daha geniş bir yorumun yapılabileceği görüşü¹⁶⁴⁷ de ileri sürülmüştür. Bu görüş, sorumluluğa yol açan olayın

GEDIP tarafından hazırlanan 1997 tarihli Sözleşme Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Avrupa Konvansiyonu Önerisi’nin 10. Maddesinde de sorumluğa yol açan olayın meydana geldiği yerdeki kuralların dikkate alınacağı düzenlenmişti. Bu hükme ilişkin Açıklayıcı Rapor’da hükümde kastedilen kuralların daha ziyade kamu hukukuna ait olan ve çoğunlukla cezai bir yaptırımla desteklenmiş kurallar olduğu açıklanmıştır (Fallon/Lagarde, **a.g.e.**, s. 6).

¹⁶⁴³ Sözleşme m. 9 kapsamında ürünün piyasaya sürüldüğü yer açısından zarar verenin, Sözleşme m. 7’deki öngörülebilirlik savunmasından yararlanamayacağı hakkında bkz. Fallon **a.g.e.**, s. 261. Roma II Tüzüğü m. 17 açısından imalatçının sorumluluğundan doğan uzusmazlıklar bakımından aynı yönde bkz. Schmid/Pinkel, **a.g.e.**, s. 573-574.

¹⁶⁴⁴ Fawcett, **a.g.e.**, s. 159.

Genel olarak fiilin işlendiği yerin, alternatif sisteme benzer şekilde, geniş şekilde yorumlanması gerektiği hakkında bkz. Gómez, **a.g.e.**, s. 307.

Roma II Tüzüğü m. 17 kapsamında sorumluluğa yol açan olayın meydana geldiği yerin tespiti hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. von Hein, **Article 17**, s. 579-582.

¹⁶⁴⁵ Bucher, **Actes illicites**, s. 126.

¹⁶⁴⁶ Bu görüşte bkz. Plender/Wilderspin, **a.g.e.**, s. 594; von Hein, **Article 17**, s. 573-574.

Burada ürünün piyasaya sürüldüğü yerin esasa alınmasını gerektiren sebepler hakkında bkz. Plender/Wilderspin, **a.g.e.**, s. 594; von Hein, **Article 17**, s. 574.

Ayrıca imalatçının sorumluluğunda ürünün hatalı olmasına yol açan davranışın yalnızca bir hazırlık hareketi olduğu ve ürünün piyasaya sürülmesiyle birlikte haksız fiilin tamamlandığı görüşünde bkz. Kozyris, **a.g.e.**, s. 500, 509; Illmer, **Art. 31-32 Rome II**, s. 465; Halfmeier/Sonder, **Article 32**, s. 652.

¹⁶⁴⁷ Plender/Wilderspin, **a.g.e.**, s. 540.

meydana geldiği yerin, esasa uygulanan hukuka göre tespit edilmesinin uygun olacağını savunmaktadır¹⁶⁴⁸. Esasa uygulanan hukukta imalatçının sorumluluğunun kusura dayanması halinde, imalat yerinin esas alınması ve buradaki kurallara etki tanınması uygun görülmektedir¹⁶⁴⁹. İmalatçının sorumluluğunun kusursuz sorumluluk olarak öngörülmesi halinde ise ürünün piyasaya sürüldüğü yerin dikkate alınarak, buradaki kurallara etki tanınacağı belirtilmektedir.

Bununla birlikte, ATAD’ın imalatçının sorumluluğuna ilişkin olarak Brüksel I Tüzüğü m. 5, f. 3 hakkında verdiği iki kararda¹⁶⁵⁰, filin işlendiği yer olarak, “*ürünün imal edildiği yeri*” esas aldığını yukarıda belirtmiştik¹⁶⁵¹. ATAD’ın bu kararları çerçevesinde, Tüzük m. 17 uyarınca ürünün imal edildiği yerdeki kurallara etki tanınacağı sonucuna varılabilecektir.

c) MÖHUK Açısından Değerlendirmemiz

Haksız fiilden doğan borç ilişkilerinde, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının dikkate alınması hakkında MÖHUK’ta bir düzenleme bulunmamaktadır. MÖHUK m. 31’deki düzenleme, yalnızca sözleşmeden doğan borç ilişkileri hakkındadır¹⁶⁵². Buradan yola çıkan doktrindeki bir görüş¹⁶⁵³, üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının, sözleşmeden doğan borç ilişkileri dışında dikkate alınamayacağını ifade etmektedir. Ayrıca yukarıda incelenen, Roma II Tüzüğü m. 17; La Haye Sözleşmesi m. 9 ve İsv. MÖHK m. 142, f. 2 hükümlerine benzer bir düzenleme de MÖHUK’ta öngörülmemiştir.

Biz, haksız fiiller bakımından üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan

¹⁶⁴⁸ Hatta genel olarak Tüzük m. 17’nin kusura dayanan sorumlulukta önemli bir işlev taşıyacağı; kusursuz sorumluluk hallerinde uygulanmasının oldukça sınırlı kalacağı belirtilmektedir (Loquin, **a.g.e.**, s. 43; Dickinson, **a.g.e.**, s. 641).

¹⁶⁴⁹ Plender/Wilderspin, **a.g.e.**, s. 594.

¹⁶⁵⁰ ATAD, *Zuid-Chemie BV / Philippo’s Mineralenfabriek NV/SA*, 16.7.2009, C-189/08, par. 27-29, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=72472&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=96011> (erişim tarihi: 15.3.2014); ATAD, *Andreas Kainz / Pantherwerke AG.*, 16.1.2014, C-45/13, par. 26-29, <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62013CJ0045&lang1=en&lang2=NL&type=NOT&ancre=> (erişim tarihi: 15.3.2014).

¹⁶⁵¹ Bu konuda bkz. yuk. “Bağlama Kurallarının Zaman Bakımından Uygulama Alanı” başlıklı bölüm (İkinci Bölüm, VI, D).

¹⁶⁵² Doktrinde MÖHUK m. 31 kapsamında üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanımak ile bu kuralları uygulamanın aynı anlama geldiği yönündeki görüş için bkz. Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 286, par. 294.

¹⁶⁵³ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 285, par. 294.

kuralları hakkında MÖHUK'ta bir düzenleme bulunmamasının yegane sonucunun, MÖHUK m. 2 gereği hakimın esasa uygulanan hukuk dışındaki hukukların doğrudan uygulanan kurallarını, bir hukuk kuralı olarak uygulayamaması olacağını düşünmekteyiz.

Buna karşılık üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının, haksız fiilden doğan uyuşmazlıklarda fiili bir unsur olarak dikkate alınabilmesinin mümkün olduğu kanısındayız¹⁶⁵⁴. Bunun için, MÖHUK'ta bu konuda bir hüküm bulunmasına da ihtiyaç bulunmadığını düşünmekteyiz¹⁶⁵⁵. Zira burada hakim, üçüncü devletin hukukunu uygulamamakta; kanunlar ihtilafı kuralının gösterdiği hukuku uygulamaktadır. Üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının, uygulanacak hukuk çerçevesinde fiili bir unsur olarak dikkate alınmasının önünde ise bir engel bulunmamaktadır.

Bu sebeple, haksız fiilden kaynaklanan diğer uyuşmazlıklar gibi imalatçının sorumluluğunda da üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınmasının; bu çerçevede, haksız fiilin işlendiği yerdeki güvenlik ve davranış kurallarının dikkate alınmasının mümkün olduğunu düşünmekteyiz.

İmalatçının sorumluluğu açısından meseleyi değerlendirdiğimizde burada, uyuşmazlıkla yakın ve gerçek bir bağlantıya sahip olan¹⁶⁵⁶ üçüncü bir ülkenin doğrudan uygulanan kurallarının, uygulanacak hukuk kapsamında dikkate alınması

¹⁶⁵⁴ Üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınması hakkında genel bir düzenlemeye yer vermeyen Roma II Tüzüğü açısından bu yönde bkz. von Hein, **Article 16**, s. 568.

Bu görüşteki yazar, Tüzük'te bu konuda bir düzenleme öngörülmemiş olmasının, haksız fiilden doğan uyuşmazlıklarda üye devlet mahkemelerinin üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınmayacağı anlamı taşımadığını; bu şekilde mekanik bir yorum yapılamayacağını belirtmektedir. Aksinin kabulünün, istenmeyen sonuçlara yol açacağını ifade etmektedir. Bu açıdan Roma II Tüzüğü'nün bu konuda sessiz kalmasının, ileride doktrin ve içtihatlarla meydana gelecek gelişmelere bağlı olarak meselenin açık bırakılması anlamı taşıdığını ileri sürmektedir. Bu görüş için bkz. von Hein, **Article 16**, s. 567-568.

¹⁶⁵⁵ Nitekim mülga 2675 sayılı MÖHUK'ta sözleşme ile ilişkili üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kurallarının dikkate alınabileceğini öngören bir düzenleme bulunmamasına karşın hakimın, bu kuralları, sözleşmeye uygulanan hukuk kapsamında fiili bir unsur olarak dikkate alabileceği kabul edilmekteydi. Bu görüşte bkz. Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar**, s. 77; Turhan, **Yabancı Para Kayıtları**, s. 208; Sargın, **a.g.e.**, s. 252-253; benzer yönde bkz. Erkan, **a.g.e.**, s. 97-98.

Benzer bir gerekçeye dayanarak, mevcut durumda MÖHUK m. 31 hükmüne ihtiyaç bulunmadığı da doktrinde ileri sürülmektedir. Bu yönde bkz. Özdemir Kocasakal, **MÖHUK m. 24**, s. 88; Demirkol, **a.g.e.**, s. 23; karş. Erkan, **a.g.e.**, s. 98-99, 104 vd.

¹⁶⁵⁶ Mevcut hukuki ilişki veya olay ile doğrudan uygulanan kuralları uygulanacak ülke arasında belirli bir bağlantının bulunması gerektiği hakkında genel olarak bkz. Nygh, **a.g.e.**, s. 385; Nomer, **a.g.e.**, s. 327 vd.; Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar**, s. 33; Özdemir Kocasakal, **MÖHUK m. 24**, s. 71; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 286, par. 294; Demir Gökyayla, **Tek Satıcılık**, s. 403-404; Demirkol, **a.g.e.**, s. 20.

söz konusu olabilecektir. Bu kapsamda dikkate alınacak kuralların, ürünün imalatının gerçekleştirildiği veya ürünün piyasaya sürüldüğü ülkenin kuralları olacağı kanısındayız. Zira bu ülkeler ile imalatçının sorumluluğundan doğan uyumsuzluk arasında yakın ve gerçek bir bağlantı bulunmaktadır. Buna göre söz konusu ülkelerin, ürün güvenliği ve teknik düzenlemelere ilişkin kurallarına, uygulanacak hukuk kapsamında zarar verenin sorumluluğu takdir edilirken fiili bir unsur olarak etki tanınması mümkün olabilecektir¹⁶⁵⁷.

Ancak, yukarıda da belirtildiği gibi hakimin her koşulda ürünün imal edildiği veya piyasaya sürüldüğü yerdeki ürün güvenliği ve teknik standartlara ilişkin kuralları dikkate alması gibi bir zorunluluktan söz edilemeyecektir. Hakim, somut olayın özelliklerini gözeterek, bu kuralların dikkate alınmamasının daha uygun sonuçlara yol açacağına karar verebilir.

Özellikle, Türk toplumunun ekonomik ve sosyal çıkarlarına zarar verecek sonuçların ortaya çıkması halinde hakimin, bu kuralları dikkate almaması uygun olacaktır. Nitekim Roma II Tüzüğü çerçevesinde, çevre zararları ile birlikte imalatçının sorumluluğu açısından bu kurallara etki tanınmasının, zarar verenin sorumluluktan tamamen kurtulmasına yol açmaması gerektiği belirtilmektedir¹⁶⁵⁸.

Bu açıdan çevre zararları hakkında doktrinde verilen bir örneğin¹⁶⁵⁹, imalatçının sorumluluğuna uyarlanması mümkündür. Buna göre, ürün güvenliği ve teknik standartların düşük olduğu bir ülkede imalatını gerçekleştiren ve üretilen bu ürünleri, farklı adlar veya markalar altında yine bu tip ülkelerde piyasaya süren dünya çapında faaliyet gösteren bir şirket söz konusu olduğunda, bu şirket o

¹⁶⁵⁷ Doktrinde ÖZEL tarafından, İsv. MÖHK m. 142, f. 2 hükmüne benzer bir düzenlemeye MÖHUK'ta yer verilmediği belirtilerek, “iş merkezi Türkiye’de bulunan bir şirket, yabancı ülkede fabrika kurup orada imalat yaparsa, ayıbın gerçekleştiği yerdeki güvenlik standartları ne olursa olsun iş merkezinin bulunduğu Türk hukukuna göre sorumlu olabilecektir” denmiştir (Özel, **Uygulanacak Hukuk**, s. 223). Ayrıca yazar, bu şirketin, “ürettiği malları Türk pazarına sürmese, sadece dış piyasalar için üretse dahi uygulanacak hukuk değişmemektedir” tespitini yapmıştır (Özel, **Uygulanacak Hukuk**, s. 223). Buna göre yazar, imalatın gerçekleştiği veya ürünün piyasaya sürüldüğü yerdeki güvenlik standartlarının uygulanmasından bahsetmemektedir. Bununla birlikte, MÖHUK uyarınca uygulanacak hukuk kapsamında imalatçının sorumluluğu takdir edilirken imalatın gerçekleştiği veya ürünün piyasaya sürüldüğü ülkedeki teknik düzenleme ve kuralların, dikkate alınmasının önünde kanımızca bir engel yoktur. Bu, uygulanacak hukukun, bir diğer ifadeyle imalatçının sorumlu tutulduğu hukukun değişmesi anlamı taşımayacaktır. İmalatçı yine, MÖHUK m. 36 uyarınca belirlenen hukuka göre sorumlu olacaktır.

¹⁶⁵⁸ Boskovic, **Domaine de la loi applicable**, s. 194; Bogdan, **a.g.e.**, s. 228; Symeonides, **Rome II**, s. 213-214.

¹⁶⁵⁹ Bu örnek için bkz. Bogdan, **a.g.e.**, s. 228.

ürünlerin taşıdığı tehlike ve riskler konusunda bilgi sahibidir. Böyle bir ürünü yaptığı seyahat sırasında piyasaya sürüldüğü ülkede iktisap eden bir Türk vatandaşı zarar gördüğü takdirde, imalatçının işyeri hukuku uygulanırken ürünün imal edildiği veya piyasaya sürüldüğü ülkelerdeki ürün güvenliği ve teknik düzenlemelere etki tanınarak, imalatçının tazminat sorumluluğunun azaltılması uygun olmayacaktır.

SONUÇ

İmalatçının sorumluluğuna uygulanacak hukukun ele alındığı bu çalışmada ulaşılan sonuçlar ve bazı düzenleme önerileri, aşağıdaki şekilde özetlenebilir:

(1) İmalatçının sorumluluğu, piyasa sürülmüş güvenlik eksikliği bulunan -hatalı- bir ürün sebebiyle, o ürünü kullananların ve üçüncü kişilerin, vücut bütünlüklerinde ve hatalı ürün dışındaki malvarlıklarında meydana gelen zarar sebebiyle o ürünü piyasaya süren imalatçı ile sürüm zincirinde yer alan kişilerin tazminat sorumluluğudur. Türk hukukunda imalatçının sorumluluğunun düzenlenmesi, bir çok açıdan sorunlu ve tartışmalı bir konu olmuştur. Mevcut duruma bakıldığında, TBK’da imalatçının sorumluluğu düzenlenmemiştir. TBK m. 71’de öngörülen tehlike sorumluluğu, yalnızca imalat faaliyetinin niteliği gereği tehlike arz eden bazı ürünler bakımından uygulanabilecektir. 28.5.2014 tarihinde yürürlüğe giren TKHK’da imalatçının sorumluluğu düzenlenmemiştir. Konunun, Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu Taslağı içerisinde düzenlenmesi arzu edilmiştir. İmalatçının sorumluluğunun bir tüketici hukuku sorunu olarak değerlendirilmeyerek, TKHK dışında düzenlenmek istenmesi, yerinde bir çözümdür. Taslak Kanun kabul edilip, yürürlüğe girene kadar imalatçının sorumluluğu, TBK m. 49 vd. hükümleri uyarınca kusura dayalı haksız fiil sorumluluğu çerçevesinde ele alınacaktır.

(2) İmalatçının sorumluluğunun göze çarpan özelliklerinden birisi, toplum sağlığı ve güvenliğini hiçe sayan imalatçının, cezalandırıcı tazminat (*punitive damages*) ile sorumlu tutulmasıdır. İmalatçının sorumluluğu alanında cezalandırıcı tazminatın uygulanması, Amerikan hukuku ile sınırlı değildir. Söz gelimi Çin hukukunda, imalatçının cezalandırıcı tazminat ile sorumluluğu açıkça düzenlenmiştir. Müşterek hukuk (*common law*) kaynaklı cezalandırıcı tazminat, zarar verenin ağır kusurlu

davranışı sonucunda meydana gelmiş zarar şartına bağlı olarak, zarar vereni cezalandırmak ve ibret vermek amacıyla özel hukuk ile ilgili bir uyuşmazlıkta tazminata ek veya ondan bağımsız olarak öngörülen, zarar miktarını aşan parasal bir yaptırımdır. Öngörüldüğü hukuk sistemlerinde cezalandırıcı tazminat, özel hukuka ilişkin bir yaptırım olarak kabul edilmektedir. Türk hukukunda cezalandırıcı tazminat düzenlenmemiştir. Türk hukuku açısından cezalandırıcı tazminatın, özel hukuk cezası olarak yorumlanması mümkündür. Kıta Avrupası hukukuna hakim tazminat anlayışından farklı olarak cezalandırıcı tazminat, zararın telafisini amaçlamaz. Bu sebeple miktarı, zarar miktarı ile sınırlı değildir. Bununla birlikte fahiş miktarda cezalandırıcı tazminat önlenmeye çalışılmaktadır. İngiliz mahkemelerince AİHS ile güvence altına alınan temel hak ve özgürlükler; Amerikan hukukunda ise Amerikan Anayasası'ndaki *due process* ilkesi, cezalandırıcı tazminat miktarının ölçülü olup olmadığının tespitinde ölçüt olarak kullanılmaktadır.

(3) Günümüzdeki üretim teknikleri ve milletlerarası ticaretin ulaştığı boyut, güvenli olmayan ürünlerin yol açacağı zararları, ülke sınırlarını aşan bir boyuta taşımaktadır. Türkiye'nin ithal ürünlerin çoklukla bulunduğu bir pazar olması, imalatçının sorumluluğundan kaynaklanan uyuşmazlıkları, maddi hukuktan önce, milletlerarası özel hukuku tarafından incelenmesini gerektiren bir konu haline getirmektedir. Mesafeli bir haksız fiil olan imalatçının sorumluluğu hakkında, mülga 2675 sayılı MÖHUK'ta özel bir bağlama kuralı bulunmamaktaydı. Uygulanacak hukuk, haksız fiillere ilişkin genel kural uyarınca tespit edilmekteydi. Genel kuraldaki ika yeri ve zarar yeri kriterlerinin yetersizliği ve korunması gereken menfaatler dengesine uygun çözümler sağlayamaması imalatçının sorumluluğunun, 5718 sayılı MÖHUK'un 36. maddesinde özel bir bağlama kuralı ile düzenlenmesine yol açmıştır. Bu düzenlemede, İsv. MÖHK m. 135, f. 1 hükmü mehz alınmıştır.

(4) Türk mahkemesi önünde, piyasaya sürülmüş ürünün yol açtığı sözleşme dışı sorumluluktan kaynaklanan bir uyuşmazlıkta taraflar, MÖHUK m. 34, f. 5 uyarınca hukuk seçimi imkanına sahiptir. MÖHUK m. 34, f. 5'te haksız fiilin meydana gelmesinden önce hukuk seçimi imkanının yasaklanması, katı bir bakış açısı olduğu kanısındayız. Özellikle imalatçının sorumluluğunda zarar görenin, tüketicilerden ibaret olmadığı düşünüldüğünde ticari bir faaliyet sürdüren tarafların, ürünün zarara yol açmasından önce de hukuk seçiminde bulunmak ve böylelikle aralarındaki hukuki ilişkideki belirsizlikleri ortadan kaldırmak açısından haklı

menfaatleri bulunmaktadır. Bu bakımdan, Roma II Tüzüğü m. 14 hükmüne benzer şekilde, “*tarafılardan birinin zayıf konumda olmadığı ilişkilerde, serbestçe müzakere edilmesi kaydıyla haksız fiilin meydana gelmesinden önce de taraflar hukuk seçiminde bulunabilir*” yönünde bir değişikliğin, MÖHUK m. 34, f. 5 açısından yapılması kanımızca uygun olacaktır. Öte yandan, MÖHUK m. 34, f. 5’te hukuk seçiminin açık olarak yapılması yönündeki sınırlamanın hükümden çıkartılması da irade serbestisi ilkesinin tam anlamıyla gerçekleşmesine ve taraf menfaatlerine uygun sonuçlar sağlanmasına hizmet edecektir.

(5) Tarafların hukuk seçiminde bulunmadığı hallerde uygulanacak hukuk, hükmün uygulama alanına girmesi kaydıyla MÖHUK m. 36’daki objektif bağlama kuralı uyarınca tespit edilecektir. MÖHUK m. 36’da zarar görenin korunmasına öncelik verilmesi sebebiyle uygulanacak hukukun, zarar görene tanınan seçim hakkı uyarınca belirlenmesi benimsenmiştir. Zarar görene tanınan seçim hakkı, hukuk seçiminden farklıdır. Hükümde zarar görene, tek taraflı bir seçim hakkı tanınmıştır. Ayrıca zarar gören, ancak hükümde öngörölmüş bağlama noktalarının gösterdiği ülke hukukları arasında bir tercihte bulunabilir.

(6) MÖHUK m. 36’da zarar verenin işyeri/mutad meskeni ile ürünün iktisap edildiği ülke hukuku olmak üzere iki farklı alternatif, zarar görenin seçimine sunulmuştur. Hükümün lafzından zarar görenin, bu iki alternatif arasından birini seçebileceği anlaşılmaktadır. Hükümde, zarar verenin “esas işyerinden” bahsedilmemiştir. Ancak, zarar verenin birden çok işyerinin bulunması durumunda zarar gören, ürünün imalatı ve piyasaya sürölmesi ile ilgili esaslı işin yürütöldüğü yer hukukunu seçmelidir. MÖHUK m. 36 uyarınca zarar görenin, birbirinden farklı talepleri için farklı hukukları seçmesi kanımızca mümkün değildir. Uygulanacak hukukun bu şekilde parçalanmasına izin verilmesi, öngörülebilirliği ve taraf menfaatleri arasındaki dengeyi olumsuz etkileyecektir. Zarar gören seçim hakkını, zımni irade beyanı ile kullanabilecektir. Bu bakımdan, davacı zarar görenin dava dilekçesinde, hangi hukuku seçtiğini açıkça belirtmesine gerek yoktur. Zarar görenin seçtiği hukuku sonradan değiştirmesinin ise mümkün olmadığını düşünmekteyiz. Bununla birlikte MÖHUK m. 36’da, zarar verenin, ürünün o ülkeye rızası dışında sokulduğunu ispatlaması halinde zarar gören tarafından seçilen iktisap yeri hukukunun uygulanmayacağı düzenlenmiştir. İktisap yeri hukukunun uygulanması bu şekilde engellendiğinde hakim, MÖHUK m. 36’daki diğer seçenek olan zarar verenin

işyeri/mutad mesken hukukunu uygulamalıdır. Öte yandan, ürünü iktisap etmemiş ancak bir şekilde ondan zarar görmüş üçüncü kişilerin de MÖHUK m. 36 uyarınca iktisap yeri hukukunu seçebileceği düşüncesindeyiz. Ancak, iktisap yeri ile zarar gören üçüncü kişi arasında çoğunlukla yakın bir ilişki bulunmayacaktır. Böyle bir durumda, MÖHUK m. 36 ile genel haksız fiil kuralı olan MÖHUK m. 34 arasında ilişki kurulması ve zarar gören üçüncü kişilere, MÖHUK m. 34, f. 2 uyarınca zararın meydana geldiği yer hukukunu seçme imkanı tanınması uygun olacaktır. Ancak, farklı görüş ve uygulamaları engellemek amacıyla hükmün, “(...) zarar görenin seçimine göre, zarar verenin mutad meskeni veya işyeri hukuku, imal edilen şeyin iktisap edildiği ülke hukuku ya da zararın meydana geldiği ülke hukuku uygulanır. İktisap yeri hukuku ile zararın meydana geldiği yer hukukunun uygulanabilmesi için zarar verenin, mamülün o ülkeye rızası dışında sokulduğunu ispat edememiş olması gerekir” şeklinde yeniden ele alınması da düşünülebilir. Son olarak, MÖHUK m. 36’da daha sıkı ilişkili hukuk kuralına yer verilmemiştir. İmalatçının sorumluluğundan doğan uyuşmazlıklarda daha sıkı ilişkili hukuk kuralına ihtiyaç bulunduğunu kabul etmekle birlikte, MÖHUK m. 36’da zarar görene tanınmış seçim hakkı ile daha sıkı ilişkili hukuk kuralının bağdaşmadığını düşündüğümüzden, MÖHUK m. 34, f. 3 aracılığıyla dahi daha sıkı ilişkili hukukun uygulanmasının mümkün olmadığı kanısındayız.

(7) MÖHUK m. 36’daki bazı belirsizlikler, hükmün uygulanmasını zorlaştırabilecek ve sorunlara yol açabilecektir. Bunlardan ilki, zarar görenin seçim hakkını hangi ana kadar kullanabileceğine ilişkindir. Bu açıdan, MÖHUK m. 36’nın ilk cümlesinden sonra “zarar gören, dilekçelerin karşılıklı verilmesi aşaması sona erene kadar seçimde bulunmalıdır” şeklinde açık bir ifadenin, hükme eklenmesinin yerinde olacağı düşüncesindeyiz. İkinci sorun, zarar gören seçim hakkını kullanmadığı takdirde uygulanacak hukukun nasıl belirleneceğidir. Herşeyden önce MÖHUK m. 36 uyarınca seçim hakkı, yalnızca zarar görene aittir. Bu hak, zarar gören tarafından kullanılmadığı takdirde, zarar veren veya onun talebi üzerine ya da re’sen hakim tarafından kullanılamayacaktır. Zarar gören bu hakkı kullanmadığı takdirde hakimin, davayı aydınlatma görevi çerçevesinde, ön inceleme aşamasında veya tahkikatın ilk duruşmasında, MÖHUK m. 36’da zarar görene tanınmış bu hakka işaret etmesi ve belirtilen hukuklardan hangisinin uygulanmasını istediğini sorması gerektiği kanısındayız. Ancak olması gereken hukuk açısından, zarar gören seçim hakkını kullanmadığında hangi hukukun uygulanacağını, MÖHUK m. 36’da açıkça

düzenlenmesine ihtiyaç bulunduğu düşüncesindeyiz. Bu itibarla önerimiz, “zarar gören seçimde bulunmadığı takdirde uygulanacak hukuk, MÖHUK m. 34, f. 3 uyarınca belirlenir” şeklinde bir ifadenin, MÖHUK m. 36’ya eklenmesidir. Statü değişikliğinden kaynaklanabilecek sorunlar karşısında ise “zarar verenin mutad meskeni veya dava tarihindeki işyeri hukuku” ifadesinin, MÖHUK m. 36’da açıkça belirtilmesi gözükmektedir.

(8) MÖHUK m. 36’da öngörülen bağlama noktaları değerlendirildiğinde, hükümde zarar görenin menfaatinin korunmasına öncelik verilmekle birlikte zarar görenin mutad mesken kriterine yer verilmemiştir. Zarar görenin mutad meskeninin, ürünün iktisap edildiği yer ile örtüşmesi mümkündür. Ancak bu ihtimalin, söz konusu olamayacağı haller de bulunmaktadır. Hükümdeki bağlama noktalarına ilişkin doktrinde yöneltilen bir eleştiri, zarar verenin işyeri kriterinin, ihracatçı ülkelerin ekonomik menfaatlerinin korunmasına hizmet ettiği yönündedir. Ancak kanımızca, MÖHUK m. 36’da zarar verenin işyeri hukukunun öngörülmesi ile Türkiye’de bulunan imalatçıların, daha yüksek standartta sorumluluk öngören bir hukuka tabi olması önlenmiştir. Bunun da hem Türkiye’de bulunan imalatçılar hem de ülke ekonomisi bakımından olumlu sonuçlar doğurduğu kanısındayız. Ayrıca bu tercihin, yalnızca zarar verenin lehine olmadığını; ithal ürünlerden zarar gören Türk vatandaşlarının da menfaatine hizmet ettiğini de düşünmekteyiz. Zira, birçok yabancı maddi hukuk sistemindeki imalatçının sorumluluğuna ilişkin düzenlemelerde zarar gören, Türk hukukuna nazaran daha fazla korunmaktadır. İthal ürünler sebebiyle zarar gören Türk vatandaşları, zarar verenin işyeri hukukunu seçerek, daha elverişli maddi hukuk çözümüne ulaşabilecektir.

(9) MÖHUK m. 36’da olduğu gibi zarar görene seçim hakkı tanıyan bir kuralın yerine öngörülecek kademeli bir bağlama kuralının, imalatçının sorumluluğunda hukuki kesinlik ve öngörülebilirliği sağlamak açısından daha avantajlı bir çözüm sunacağını düşünmekteyiz. MÖHUK m. 36’nın mevcut hali yerine gelecekte kademeli bir bağlama kuralı öngörülmesi arzu edildiği takdirde oluşturulacak kuralın açık, yalın ve uygulama kolaylığı sunacak bir kural olması oldukça önemlidir. Bu noktada, Roma II Tüzüğü m. 5’teki kurala yöneltilen eleştirilerin dikkate alınarak, daha sade bir kuralın oluşturulmasının yerinde olacağı kanısındayız. Bu çerçevede, kademeli bağlama kuralı önerimiz şu şekildedir: (1) *Ürünün yol açtığı zarardan doğan sorumluluğa, ürünün o ülkede pazarlanmış olması koşuluyla ürünün iktisap*

edildiği ülke hukuku; bulunmadığı takdirde, ürünün o ülkede pazarlanmış olması koşuluyla zarar görenin mutad mesken hukuku; bulunmadığı takdirde, ürünün o ülkede pazarlanmış olması koşuluyla zararın meydana geldiği ülke hukuku; bulunmadığı takdirde, zarar verenin mutad meskeni veya dava tarihindeki işyerinin bulunduğu ülke hukuku uygulanır. (2) Somut olaydaki tüm hal ve şartlar uyarınca ürünün yol açtığı zarardan doğan borç ilişkisinin, başka bir ülke hukuku ile açıkça daha sıkı ilişkili olması halinde, bu ülke hukuku uygulanır.

(10) MÖHUK m. 36 kapsamında belirtilmesi gereken bir diğer husus, hükmün uygulama alanına yöneliktir. MÖHUK m. 36'daki bağlama kuralı, imalatçının sözleşme dışı sorumluluğuna özgüdür. Zarar görenin, garanti taahhüdü ya da ayıba karşı tekeffülden kaynaklanan sözleşmesel talepleri açısından MÖHUK m. 36 uygulanmayacaktır. İkinci olarak MÖHUK m. 36'nın lafzından ürün kavramının, imal edilen şeylerle sınırlandırıldığı anlaşılmaktadır. Böylelikle tarım, hayvancılık, balıkçılık, avlanma gibi doğadan elde edilen şeyler, hükmün uygulama alanı dışında kalmaktadır. Bu gibi ürünleri piyasaya süren Türkiye'de bulunan ihracatçılar, MÖHUK m. 36'nın sağladığı öngörülebilirlik korumasından yoksun kalmaktadır. Üçüncü olarak, mehz İsv. MÖHK m. 135, f. 1'in aksine MÖHUK m. 36'da hatalı ürün veya hatalı bilgilendirmeden bahsedilmemiştir. Bu açıdan uygulanacak hukukun MÖHUK m. 36 uyarınca belirlenebilmesi için, imal edilen şeyin zarara yol açması kanımızca yeterli olacaktır. İmal edilmiş şeyin ayrıca hatalı olması ve zararın, bu hatadan kaynaklanması gerekmeyecektir.

(11) İmalatçının sorumluluğuna uygulanacak hukukun ilk sınırı, kamu düzeni müdahalesidir. İmalatçının sorumluluğunda genel olarak, sorumluluğun şartları, sınırlandırılması, tazminat ve zamanaşımını ilgilendiren konularda kamu düzeni müdahalesi ile karşılaşılabilir. İmalatçının sorumluluğu alanında yabancı hukuklardaki zararın telafisi dışında amaçlar taşıyan, fahiş miktardaki tazminatlar gözetilerek, mehz İsviçre düzenlemesinde özel kamu düzeni kuralı kabul edilmiştir. MÖHUK m. 36'da, benzer bir kurala yer verilmemiştir. Ancak bu, bir eksiklik yaratmamaktadır. Türk hukukunun temel prensiplerine açıkça aykırı sonuç yaratacak yetkili yabancı hukuktaki tazminatların, MÖHUK m. 5'teki kamu düzeni müdahalesi aracılığıyla önlenmesi mümkündür.

(12) Bu noktada, yetkili yabancı hukuktaki cezalandırıcı tazminatın, Türk kamu

düzenine aykırılığının değerlendirilmesi önem taşımaktadır. Türk hukukundaki özel hukuk cezaları ve cezai şart dikkate alındığında cezalandırıcı tazminatın, ilk bakışta düşünüldüğü kadar Türk hukukuna yabancı olmadığı kanısındayız. Yine özel hukuk cezaları ve cezai şart gözetildiğinde, cezalandırıcı tazminatın özü itibarıyla Türk hukukunun temel prensiplerine açıkça aykırılık teşkil etmediği düşüncesindeyiz. Ayrıca imalatçının sorumluluğunda cezalandırıcı tazminat, meşru bir amaca da hizmet etmektedir. Bu amaç, toplumun sağlığını ve güvenliğini hiçe sayan imalatçıların cezalandırılması ve ibret verilmesi yoluyla, toplumun genelinin sağlık ve güvenliğinin korunmasıdır. AY m. 56'da herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu düzenlenmiş; AY m. 172'de ise tüketicilerin korunması, teminat altına alınmıştır.

(13) Kamu düzeni müdahalesinin istisnai niteliği de dikkate alınarak yabancı hukuktaki cezalandırıcı tazminat kuralını, MÖHUK m. 5 uyarınca doğrudan bertaraf etmek yerine, buna ne ölçüde tolerans gösterilebileceği değerlendirilmelidir. Bu bağlamda Türk kamu düzenine açıkça aykırılık yaratabilecek olanın, somut olayın özellikleri uyarınca yabancı hukukun fahiş miktarda cezalandırıcı tazminat öngörmesi olduğunu düşünmekteyiz. Fahiş cezalandırıcı tazminat sebebiyle zarar verenin olağandışı ve aşırı bir mali yük altına sokulması; ekonomik hayatını sürdürmesinin aşırı ölçüde zorlaştırılması, AİHS'e Ek 1 numaralı Protokol m. 1 ile AY m. 35 uyarınca korunan mülkiyet hakkının ihlali sonucunu doğuracaktır. Ayrıca, cezalandırıcı tazminatın zarar verenin ekonomik özgürlüğünü kısıtlaması, ekonomik yıkımına veya iflasına yol açacak derecede fahiş olması, ahlaka aykırılık sebebiyle de Türk kamu düzeni müdahalesine sebep olabilecektir. Yine yetkili yabancı hukukta, cezalandırıcı tazminatın fahiş miktarda olmasını engelleyen esasların bulunmaması, dürüstlük kuralının ihlali sebebiyle de Türk kamu düzenine açıkça aykırı sonuç yaratabilecektir.

(14) İmalatçının sorumluluğunda, devletin ekonomik ve sosyal politikalarını gerçekleştirmeye yönelik olarak, kamu sağlığı ve güvenliğinin korunması amacıyla öngörülmüş düzenlemeler, doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilecektir. Bu kurallardan bir kısmı, ürünlerin üretimi, dağıtımı, piyasaya sürülmesi ve kullanımı aşamalarına müdahale eden, ürün güvenliği ve teknik standartlarla ilgili kurallardır. Bir diğer kısmı ise zarar gören tüketicinin menfaatinin korunması yoluyla, devletin tüketici hukuku alanındaki politikasını belirleyen, toplumun genelinin menfaatinin

korunmasına hizmet eden kurallardır. Türk hukukunda, TKHK, 4703 sayılı Ürönlere ilişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun ile piyasa gözetimi ve denetimi ile ilgili mevzuatta, bu yönde kurallar bulunmaktadır. MÖHUK m. 6 uyarınca bu kurallar, uygulama alanlarına giren konularda bağlama kuralını bertaraf ederek, zorunlu olarak uygulanacaktır. İmalatçının işyeri yabancı bir ölkede bulunsa, imalat yabancı bir ölkede gerçekleştirilse ve uyuşmazlığa yabancı bir hukuk uygulansa bile ürünlerini Türkiye’de piyasaya süreceğ her imalatçı ve dağıtıcı, bu kurallara uygun davranmakla yükümlüdür.

(15) Son olarak, imalatçının sorumluluğundan doğan uyuşmazlıkla yakın ve gerçek bir bağlantıya sahip üçüncü bir devletin, ürün güvenliği ürün güvenliği ve teknik düzenlemelere ilişkin kurallarına, uygulanacak hukuk kapsamında etki tanınması da mümkündür. MÖHUK’ta haksız fiilden doğan borç ilişkilerinde üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınması hakkında bir düzenleme yoktur. Ancak, MÖHUK’ta bu yönde bir hüküm bulunmasına ihtiyaç olmadığını düşünmekteyiz. Zira burada üçüncü devletin hukukunun uygulanması değil; o devletin doğrudan uygulanan kurallarına, uygulanacak hukuk kapsamında fiili bir unsur olarak etki tanınması söz konusudur. Böylelikle somut olayın özellikleri çerçevesinde hakimin, imalatın yapıldığı veya ürünün piyasaya sürüldüğü ölkenin ürün güvenliği ve teknik düzenlemelerine, uygulanacak hukuk kapsamında zarar verenin sorumluluğunu takdir ederken dikkate alması mümkündür.

KAYNAKÇA

- Akçura Karaman Tuba : **Üreticinin Ayıplı Ürününün Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu**, İstanbul: Beta Yayınevi, 2008.
- Akıncı Ziya : **Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri**, İzmir: DEÜHF Döner Sermaye İşletmeleri Yayınları, 1996, (İnşaat Sözleşmeleri).
- Akıncı Ziya : **Tarafların Yetkili Hukuku Belirlememeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk**, İzmir: DEÜHF Döner Sermaye İşletmeleri Yayınları, 1992, (Uygulanacak Hukuk).
- Akıncı Ziya : **Milletlerarası Tahkim**, Güncellenmiş 3. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013, (Tahkim).
- Akıncı Ziya : **Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi**, Ankara: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmeleri Yayınları, 1994, (Ticari Hakem Kararları).
- Akıncı Ziya/Demir Gökyayla Cemile : **Milletlerarası Aile Hukuku**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010.
- Alangoya Yavuz : **Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Getirilmesine İlişkin İlkeler**, İstanbul: İstanbul Üniversitesi, 1979.

- Allen David
K./Hartshorne John
T./Bartin Robyn M. : **Damages in Tort**, London: Sweet&Maxwell, 2000.
- Altenkirch Markus : “Chapter VI- Other Provisions, Art. 23 Rome II”, **Rome II Regulation Pocket Commentary**, Ed. Peter Huber, Munich: Sellier European Law Publishers, 2011.
- Altenkirch Markus : “Chapter V- Common Rules, Art. 18 Rome II”, **Rome II Regulation Pocket Commentary**, Ed. Peter Huber, Munich: Sellier European Law Publishers, 2011, (Art. 18 Rome II).
- Altuğ Yılmaz : “Amme İntizamı ve Tesirleri (Bir Özet)”, **AÜSBFD**, C. XXVII, S. 3, Eylül 1972.
- Ancel Marie Élodie : “Contrefaçon internationale : Le juge français face aux dommages-intérêts punitifs étrangers”, **Cahier de droit de l’entreprise**, Dossier 26, S. 4, Juillet 2007, *Elektronik Kaynak* (LexisNexis).
- Arslan İlyas : **Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014.
- Aslan İ. Yılmaz : **6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku**, 4. Baskı, Bursa: Ekin Yayınevi, 2014.
- Aslan İ. Yılmaz : **Tüketici Hukuku**, Bursa: Ekin Basım Yayın, 2006, (2006 Basım).
- Atamer Yeşim : “Devletler Özel Hukukunda Tüketicinin Korunması”, **İÜHFM**, C. LV, 1996, (Devletler Özel Hukukunda Tüketici).
- Atamer Yeşim M. : **Haksız Fillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuralları**, İstanbul: Beta Yayınevi, 1992, (Uygun Nedensellik).
- Atamer Yeşim M. : **Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları**, İstanbul: Beta Yayınevi, 2005, (CISG).

- Atamer Yeşim M. : “Avrupa Topluluğu Hukukunda İmalatçının Sorumluluğu”, **Tüketicilerin Korunması Semineri, 2-4 Kasım 2006-Ankara**, Ed. Ebru Ceylan, Ankara 2007, (İmalatçı).
- Atamer Yeşim M. : “Üçüncü Kişinin Uğradığı Zararların Sözleşmesel Sorumluluk Kurallarına Göre Tazmini”, **YD**, C. 22, 1996.
- Atamer Yeşim M./Baş Ece : “Avrupa Birliği Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Satım Sözleşmesinde Ayıptan Doğan Sorumluluk”, **İBD-Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı**, C. 88, S. 1, 2014.
- Atamer Yeşim M./Micklitz Hans W. : “The Implementation of the EU Consumer Protection Directives in Turkey”, **Penn State Int. L. Rev.**, C. 27, S. 3-4, 2009.
- Atamer Yeşim M./Sanlı Kerem Cem : “Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden İmalatçının Kusursuz Sorumluluğuna Dair Bir Değerlendirme”, **Belgin Erdoğan’a Armağan**, İstanbul 2011
- Ateş Derya : **Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık**, Ankara: Turhan Kitabevi, 2007.
- Attal Michel : “Le droit français est-il devenu favorable aux dommages-intérêts punitifs?”, **Droit et Patrimoine**, S. 205, 2011.
- Audit Bernard : **Droit international privé**, 6^{ème} Edition, Paris: Economica, 2010.
- Audit Bernard : **Le Droit International Privé en Quête d’Universalité**, Recueil des Cours de l’Académie de Droit International, C. 305, Dordrecht-Boston-London: Martinus Nijhoff Publishers, 2002, (Universalité).
- Ausness Richard C. : “The Products Liability Restatement: Was It a Success?: Product Liability's Parallel Universe: Fault-Based Liability Theories and Modern Products Liability Law”, **Brooklyn L. Rev.**, C. 74, 2002.
- Ausness Richard C. : “Retribution and Deterrence: The Role of Punitive Damages in Products Liability Litigation”, **Kentucky L. J.**,

C. 74, 1985-1986.

- Ay Chelli Ebru : “Cezalandırıcı Tazminat Kararlarının Fransa’da Tenfizi”, **UTTDER**, C. 3, S. 1, 2014.
- Ay Ebru : “Amerikan Mahkemesi Tarfindan Verilen Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages) Hükmünün Fransa’da Tenfizine İlişkin Fransız Yargıtayı’nın 1 Aralık 2010 Tarihli Kararının Tercümesi ve Değerlendirilmesi”, **UTTDER**, C. 1, S. 1, 2012.
- Ayan Serkan : “Yabancı Para Borçlarının İfası”, **Journal of Yaşar University**, Özel Sayı, C. 8, S. 1, 2013.
- Aybay
Rona/Dardağan
Esra : **Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması, (Kanunlar İhtilafı)**, 2. Baskı, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008.
- Aydos Oğuz Sadık : **Ürün Sorumluluğu**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2009.
- Bach Ivo : “Chapter II- Torts/Delicts, Art. 4 Rome II”, **Rome II Regulation Pocket Commentary**, Ed. Peter Huber, Munich: Sellier European Law Publishers, 2011, (Art. 4 Rome II).
- Bach Ivo : “Chapter I- Scope, Art. 1 Rome II”, **Rome II Regulation Pocket Commentary**, Ed. Peter Huber, Munich: Sellier European Law Publishers, 2011, (Art. 1 Rome II).
- Bach Ivo : “Chapter IV- Freedom of choice, Art. 14 Rome II”, **Rome II Regulation Pocket Commentary**, Ed. Peter Huber, Munich: Sellier European Law Publishers, 2011, (Art. 14 Rome II).
- Bach Ivo : “Chapter V- Common rules, Art. 15 Rome II”, **Rome II Regulation Pocket Commentary**, Ed. Peter Huber, Munich: Sellier European Law Publishers, 2011, (Art. 15 Rome II).
- Baetge Dietmar : “Article 23- Habitual Residence”, **Calliess Rome Regulations, Commentary on the European Rules of the Conflict of Laws**, Ed. Galf-Peter Calliess, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Law International, 2011.

- Balkar Süheylâ : **Uluslararası Ticari Tahkim ve Geçici Hukuki Koruma Tedbirleri, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi, Şubat 2010.**
- Barlas Nami : “Adlî ve İdarî Yargıda Haksız Fiil Tazminatına Yabancı Para Üzerinden Hükmedilmesi Mümkün Müdür?”, **Prof. Dr. Nami Barlas-Makalelerim**, C. I, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008.
- Baş Ece : **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından Bina veya Yapı Eserlerinden Doğan Sorumluluk**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011.
- Başpınar Veyssel/Altunkata Mehmet : “Depremden Doğan Zararların Tazmininde Zamanaşımının Başlaması ve Süresi”, **AÜHFD**, C. 57, S. 1, 2008.
- Batiffol Henri : “La loi applicable à la responsabilité du fait des produits-Douzième Session de la Conférence de La Haye”, **RCDIP**, 1973.
- Batiffol Henri/Lagarde Paul : **Traité de droit international privé**, Tome 1, 8^e Édition, Paris: L.G.D.J., 1993.
- Baysal Başak : **Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur)**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2012.
- Beermann Jack M. : “Punitive Damages in the United States”, **DAJV Newsl.**, C. 32, 2007.
- Beever Allan : “The Structure of Aggravated and Exemplary Damages”, **Ox. J. L. St.**, C. 23, S. 1, 2003.
- Behr Volker : “Punitive Damages in American and German Law-Tendencies Towards Approximation of Apparently Irreconcilable Concepts”, **Kent L. Rev.**, C. 78, April 2003, (Punitive Damages in American and German Law).
- Behr Volker : “Myth and Reality of Punitive Damages in Germany”, **J. L. & Com.**, C. 24, 2004-2005, (Punitive Damages in Germany).

- Bennington Andrew A. : "Tort Law: Statutory Stalemate: Strict Products Liability and Comparative Negligence in South Carolina", **S.C. L. Rev.**, C. 56, 2005.
- Berch Jessica J. : "The Need for Enforcement of U.S. Punitive Damages Awards by the European Union", **Minnesota Journal of International Law**, C. 19, S. 1, 2010.
- Bernet Martint/Ulmer Nicolas C. : "Recognition and Enforcement of Foreign Civil Judgments in Switzerland", **Int'l L.**, C. 27, 1993.
- Bertoli Paolo : "Choice of Law by the Parties in the Rome II Regulation", **Rivista di diritto internazionale**, C. 3, 2009.
- Beucher Klaus J./Sandage John Byron : "United States Punitive Damages Awards in German Courts: The Evolving German Position on Service and Enforcement", **Vand. J. Transnat'l L.**, C. 23, 1990-1991.
- Binding Jörg/Eisenberg Claudius : "Product Liability in the People's Republic of China", **BLI**, C. 15, S. 1, January 2014.
- Bogdan Michael : "The Treatment of Environmental Damage in Regulation Rome II", **The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations, A New International Litigation Regime**, Ed. John Ahern&William Binchy, Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2009.
- Boger William : "The Harmonization of European Product Liability Law", **Fordham International Law Journal**, C. 7, S. 1, 1983.
- Bonomi Andrea : "The Italian Statute on Private International Law, **Int'l. J. Legal Info**, C. 27, 1999.
- Bonomi Andrea : "The Swiss Codification of Private International Law of 1987", **Rapports suisses présentés au XVIIIe Congrès international de droit comparé: Washington, du 25 juillet au 1er août 2010**, Ed. Lukas Heckendorn Urscheler/Annelot Peters, Genève: Schulthess, 2010, (Swiss Codification).

- Bonomi Andrea : “Overriding Mandatory Provisions in the Rome I Regulation on the Law Applicable to Contracts”, **YPIL**, C. 10, 2008, (Overriding Mandatory Provisions).
- Bonomi Andrea : “Mandatory Rules in Private International Law- The Quest for Uniformity of Decisions in a Global Environment”, **YPIL**, C. 1, 1999, (Mandatory Rules).
- Borchers Patrick J. : “Punitive Damages, Forum Shopping and the Conflict of Laws”, **La. L. Rev.**, C. 70, 2010
- Borghetti Jean-Sébastien : **La responsabilité du fait des produits, Etude de droit comparé**, Paris: L.G.D.J., 2004.
- Borghetti Jean-Sébastien : “Punitive Damages in France”, **Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives**, Ed. Helmut Koziol/Vanessa Wilcox, Springer: New York-Wien, 2009, (Punitive Damages).
- Boskovic Olivera : **La reparation du préjudice en droit international privé**, Paris: L.G.D.J., 2003.
- Boskovic Olivera : “Le domaine de la loi applicable”, **Le Règlement Communautaire “Rome II” sur la loi applicable aux obligations non contractuelles**, Actes de Colloque du 20 septembre 2007-Dijon, Ed. Sabine Corneloup/Natalie Joubert, Paris: Litec, 2008, (Domaine de la loi applicable).
- Boskovic Olivera : “Note: Cass. 1re civ. - 1er déc. 2010”, **Journal du Droit International**, S. 3, Juillet 2011, *Elektronik Kaynak*, LexisNexis, (Note).
- Bourel Pierre : **Du rattachement de quelques délits spéciaux en droit international privé**, Recueil des cours de l’Académie de Droit International, C. 214, Dordrecht-Boston-London: Martinus Nijhoff Publishers, 1989.
- Brand Ronald A. : “Punitive Damages Revisited: Taking The Rationale For Non-Recognition of Foreign Judgments Too Far”, **J. L. & Comp.**, C. 24, 2004-2005, (Punitive Damages Revisited).
- Brand Ronald A. : “Punitive Damages and the Recognition of Judgments”,

NILR, 1996, (Punitive Damages).

- Bravo Luigi Ferrari : **Les rapports entre les contrats et les obligations délictuelles en droit international privé**, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, C. 146, Dordrecht-Boston-London: Martinus Nijhoff Publishers, 1975.
- Brière Carine : “Le règlement (CE) no 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (“Rome II”)”, **Journal du Droit International Privé**, Janvier-Février-Mars 2008, (Rome II).
- Brière Carine : “Réflexions sur les interactions entre les propositions du Règlement “Rome II” et les conventions internationales”, **Journal du droit international**, Janvier-Février-Mars 2005, S. 1, (Conventions internationales).
- Brilmayer Lea : **The Role of Substantive and Choice of Law Policies in the Formation and Application of Choice of Law Rules**, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, C. 252, Dordrecht-Boston-London: Martinus Nijhoff Publishers, 1995.
- Brockmeier Dirk : **Punitive damages, multiple damages und deutscher ordre public- Unter besonderer Berücksichtigung des RICO-Act**, Tübingen: Mohr Siebek, 1999.
- Brooke Sir Henry : “A Brief Introduction – The Origins of Punitive Damages”, **Punitive Damages Common Law and Civil Law Perspectives**, Ed. Helmut Koziol/Vanessa Wilcox, Springer: New York-Wien, 2009.
- Brown Alison/Williams Adela : “An Overview of Product Liability Law in the European Union”, **International Product Law Manual**, Ed. Arundel McDougall/Prashant Popat Q.C., The Netherlands: Kluwer Law International, 2011.
- Bucher Andreas : “Les actes illicites dans le nouveau droit international privé Suisse”, **Le nouveau droit international privé suisse**, Ed. François Dessemontet, Lausanne: Publication CEDIDAC, 1988, (Actes illicites).
- Bucher Andreas : **La dimension sociale du droit international privé**, Recueil des cours de l'Académie de Droit International, C.

- 341, Dordrecht-Boston-London: Martinus Nijhoff Publishers, 2009, (Cours Général).
- Bucher Andreas : **L'Ordre Public et le But Social des Lois en Droit International Privé, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International**, C. 239, Dordrecht-Boston-London: Martinus Nijhoff Publishers, 1993, (Ordre Public).
- Bucher Andreas/Bonomi Andrea : **Droit international privé**, 2e édition, Bâle: Helbing&Lichtenhahn, 2004.
- Bungert Hartwin : "Enforcing U.S. Excessive and Punitive Damages Awards in Germany", **Int'l L.**, C. 27, 1993.
- Burcuoğlu Haluk/Akçura Karaman Tuba : "Türk Hukukunda Ayıplı Ürünün Sebep Olduğu Zararlardan Sorumluluk Üzerine Bazı Açıklamalar", **İsviçre Medeni Kanunu'nun İktisabının 80. Yıldönümü**, İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2006.
- Bureau Dominique/Watt Horatia Muir : **Droit international privé, Tome II, Partie spéciale**, 2ème édition mise à jour, Paris: Presses Universitaires de France, 2007.
- Burrows Andrew : **Remedies for Torts and Breach of Contract**, Third Edition, New York: Oxford University Press, 2004.
- Burrows Andrew : **English Private Law**, Third Edition, New York: Oxford University Press, 2013, (English Private Law).
- Büyüksağış Erdem : **La notion de défaut dans la responsabilité du fait des produits, Analyse économique et comparative**, Zurich-Bâle-Genève: Schulthess, 2005.
- Calleros Charles : "Punitive Damages, Liquidated Damages and *Clauses Pénales* in Contract Actions: A Comparative Analysis of the American Common Law and the French Civil Code", **Brook. J. Int'l L.**, C. 32, 2006.
- Calliess Galf-Peter : "Consumer Contracts- Article 6 Rome I", **Calliess Rome Regulations, Commentary on the European Rules of the Conflict of Laws**, Ed. Galf-Peter Calliess, Alphen aan den

- Rijn: Wolters Kluwer Law International, 2011, (Article 6 Rome I).
- Castillo Joel González : “Products Liability in Europe and the United States”, **Revista Chilena de Derecho**, C. 39, S. 2, 2012.
- Cavers David F. : “The proper law of producer’s liability”, **Int’l & Comp. L. Q.**, C. 26, 1977.
- Cavin Pierre : “La douzième session de la conference de la Haye de droit international privé”, **Annuaire Suisse du Droit International**, C. XXVIII, 1972.
- Chapman Bruce/Trebilcock Michael : “Punitive Damages: Divergence in Search of a rationale”, **Ala. L. Rev.**, C. 40, 1988-1989.
- Clarkson C. M. V./Hill Jonathan : **The Conflict of Laws, Clarkson&Hill**, Fourth Edition, New York: Oxford University Press, 2011.
- Colby Thomas B. : “Clearing the Smoke from Philip Morris v. Williams: The Past, Present, and Future of Punitive Damages”, **Yale L. J.**, C. 118, 2008-2009.
- Collin Thomas J. : **Punitive Damages and Business Torts: A Practitioner’s Handbook**, (Antitrust Practice Guide), American Bar Association, 1998.
- Cooper Heather : “Tobacco Litigation: A Comparative Analysis of the United States and European Community Approaches to Combatting the Hazards Associated with Tobacco Products”, **Brook. J. Int’l L.**, C. 16, 1990.
- Corneloup Sabine : “La responsabilité du fait des produits”, **Le Règlement Communautaire “Rome II” sur la loi applicable aux obligations non contractuelles**, Actes de Colloque du 20 septembre 2007-Dijon, Ed. Sabine Corneloup/Natalie Joubert, Paris: Litec, 2008.
- Cotchett Joseph W./Molumphy : “Punitive Damages: How Much Is Enough?”, **Civil Litigation Reporter**, C. 20, S. 1, February 1998, *Elektronik Kaynak*, (<http://www.cpmlegal.com/news-publications->

- Mark C. Punitive_Damages_How_Much_Is_Enough.html).
- Czepelak Martin : “Concurrent Causes of Actions Under Rome I and Rome II Regulations”, **Journal of Private International Law**, C. 7, S. 2, 2011.
- Çalışkan Yusuf : **Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilafı Meseleleri**, İstanbul: Beta Yayınevi, 2014.
- Çalışkan Zeynep : “5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 26. Maddesine Göre Tüketici Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, **MHB**, Y. 28, S. 1-2, 2008.
- Çelikel Aysel : “Devletler Hususi Hukukunda Bağlama Kaidelerinin Tespitinde Uygulanan Yeni Bir Metod”, **İÜHFM**, C. 35, S. 1-4, 1969.
- Çelikel Aysel : “Yeni Kanun’a Göre Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfiz Şartları”, **MHB**, C. 2, S. 2, 1982.
- Çelikel Aysel/Erdem Bahadır : **Milletlerarası Özel Hukuk**, Yenilenmiş 13. Bası, İstanbul: Beta Yayınevi, 2014.
- Çilingiroğlu Cüneyt : “Devletler Özel Hukuku Alanında Borç Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi: Sübjektif Bir Bağlanma Noktası Olarak Taraf İradeleri”, **MHB**, C. 9, S. 2, 1989.
- Çörtoğlu Koca Sema : “Milletlerarası Özel Hukuka Göre Açık Denizlerde Meydana Gelen Çevre Kirliliğine Uygulanacak Hukuk”, **DEÜHFD**, C. 9, Özel Sayı 2007.
- Danthe François-Jérôme : **Le droit international privé suisse de la concurrence déloyale**, Thèse de Licence et de Doctorat Présentée à la Faculté de Droit de l’Université de Lausanne, Lausanne: Imprimerie Chabloz Tolochenaz, 1998.
- Dardağan Esra : **Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklardan Doğan Kanunlar İhtilâfı**, Ankara: Betik Yayıncılık, 2000, (Fikir ve Sanat Eserleri).

- Dardağan Kibar Esra : **Kanunlar İhtilâfı Açısından Yabancı Kamu Hukukuna Bakış**, Ankara: Siyasal Kitabevi, 2014.
- Dayınlarlı Kemal : “Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni”, **Prof. Dr. Yaşar Karayalçın’a 65. Yaş Armağanı**, Ankara: Olgaç Matbaası, 1988.
- De Boer Th. M. : “Party Autonomy and its Limitations in the Rome II Regulation”, **YPIL**, C. 9, 2007.
- De Boer Th. M. : **Facultative Choice of Law- The Procedural Status of Choice of Law Rules and Foreign Law**, Recueil des Cours de l’Académie de Droit International, C. 257, Dordrecht-Boston-London: Martinus Nijhoff Publishers, 1996, (Facultative Choice of Law).
- de Kezel Evelien : The Protection and Enforcement of Private Interests by (The Recognition of US) Punitive Damages in Belgium: Limits and Opportunities”, **The Power of Punitive Damages- Is Europe Missing Out?**, Ed. Lotte Meurkens/Emily Nordin, Cambridge-Antwerp-Portland: Intersentia, 2012.
- Demir Gökyayla Cemile : **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizde Kamu Düzeni**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2001, (Kamu Düzeni).
- Demir Gökyayla Cemile : **Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri (Münhasır Bayilik Sözleşmeleri)**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013, (Tek Satıcılık).
- Demir Gökyayla Cemile : “Yeni Yargıtay Kararları Işığında Gerekçesiz Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, C. 9, S. 105-106, 2013, (Gerekçesiz Yabancı Mahkeme Kararı).
- Demirkol Berk : **Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk**, Yenilenmiş 2. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014.
- Deschenaux : **La Responsabilité Civile**, Berne: Stämpfli Editions&CIE

- Henri/Tercier Pierre : SA, 1982.
- Diamond Aubrey L. : **Harmonization of Private International Law Relating to Contractual Obligations**, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, C. 199, Dordrecht-Boston-London: Martinus Nijhoff Publishers, 1986.
- Dickinson Andrew : **The Rome II Regulation: The Law Applicable to Non-Contractual Obligations**, New York: Oxford University Press, 2008.
- Dobbs Dan B. : “Ending Punishment in ‘Punitive’ Damages: Deterrence Measured Remedies”, **Ala. L. Rev.**, C. 40, 1989.
- Doğan Vahit : **Milletlerarası Özel Hukuk**, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013.
- Doğan Vahit : “Milletlerarası Özel Hukukta Zayıf Âkit Tarafın Korunması”, **MHB**, Y. 15, S. 1-2, 1995, (Zayıf Âkit Tarafın Korunması).
- Doğan Yenisey Kübra : **İş Hukukunda İşyeri ve İşletme –Alman ve Fransız Hukuklarıyla Karşılaştırmalı Bir İnceleme**, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2007.
- Dolinger Jacob : **Evolution of Principles for Resolving Conflicts in the Field of Contracts and Torts**, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, C. 283, Dordrecht-Boston-London: Martinus Nijhoff Publishers, 2000.
- Durham Bryant : “Hague Convention on the Law Applicable to Products Liability”, **Ga. J. Int'l & Comp. L.**, C. 4, 1974.
- Dutoit Bernard : “La Récente Convention de La Haye Sur la Loi Applicable à la Responsabilité du Fait Des Produits”, **Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht**, C. XX, 1973, (Convention).
- Dutoit Bernard : “Le droit international privé des obligations non contractuelles à l'heure européenne: Le Règlement Rome II”, **Liber Fausto Pocar, Nuovi strumenti del diritto internazionale privato-New instruments of Private International Law**, C. 2, Ed. Gabriella Venturini/Stefania

Bariatti, Milano: Giuffrè, 2009, (Rome II).

- Dutoit Bernard : **Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987**, Troisième édition, Bâle-Genève-Munich: Helbing&Lichtenhahn, 2001, (Commentaire).
- Dutson Stuart : “The Characterisation of Product Liability Claims in Private International Law in England and Australia”, **Queensland L. J.**, C. 19, 1996-1997, (Characterisation).
- Dutson Stuart : “Product Liability and Private International Law: Choice of Law in Tort in England”, **Am. J. Comp. L.**, C. 47, 1999.
- Dutson Stuart : "Product Liability and Private International Law: Jurisdiction in International Product Liability Litigation", **Bond L. Rev.**, C. 9, S. 1, 1997, (Jurisdiction).
- Ehrenzweig Albert A. : Guest Statutes in the Conflict of Laws-Toward a Theory of Enterprise Liability under “Foreseeable and Insurable Laws-I”, **Yale L. J.**, C. 69, 1959-1960.
- Ekşi Nuray : **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, İstanbul: Beta Yayınevi, 2014, (Tanıma-Tenfiz).
- Ekşi Nuray : “Milletlerarası Tahkimde Güncel İki Sorun: Hakemlerce Anti-Suit Injunction ve Punitive Tazminat Kararı Verilmesi”, **UTTDER**, C. 3, S. 2, 2014, (Punitive Tazminat Kararı).
- Ekşi Nuray : **Kanunlar İhtilafı Kurallarına Milletlerarası Usul Hukukuna Vatandaşlık ve Yabancılar Hukukuna İlişkin Seçilmiş Mahkeme Kararları**, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2007, (Kararlar).
- Ekşi Nuray : **Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Yabancı Unsurlu Sigorta Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk**, İstanbul: Beta Yayınevi, 2012, (Sigorta Sözleşmeleri).
- Ekşi Nuray : **Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu**, İstanbul: Beta Yayınevi, 2004, (Roma Konvansiyonu).

- Elçin Doğa : **Milletlerarası Unsurlu Bireysel ve Toplu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2012.
- Ellis Dorsey D. : “Fairness and Efficiency in the Law of Punitive Damages, **S. C. L. Rev.**, C. 56, 1982-1983.
- Ena Michael : “Choice of Law and Predictability of Decisions in Product Liability Cases”, **Fordham Urb. L. J.**, C. 34, S. 5, 2006.
- Englard Izhak : “Punitive Damages- A Modern Conundrum of Ancient Origin”, **Journal of Tort European Tort Law**, C. 3, S. 1, 2012.
- Erdem Bahadır : **Patent Hakkının Korunmasına ve Patent Hakkına Uygulanacak Hukuk**, İstanbul: Beta Basım Yayın, 2002, (Patent).
- Erdem Bahadır : “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’da Düzenlenen Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Uygulanacak Olan Hukuk”, **Avrupa’da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Akitler Ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri**, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2010, (Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri).
- Erdem Mehmet : **Özel Hukukta Zamanaşımı**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010.
- Eren Fikret : **Borçlar Hukuku**, Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2012.
- Ergüne Mehmet Serkan : **Olumsuz Zarar**, İstanbul: Beta Yayınları, 2008.
- Erkan Mustafa : “MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XV, S. 2, 2011.
- Erkan Mustafa/Demircioğlu Mustafa Yaşar : “Ülke Derecelendirmesinin Ekonomik Kamu Düzeni Üzerindeki Etkisi”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 1, S. 1, 2010.

- Erlüle Fulya : “Yapımcının Sorumluluğu”, **MÜHF-HAD**, C. 14, S. 4, 2008, (Yapımcı).
- Esen Emre : “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Zaman İtibariyle Uygulanma Alanı”, **İBD**, C. 83, S. 3, 2009.
- Fairgrieve Duncan/
Vaqué Louis
González : “Introduction”, **Product Liability in Comparative Perspective**, Ed. Duncan Fairgrieve, New York: Cambridge University Press, 2005.
- Fairgrieve
Duncan/Howells
Geraint : “Introduction to Product Liability”, **International Product Law Manual**, Ed. Arundel McDougall/Prashant Popat Q.C., The Netherlands: Kluwer Law International 2011.
- Fairgrieve
Duncan/Howells
Geraint : “Rethinking Product Liability: A Missing Element in the European Commission’s Third Review of the European Product Liability Directive”, **MLR**, C. 70, 2007, (Rethinking Product Liability).
- Fallon Marc : **Les accidents de la consommation et le droit, La responsabilité du fait des produits en question: Droit comparé, droit des conflits de lois avec l’aide de la méthode expérimentale**, Bruxelles: Bruylant, 1982.
- Fallon Marc : “L’incidence de l’autonomie de la volonté sur la détermination du droit applicable à la responsabilité civile non contractuelle”, **Mélanges Roger O. Dalcq, Responsabilité et Assurances**, Bruxelles: Larcier, 1994, (Autonomie de la volonté).
- Fallon
Marc/Lagarde Paul : “Commentaire concernant la proposition pour une convention européenne sur la loi applicable aux obligations non-contractuelles”, *Elektronik Kaynak*, (<http://www.gedip-egpil.eu/documents/gedip-documents-8cf.html>).
- Fawcett J. James : **Products Liability in Private International Law: A European Perspective**, Recueil des Cours de l’Académie de Droit International, C. 238, Dordrecht-Boston-London: Martinus Nijhoff Publishers, 1993.
- Fawcett
James/Carruthers : **Cheshire, North&Fawcett Private International Law**, 14th Edition, Oxford: Oxford University Press, 2008,

- M. Janeen (Cheshire/North/Fawcett).
- Feldthusen Bruce : "Punitive Damages in Canada: Can the Coffee Ever Be Too Hot", *Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev.*, C. 17, 1995.
- Floudas Demetrius Andreas : **Some Aspects of Liability for Defective Products in England, France and Greece After Directive 85/374/EEC**, *Elektronik Kaynak*, (http://www.intersticeconsulting.com/documents/Product_Liability_EU.pdf).
- Forsyth Christopher : "Characterisation Revisited: An Essay in the Theory and Practice of the English Conflict of Laws", *L.Q.R.*, C. 114, 1998.
- Francescakis Phocion : "Lois d'application immediate et règles de conflit", *RDIPP*, 1967.
- Freifield Samuel : "The Rationale of Punitive Damages", *Ohio St. L. J*, C. 1, S. 1, 1935.
- Fröhlich Claus Wilhelm : **The Private International Law of Non-Contractual Obligations According to the Rome II Regulation: A Comparative Study of the Choice of Law Rules in Tort Under European, English and German Law**, Hamburg: Verlag Dr Kovač, 2008.
- Fuchs Angelika : "Chapter VI- Other Provisions, Art. 26 Rome II", **Rome II Regulation Pocket Commentary**, Ed. Peter Huber, Munich: Sellier European Law Publishers, 2011, (Art. 26 Rome II).
- Fuchs Angelika : "Chapter II- Torts/Delicts, Art. 7 Rome II", **Rome II Regulation Pocket Commentary**, Ed. Peter Huber, Munich: Sellier European Law Publishers, 2011, (Art. 7 Rome II).
- Galand-Carval Suzanne : "Damages Under French Law", **Unification of Tort Law: Damages**, Ed. Ulrich Magnus, The Hague-London-Boston: Kluwer Law International, 2001.
- Garriga Georgina : "Relationship between "Rome II" and other international instruments", A commentary on Article 28 of the Rome II

Regulation”, **YPIL**, 2007, C. 9.

- Gash Jim : “Understanding and Solving the Multiple Punishments Problems”, **The Power of Punitive Damages - Is Europe Missing Out?**, Ed. Lotte Merkens/Emily Nordin, Cambridge-Antwerp-Portland: Intersentia, 2014.
- Gaudemet-Tallon Hélène : **Le Pluralisme en Droit International Privé: Richesses et Faiblesse**, Recueil des Cours de l’Académie de Droit International, C. 312, Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2005.
- Gemalmaz H. Burak : **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Mülkiyet Hakkı**, İstanbul: Beta Yayınevi, 2009, (Mülkiyet).
- Gemalmaz H. Burak : “Mali Güç Ölçütünü Dikkate Almayan Aşırı Vergi Mülkiyet Hakkı İhlalidir: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Macaristan’a Karşı 14 Mayıs 2013 Tarihinde Verdiği N.K.M. Kararının İncelenmesi”, **İBD**, C. 88, S. 2, 2014.
- Georgiades Georgios : Punitive Damages in Europe and the USA: Doctrinal Differences and Practical Convergence”, *Revue Hellenique de Droit International*, C. 58, 2005.
- Giuliano Mario/Lagarde Paul : “Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations”, JO C-280, 31.10.1980, *Elektronik Kaynak*, (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31980Y1031%2801%29:EN:HTML>).
- Goldring John : “Product Liability and The Conflict of Laws in Australia”, **Adel. L. Rev.**, C. 12, 1977-1978.
- Gómez Katia Fach : “The Law Applicable to Cross-Border Environmental Damage: From the European National Systems to Rome II”, **YPIL**, C. 6, 2004.
- Gotanda John Y. : “Punitive Damages: A Comparative Analysis”, **Colum. J. Transnat’l L.**, C. 42, 2003-2004, (Comparative Analysis).
- Gotanda John Y. : “Charting Developments Concerning Punitive Damages: Is The Tide Changing?”, **Colum. J. Transnat’l L.**, C. 45,

2006-2007, (Charting Developments).

- Göğer Erdoğan : “Haksız Fiilden Doğan Borçların Tabi Olduğu Kanun”, **AÜHFD**, C. 22-23, S. 1-4, 1965-1966, (Haksız Fiil).
- Göğer Erdoğan : **Devletler Hususî Hukuku**, Üçüncü Bası, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1975.
- Grass Jeffrey W. : “The Penal Dimensions of Punitive Damages”, **Hastings Const. L.Q.**, C. 12, 1984-1985.
- Graziano Thomas Kadner : **La responsabilité délictuelle en droit international privé européen**, Bâle: Helbing&Lichtenhahn, 2004, (Responsabilité délictuelle).
- Graziano Thomas Kadner : “Le nouveau droit international privé communautaire en matière de responsabilité extracontractuelle”, **RCDIP**, C. 97, S. 3, Juillet-Septembre 2008, (Rome II).
- Graziano Thomas Kadner : “The law applicable to product liability: The present state of the law in Europe and current proposals for reform”, **ICLQ**, C. 54, 2005, (Product Liability).
- Graziano Thomas Kadner : “General Principles of Private International Law of Tort in Europe”, **Japanese and European Private International Law in Comparative Perspective**, Ed. Jürgen Basedow/Harald Baum/Yuko Nishitani, Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, (General Principles).
- Graziano Thomas Kadner : “Freedom to choose the applicable law in tort- Article 14 and 4 (3) of the Rome II Regulation”, **The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations, A New International Litigation Regime**, Ed. John Ahern&William Binchy, Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2009, (Freedom to choose).
- Graziano Thomas Kadner : “The Rome II Regulation and the Hague Conventions on Traffic Accidents and Product Liability - Interaction, conflicts and future perspectives”, **NIPR**, S. 4, 2008, (Hague Conventions).
- Gruber Urs Peter : “Article 18 Direct Action Against The Insurer of The Person Liable”, **Calliess Rome Regulations, Commentary on the European Rules of the Conflict of Laws**, Ed. Graf-

Peter Calliess, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Law International, 2011.

- Gümüş Mustafa Alper : **6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi**, Cilt-1 (Madde: 1-46), İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014, (Tüketici).
- Güneysu Gülin : “İngiliz Hukukunda Haksız Fiilden Doğan Kanunlar İhtilafı”, **AÜHFD**, C. 42, 1991-1992.
- Güngör Gülin : **Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2000, (Tüketici).
- Güngör Gülin : “Tüketicinin Mutad Meskeni Hukuku “Düşünsel Temeller””, **AÜHFD**, C. 57, S. 2, 2008.
- Gürzumar Aydanur : “Türk Devletler Özel Hukuku Açısından Boşanma Davalarında Kamu Düzeninin Etkileri”, **MHB**, Y. 14, S. 1-2, 1994.
- Güven Pelin : **Tanıma-Tenfiz, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2013, (Tanıma-Tenfiz).
- Güven Pelin : “Rekabetin Engellenmesi Halinde Uygulanacak Olan Hukukun Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”, **GÜHFD**, Prof. Dr. Ata Sakmar’a Armağan, 2011/1, (Rekabetin Engellenmesi).
- Halfmeier Axel : “Article 1- Scope”, **Rome Regulations, Commentary on the European Rules of the Conflict of Laws**, Ed. Gralf-Peter Calliess, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Law International, 2011, (Article 1).
- Halfmeier Axel : “Article 15- Scope of The Law Applicable”, **Calliess Rome Regulations, Commentary on the European Rules of the Conflict of Laws**, Ed. Gralf-Peter Calliess, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Law International, 2011, (Article 15).
- Halfmeier Axel/Sonder Nicolas : “Article 3- Universal Application”, **Rome Regulations, Commentary on the European Rules of the Conflict of Laws**, Ed. Gralf-Peter Calliess, Alphen aan den Rijn:

Wolters Kluwer Law International, 2011, (Article 3).

- Halfmeier
Axel/Sonder
Nicolas : “Article 28- Relationship with Existing International Conventions”, **Rome Regulations, Commentary on the European Rules of the Conflict of Laws**, Ed. Graf-Peter Calliess, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Law International, 2011, (Article 28).
- Halfmeier
Axel/Sonder
Nicolas : “Article 32- Date of Application”, **Rome Regulations, Commentary on the European Rules of the Conflict of Laws**, Ed. Graf-Peter Calliess, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Law International, 2011, (Article 32).
- Hardy Robert : “Punitive Damages for Certain Categories of Breach of Contract?”, **The Power of Punitive Damages - Is Europe Missing Out?**, Ed. Lotte Merckens/Emily Nordin, Cambridge-Antwerp-Portland: Intersentia, 2014
- Harris Angela P. : “Regarding Punitive Damages: Beyond Public/Private Distinction”, **Al. L. Rev.**, C. 40, 1988-1989.
- Hartley Trevor C. : “Choice of Law for Non-Contractual Liability: Selected Problems Under the Rome II Regulation”, **ICLQ**, C. 57, 2008.
- Havutçu Ayşe : **Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2005.
- Hay Peter : “The Recognition and Enforcement of American Money-Judgments in Germany-The 1992 Decision of the German Supreme Court”, **Am. J. Comp. L.**, C. 40, 1992, (American Money-Judgments).
- Hay Peter : “From Rule Orientation to “Approach” in German Conflicts Law: The Effect of the 1986 and 1999 Codifications”, **Am. J. Comp. L.**, C. 47, S. 4, 1999.
- Hay Peter : **Flexibility versus Predictability and Uniformity in Choice of Law**, Recueil des Cours de l’Académie de Droit International, C. 226, Dordrecht-Boston-London: Martinus Nijhoff Publishers, 1991, (Flexibility).
- Hay Peter/Borchers
Patrick : **Conflict of Laws**, Fifth Edition, West Academic

- J./Symeonides
Symeon C. Publishing, 2010.
- Henderson James
A. /Twerski Aaron
D. : “What Europe, Japan, and other countries can learn from the new American Restatement of Products Liability”, **Tex. Int'l L.J.**, C. 34, 1999.
- Heuston
R.F.V./Buckley R.
A. : **Salmond & Heuston on the Law of Torts**, Twenty-First Edition, London: Sweet & Maxwell, 1996.
- Hodges Christopher
J. S. : **Product Liability European Laws and Practice**, Ed. Christopher J. S. Hodges, London: Sweet&Maxwell, 1993.
- Hohloch Gerhard : “The Rome II Regulation: An Overview- Place of Injury, Habitual Residence, Closer Connection and Substantive Scope: The Basic Principles”, **YPIL**, C. 9, 2007.
- Horton W. V. : “Damages Under English Law”, **Unification of Tort Law: Damages**, Ed. Ulrich Magnus, The Hague-London-Boston: Kluwer Law International, 2001.
- House of Lords,
European Union
Committee : 8th Report of Session 2003-2004, The Rome II Regulation- Report with Evidence, HL Paper 66, *Elektronik Kaynak*, (<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200304/ldselec/t/lducom/66/66.pdf>).
- Howells Geraint G. : “Strict Liability”, **The Law of Product Liability**, Ed. Andrew Grubb/Geraint G. Howells, London-Dublin-Edinburg; Butterworths, 2000, (Strict).
- Howells Geraint G. : “Introduction”, **The Law of Product Liability**, Ed. Andrew Grubb/Geraint G. Howells, London-Dublin-Edinburg; Butterworths, 2000, (Introduction).
- Howells Geraint G. : “A History of Harmonisation”, **Towards a European Civil Code, Third Fully Revised and Expanded Edition**, Kluwer Law International, 2004.
- Howells Geraint
G./Mildred Mark : “Is European Products Liability More Protective Than the Restatement (Third) of Torts: Products Liability?”, **Tenn. L. Rev.**, C. 65, 1997-1998.

- Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu : 1/574, *Elektronik Kaynak*, (<http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamalari/Kanunlasan/2011Yili/kanmetni/6100ss.pdf>).
- Illmer Martin : “The New European Private International Law of Product Liability- Steering Through Troubled Waters”, **RabelsZ Bd.**, C. 73, 2009, (Product Liability).
- Illmer Martin : “Neutrality matters – Some Thoughts about the Rome Regulations and the So-Called Dichotomy of Substance and Procedure in European Private International Law”, **CJQ**, C. 28, S. 2, 2009, (Neutrality matters).
- Illmer Martin : “Introduction Rome II”, **Rome II Regulation Pocket Commentary**, Ed. Peter Huber, Munich: Sellier European Law Publishers, 2011, (Introduction).
- Illmer Martin : “Chapter II- Torts/Delicts, Art. 5 Rome II”, **Rome II Regulation Pocket Commentary**, Ed. Peter Huber, Munich: Sellier European Law Publishers, 2011, (Art. 5 Rome II).
- Illmer Martin : “Chapter II- Torts/Delicts, Art. 6 Rome II”, **Rome II Regulation Pocket Commentary**, Ed. Peter Huber, Munich: Sellier European Law Publishers, 2011, (Art. 6 Rome II).
- Illmer Martin : “Chapter VI- Other Provisions, Art. 28 Rome II”, **Rome II Regulation Pocket Commentary**, Ed. Peter Huber, Munich: Sellier European Law Publishers, 2011, (Art. 28 Rome II).
- Illmer Martin : “Chapter VII- Final Provisions, Art. 31-32 Rome II”, **Rome II Regulation Pocket Commentary**, Ed. Peter Huber, Munich: Sellier European Law Publishers, 2011, (Art. 31-32 Rome II).
- Illmer Martin/Huber Peter : “International Product Liability- A Commentary on Article 5 of the Rome II Regulation”, **YPIL**, C. 9, 2007.
- Imhoff-Scheier Anne- : **Torts and Unjust Enrichment in the New Swiss Conflict**

- Catherine/Patocchi
Paolo Michele : **of Laws**, Zürich: Schulthess Polygraphischer, 1990.
- Isidro Marta
Requejo : “Punitive Damages: How Do They Look Like When Seen From Abroad?”, **The Power of Punitive Damages**, Ed. Lotte Meurkens/Emily Nordin, Intersentia: Cambridge-Antwerp-Portland, 2012, (Punitive Damages).
- Isidro Marta
Requejo : “Punitive Damages from a Private International Law Perspective”, **Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives**, Ed. Helmut Koziol/Vanessa Wilcox, Springer: New York-Wien, 2009, (PIL Perspective).
- İnan Nurkut : “4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un Özel Hukuka İlişkin Hükümlerine Eleştirisel Bir Bakış”, **Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu**, 9 Nisan 2004.
- İstanbul
Üniversitesi Hukuk
Fakültesi
Milletlerarası
Hukuk ve
Milletlerarası
Münasebetler
Enstitüsü, Milletlerarası Özel Hukuk ve Milletlerarası Usul Hukuku Kanunu Ön Tasarı Sempozyumu, 22-24 Kasım 1976, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1978, (Sempozyum).
- İstemi Mehmet : “Sözleşmenin Cüretkârane İhlali ve Cezalandırıcı Tazminat”, **Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan**, C. III, İstanbul: Beta Yayınevi, 2011.
- Jablonski Scott R. : “Translation and Comment: Enforcing U.S. Punitive Damages Awards in Foreign Courts- A Recent Case in the Supreme Court of Spain”, **J. L. & Com.**, C. 24, 2004-2005.
- Jafferali Rafaël : “Rome II où la loi applicable aux obligations non contractuelles (2e partie)”, **Revue Générale des Assurances et des Repsonsabilités**, S. 14399, 2008.
- Janke Benjamin
West/Licari
François-Xavier : “Enforcing Punitive Damages Awards in France after Fountaine Pajot”, **Am. J. Comp. L.**, C. 60, 2012.
- Jansen
Nil/Rademacher : “Punitive Damages in Germany”, **Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives**, Ed. Helmut

- Lukas Koziol/Vanessa Wilcox, Springer: New York-Wien, 2009.
- John Yukio Gotanda : **Supplemental Damages in Private International Law: The Awarding of Interest, Attorney's Fees and Costs, Punitive Damages and Damages in Foreign Currency Examined in the Comparative and International Context**, Wolters Kluwer: Hague-London-Boston, 1998, (Supplemental Damages).
- Joubert Natalie : "Les règles de conflit spéciales en matière de délits dans le Règlement du 11 juillet 2007 (Rome II)", **Le Règlement Communautaire "Rome II" sur la loi applicable aux obligations non contractuelles**, Actes de Colloque du 20 septembre 2007-Dijon, Ed. Sabine Corneloup/Natalie Joubert, Paris: Litec, 2008.
- Juenger Friedrich K. : "What Now?", **Ohio St. L. J.**, C. 46, 1985.
- Kahn-Freund Otto : **Delictual Liability and the Conflict of Laws**, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, C. 124, Dordrecht-Boston-London: Martinus Nijhoff Publishers, 1968, (Delictual Liability).
- Kahn-Freund Otto : **General Problems of Private International Law**, Leyden: Sijthoff, 1980, (General Problems).
- Kaplan Harvey/ Sherk John : "United States of America: The Statutory Basis", **International Product Law Manual**, Ed. Arundel McDougall/Prashant Popat Q.C., The Netherlands: Kluwer Law International, 2011
- Kaplan İbrahim : "Türk ve İsviçre Hukukunda İmalatçının Sorumluluğu", **AD**, C. 68, S. 1-2, 1977.
- Kaplan İbrahim : "İmalatçının Sorumluluğu Üzerine Düşünceler", **BATİDER**, C. XIII, S. 1, Haziran 1985, (İmalatçı).
- Kaplan Yavuz : **İnternet Ortamında Fikri Hakların Korunmasına Uygulanacak Hukuk**, Ankara: Seçkin Yayınları, 2004.
- Kaye Peter : **Private International Law of Tort and Product Liability: Jurisdiction, Applicable Law and Extraterritorial Protective Measures**, Aldershot:

Dartmouth Publishing Company Limited, 1991.

- Kheir Bek Lamiaa M. : **Les fonctions de la responsabilité du fait des produits défectueux: Entre réparation et prévention, Étude comparée entre le droit français et le droit américain**, D'Aix-Marseille: Presses Universitaires, 2011.
- Kırca Çiğdem : **Ürün Sorumluluğu**, Ankara: BATİDER, 2007.
- Kırkbeşoğlu Nagehan : **Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011.
- Kırlı Aydemir Deniz Defne : **Milletlerarası Usul Hukukunda İhtiyati Tedbirler**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2013.
- Knoepfler François/Schweizer Philippe : **Précis de Droit International Privé Suisse**, Berne: Staempfli, 1990.
- Knoepfler François/Schweizer Philippe/Othenin-Girard Simon : **Droit international privé suisse**, Troisième édition, Berne: Stämpfli Editions SA, 2005.
- Kobayashi Hideyuki/Furuta Yoshimasa : “Products Liability Act and Transnational Litigation in Japan”, **Tex. Int’l L. J.**, C. 34, 1999.
- Korkusuz Refik : “Hukukumuzda Tehlike Sorumluluğu Uygulaması ve Yeni Borçlar Kanunu Tasarısındaki Düzenlemesi”, **Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 28-29 Mayıs 2009, Ankara: Gazi Üniversitesi İletişim Fakültesi Basımevi.
- Koziol Helmut : “Damage”, **European Group on Tort Law, Principles of European Tort Law**, Text and Commentary, New York-Wien: Springer, 2005, (Damage).
- Koziol Helmut : “Punitive Damages-A European Perspective”, **La. L. Rev.**, C. 68, 2007-2008, (Punitive Damages).
- Koziol Helmut : “Punitive Damages: Admission into the Seventh Legal Heaven or Eternal damnation? Comparative Reports and

Conclusions”, **Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives**, Ed. Helmut Koziol/Vanessa Wilcox, Springer: New York-Wien, 2009, (Reports and Conclusions).

- Kozyris P. John : “Values and Methods in Choice of Law for Products Liability: A Comparative Comment on Statutory Solutions”, **Am. J. Comp. L.**, C. 38, 1990.
- Kozyris P. John : “Rome II: Tort Conflicts on the Right Track!-A Postscript to Symeon Symeonides’ Missed Opportunity”, **Am. J. Comp. L.**, C. 56, 2008, (Rome II).
- Kösoğlu Mehmet : “Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 31. Maddesi: Sözleşme ile Sıkı İlişkili Üçüncü Bir Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarına Etki Tanınması”, **MHB**, Y. 28, S. 1-2, 2008.
- Kramer Xandra E. : “The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations: The European private international law tradition continued. Introductory observations, scope, system and general rules”, **NIPR**, S. 4, 2008.
- Kreuzer Karl : “Tort Liability in General”, **The Unification of Choice of Law Rules on Torts and others Non-Contractual Obligations in Europe**, Ed. Alberto Malatesta, Milan: CEDAM, 2006.
- Krüger H. : “Türk Devletler Hususî Hukukunda Lex Loci Delicti Commissi Kuralı Üzerine Bazı Düşünceler”, Çev. N. Giritlioğlu, **İÜMHAD**, C. 1, S. 2, 1968.
- Kulaklı Emrah : **Ürün Sorumluluğu ve Ayıp Kavramı**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2009.
- Kuru Baki : **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, Altıncı Baskı, C. IV, İstanbul: Demir Demir Müşavirlik ve Yayıncılık, 2001.
- Kuru Baki/Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder : **Medenî Usûl Hukuku**, 22. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2011.
- Kühne Gunther : “Choice of Law in Products Liability”, **Cal. L. Rev.**, C. 60,

1972.

- Lagarde Paul : **Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain**, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, C. 196, Dordrecht-Boston-London: Martinus Nijhoff Publishers, 1986.
- Law Comission : **Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages**, Law Comission No: 247, 16.11.1997, LC247, *Elektronik Kaynak*, (http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/lc247_aggravated_exemplary_and_restitutionary_damages.pdf), (Law Comission Report).
- Leflar Robert A. : "Conflicts Law: More on Choice-Influencing Considerations", **Cal. L. Rev.**, C. 54, S. 4, 1966.
- Légier Gérard : "Le Règlement 'Rome II' sur la loi applicable aux obligations non contractuelles", **JCP/La Semaine Juridique**, Edition Générale, S. 207, 21 Novembre 2007.
- Lenze Stefan : "German product liability law: Between European Directives, American Restatements and common sense", **Product Liability in Comparative Perspective**, Ed. Duncan Fairgrieve, Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- Licari François-Xavier : "Note: Cour d'appel de Poitiers", **Journal du Droit International**, S. 4, Octobre 2010, *Elektronik Kaynak*, LexisNexis.
- Lookofsky Joseph/Hertz Ketilbjørn : **EU PIL- European Union Private International Law in Contract and Torts**, Copenhagen: Djørf Publsihing, 2008.
- Loquin Eric : "La règle de conflit générale en matière de délit dans le Règlement du 11 juillet 2007 (Rome II)", **Le Règlement Communautaire "Rome II" sur la loi applicable aux obligations non contractuelles**, Actes de Colloque du 20 septembre 2007-Dijon, Ed. Sabine Corneloup/Natalie Joubert, Paris: Litec, 2008.
- Lorenz Harry : "Some Comparative Aspects of the European Unification of the Law of Products Liability", **Cornell L. Rev.**, C. 60,

1974-1975, (H. Lorenz).

- Lorenz Werner : “Some Thoughts About International Product Liability”, **The Law of Obligations: Essays in Celebration of John Fleming**, Ed. Peter Cane/Jane Stapleton, Oxford: Clarendon Press, 1998.
- Loussouarn Yvon : “La Convention de la Haye sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits”, **Journal du Droit International**, S. 1, 1974.
- Loussouarn Yvon/Bourel Pierre : **Droit international privé**, 6e édition, Paris: Dalloz, 1999.
- Magnus Ulrich : “Comparative Report on the Law of Damages”, **Unification of Tort Law: Damages**, Ed. Ulrich Magnus, The Hague-London-Boston: Kluwer Law International, 2001, (Comparative Report).
- Magnus Ulrich : “Punitive Damages and German Law, **The Power of Punitive Damages- Is Europe Missing Out?**, Ed. Lotte Merckens/Emily Nordin, Cambridge-Antwerp-Portland: Intersentia, 2014, (Punitive Damages).
- Magnus Ulrich/Mankowski Peter : **Brussels I Regulation, European Commentaries on Private International Law**, Munich: Sellier European Law Publishers, 2007.
- Mann Kenneth : “Punitive Civil Sanctions: The Middleground Between Criminal and Civil Law”, **Yale L. J.**, C. 101, 1991-1992.
- Markesin Basil S./Unberath Hannes : **The German Law of Torts**, A Comparative Treatise, Fourth Edition, Oxford, Portland, Oregon: Hart Publishing, 2002.
- Martiny Dieter : “Recognition and Enforcement of Foreign Money Judgments in the Federal Republic of Germany”, **Am. J. Comp. L.**, C. 35, 1987.
- Max-Planck Institute, Hamburg Group for Private International Law : “Comments on the European Commission’s Draft Proposal for a Council Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations”, **RechtsZ**, C. 67, 2003, (Hamburg Group Report).

- Mayer Pierre : “La protection de la partie faible en droit international privé- Rapport Français”, **La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaisons franco-belge**, Paris: LGDJ, 1996.
- Mayer Pierre/Heuzé Vincent : **Droit International Privé**, 10^{ème} Edition, Paris: Montchrestien, 2010.
- McGregor Harvey : **McGregor on Damages**, Seventeenth Edition, London: Sweet&Maxwell, 2003.
- Meglio di Cécile : “La loi applicable à la responsabilité du fait des produits”, **Journal des Sociétés**, S. 106, Février 2013.
- Meltzer John/Armstrong Dan : “The European Union Product Liability Directive”, **International Product Law Manual**, Ed. Arundel McDougall/Prashant Popat Q.C., The Netherlands: Kluwer Law International, 2011.
- Menyhárd Atilla : “Punitive Damages in Hungary”, **Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives**, Ed. Helmut Koziol/Vanessa Wilcox, Springer: New York-Wien, 2009, (Punitive Damages).
- Meriç Nedim : “Hakimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü”, **Prof. Dr. Bilge Umar’a Armağan, DEÜHFD**, C. 11, Özel Sayı, 2009.
- Message du Conseil Fédéral du 10 novembre 1982 concernant une loi fédérale sur le droit international privé : *Elektronik Kaynak*, (<http://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc.do?id=10103617&action=open>).
- Meurkens Lotte : “The Punitive Damages Debate in Continental Europe: Food for Thought”, **The Power of Punitive Damages - Is Europe Missing Out?**, Ed. Lotte Merkens/Emily Nordin, Cambridge-Antwerp-Portland: Intersentia, 2014.
- Mildred Mark : **Product Liability: Law and Insurance**, London-Hong

Kong: LLP Professional Publishing, 2000.

- Miller C. : **Product Liability**, Second Edition, New York: Oxford
J./Goldberg R. S. University Press, 2004.
- Mills Alex : “The Dimensions of Public Policy in Private International
Law”, **Journal of Private International Law**, C. 4, S. 2,
2008.
- Mistelis Loukas : “CISG’ın Uygulama Alanı: Yer, Zaman, Kişi
Bakımından”, **Milletlerarası Satım Hukuku**, Ed. Yeşim
Atamer, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2008.
- Montgomery John : “Reflections on the Theory and Administration of Strict
E./Owen David G. Tort Liability for Defective Products”, **S. C. L. Rev.**, C. 27,
S. 5, March 1976.
- Moore Michael : **Product Liability Entering the Twenty-First Century,**
J./Viscusi W. Kip **US. Perspective**, Washington: Brookings Institution Press,
2001.
- Morgan Jonathan : “Reflections on Reforming Punitive Damages in English
Law”, **The Power of Punitive Damages - Is Europe
Missing Out?**, Ed. Lotte Merckens/Emily Nordin,
Cambridge-Antwerp-Portland: Intersentia, 2014.
- Morse C.G.J. : “Choice of Law in Tort: A Comparative Survey”, **Am. J.**
Comp. L., C. 32, 1984.
- Murphy : **Street on Torts**, Thirteenth Edition, Hampshire: Oxford
John/Witting University Press, 2012.
Christian
- Nart Serdar : “Haksız Fiillerde Zamanaşımına İlişkin Hükümün
Değerlendirilmesi (TBK.md.72)”, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a
Armağan, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu**, 3-4
Haziran 2011, *Elektronik Kaynak*,
(http://dosya.marmara.edu.tr/huk/Sempozyumyay%C4%B1nlar%C4%B1/Prof.Dr.CevdetYavuzAn%C4%B1s%C4%B1na/1g.4o.tebli_ler.pdf).

- Nettesheim Partick J./Stahl Henning : “Bundesgerichtshof Rejects Enforcement of United States Punitive Damages Award”, **Tex. Int’l L. J.**, C. 28, 1993.
- Niboyet Marie-Laure/Pradelle Géraud de Geouffre de la : **Droit international privé**, Deuxième édition, Paris: L.G.D.J., 2009.
- Nishitani Yuko : “La loi applicable à la responsabilité délictuelle- Le Règlement “Rome II” du point de vue japonais”, **RIDC**, C. 60, S. 3, 2008.
- Nishitani Yuko : “The Rome II Regulation From a Japanese Point of View”, **YPIL**, C. 9, 2007, (Rome II).
- Nomer Ergin : **Devletler Hususi Hukuku**, Yenilenmiş 20. Bası, İstanbul: Beta Kitapevi, 2013.
- Nomer Ergin : **Devletler Hususî Hukuku**, 14. Bası: Nomer/Şanlı, İstanbul: Beta Yayınevi, 2006, (Nomer/Şanlı).
- Nomer Haluk N. : **Haksız Fil Sorumluluğunda Maddî Tazminatın Belirlenmesi**, İstanbul: Beta Yayınevi, 1996, (H. Nomer, Haksız Fiil Sorumluluğu).
- Nomer Haluk N. : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş Onüçüncü Bası, İstanbul: Beta Yayınevi, 2013, (H. Nomer, Borçlar).
- Noussia Kyriaki : “Punitive Damages in Arbitration: Panacea or Curse?”, **J. Int’l. Arb.**, C. 27, S. 3, 2010.
- Nygh Peter E. : **The Reasonable Expectations of the Parties as a Guide to the Choice of Law in Contract and in Tort**, Recueil des Cours de l’Académie de Droit International, C. 251, Dordrecht-Boston-London: Martinus Nijhoff Publishers, 1995.
- Oğuz Arzu : “Sınır Ötesi Çevre Kirlenmelerinden Doğan Kanunlar İhtilafi”, **TBBD**, S. 1, 1991.

- Oğuzman
Kemal/Öz Turgut : **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt-2**, 9. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012, (C. II).
- Oğuzman
Kemal/Öz Turgut : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 5. Baskı, İstanbul: Filiz Kitapevi, 2006, (eBK).
- Oğuzman
Kemal/Öz Turgut : **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt-1**, 9. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012, (C. I).
- Oğuzman M.
Kemal/Barlas Nami : **Medenî Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012.
- Othenin-Girard
Simon : “Réglement Rome II et LDIP: Quelques points de convergence et de divergence”, **Revue Suisse de Jurisprudence, SJZ**, September 2009, S. 16/17, (Rome II et LDIP).
- Othenin-Girard
Simon : “Les actes illicites dans le projet de règlement européen sur la loi applicable aux obligations non contractuelle (“Rome II”)- Quelques points de divergence et de convergence avec la LDIP”, **Mélanges en l’Honneur de François Knoepfler**, Ed. François Bohnet/Pierre Wessner, Bâle-Genève-Munich: Helbing&Lichtenhahn, 2005, (Rome II).
- Owen David G. : “The Evolution of Product Liability Law”, **Rev. Litig.**, C. 26, S. 4, 2007, (Evolution of Product Liability).
- Owen David G. : “Towards a Proper Test for Design Defectiveness: Micro-Balancing Costs and Effectiveness”, **Tex. L. Rev.**, C. 75, 1996-1997, (Design Defectiveness).
- Owen David G. : “Special Defences in Modern Product Liability Law”, **Missouri L. R.**, C. 70, S. 1, Winter 2005, (Defences).
- Owen David G. : “Punitive Damages in Products Liability Litigation”, **Michigan L. Rev.**, 1976, (Punitive Damages in Products Liability).
- Owen David G. : “A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reforms”, **Vill. L. Rev.**, C. 39, S. 2, 1994, (Punitive Damages Overview).

- Owen David G. : “The Moral Foundations of Punitive Damages”, **Ala. L. Rev.**, C. 40, 1989, (Moral Foundations).
- Owen David G./Madden M. Stuart/Davis Mary J. : **Madden&Owen on Products Liability**, Third Edition, Thomson/West, 2000.
- Ökçün Gündüz : **Devletler Hususî Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni**, Ankara: Sermaye Piyasası Kurulu Yayınları, 1967.
- Öz Turgut : “Üreticinin Sorumluluğu”, **İKÜHFD**, Temmuz 2007.
- Özdemir Hatice : “MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmelerin Tespiti Bağlamında Yabancılık Unsuru Taşıyan Sözleşme ve Uluslararası Sözleşme Kavramları”, **İBD**, 1999/IV, (Yabancılık Unsuru).
- Özdemir Kocasakal Hatice : **Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri**, İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2001, (Doğrudan Uygulanan Kurallar).
- Özdemir Kocasakal Hatice : “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları”, **MHB**, C. 30, S. 1-2, 2010, (MÖHUK m. 24).
- Özdemir Kocasakal Hatice : “Türk ve Çin Milletlerarası Özel Hukuk Sistemlerinde Sözleşmelere İlişkin Düzenlemeler”, **İpek Yolu Canlanıyor: Türk-Çin Hukuk Zirvesi, Konferans Bildiri Kitabı**, Ed. A. Caner Yenidünya/Mustafa Erkan/Rayhan Asat, Ankara: Adalet Yayınevi, 2013, (Türk ve Çin).
- Özdemir Kocasakal Hatice : “Uluslararası Sözleşmelerde Elektronik İletilerin Kullanılması Hakkında BM Konvansiyonu”, **GSÜHFD**, 2007/2, (Elektronik İletiler).
- Özdemir Kocasakal Hatice : **Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2003, (Elektronik Sözleşmeler).

- Özden Merhacı Selin : **Karşılaştırmalı Hukukta Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages)**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2013.
- Özel Çağlar : “Tüketicinin Korunması Açısından Ayıplı Maldan Doğan Sorumluluk Kapsamında Yapımcının Sorumluluğu Sorunu”, **Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan**, İstanbul, 2000, (Ç. Özel).
- Özel Sibel : “Milletlerarası Özel Hukukta İmalatçının Sorumluluğu”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan**, C. I, İstanbul: Beta Yayınevi, 2001, (İmalatçının Sorumluluğu).
- Özel Sibel : “İmalatçının Sorumluluğu ve Kitle İletişim Araçları Yoluyla Kişilik Hakkının İhlalinde Uygulanacak Hukuk”, **Avrupa’da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk Ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri**, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2010, (Uygulanacak Hukuk).
- Özel Sibel : **Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004, (Kişilik Hakkı).
- Özel Sibel : **Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri**, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2008, (Ticari Tahkim).
- Özkan Işıl : **Devletler Özel Hukukunda İkametgah, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi**, Ankara: Natürel Yayıncılık, 2003.
- Özsunay Ergun : “Türk Hukukunda Gerçek Bir Boşluk: Yapımcının Sorumluluğu”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler II: Sempozyumu, 15-16 Aralık 1978 Ankara, **BATİDER**, C. X, 1979.
- Öztan Bilge : **İmalâtçının Sorumluluğu**, Ankara: Turhan Kitapevi, 1982.
- Öztekin Gelgel Günseli : **Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Birliği Düzenlemesi**, İstanbul: Beta

Yayınevi, 2006.

Öztekin Gelgel
Günseli

: “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Bünyesinde Tüketici Sözleşmeleri”, **Avrupa’da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Akitler Ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri**, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2010, (Tüketici).

Öztekin Gelgel
Günseli

: Günseli Öztekin Gelgel, **Türk Devletler Özel Hukukunda Tüketici Akitlerine İlişkin Sorunlar**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2000, (Tüketici Akitleri).

Öztekin Gelgel
Günseli/Erdem B.
Bahadır

: **12.12.2007 Tarih ve 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun**, İstanbul: Beta Yayınevi, 2008.

Paksoy Meliha
Sermin/Demir
Arslan Gizem

: “Üreticinin TBK 71 Kapsamında Sorumlu Tutulması”, **İÜHFM**, C. LXXI, S. 2, 2013.

Parker Matthew

: “Changing Tides: The Introduction of Punitive Damages into the French Legal System”, **Ga. J. Int’l & Comp. L.**, C. 41, 2012-2013.

Pekcanitez Hakan

: **Yabancı Para Alacaklarının Tahsili**, Ankara: Yetkin Yayınları, 3. Bası, 1998.

Pekcanitez
Hakan/Atalay
Oğuz/Özekes
Muhammet

: **Medenî Usûl Hukuku**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2013.

Pekcanitez
Hakan/Atalay
Oğuz/Özekes
Muhammet

: **İcra ve İflâs Hukuku**, 7. Bası, Ankara: Yetkin Yayınları, 2009.

Petitpierre Gilles

: “L’apparition d’un besoin social face à l’inadéquation du droit en vigueur: la genèse d’une nouvelle réglementation”, **Journée de la responsabilité civile 2002, Responsabilités objectives**, sous la direction de Christine Chappuis et Bénédict Winiger, Zurich: Schulthess, 2003, (Reglementation)

- Petitpierre Gilles : **La Responsabilité du fait des Produits**, Genève: Librarire de l'Université Georg& Cie S.A., 1972.
- Phillips Jerry J. : **Products Liability**, Sixth Edition, St. Paul: Thomson&West, 2003.
- Pinna Andrea : "Recognition and *Res Judicata* of US Class Action Judgments in European Legal Systems", **Erasmus Law Review**, C. 1, S. 2, 2008.
- Plender Richard QC/Wilderspin Michael : **The European Private International Law of Obligations**, 3rd Edition, London: Sweet&Maxwell, 2009.
- Pocar Fausto : **La protection de la partie faible en droit international privé**, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, C. 188, Dordrecht-Boston-London: Martinus Nijhoff Publishers, 1984.
- Polinsky A. Mitchell/Shavell Steven : "Punitive Damages: An Economic Analysis", **Harv. L. Rev.**, C. 111, S. 4, 1988.
- Posch Willibald : "The 'Draft Regulation Rome II' in 2004: Its Past and Future Perspectives", **YPIL**, C. 6, 2004.
- Pryles Michael C. : **Tort and Related Obligations in Private International Law**, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, C. 227, Dordrecht-Boston-London: Martinus Nijhoff Publishers, 1991.
- Quarta Francesco : "Recognition and Enforcement of U.S. Punitive Damages Awards in Continental Europe: The Italian Supreme Court's Veto", **Hastings Int'l & Comp. L. Rev.**, C. 31, 2008.
- Reese Willis L. M. : **Explanatory Report by W. L. M. Reese**, *Elektronik Kaynak*, (<http://www.hcch.net/upload/exp122.pdf>).
- Reese Willis L. M. : "The Hague Convention on the Law Applicable to Products Liability", 1974 **International Lawyer**, C. 8, S. 3, (Hague Convention).

- Reese Willis L. M. : “The Law Governing Airplane Accidents”, **Wash & Lee L. Rev.**, C. 39, 1982, (Airplane Accidents).
- Reimann Mathias : “Liability for Defective Products at the Beginning of the Twenty-First Century: Emergence of a Worldwide Standard?”, **Am. J. Com. L.**, S. 51, 2003, (Liability).
- Reimann Mathias : “Product Liability in a Global Context: The Hallow Victory of the European Model”, **ERPL**, C. 11, S. 2, 2004.
- Reimann Mathias : “Codifying Torts Conflicts: The 1999 German Legislation in Comparative Perspective”, **La. L. Rev.**, C. 60, 2000, (Torts Conflicts).
- Rémy-Corlay Pauline : “Dommages-intérêts punitifs et ordre public international: Contrôle de proportionnalité”, **RTD Civ.**, 15.6.2011.
- Rhode Deborah L. : “Legal Scholarship Symposium: Law, Knowledge and the Academy”, **Harvard L. Rev.**, C. 115, 2001-2002.
- Rigaux François/Fallon Marc : **Droit international privé**, Troisième édition, Bruxelles: De Boeck&Larcier, 2005.
- Riley Thomas E./Alcasabas Allison M. : “An Overview of Product Liability Law in the United States”, **International Product Law Manual**, Ed. Arundel McDougall/Prashant Popat Q.C., The Netherlands: Kluwer Law International, 2011.
- Roddy Nadine E. : “Punitive Damages in Strict Products Liability Litigation”, **William & Marry Law Review**, C. 23, 1981.
- Rowan Solène : “Reflections on the Introduction of Punitive Damages for Breach of Contract”, **Ox. J. L. St.**, C. 30, S. 3, 2010.
- Rushworth Adam : “Remedies and the Rome II Regulation”, **The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations, A New International Litigation Regime**, Ed. John Ahern&William Binchy, Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2009.

- Rustad Michael/Koenig Thomas : “The Historical Continuity of Punitive Damages Awards: Reforming the Tort Reformers”, **Am. U. L. Rev.**, C. 42, Summer 1993.
- Rühl Gisela : “Choice of Law by the Parties”, **Max Planck Encyclopedia of European Private Law**, Ed. Jürgen Basedow/Klaus J. Hopt/Reinhard Zimmermann/Andreas Stier, Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Ryan Patrick S. : “Revisiting The United States Application of Punitive Damages: Separating Myth From Reality”, **ILSA Journal of International & Comparative Law**, C. 10, 2003.
- Sakmar Atâ : **Devletler Hususî Hukukunda Boşanma**, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1976, (Boşanma).
- Sakmar Atâ : **Yabancı İlâmların Türkiye’deki Sonuçları**, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1982, (Yabancı İlamlar).
- Saltık Ahmet : “Gıda ve Yem Amaçlı Genetik Yapısı Değiştirilmiş Organizmalar ve Ürünlerin İthalatı, İşlenmesi, İhracatı, Kontrol ve Denetimine Dair Yönetmelik Neden İvedilikle Geri Çekilmeli Ya Da İptal Edilmeli?”, **İBD**, C. 84, S. 1, 2010.
- Salvador Coderch Pablo : “Punitive Damages and Continental Law”, **Zeitschrift für Europäisches Privatrecht**, 9. Jahrgang 2001, München: Verlag C. H. Beck, 2001.
- Sanlı Kerem Cem : **Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi, Hukuk ve Ekonomi Öğretisi**, İstanbul: Arıkan Yayınevi, 2007.
- Saraç Senem : **Türk Borçlar Kanunu’nda Tehlike Sorumluluğu**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2013.
- Saravalle Alberto : “The Law Applicable to Products Liability: Hopping off the Endless Merry-Go-Round”, **The Unification of Choice of Law Rules on Torts and others Non-Contractual Obligations in Europe**, Ed. Alberto Malatesta, Milan: CEDAM, 2006.

- Sargın Fügen : **Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticarî Marka Lisansı Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk**, Ankara: Turhan Kitabevi, 2002.
- Sarıöz İpek : **6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Haksız Rekabetten Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk ve Yetkili Mahkeme**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2012.
- Schlegel Christian E. : “Is a Federal Cap on Punitive Damages in our Best Interest?: A Consideration of H.R. 956 in Light of Tennessee’s Experience”, **Tenn. L. Rev.**, C. 69, 2002.
- Schlueter Linda L. : **Punitive Damages**, Fifth Edition, C. 1, Newark N.J.: LexisNexis, 2005.
- Schmid Christoph/Pinkel Tobias : “Article 5- Product Liability”, **Rome Regulations, Commentary on the European Rules of the Conflict of Laws**, Ed. Graf-Peter Calliess, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Law International, 2011.
- Schwartz Gary : “Damages Under US Law”, **Unification of Tort Law: Damages**, Ed. Ulrich Magnus, The Hague-London-Boston: Kluwer Law International, 2001, (Damages).
- Schwartz Gary T. : “New products, old products, evolving law, retroactive law”, **N.Y.U. L. Rev.**, C. 58, 1983.
- Schwartz Andreas : “A European regime on international product liability: Article 5 Rome II Regulation”, **NIPR**, 2008, S. 4, *Elektronik Kaynak*
- Scott Andrew : “The Scope of ‘Non-Contractual Obligations’”, **The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations, A New International Litigation Regime**, Ed. John Ahern&William Binchy, Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2009.
- Scott Andrew : “Substance and procedure and choice of law in torts”,

LMCLQ, S.1, 2007, (Torts).

- Sebok Anthony J. : “Punitive Damages in the United States”, **Punitive Damages Common Law and Civil Law Perspectives**, Ed. Helmut Koziol/Vanessa Wilcox, Springer: New York-Wien, 2009.
- Sebok Anthony J. : “The U.S. Supreme Court’s Theory of Common Law Punitive Damages: An Inauspicious Start”, **The Power of Punitive Damages - Is Europe Missing Out?**, Ed. Lotte Merckens/Emily Nordin, Cambridge-Antwerp-Portland: Intersentia, 2014, (Supreme Court’s Theory).
- Serozan Rona : “Tüketiciyi Koruma Kanunu Değişikliklerinin Artıları ve Eksileri”, **İÜHF**, C. LXI, S. 1-2, 2003.
- Serozan Rona : “Tüketiciyi Koruma Yasasının Sözleşme Hukuku Alanındaki Düzenlemesinin Eleştirilmesi”, **Yasa Hukuk Dergisi**, 1996, C. XV, S. 173/4, (Tüketici).
- Serozan Rona : **Medeni Hukuk, Genel Bölüm / Kişiler Hukuku**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014, (Medeni Hukuk).
- Serozan Rona : **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme**, 4. Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2006, (Haksız Zenginleşme).
- Shapo Marshall S. : “Comparing Product Liability: Concepts in European and American Law”, **Cornell Int’l. L. J.**, C. 26, 1993.
- Sibon Amaury S. : “Enforcing Punitive Damages Awards in France: Facing Proportionality within International Public Policy”, *Elektronik Kaynak*, (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2382817).
- Siehr Kurt : “The Rome II Regulation and Specific Maritime Torts: Product Liability, Environmental Damage, Industrial Action”, **RabelsZ Bd.**, C. 74, 2010, (Specific Maritime Torts).

- Siehr Kurt : “Intemporeles Recht im IPR”, **MHB, Prof. Dr. Gülören Tekinalp’a Armağan**, 2003, S. 1-2, (Intemporeles).
- Sirmen Sedat : “Türk Kanunlar İhtilafı Hukukunda Zarar Sigortaları Kapsamına Giren Milletlerarası Unsurlu Sigorta Akitlerine Uygulanacak Hukuk”, **BATİDER**, C. XXVI, S. 3, 2010.
- Smeehuijzen J. L. : “Some Tentative Thoughts on Punitive Damages in Case of Bad Faith Claim Handling by Insurers”, **The Power of Punitive Damages - Is Europe Missing Out?**, Ed. Lotte Merkens/Emily Nordin, Cambridge-Antwerp-Portland: Intersentia, 2014.
- Sonnenberger Hans Jürgen : “La loi allemande du 21 mai 1999 sur le droit international privé des obligations non contractuelles et des biens”, **RCDIP**, C. 88, Octobre-Décembre 1999.
- Stapleton Jane : “Product Liability in the United Kingdom: The Myths of Reform”, **Tex. Int’l L. J.**, C. 34, 1999, (United Kingdom).
- Stiefel Ernst : “Resolution of International Products Liability Disputes: An Emerging Procedural Framework”, **BJIL**, C. 16, 1990.
- Stiefel Ernst
C./Stürner
Rolf/Stadler Astrid : “The Enforceability of Excessive of U.S. Punitive Damage Award in Germany”, **Am. J. Comp. L.**, C. 39, 1991.
- Stoll Hans : “Penal Purposes in the Law of Tort”, **The Am. J. Comp. L.**, C. 18, S. 3, 1970.
- Stone Peter : “The Rome II Regulation on Choice of Laws on Torts”, **Ankara Law Review**, 2007, C. 4, S. 2, (Rome II).
- Stone Peter : **EU Private International Law**, Second Edition, Cheltenham-Massachussets: Edward Elgar Publishing, 2010, (EU PIL).
- Stone Peter : “Product Liability Under Rome II Regulation”, **The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations, A New International Litigation Regime**, Ed. John Ahern & William Binchy, Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2009, (Product Liability).

- Sumampouw Mathilde : “Convention sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits du 2 octobre 1973”, **Les nouvelles conventions de la Haye – leur application par les juges nationaux**, Tome V, Ed. Elise N. Frohn/Jan M. Hebly/Mathilde Sumampouw/Michiel J. De Roij, Martinus Nijhoff Publishers, 1996.
- Süzel Cüneyt : “Çatmadan Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk”, **MHB**, Y. 28, S. 1-2, 2008.
- Symeonides Symeon C. : “Rome II and Tort Conflicts: A Missed Opportunity”, **Am. J. Comp. L.**, C. 56, 2008, (Rome II).
- Symeonides Symeon C. : “Rome II: A Centrist Critique”, **YPIL**, C. 9, 2007, (Centrist Critique).
- Symeonides Symeon C. : “Choice of Law in the American Courts in 2013: Twenty-Seventh Annual Survey”, **Am. J. Comp. L.**, C. 62, 2014, (American Courts in 2013).
- Symeonides Symeon C. : “Codifying Choice of Law for Tort Conflicts: The Oregon Experience in Comparative Perspective”, **YPIL**, C. 12, 2010, (Oregon Experience).
- Symeonides Symeon C. : “Choice of Law in the American Courts in 2005: Nineteenth Annual Survey”, **Am. J. Comp. L.**, C. 53, 2005, (American Courts in 2005).
- Symeonides Symeon C. : “The Need for a Third Conflicts Restatement (And a Proposal for Tort Conflicts)”, **Ind. L. J.**, C. 75, 2000, (Proposal for Tort Conflicts).
- Symeonides Symeon C. : “Resolving Punitive Damages Conflicts”, **YPIL**, C. 5, 2003, (Punitive Damages Conflicts).
- Symeonides Symeon C. : “The American Revolution and the European Evolution in Choice-of-law: Reciprocal Lessons”, **Tul. L. Rev.**, 2008, (Reciprocal Lessons).
- Şanlı Cemal : **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, Dördüncü Baskı, İstanbul: Beta Yayınevi, 2011, (Uluslararası Ticari Akitler).

- Şanlı Cemal : **Milletlerarası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk**, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1986, (Esasa Uygulanacak Hukuk).
- Şanlı Cemal/Esen Emre/Ataman-Figanmeşe İnci : **Milletlerarası Özel Hukuk**, 2. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014.
- Tandoğan Halûk : **Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, Ankara: Turhan Kitapevi, 1981, (Kusura Dayanmayan Sorumluluk).
- Tandoğan Halûk : **Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri**, Cilt I/1, Altıncı Tıpkı Basım, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008.
- Tandoğan Halûk : **Türk Mes'uliyet Hukuku, (Akit Dışı ve Akdî Mes'uliyet)**, 1961 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı Basım, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010, (Mes'uliyet).
- Tandoğan Halûk : **Mukayeseli Hukuk, Hususiyle Türk-İsviçre ve Alman Hukuku Bakımından Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini**, Ankara: Ajans Matbaası, 1963, (Üçüncü Şahıs).
- Tanrıbilir Feriha Bilge : **Milletlerarası Özel Hukukta Ürün Sorumluluğu**, Ankara: Siyasal Kitabevi, 2004, (Ürün Sorumluluğu).
- Tanrıbilir Feriha Bilge : “Milletlerarası Özel Hukukta Ürün Sorumluluğuna İlişkin Kurallara Genel Bakış”, **Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 28-29 Mayıs 2009, Ankara: Gazi Üniversitesi İletişim Fakültesi Basımevi, 2009, (Ürün Sorumluluğuna İlişkin Kurallar).
- Tanrıbilir Feriha Bilge : “Akit-Dışı Borçlara Uygulanacak Hukuka İlişkin Tüzükte (Roma II) Ürün Sorumluluğu”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XIV, S. 2, 2010, (Roma II).
- Tarman Zeynep Derya : “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) Uyarınca Yabancılik Unsuru Taşıyan Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi”, **BATİDER**, C. XXVI, S. 2, Haziran 2010, (Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi).

- Tarman Zeynep Derya : “Türk Hukukunda İmalatçının Sorumluluğuna Genel Bakış”, **İÜHFM**, C. LXV, S. 2, 2007, (İmalatçı).
- Tarman Zeynep Derya : **Haksız Rekabetten ve Aldatıcı Reklamlardan Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk**, İstanbul: Beta Yayınevi, 2011, (Haksız Rekabet).
- Tarman Zeynep Derya : “Devletler Özel Hukuku Bakımından İmalatçının Sorumluluğu”, **TBB Dergisi**, S. 73, 2007, (Devletler Özel İmalatçı).
- Tarman Zeynep Derya : “Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Avrupa Topluluğu Tüzüğü (Roma II)”, **AÜHFD**, 2008, C. 57, S. 2, (Roma II).
- Tarman Zeynep Derya : “The law which is applicable to contractual and non-contractual obligations under Turkish private international law”, **NIPR**, S. 27, 2009, *Elektronik Kaynak*, (Contractual and non-contractual obligations).
- Tarman Zeynep Derya : “5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) Uyarınca Yabancılık Unsuru Taşıyan Akdi Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi”, **BATİDER**, C. XXVI, S. 1, 2010, (Akdi Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi).
- Tarman Zeynep Derya : “Milletlerarası Özel Hukukta Culpa in Contrahendo Sorumluluğu”, **Prof. Dr. Rona Serozan Armağanı**, C. 2, İstanbul 2010, (Culpa in Contrahendo).
- Tarman Zeynep Derya : “Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, **AÜHFD**, C. 59, S. 3, 2010, (İş Sözleşmeleri).
- Taschner Hans Claudius : “Harmonization of Product Liability Law in the EC”, **Tex. Int’l. L. J.**, C. 34, 1999, (Harmonization).
- Taschner Hans Claudius : “Product liability: Basic problems in a comparative law perspective”, **Product Liability in Comparative Perspective**, Ed. Duncan Fairgrieve, New York: Cambridge University Press, 2005.

- Taylor Simon : **L’Harmonisation communautaire de la responsabilité du fait des produits défectueux, Étude comparative du droit anglais et du droit français**, Paris: L.G.D.J, 1999.
- Tebbens Harry Duintjer : **International Product Liability-A Study of Comparative and International Legal Aspects of Product Liability**, Hague: Springer, 1979.
- Tebbens Harry Duintjer : “Punitive Damages: Towards a Rule of Reason for U.S. Awards and Their Recognition Elsewhere”, **Liber Fausto Pocar, Nuovi strumenti del diritto internazionale privato-New instruments of Private International Law**, C. 2, Ed. Gabriella Venturini/Stefania Bariatti, Milano: Giuffrè, 2009, (Punitive Damages).
- Tekinalp Gülören : “The 2007 Turkish Code Concerning Private International Law and International Civil Procedure”, **YPIL**, C. 9, 2007, (Turkish Code).
- Tekinalp Gülören : “Yeni Kanun Hakkında Temel Açıklamalar”, **Avrupa’da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Akitler Ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri**, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2010, (Yeni Kanun).
- Tekinalp Gülören/Uyanık Çavuşoğlu Ayfer : **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları**, Genişletilmiş 11. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011.
- Tekinay Selahattin Sulhi/Akman Sermet/Burcuoğlu Halûk/Altop Atilâ : **Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, 7. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993.
- Tettenborn Andrew M. : “Punitive Damages for Breach of Contract: What’s So Special About Contract Claims”, *Elektronik Kaynak*, 2005, (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=938700).
- Tiftik Mustafa : **Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Genel Kural ile Düzenlenmesi Sorunu**, Ankara: Yetkin

Yayınları, 2005, (Tehlike Sorumluluğu).

- Tiftik Mustafa : **Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı**, Ankara: Yetkin Yayınları, 1994.
- Timur Hıfzı : “Devletler Hususî Hukukunda Amme İntizamı”, **İÜHFM**, S. 4, 1941.
- Tiryaki Betül : “Özen Yükümlülükleri ile Sözleşmeden Doğan Koruma Yükümlülüklerinin İspat Yükü Bakımından Karşılaştırılması”, **EÜHFD**, C. XII, S. 3-4, 2008.
- Tiryaki Betül : “Avrupa Konseyi’nin 25.7.1985 Tarihli Direktifi’ne Göre Üreticinin Sorumluluğunun Şartları ve Tüketicinin Korunması Mevzuatı ile Mukayesesi”, **AÜHFD**, C. 55, S. 2, 2006.
- Tiryaki Betül : **Tüketicinin Korunması Hukuku Açısından Ayıplı Hizmetten Doğan Sorumluluk**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2007, (Ayıplı Hizmet).
- Tiryakioğlu Bilgin : “Genel Olarak Haksız Fillere, Haksız Rekabete ve Rekabetin Korunmasına Uygulanacak Hukuk”, **Avrupa’da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Akitler Ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri**, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2010, (Haksız Fiiller)
- Tiryakioğlu Bilgin : **Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilâfı**, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1997, (Rekabet).
- Tiryakioğlu Bilgin : **Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk**, Ankara: AÜHF Döner Sermaye Yayınları, 1996, (Taşınır Mallar).
- Toker Ali Gümrah : “Yabancı Unsurlu Teminat Mektubu Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk”, **DEÜHFD**, C. 12, Özel Sayı, 2010.
- Toker Ali Gümrah : **Uluslararası Taşınır Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nin (Viyana Sözleşmesi) Uygulama Alanı**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2005, (Viyana Sözleşmesi).

- Topçuoğlu Mustafa : “Rekabet Hukukunda Üç Kat Tazminat”, **Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 28-29 Mayıs 2009, Ankara: Gazi Üniversitesi İletişim Fakültesi Basımevi, 2009.
- Tourneau Philippe Le : **Responsabilité des vendeurs et des fabricants**, Paris: Dalloz, 2001.
- Traband Rhett : “An Erie Decision: Should State Statutes Prohibiting the Pleading of Punitive Damage Claims be Applied in Federal Diversity Actions”, **Stetson Law Review**, C. 21, 1996.
- Traynor Roger J. : “The Ways and Meanings of Defective Products and Strict Liability”, **Tenn. L. Rev.**, C. 22, S. 3, Spring 1965.
- Treitel G. H. : The Law of Contract, Twelfth Edition, London: Sweet & Maxwell, 2007.
- Tunçomağ Kenan : **Türk Hukukunda Cezaî Şart**, İstanbul: Baha Matbaası, 1963.
- Turhan Turgut : **Milletlerarası Sözleşmelerde Yabancı Para Kayıtları**, Ankara: Bankacılık ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1997, (Yabancı Para Kayıtları).
- Turhan Turgut : **Haksız Fiilden Doğan Kanunlar İhtilâfı Alanında İka Yeri Kuralı**, Ankara: Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 1989.
- Uluocak Nihal : **Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri, Uygulama Kuralları-Sözleşmeler**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1989.
- Uluocak Nihal : “Milletlerarası Haksız Fiil İhtilaflarında Fransız İçtihadındaki Yeni Gelişmeler”, **MHB**, Ergin Nomer’e Armağan, Y. 22, S. 2, 2002, (Haksız Fiil).
- Uyanık Çavuşoğlu Ayfer : “İnternet Ortamında İşlenen Haksız Fiil Sorumluluğuna Uygulanacak Hukuk”, **MHB-Ergin Nomer’e Armağan**, C. 22, S. 2, 2002.
- Üstündağ Saim : **İcra Hukukunun Esasları**, 8. Bası, İstanbul, 2004.

- Van Dam Cees : **European Tort Law**, London: Oxford University Press, 2007.
- Vett Willi/Lian Larry : “An Overview of Product Liability Law in the People’s Republic of China”, **International Product Law Manual**, Ed. Arundel McDougall/Prashant Popat Q.C., The Netherlands: Kluwer Law International, 2011.
- Vischer B. Frank : **General Course on Private International Law**, Recueil des Cours de l’Académie de Droit International, C. 232, Dordrecht-Boston-London: Martinus Nijhoff Publishers, 1992.
- von Hein Jan : “Article 26- Public Policy of the Forum”, **Rome Regulations, Commentary on the European Rules of the Conflict of Laws**, Ed. Graf-Peter Calliess, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Law International, 2011, (Article 26).
- von Hein Jan : “Article 4- General Rule”, **Rome Regulations, Commentary on the European Rules of the Conflict of Laws**, Ed. Graf-Peter Calliess, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Law International, 2011, (Article 4).
- von Hein Jan : “Something Old and Something Borrowed, but Nothing New? Rome II and European Choice of Law Evolution”, **Tul. L. Rev.**, C. 82, 2008.
- von Hein Jan : “Article 7- Enviromental Damage”, **Rome Regulations, Commentary on the European Rules of the Conflict of Laws**, Ed. Graf-Peter Calliess, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Law International, 2011, (Article 7 Rome II).
- von Hein Jan : “Article 16- Overriding Mandatory Rules, **Rome Regulations, Commentary on the European Rules of the Conflict of Laws**, Ed. Graf-Peter Calliess, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Law International, 2011, (Article 16).
- von Hein Jan : “Article 17- Rules of Safety and Conduct”, **Rome Regulations, Commentary on the European Rules of the Conflict of Laws**, Ed. Graf-Peter Calliess, Alphen aan den

Rijn: Wolters Kluwer Law International, 2011, (Article 17).

- Wade John W. : “Strict Tort Liability of Manufacturers”, **Sw. L. J.**, C. 19, S. 5, 1965, (Manufacturers).
- Wagner Gerhard : “Punitive Damages”, **Max Planck Encyclopedia of European Private Law**, Ed. Jürgen Basedow/Klaus J. Hopt/Reinhard Zimmermann/Andreas Stier, Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Wandt Manfred : “German Approaches to Product Liability”, **Tex. Int'l L.J.** **71**, C. 34, 1999.
- Watt Horatia Muir : **Aspects Economiques du Droit International Privé (Réflexions sur l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits des lois et des juridictions)**, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, C. 307, Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2004.
- Weintraub Russell J. : “A Defense of Interest Analysis in the Conflict of Laws and the Use of that Analysis in Products Liability Cases”, **Ohio St. L. J.**, C. 46, 1985, (Interest Analysis).
- Weintraub Russell J. : “Methods for Resolving Conflict-of-Laws Problems in Mass Tort Litigation”, **U. Ill. L. Rev.**, C. 129, 1989, (Mass Tort Litigation).
- Weintraub Russell J. : “A Proposed Choice-of-Law Standard for International Products Liability Disputes”, **Brook. J. Int'l L.**, C. 16, 1990, (Choice-of-Law Standard).
- Wells Michael L. : “A Common Lawyer's Perspective on the European Perspective on Punitive Damages”, **La. L. Rev.**, C. 24, 2004-2005.
- Weniger Catherine : **La responsabilité du fait des produits pour les dommages causés à un tiers au sein de la Communauté Européenne**, Genève: Librairie Droz, 1994.
- Werner Jacques : “Punitive and exemplary damages in international arbitration”, **Dossier of the ICC Institute of World Business Law: Evaluation of Damages in International Arbitration**, 2006, ICC Dispute Resolution Library,

(*Elektronik Kaynak*).

- Werro Franz : “Le droit suisse de la responsabilité du fait des produits face au droit européen”, **Le droit privé suisse face au droit communautaire européen**, Questions actuelles en droit de la responsabilité civile et en droit des contrats, Ed. Franz Werro/Thomas Probst, Berne: Stämpfli Editions SA, 2004, (Responsabilité du fait des produits).
- Werro Franz : “La responsabilité objective du fait des produits est-elle stricte?”, **Journée de la responsabilité civile 2002, Responsabilités objectives**, sous la direction de Christine Chappuis et Benedict Winiger, Zürich: Schulthess, 2003, (Responsabilité Objective).
- Werro Franz : **La Responsabilité Civile**, avec la collaboration de Annick Achdari/Sébastien Chaulmontet/Josiane Haas, Berne: Stämpfli Editions SA, 2005, (Responsabilité Civile).
- Werro Franz/Palmer Vernon Valentine/Hahn Anne-Catherine : “Synthesis and Survey of the Case and Results”, **The Boundaries of Strict Liability in European Tort Law**, Ed. Franz Werro/Vernon Valentine Palmer, Carolina Academic Press/Stämpfli Publishers Ltd./Bruylant: Durham, Bern, Bruxelles, 2004.
- Wessner Pierre : “La responsabilité du fait des produits, un droit venu d’ailleurs!: La transposition “volontaire” de la directive de l’Union Européenne sur la responsabilité du fait des produits en Suisse et en Turquie”, **İsviçre Medeni Kanunu’nun İktisabının 80. Yıldönümü**, İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2006.
- Wessner Pierre : “Quelques propos erratiques sur des questions liées à la responsabilité du fait des produits défectueux”, **Journée de la responsabilité civile 2002, Responsabilités objectives**, sous la direction de Christine Chappuis et Benedict Winiger, Zürich: Schulthess, 2003, (Produits Défectueux).
- Widmer Pierre : “La responsabilité pour choses et activités dangereuse dans les Projets européens”, *Elektronik Kaynak*, (http://grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/268/268675_pwidmer.pdf).

- Widmer Pierre/
Wessner Pierre : “Révision et Unification du Droit de la Responsabilité Civile, Rapport Explicatif”, *Elektronik Kaynak*, (<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/haftpflicht/vn-ber-f.pdf>).
- Wilcox Vanessa : “Punitive Damages in England”, **Punitive Damages Common Law and Civil Law Perspectives**, Tort and Insurance Law, Volume 25, Ed. Koziol Helmut/Wilcox Vanessa, NewYork/Wien: Springer, 2009.
- Winfield Percy
Henry/Jolowicz J.
John Anthony : **Winfield and Jolowicz on Tort**, 16th Edition, Ed. William V. H. Rogers, London: Sweet&Maxwell, 2002.
- Wurmnest
Wolfgang : “Recognition and Enforcement of U.S. Money Judgments in Germany”, **Berkeley Journal of International Law**, C. 23, S. 1, 2005.
- Xu Donggen : **Le droit international privé de la responsabilité délictuelle**, L’évolution récente international et le droit chinois, Fribourg: Editions Universitaire Fribourg Suisse, 1992.
- Yavuz Cevdet : “Tüketicinin Korunması Bakımından İmalatçının (Ürün) Sorumluluğu”, **Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan**, Ed. Tufan Ögüz, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2013.
- Yavuz Cevdet : **Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler**, 11. Baskı, Hazırlayanlar: Cevdet Yavuz/Faruk Acar/Burak Özen, İstanbul: Beta Yayınevi, 2012, (Yavuz/Özen/Acar).
- Yıldırım M. Fadıl : “Genetiği Değiştirilmiş Ürünlerden Sorumluluk”, **Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 28-29 Mayıs 2009, Ankara: Gazi Üniversitesi İletişim Fakültesi Basımevi, 2009.
- Zekoll Joachim : “The German Products Liability Act”, **Am. J. Com. L.**, C. 37, S. 4, Autumn 1989, (German Act).
- Zekoll Joachim : “Liability for defective products and services”, **Am. J. Com. L.**, C. 50, 2002, (Liability).

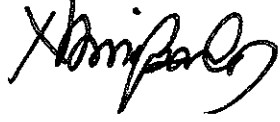
- Zekoll Joachim : “Recognition and Enforcement of American Products Liability Awards in the Federal Republic of Germany”, **Am. J. Comp. L.**, C. 37, 1989, (American Product Liability Awards).
- Zevkliler : **Tüketicinin Korunması Hukuku, Açıklamalı**
Aydın/Aydoğdu **Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun**, Ankara:
Murat Seçkin Yayıncılık, 2004.
- Zeytin Zafer : “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması’nın (CISG) Uygulama Alanına İlişkin Bir İnceleme”, **BATİDER**, C. 24, S. 3, Haziran 2008.
- Zhang Mo : “Part Autonomy in Non-Contractual Obligations: Rome II and its Impacts on Choice of Law”, **Seton Hall Law Review**, C. 39, 2009.
- 5718 Sayılı : *Elektronik Kaynak*,
MÖHUK Tasarısı (http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss47. pdf).
İle İlgili Adalet
Komisyonu Raporu

TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite	Galatasaray Üniversitesi
Enstitü	Sosyal Bilimler Enstitüsü
Adı Soyadı	Candan Yasan
Tez Başlığı	İmalatçının Sorumluluğuna Uygulanacak Hukuk
Savunma Tarihi	22/05/2015
Danışmanı	Prof. Dr. Hatice Özdemir Kocasakal

JÜRİ ÜYELERİ

Prof. Dr. Nami Barlas



Prof. Dr. Ziya Akıncı



Prof. Dr. Hatice Özdemir Kocasakal



Prof. Dr. Sibel Özel



Doç. Dr. Cemile Demir Gökyayla



Enstitü Müdürü

Prof. Dr. M. Yaman ÖZTEK

